

De vaststelling van de bijzondere voorwaarden in het kader van de voorwaardelijke invrijheidstelling

Een onderzoek naar de rechtsbescherming van de veroordeelde bij een verschuiving van de beslissingsbevoegdheid van het OM naar de minister.

Masterscriptie Rechtsgeleerdheid

Chantal van Aken
Scriptiebegeleider
Examinator

student-nr. 851205816
dhr. drs. D. van Ekelenburg
mw. mr. dr. W. Dreissen

Inhoudsopgave

1. Inleiding	1
1.1 Aanleiding onderzoek	1
1.2 Het onderzoek	3
1.3 Onderzoeksofzet	5
1.4 Leeswijzer	6
2. Introductie v.i.-regeling	7
2.1 Inleiding	7
2.2 Geschiedenis v.i.-regeling	8
2.3 Doelstelling en toepassing v.i.	8
2.4 Het verloop van de v.i.-procedure in een vogelvlucht	9
2.5 Samenvatting	12
3. Beslissingsbevoegdheid bijzondere voorwaarden v.i.	13
3.1 Inleiding	13
3.2 De bijzondere voorwaarden	13
3.3 Besluitvorming bijzondere voorwaarden	15
3.4 Conclusie	18
4. OM of Minister beslissingsbevoegd - overeenstemming met art. 5 EVRM?	19
4.1 Inleiding	19
4.2 Bescherming art. 5 EVRM	19
4.3 Vrijheidsbeneming	20
4.4 Rechtmatige vrijheidsbeneming	22
4.5 Conclusie	24
5. Voorziening tegen beslissing bijzondere voorwaarden	26
5.1 Inleiding	26
5.2 De huidige v.i.-regeling	26
5.3 Toekomstige situatie - de minister beslissingsbevoegd	29
5.3 Conclusie	31
6. OM en rechtsbescherming	32
6.1 Inleiding	32
6.2 Positie OM	32
6.3 Verhouding tot de minister	33
6.4 Taak OM	37
6.5 De magistratelijke rol van het OM	39
6.6 Conclusie	42
7. Een uitvoeringsinstantie en rechtsbescherming	43
7.1 Inleiding	43

7.2 Toepassing Awb en de beginselen van behoorlijk bestuur	43
7.3 Taak uitvoeringsinstantie	44
7.4 Positie uitvoeringsinstantie	45
7.5 De beginselen van behoorlijk bestuur	47
7.6 Conclusie	51
8. Eis van magistratelijkheid en beginselen behoorlijk bestuur	52
8.1 Inleiding	52
8.2 Beginselen behoorlijke strafrechtpleging / behoorlijk bestuur	52
8.3 Magistratelijke rol OM en beginselen behoorlijke strafrechtpleging	53
8.4 Conclusie	55
9. Conclusie	57
9.1 Samenvatting v.i.-regeling	57
9.2 Rechtsbescherming veroordeelde OM en de minister	58
9.3 Antwoord probleemstelling	61
Literatuurlijst	62
Jurisprudentielijst	65

1. Inleiding

1.1 Aanleiding onderzoek

De voorwaardelijke invrijheidstelling

Sinds een aantal jaar staat de voorwaardelijke invrijheidstelling (v.i.) regelmatig in de belangstelling. Dit heeft te maken met berichtgeving in de media over bekende zaken zoals Samir A., Benno L., en Volkert van der G. waarbij aandacht was voor de v.i. en de daaraan gekoppelde bijzondere voorwaarden. Vanuit mijn dienstverband bij het Openbaar Ministerie (OM) heb ik op professioneel gebied veel te maken gehad met dit onderwerp, in het bijzonder door mijn werkzaamheden bij de Centrale Voorziening voorwaardelijke invrijheidstelling (CVvi).

Gedurende mijn betrokkenheid bij de besluitvorming omtrent de bijzondere voorwaarden in het kader van v.i. raakte ik overtuigd van het ingrijpende karakter van deze bevoegdheid. De CVvi gaat in het merendeel van de v.i.-zaken over tot het stellen van bijzondere voorwaarden. Dit was in 2011 in 50% van de zaken het geval en in 2013 in maar liefst 70% van de zaken.¹ Dit zijn vrijheidsbeperkende voorwaarden die regelmatig voor een aanzienlijke periode gelden. Vanuit deze achtergrond, een wetgevingstraject ten aanzien van de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen en het advies van de Raad voor de Rechtspraak hieromtrent is het idee ontstaan voor een onderzoek naar de beslissingsbevoegdheid omtrent het vaststellen van bijzondere voorwaarden.

Het vaststellen van de bijzondere voorwaarden, van het OM naar de minister?

Met het wetsvoorstel 'Herziening en stroomlijning van de tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen' wordt beoogd de formele verantwoordelijkheid van het OM voor de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties te verschuiven naar de minister.² In het kader van dit wetsvoorstel is overwogen bij de minister de beslissing te leggen over de v.i. en de te stellen bijzondere voorwaarden.³ Vanwege het goed functioneren van de CVvi is uiteindelijk besloten deze taak bij het OM te laten.

¹ Reidnied 2014, p. 6.

² In het najaar van 2013 is het wetsvoorstel in consultatie is gebracht.

³ *Toelichting conceptwetsvoorstel Herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen*, Consultatieversie 4 november 2013, p. 11.

Interessant was het advies van de Raad voor de Rechtspraak met betrekking tot dit wetsvoorstel en de eerder genoemde overweging om de beslissing omtrent de bijzondere voorwaarden bij het OM te laten. De Raad heeft geadviseerd in de Memorie van Toelichting (MvT) ook principiële gronden te benoemen voor deze keuze zodat de rechtsgelijkheid beter gewaarborgd is en politieke invloed in individuele gevallen een kleinere rol zal spelen.⁴ Daarnaast is afgevraagd of de rechtsbescherming afdoende geregeld is in het kader van de overheveling van de verantwoordelijkheid van de tenuitvoerlegging naar de minister. In dat verband bespreekt de Raad de adviesmogelijkheden voor het OM en de rechter zoals opgenomen in het wetsvoorstel. Blijkbaar vreest de Raad voor een achteruitgang in de rechtsbescherming indien de bevoegdheden bij de minister worden belegd. Tussen de regels door valt op te maken dat de Raad er vanuit gaat dat betrokkenheid van het OM en de rechter bijdraagt aan de rechtsbescherming. Ook lijkt de Raad politieke invloed niet wenselijk te achten voor de rechtsbescherming en pleit het impliciet voor een bepaalde mate van onafhankelijke besluitvorming.

Naar aanleiding van het advies van de Raad is de MvT aangevuld en gesteld dat de taak bij het OM is gelaten vanwege de samenhang met het toezicht op de naleving van het OM en de ingrijpende gevolgen voor de veroordeelde op het moment dat de gestelde voorwaarden worden overtreden.⁵ Ook deze gronden ogen toch vooral praktisch en minder principieel. Bovendien zijn de gronden verder niet toegelicht.

Het wetsvoorstel en het advies van de Raad voor de rechtspraak roepen een aantal vragen op. Is het OM bij het vaststellen van de bijzondere voorwaarden daadwerkelijk onafhankelijk en staat het op afstand van de politiek? Op welke wijze waarborgt het OM de rechtsbescherming van de veroordeelde bij het vaststellen van de bijzondere voorwaarden? In welke mate wordt de rechtsbescherming gewaarborgd indien de minister verantwoordelijk wordt voor deze beslissing? Is er daadwerkelijk een verschil in rechtsbescherming ten opzichte van het OM? Wat moet er überhaupt verstaan worden onder rechtsbescherming? Op deze vragen richt het onderzoek zich.

De rol van het OM met betrekking tot de rechtsbescherming is een veelbesproken onderwerp. In dit verband wordt regelmatig gewezen naar de magistratelijke rol en de

⁴ 2014/07 Advies RvdR Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen, p. 2.

⁵ *Kamerstukken II*, 2014/15, 34 086, 3, p. 33.

onafhankelijkheid van het OM. In de literatuur is veel te vinden over de onderscheidende positie van het OM ten opzichte van een ander bestuursorgaan. Er is echter minder geschreven over hoe de betrokkenheid van het OM concreet tot een betere rechtsbescherming leidt ten opzichte van een ander bestuursorgaan. Op dit vraagstuk richt het onderzoek zich.

1.2 Het onderzoek

Doelstelling en probleemstelling

Het onderzoek beoogt bij te dragen aan een discussie over de rechtsbescherming van de veroordeelde als opnieuw wordt overwogen de beslissing over de v.i. en de te stellen bijzondere voorwaarden bij de minister te beleggen. Het ligt in de lijn der verwachting dat de minister dit op enige moment in de toekomst opnieuw zal overwegen. De taak is enkel bij het OM gelaten vanwege het goed functioneren van de CVvi. Het is goed voorstelbaar dat op enig moment anders over dit functioneren zal worden gedacht. Gelet op deze doelstelling is de volgende probleemstelling geformuleerd voor het onderzoek:

Maakt het voor de rechtsbescherming van de veroordeelde uit of het Openbaar Ministerie dan wel de minister beslist over de bijzondere voorwaarden in het kader van de voorwaardelijke invrijheidstelling?

Scope onderzoek en definiëren begrippen

Voor een onderzoek naar de rechtsbescherming van de veroordeelde als de minister beslissingsbevoegd wordt is als uitgangspunt genomen dat de minister deze bevoegdheid mandateert aan een uitvoeringsinstantie. Het ligt niet voor de hand dat de minister eigenhandig een besluit neemt hieromtrent. Zo is in het penitentiair recht de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI) en de selectiefunctionaris belast met verschillende beslissingen ten aanzien van de detentie.

Het begrip rechtsbescherming in de probleemstelling ziet toe op twee aspecten. Allereerst is onderzocht waaraan het OM of uitvoeringsinstantie zich dient te houden bij de beslissing over de bijzondere voorwaarden in het kader van de v.i.. Dit aspect was immers aanleiding voor het onderzoek. De Raad voor de Rechtspraak lijkt namelijk van een bepaalde rechtsbescherming uit te gaan indien het OM betrokken is bij de

tenuitvoerlegging. In de literatuur wordt in dit verband vaak gewezen op de magistratelijke rol van het OM. Dit duidt op een bepaald gedragsaspect dat bijdraagt aan de rechtsbescherming van de veroordeelde. Dit gedrag wordt blijkbaar genormeerd door de magistratelijke rol van het OM. Maar wat geldt dan voor een uitvoeringsinstantie? In dit onderzoek worden de normen vergeleken waaraan het OM en een uitvoeringsinstantie gebonden zijn. Hiervoor is aangesloten bij de visie van Mevis. Hij noemt de normen die aan de overheid zijn gericht omtrent de wijze waarop gebruik gemaakt wordt van bepaalde bevoegdheden een belangrijke wijze van vormgeving van rechtsbescherming. Mevis noemt hierbij de beginselen van behoorlijke procesorde.⁶ Weliswaar wordt deze vorm van rechtsbescherming besproken binnen het strafrechtelijk systeem maar deze beginselen gelden ook in het bestuursrecht. Vaak wordt dan gesproken over de beginselen van behoorlijk bestuur.

Ten tweede worden de mogelijkheden onderzocht die de veroordeelde heeft en zal hebben om tegen de beslissing omtrent de bijzondere voorwaarden op te komen. Voor dit aspect is aangesloten bij de omschrijving van rechtsbescherming zoals dat terug te vinden is in het bestuursrecht. Het gaat hier om de mogelijkheid voor een burger om tegen een beslissing van de overheid een voorziening te vragen die ook de overheid rechtens bindt. Deze voorziening kan inhouden (1) een beroepsmogelijkheid bij de rechter (2) een vordering bij de burgerlijke rechter ter zake van overheidshandelingen waartegen geen beroep openstaat en (3) de bezwaar en beroepsprocedure.⁷

Met betrekking tot de vaststelling van de bijzondere voorwaarden in het kader van v.i. wordt weleens gepleit dat een rechter over deze beslissing zou moeten gaan. Hoewel dit een interessante en fundamentele vraag betreft valt deze buiten de doelstelling van het onderzoek. Wel is het van belang eerst vast te stellen of het het OM of een uitvoeringsinstantie op grond van artikel 5 EVRM bevoegd is om de bijzondere voorwaarden vast te stellen. Het is de vraag of er met de invulling van de bijzondere voorwaarden sprake kan zijn van vrijheidsbeneming.

Onderzoeksvragen

⁶ Mevis 2013, p. 191-194.

⁷ Rapport VAR-Commissie 2004, p. 15 en Goorden 1997, p. 168.

1. *Wat houdt de v.i. in?*
2. *Wat houdt de bevoegdheid in tot het vaststellen van bijzondere voorwaarden in het kader van de v.i.?*
3. *Is het OM dan wel de minister gelet op artikel 5 EVRM bevoegd tot het opleggen van de bijzondere voorwaarden in het kader van de v.i..*
4. *Welke middelen heeft de veroordeelde momenteel tot zijn beschikking om op te komen tegen een beslissing omtrent bijzondere voorwaarden en hoe zal dit zijn wanneer de minister beslissingsbevoegd is?*
5. *Op welke wijze waarborgt het OM de rechtsbescherming van de veroordeelde bij de vaststelling van de bijzondere voorwaarden in het kader van de v.i.?*
6. *Op welke wijze waarborgt de minister de rechtsbescherming van de veroordeelde bij de vaststelling van de bijzondere voorwaarden in het kader van de v.i.?*
7. *Zijn de eis van magistratelijkheid en de beginselen van behoorlijk bestuur met elkaar gelijk te stellen en wordt - indien dit niet het geval is - de rechtsbescherming van de veroordeelde beter gewaarborgd door één van deze twee?*

Voor de probleemstelling zijn de volgende onderzoeksvragen geformuleerd.

1.3 Onderzoeksopzet

Er is gebruik gemaakt van de klassieke juridische onderzoeksmethode. Er is literatuur- en jurisprudentie-onderzoek verricht. Met betrekking tot de v.i.-regeling is vooral geput uit primaire juridische bronnen. De v.i. is onderdeel van de wettelijke regeling voor de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen, aangeduid als het penitentiair recht. De regelgeving op dit gebied is verspreid over verschillende wetten zoals het Wetboek van Strafrecht (Sr), het Wetboek van Strafvordering (Sv), de Penitentiaire beginselenwet (Pbw) en de Grondwet (Gw). Tevens is geput uit het EVRM en lagere nationale regelgeving waaronder het Uitvoeringsbesluit v.i. en de aanwijzing v.i. van het OM. Daarnaast zijn parlementaire stukken en literatuur bestudeerd en is jurisprudentie-onderzoek verricht. Met betrekking tot de rechtsbescherming ligt het accent op bestudering van artikelen en juridische handboeken. Wet- en regelgeving en parlementaire stukken zijn geraadpleegd voor een beschrijving van de positie van een uitvoeringsinstantie en de normen waaraan deze instanties aan gebonden zijn.

Het onderzoek gaat uit van de bestaande situatie voor zover mogelijk. Dit was goed mogelijk voor een onderzoek naar de wijze waarop het OM de rechtsbescherming van de veroordeelde waarborgt nu deze instantie momenteel beslissingsbevoegd is. Het ligt anders voor de rechtsbescherming van de veroordeelde als de minister

beslissingsbevoegd wordt. In dat geval betreft het een denkbeeldige situatie. Zo is het bijvoorbeeld niet bekend welke middelen de veroordeelde tot zijn beschikking krijgt om op te komen tegen een beslissing van de minister omtrent de bijzondere voorwaarden.

Er wordt een verwachtingsmodel geschetst door een beroep te doen op het systeem van de wet en op de wetsgeschiedenis en gebruik te maken van analogieredenering. Op basis van bestaande wet- en regelgeving en de bijbehorende parlementaire stukken zijn een aantal verwachtingsmodellen geschetst door analoge regeltolpassing. Hiervoor wordt er gekeken naar belangrijke relevante overeenkomsten en de strekking van de regel. Er is allereerst uitgegaan van de bestaande regelingen voor een uitvoeringsinstantie en de Algemene wet en bestuursrecht (Awb). Beargumenteerd wordt waarom en in hoeverre de Awb en de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn. Daarnaast is uitgegaan van het wettelijk systeem binnen het penitentiair recht. In het bijzonder is aangesloten bij de Pbw. Weliswaar ziet de Pbw toe op de detentie van de veroordeelde maar in deze wet zijn beslissingsbevoegdheden toegekend aan de minister, DJI (een uitvoeringsinstantie) en de selectiefunctionaris en is geregeld hoe de gedetineerde op kan komen tegen een besluit.

1.4 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 wordt de v.i.-regeling geïntroduceerd en in hoofdstuk 3 wordt stil gestaan bij de bevoegdheid om de bijzondere voorwaarden vast te stellen. Hierna wordt in hoofdstuk 4 beoordeeld of het in overeenstemming is met artikel 5 EVRM dat de minister dan wel het OM beslist over de bijzondere voorwaarden in het kader van v.i.. Vervolgens wordt de rechtsbescherming van de veroordeelde daadwerkelijk vergeleken. Hoofdstuk 5 behandelt de wijze waarop de veroordeelde op kan komen tegen de beslissing omtrent de voorwaarden en hoe dit zal zijn wanneer de minister beslissingsbevoegd is. In hoofdstuk 6 en 7 komt aan de orde op welke wijze het OM en een uitvoeringsinstantie de rechtsbescherming van de veroordeelde waarborgen bij de vaststelling van de bijzondere voorwaarden. Tot slot wordt in hoofdstuk 8 de magistratelijke rol met de beginselen van behoorlijk bestuur vergeleken. Hoofdstuk 9 bevat een korte samenvatting en een antwoord op de probleemstelling.

2. Introductie v.i.-regeling

2.1 Inleiding

Het is allereerst van belang te weten wat de v.i.-regeling inhoudt. Deze vraag wordt hier beantwoord. Daartoe wordt stilgestaan bij de historische ontwikkeling, de doelstelling en het toepassingsbereik van de v.i.-regeling. Tot slot wordt de v.i.-procedure in vogelvlucht beschreven. Er wordt afgesloten met een samenvatting.

2.2 Geschiedenis v.i.-regeling

Aan de huidige v.i.-regeling gaat een lange geschiedenis vooraf. In Nederland werd de voorwaardelijke invrijheidstelling in 1886 geïntroduceerd met de invoering van het Wetboek van Strafrecht.⁸ Deze regeling ontwikkelde zich echter tot een ongeclausuleerde strafkorting door de toetsing van de penitentiaire kamer van het Gerechtshof in Arnhem nadat v.i. was geweigerd door de minister en de reclassering niet bereid was overtredingen van voorwaarden te melden aan het OM.⁹

De reclassering zag de veroordeelde als een cliënt waaraan hulp verleend moest worden. Binnen deze taakopvatting paste het niet overtreding van voorwaarden te melden bij het OM met als gevolg dat in zeldzame gevallen herroeping van de v.i. plaatsvond.¹⁰ De praktijk werd in 1986 gecodificeerd met het invoering van de Vervroegde Invrijheidstelling (VI).¹¹ Over deze regeling ontstond vrij snel een maatschappelijke en politieke discussie. Men was ontevreden dat het niet mogelijk was voorwaarden te stellen en het resterende deel van de gevangenisstraf te herroepen.¹² Ook speelde mee dat Nederland achterliep in Europa. Als één van de weinige landen verbond zij namelijk geen voorwaarden aan de vervroegde invrijheidstelling.¹³ De discussie resulteerde onder meer in de beleidsnota Sancties in Perspectief en naar aanleiding van deze nota het instellen van de Commissie Herziening Vervroegde Invrijheidstelling.¹⁴ Uiteindelijk werd in 2008 de huidige v.i.-regeling ingevoerd.¹⁵

Gelet op de probleemstelling wordt stilgestaan bij de wijze waarop het OM is belast met de taak om bijzondere voorwaarden aan de v.i. te verbinden. Interessant is dat in eerste instantie werd voorgesteld de minister aan te wijzen als beslissingsbevoegde instantie. Het idee was de taak te beleggen bij de DJI waarbij werd gedacht aan de

⁸ *Kamerstukken II 2005/06*, 30513, 3, p.4-5.

⁹ Julsing-Nijenhuis 2009, p. 5 en Bleichrodt 2006, p.1.

¹⁰ Bleichrodt 2006, p. 1.

¹¹ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30513, 3, p. 4-5.

