

Delikt en Delinkwent, Strafonderebreking bij illegale vreemdelingen

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	DD 2012/83	Bijgewerkt tot:	15-11-2012
Auteur:	G.K. Schoep ^[2]		-

Strafonderebreking bij illegale vreemdelingen^[1]

1 Inleiding

Met de inwerkingtreding van de Wet voorwaardelijke veroordeling en voorwaardelijke invrijheidsstelling op 1 april 2012 komen bepaalde categorieën vreemdelingen niet meer in aanmerking voor voorwaardelijke invrijheidsstelling.^[3] Het betreft ingevolge artikel 15 lid 3 sub c Sr vreemdelingen die geen rechtmatig verblijf hebben in Nederland in de zin van artikel 8 van de Vreemdelingenwet 2000. Tegelijkertijd met de inwerkingtreding van deze wet is een algemene maatregel van bestuur van kracht geworden die de mogelijkheid creëert om de tenuitvoerlegging van een aan een illegale vreemdeling opgelegde vrijheidsstraf te onderbreken onder de voorwaarde dat de vreemdeling uit Nederland kan worden verwijderd en niet in Nederland terugkeert. Deze gewijzigde regelgeving is op een aantal onderdelen nog onduidelijk en zorgt inmiddels in de praktijk voor vragen en discussie. In het onderstaande zal worden geprobeerd de belangrijkste aspecten van deze gewijzigde regelgeving te beschrijven. Tegen deze achtergrond zal actuele jurisprudentie over dit onderwerp worden besproken en komt de verenigbaarheid van de retroactieve toepassing van deze nieuwe regeling met artikel 7 EVRM aan de orde.

2 Wetsgeschiedenis en hoofdlijnen van de regeling van strafonderebreking bij illegale vreemdelingen

De positie van de vreemdeling in de strafrechtsketen, en dan met name die van de ongewenst verklaarde of anderszins niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling, is al lang onderwerp van discussie en zorg.^[4] Deze bijdrage gaat over de bijzondere positie die deze illegale vreemdeling inneemt binnen een specifiek aspect van het sanctierecht, te weten de voorwaardelijke invrijheidsstelling en de mogelijkheid om vóór het uitzitten van de gehele opgelegde gevangenisstraf al dan niet tijdelijk de penitentiaire inrichting te verlaten.

Vóór de inwerkingtreding van de Wet voorwaardelijke veroordeling en voorwaardelijke invrijheidsstelling hadden ook niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen recht op voorwaardelijke invrijheidsstelling (VI). Aan deze VI werden geen bijzondere voorwaarden verbonden die verband hielden met de terugkeer in de Nederlandse samenleving. Indien een ongewenst verklaarde vreemdeling toch in Nederland werd aangetroffen, was dit een grond voor herroeping van de voorwaardelijke invrijheidsstelling op grond van de schending van de algemene voorwaarde van de voorwaardelijke invrijheidsstelling. Immers: het verblijf in Nederland van een ongewenst verklaarde vreemdeling is ingevolge artikel 197 Sr een strafbaar feit.

Het oorspronkelijke wetsvoorstel dat leidde tot de Wet voorwaardelijke veroordeling en voorwaardelijke invrijheidsstelling bevatte als bijzondere voorwaarde om tot toepassing van de VI over te gaan 'het voldoen aan een op grond van de Vreemdelingenwet 2000 bestaande verplichting Nederland te verlaten en niet in Nederland terug te keren'. Aansluitend op de voorwaardelijke invrijheidsstelling zouden deze personen ofwel uit eigener beweging uit Nederland dienen te vertrekken ofwel uit Nederland worden verwijderd.^[5] Ten opzichte van de toen bestaande situatie zou dit in zoverre een verandering betekenen dat ook vreemdelingen die niet ongewenst verklaard waren of konden worden, maar niettemin Nederland na voorwaardelijke invrijheidsstelling dienden te verlaten, alsook personen tegen wie geen vervolging en veroordeling op grond van artikel 197 Sr had plaatsgevonden, tot terugkeer konden worden bewogen.

In een gewijzigd voorstel van wet wordt de voorwaardelijke invrijheidsstelling van strafrechtelijke vreemdelingen echter in zijn geheel geschrapt. Ter onderbouwing hiervan verwijst de minister naar zowel een principiële als naar een praktisch argument. In de eerste plaats, zo wordt gesteld, is de functie van de voorwaardelijke invrijheidsstelling het mogelijk maken van een gecontroleerde terugkeer in de samenleving. Vreemdelingen die na het ondergaan van de aan hen opgelegde vrijheidsstraf niet in Nederland mogen blijven, keren na het ondergaan

van hun straf niet terug in de Nederlandse samenleving. In dergelijke gevallen ligt naar het oordeel van de minister het verbinden van bijzondere voorwaarden aan de invrijheidstelling niet voor de hand. De praktische reden om de voorwaarde te schrappen, is gelegen in het feit dat de regeling in de praktijk toch geen meerwaarde zou hebben, maar wel 'het proces van het uit- en afstellen en het herroepen van de voorwaardelijke invrijheidstelling' zou belasten.^[6] De daarmee gemoeide inzet en kosten kunnen dan ook in de visie van de minister als ondoelmatig worden bestempeld.