¹² Reidnied 2014, p. 2.

¹³ *Kamerstukken II 2005/06*, 30513, 3, p. 5.

¹⁴ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 513, 3, p. 3-5 en Julsing-Nijenhuis 2009, p. 6.

¹⁵ *Stb.* 2007, 500.

selectiefunctionaris.¹⁶ Uiteindelijk is het OM de beslissingsbevoegde instantie geworden naar aanleiding van het amendement Anker. Een belangrijk argument van Anker was de centrale rol van het OM binnen de tenuitvoerlegging zoals dat is neergelegd in art. 553 Sv. Daarnaast zou het OM tevens belast worden met het toezicht op de naleving van de voorwaarden. Deze taken hoorden bij elkaar volgens Anker, het stellen van voorwaarden en het toezicht.¹⁷

Op deze manier kreeg het OM een centrale rol binnen de v.i.-procedure. Hiervoor is de CVvi opgericht en onder gebracht bij het Ressortsparket (Arnhem-Leeuwarden) waar ervaring en expertise met de oude regeling (VI) was opgebouwd.¹⁸ Binnen de CVvi zijn advocaten-generaal, secretarissen en administratief medewerkers werkzaam.

In de inleiding werd al opgemerkt dat het de bedoeling is dat de verantwoordelijkheid van de tenuitvoerlegging bij de minister komt te liggen in plaats van het OM. Hiervoor ligt het concept wetsvoorstel 'Herziening en stroomlijning van de tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen'. Zoals gezegd is overwogen de beslissing omtrent de v.i. en de te stellen voorwaarden bij het OM weg te halen en ook bij de minister te beleggen. Zoals dat oorspronkelijk werd voorgesteld bij het wetsvoorstel voor de v.i.-regeling. Vanwege het goed functioneren van de CVvi is echter gekozen de situatie vooralsnog te laten zoals ze is.¹⁹

2.3 Doelstelling en toepassing v.i.

Doelstelling v.i.

Met de v.i. wordt beoogd de maatschappelijke veiligheid te vergroten door de kans op recidive te beperken.²⁰ Concreet houdt dit in dat de veroordeelde wordt ontmoedigd om strafbare feiten te plegen en gecontroleerd terugkeert in de maatschappij. In dit kader dient ook maatschappelijke onrust voorkomen te worden en wordt zorg gedragen voor de veiligheid van de veroordeelde.²¹ Wanneer deze twee aspecten in het geding zijn kan dit de terugkeer in de maatschappij bemoeilijken. Het is de bedoeling dat de v.i.

¹⁶ *Kamerstukken II 2005/06*, 30513, 3, p. 6.

¹⁷ *Kamerstukken II 2006/07*, 30513, 8, p. 2.

¹⁸ Julsing-Nijenhuis 2009, p. 2.

¹⁹ *Toelichting conceptwetsvoorstel Herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen*, Consultatieversie 4 november 2013, p. 27.

²⁰ *Kamerstukken II 2005/06*, 30513, 3, p. 6.

²¹ Rb. Den Haag 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12142 en Rb. Oost-Brabant 1 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6016.

zoveel mogelijk aansluit op de detentiefasering. Dit gaat uit van steeds minder beperkingen naarmate de tenuitvoerlegging van de straf vordert. Deze beperkingen zien toe op de mate van beveiliging in de inrichting en een toename aan vrijheden zoals bijvoorbeeld verlof. Het is van toepassing op lange gevangenisstraffen.²² Op deze manier vormt de v.i. het sluitstuk van de gevangenisstraf.

De v.i. en de detentiefasering beogen de terugkeer in de samenleving te bevorderen. en geven uitvoering aan het resocialisatiebeginsel. Dit is een belangrijk beginsel binnen het penitentiair recht dat is vastgelegd in art. 2 lid 2 Pbw.

Toepassing v.i.

De v.i. wordt toegepast op onherroepelijke gevangenisstraffen van minimaal één jaar (art. 15 lid 1 Sr). In tegenstelling tot de oude regeling is de v.i. niet van toepassing op deels voorwaardelijke gevangenisstraffen.²³ De regeling geldt alleen voor volwassenen. Voor de duur van de v.i. zijn er twee berekeningen. Indien de gevangenisstraf langer dan twee jaar bedraagt wordt de veroordeelde na tweederde van zijn straf voorwaardelijk in vrijheid gesteld. Bij een gevangenisstraf korter dan twee jaar vindt invrijheidstelling plaats nadat één jaar van de straf ten uitvoer is gelegd en de veroordeelde een derde van het resterende deel ook heeft ondergaan (art. 15 lid 1 en 2 Sr). Het resterende deel van de gevangenisstraf vormt de proeftijd van de v.i..

Gelet op de doelstelling van de v.i. geldt het uitgangspunt '*v.i. tenzij*.'. De v.i. wordt van rechtswege verleend, tenzij er gronden zijn voor uitstel of achterwege laten hiervan.

2.4 Het verloop van de v.i.-procedure in een vogelvlucht

Adviezen

De v.i.-procedure start ongeveer drie maanden voor de invrijheidstelling met de aanvraag van verschillende adviezen.²⁴ De directeur van de penitentiaire inrichting (hierna DJI) waar de veroordeelde op dat moment verblijft is verplicht een advies uit te brengen. De reclassering *kan* adviseren (art. 15a lid 6 Sr). Indien de executie-indicator is geplaatst brengt het OM-onderdeel dat destijds de strafzaak heeft behandeld ook

²² Kelk 2008, p. 78.

²³ Julsing-Nijenhuis 2009, p.13.

²⁴ Reidnied 2014, p. 7.

een advies uit. Dit is geen wettelijk vereiste.²⁵ De adviezen vormen de basis van het dossier dat wordt voorgelegd aan de CVvi.

Gronden uitstel of afstel

De CVv.i. beslist eerst of er gronden voor het OM zijn om een vordering in te dienen bij de rechter om de v.i. uit te stellen of achterwege te laten op grond van art. 15d lid 1 Sr (hierna uitstel/afstel van de v.i.).²⁶ Wanneer dit het geval is zal de officier van justitie worden verzocht een vordering in te dienen. Een vordering kan worden ingediend als de veroordeelde (1) geplaatst is in een TBS-kliniek, (2) diens straf is overgenomen van een buitenlandse rechter, (3) zich tijdens de detentie schuldig heeft gemaakt aan een ernstig strafbaar feit of aan gedrag dat meermalen heeft geleid tot een disciplinaire straf, (4) zich heeft onttrokken of zich heeft getracht te onttrekken aan de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf, (5) zich niet bereid heeft verklaard de voorwaarden na te leven of (6) het recidive gevaar onvoldoende ingeperkt kan worden door het stellen van bijzondere voorwaarden (art. 15d Sr).

Beslissing bijzondere voorwaarden

De v.i. wordt in de meeste gevallen verleend gelet op het uitgangspunt 'v.i.-tenzij'. Er wordt in dat geval overgegaan tot een v.i.-besluit dat wordt ondertekend door de advocaat-generaal die verbonden is aan de CVvi vanuit het Ressortsparket (vestiging Arnhem-Leeuwarden). Aan de v.i. is automatisch de algemene voorwaarde gekoppeld, namelijk het niet plegen van een strafbaar feit (binnen de proeftijd) (art. 15a lid 1 Sr). De CVvi beoordeelt individueel aan de hand van het dossier of het noodzakelijk is bijzondere voorwaarden te verbinden aan de v.i. (art. 15 lid 2 Sr).²⁷ In het volgende hoofdstuk wordt beschreven hoe de besluitvorming plaatsvindt en wat de bijzondere voorwaarden kunnen inhouden.

De v.i. en de voorwaarden zijn gekoppeld aan een proeftijd. De proeftijd betreft de duur van de v.i., het resterende deel van de gevangenisstraf. De proeftijd voor de algemene voorwaarde bedraagt echter altijd minimaal één jaar (art. 15 c lid 2 en 3 Sr). Dit betekent dat de proeftijd voor de algemene en de bijzondere voorwaarden kan verschillen. De proeftijd start op het moment van invrijheidstelling.

²⁵ Met de executie-indicator geeft het OM-onderdeel dat belast was met de strafzaak aan op de hoogte gesteld te willen worden in de tenuitvoerleggingsfase. Ook wel executiefase genoemd.

²⁶ Schrama 2012, p. 208-212.

²⁷ Nota van Toelichting Uitvoeringsbesluit voorwaardelijke invrijheidstelling, *Stb.* 2008, p. 6-7.

Het toezicht - verantwoordelijkheid & uitvoering

Het OM is gedurende de proeftijd verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de voorwaarden. Feitelijk voeren andere instanties het toezicht uit. Soms heeft de politie een expliciete rol wanneer vrijheidsbeperkende voorwaarden zijn gesteld.²⁸

De reclassering is belast met het toezicht indien er bijzondere voorwaarden aan de v.i. zijn verbonden.²⁹ De reclassering heeft bij de uitvoering van het toezicht een driedelige taak. Zij controleert nakoming van de voorwaarden, signaleert dreigende overtredingen van de voorwaarden en motiveert en stimuleert tot slot de veroordeelde zich te houden aan de bijzondere voorwaarden. Het toezicht bestaat uit controle en begeleiding die is afgestemd op de opgelegde bijzondere voorwaarden en het recidiverisico. Hoe hoger het risico, des te intensiever het toezicht.³⁰ Denk hierbij aan de frequentie van de meldplicht bij de reclassering. Bij de wijze waarop het toezicht wordt uitgeoefend staat wederom de doelstelling van de v.i. centraal.³¹

De gezagsverhouding tussen het OM en de reclassering is strikt geregeld. De reclassering stelt het OM op de hoogte van het verloop van het toezicht en is verplicht iedere overtreding onverwijld te melden.³² De reclassering meldt dat het toezicht is opgestart en brengt rapportages uit over de voortgang en afloop van het toezicht. Het OM kan aanwijzingen geven omtrent het toezicht.

Overtreding voorwaarden en herroeping v.i.

Bij een overtreding van de voorwaarden kan het OM de veroordeelde waarschuwen, de voorwaarden wijzigen of een vordering indienen bij de rechtbank voor herroeping van de v.i. (art. 15i lid 2 Sr). In het laatste geval kan het OM overgaan tot aanhouding van de veroordeelde en schorsing van de v.i. vragen bij de rechter-commissaris (art. 15h Sr). Naar aanleiding van een door het OM ingediende vordering kan de rechtbank de v.i. gedeeltelijk of volledig herroepen. Bij afwijzing van de vordering of gedeeltelijke herroeping plaatsvindt, wordt de v.i. voortgezet, mits er nog een resterende proeftijd is.

²⁸ Reidnied 2014, p. 9.

²⁹ Art. 5 lid 1 Uitvoeringsbesluit voorwaardelijke invrijheidstelling, *Stb.* 2008, zie ook Toelichting Uitvoeringsbesluit voorwaardelijke invrijheidstelling, *Stb.* 2008, 218, p. 4.

³⁰ Boone 2014, p. 224-225.

³¹ Kruijs, *Sancties 2014/42*, p. 312-322.

³² Art. 5, 8 en 9 Uitvoeringsbesluit voorwaardelijke invrijheidstelling, *Stb.* 2008, 218.

2.5 Samenvatting

De v.i. wordt toegepast op geheel onvoorwaardelijke en onherroepelijke gevangenisstraffen langer dan één jaar. Bij de verlening van v.i., het stellen van bijzondere voorwaarden en de uitoefening van het toezicht staat de doelstelling van de v.i.-regeling centraal. Door recidivevermindering wordt beoogd de maatschappelijk veiligheid te vergroten. Er is sprake van een gecontroleerde terugkeer in de maatschappij door middel van de v.i. die zoveel mogelijk aansluit op de detentiefasering. De v.i. en de detentiefasering geven uitvoering aan het resocialisatiebeginsel.

De CVvi heeft binnen het OM een centrale rol ten aanzien van de v.i.-procedure. Op basis van adviezen van DJI, reclassering en soms het OM wordt een beslissing genomen omtrent de v.i. en de bijzondere voorwaarden. Het OM is verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de voorwaarden die in het kader van de v.i. zijn gesteld. Indien bijzondere voorwaarden zijn gesteld oefent de reclassering feitelijk het toezicht uit. Soms heeft de politie een rol in het toezicht als vrijheidsbeperkende voorwaarden zijn gesteld. De reclassering informeert het OM over het verloop van het toezicht en meldt onverwijld iedere overtreding. Bij een overtreding van voorwaarden zijn verschillende reacties mogelijk. De meest ingrijpende reactie is herroeping van de v.i.. Hierbij is het mogelijk de veroordeelde voorafgaand aan de beslissing van de rechtbank aan te houden en aan de rechter-commissaris te vragen de v.i. te schorsen. Bij de introductie van de v.i.-regeling is kort aangestipt dat het OM (de CVvi) de mogelijkheid heeft om bijzondere voorwaarden aan de v.i. te verbinden. Aangezien de beslissingsbevoegdheid centraal staat in het onderzoek wordt in het volgende hoofdstuk dieper ingegaan op de besluitvorming hieromtrent en de inhoud van de bijzondere voorwaarden.

3. Beslissingsbevoegdheid bijzondere voorwaarden v.i.

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is aan de orde gesteld dat de CVvi bijzondere voorwaarden aan de v.i. kan verbinden. Deze beslissingsbevoegdheid staat hier centraal. Antwoord wordt gegeven op de vraag wat deze bevoegdheid inhoudt. Er wordt stilgestaan bij de bijzondere voorwaarden en de besluitvorming hieromtrent. In het bijzonder is aandacht

voor de bereidheid van de veroordeelde tot naleving van de voorwaarden na te leven, een belangrijk aspect binnen de v.i.-regeling. Tot slot volgt de conclusie.

3.2 De bijzondere voorwaarden

Historische ontwikkeling

Onder de 'oude' v.i.-regeling waren bijzondere voorwaarden en toezicht al bekende begrippen. Deze begrippen keerden terug nadat de Vervroegde Invrijheidstelling (VI) werd gewijzigd in de voorwaardelijke invrijheidstelling in 2008. De reclassering kreeg weer een belangrijke rol binnen de v.i.-procedure.³³ De reclassering was ondertussen geïntegreerd in de strafrechtketen en had een enorme ontwikkeling doorgemaakt in de professionalisering op het gebied van advisering en het uitoefenen van toezicht.³⁴

In eerste instantie beschreef de v.i.-regeling globaal de inhoud van de bijzondere voorwaarden. De bijzondere voorwaarden konden toezien op het gedrag en de bewegingsvrijheid van de veroordeelde, deelname aan activiteiten gericht op terugkeer in de maatschappij of het ondergaan van bijzondere zorg (zoals verslavingszorg of geestelijke gezondheidszorg). Tot slot kon men aan een bijzondere voorwaarde elektronisch toezicht verbinden als bedoeld in art. 1, onderdeel w Pbw.

Sinds april 2012 staan de bijzondere voorwaarden gespecificeerd in de wet en gelden standaard 'algemene voorwaarden' wanneer bijzondere voorwaarden aan de v.i. zijn gekoppeld (art. 15a lid 1 onder b Sr). De veroordeelde dient in dit kader medewerking te verlenen aan het vaststellen van zijn identiteit en aan het reclasseringstoezicht inclusief de daaronder begrepen huisbezoeken.

De v.i.-regeling is met deze wetwijziging in overeenstemming gebracht met de voorwaardelijke veroordeling. Een uitzondering geldt voor de herstellende voorwaarden die alleen opgelegd worden bij een voorwaardelijke veroordeling. Blijkens de MvT heeft de wetgever het in verband met het karakter van de v.i.-regeling en de al bestaande mogelijkheden niet passend geacht de v.i. afhankelijk te maken van een betalingsregeling met het slachtoffer van een strafbaar feit.³⁵

Daarnaast is met een expliciete en wettelijke grondslag de rechtszekerheid en de effectiviteit van het toezicht vergroot en voldaan aan vaste jurisprudentie van het

³³ Julsing-Nijenhuis 2009, p.1.

³⁴ Boone 2014, p. 221.

³⁵ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 513, 3, p. 7.

EHRM.³⁶ Bij ingrijpende beperkingen van grondrechten is een wettelijke grondslag noodzakelijk en wordt transparantie, kenbaarheid en voorzienbaarheid vereist. Van een ingrijpende beperking kan in het geval van de v.i. zeker sprake zijn. Denk aan een klinische behandeling of aan een locatieverbod gekoppeld aan elektronisch toezicht.

Tegenwoordig bepaalt art. 15a lid 3 Sr dat de bijzondere voorwaarden het volgende kunnen inhouden: een contact en/of locatieverbod, een meldplicht, een alcohol en/of drugsverbod, een klinische of ambulante behandeling, begeleid wonen of maatschappelijke opvang, een gedragsinterventie. Er is een onderscheid tussen vrijheidsbeperkende voorwaarden en voorwaarden die gericht zijn op gedragsbeïnvloeding of zorg.³⁷ Ook geldt de restcategorie: 'andere voorwaarden die het gedrag van de veroordeelde betreffende'. Dit lijkt een overbodige toevoeging maar hiermee is getracht een situatie te voorkomen waarbij de genoemde voorwaarden in de wet niet toereikend zijn. De wetgever wilde flexibiliteit en maatwerk mogelijk maken maar vond een lange lijst met zeer specifieke voorwaarden in de wet niet zinvol.³⁸

Tot slot kan aan de bijzondere voorwaarden elektronisch toezicht gekoppeld worden (art. 15a lid 4 Sr) en de CVvi weeg nadrukkelijk de noodzaak hiervan af.³⁹

Het OM kan de bijzondere voorwaarden aanvullen, wijzigen of opheffen (art. 15a lid 7 Sr). Door het verloop van het toezicht kan het nodig zijn de bijzondere voorwaarden aan te scherpen of juist te verlichten. Dit kan op grond van een beslissing of advies van de rechter bij de beslissing, omtrent een vordering herroeping van de v.i. of een uitspraak van de voorzieningenrechter omtrent de bijzondere voorwaarden. Op dit laatste wordt nog teruggekomen.

3.3 Besluitvorming bijzondere voorwaarden

Toetsingskader

De CVvi beoordeelt individueel over de noodzaak om bijzondere voorwaarden te verbinden aan de v.i.. De invulling van de bijzondere voorwaarden dient in overeenstemming te zijn met art. 15 en 15a tot en met 15j Sr, het Uitvoeringsbesluit v.i., de aanwijzing v.i. van het OM en jurisprudentie. Op basis hiervan gelden de volgende uitgangspunten bij een beslissing omtrent de bijzondere voorwaarden.

³⁶ Reidnied 2014, p. 6.

³⁷ Boone 2014, p. 224.

³⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 32319, 3, p. 11.

³⁹ Aanwijzing v.i. onderdeel II.2.3, *Stcrt.* 2012, 5379.

Allereerst staat de doelstelling van de v.i.-regeling centraal. De bijzondere voorwaarden en het toezicht zijn gericht op het reduceren van het recidiverisico en daarmee het bevorderen van de maatschappelijke veiligheid.⁴⁰ De bijzondere voorwaarden dienen een logisch vervolg te zijn op de detentiefasering.⁴¹ Daarnaast mag de v.i. van de veroordeelde in beginsel niet zodanig zijn dat nauwelijks van een echte invrijheidstelling kan worden gesproken.⁴² Verder dient de zwaarte van de bijzondere voorwaarden in evenwicht te zijn met de duur van de periode waarover v.i. wordt verleend.⁴³ De bijzondere voorwaarden dienen noodzakelijk en proportioneel te zijn. Zo dient de veroordeelde alleen zover te worden beperkt in zijn bewegingsvrijheid als noodzakelijk is met het oog op het voorkomen van recidive.⁴⁴ Steeds beoordeelt de CVvi of een (vergaande) inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de veroordeelde die bijzondere voorwaarden met zich mee kan brengen proportioneel is.⁴⁵

Tot slot dient de CVvi de bijzondere voorwaarden concreet te formuleren zodat de feitelijke invulling van de bijzondere voorwaarden niet is gemandateerd aan de reclassering. De rechtbank heeft in een zaak de bijzondere voorwaarden onevenredig belastend geacht vanwege het feit dat de beslissing over toepassing van elektronische controle en de duur daarvan was overgelaten aan de reclassering. De proeftijd bedroeg hier ruim één jaar.⁴⁶

Dossier ten behoeve van besluitvorming

Het dossier is van groot belang voor de CVvi om te beoordelen of het noodzakelijk is bijzondere voorwaarden aan de v.i. te verbinden. De ingebrachte adviezen spelen hierbij een grote rol. Deze adviezen zien toe op mogelijke grond(en) voor het uitstellen dan wel achterwege laten van de v.i. en op de aard van de bijzondere voorwaarden.

DJI beschrijft de detentiegeschiedenis van de veroordeelde, ingezette interventies en het verloop van de detentiefasering (indien aan de orde). Dit kan mogelijk aanleiding zijn voor het het indienen van een vordering uitstel of afstel van de v.i..⁴⁷

⁴⁰ Kruijs, *Sancties* 2014/42, afl. 5, p. 312-322.

⁴¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30513, 3, p. 2-4.

⁴² *Kamerstukken II* 2005/06, 30513, 3, p. 9.

⁴³ Julsing-Nijenhuis 2009, p. 8.

⁴⁴ Rapport Commissie Herziening vervroegde invrijheidstelling 2002, p. 20.

⁴⁵ Aanwijzing v.i. onderdeel II.2.3, *Stcr.* 2012, 5379.

⁴⁶ Rb. Alkmaar 28 november 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BU6146.

⁴⁷ Schrama 2012, p. 208-212.

Het advies van de reclassering is meer toegespitst op mogelijke interventies gekoppeld aan een advies over de bijzondere voorwaarden. Een belangrijk aspect is het ingeschatte recidiverisico dat in kaart wordt gebracht door middel van het instrument Risc. Een veroordeelde kan laag, gemiddeld en hoog scoren.⁴⁸ Deze score bepaalt de intensiteit van het toezicht waarmee de reclassering uiteindelijk wordt belast.

Advies rechter

De rechter kan adviseren omtrent de aan de v.i. te verbinden bijzondere voorwaarden. bij een beslissing op een vordering omtrent het uitstel, afstel of herroeping van de v.i. (art. 15f, 15d en 15j lid 1 Sr). Daarnaast is er een rol weggelegd voor de rechter die de straf oplegt waarover v.i. wordt verleend. De rechter kan immers adviseren omtrent de tenuitvoerlegging en daarmee ook de v.i.. Bijvoorbeeld als de rechter bij de strafoplegging afwijkt van het advies van de deskundigen om geen terbeschikkingstelling te bevelen. Uit de wet of de wetsgeschiedenis blijkt niet of het advies van de rechter binden is. Uit de term 'advies' is voorzichtig af te leiden dat dit niet het geval is. Maar het is voorstelbaar dat het OM zich moet verantwoorden wanneer zij afwijkt van het advies en later een vordering uitstel, afstel danwel herroeping van de v.i. bij de rechter wordt aangebracht.

De bereidheid van de veroordeelde

Een belangrijk aspect binnen de v.i.-regeling en de besluitvorming hieromtrent is de bereidheid van de veroordeelde. Indien de veroordeelde zich niet bereid heeft verklaard de voorwaarden na te leven is dit een expliciete grond in de wet voor uitstel dan wel afstel van de v.i. (art. 15d lid 1 sub d Sr). De adviezen van DJI en reclassering zijn van groot belang aangezien daarin het standpunt van de veroordeelde naar voren dient te komen.⁴⁹ In de adviezen wordt uitdrukkelijk vermeld dat de consequenties aan de veroordeelde zijn voorgehouden.⁵⁰

Volgens de wetgever zijn er twee mogelijkheden indien de bereidheid van de veroordeelde ontbreekt. Het OM kan een vordering uitstel/afstel v.i. indienen bij de rechtbank.⁵¹ Het OM kan dit ook achterwege laten en de bijzondere voorwaarden opleggen. Als de veroordeelde de voorwaarden niet naleeft kan het OM herroeping van

⁴⁸ Boone 2014, p. 223.

⁴⁹ Toelichting Uitvoeringsbesluit voorwaardelijke invrijheidstelling, Stb. 2008, 218.

⁵⁰ Rb. Amsterdam 29 april 2009 ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4014

⁵¹ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30513, 6. p.7.

de v.i. vorderen bij de rechtbank. Het OM kan hierbij overgaan tot aanhouding van de veroordeelde en de rechter-commissaris vragen de v.i. te schorsen (art. 15h Sr).

Bij het jurisprudentie-onderzoek zijn geen uitspraken naar voren gekomen waarbij sprake is van een overtreding van voorwaarden doordat de veroordeelde van meet af aan principieel niet wenste mee te werken aan de bijzondere voorwaarden. Wel blijkt dat het OM met regelmaat uitstel dan wel afstel van de v.i. vordert omdat de veroordeelde zich niet bereid heeft verklaard de voorwaarden na te leven. Hierbij valt het op dat het vaak draait om een ambulante dan wel klinische behandeling waaraan de veroordeelde niet wenst mee te werken.⁵² Uit de beslissingen zijn een aantal uitgangspunten te herleiden die de rechter hanteert.

Gelet op het karakter en doelstelling van de v.i. wordt van de veroordeelde een optimale inzet verwacht.⁵³ Verder dient de bereidheid van de veroordeelde gemeend en oprecht te zijn. De rechtbank besloot tot uitstel van de v.i. aangezien daadwerkelijke motivering ontbrak. De reclassering zag geen heil in v.i. en begeleiding nu in het verleden het toezicht meermaals was mislukt, er sprake was van ongewenst gedrag in de penitentiaire inrichting en de veroordeelde vooral bereid was medewerking te verlenen aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor de v.i..⁵⁴ In een andere zaak oordeelde de rechtbank dat de veroordeelde te laat zijn bereidheid had getoond (tijdens de zitting) gelet op de noodzakelijke voorbereidingen voor concretisering van de voorwaarden en het in werking stellen van elektronisch toezicht.⁵⁵

3.4 Conclusie

Het OM (de CVvi) kan een breed spectrum van bijzondere voorwaarden opleggen en hieraan elektronisch toezicht koppelen. Het OM kan de bijzondere voorwaarden later wijzigen, aanvullen of opheffen. Wanneer aan de v.i. bijzondere voorwaarden zijn verbonden gelden van rechtswege algemene voorwaarden. In dit kader dient de veroordeelde medewerking te verlenen aan het toezicht dat de reclassering uitvoert.

Rb. Midden-Nederland 8 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY9470, Rb. Rotterdam 9 januari 2012 ECLI:NL:RBROT:2012:BV1242, Rb. 's-Gravenhage 15 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9977 en ⁵² Rb. Utrecht 12 september 2011, ECLI:NL:RBUTRL2011:BT1969.

⁵³ Rb. Midden-Nederland 11 februari 2014, ECLI:NLRBMNE:2014:7238. en Rb. Rotterdam 9 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV1242.

⁵⁴ Rb. Noord-Holland 13 mei 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CAO283.

⁵⁵ Rb. Midden-Nederland 11 februari 2014, ECLI:NLRBMNE:2014:7238.

De CVvi beslist aan de hand van het dossier en de ingebrachte adviezen over de noodzaak om bijzondere voorwaarden te verbinden aan de v.i.. Dit is een individuele beoordeling. De oplegging en invulling van de bijzondere voorwaarden staat in het teken van de doelstelling van de v.i. en is in overeenstemming met de wet, regelgeving en bestaande jurisprudentie. De bijzondere voorwaarden en het toezicht dienen gericht te zijn op het reduceren van het recidiverisico en daarmee het bevorderen van de maatschappelijke veiligheid. In dit licht toetst de CVvi de bijzondere voorwaarden aan noodzakelijkheid en proportionaliteit. Het stellen van bijzondere voorwaarden mag niet zodanig zijn dat nauwelijks gesproken kan worden van een echte invrijheidstelling. Het is aan de CVvi de bijzondere voorwaarden concreet te formuleren en de feitelijke invulling niet over te laten aan de reclassering.

De uitgesproken bereidheid van de veroordeelde om de voorwaarden na te leven is van grote invloed op de besluitvorming van het OM omtrent de v.i. en de bijzondere voorwaarden. Indien de bereidheid ontbreekt bestaan er twee mogelijkheden. Het OM kan ten eerste kiezen toch bijzondere voorwaarden te verbinden aan de v.i. en gaat over tot indiening van een vordering herroeping van de v.i. als de veroordeelde de voorwaarden overtreedt. Het OM kan ook een vordering uitstel dan wel afstel van de v.i. indienen bij de rechtbank.

De v.i.-regeling is geïntroduceerd en de beslissingsbevoegdheid omtrent de vaststelling van de bijzondere voorwaarden is uitgebreid besproken. Nu rest nog de vraag of er overeenstemming is met art. 5 EVRM door het OM dan wel de minister te belasten met de beslissing over de bijzondere voorwaarden in het kader van v.i..

4. OM of de minister beslissingsbevoegd - in overeenstemming met art. 5 EVRM?

4.1 Inleiding

Aan het onderzoek gaat een vraag vooraf. Afgevraagd kan worden of door de oplegging van bijzondere voorwaarden sprake is van vrijheidsbeneming zoals dat bedoeld is in art. 5 EVRM. Als dat zo is, dan is het de vraag of het juist is dat het OM dan wel de minister hierover beslist. Op grond van art. 5 EVRM dient namelijk een rechter de vrijheidsbeneming te bevelen. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag of het OM dan wel de minister gelet op artikel 5 EVRM bevoegd is tot het opleggen van de bijzondere voorwaarden in het kader van de v.i.. Dit is geen eenvoudige vraag om te beantwoorden. Het is noodzakelijk jurisprudentie van het

EHRM te betrekken. Deze jurisprudentie is zeer casuïstisch. Eerst wordt het belang dat art. 5 EVRM beoogt te beschermen aan de orde gesteld. In samenhang met dit artikel komen de begrippen vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking aan de orde. Aansluitend wordt gekeken of en in welke situaties in het kader van v.i. sprake kan zijn van vrijheidsbeneming. Vervolgens wordt de internationale en nationale jurisprudentie op dit gebied besproken waarna toegekomen kan worden aan de conclusie.

4.2 Bescherming artikel 5 EVRM

Artikel 5 EVRM beschermt de lichamelijke vrijheid van een persoon tegen de overheid. In het artikel wordt limitatief opgesomd welke personen onder welke voorwaarden rechtmatig van hun vrijheid kunnen worden beroofd.⁵⁶ Kort gezegd dient de vrijheidsbeneming wettelijk gelegitimeerd te zijn. Een belangrijke eis is dat uitsluitend een bevoegde onafhankelijke rechter de vrijheidsbeneming beveelt. In andere bewoordingen staat deze eis ook in art. 113 Gw. Hierin is bepaald dat de rechterlijke macht beslist over de berechting van strafbare feiten en de oplegging van een straf van vrijheidsontneming. Belangrijk is dat de strenge materiële en procedurele eisen van artikel 5 EVRM alleen de vrijheidsbeneming beschermen. Het is de vraag of Nederland - door de beslissingsbevoegdheid omtrent bijzondere voorwaarden toe te kennen aan een andere instantie dan de rechter - binnen de grenzen blijft van een 'deprivatie of liberty' door een 'competent court'. Daarvoor dient eerst vastgesteld te worden of in het kader van de voorwaardelijke invrijheidstelling sprake is van vrijheidsbeneming. Vervolgens dient de rechtmatigheid te worden getoetst.

4.3 Vrijheidsbeneming

Vrijheidsbeneming of vrijheidsbeperking

Het is van belang vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking van elkaar te onderscheiden. Dit onderscheid is gradueel van karakter waarbij een tussengebied ontstaat van vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking.⁵⁷ Hierbij gaat het om de gradatie of intensiteit en niet de aard of inhoud van de maatregelen.⁵⁸ Voor het onderscheid is niet de juridische grondslag bepalend maar wordt uitgegaan van de feitelijke omstandigheden.⁵⁹ Dit betekent dat sprake kan zijn van vrijheidsbeneming zonder

⁵⁶ Barkhuysen e.a. 2009, p. 213.

⁵⁷ Barkhuysen e.a. 2009, p. 214 en Harteveld, e.a. 2004, p. 35.

⁵⁸ EHRM 26 februari 2002, 39187/98 (*H.M./Zwitserland*).

⁵⁹ EHRM 24 juni 1982, 7906/77 (*Droogenbroeck/België*).

daadwerkelijke opsluiting. Het maakt in dit geval niet uit dat men spreekt over voorwaardelijke *invrijheid*stelling. De daadwerkelijke invulling van de regeling is doorslaggevend. Hiervoor zijn verschillende feitelijke omstandigheden relevant zoals de aard, duur, gevolgen en uitvoeringsmodaliteiten van de v.i.. Het gaat om de manier waarop iemand zijn vrijheid wordt ontnomen. Afgevraagd dient te worden of betrokkene nog enige vrijheden over heeft. De eigen opstelling van de veroordeelde en in het bijzonder de vrijwilligheid speelt geen rol bij de vaststelling van vrijheidsbeneming.⁶⁰ Dat is van belang nu bij de v.i.-regeling de bereidheid van de veroordeelde een belangrijke rol speelt.

Verder dient er een 'causal link' te zijn tussen de veroordeling en de vrijheidsbeneming, het voortduren van de vrijheidsbeneming moet gegrond zijn in de oorspronkelijke veroordeling waarbij het karakter van de sanctie van betekenis is.⁶¹ Er zijn twee situaties waarbij de invulling van de v.i. als vrijheidsbeneming is te beschouwen: de klinische behandeling en een combinatie van bijzondere voorwaarden waaraan reclasseringstoezicht is gekoppeld.

Reclasseringstoezicht met andere vrijheidsbeperkende voorwaarden

In het algemeen is een reclasseringstoezicht aan te merken als vrijheidsbeperking. Bleichrodt stelt echter dat reclasseringstoezicht in bepaalde gevallen ook als vrijheidsbeneming is te beschouwen. Namelijk wanneer de reclassering in het kader van het toezicht ingrijpende aanwijzingen geeft en het toezicht wordt gecombineerd met een straat- en huisverbod waarbij een overtreding consequent wordt gesanctioneerd.⁶² In twee zaken heeft het Europese Hof een oordeel uitgesproken over vrijheidsbeneming in het kader van een toezicht.

In de zaak Guzzardi - Italy was sprake van vrijheidsbeneming vanwege de invulling van het toezicht na de gevangenisstraf.⁶³ De veroordeelde stond drie jaar onder toezicht en diende in het kader van een locatie-gebod op een eiland met een oppervlakte van 2,5 kilometer te verblijven. De betrokkene kon slechts na toestemming het eiland verlaten, moest zich twee maal per dag melden en werd beperkt in zijn sociale contacten. In de zaak Raimondo - Italy werd anders geoordeeld en werd

⁶⁰ EHRM 18 juni 1971, 2899/66 (*De Wilde, Ooms en Versyp/België*).

⁶¹ EHRM 18 december 1986, nr. 9990/82, par. 53 (*Bozano v. France*).

⁶² Bleichrodt e.a. 2012, p. 122.

⁶³ EHRM 6 november 1980, 7367/76 (*Guzzardi/ Italië*).

betrokkene alleen beperkt in zijn bewegingsvrijheid.⁶⁴ Hier was een politietoezicht - in afwachting van de afdoening van zijn strafzaak - waarbij de politie geïnformeerd diende te worden bij het verlaten van de woning en was er een verplichte borgstelling van een noemenswaardig bedrag als garantie voor de naleving van de beperkingen.

Gelet op de zaak Guzzardi-Italy is het voorstelbaar dat in individuele gevallen sprake is van vrijheidsbeneming bij toepassing van de v.i.. Het betreft echter een bijzondere zaak en men beschouwt dit ook als een grensgeval.⁶⁵ Het was een uitzonderlijk geval met zeer bijzondere omstandigheden en een sterk ingrijpend karakter. Het zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval - waarbij veel variabelen mogelijk zijn - om te beoordelen of door een opeenstapeling van bijzondere voorwaarden met een vrijheidsbeperking karakter sprake is van vrijheidsbeneming. Individuele v.i.-zaken zijn mogelijk te vergelijken met een grensgeval als Guzzardi. In Nederland wordt de v.i. soms zodanig ingevuld dat sprake is van een strikt en intensief toezicht. Bijvoorbeeld als voor de veroordeelde - in verband met het hoge recidiverisico - naast het reclasseringstoezicht een strikt locatiegebod geldt inclusief elektronisch toezicht. Dit locatieverbod betreft de verplichting thuis te verblijven met uitzondering van de dagbesteding en enkele uren voor vrijetijdsbesteding in het weekend. Gelet op de zaak Guzzardi kan dit als vrijheidsbeneming aangemerkt worden.

De klinische behandeling

De klinische behandeling lijkt per definitie een vorm van vrijheidsbeneming te zijn. De rechtbank stelde een aantal jaren geleden aan de orde dat een klinische behandeling waarvan de aard en duur niet bekend is niet als een echte invrijheidstelling is te beschouwen.⁶⁶ Dit was echter voor de wetwijziging omtrent de bijzondere voorwaarden en de mogelijkheid nog tot klinische behandeling niet expliciet was vermeld. Zeer recent heeft de Rechtbank Gelderland een expliciet standpunt ingenomen met betrekking tot de klinische behandeling. Dit was in het kader van een vordering herroeping van de v.i..⁶⁷ De rechtbank nam een klinische behandeling aan als vorm van vrijheidsontneming onder verwijzing naar verschillende uitspraken van het EHRM. De rechtbank heeft de beslissing uitgebreid gemotiveerd. De zaak Guzzardi - Italy wordt hier ook genoemd.

⁶⁴ EHRM 22 februari 1994, 12954/87 (*Raimondo v. Italy*).

⁶⁵ Hartevelt, e.a. 2004, p. 35.

⁶⁶ Rb. 's-Gravenhage 15 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9977.

⁶⁷ Rb. Gelderland 21 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:287.

De rechtbank noemt echter ook de zaak H.L.-Verenigd Koninkrijk. Deze zaak lijkt doorslaggevend voor de conclusie dat een klinische behandeling in het kader van v.i. als vrijheidsbeneming aangemerkt moet worden. Het hof vond in deze zaak dat met de klinische behandeling sprake was van vrijheidsbeneming nu de vrijwilligheid was afgedwongen.⁶⁸ Immers werd door de deskundigen bedreigd met het starten van een procedure voor een gedwongen kader. Daarnaast was van belang dat de betrokkene pas werd ontslagen als het personeel dit nodig vond, toezicht plaats vond in de kliniek en het betrokkene niet vrij stond om de kliniek te verlaten. Deze aspecten zijn duidelijk te herkennen in de conclusie van de rechtbank Gelderland dat de veroordeelde een belangrijk deel van de controle van zijn bewegingsvrijheid heeft verloren. Immers bestaat de verplichting in de kliniek te verblijven en is het slechts met toestemming mogelijk is de kliniek te verlaten. De instemming van de veroordeelde vond de rechtbank ook niet van belang omdat deze werd afgedwongen door het het alternatief, tenuitvoerlegging van het resterende deel van de gevangenisstraf.

4.4 Rechtmatige vrijheidsbeneming - Jurisprudentie

Uit het voorgaande blijkt dat door toepassing van de v.i. in een individueel geval sprake is van vrijheidsbeneming. In ieder geval is dit het geval bij een klinische behandeling als bijzonder voorwaarde. Het is vervolgens de vraag of deze vrijheidsbeneming rechtmatig is op grond van artikel 5 EVRM en of het OM dan wel de minister bevoegd is hierover te beslissen.

De Rechtbank Gelderland nam hier ook een standpunt over in. Deze uitspraak en drie in dit kader relevante uitspraken van het EHRM worden hier besproken voor zover dit verband houdt met de in dit hoofdstuk centrale vraagstelling.

In de zaak Kafkaris/Cyprus nam het hof geen schending van artikel 5 EVRM aan.⁶⁹ Er was drie maal levenslang opgelegd met het bevel deze straf te laten gelden 'voor de rest van het leven'. Dit hield verband met het beleid dat een levenslange gevangenisstraf van rechtswege werd aangemerkt voor de duur van 20 jaar met na 15 jaar de mogelijkheid van vervroegde invrijheidstelling. Ondanks het bevel werd de geldende regels aan betrokkene medegedeeld bij aanvang van de detentie. Later werd het beleid echter gewijzigd waardoor de vervroegde invrijheidstelling niet meer werd

⁶⁸ EHRM 5 oktober 2004, nr. 45508/99 (*HL/Verenigd Koninkrijk*).