Om meer recht te doen aan het karakter van de voorwaardelijke invrijheidstelling en tevens een bijdrage te leveren aan de bereidheid van illegale vreemdelingen om Nederland te verlaten, wordt bij Nota van Wijziging voorgesteld dat illegale vreemdelingen voortaan zullen worden uitgesloten van voorwaardelijke invrijheidstelling. Dit betekent dat illegale vreemdelingen in beginsel de aan hen opgelegde vrijheidsstraf volledig zullen moeten ondergaan. In beginsel, omdat het kabinet tevens voorstelt een mogelijkheid te creëren om de tenuitvoerlegging van de opgelegde vrijheidsstraf voortijdig te beëindigen, onder de voorwaarde dat de vreemdeling uit Nederland kan worden verwijderd en niet in Nederland terugkeert. Deze voorziening sluit, zo stelt de minister, aan bij de in 2010 ingevoerde mogelijkheid om bij illegale vreemdelingen de TBS-maatregel voortijdig te beëindigen op het moment dat een daadwerkelijk vertrek naar het land van herkomst mogelijk is.^[7] Aangekondigd wordt dat ook voor de ISD-maatregel de tussentijdse beëindiging in geval van illegale vreemdelingen zal worden geregeld.^[8] Voor de mogelijkheid om de tenuitvoerlegging van een aan een illegale vreemdeling opgelegde gevangenisstraf voortijdig stop te zetten, wordt aansluiting gezocht bij het instrument van de strafonderbreking.^[9] Artikel 570b Sv vormt hiervoor de wettelijke grondslag. Op grond van deze bepaling kan de minister van Veiligheid en Justitie de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf onderbreken.^[10] Voor een nadere uitwerking van dit voornemen wordt door de minister verwezen naar het wetsvoorstel tot Wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht, de Penitentiare beginselenwet en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen in verband met (vooral) het opheffen van de samenloop van regelingen inzake het tijdelijk verlaten van de inrichting tijdens de voorlopige hechtenis.^[11] In dit wetsontwerp wordt de regeling wel aangekondigd, maar als zodanig maakt zij er geen inhoudelijk deel van uit. In grote lijnen blijkt dan al wel dat het instrument van de strafonderbreking zal worden omgevormd in een regeling omtrent de detentieonderbreking. De regeling moet het mogelijk maken om de tenuitvoerlegging van een aan een illegale vreemdeling opgelegde vrijheidsstraf voortijdig te beëindigen onder de voorwaarde dat de vreemdeling uit Nederland kan worden verwijderd en niet in Nederland terugkeert.^[12]

Hoewel het wetsvoorstel in verband met het opheffen van de samenloop van regelingen inzake het tijdelijk verlaten van de inrichting tijdens de voorlopige hechtenis niet controversieel is verklaard na de val van het kabinet-Rutte I, is een verdere behandeling van – en beslissing op het wetsvoorstel door de Tweede Kamer vooralsnog uitgebleven. Dat vormde in zoverre een probleem dat met de inwerkingtreding van de Wet voorwaardelijke veroordeling en voorwaardelijke invrijheidstelling op 1 april 2012 op dit punt een leemte dreigde te ontstaan in de rechtspositie van in Nederland op strafrechtelijke titel gedetineerde illegale vreemdelingen. Om die reden is de Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting met ingang van 1 april 2012 gewijzigd en voorziet zij tot het moment dat het bedoelde wetsvoorstel tot wet is verheven en in werking is getreden, met het nieuwe artikel 40a in de mogelijkheid tot toepassing van strafonderbreking ten behoeve van illegale vreemdelingen.^[13] In de hiernavolgende paragraaf zal deze nieuwe vorm van strafonderbreking nader worden toegelicht tegen de achtergrond van de verlofregeling in de Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting.

3 Strafonderbreking en artikel 40a Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting

3.1 Strafonderbreking en verlof

Gedurende de tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende sanctie kunnen bijzondere omstandigheden ertoe nopen dat een gedetineerde tijdelijk de inrichting verlaat.^[14] Tijdens de tenuitvoerlegging van een opgelegde vrijheidsbenemende sanctie zijn de in de Pbw voorziene vormen van verlof aan de orde. Algemeen en regimesgebonden verlof zijn vormen van verlof die in grote lijnen samenhangen met specifiek op resocialisatie gericht tenuitvoerleggingsbeleid.^[15] Indien deze vormen van verlof niet kunnen voorzien in een anderszins noodzakelijk geacht verlof, dan kan incidenteel verlof uitkomst bieden. Meer op de persoon en

persoonlijke omstandigheden gerichte verlofgronden vinden hun plaats in zowel het incidenteel verlof als in de regeling omtrent de strafondbreking. Ingevolge artikel 1 van de Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting (Rtvi) is de strafondbreking een vorm van verlof.^[16] Toch zal in het onderstaande de strafondbreking als een zelfstandige modaliteit worden behandeld.

De strafondbreking heeft ten opzichte van de regelingen omtrent het algemeen, regimesgebonden en incidenteel verlof een subsidiaire functie. Artikel 34 Rtvi stelt in dat verband dat strafondbreking pas kan worden verleend in gevallen waarin niet kan worden volstaan met andere vormen van verlof.

Strafondbreking kan aan de orde zijn bij zeer bijzondere gebeurtenissen in de persoonlijke sfeer, die dermate ingrijpend dan wel zodanig van aard zijn dat niet kan worden volstaan met een incidenteel verlof of gewacht tot een mogelijkheid om de inrichting in een ander kader tijdelijk te verlaten. Het kan in dit verband gaan om ernstige ziekte in het gezin, het bestaan van levensgevaar of een sterfgeval in de familiekring, de bevalling van de levenspartner en tijdelijke detentieongeschiktheid aan de kant van de gedetineerde wegens psychische of fysieke problemen.^[17] Daarnaast is er een verschil in toegestane duur: verlof wordt verleend voor een aantal uren of dagen, terwijl de strafondbreking ziet op een langere termijn van maximaal drie maanden.