⁶⁹ EHRM 12 februari 2008, 21906/04 (*Kafkaris/Cyprus*).

toegepast op een levenslange gevangenisstraf. Het hof vond dat de mededeling geen afbreuk deed aan de rechtmatige oplegging van een levenslange gevangenisstraf door de strafrechter. Het nam niet weg dat de voortgezette detentie ook rechtmatig was na het verstrijken van de aanvankelijk aangekondigde datum van voorwaardelijke invrijheidstelling. Tevens was geen sprake van een oplegging van een straf met een terugwerkende kracht in strijd met artikel 7 EVRM.

Het hof oordeelde dat de kwestie betrekking had op de tenuitvoerlegging van een straf en zei hierover: *“In this connection, the Court would reiterate that issues relating to release policies, the manner of their implementation and the reasoning behind them fall within the power of the member States in determining their own criminal policy.”*

In de zaak M/Duitsland nam het hof wel een schending van artikel 5 lid 1 EVRM aan.⁷⁰ De betrokkene was veroordeeld tot de maatregel van “Sicherungsverwahrung” die op dat moment was gebonden aan de maximum duur van tien jaar. Tijdens de tenuitvoerlegging werd de maximumduur echter afgeschaft en een periodieke rechterlijke controle ingevoerd waarbij de noodzaak van voortzetting werd getoetst. Als gevolg van deze tussentijdse wetswijziging was er een onvoldoende ‘causal link’ tussen de oorspronkelijke strafrechtelijke veroordeling en de voortgezette detentie. Deze voortgezette detentie ging - en dit lijkt cruciaal - uit boven de duur van de in het strafvonnis vermelde maatregel zoals deze gold ten tijde van de uitspraak.

Ondanks dat alleen werd getoetst aan artikel 7 EVRM is ook de zaak Hogben/Verenigd Koninkrijk relevant.⁷¹ In deze zaak was een levenslange gevangenisstraf opgelegd waarbij de rechtbank geen minimale duur had aanbevolen. Als gevolg van een wetswijziging gold tijdens de tenuitvoerlegging ineens een minimumgrens van 20 jaar voor de voorwaardelijke invrijheidstelling. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens vond dit niet in strijd met artikel 7 EVRM en oordeelde: *“Although this may give rise to the result that his imprisonment is effectively harsher than if he had been eligible for release on parole at an earlier stage, such matters relate to the execution of the sentence as opposed to the “penalty” which remains that of life imprisonment.”* Er was dus nog steeds een ‘causal link’. Gelet op de zaak van Kafkaris/Cyprus lijkt schending van artikel 5 lid 1 EVRM niet aan de orde. Immers vond

⁷⁰ EHRM 17 december 2009, 19359/04 (*M/Duitsland*).

⁷¹ ECRM 3 maart 1986, 11653/85 (*Hogben/Verenigd Koninkrijk*).

de tenuitvoerlegging plaats binnen de straf die was opgelegd door de rechter. Dit zou anders zijn geweest al de rechter bijvoorbeeld een minimum van tien jaar had bepaald.

Uitspraak Rechtbank Gelderland

De rechtbank oordeelt - mede in het licht van de eerder genoemde zaken - dat een door het OM opgelegde klinische behandeling in overeenstemming is met artikel 5 lid 1 EVRM. Er vindt volgens de rechtbank geen nieuwe strafoplegging plaats maar de oorspronkelijke veroordeling door de stafrechter wordt anders ingevuld.

Wanneer dit wel het geval is zou een 'competent court' dit moeten bevelen en hiertoe behoort het OM of andere bestuurlijk instantie niet. De eerder genoemde 'causal link' is hier volgens de rechtbank aanwezig. De voortgezette vrijheidsbeneming wordt nog steeds als een rechtstreeks gevolg van de veroordeling beschouwd.

4.5 Conclusie

Artikel 5 EVRM is van toepassing op de v.i. wanneer door de invulling van de bijzondere voorwaarden sprake is van vrijheidsbeneming. De klinische behandeling is in ieder geval een vorm van vrijheidsbeneming. In uitzonderlijke gevallen is dit ook het geval bij een zogenaamd strikt toezicht. In het geval van vrijheidsbeperking is een toets aan artikel 5 EVRM niet aan de orde. De eis van een competent court geldt in dit geval überhaupt niet nu deze eis enkel toe ziet op een bevel ten aanzien van vrijheidsbeneming.

De vrijheidsbeneming in het kader van de v.i. lijkt op grond van nationale en internationale jurisprudentie in overeenstemming te zijn met artikel 5 EVRM. De eis van een 'competent court' is niet in het geding omdat niet buiten de straf wordt getreden die oorspronkelijk is opgelegd door de rechter. De bijzondere voorwaarden zijn immers verbonden aan de proeftijd van de v.i. dat het resterende deel van de gevangenisstraf betreft zoals door de rechter destijds is opgelegd. De tenuitvoerlegging van de straf vindt dus plaats binnen de marges en kaders die de rechter heeft opgelegd. Er bestaat een voldoende 'causal link'. Dit zou anders zijn als na volledige tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf ook nog een proeftijd geldt daaraan bijzondere voorwaarden gekoppeld.

Nederland heeft als lidstaat een grote mate van vrijheid ten aanzien van de wijze van tenuitvoerlegging van sancties. In dit kader kan het OM of een andere bestuurlijke

instantie vrij handelen in het kader van de v.i., zelfs als dit leidt tot vrijheidsbeneming. Het is dan nog steeds de vrijheidsbeneming die de rechter in het kader van de oorspronkelijke gevangenisstraf heeft bevolen. Daarom kan geconcludeerd worden dat het OM dan wel de minister gelet op artikel 5 EVRM bevoegd is om de bijzondere voorwaarden vast te stellen in het kader van de v.i..

5. Voorziening tegen beslissing bijzondere voorwaarden

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de voorziening centraal die de veroordeelde kan vragen tegen een beslissing omtrent de bijzondere voorwaarden en waaraan de overheid ook rechtens gebonden is. Het gaat hier om het tweede aspect van rechtsbescherming dat in het kader van de probleemstelling wordt onderzocht.

Allereerst wordt bekeken op welke wijze de veroordeelde momenteel kan opkomen tegen een beslissing omtrent de bijzondere voorwaarden in het kader van v.i.. Daartoe wordt besproken of er een expliciet rechtsmiddel is toegekend aan de veroordeelde en wat de rol is van de voorzieningenrechter wanneer de veroordeelde op wil komen tegen het besluit. Hierbij wordt ook de in dit kader relevante jurisprudentie aan de orde gesteld. Vervolgens wordt een voorspellingsmodel geschetst over de toekomstige situatie wanneer de minister belast wordt met het vaststellen van de bijzondere voorwaarden. Zoals eerder is vermeld wordt dit gedaan aan de hand van bestaande wet- en regelgeving en analoge toepassing van deze regelgeving.

5.2 De huidige v.i.-regeling

Geen expliciet rechtsmiddel

De veroordeelde heeft geen expliciet rechtsmiddel tot zijn beschikking om op te komen tegen de vaststelling van de bijzondere voorwaarden. In het algemeen staat geen rechtsmiddel open tegen een beslissing van het OM en op grond van art. 1:6 is de Awb niet van toepassing op de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen waarvan de v.i. onderdeel uit maakt. De v.i.-regeling zelf kent geen expliciete mogelijkheid om een rechtsmiddel in te stellen tegen de vaststelling van bijzondere voorwaarden.

De wetgever heeft er bewust voor gekozen om de veroordeelde voor dit deel van de v.i.-procedure geen rechtsmiddel toe te kennen.⁷² De wetgever achtte een beroepsmogelijkheid niet nodig aangezien de bijzondere voorwaarden worden vastgesteld in overleg met de veroordeelde. Het uitgangspunt is namelijk dat de veroordeelde zich bereid verklaart de voorwaarden na te leven. Maar de instemming van de veroordeelde is volgens de wetgever niet vereist om daadwerkelijk bijzondere voorwaarden aan de v.i. te verbinden. Dit zou betekenen dat de veroordeelde hem onwelgevallige voorwaarden kan weigeren. Het is niet de bedoeling dat met de veroordeelde wordt onderhandeld.⁷³ Dit is geen deugdelijke motivering. Enerzijds is er sprake van overleg maar anderzijds is de instemming van de veroordeelde niet vereist. Bovendien hangt er nogal wat boven het hoofd van de veroordeelde indien deze niet bereid is de voorwaarden na te leven, namelijk uitstel dan wel afstel van de v.i.. Een ander scenario is dat de bijzondere voorwaarden toch vast worden gesteld. Het is maar de vraag hoe vrijwillig de veroordeelde zich uitspreekt om de voorwaarden na te leven. Het lijkt toch meer een kwestie van 'slikken of stikken' te zijn.

De voorzieningenrechter

Ondanks het ontbreken van een expliciet rechtsmiddel heeft de veroordeelde wel toegang tot de voorzieningenrechter: via het kort geding. Aan de vordering dient dan ten grondslag gelegd te worden dat de Staat jegens de veroordeelde onrechtmatig handelt.⁷⁴ De voorzieningenrechter beslist in zaken waarvoor in verband met onverwijld spoed een voorziening wordt gevraagd (art. 50 Wet RO). Het ingrijpen van de rechter dient nodig te zijn en er kan niet gewacht worden op een normale

⁷² *Kamerstukken II*, 2006/07, 30513, 6, p. 6.

⁷³ Toelichting Uitvoeringsbesluit voorwaardelijke invrijheidstelling, *Stb.* 2008, 218.

⁷⁴ Rb. Den Haag (vzr.) 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12142.

procedure. De zaak mag niet te ingewikkeld zijn voor een beslissing in kort geding. Het is een zogenaamde ordemaatregel die vooruit loopt op de beslissing in de bodemprocedure. Met enige nuance, het is niet vereist dat bij het verzoek om een voorlopige voorziening ook de bodemzaak aanhangig moet zijn of te zijner tijd aanhangig gemaakt moet worden. In Nederland heeft het kort geding zich ontwikkeld tot een voorlopige beoordeling van de hoofdzaak zonder dat deze verder aan de orde dient te komen.⁷⁵ Bij een aantal geschillen omtrent de v.i. heeft de voorzieningenrechter uitdrukkelijk gesteld dat het voor de procedure van een kort geding niet vereist is dat een bodemprocedure moet worden ingesteld.⁷⁶

Een leemte?

De voorzieningenrechter is enkel bevoegd wanneer geen andere rechter of autoriteit is belast met het treffen van spoedmaatregelen. De voorzieningenrechter is een soort van bezemwagen.⁷⁷ Binnen het strafrecht ligt de nadruk op een gesloten strafvorderlijk systeem. Wel heeft de voorzieningenrechter tegenwoordig een rol binnen het strafrecht indien er een leemte bestaat in de rechtsbescherming van de verdachte.⁷⁸ Bij de wijze van tenuitvoerlegging doet zo'n leemte zich regelmatig voor vanwege het ontbreken van een rechterlijke toetsing.⁷⁹ Deze leemte doet zich ook voor ten aanzien van de vaststelling van de bijzondere voorwaarden. Er is bewust geen rechtsmiddel toegekend aan de veroordeelde. Deze leemte is ook door de voorzieningenrechter vastgesteld. Die overwoog dat eiser ontvankelijk was nu hem hiervoor geen andere met voldoende waarborgen omklede rechtsgang ten dienste staat.⁸⁰

Jurisprudentie voorzieningenrechter

Tot op heden heeft de voorzieningenrechter in twee zaken vonnis gewezen omtrent de oplegging van bijzondere voorwaarden bij v.i.: Benno L. en Volkert van der G.. In de zaak van Volkert van der G. is ook arrest gewezen door het hof na beroep tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter. Zolang in de bodemprocedure geen eindvonnis is gewezen kan beroep ingesteld worden bij het gerechtshof tegen een voorlopige

⁷⁵ Blaauw 2002, p. 23.

⁷⁶ Rb. Den Haag (vzr.) 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12142.

⁷⁷ Gisolf 1993, p. 71 en De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 220.

⁷⁸ Gisolf 1993, p. 55.

⁷⁹ Gisolf 1993, p. 56.

⁸⁰ Rb. Den Haag (vzr.) 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12142.

voorziening of het weigeren hiervan (art. 337 Rv). Hiervoor geldt een termijn van vier weken (art. 339 lid 2 Rv).

Samengevat werd in beide zaken geoordeeld dat de Staat niet onrechtmatig heeft gehandeld door oplegging van de bijzondere voorwaarden. De CVvi had op goede gronden de bijzondere voorwaarden gesteld. Wel heeft de voorzieningenrechter geschaafd aan bepaalde voorwaarden. De proportionaliteit en noodzaak speelden hier een rol. Uit deze uitspraken kan afgeleid worden dat de voorzieningenrechter een bestuursrechtelijke toets hanteert bij de beoordeling van de bijzondere voorwaarden. De voorzieningenrechter gaat uit van een grote beleidsvrijheid van de CVvi en toetst de bijzondere voorwaarden aan het redelijkheidsbeginsel.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat de CVvi een grote mate van beleidsvrijheid heeft bij een beslissing omtrent de bijzondere voorwaarden. De rechter grijpt alleen in wanneer zij in redelijkheid niet tot het gevoerde beleid heeft kunnen komen. Bij de beoordeling van de redelijkheid van opgelegde bijzondere voorwaarden worden de voor oplegging aangevoerde gronden en de gevolgen van de voorwaarden (voor de veroordeelde) in aanmerking genomen. Dit in het licht van art. 15a WvSr en de aanwijzing v.i. van het OM. De voorzieningenrechter toetst nadrukkelijk aan de hoofddoelstelling van de regeling, het terugdringen van recidive om veiligheid van samenleving te vergroten en koppelt dit aan de resocialisatie van de veroordeelde, namelijk het plegen van strafbare feiten ontmoedigen en het bevorderen van de terugkeer in de samenleving.⁸¹

In dit verband achtte de voorzieningenrechter bijzondere voorwaarden aangewezen in de zaak van Volkert van der G. nu er sprake was van langdurige detentie en weinig verlof had plaatsgevonden tijdens detentie. Gelet hierop dienden de bijzondere voorwaarden de terugkeer in de samenleving te ondersteunen. Maar het locatieverbod en het daaraan verbonden elektronisch toezicht werd onredelijk geacht in verhouding tot het beoogde doel en droeg niet bij aan verdere beperking van het ingeschatte recidiverisico. In de zaak van Benno L. is het locatieverbod geschorst ten aanzien van de plaatsen waar geen slachtoffers woonden.

5.3 Toekomstige situatie - de minister beslissingsbevoegd

⁸¹ Rb. Den Haag (vzr.) 30 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9411, Rb. Den Haag (vzr.) 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12142 en Hof Den Haag (vzr.) 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3259.

Als de minister beslissingsbevoegd wordt is het de vraag of alsnog een rechtsmiddel wordt toegekend aan de veroordeelde om op te komen tegen de vaststelling van de bijzondere voorwaarden. Dit ligt enerzijds niet in de lijn der verwachting aangezien de wetgever bij de invoering van de v.i.-regeling bewust heeft gekozen om geen rechtsmiddel open te stellen. In eerste instantie was het toen al de minister die belast zou worden met het vaststellen van de bijzondere voorwaarden. Anderzijds zijn binnen het penitentiair recht wel een aantal middelen opengesteld om op te komen tegen een aantal beslissingen van de selectiefunctionaris en de minister. Bij de invoering van de v.i.-regeling is in eerste instantie voorgesteld om DJI namens de minister met deze beslissing te belasten en werd gedacht aan de selectiefunctionaris.⁸²

Een gedetineerde kan bij de beklag- en beroepscommissie klagen over beslissingen van de directeur van de inrichting zoals een ordemaatregel of inperkingen van vrijheden zoals het contact met de buitenwereld (art. 60 Pbw). De wetgever acht het van belang dat het voor gedetineerden mogelijk is bij een onafhankelijke instantie te klagen over ingrijpende beslissingen.⁸³

Daarnaast kan een gedetineerde bezwaar en beroep instellen tegen een beslissing van de selectiefunctionaris tot plaatsing of overplaatsing, beëindiging van deelname aan een penitentiair programma of de weigering van het verzoek tot deelname hieraan (art. 17 en 72 Pbw).⁸⁴ Tot slot is bij de vaststelling van de Pbw een penitentiaire rechtsgang opengesteld tegen de negatieve beslissing van de minister op verzoek van de gedetineerde tot verlening van verlof (art. 72 Pbw). De wetgever achtte het vanwege de huidige opvattingen omtrent administratieve rechtsbescherming passend om uitdrukkelijk te voorzien in de mogelijkheid om op te komen tegen een voor de gedetineerde zo belangrijke beslissing als die omtrent de verlofverlening. Wanneer niet adequaat is voorzien in rechtsbescherming leidt dit volgens de wetgever onder andere tot het uitwijken naar de voorzieningenrechter.⁸⁵ Gelet op deze overweging is het onbegrijpelijk dat de veroordeelde bij de v.i. wel is aangewezen op de voorzieningenrechter.

⁸² Kamerstukken II, 2005/06, 30 513, 3, p. 10.

⁸³ Kamerstukken II, 1994/95, 24263, nr. 3, p. 72-73.

⁸⁴ Kamerstukken II, 1994/95, 24263, nr. 3, p. 81-82.

⁸⁵ Kamerstukken II, 1994/95, 24263, nr. 3, p. 49-50.

De wetgever lijkt vooral bij een ingrijpende beslissing een adequate rechtsbescherming van belang te achten. Een beslissing omtrent de bijzondere voorwaarden in het kader van v.i. is aan te merken als een ingrijpende beslissing die gelijk te stellen is met verlofverlening en zeker met een beslissing van de directeur in de inrichting. Weliswaar is in die gevallen sprake van een detentie maar eerder is geconcludeerd dat in het geval van v.i. vaak sprake is van vrijheidsbeperkende voorwaarden en in sommige gevallen zelfs van vrijheidsbeneming. Daarnaast kunnen de bijzondere voorwaarden voor een aanzienlijke proeftijd gelden en kan overtreding van de voorwaarden leiden tot herroeping van de voorwaardelijke invrijheidstelling.

Aangezien sprake is van een ingrijpende beslissing, tegen beslissingen van de selectiefunctionaris en de minister binnen de Pbw een beklag- en beroepsprocedure openstaat en de weg naar de voorzieningenrechter niet als adequate rechtsbescherming wordt beschouwd is het logisch dat de veroordeelde wel een expliciet middel wordt toegekend indien de minister bevoegd wordt een beslissing te nemen over de bijzondere voorwaarden in het kader van v.i..

5.4 Conclusie

Onder de huidige regeling is de veroordeelde aangewezen op de voorzieningenrechter indien hij het oneens is met de opgelegde bijzondere voorwaarden. Er is een leemte in de rechtsbescherming van de veroordeelde voor dit deel van de v.i.-procedure aangezien er geen expliciet rechtsmiddel is opengesteld. Tot op heden heeft de voorzieningenrechter in twee v.i.-zaken een oordeel gegeven over de bijzondere voorwaarden. Het oorspronkelijke besluit van de CVvi is grotendeels in stand gelaten. Op een aantal punten werden de bijzondere voorwaarden niet proportioneel en noodzakelijk geacht. De voorzieningenrechter hanteert een bestuursrechtelijke toetst bij de beoordeling van de bijzondere voorwaarden. Er wordt uitgegaan van de grote mate van beleidsvrijheid die de CVvi heeft en alleen ingegrepen als zij in redelijkheid niet tot het gevoerde beleid heeft kunnen komen.

Als de minister beslissingsbevoegd wordt is het de vraag of in tegenstelling tot de huidige v.i.-regeling wel een expliciet middel aan de veroordeelde wordt toegekend om op te komen tegen beslissing omtrent de bijzondere voorwaarden. Het is voorstelbaar dat er geen wijziging optreedt aangezien de wetgever bewust een bewuste keuze heeft gemaakt bij invoering van de v.i.-regeling. In dat geval is er nog steeds een leemte in de rechtsbescherming van de veroordeelde voor dat deel van de v.i.-procedure.