Strafondbreking kan op verzoek van de gedetineerde of ambtshalve door de minister van Veiligheid en Justitie worden toegepast. In tegenstelling tot bij verlof wordt de tenuitvoerlegging van de straf in geval van strafondbreking geschorst en wordt deze weer hervat op het moment dat de strafondbreking eindigt.^[18]

De bevoegdheid tot toepassing van strafondbreking is, in tegenstelling tot de (andere) verlofregelingen, neergelegd in het Wetboek van Strafvordering (artikel 570b Sv) en is voorbehouden aan de minister. Aan de plaatsing van de strafondbreking in het Wetboek van Strafvordering liggen systematische argumenten ten grondslag: In Boek V, Titel I van het Wetboek van Strafvordering zijn de bepalingen opgenomen met betrekking tot het begin en het einde van de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf. De strafondbreking bevindt zich, aldus de minister, in het grensgebied van de overgang tussen de interne en externe rechtspositie van de veroordeelde. Gelet op het feit dat de straftijd gedurende de strafondbreking niet doorloopt, was het naar het oordeel van de minister bovendien in overeenstemming met het stelsel van het Wetboek van Strafvordering de bevoegdheid tot het verlenen van strafondbreking aan de minister toe te laten komen.^[19]

Artikel 570b lid 2 Sv stelt dat de minister nadere regels kan stellen over het onderbreken van de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf. Nadere regels omtrent de strafondbreking zijn neergelegd in de Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting.^[20] Verwacht zou mogen worden dat de Regeling nadere voorwaarden bevat die aan de onderbreking van de tenuitvoerlegging kunnen worden verbonden. Verpalen wijst er evenwel op dat in de Regeling zelf slechts een bevestiging te vinden is van de bevoegdheid van de minister bijzondere voorwaarden te verbinden aan de strafondbreking. Een nadere specificatie van die voorwaarden ontbreekt dan ook grotendeels, behoudens de hieronder te bespreken voorwaarde van artikel 40a Rtvi.^[21] Op grond van artikel 5 lid 1 en 2 van de Regeling geldt ten aanzien van de verlofmodaliteiten de algemene voorwaarde dat het de gedetineerde niet is toegestaan naar het buitenland te reizen en dat voorts bijzondere voorwaarden aan het verlof kunnen worden gesteld die het gedrag van de gedetineerde betreffen. Verpalen stelt zich, in verband met het gegeven dat strafondbreking een schorsing van de tenuitvoerlegging betekent, op het standpunt dat eventueel aan de strafondbreking te stellen voorwaarden niet al te ingrijpend zouden moeten zijn. In zijn optiek valt te denken aan de voorwaarde dat betrokkene geen contact zal zoeken met het slachtoffer van het delict waarvoor hij is veroordeeld.^[22]

Zowel de verlofregelingen als de strafondbreking bevatten voorzieningen voor het tijdelijk verlaten van de inrichting. De hervatting van de detentie of de intramurale voortzetting ervan geldt om die reden als een onuitgesproken premisse. De strafondbreking is mede hierom te plaatsen binnen de doelstellingen van de Pbw, namelijk dat de tenuitvoerlegging van de vrijheidsbenemende sanctie zoveel mogelijk dienstbaar wordt gemaakt aan de voorbereiding van de terugkeer van de veroordeelde in de maatschappij. Verpalen verbindt aan de onderscheiden verlofmodaliteiten overigens verschillende en te onderscheiden doelstellingen: Waar de regelingen omtrent algemeen en regimesgebonden verlof samenhangen met de uitwerking van de 'resocialisatieopdracht aan het gevangeniswezen' en dus primair ten dienste staan aan de voorbereiding op de terugkeer in de samenleving, worden incidenteel verlof en de strafondbreking

toegepast in verband met persoonlijke gebeurtenissen met het oog op een humane tenuitvoerlegging van de vrijheidsbenemende sanctie.^[23] Dit bijzondere en uitzonderlijke karakter van de strafondbreking past bij de conventionele uitleg van artikel 553 Sv, op grond waarvan wordt aangenomen dat een onherroepelijke rechterlijke beslissing door de uitvoerende macht ten uitvoer dient te worden gelegd.^[24] De plaatsing van de strafondbreking in het Wetboek van Strafvordering doet aan dit uitzonderlijke en subsidiaire karakter niet af. Dat neemt echter niet weg dat de strafondbreking in tijden van schaarste in detentiecapaciteit een bruikbaar instrument is gebleken om fluctuaties in beschikbare capaciteit op te vangen.^[25]

Op grond van het bovenstaande kan de huidige strafondbreking worden gekarakteriseerd als een in de kern op bijzondere omstandigheden toegesneden regeling die het mogelijk maakt om tijdelijk, maar voor een langere duur dan enkele uren of dagen, de inrichting te verlaten. De strafondbreking schorst de tenuitvoerlegging en veronderstelt in beginsel dat de tenuitvoerlegging na terugkomst weer wordt hervat. Latere ontwikkelingen laten zien dat het instrument ook is toegepast om de druk op de detentiecapaciteit te verminderen, hetgeen de strafondbreking een hybride karakter geeft: enerzijds betreft het een bevoegdheid die kan worden toegepast met het oog op bijzondere persoonlijke omstandigheden en de noodzaak van een humane tenuitvoerlegging, anderzijds is sprake van een bevoegdheid die is toegepast ter uitvoering van specifieke onderdelen van overheidsbeleid.

3.2 Strafondbreking ex artikel 40a Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting

Het nieuw ingevoerde artikel 40a Rvti luidt als volgt:

Artikel 40a

1. Aan de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft in Nederland in de zin van artikel 8 van de Vreemdelingenwet 2000, kan strafondbreking voor onbepaalde tijd worden verleend.
2. Indien een vrijheidsstraf van ten hoogste drie jaren is opgelegd, kan strafondbreking worden verleend nadat tenminste de helft van de straf is ondergaan. Indien een vrijheidsstraf van meer dan drie jaren is opgelegd, kan strafondbreking worden verleend nadat tenminste tweederde gedeelte van de straf is ondergaan.
3. De strafondbreking gaat in op het moment dat de vreemdeling Nederland daadwerkelijk heeft verlaten.
4. Aan de strafondbreking wordt de voorwaarde verbonden dat de vreemdeling niet naar Nederland terugkeert. Indien de vreemdeling de voorwaarde, bedoeld in het derde lid, niet naleeft, wordt de tenuitvoerlegging van de straf hervat.
5. De artikelen 39 en 40 zijn van toepassing.