Indien er wel een expliciet rechtsmiddel wordt toegekend zal de rechtsbescherming beter gewaarborgd zijn. Het penitentiair recht biedt voldoende aanknopingspunten om er vanuit te gaan dat wel degelijk een expliciet middel wordt opengesteld voor de veroordeelde. Immers geldt er een beklag- en beroepsprocedure voor gedetineerden ten aanzien van beslissingen van de directeur van de inrichting, de selectiefunctionaris en de minister. Het gaat hier om ingrijpende beslissingen met betrekking tot de detentie. De beslissing omtrent de bijzondere voorwaarden in het kader van v.i. is ook als een ingrijpende beslissing aan te merken. Nu één aspect van rechtsbescherming is vergeleken zijn we toegekomen aan een vergelijking van de normen waaraan het OM en de minister aan gebonden zijn bij de vaststelling van de bijzondere voorwaarden en die de rechtsbescherming van de veroordeelde waarborgen.

6. Het Openbaar Ministerie en rechtsbescherming

6.1 Inleiding

Voor een vergelijking van het OM en de minister wordt eerst stil gestaan bij de instantie die momenteel beslissingsbevoegd is. In dit hoofdstuk wordt beschreven op welke wijze het OM de rechtsbescherming van de veroordeelde waarborgt bij de vaststelling van de bijzondere voorwaarden in het kader van v.i.. Centraal staan de voor het OM geldende normen die bijdragen aan de rechtsbescherming. Er is in het bijzonder aandacht voor de magistratelijke rol van het OM. Hiervoor is het eerst van belang achtergrond informatie te geven nu deze rol samenhangt met de positie en taak van het OM. Ook wordt stilgestaan bij de verhouding tussen het OM en de minister.

Tegen deze achtergrond wordt vervolgens de magistratelijke rol beschreven waarna antwoord gegeven kan worden op de in deze inleiding genoemde vraagstelling.

6.2 Positie van het OM

Het OM is vanwege haar positie en taak een bijzonder bestuursorgaan. Het OM behoort tot de rechterlijke macht en de uitvoerende macht. Het OM is als het ware tussen deze twee machten geplaatst.⁸⁶ Tot de wijziging van de Wet RO in 1999 is er binnen de politiek en de rechtswetenschap langdurig gediscussieerd over de vraag tot welke macht het OM gerekend moest worden.⁸⁷ Uiteindelijk is deze discussie beslecht na wijziging van de Wet RO in verband met de reorganisatie van het OM.⁸⁸ Het OM is

⁸⁶ Meijer 2012, p. 49.

⁸⁷ Zie een uitgebreide beschrijving van deze discussie, Meijer 2012, 44-48.

⁸⁸ Meijer 2012, p. 49.

bestuurder en magistraat.⁸⁹ Dit is een weergave van de twee taakaccenten van het OM bij de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Op deze taak wordt later ingegaan. De taakaccenten staan in relatie tot elkaar.⁹⁰

Op beleidsniveau en als aan de minister ondergeschikt bestuursorgaan behoort het OM tot de uitvoerende macht.⁹¹ Vanuit deze positie is het OM een beleidsvoerend orgaan dat verantwoordelijk is voor het strafrechtelijk beleid, in het bijzonder het opsporings- en vervolgingsbeleid.⁹² Het OM bepaalt hoe zij de middelen en capaciteit inzet die tot haar beschikking staan ten behoeve van de rechtshandhaving.

Als onderdeel van de rechterlijke macht treedt het OM op in individuele zaken.⁹³ Dit hangt samen met het vervolgingsmonopolie en de exclusieve toegang tot de strafrechter (de poortwachtersfunctie).⁹⁴ In alle fases van het strafrecht kan het OM als enige instantie optreden bij de strafrechter. Zo is het enkel het OM die vorderingen aanbrengt bij de rechter in het kader van de tenuitvoerlegging.

De plaats van het OM binnen de rechterlijke macht wordt afgeleid uit art. 117 Gw.⁹⁵ Hieruit wordt afgeleid dat er ook leden zijn binnen de rechterlijke macht die niet met de rechtspraak zijn belast en dat het OM hiertoe gerekend kan worden.⁹⁶ Dat het OM tot de staande magistratuur wordt gerekend is nogmaals uitdrukkelijk benadrukt door de wetgever bij de wijziging van de Wet op de Rechterlijke organisatie.⁹⁷

6.3 De verhouding tot de minister

Verhoudingen algemeen

Aan het hoofd van het OM staat het College van Procureurs-generaal. De interne en hiërarchische verhoudingen tot de minister zijn in de wet RO geregeld.

De leden van het OM zijn verplicht de algemene en bijzondere aanwijzingen van het College betreffende de uitoefening van taken en bevoegdheden op te volgen en inlichtingen aan het College te verschaffen (art. 130 lid 4 en art. 129 lid 2 Wet RO). Het

⁸⁹ 't Hart 1994, p. 312.

⁹⁰ De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 30.

⁹¹ 't Hart 1994, p. 299 OM.

⁹² De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 46.

⁹³ Crijns 2010, p. 315.

⁹⁴ Crijns 2010, p. 316 en De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 30.

⁹⁵ Meijer 2012, p. 65.

⁹⁶ *Bijlagen Handelingen I* 1980/81, 16 162, nr. 100b, p. 4-5.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 1997,98, 25 392, 7, p.3-4.

College van procureurs-generaal heeft op haar beurt verplichtingen naar de minister (art. 129 lid1 en art. 131 lid 4 Wet RO). Zo wordt het reglement met betrekking tot de werkwijze en besluitvorming van het College ter goedkeuring voorgelegd aan de minister en geeft het College de inlichtingen die de minister nodig heeft.

De minister kan middels een aanwijzing sturend optreden richting het OM (art. 127 Wet RO). Deze aanwijzingsbevoegdheid ziet toe op de kerntaak maar ook op de andere taken en bevoegdheden waar het OM mee is belast. De aanwijzing vormt een zwaar politiek middel en wordt bij hoge uitzondering gegeven, zeker in het geval van individuele zaken.⁹⁸ Er geldt ook een aantal waarborgen voor de procedure.⁹⁹ Zo volgt er eerst een voorgenomen aanwijzing waarna het College gelegenheid heeft om haar zienswijze kenbaar te maken. De voorgenomen aanwijzing, de zienswijze van het College en de uiteindelijke aanwijzing worden in het dossier gevoegd. Deze procedure ziet echter toe op de opsporing en vervolging van strafbare feiten. De aanwijzingsbevoegdheid met betrekking tot de tenuitvoerlegging is niet genormeerd. Hierdoor ontbreekt transparantie en is rechtelijke controle niet mogelijk.¹⁰⁰ Immers valt uit het dossier niet op te maken dat de minister een aanwijzing heeft gegeven of het voornemen had dit te doen.

Zojuist werd de ondergeschiktheid van het OM aan de minister aangestipt. Dit betekent echter niet dat het OM een juridische buitendienst is van het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Het OM treedt bij de strafrechter niet op als vertegenwoordiger van de bestuurlijke overheid.¹⁰¹ De bevoegdheden van het OM zijn immers rechtstreeks door attributie toegekend.¹⁰² Daarom handelt het OM niet namens maar onder politieke verantwoordelijkheid van de minister.¹⁰³ Dit houdt verband met de democratische controle die noodzakelijk is vanwege de machtspositie van het OM. Het OM kan als vervolgingsmonopolist en hoogste opsporingsautoriteit inbreuk maken op belangrijke waarborgen van de burger.¹⁰⁴ Volledige onafhankelijkheid is daarom niet wenselijk.¹⁰⁵

⁹⁸ Meijer 2012, p. 54.

⁹⁹ Art. 128 Wet RO.

¹⁰⁰ Meijer 2012, p. 65 en 67.

¹⁰¹ 't Hart 2001, p. 85.

¹⁰² Meijer 2012, p. 52.

¹⁰³ *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 392, 3, p. 23.

¹⁰⁴ Meijer 2012, p. 49.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 034, 13, p. 8.

Volgens de minister is er sprake van volledige politieke verantwoordelijkheid, zowel ten aanzien van het beleid als ten aanzien van individuele zaken.¹⁰⁶ Onder verwijzing naar art. 42 lid 2 Gw is gesteld dat er geen verantwoording is zonder bevoegdheid om sturend op te treden. De minister is jegens de Staten-Generaal verantwoordelijk voor elke gedraging van een bestuursorgaan dat op het niveau van de Rijksoverheid functioneert.¹⁰⁷ Volgens de wetgever is dan ook geen sprake van een zelfstandig OM.¹⁰⁸ Meijer schrijft dat over de juistheid van deze zienswijze en met name de reikwijdte van deze verantwoordelijkheid de meningen verschillen. Dit doet echter niet af aan het hier geschetste politieke klimaat waarin het OM momenteel optreedt.¹⁰⁹

Ondanks de politieke verantwoordelijkheid van de minister zal zijn opstelling terughoudend zijn bij individuele zaken om het OM in staat te stellen rechtstatelijke afwegingen te maken.¹¹⁰ Eerder werd al gezegd dat de minister bij hoge uitzondering een aanwijzing zal geven in individuele zaken. Zelfs als er een aanwijzing is gegeven is het nog steeds aan het OM die uiteindelijk een beslissing neemt.¹¹¹ In dit verband wijst 't Hart op het feit dat de bevoegdheden van het OM direct zijn toegekend. Daarom zou bemoeienis door en een aanwijzing van de minister op gespannen voet staan met het strafrechtelijk stelsel. Maar is bij die uitzonderlijke situatie juist bemoeienis zeer ongewenst? Zo vraagt 't Hart bij de bespreking van de aanwijzingsbevoegd zich af of de minister zich in die situatie juist bemoeit met precaire zaken waarbij inmenging vanuit de politiek onwenselijk is.¹¹² Dit is een terechte vraag aangezien het goed voorstelbaar is dat de uitzonderingsgeval juist die zaak betreft waar het van belang is dat het OM zelf een beoordeling kan maken en niet beïnvloed wordt door de bewindslieden, de politiek of gevoelens die in de maatschappij heersen.

Toegepast op de v.i. zal bemoeienis juist plaatsvinden in media- en politiek-gevoelige zaken zoals de eerder genoemde zaken Samir A., Benno L. en Volkert van der G.. Het is voorstelbaar dat vanuit politieke druk de minister zich juist in deze zaken bemoeit met de v.i.-procedure. Bij de zaak van Volkert van der G. is deze bemoeienis

¹⁰⁶ *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 392, 3, p. 18-22.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 392, 3, p. 18-22.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 392, 3, p. 4.

¹⁰⁹ Meijer 2012, p. 50-51.

¹¹⁰ 't Hart 2001, p. 85.

¹¹¹ 't Hart 2001, p. 86.

¹¹² 't Hart 2001, p. 92.

aantoonbaar. Zo is over het proefverlof en de voorwaardelijke invrijheidstelling van Volkert van der G. uitvoerig gedebatteerd in de Tweede Kamer. In het debat is aan de staatssecretaris een uitspraak voorgehouden van de minister-president tijdens de verkiezingen over de invrijheidstelling. Uit het debat en in een later stadium blijkt dat de staatssecretaris zich heeft laten informeren over deze zaak. De staatssecretaris heeft de Tweede Kamer geïnformeerd over de voorwaardelijke invrijheidstelling van Volkert van der G. en te kennen gegeven dat de beoordeling en conclusie van het OM uitgebreid is bestudeerd.¹¹³ Uit de brief blijkt dat de staatssecretaris met het OM van oordeel was dat er geen grond was om een vordering uitstel dan wel afstel van de v.i. in te dienen bij de rechter. Hieruit kan afgeleid worden dat wanneer er wel een grond zou zijn de staatssecretaris het OM middels een aanwijzing had verzocht een dergelijke vordering in te dienen bij de rechter.

De minister stelt over de v.i.-zaken Benno L. en Volkert van der G. dat de staatssecretaris alleen politieke verantwoording heeft afgelegd over deze individuele casussen maar dat de politieke debatten niet hebben geleid dat beslissingen in individuele gevallen politiek zijn beïnvloed.¹¹⁴ Echter wordt niet beargumenteerd waar dat uit moet blijken. Dat er geen gebruik is gemaakt van een aanwijzingsbevoegdheid betekent niet dat de beslissing is beïnvloed door de bewindslieden.

Verhoudingen bij de tenuitvoerlegging

De aanwijzingsbevoegdheid van de minister geldt ook voor de taak van het OM met betrekking tot de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen. Binnen het strafrecht is de tenuitvoerlegging een bijzondere taak nu hier wel aan de minister zelfstandige bevoegdheden zijn toegekend op grond van art. 553 Sv. De minister kan de bevoegdheden uitoefenen na een voordracht van het OM. Het artikel regelt de algemene bevoegdheid en rolverdeling tussen het OM en de minister. Hierdoor is het van belang steeds de desbetreffende regeling van de sanctie erop na te slaan om te bepalen hoe de bevoegdheden precies geregeld zijn.

De minister heeft een grote rol binnen de tenuitvoerleggingsfase nu deze taak feitelijk steeds meer aan de administratie is gaan toebehoren. DJI en het Centraal Justitieel Incassobureau (CJIB) voeren grotendeels de strafrechtelijke beslissingen uit.¹¹⁵ Dit zijn

¹¹³ *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 750 VI, 115.

¹¹⁴ *Kamerstukken II*, 2014/15, 34 086, 3, p. 22.

¹¹⁵ *Toelichting conceptwetsvoorstel Herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen*, Consultatieversie 4 november 2013, p. 15.

agentschappen die direct onder de minister vallen. De rol van het OM is in de praktijk beperkt tot het vrijgeven van vonnissen en het aanbrengen van vorderingen in het kader van de tenuitvoerlegging.¹¹⁶ Dit heet de zogenaamde voordracht. Het eerder genoemde wetsvoorstel 'Herziening en stroomlijning van de tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen' beoogt deze feitelijke situatie te codificeren.

Verhoudingen bij v.i.

In tegenstelling tot de hierboven genoemde beperkte rol van het OM bij de tenuitvoerlegging heeft het OM wel grote bemoeienis bij de v.i.-procedure. Het OM beslist over de bijzondere voorwaarden, brengt vorderingen aan bij de rechter voor uitstel, afstel of herroeping van de v.i. en houdt toezicht op de naleving van de voorwaarden. De rol van de minister is grotendeels beperkt tot het geven van aanwijzingen met betrekking tot de door OM in te dienen vorderingen. Op het verzoek van de minister kan het OM bij de rechter uitstel, afstel of herroeping van de v.i. vorderen (art. 15d Sr en 15i Sr). De minister kan wel zelfstandig bepalen dat de v.i. eerder plaatsvindt voor een bepaalde periode en voor bepaalde categorieën indien er capaciteitstekort is in de penitentiaire inrichtingen of in een individueel geval bij de tenuitvoerlegging van een in het buitenland opgelegde vrijheidsstraf (art. 15 I Sr).

Er is geen expliciete aanwijzingsbevoegdheid in de wet opgenomen met betrekking tot de vaststelling van bijzondere voorwaarden. Vanwege het ontbreken van de expliciete aanwijzingsbevoegdheid lijkt het niet de bedoeling dat de minister terugvalt op art. 553 Sv en zich via de algemene aanwijzingsbevoegdheid bemoeit met de vaststelling van bijzondere voorwaarden. Dit is ook af te leiden uit de brief van de staatssecretaris aan de Tweede Kamer over de v.i. van Volkert van der G. waaruit blijkt dat alleen is beoordeeld of er aanleiding was voor een aanwijzing met betrekking tot het indienen van een vordering om de v.i. uit te stellen dan wel achterwege te laten. Er wordt niet gerept over de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de vaststelling van de bijzondere voorwaarden.¹¹⁷

6.4 Taak van het OM

Bij de bespreking van de positie van het OM werd kort aan de orde gesteld dat het OM verantwoordelijk is voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Dit is de kerntaak van het OM (art. 124 Wet RO). Niet alleen het vervolgingsbeleid maar alle

¹¹⁶ Meijer 2012, p. 50-51.

¹¹⁷ *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 750 VI, 115.

taken van het OM zijn gericht op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.¹¹⁸ Het OM richt zich hierbij op de criminaliteitsbestrijding (de instrumentele functie) en het waarborgen van de rechtsbescherming (de rechtsbeschermende functie). Deze functies staan in relatie tot elkaar.¹¹⁹ Onder rechtsbescherming wordt namelijk meer verstaan dan bescherming van de verdachte tegenover de overheid als 'crimefighter'. Het ziet toe op iedere individuele burger waaronder slachtoffers en verdachten. Spigt zegt hierover dat de taak van het OM niet zuiver criminaliteitsbestrijding is maar ook het dienen van de rechtsorde en daarmee het garanderen van de rechtsbescherming van iedere burger.¹²⁰ Volgens t' Hart zijn rechtshandhaving en rechtsbescherming twee aspecten van dezelfde zaak. Rechtshandhaving brengt volgens hem mee het handhaven van rechtsbescherming van de burger tegen alle vormen van inbreuken, zowel tegen inbreuken door criminaliteit als inbreuken door de overheid.¹²¹ Tot slot omschrijft Schalken rechtshandhaving als criminaliteitsbestrijding die plaatsvindt langs de weg van de rechtsbescherming en met behulp van een ingebouwde snelheidsbegrenzer.¹²² De handhaving van de rechtsorde wordt dus niet gediend indien er geen oog is voor de rechtsbescherming van de verdachte of de veroordeelde.

Vanuit haar kerntaak dient het OM de rechtsbescherming van de verdachte dan wel de veroordeelde te waarborgen. Het OM hoort dit ook te doen aangezien zij een machtiger rechtsobject is ten opzichte van de verdachte en er geen sprake is van gelijkwaardige procespartijen.¹²³ Vanwege de publieke functie wordt het optreden van het OM ook aan een veel strengere toetsing onderworpen dan de verdachte en zijn advocaat.¹²⁴ Mede vanuit de verplichting om de rechtsbescherming te garanderen is het OM mede verantwoordelijk voor de rechtspositie van de verdachte.

Er lijkt meer waarde gehecht te worden aan de rechtsbescherming als de positie van de verdachte of de veroordeelde ongunstiger is. Een voorbeeld is de door Doelder genoemde ontwikkeling dat zaken steeds meer door het OM worden afgedaan in plaats van de rechter. Hij spreekt over het belang van de magistratelijke houding van

¹¹⁸ t' Hart 1994, p. 273 en t' Hart 2001, p. 34.

¹¹⁹ De Doelder 1988, p. 9.

¹²⁰ De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 251.

¹²¹ De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 51.

¹²² De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 244.

¹²³ Crijns 2010, p. 322.

¹²⁴ t' Hart 1994, p. 270.

het OM bij het afdoen van die zaken.¹²⁵ Verder pleit Kelk voor een grotere invloed van het OM op en zorg voor de rechtsbescherming vanwege de verbrokkelde rechterlijke toetsing op het terrein van de tenuitvoerlegging en het ontbreken van een overkoepelende executierechter waarbij de voorzieningenrechter meermalen de leemtes opvult. Ook hij noemt de magistratelijke rol van het OM.¹²⁶ Kortom de magistratelijke rol van het OM wordt gekoppeld aan de rechtsbescherming.

Eerder is een dergelijke leemte in de rechtsbescherming vastgesteld aangezien de veroordeelde is aangewezen op de voorzieningenrechter ten aanzien van de beslissing omtrent de bijzondere voorwaarden. Ook is vastgesteld dat de beslissingsbevoegdheid ingrijpend is vanwege het vrijheidsbeperkende karakter van de bijzondere voorwaarden en soms zelfs sprake is van vrijheidsbeneming. Het lijkt daarom bij de vaststelling van bijzondere voorwaarden in het kader van v.i. van belang dat het OM bijzonder oog heeft voor de rechtsbescherming van de veroordeelde. Het is vervolgens de vraag op welke wijze er invulling wordt gegeven aan de rechtsbescherming. Hiervoor is de magistratelijke rol van het OM van betekenis.

6.5 De magistratelijke rol van het OM

Verklaring van de magistratelijke rol

De magistratelijke rol van het OM is een aantal keer aangestipt, ook wel aangeduid als een bijzondere rechtstatelijke verantwoordelijkheid.¹²⁷ Deze rol wordt in verband gebracht met het feit dat het OM als enige instantie toegang heeft tot de strafrechter (de poortwachtersfunctie), de rechterlijke taak van het OM en de plaats van het OM binnen de rechterlijke macht.¹²⁸ De positie binnen de rechterlijke macht lijkt de grond te zijn om aan het OM een magistratelijke rol toe te kennen. Crijns wijst in dit verband op het OM dat onderdeel is van de rechterlijke macht.¹²⁹ De Doelder spreekt over de officier van justitie als magistraat.¹³⁰ Men kan afdingen op de redenering maar de magistratelijke rol lijkt dus taalkundig afgeleid te zijn uit het feit dat het OM tot magistraat wordt gerekend.