Artikel 35 Rvti bepaalt dat de strafondbreking minimaal twee etmalen en maximaal drie maanden zal duren. Artikel 40a lid 1 Rvti stelt nu dat in de daar bedoelde gevallen ook een strafondbreking voor onbepaalde tijd kan worden verleend.

Lid 3 bepaalt op welk moment de strafondbreking ingaat, terwijl lid 4 de grondslag vormt voor de aan de aan deze strafondbreking te verbinden voorwaarde. Voorts beoogt lid 4 ook de grondslag te vormen voor de hervatting van de tenuitvoerlegging van de straf. Gelet op de toelichting van de staatssecretaris bij deze regeling zal de vreemdeling zich, teneinde een hervatting van de tenuitvoerlegging te voorkomen, moeten houden aan de daaraan verbonden voorwaarde dat hij of zij niet naar Nederland terugkeert.^[26] Het niet voldoen aan die voorwaarde moet derhalve worden beschouwd als de grond voor hervatting van de tenuitvoerlegging die de staatssecretaris voor ogen heeft gestaan. De verwijzing in de tweede volzin van lid 4 naar lid 3 is daarmee niet in lijn. Gesuggereerd wordt dat de tenuitvoerlegging wordt hervat indien de vreemdeling Nederland niet heeft verlaten. Het is, gelet op de toelichting, de vraag of de staatssecretaris deze 'voorwaarde' op het oog heeft gehad. Strikt genomen kan het niet verlaten van Nederland niet gelden als een voorwaarde voor de hervatting van de tenuitvoerlegging, nu, gelet op dezelfde bepaling, de strafondbreking bij het niet hebben verlaten van Nederland wordt geacht niet te zijn ingegaan.

Hoe het ook zij, op grond van deze verwijzing lijkt in het midden te blijven wat het rechtsgevolg is van het niet voldoen aan de in lid 4, eerste volzin gestelde voorwaarde. In dat verband dient wel te worden gekeken naar lid 5, dat de artikelen 39 en 40 Rvti van overeenkomstige toepassing verklaart. Artikel 39 Rvti geeft de minister

algemene beslissingsbevoegdheid ten aanzien van verlening, wijziging en intrekking van strafonderebreking. Artikel 40 Rvti biedt de grondslag voor intrekking en wijziging van reeds verleende strafonderebrekingen in geval van gewijzigde omstandigheden. Deze gewijzigde omstandigheden dienen onverwijld door de directeur aan de minister te worden medegedeeld. Een zeer welwillende lezing van deze bepaling zou tot de conclusie kunnen leiden dat het niet voldoen aan de betreffende voorwaarde een dergelijke omstandigheid oplevert. De bepaling is echter aldus geformuleerd dat de minister in dat geval *kan* beslissen tot intrekking van de strafonderebreking. De toelichting op de regeling noch de verwijzing naar lid 3 in artikel 40a lid 4 lijken deze ruimte te willen geven: In dat geval wordt de tenuitvoerlegging hervat, zo stelt de tweede volzin van lid 4. Vooralsnog houd ik het er dus voor dat de verwijzing naar lid 3 in artikel 40a lid 4 Rvti, tweede volzin berust op een kennelijke misslag. Deze, naar ik aanneem, slordigheid maakt dat de regeling onder de huidige redactie een expliciete wettelijke grondslag ontbeert voor de hervatting van de tenuitvoerlegging indien de vreemdeling nadien weer in Nederland wordt aangetroffen. Het verdient in dat geval aanbeveling deze kennelijke misslag ten spoedigste te repareren. Gelet op de toelichting ga ik echter in het navolgende uit van de gelding van de voorwaarde dat de vreemdeling niet naar Nederland terugkeert.

Deze voorwaarde heeft een onbepaalde geldingsduur. Uitgaande van de tekst van de regeling en de toelichting daarbij is instemming van de gedetineerde met deze voorwaarde geen vereiste om in aanmerking te komen voor strafonderebreking op deze grondslag.^[27]

Gelet op de doelstelling van de regeling moet de vraag worden gesteld of de voorwaarde dat de vreemdeling niet naar Nederland terugkeert, uitsluitend betrekking heeft op het terugkeren als vreemdeling zonder rechtmatig verblijf of dat daarmee ook wordt bedoeld op de vreemdeling die (dan) rechtmatig kan verblijven in Nederland. De Regeling noch de toelichting geven op dat punt uitsluitend. Betwijfeld kan worden waarom de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf zou moeten worden hervat indien de betreffende vreemdeling op grond van bijvoorbeeld een inmiddels verworven nationaliteit van een van de lidstaten van de Europese Unie rechtmatig in Nederland kan verblijven, maar bij binnenkomst in Nederland zijn straf verder zal moeten uitzitten, terwijl de onderbreking van die straf gericht is geweest op het voorkomen van criminaliteit van niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen. Daar komt bij dat de inmiddels rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling uit dien hoofde in geval van een nieuwe veroordeling tot een vrijheidsstraf recht zou hebben op VI. Indien de minister hier anders over denkt, dan verdient het aanbeveling dit nadrukkelijk te regelen.