Betekenis magistratelijke rol

¹²⁵ De Doelder 1988, p. 21.

¹²⁶ De Doelder, Fokué & Gerding 1994, p. 220.

¹²⁷ De Doelder, Fokué & Gerding 1994, p. 47 en Meijer 2012, p. 67.

¹²⁸ Crijns 2010, p. 316 en De Doelder, Fokué & Gerding 1994, p. 30. en p. 221.

¹²⁹ Crijns 2010, p. 316.

¹³⁰ De Doelder 1988, p. 9.

Het is vervolgens de vraag wat die magistratelijke rol betekent en precies inhoudt. De magistratelijke rol karakteriseert het optreden van het OM bij de uitoefening van de taken en bevoegdheden.¹³¹ Het OM staat als magistratelijk orgaan primair in dienst van de rechtsorde en dient niet rechtstreeks politieke doeleinden.¹³² Allereerst dient het handelen van het OM te voldoen aan de wet en aan de eisen die voortvloeien uit de ongeschreven beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging.¹³³ Maar de magistratelijke rol zou verder moeten gaan dan deze beginselen. Het houdt ook een bepaalde beroepsethiek in. Het OM waakt voor de integriteit van het gehele strafproces.¹³⁴ In dit verband beschermt het de grondrechten van de verdachte. Zo staat in de aanwijzing v.i. van het OM dat bij een (vergaande) inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de veroordeelde die een bijzondere voorwaarde met zich mee kan brengen steeds wordt getoetst aan proportionaliteit.¹³⁵

De magistratelijke rol leidt tot een voorschrift voor de gewenste werkwijze van alle leden van het OM bij de uitoefening van de taken en bevoegdheden. Om te beginnen dient het OM een op de rechter georiënteerde houding te hebben en van de officier van justitie wordt een rechterlijke opstelling verwacht.¹³⁶ Hieruit vloeit voort dat het OM een bepaalde onafhankelijkheid en onpartijdigheid dient te betrachten en in staat moet zijn tot kritische zelfreflectie.¹³⁷ Er wordt ook wel gesproken over een grondhouding.¹³⁸ Het OM dient te handelen vanuit betrokken distantie met een bepaalde afstand van het bestuur en de politiek.¹³⁹ Verder dient het optreden van het OM resultaat te zijn van een belangenafweging ten behoeve van het handhaven van de rechtsorde.¹⁴⁰ Het bewaakt de balans tussen crimefighter en rechtsbeschermer.¹⁴¹

Toch moet hier een aantal kanttekeningen bij geplaatst worden. Een aantal aspecten is niet goed te verenigen met de ondergeschiktheid van het OM aan de minister. Eerder is vastgesteld dat de minister het OM niet als onafhankelijk en zelfstandig orgaan ziet. Het OM oefent weliswaar als enige instantie de strafrechtelijke bevoegdheden uit maar

¹³¹ Meijer 2012, p. 67.

¹³² De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 287 en 290.

¹³³ Crijns 2010, p. 336.

¹³⁴ De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 30.

¹³⁵ Aanwijzing v.i. onderdeel II.2.3, *Stcr.* 2012, 5379.

¹³⁶ Crijns 2010, p. 328 en Meijer 2012, p. 68.

¹³⁷ Crijns 2010, p. 332.

¹³⁸ Kamerstukken II, 1997/98, 25 392, 7, p. 3.

¹³⁹ Meijer 2012, p. 68.

¹⁴⁰ Crijns 2010, p. 328.

¹⁴¹ De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 287.

tegelijkertijd heeft het een informatieplicht naar de minister toe en heeft de minister een aanwijzingsbevoegdheid. Bovendien is er wel degelijk bemoeienis vanuit de minister met individuele zaken ondanks dat het uitgangspunt is dat de politiek afstand betracht. Dit is bij de v.i.-procedure van Volkert van der G. aantoonbaar het geval geweest. Gelet op deze omstandigheden en het geschetste spanningsveld waarin het OM opereert moet de onafhankelijkheid en zelfstandigheid genuanceerd worden.

In het kader van de afstand tussen het OM en de minister wordt in de literatuur soms verwezen naar het stelsel van checks and balances, dat uitgaat van een machtsevenwicht tussen de wetgevende, de rechterlijke en de uitvoerende macht.¹⁴² De drie overheidsmachten hebben een onderlinge samenwerking vanuit ieders eigen positie en verantwoordelijkheid en betrachten tegelijkertijd distantie ten opzichte van elkaar.¹⁴³ De wetgever lijkt impliciet uit te gaan van dit stelsel. Aan de ene kant geeft de wetgever aan dat het niet zijn perceptie is dat er sprake is van een tegenstelling tussen de minister en het OM die een stelsel van checks and balances noodzakelijk maakt.¹⁴⁴ Aan de andere kant wordt de nadruk gelegd op de de terughoudendheid die de minister dient te betrachten tot individuele zaken in verband met de bijzondere positie van het OM.¹⁴⁵ De staatssecretaris spreekt in het eerder genoemde debat in de Tweede Kamer over gepaste afstand met betrekking tot het besluit om een vordering tot uitstel dan wel afstel van de v.i. in te dienen. Hij wijst hierbij op het feit dat met de invoering van de v.i.-regeling de minister bewust op afstand is geplaatst.¹⁴⁶ Die terughoudendheid en afstand is juist precies waar het om draait in het stelsel van checks and balances. Maar door het stelsel niet expliciet te onderschrijven en zich toch te bemoeien met een individuele v.i.-zaak moet die afstand toch gerelativeerd worden. Die afstand is er alleen zolang de bewindslieden bereid zijn deze in te nemen.

6.6 Conclusie

Kort gezegd waarborgt het OM de rechtsbescherming van de veroordeelde door het uitoefenen van haar kerntaak en de invulling van haar magistratelijke rol.

Het gehele optreden van het OM is gericht op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde waarbij aandacht is voor de criminaliteitsbestrijding en het waarborgen van

¹⁴² Zie ook Mevis 2013 p. 493, 't Hart 2001, p. 89-90 en Meijer 2012, 429-430.

¹⁴³ De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 16.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 392, 7, p. 8.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 392, 3, p. 6 en 30.

¹⁴⁶ Debat proefverlof en v.i. Volkert van der G., 28 januari 2014, TK 46 46-21-21.

de rechtsbescherming. Nu de rechtsbescherming toeziet op de burger in verschillende gedaantes ligt de criminaliteitsbestrijding opgesloten in de rechtsbescherming.

Het OM is gelet op haar kerntaak en als machtiger rechtsobject medeverantwoordelijk voor de rechtspositie van de veroordeelde. Deze verantwoordelijkheid is in het kader van v.i. groter nu er sprake kan zijn van ingrijpende bijzondere voorwaarden en er een leemte bestaat in de rechtsbescherming wat betreft het besluit hieromtrent. Voor de veroordeelde staat namelijk alleen de weg open naar de voorzieningenrechter.

Het OM waarborgt de rechtsbescherming doordat zij haar magistratelijke rol vervult.

De kerntaak van het OM en de magistratelijke rol staan in relatie met elkaar. In verband met deze twee aspecten wordt enerzijds van het OM verwacht dat het optreden resultaat is van een belangenafweging in het kader van de rechtsbeschermende en de instrumentele functie van het handhaven van de strafrechtelijke rechtsorde. Anderzijds is het OM gebonden aan verschillende normen die af te leiden zijn uit de magistratelijke rol van het OM. Deze normen dragen zelfstandig bij aan de rechtsbescherming van de veroordeelde.

De magistratelijke rol dient wel enigszins gerelativeerd te worden. Met name voor wat betreft de opvatting dat deze rol meer zou inhouden dan de beginselen van behoorlijke strafrechtpleging. Er kunnen vraagtekens gezet worden bij de aanname dat het OM vanwege de rechterlijke opstelling onafhankelijk is en op afstand dient te staan ten aanzien van het bestuur en de politiek. Ondanks dat de bevoegdheden rechtstreeks aan het OM zijn toegekend is er geen sprake van volstrekte onafhankelijkheid en zelfstandigheid. Immers geldt er een informatieplicht voor het OM naar de minister, heeft de minister een aanwijzingsbevoegdheid en is er sprake van bemoeienis van de minister met individuele v.i.-zaken. Het lijkt vooral te gaan om afstand en een machtsevenwicht tussen het OM en de minister. Maar deze afstand is er slechts zolang de bewindslieden bereid zijn deze in acht te nemen.

7. Een uitvoeringsinstantie en rechtsbescherming

7.1 Inleiding

Wanneer de minister beslissingsbevoegd wordt tot de vaststelling van bijzondere voorwaarden zal een uitvoeringsinstantie met deze taak belast worden. In dit hoofdstuk wordt beschreven op welke wijze een uitvoeringsinstantie de rechtsbescherming van

de veroordeelde waarborgt bij de vaststelling van de bijzondere voorwaarden. Hiervoor wordt eerst besproken of en op welke wijze de Awb van toepassing is. Vervolgens wordt de taak en positionering van een uitvoeringsinstantie beschreven. Hierbij komt de verhouding tot de minister en de mate van onafhankelijke besluitvorming aan de orde. Vervolgens wordt stil gestaan bij de verhouding tussen de veroordeelde en een uitvoeringsinstantie en tot slot de beginselen van behoorlijk bestuur. Dit zijn de normen waaraan een tot de overheid behorende uitvoeringsinstantie gebonden is en die bijdragen aan de rechtsbescherming.

7.2 Toepassing Awb en beginselen behoorlijk bestuur

De Awb is op grond van art. 1:6 Awb niet van toepassing op de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen. Toch lijkt een uitvoeringsinstantie gebonden te zijn aan de in het bestuursrecht geldende normen indien het belast wordt met de vaststelling van de bijzondere voorwaarden. Dit zijn de beginselen van behoorlijk bestuur. De toepassing van deze beginselen is af te leiden uit de MvT van de Pbw. De wetgever wijst bij de invoering van de Pbw ook op de uitsluiting van de Awb maar stelt zich op het standpunt dat er wel degelijk administratiefrechtelijke normen nageleefd dienen te worden. De normen in de Awb dienen toegepast te worden op een wijze die rekening houdt met het karakter van de gesloten inrichting. Dit betekent dat niet voor elke beslissing het stelsel van waarborgen van de Awb van toepassing is maar wel voor de ingrijpender beslissingen. In dit kader heeft de wetgever ook opgemerkt dat bij de vormgeving van het beklagrecht rekening is gehouden met de beginselen van bestuursrecht zoals die zijn opgenomen in de Awb.¹⁴⁷

Tevens biedt de rechtspraak aanknopingspunten voor de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur. Zo toetste de Rechtbank Almelo bij de beslissing op een vordering herroeping van de v.i. de bijzondere voorwaarden aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Alvorens te oordelen over de vordering werd eerst geoordeeld of de voorwaarden als zodanig toelaatbaar zijn. Het opgelegde contactverbod werd uitgesloten wegens strijd met het - ook door het OM te respecteren - zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginsel. Het OM was er in dit geval voorbijgegaan aan de verplichting om de nodige kennis te verkrijgen omtrent de relevante feiten. De beslissing is daarmee niet met de noodzakelijke zorgvuldigheid voorbereid.¹⁴⁸ Eerder is geschetst dat de voorzieningenrechter uitgaat van de grote mate van beleidsvrijheid bij

¹⁴⁷ *Kamerstukken II*, 1994/95, 24 263, 3, p. 9-10.

¹⁴⁸ Rb Almelo, 17-12-2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK6983.

een beslissing omtrent de bijzondere voorwaarden en alleen ingrijpt wanneer het OM in redelijkheid niet tot het gevoerde beleid kon komen. Dit is een bestuursrechtelijke toets die uitgaat van het redelijkheidsbeginsel.

Gelet op de Mvt van de Pbw en de hiervoor geschetste rechtspraak kan er vanuit gegaan worden dat de beginselen van behoorlijk bestuur ook van toepassing zijn indien een uitvoeringsinstantie belast wordt met de vaststelling van de bijzondere voorwaarden in het kader van de v.i.. De v.i.-regeling is namelijk onderdeel van de tenuitvoerlegging en de vaststelling betreft een ingrijpende beslissing vanwege het vrijheidsbeperkende karakter van de bijzondere voorwaarden in combinatie met in sommige gevallen aanzienlijke proeftijd. Daarnaast toetst de rechter momenteel de beslissing omtrent de bijzondere voorwaarden aan de beginselen van behoorlijk bestuur terwijl voor de taken van het OM in het kader van de tenuitvoerlegging de Awb ook niet van toepassing is.

7.3 Taak uitvoeringsinstantie

Een uitvoeringsinstantie is onderdeel van de bestuurlijke overheid. Daarom dient de taak waarmee een uitvoeringsinstantie belast is, geplaatst te worden binnen het bestuursrecht. Hierdoor is deze taak en organisatie anders te karakteriseren dan ten opzichte van het OM. Anders dan de dubbele positie van het OM is een uitvoeringsinstantie alleen onderdeel van de uitvoerende macht. Het bestuur heeft in beginsel ook een uitvoerende taak.¹⁴⁹ De kerntaak van een uitvoeringsinstantie moet ook breder gezien worden: het zo goed mogelijk bevorderen van het belang van de samenleving bij de uitvoering van de werkzaamheden.¹⁵⁰ Dit begrip kan breed opgevat worden. Gedacht dient te worden aan een hoger overkoepelend belang zoals de bescherming van waarden, zeden en beginselen. Het gaat om abstracte belangen van groepen personen en geen persoonlijke belangen of individualiseerbare belangen van de bestuurlijke overheid.¹⁵¹ Het OM bevordert één aspect van dit algemeen belang, de handhaving van de strafrechtelijke rechtsorde. Bovendien is dit optreden repressief, het is een reactie op een overtreding of misdrijf. Kenmerkend aan het bestuursrecht is de actieve bemoeienis van de overheid met de samenleving.¹⁵²

¹⁴⁹ Gerritzen-Rode & van der Vlies 1992, p. 17.

¹⁵⁰ Berge & Michiels 2001, p. 31, Damen e.a. 2009, p. 40.

¹⁵¹ ten Berge & Michiels 2001, p. 31.

¹⁵² Damen e.a. 2009, p. 37.

7.4 Positie uitvoeringsinstantie

Introductie

Op dezelfde wijze als bij het OM wordt bij de positie van een uitvoeringsinstantie ook stil gestaan bij de verhouding tot de minister en in hoeverre van onafhankelijke besluitvorming sprake is. Hiervoor wordt een agentschap binnen de overheid als uitgangspunt genomen. Het ligt namelijk voor de hand dat een agentschap als DJI wordt aangewezen als beslissingsbevoegde instantie. DJI houdt zich bezig met de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen en vrijheidsbenemende maatregelen. Daarnaast werd oorspronkelijk DJI genoemd als mogelijke instantie die belast zou worden met het vaststellen van de bijzondere voorwaarden.¹⁵³

Positionering, verhouding tot de minister en mate van onafhankelijkheid

Een agentschap is een zelfstandig organisatie-onderdeel dat hiërarchisch ondergeschikt is aan de minister. Een uitvoeringsorganisatie wordt als agentschap aangewezen vanwege de eigen taak van het organisatieonderdeel maar ook de wens om ministeriële verantwoordelijkheid te behouden.¹⁵⁴ Een agentschap is een organisatie-onderdeel binnen het departement en onderdeel van de rijksdienst maar heeft een grotere zelfstandigheid dan de departementale (buiten)diensten. Men spreekt ook wel over interne verzelfstandiging. De zelfstandigheid lijkt dus vooral betrekking te hebben op het beheer. Immers is kenmerkend aan een agentschap dat het een eigen sturingsmodel en financiële administratie heeft.¹⁵⁵ Wel behoudt de minister altijd de leiding en het beheer van het agentschap.

In tegenstelling tot het OM oefent het agentschap bevoegdheden uit namens de minister. De minister kan zelfstandig de bevoegdheden uitoefenen maar heeft deze gemandateerd. Deze zijn gemandateerd aan de secretaris-generaal die onder de minister staat. Hieronder staat de directeur met een ondermandaat die op zijn beurt een ondermandaat kan geven aan de lagere directeuren.¹⁵⁶ De ambtenaren voeren de bevoegdheden uit in het licht van de politieke verantwoordelijkheid van de minister.¹⁵⁷

¹⁵³ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30513, 3, p. 10.

¹⁵⁴ Meijer 2012, p. 81.

¹⁵⁵ Zie art. 1 regeling agentschappen, *Stcrt.* 2012, 20668.

¹⁵⁶ Meijer 2012, p. 74.

¹⁵⁷ Meijer 2012, p. 75.

Waar het OM veel vrijheid heeft en in bepaalde mate onafhankelijk de bevoegdheden zou moeten uitoefenen is hier geen sprake van onafhankelijkheid. Naast de hiervoor geschetste verhouding is dit ook af te leiden uit het feit dat een uitvoeringsinstantie als bestuursorgaan wel in dienst kan staan van politieke belangen door het op dat moment geldende beleid uit te voeren. Dit ligt anders voor het OM waarvan wordt verondersteld dat het geen politieke kleur heeft. In dit verband merkt Spigt op dat de aanpak van de uitvoerende macht vaak gefundeerd is op dominante politieke opvattingen en vaak een instrumentalistische karakter heeft. Hij is van mening dat het recht voor deze macht als neutraal instrument wordt gebruikt voor het behalen van de door de overheid gestelde beleidsdoelen. Spigt meent ook dat in dat verband onvoldoende rekening wordt gehouden met de intrinsieke waarde van het recht waaronder de rechtsbescherming en dat de neiging bestaat onderscheid te maken tussen de verdachte en de burger.¹⁵⁸ Kort gezegd lijkt het optreden van een uitvoeringsinstantie minder genuanceerd te zijn.

De verhouding met de veroordeelde

Het feit dat het bestuursrecht van toepassing is indien de minister beslissingsbevoegd wordt heeft invloed op de verhouding tussen de overheid en de veroordeelde. Op dat moment is sprake van een verhouding tussen het bestuur en de burger, die tegenwoordig wordt gekenmerkt als een wederkerige rechtsbetrekking. Het gaat met name om het begrip wederkerigheid. In dit verband wordt uitgegaan van wederzijdse rechten en plichten en dat het bestuur gehouden is bij het uitoefenen van bevoegdheden rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de burger. Dat bij die wederzijdse rechten en plichten geen symmetrie is doet hier niet aan af.¹⁵⁹ Deze benadering is het gevolg van de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de introductie van de Algemene wet bestuursrecht.¹⁶⁰ Waar voorheen het bestuursrecht een instrument van de overheid was om eenzijdig de rechtspositie van de burger te bepalen diende vanaf dat moment rekening gehouden te worden met zijn belangen, verwachtingen en wensen indien dit verenigbaar is met de taak om het algemeen belang te behartigen.

Voor de burger houdt de wederkerigheid in dat hij voor zover hij wenst met zijn inzicht of belangen rekening wordt gehouden, deze op de daartoe geschikte wijze naar voren

¹⁵⁸ De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 250.

¹⁵⁹ Gribnau, 1993, p. 92.

¹⁶⁰ Crijns 2010, p. 265-267.

kan brengen en dat hij daaraan ook door het bestuur kan worden gehouden.¹⁶¹ Toegepast op de v.i. zal dat zijn op het moment dat de verschillende adviezen worden opgesteld en de veroordeelde zijn zienswijze kenbaar kan maken met betrekking tot de geadviseerde bijzondere voorwaarden.