Artikel 40a lid 2 Rvti geeft aan om welke termijnen het precies gaat bij het niet uitzitten van de straf: Indien een vrijheidsstraf van ten hoogste drie jaren is opgelegd, kan strafonderebreking worden verleend nadat tenminste de helft van de straf is ondergaan. Indien een vrijheidsstraf van meer dan drie jaren is opgelegd, kan strafonderebreking worden verleend nadat tenminste tweederde gedeelte van de straf is ondergaan. Ten aanzien van gevangenisstraffen tot maximaal drie jaar kan de niet-rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdeling eerder worden vrijgelaten dan rechtmatig in Nederland verblijvende gedetineerden. Volgens het regime van artikel 15 lid 1 en 2 Sr zal deze laatste groep immers een gevangenisstraf tot maximaal één jaar in zijn geheel dienen uit te zitten.

Voor toepassing van strafonderebreking op de grondslag van artikel 40a Rvti is het noodzakelijk dat de veroordeelde in staat is om het land te verlaten. De Dienst Terugkeer en Vertrek (DT&V) van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties treft, volgens de toelichting, alle maatregelen die het vertrek van de vreemdeling zonder rechtmatig verblijf mogelijk maken. Wanneer van de zijde van de DT&V wordt geadviseerd om aan een vreemdeling zonder rechtmatig verblijf strafonderebreking te verlenen, beoordeelt de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI) of er redenen zijn die zich tegen het verlenen van strafonderebreking verzetten. De belangen van slachtoffers en de mate waarin de rechtsorde was geschokt door het door de vreemdeling gepleegde delict kunnen bijvoorbeeld daaraan in de weg staan. Ook kunnen, aldus de minister, lopende onderzoeken van politie en justitie zich tegen het verlenen van strafonderebreking verzetten.^[28]

Met de koppeling aan het overheidsbeleid om illegale vreemdelingen in strafrechtelijke detentie zo snel mogelijk het land te laten verlaten, is (wederom) sprake van een verschuiving in doelstellingen van de strafonderebreking. De toepassing van strafonderebreking teneinde meer detentiecapaciteit beschikbaar te kunnen hebben was, hoewel niet verbonden met bijzondere omstandigheden van in zekere zin nog wel verbonden aan het functioneren van het gevangeniswezen.

4 Strafondbreking ex artikel 40a Rtv en de voorwaardelijke invrijheidstelling: een voorlopige waardering.

Hierboven werd de huidige strafondbreking gekarakteriseerd als een in de kern op bijzondere omstandigheden toegesneden regeling die het mogelijk maakt om tijdelijk, maar voor een langere duur dan enkele uren of dagen, de inrichting te verlaten. In het kader van de strafondbreking voor illegale vreemdelingen is het toepassingsbereik aanzienlijk verruimd en maakt het ondubbelzinnig deel uit van een breder overheidsbeleid dat er op is gericht om strafrechtelijk veroordeelde illegalen niet alleen uit detentie, maar, met het oog op het voorkomen van criminaliteit, ook het land uit te krijgen. De overkoepelende doelstelling daarvan is het beveiligen van de maatschappij en het voorkomen van recidive. Dit is, gelet op de aard en de achtergrond van de regeling van de strafondbreking, een grote stap. Het is ook een stap die de minister niet eerder bereid was te zetten. De haast die in verband met de inwerkingtreding van de Wet voorwaardelijke veroordeling en voorwaardelijke invrijheidstelling op 1 april 2012 met de huidige regeling was gemoeid, doet vermoeden dat in de aangekondigde definitieve regeling van de detentieondbreking, die de strafondbreking zal vervangen, een en ander nader en gedetailleerder zal worden uitgewerkt. Het verbinden van voorwaarden als onderhavige, alsook de uitbreiding in duur van de strafondbreking, zal het karakter van de toekomstige detentieondbreking aanzienlijk veranderen en problematiseren, in het bijzonder vanwege de samenhang met en verhouding tot de strafrechtelijke sancties. Het blijft dan ook de vraag waarom de minister er voor heeft gekozen deze benadering niet bij wet te regelen in het kader van de voorwaardelijke invrijheidstelling. De doelstellingen die de minister aan de mogelijkheid tot strafondbreking bij illegale vreemdelingen verbindt, wijzen immers die richting uit.

4.1 Doelstellingen VI en strafondbreking

Spreekt het argument van de minister aan dat de betreffende voorwaarde niet past bij de functie en de doelstellingen van de VI? In de literatuur wordt een viertal (mogelijke) doelstellingen aan de VI gekoppeld. Zo kan zij dienen ter bescherming van de samenleving; ter beloning van goed gedrag in detentie; het mogelijk maken van een gecontroleerde terugkeer in de samenleving; en als instrument ter verlichting van de druk op detentiecapaciteit. Vooral de bescherming van de samenleving tegen (herhaalde) criminaliteit en het (daartoe) mogelijk maken van een gecontroleerde terugkeer in de samenleving zijn algemeen aanvaarde doelstellingen van de voorwaardelijke invrijheidstelling.^[29]

Naar het oordeel van de minister is de functie van de voorwaardelijke invrijheidstelling het mogelijk maken van een gecontroleerde terugkeer in de samenleving. Vreemdelingen die na het ondergaan van de aan hen opgelegde vrijheidsstraf niet in Nederland mogen blijven, keren na het ondergaan van hun straf niet terug in de Nederlandse samenleving. In dergelijke gevallen ligt naar het oordeel van het kabinet het verbinden van bijzondere voorwaarden aan de invrijheidstelling niet voor de hand. Dat is op zichzelf een logisch standpunt. Toch lijkt het er op dat de minister de doelstellingen van de VI vrij strikt interpreteert en daarbij afwijkt van de in het algemeen aanvaarde doelstellingen van de VI. De interpretatie van de minister lijkt ook niet in lijn met de inhoud van de bijzondere voorwaarden die ingevolge artikel 15a lid 3 Sr aan een VI kunnen worden verbonden. Ook in deze categorie bevinden zich voorwaarden die, meer dan op terugkeer in de samenleving, in bredere zin gericht zijn op bescherming van die samenleving tegen hernieuwde criminaliteit. Een verbreding van het type voorwaarden in het kader van de VI zou derhalve, ook gelet op de doelstellingen en de functie van de VI, tot de mogelijkheden hebben behoord.

De vaststelling dat de aan de orde zijnde voorwaarde om niet terug te keren naar Nederland ook dogmatisch zou zijn in te passen in de regeling van de VI klemt te meer nu het, gelet op de regeling van de strafondbreking, moeilijk valt in te zien waarom het stellen van de bedoelde voorwaarde wél binnen de regeling van de strafondbreking zou passen. De voorwaarden die aan een strafondbreking kunnen worden gesteld, hangen primair samen met de doelstelling van die strafondbreking zelf en zijn er op gericht om op de veroordeelde in de tijdelijke periode waarin hij buiten de inrichting verkeert, controle uit te oefenen en/of de rechtsorde niet bovenmatig te beschadigen. Hoewel het, zoals wij zagen, niet ongebruikelijk is dat de strafondbreking benut werd voor andere doeleinden dan ten behoeve van de gedetineerde, brengt de toevoeging van deze modaliteit een belangrijke verandering met zich mee. De regeling van de strafondbreking wordt met deze modaliteit belast met een doelstelling die zeer sterk, zo niet uitsluitend verband houdt met de doelstellingen van het strafrechtelijk sanctiestelsel en met het op terugdringen van criminaliteit (door illegale vreemdelingen) gerichte overheidsbeleid. De verstrekkendheid van deze verschuiving komt nadrukkelijk naar voren tegen de achtergrond van drie hieronder te behandelen

kenmerkende aspecten van die nieuw ingevoerde strafondbreking: Strafondbreking is geen recht, maar een mogelijkheid, de strafondbreking geldt slechts onder de voorwaarde dat de gedetineerde Nederland verlaat en niet meer naar Nederland terugkeert en deze voorwaarde geldt voor een in beginsel onbepaalde termijn.

4.2 Strafondbreking: Geen recht, wel een mogelijkheid

In tegenstelling tot de strafondbreking is de VI een recht dat aan gedetineerden toekomt. Ingevolge artikel 15d lid 1 Sr kan de VI op grond van bijzondere omstandigheden achterwege blijven of worden uitgesteld. Uit oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zijn zowel de voorwaarden die gelden als de bijzondere omstandigheden die in de weg kunnen staan aan de VI bij wet vastgesteld. Toepassing van strafondbreking is een discretionaire bevoegdheid van de minister. Op grond van de daadwerkelijke mogelijkheid tot het verlaten van Nederland kán de minister beslissen om die bevoegdheid toe te passen, maar ook dan kunnen bijzondere omstandigheden zich daartegen verzetten. Omstandigheden waaraan de minister in dat geval denkt, kunnen betrekking hebben op het belang van slachtoffers of

onderzoeksbelangen.^[30] Het verdient opmerking dat de mogelijkheid tot strafondbreking ook is voorzien voor gevangenisstraffen van één jaar of minder. Dat zou ten opzichte van de VI tot een gunstiger uitgangspositie leiden. Volgens het regime van artikel 15 lid 1 en 2 Sr zal deze laatste groep immers een gevangenisstraf tot maximaal één jaar in zijn geheel dienen uit te zitten. Daarvan is het echter maar de vraag of de mogelijkheid tot strafondbreking gelijk is te stellen aan het recht op VI.

Het is mogelijk dat het rechtskarakter van de VI reden is geweest om de positie van de illegale vreemdeling op dit punt niet in de VI-regeling te betrekken. Aangenomen kan worden dat het recht op VI de inspanningsverplichtingen van de minister, en in het bijzonder die van de DT&V, nadrukkelijk inkleurt. Immers, het enkel uit de inrichting verwijderen van deze vreemdelingen zou de Staat in de lastige positie brengen dat zij daarmee de vreemdeling het strafbaar feit van artikel 197 Sr laat begaan. Realisering van het recht op VI voor deze categorie van vreemdelingen behelst derhalve een forse inspanningsverplichting van de overheid zelf om het vertrek te realiseren. Dat kan, juist vanwege de samenhang met het vreemdelingenrecht en de diplomatieke context, zeer complexe en gevoelige situaties tot gevolg hebben en het is de vraag of het om die reden wel reëel is om een recht op VI te willen vestigen. Het kan bovendien zijn dat de minister er voor heeft gekozen om de vreemdelingrechtelijke en diplomatieke keten niet te willen laten doorbreken/beïnvloeden door het strafrechtelijk recht op VI. De vraag is wel in hoeverre de verschuiving (niet: verplaatsing) van verantwoordelijkheden ter zake van het realiseren van vertrek leidt tot een reële mogelijkheid voor illegale vreemdelingen om in aanmerking te komen voor strafondbreking. Ontbreekt dat, dan is er wellicht aanleiding voor de rechtspraak om zijn straftoemeting daarop aan te passen.^[31]

In het kader van de strafondbreking doet zich regelmatig de situatie voor dat de gedetineerde documenten dient te overleggen om zijn uitzetting te kunnen realiseren.^[32] Juist voor illegale vreemdelingen in detentie kan het problematisch zijn om de betreffende documenten te overleggen, hetgeen de mogelijkheid om in aanmerking te komen voor strafondbreking betrekkelijk illusoir kan maken. Zicht op de grote lijnen van deze praktijk in het kader van artikel 40a Rtv is er nog niet. Dat maakt het moeilijk om hierover een uitspraak te doen. Wel kan worden gesteld dat de verplaatsing van de mogelijkheid om vervroegd te worden vrijgelaten naar de regeling van de strafondbreking heeft gezorgd voor meer onduidelijkheid in de rechtspositie van deze gedetineerden. Omdat er voor hen geen recht meer bestaat op VI is, zonder meer duidelijkheid over de toepassing van deze bevoegdheid van de minister, sprake van een verslechtering van de rechtspositie van deze gedetineerden ten opzichte van rechtmatig in Nederland verblijvende gedetineerde burgers. Het feit dat voor deze categorie vreemdelingen vrijlating uit de inrichting óók mogelijk is vóór het uitzitten van tenminste een jaar van de opgelegde gevangenisstraf maakt dat mijns inziens niet anders. Dat hangt samen met de gestelde voorwaarde en de termijn waarvoor deze geldt.