7.5 De beginselen van behoorlijk bestuur

Een behoorlijke overheid

Een uitvoeringsinstantie dient zich als onderdeel van de overheid behoorlijk te gedragen bij de uitoefening van haar bevoegdheden en taken. Het handelen van een bestuursorgaan dient naast de wettelijke normen te voldoen aan de de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁶² Uit deze beginselen zijn een aantal open normen af te leiden die een bestuursorgaan in acht neemt bij de uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden. Deze normen vormen een richtlijn voor het bestuursorgaan ten aanzien van de bevoegdheidsuitoefening en garandeert dat behoorlijk wordt gehandeld.¹⁶³ De richtlijn heeft betrekking op de verhoudingen tussen de overheid en de burger.¹⁶⁴ Het gaat hierbij om zowel het contact tussen deze partijen als de bevoegdheidsuitoefening¹⁶⁵ Waar bij het OM de magistratelijke rol een belangrijke functie heeft, zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van groot belang voor een uitvoeringsinstantie als onderdeel van de bestuurlijke overheid. De beginselen van behoorlijk bestuur zijn ontstaan in de rechtspraak als normen voor het handelen van het bestuur. Na verloop van tijd zijn deze normen geformuleerd als toetsingsgronden voor de rechter.¹⁶⁶ Inmiddels zijn in de Awb een aantal beginselen uitgewerkt. De vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verschillen van de eis van magistratelijkheid wordt in het volgende hoofdstuk beantwoord.

Toepasselijke beginselen

Voor de toepasselijkheid van de in de Awb uitgewerkte beginselen is normaal gesproken de plaats van het desbetreffende beginsel bepalend. De beginselen in het tweede hoofdstuk zijn van toepassing op alle bestuurshandelingen en de beginselen

¹⁶¹ Crijns 2010, p. 265.

¹⁶² ten Berge & Michiels 2001, p. 39.

¹⁶³ Gerritzen-Rode & van der Vlies 1992, p.76.

¹⁶⁴ Gerritzen-Rode & van der Vlies 1992, p. 74.

¹⁶⁵ Damen e.a. 2009, p. 306-307.

¹⁶⁶ Gerritzen-Rode & van der Vlies 1992, p. 75.

uit het derde hoofdstuk zijn enkel van toepassing op besluiten van een bestuursorgaan. Nu de bijzondere voorwaarden in een v.i.-besluit worden opgenomen zouden op een beslissing van een uitvoeringsinstantie hieromtrent alle in de Awb vastgelegde rechtsbeginselen van toepassing zijn.¹⁶⁷ Maar zojuist is vastgesteld dat op grond van art 1:6 Awb niet alle beginselen rechtstreeks van toepassing zijn. Gelet op de MvT van de Pbw zijn de beginselen alleen van toepassing wanneer dit in overeenstemming is met het karakter van de detentie. In dit geval moet rekening gehouden worden met het karakter van de v.i.-regeling. Uit de in dit hoofdstuk aangehaalde rechtspraak blijkt dat de rechter onder de huidige v.i.-regeling al enkele beginselen van behoorlijk bestuur toepast. Gelet op deze omstandigheden kan er vanuit gegaan worden dat de volgende beginselen van toepassing zijn: het zorgvuldigheidsbeginsel, détournement de pouvoir, het verbod van willekeur/het redelijkheidsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel.

Het zorgvuldigheidsbeginsel

Op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel dient een bestuursorgaan zich adequaat op de hoogte te stellen van de feiten die bij de te nemen beslissing een rol spelen, de feiten in een juist perspectief te brengen en de relevante belangen tegen elkaar af te wegen.¹⁶⁸ Samengevat wordt verwacht dat een bestuursorgaan zelfstandig onderzoek instelt naar de gegevens die van belang zijn om tot een juiste beslissing te komen.¹⁶⁹ Vanwege dit beginsel wordt op grond van art. 4:8 Awb een belanghebbende gehoord indien deze naar verwachting bezwaren heeft tegen beschikking die hij niet zelf heeft aangevraagd. Beoogd dat een bestuursorgaan de door de belanghebbende aangevoerde argumenten bij de belangenafweging meeneemt.¹⁷⁰

Het verbod van vooringenomenheid dat is neergelegd in art. 2:4 Awb komt voort uit het zorgvuldigheidsbeginsel. Het wordt ook wel het fair play-beginsel genoemd en houdt in dat een bestuursorgaan op onpartijdige wijze tot besluitvorming dient te komen. Gelet hierop bestaat de verplichting om belangenverstrengeling te voorkomen.¹⁷¹ Het verbod betekent echter niet dat een bestuursorgaan absoluut onafhankelijk dient te zijn of geen politieke keuzes mag maken. Het is slechts vereist

¹⁶⁷ In hfst. 1 werd aangegeven dat de bijzondere voorwaarden staan opgenomen in een besluit.

¹⁶⁸ Gerritzen-Rode & van der Vlies 1992, p. 81.

¹⁶⁹ Goorden 1997, p. 72.

¹⁷⁰ Goorden 1997, p. 73.

¹⁷¹ Gerritzen-Rode & van der Vlies 1992, p. 86.

dat een bestuursorgaan objectief en zuiver tot een oordeel komt waarbij een verschil in behandeling op zakelijke gronden wordt gerechtvaardigd.¹⁷²

Détournement de pouvoir

Een uitvoeringsinstantie is gehouden zijn bevoegdheid te gebruiken voor het doel waarvoor het is verleend. Deze verplichting is in art. 3:3 Awb geformuleerd als een verbod en staat in nauw verband met het verbod om in strijd met de strekking van de wet te handelen. In de wet wordt immers de bevoegdheidsuitoefening begrensd.¹⁷³ Toegepast op de v.i. betekent dit dat een uitvoeringsinstantie bij de vaststelling van de bijzondere voorwaarden de doelstelling van de regeling centraal staat. Zo is het niet mogelijk automatisch een standaardpakket aan bijzondere voorwaarden op te leggen voor een type delict zoals bijvoorbeeld gewelddadige vermogensdelicten, bijvoorbeeld in het kader van de aanpak overvalcriminaliteit.¹⁷⁴ De bijzondere voorwaarden dienen bij te dragen aan het verminderen van de recidive.

Het verbod van willekeur / het redelijkheidsbeginsel

Het redelijkheidsbeginsel verplicht een bestuursorgaan in redelijkheid alle relevante belangen af te wegen.¹⁷⁵ Tegenover deze positieve formulering staat het verbod van willekeur als marginale toetsingsgrond voor de rechter. Het verbod houdt in dat het bestuursorgaan bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de bestreden beslissing heeft kunnen komen. Anders dan het begrip willekeur doet vermoeden staat de redelijkheid centraal bij deze toetsingsgrond. Ondanks het verbod van willekeur is het wel geoorloofd dat een bestuursorgaan politiek handelt. Ook dan kan het bestuursorgaan nog in redelijkheid handelen. Een rechter zal pas ingrijpen als het resultaat van de politiek in strijd is met het recht.¹⁷⁶ Eerder zagen we dat de voorzieningenrechter de bijzondere voorwaarden aan dit beginsel toetst. Er wordt

¹⁷² Goorden 1997, p. 76 en Gerritzen-Rode & van der Vlies 1992, p. 86.

¹⁷³ Goorden 1997, p. 77.

¹⁷⁴ *Kamerstukken II*, 2010/11, 28 684, 305.

¹⁷⁵ Art. 3:4 Awb.

¹⁷⁶ Gerritzen-Rode & van der Vlies 1992, p. 89.

uitgegaan van de grote mate van beleidsvrijheid van de CVvi en alleen ingegrepen wanneer men in redelijkheid niet tot het gevoerde beleid kon komen.¹⁷⁷

Het rechtsgelijkheidsbeginsel

Een bestuursorgaan dient op grond van het rechtsgelijkheidsbeginsel gelijke gevallen gelijk te behandelen en mag geen verboden onderscheidingen maken. Ongelijke gevallen dienen behandeld te worden in de mate van ongelijkheid¹⁷⁸ Toegepast op de v.i. is het moeilijk voorstelbaar dat er sprake is van exacte gelijke gevallen omdat er bij iedere veroordeelde andere omstandigheden zullen zijn en telkens een andere aanpak nodig is ten behoeve van recidivevermindering. Ook lijkt het verdedigbaar om een bepaald onderscheid te maken in een media- en politiek-gevoelige zaak. Hier kan gedacht worden aan zaken als Samir A., Benno L. en Volkert van der G..Bepaalde voorwaarden kunnen nodig zijn om grote maatschappelijke onrust te voorkomen en de veroordeelde geleidelijk te laten terugkeren in de samenleving. Maar dit kan gelet op het redelijkheidsbeginsel niet leiden tot zeer extreme bijzondere voorwaarden die niet in verhouding staan met de doelstelling van de v.i..

7.6 Conclusie

Een uitvoeringsinstantie waarborgt de rechtsbescherming door vanuit de wederkerige rechtsbetrekking rekening te houden met de belangen van de veroordeelde en te handelen conform de wettelijke regels en beginselen van behoorlijk bestuur. Vooral de beginselen zijn van grote invloed op de rechtsbescherming aangezien deze de uitoefening van de bevoegdheden normeren binnen de grenzen van de wet.

De beginselen van behoorlijk bestuur geven de verplichting om onpartijdig, objectief en zuiver tot besluitvorming te komen waarbij een verschil in behandeling op zakelijke gronden wordt gerechtvaardigd. De onpartijdigheid ziet erop toe dat in het algemeen belang wordt gehandeld. Tevens dient de uitvoeringsinstantie gelijke gevallen gelijk te behandelen en geen verboden onderscheid te maken.

De beginselen van behoorlijk bestuur verplichten de uitvoeringsinstantie niet om onafhankelijk en op afstand van de politiek te handelen. Er is ook geen sprake van

¹⁷⁷ Rb. Den Haag (vzr.) 30 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9411, Rb. Den Haag (vzr.) 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12142 en Hof Den Haag (vzr.) 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3259.

¹⁷⁸ Gerritzen-Rode & van der Vlies 1992, p.98 en Goorden 1997, p. 82.

onafhankelijkheid nu een uitvoeringsinstantie de bevoegdheden uitoefent namens de minister en anders dan het OM in dienst mag staan van politieke belangen.

Gelet op deze achtergrond behoort een uitvoeringsinstantie na afweging van alle betrokken belangen in alle redelijkheid tot een beslissing te komen. De rechter grijpt pas in op de besluitvorming als er strijd is met het recht. Deze toets wordt momenteel door de voorzieningenrechter gehanteerd bij de beoordeling van de bijzondere voorwaarden die in het kader van de v.i. door het OM zijn opgelegd.

Het is duidelijk geworden dat bij het OM de magistratelijke rol centraal staat bij de rechtsbescherming van de veroordeelde. Voor een uitvoeringsinstantie zijn dit de beginselen van behoorlijk bestuur. Het is vervolgens de vraag hoe deze begrippen zich tot elkaar verhouden met betrekking tot de rechtsbescherming van de veroordeelde. In het volgende hoofdstuk wordt de magistratelijke rol van het OM vergeleken met de beginselen van behoorlijk bestuur.

8. Eis van magistratelijkheid en beginselen behoorlijk bestuur

8.1 Inleiding

Eerder werd geschetst op welke wijze het OM en een uitvoeringsinstantie de rechtsbescherming van de veroordeelde waarborgen. In het laatste hoofdstuk kwam de verhouding tussen de eis van magistratelijkheid en de beginselen van behoorlijk bestuur naar voren. Afgevraagd kan worden of deze met elkaar gelijk te stellen zijn. Indien dit niet het geval is rijst de vraag of de rechtsbescherming van de veroordeelde beter wordt gewaarborgd door de eis van magistratelijkheid of de beginselen van behoorlijk bestuur. In dit hoofdstuk worden deze twee vragen beantwoord.

Voor de vraagstelling is de visie van Meijer interessant. Zij relateert het onderscheid tussen de eis van magistratelijkheid en de beginselen van behoorlijke procesorde. Zij stelt dat het OM een overheidsorgaan is en net als andere overheidsorganen

gehouden is zich behoorlijk te gedragen. Ook vindt zij dat veel waarden die aan de eis van magistratelikhed wordt toegekend betekenis hebben voor de wijze waarop andere overheidsorganen invulling dienen te geven aan hun taak.¹⁷⁹

Zij gaat echter voorbij aan de verhouding tussen de beginselen van behoorlijke strafrechtpleging en de eis van magistratelikhed. Zijn deze met elkaar gelijk te stellen? Ook is het de vraag of de beginselen van behoorlijke strafrechtpleging en beginselen van behoorlijk bestuur met elkaar gelijk te stellen zijn. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op deze vragen en wordt de stelling van Meijer getoetst.

8.2 Beginselen behoorlijke strafrechtpleging en beginselen behoorlijk bestuur

De aanduidingen 'beginselen' en 'behoorlijk' doen vermoeden dat het voor de verschillende beginselen binnen het strafrecht en het bestuursrecht om dezelfde zaak gaat. Het gemeenschappelijk karakter van de beginselen is de belangrijkste aanwijzing hiervoor. Hieraan doet niet af dat in de praktijk verschillende benamingen worden gebruikt voor beide beginselen. Zo wordt ook wel gesproken over beginselen van goede procesorde, beginselen van behoorlijke regelgeving of beginselen van behoorlijke rechtspleging.¹⁸⁰

Voor beide beginselen gaat het om algemene rechtsbeginselen. Dit zijn fundamentele uitgangspunten voor het optreden van de overheid. Binnen het strafrecht en het bestuursrecht is dit concreet uitgewerkt in geschreven en ongeschreven normen.¹⁸¹

Er zijn een aantal gemeenschappelijke normen zoals bijvoorbeeld het détournement de pouvoir en het vertrouwensbeginsel. Maar in tegenstelling tot het strafrecht zijn voor het bestuursrecht meer concrete normen vastgelegd in de Awb met betrekking tot besluitvorming waarbij veel belanghebbenden betrokken zijn.

De normen bepalen de wijze waarop de overheid binnen de grenzen van de wet van haar wettelijke bevoegdheden in een concreet geval gebruik moet maken. Voor de rechter zijn de normen en de rechtsbeginselen een handvat om het optreden van ambtenaren van de strafvorderlijke overheid in een concreet geval te beoordelen.¹⁸²

¹⁷⁹ Meijer 2012, p. 69.

¹⁸⁰ Goorden 1997, p. 69 en Mevis 2013, p.193-194.

¹⁸¹ Mevis 2013, p.193-194.

¹⁸² Mevis 2013, p. 5.

Met de verschillende beginselen in het strafrecht en het bestuursrecht wordt beoogd dat de overheid zich behoorlijk gedraagt bij haar optreden als machtiger rechtssubject binnen het publiekrechtelijk terrein.

De beginselen van behoorlijke strafrechtpleging en de beginselen van behoorlijk bestuur zijn op dezelfde wijze te karakteriseren door hun achtergrond en het beoogde doel van een behoorlijke overheid. Op die manier zijn de beginselen vergelijkbaar. Maar aangesloten wordt bij 't Hart die stelt dat de beginselen in het strafrecht en bestuursrecht niet identiek zijn.¹⁸³ Het verschil zit met name in de verschillende concrete normen binnen beide rechtsgebieden.

8.3 Magistratelijkheid en beginselen behoorlijke strafrechtpleging

De beginselen van behoorlijke strafrechtpleging, één aspect van magistratelijkheid

Eerder werd al gesteld dat de beginselen van behoorlijke strafrechtpleging één aspect lijken te zijn van de eis van magistratelijkheid. In dat kader werd naast de beginselen gesproken van een bepaalde beroepsethiek. Dit is ook terug te vinden in de literatuur. 't Hart beschrijft de magistratelijke positie van het OM als integer en plaatst deze in het licht van de wetgeving, de mensenrechten en de ongeschreven rechtsbeginselen.¹⁸⁴ Meijers spreekt in dit verband over ethiek wat volgens hem meer is dan de wettelijke normen en ongeschreven rechtsbeginselen waaraan het OM zich dient te houden.¹⁸⁵ Tot slot noemt Crijns de eis van magistratelijkheid expliciet als een derde normatief kader bovenop de toetsing aan de wet en het ongeschreven recht waaruit extra concrete rechtsregels voortvloeien voor het OM. In dit verband wordt verwacht dat het OM een bepaalde grondhouding inneemt en integer en fatsoenlijk handelt, wat niet wordt voorgeschreven door de wettelijke regeling zelf of door beginselen van behoorlijke strafrechtpleging.¹⁸⁶ Ook koppelt hij hieraan de rechterlijke opstelling die wordt verwacht van de officier van justitie en daarmee samenhangende grondwaarden als onafhankelijkheid en onpartijdigheid, zoals die aan de rechter worden toegeschreven. Dit is geen volstrekte onafhankelijkheid en onpartijdigheid aangezien

¹⁸³ 't Hart 1994, p. 270.

¹⁸⁴ De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 48.

¹⁸⁵ Crijns 2010, p. 326-327.

¹⁸⁶ Crijns 2010, p. 326-329.

hij niet daadwerkelijk rechter is¹⁸⁷ Als belangrijkste eis noemt Crijns dat van de officier van justitie een houding wordt verwacht die de inherente betrokkenheid van instrumentaliteit en rechtsbescherming onderkent.¹⁸⁸ Hij koppelt dus de taak van het OM aan de eis van magistratelijkheid. Maar in hoofdstuk zes is al geconcludeerd dat de extra eisen die voortvloeien uit de magistratelijke rol te relativeren zijn aangezien er geen sprake is van een zelfstandig of onafhankelijk OM. De minister is wel op afstand geplaatst ten opzichte van het OM. Maar de minister kan deze afstand verkleinen door gebruik te maken van zijn aanwijzingsbevoegdheid. In het verleden is gebleken dat de bewindslieden (de minister en de staatssecretaris) zich toch bemoeien met een individuele v.i.-zaak. Dit blijkt uit de gang van zaken omtrent de v.i. van Volkert van der G. terwijl dit juist een preciaire zaak is waarbij die afstand wenselijk is.

Het handhaven van de strafrechtelijke rechtsorde - de rechtsbeschermende functie

Meer schrijvers koppelen de kerntaak van het OM en vooral de rechtsbeschermende functie aan de eis van magistratelijkheid. Meijers doet dit expliciet en spreekt over de eis van ethisch handelen die voortvloeit uit de magistratelijke rol van het OM.¹⁸⁹

Kelk pleit er in dit verband voor de executie tot één van de magistratelijke taken te rekenen. Immers is de rechtsbescherming bij de executie volgens hem van notoir gewicht nu op dit terrein sprake is van een verbrokkelde rechterlijke toetsing waarbij het kort geding meermalen de leemtes moet opvullen.¹⁹⁰

Tot slot spreekt Doelder in verband met de eis van magistratelijkheid over het optreden van het OM dat resultaat dient te zijn van afweging van de belangen in het kader van de criminaliteitsbestrijding en het waarborgen van de rechtsbescherming.¹⁹¹

Toetsen aan de eis van magistratelijkheid?

Crijns geeft toe dat dit derde normatieve kader een beperkte kracht heeft aangezien een sterk geldingsaspect ontbreekt en de naleving van de norm niet effectief kan worden afgedwongen. De verdachte kan hier namelijk geen rechtstreeks beroep op doen aangezien de magistratelijke toets vertaald dient te worden in de schending van de beginselen van behoorlijke strafrechtpleging. Zolang het OM zich daaraan houdt

¹⁸⁷ Crijns 2010, p. 330-333.

¹⁸⁸ Crijns 2010, p. 329.

¹⁸⁹ Meijers 1995, p. 131.

¹⁹⁰ De Doelder, Foqué & Gerding 1994, p. 220.

¹⁹¹ De Doelder 1988, p. 13.

blijft het in een veilige haven.¹⁹² Maar volgens hem doet dit niet af aan de betekenis van de eis van magistratelijkheid. De magistratelijkheid ligt in de taakstelling van het OM en de extra eisen die hieruit voortvloeien sturen het optreden van het OM.¹⁹³

Toch kan dit afgevraagd worden bij de vaststelling van de bijzondere voorwaarden. Immers heeft de voorzieningenrechter de bijzondere voorwaarden getoetst aan het redelijkheidsbeginsel en daarmee aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Er is niet getoetst of het OM ethisch, onafhankelijk of daadwerkelijk op afstand van de politiek tot besluitvorming is gekomen. De betekenis van de magistratelijke rol lijkt toch beperkt wanneer de rechter dit niet meeneemt in de beoordeling.