4.3 De voorwaarde niet naar Nederland terug te keren

Het stellen van de voorwaarde niet naar Nederland terug te keren en de terugkeer enkel afhankelijk te maken van de daadwerkelijke mogelijkheid daartoe, vult een leemte die zou kunnen bestaan ten aanzien van diegenen die weliswaar niet rechtmatig in Nederland verblijven, maar ten aanzien van wie de

ongewenstverklaring niet is uitgesproken. In plaats van de mogelijkheid dat zij eigener beweging en in het kader van de VI werken aan een terugkeer, worden zij in de inrichting gehouden tot het moment dat zij ofwel in staat zijn te vetrekken en gebruik kunnen maken van strafondbreking, ofwel de opgelegde gevangenisstraf volledig is tenuitvoergelegd. De voorwaarde zelf is nieuw, immers werden 'in het licht van het vertrek dan wel de verwijdering uit Nederland van deze niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen (...) aan de voorwaardelijke invrijheidstelling geen bijzondere voorwaarden verbonden die verband (hielden) met de terugkeer in de Nederlandse samenleving.'^[33] De voorwaarde is bovendien zeer ingrijpend, hetgeen vragen doet rijzen over de grondslag en rechtvaardiging van de voorwaarde. In het kader van de VI-regeling overwoog de minister eerder als volgt:

“Het voldoen aan een vertrekplicht als bijzondere voorwaarde kan alleen aan de voorwaardelijke invrijheidstelling worden verbonden als er op grond van hoofdstuk 6 van de Vreemdelingenwet 2000 een verplichting bestaat om Nederland te verlaten. De bijzondere voorwaarde biedt geen zelfstandige grondslag voor het opleggen van een plicht om Nederland te verlaten. Het is niet aan het openbaar ministerie om een beslissing te nemen over het verblijfsrecht van een vreemdeling in Nederland in het strafrechtelijke kader van de voorwaardelijke invrijheidstelling. Die beslissing is immers op grond van de Vreemdelingenwet 2000 met de nodige rechtswaARBorgen exclusief voorbehouden aan de minister (staatssecretaris) van Justitie.”^[34]

In de regeling van de strafondbreking is de koppeling met een op grond van de Vreemdelingenwet bestaande vertrekplicht komen te vervallen. In plaats daarvan is er enkel een gedragsvoorwaarde overgebleven die inwerking treedt op het moment dat de gedetineerde vreemdeling Nederland verlaat. Wat precies de grondslag is van de gelding van deze voorwaarde is niet duidelijk, nu de Regeling noch de toelichting aangeven of instemming van de gedetineerde met deze voorwaarde noodzakelijk is. Indien het er voor moet worden gehouden dat instemming van de gedetineerde niet noodzakelijk is, dan lijkt het er op dat de minister, buiten de Vreemdelingenwet 2000 om, in een strafrechtelijk of penitentiairrechtelijk kader een uitspraak doet die nadrukkelijk verband houdt met het verblijfsrecht van een vreemdeling in Nederland. Is instemming van de gedetineerde wel een voorwaarde voor toepassing van deze vorm van strafondbreking, dan kan men bijvoorbeeld de vraag stellen of met deze consensuele voorwaarde het stelsel van rechtsbescherming van de Vreemdelingenwet 2000 wel kan worden gepasseerd.^[35]

De voorwaarde niet terug te keren naar Nederland leidt tot een zeer stevige inbreuk op de bewegingsvrijheid van de gedetineerde. Bovendien heeft de voorwaarde een sterk afschrikwekkende functie. Nu is het uitoefenen van controle op voorwaardelijk invrijheidgestelden natuurlijk een belangrijk functie van de VI-voorwaarden en dienen deze voorwaarden ook in veel gevallen tot preventie van strafbare feiten, maar de wijze waarop dat in deze constructie gebeurt roept toch wel een aantal vragen op. Zo is het verband tussen de voorwaarde en het voorkomen van criminaliteit wel wat troebel, nu daaraan een tussenstap is gekoppeld die de suggestie kan wekken dat het niet rechtmatig verblijf direct verband houdt met criminaliteit. Dat vraagt om een nadere motivering, nu de noodzaak hiervan niet aanstonds blijkt. Van een gedragsvoorwaarde in het kader van de VI, die zo'n grote inbreuk maakt op de bewegingsvrijheid van een persoon, mag worden verwacht dat deze een direct verband houdt met het gepleegde delict en eventuele te voorkomen strafbare feiten. Dit alles roept, in samenhang met de hieronder te bespreken onbepaaldheid van de geldingsduur van de voorwaarde, weer vragen op over het rechtskarakter van de strafondbreking.