8.4 Conclusie

De eis van magistratelijkheid is niet helemaal gelijk te stellen met de beginselen van behoorlijke strafrechtpleging. Uit de eis van magistratelijkheid vloeien extra eisen voort: een bepaalde mate van onpartijdigheid en onafhankelijkheid, een rechterlijke opstelling, het innemen van een grondhouding en handelen dat ethisch, integer en fatsoenlijk is. Dat laatste houdt meer in dan behoorlijkheid zoals wordt beoogd met de beginselen van behoorlijke strafrechtpleging en beginselen van behoorlijk bestuur. Daarnaast is de magistratelijke rol gekoppeld aan de taak van het OM om de strafrechtelijke rechtsorde te handhaven, in het bijzonder de rechtsbeschermende functie ervan. Met deze taak en extra eisen onderscheidt het OM zich van een ander bestuursorgaan. De eis van magistratelijkheid vormt een derde normatief kader bovenop de wet en beginselen van behoorlijke strafrechtpleging. Er wordt vanwege dit kader meer dan behoorlijk handelen van het OM verwacht.

Echter moet de magistratelijke rol genuanceerd worden. Eerder is geconcludeerd dat het onjuist is eisen als onafhankelijkheid en zelfstandigheid aan de magistratelijke rol te koppelen. Er is slechts sprake van een afstand ten opzichte van de bewindslieden. Verder hebben de andere genoemde eisen hebben weinig betekenis aangezien de rechter niet toetst en kan toetsen aan de eis van magistratelijkheid. Momenteel toetst de (voorzieningen)rechter het besluit omtrent de bijzondere voorwaarden enkel aan de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het redelijkheidsbeginsel. Kortom, er lijkt sprake van een gewenste houding van het OM die er in werkelijkheid minder gunstig uit ziet.

¹⁹² Crijns 2010, p. 333

¹⁹³ Crijns 2010, p. 334.

De beperkte betekenis van de eis van magistratelijheid maakt dat het verschil met de beginselen van behoorlijke strafrechtpleging betrekkelijk is. Er is geen sprake van een groot onderscheid. Dit betekent dat de magistratelijke rol niet meer inhoudt dan de beginselen van behoorlijk bestuur. Immers is vast gesteld dat deze beginselen met elkaar gelijk te stellen zijn qua karakter, achtergrond en strekking. Het verschil is gelegen in het feit dat het OM op afstand van de bewindslieden staat, de minister en de staatssecretaris. Tegelijkertijd moet deze afstand gerelativeerd worden door de aanwijzingsbevoegdheid van de minister, de informatieplicht van het OM en het feit dat gebleken is dat de minister zich toch bemoeit met individuele zaken.

Aangesloten kan worden bij de stelling van Meijer dat de eis van magistratelijheid gerelativeerd dient te worden ten opzichte van de beginselen van behoorlijk bestuur. Echter berust die relativering op het nuanceren van een aantal eisen die voortvloeien uit de magistratelijke rol van het OM en het feit dat de naleving van de norm niet effectief kan en wordt afgedwongen.

9. Conclusie

9.1 Samenvatting v.i.-regeling

De v.i. is van toepassing op onherroepelijke en onvoorwaardelijke gevangenisstraffen langer dan één jaar. Met de v.i.-regeling wordt beoogd de recidive te verminderen en daarmee de maatschappelijke veiligheid te vergroten. De v.i. sluit zoveel mogelijk aan op de detentiefasering. Tezamen is er een gecontroleerde terugkeer in de maatschappij, vormen ze het sluitstuk van de gevangenisstraf en geven ze uitvoering aan het resocialisatiebeginsel. Gelet op de doelstelling is bij verlening van de v.i. het uitgangspunt 'v.i.-tenzij'.

De CVvi (onderdeel van het OM) kan aan de v.i. een breed spectrum van bijzondere voorwaarden verbinden en hieraan elektronisch toezicht koppelen. Te denken valt aan een verbod, gebod, gedragsinterventies, een ambulante behandeling of zelfs een klinische behandeling. Vaak is sprake van vrijheidsbeperkende voorwaarden en in sommige gevallen zelfs van vrijheidsbeneming. Dit is altijd het geval wanneer een

klinische behandeling is opgelegd en in uitzonderlijke situaties bij een zeer strikt toezicht. In het geval bijzondere voorwaarden zijn gesteld oefent de de reclassering feitelijk het toezicht uit. De intensiteit van het toezicht wordt bepaald door het ingeschatte recidiverisico. De veroordeelde heeft geen expliciet rechtsmiddel om op te komen tegen de vaststelling van de bijzondere voorwaarden. Daarom staat voor de veroordeelde enkel de weg open naar de voorzieningenrechter.

Het vaststellen van de bijzondere voorwaarden is een ingrijpende beslissing wegens de inhoud van de bijzondere voorwaarden, de mogelijke combinatie met een lange proeftijd en overtreding van de bijzondere voorwaarden kan leiden tot herroeping van de v.i. en daarmee tenuitvoerlegging van het resterende deel van de gevangenisstraf.

Nu de veroordeelde alleen naar de voorzieningenrechter kan wanneer hij het oneens met de vaststelling van de bijzondere voorwaarden is er momenteel voor dit deel van de v.i.-procedure sprake van een leemte in de rechtsbescherming.

De wetgever heeft een ondeugdelijke redenering gegeven voor de keuze om geen rechtsmiddel open te stellen. De motivering dat de bijzonder voorwaarden in overleg worden vastgesteld is strijdig met de opvatting dat de veroordeelde de bijzondere voorwaarden niet kan weigeren en hierover niet onderhandelen. Als de veroordeelde niet bereid is de bijzondere voorwaarden na te leven kan het OM een vordering uitstel dan wel afstel van de v.i. aanbrengen bij de rechter of toch de bijzondere voorwaarden opleggen en na een overtreding een vordering herroeping van de v.i. aanbrengen bij de rechter. Kortom, het is een kwestie van 'slikken of stikken' voor de veroordeelde. Gelet op deze omstandigheden en het feit dat sprake is van een ingrijpende beslissing is de keuze van de wetgever onbegrijpelijk.

In het geval van een klinische behandeling of andere uitzonderlijke situaties kan sprake van vrijheidsbeneming zijn in het kader van v.i.. Deze vrijheidsbeneming lijkt op grond van nationale en internationale jurisprudentie in overeenstemming te zijn met artikel 5 EVRM. De eis van een 'competent court' is niet in het geding omdat niet buiten de straf wordt getreden die oorspronkelijk is opgelegd door de rechter. De tenuitvoerlegging van de straf vindt plaats binnen de marges en kaders die de rechter heeft opgelegd. Nederland heeft als lidstaat een grote mate van vrijheid ten aanzien van de wijze van tenuitvoerlegging van sancties. In dit kader kan het OM of een andere bestuurlijke instantie vrij handelen in het kader van de v.i., zelfs als dit leidt tot vrijheidsbeneming.

Het is dan nog steeds de vrijheidsbeneming die de rechter in het kader van de oorspronkelijke gevangenisstraf heeft bevolen. Er bestaat een voldoende 'causal link'. Daarom kan geconcludeerd worden dat het OM dan wel de minister gelet op artikel 5 EVRM bevoegd is om de bijzondere voorwaarden vast te stellen.

9.2 Rechtsbescherming veroordeelde - OM en de minister

Voorziening tegen een overheidshandeling

De rechtsbescherming van de veroordeelde wordt vergroot als wel een rechtsmiddel wordt toegekend zodra de minister beslissingsbevoegd wordt. Het is lastig te voorspellen of een wijziging van de beslissingsbevoegde instantie hiertoe zal leiden. Dit ligt enerzijds niet in de lijn der verwachting aangezien bij de invoering van de v.i.-regeling bewust gekozen is geen rechtsmiddel toe te kennen en de minister in eerste instantie als beslissingsbevoegd werd aangewezen in het wetsvoorstel. Na het amendement Anker werd het OM aangewezen. Als er geen wijziging wordt aangebracht zal voor dat aspect de rechtsbescherming gelijk blijven.

Anderzijds is wel een wijziging te verwachten gelet op het wettelijk systeem van het penitentiair recht. In de Pbw staan er ten aanzien van verschillende beslissingen van de directeur, de selectiefunctionaris en de minister een beklag- en of beroepsprocedure open voor de gedetineerde. De keuze hiervoor is met name gelegen in het ingrijpende karakter van de beslissing en dat de weg naar de voorzieningenrechter niet wenselijk wordt geacht in het kader van een adequate rechtsbescherming. Ondanks dat in de Pbw sprake is van den detentiesituatie zijn dit belangrijke overeenkomsten met de beslissing omtrent de bijzondere voorwaarden.

Normen voor de overheid

Het OM waarborgt de rechtsbescherming van de veroordeelde bij de vaststelling van de bijzondere voorwaarden door het vervullen van de magistratelijke rol en uitvoering te geven aan de rechtsbeschermende functie van haar kerntaak. Deze rol dient gerelativeerd te worden nu een aantal eisen die hieruit voortvloeien niet in overeenstemming zijn met de positie van het OM. Er is geen sprake van onafhankelijkheid of zelfstandigheid aangezien de minister politiek verantwoordelijk is voor zowel het beleid als individuele zaken. Daarnaast heeft het OM een informatieplicht ten aanzien van de minister en kan die op zijn beurt gebruik maken van zijn aanwijzingsbevoegdheid. Er moet meer gesproken worden van afstand ten

opzichte van het bestuur en de politiek. Deze afstand is gecreëerd doordat aan het OM via attributie de bevoegdheden rechtstreeks zijn toegekend. De minister kan de bevoegdheden niet zelf uitoefenen. Wel is er sprake van een democratische controle. Er is sprake van een machtsverdeling tussen het OM en de minister dat past binnen het stelsel van checks and balances.

Als een uitvoeringsinstantie wordt belast met de vaststelling van de bijzondere voorwaarden zal deze de rechtsbescherming van de veroordeelde waarborgen door vanuit de wederkerige rechtsbetrekking rekening te houden met de belangen van de veroordeelde en te handelen conform de wet en de beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen zijn een belangrijk aspect aangezien deze de uitoefening van de bevoegdheden normeren binnen de grenzen van de wet. Dit leidt tot de verplichting om onpartijdig, objectief en zuiver tot besluitvorming te komen en een verschil in behandeling op zakelijke gronden te rechtvaardigen. De onpartijdigheid ziet erop toe dat in het algemeen belang wordt gehandeld. Een uitvoeringsinstantie is niet verplicht onafhankelijk en op afstand van de politiek te handelen. Immers worden de bevoegdheden uitgeoefend namens de minister.

Door de relativering van de magistratelijke rol kan geconcludeerd worden dat de normen waaraan het OM gebonden is niet wezenlijk verschillen van de normen waaraan een uitvoeringsinstantie gebonden is. Voor dit aspect is daarom geen wezenlijk verschil in de rechtsbescherming van de veroordeelde.

Gelet op de extra eisen die voortvloeien uit de magistratelijke rol zou deze rol meer moeten inhouden dan de beginselen van behoorlijk bestuur. Maar deze eisen zijn te relativieren nu het OM niet onafhankelijk of zelfstandig is. Het wezenlijke onderscheid ten opzichte van een uitvoeringsinstantie is dat het OM de poortwachtersfunctie heeft naar de strafrechter en dat het door haar positie op afstand staat van de minister. Maar die afstand verdient ook een nuance vanwege de informatieplicht van het OM, de aanwijzingsbevoegdheid van de minister en de aangetoonde bemoeienis van de bewindslieden met een individuele zaak als Volkert van der G.. Bovendien is de bemoeienis van de minister niet transparant aangezien politieke druk anders dan een aanwijzing niet in het dossier opgenomen hoeft te worden en de procedure rondom de aanwijzingsbevoegdheid niet geldt voor de tenuitvoerleggingsfase. Wel moet er vanuit gegaan worden dat de minister geen aanwijzing kan geven voor het stellen van de

bijzondere voorwaarden. De afstand bestaat zolang de minister de positie van het OM respecteert en het OM in staat is weerstand te bieden tegen politieke druk.

Een andere kanttekening bij de magistratelijke rol is het feit dat de rechter de magistratelijke rol niet rechtstreeks kan toetsen. De magistratelijke rol moet vertaald worden in de beginselen van behoorlijke strafrechtpleging. Dit wordt bevestigd in de bestaande jurisprudentie. De (voorzieningen)rechter hanteert een bestuursrechtelijke toets bij de beoordeling van de bijzondere voorwaarden. Er wordt uitgegaan van de beleidsvrijheid van de CVv en getoetst aan het redelijkheidsbeginsel.

De magistratelijke rol van het OM lijkt vooral gewenst zijn. Maar er worden onterecht een aantal eisen gekoppeld aan de magistratelijke rol. Ook worden er te veel pretenties aan ontleend die het OM gelet op haar positie niet kan waarmaken. Het OM wordt weliswaar gekarakteriseerd door de magistratelijke rol maar niet valt in te zien hoe dit concreet leidt tot een betere rechtsbescherming dan een uitvoeringsinstantie.

9.3 Antwoord op de probleemstelling

De normen waaraan het OM gebonden is, verschillen niet wezenlijk van de normen waaraan een uitvoeringsinstantie gebonden is. Dit verschil is zo genuanceerd dat er voor dit aspect geen wezenlijk verschil is in de rechtsbescherming van de veroordeelde. Maar zelfs wanneer dit wel het geval zou zijn, is dit niet het wezenlijke in de rechtsbescherming van de veroordeelde. Rechtsbescherming is meer dan dat.

De belangrijkste waarde dient toegekend te worden aan de mogelijkheid een voorziening te vragen tegen het overheidshandelen en waaraan de overheid rechtens houden is. Bij die voorziening kan het handelen en de normen waaraan de overheid is gebonden getoetst worden. Dat is waar het momenteel aan schort voor dit deel van de v.i.-procedure. Er is een onbegrijpelijke leemte in de rechtsbescherming nu de veroordeelde enkel aangewezen is op de voorzieningenrechter terwijl sprake is van een ingrijpende beslissing. Als een rechtsmiddel wordt opengesteld dan maakt dat het verschil in de rechtsbescherming. Of de minister dan wel het OM beslissingsbevoegd is maakt wat dat betreft niet uit. Daarom moet geconcludeerd worden dat het voor de rechtsbescherming van de veroordeelde niet wezenlijk uitmaakt dat de minister dan wel het OM beslissingsbevoegd wordt over de bijzondere voorwaarden.

LITERATUURLIJST (aangehaalde literatuur)

Aanpak overvalcriminaliteit 2014

Inspectie Veiligheid en Justitie, *Aanpak overvalcriminaliteit, De (keten)samenwerking op regionaal niveau bij de bestrijding van overvalcriminaliteit en de invloed van de landelijke initiatieven op deze regionale samenwerking*, advies november 2014.

Barkhuysen e.a. 2009

T. Barkhuysen e.a., *Geschakeld recht - Verdere studies over Europese grondrechten* (ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof.mr. E.A. Alkema), Deventer: Kluwer 2009.

ten Berge & Michiels 2001

J.B.J.M. ten Berge & F.C.M.A. Michiels, *Besturen door de overheid. Nederlands algemeen bestuursrecht 1*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Blaauw 2002,

J.H. Blaauw, *Het kort geding. A. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2002.

Bleichrodt 2006

F.W. Bleichrodt, *De voorwaardelijke invrijheidstelling in ere hersteld*, *DD 2006/78*, p. 1089-1106.

Bleichrodt e.a. 2012

F.W. Bleichrodt, *Vergroting van de slagvaardigheid van het strafrecht; een rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Boone 2014

M.M. Boone, De reclassering als uitvoeringsinstantie, *Strafblad 2014/34*, afl. 3, p. 221-228.

Crijns 2010

J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Damen 2009

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Deel 1*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

De Doelder 1988

H. de Doelder, *Het OM in positie* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1988.

De Doelder, Foqué & Gerding 1994

H. de Doelder, R.M.G.E. Foqué & R.A.F. Gerding (red.), *Taak en functioneren van het OM*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

Gerritzen-Rode & van der Vlies 1992

P.W.A. Gerritzen-Rode & I.C. van der Vlies, *Beginselen van bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1992.

Gisolf 1993

R.C. Gisolf, *Kort geding en rechter. Inleiding tot het kort geding*, geschreven vanuit de rechtzaal, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Goorden 1997

C.P.J. Goorden, *Algemeen bestuursrecht compact*, 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij B.V. 1997.

Gribnau 1993

J.L.M. Gribnau, 'De wederkerige rechtsbetrekking als nieuw paradigma?', *R&R 1993*, p. 87-95.

't Hart 1994

A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

't Hart 2001

A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Harteveld, e.a. 2004

A.G. Harteveld e.a., *Het EVRM en het Nederland strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Julsing-Nijenhuis 2009

E. Julsing-Nijenhuis, *Voorwaardelijke invrijheidstelling*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

Kelk 2008

C. Kelk, *Nederlands detentierecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Kruijs *Strafblad* 2014/32

P.W. Kruijs, Hoe zeker weten we dat hij het niet nog een keer doet? De voorwaardelijke invrijheidstelling, *Strafblad* 2014/32, afl. 3, p.202-212.

Kruijs *Sancties* 2014/42

P.W. van der Kruijs, De voorwaardelijke invrijheidstelling in de praktijk, *Sancties* 2014/42, afl. 5, p. 312-322.

Meijer 2012

S. Meijer, *Openbaar Ministerie en tenuitvoerlegging. De Taak van het openbaar ministerie tot tenuitvoerlegging van door de rechter opgelegde strafrechtelijke sancties vanuit constitutioneel en strafrechtsdogmatisch perspectief gezien*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

Meijers 1995

L.C.M. Meijers, 'Ethische dilemma's van het openbaar ministerie', in: L.E. de Groot-van Leeuwen en L.H.A.J.M. Quant, *Ethiek en het juridisch beroep*, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1995, p. 123-136.

Mevis 2013

P.A.M, Mevis, *Capita Strafrecht, een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

Rapport Commissie Herziening vervroegde invrijheidstelling 2002

Voorwaarden voor een veilige terugkeer, Rapport van de Commissie Herziening vervroegde invrijheidstelling, Ministerie van Justitie 2002.

Rapport VAR-Commissie 2004

Rechtsbescherming De toekomst van de rechtsbescherming. Van toetsing naar geschilbeslechting, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004.

Reclasseringsrecht 2013

Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, *Reclasseringsrecht*, Advies 17 oktober 2013.

Reidnied 2014

J. Reidnied, 'Voorwaarden aan vrijheid. Bespiegelingen vanuit het OM-perspectief', *Sancties* 2014/49, afl. 6, p. 355-367.

Schrama 2012

A.C.M. Schrama, 'De praktijk van de v.i.: v.i., tenzij...', *Sancties* 2012/30, afl. 4, p. 208-212.

JURISPRUDENTIELIJST

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 18 juni 1971, 2899/66 (*De Wilde, Ooms en Versyp/België*).

EHRM 24 juni 1982, 7906/77 (*Droogenbroeck/België*).

EHRM 6 november 1980, 7367/76 (*Guzzardi/ Italië*).

EHRM 22 februari 1994, 12954/87 (*Raimondo v. Italy*).

EHRM 25 juni 1996, Reports 1996-III (*Amuur/Frankrijk*).

EHRM 18 december 1986, nr. 9990/82 (*Bozano v. France*).

EHRM 26 februari 2002, 39187/98 (*H.M./Zwitserland*).

EHRM 5 oktober 2004, nr. 45508/99 (*HL/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 12 februari 2008, 21906/04 (*Kafkaris/Cyprus*).

EHRM 17 december 2009, 19359/04 (*M/Duitsland*).

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

ECRM 3 maart 1986, 11653/85 (*Hogben/Verenigd Koninkrijk*).

Rechtbank

Rb. Amsterdam 29 april 2009 ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4014.

Rb. Almelo 17 december 2009 ECLI:NL:RBALM:2009:BK6983.

Rb. Rotterdam 9 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV1242.

Rb. 's-Gravenhage 11 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ4770.

Rb. Utrecht 12 september 2011, ECL:NL:RBUTRL2011:BT1969.

Rb. Alkmaar 28 november 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BU6146.

Rb. Rotterdam 9 januari 2012 ECLI:NL:RBROT:2012:BV1242.
Rb. 's-Gravenhage 15 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9977.
Rb. Midden-Nederland 8 januari 2013, ECL:NL:RBMNE:2013:BY9470
Rb. Noord-Holland 13 mei 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CAO283.
Rb. Oost-Brabant 1 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6016.
Rb. Midden-Nederland 11 februari 2014, ECLI:NLRBMNE:2014:7238.
Rb. Gelderland 21 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:287.

Voorzieningenrechter

Rb. Den Haag (vzr.) 30 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9411.
Rb. Den Haag (vzr.) 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12142.
Hof Den Haag (vzr.) 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3259.