4.4 De toelaatbaarheid van strafondbreking voor onbepaalde tijd in het licht van de voorwaarde niet terug te keren naar Nederland

Waar de VI en de strafondbreking aanzienlijk in verschillen, is de termijn waarover de betreffende voorwaarde zich uitstrekt. Ingevolge artikel 15c lid 2 en 3 Sr gelden de algemene voorwaarden uiterlijk tot het eind van de periode waarover de voorwaardelijke invrijheidstelling is verleend, met een minimumduur van een jaar. De bijzondere voorwaarden gelden ten hoogste tot het eind van de periode waarover voorwaardelijke invrijheidstelling is verleend. De voorwaarde voor strafondbreking bij illegale vreemdelingen geldt voor onbepaalde tijd. Dat betekent, afhankelijk van de vraag in welke hoedanigheid het land opnieuw moet worden betreden om in overtreding te zijn van de voorwaarde, dat de bewegingsvrijheid van de gedetineerde voor onbepaalde tijd in grote mate wordt beperkt. In welke mate die vrijheid wordt beperkt, wat bijvoorbeeld de

gevolgen zijn van het binnentreden van andere landen van de Europese Unie, is niet duidelijk. De onbepaaldheid van de geldingsduur roept bovendien vragen op tegen de achtergrond van de wettelijke regeling van de proeftijd in het kader van de VI. Hoewel recente ontwikkelingen in het kader van de voorwaardelijke veroordeling hebben geleid tot ruimere proeftijden, wijst de wettelijke maximering er op dat in de vaststelling van de lengte (of van de verlenging) van de proeftijd een proportionaliteitsoordeel ligt besloten.^[36] In de regel wordt daarbij als maatstaf gekozen de termijn waarvoor VI is verleend. Artikel 15c geeft in dat verband enkele buitengrenzen aan voor die proeftijd: In geval van de algemene voorwaarde geldt een proeftijd die gelijk is aan de periode van de VI en is ten hoogste één jaar. Ten aanzien van bijzondere voorwaarden geldt dat de proeftijd ten hoogste gelijk is aan de periode waarover VI wordt verleend. Het komt mij voor dat dit niet anders hoeft te zijn bij de geldingsduur van de voorwaarde voor strafonderebreking, ook al vindt deze zijn wettelijke grondslag buiten het Wetboek van Strafrecht. In de totstandkoming van de Regeling wordt daarover geen opmerking gemaakt.

Aangenomen zou kunnen worden dat de grenzen van de geldigheidsduur van de voorwaardelijke strafonderebreking in deze vorm worden bepaald door de grenzen die gelden ten aanzien van de verjaring van het recht op tenuitvoerlegging (uitvoering). Artikel 70 Sr *juncto* artikel 76 Sr stellen in dat verband een van de ernst van het delict afhankelijke grens, die een derde langer is dan de termijn van verjaring van het recht op strafvordering en in geen geval korter is dan de duur van de opgelegde straf. Artikel 76a lid 3 Sr bepaalt evenwel dat de termijn van verjaring niet loopt 'gedurende de bij wet bevolen schorsing van de tenuitvoerlegging'. Strafonderebreking, zo werd hierboven vastgesteld, geldt als een schorsing van de tenuitvoerlegging, hetgeen tot gevolg heeft dat de verjaringstermijn niet loopt gedurende de periode waarin de tenuitvoerlegging van de straf is onderbroken. Zo bezien stelt de wet geen einde aan het recht op tenuitvoerlegging van het restant van de straf bij deze vorm van strafonderebreking en is de daaraan gekoppelde voorwaarde naar huidig recht onverkort en voor onbepaalde termijn geldig. Het is zeer de vraag of de minister deze uitzondering op de regeling van de verjaring heeft willen bewerkstelligen en het verdient aanbeveling dit, bij handhaving van deze modaliteit, alsnog bij wet nader te regelen.

De thans bestaande onbepaaldheid van de geldingsduur van de voorwaarde bij de strafonderebreking verhoudt zich mijns inziens zeer moeizaam met de ingrijpendheid van de voorwaarde niet terug te keren naar Nederland, zeker indien er zoveel onduidelijk is over de aard, de inhoud en de rechtsgevolgen van deze voorwaarde.

Het voorgaande vindt bevestiging in de Aanbeveling van de Raad van Europa uit 2003 met betrekking tot *conditional release*. Gelet op de in de Aanbeveling gehanteerde definitie van *conditional release*, valt te beargumenteren dat de Aanbeveling van toepassing is op deze vorm van strafonderebreking: 'Conditional release means the early release of sentenced prisoners under individualised post-release conditions'.^[37] Omtrent de termijn waarbinnen de voorwaarde geldt, stelt de Aanbeveling het volgende: 'Conditions or supervision measures should be imposed for a period of time that is not out of proportion to the part of the prison sentence that has not been served'.^[38] Ook specifiek met betrekking tot de onbepaaldheid van de termijn waarbinnen voorwaarden gelden, is een aanvullende argumentatie gewenst: 'Conditions and supervision measures of indeterminate duration should only be applied when this is absolutely necessary for the protection of society and in accordance with the safeguards laid down in Rule 5 of the European rules on community sanctions and measures as revised in Recommendation Rec(2000)22'.^[39]

Ook de relatie tussen het gepleegde delict en de grondslag voor de hervatting van de detentie wordt, naarmate de tijd verstrijkt, lossier, hetgeen in het kader van de VI juist een belangrijke grondslag voor de proeftijd kan zijn.

4.5 Tussenconclusie

Gelet op het voorgaande betekent de regeling voor strafonderebreking per 1 april 2012 een verslechtering van de rechtspositie van de niet-rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen in de tenuitvoerlegging van de hen opgelegde gevangenisstraf. Het recht om vervroegd te worden vrijgelaten is verschoven naar een mogelijkheid, ter beoordeling aan de minister. De toepassing van strafonderebreking als grondslag voor deze vorm van vervroegde vrijlating betekent voorts een doorbreking van de subsidiaire functie van de strafonderebreking ten opzichte van de (andere) verlofmodaliteiten. De strafonderebreking voor illegale vreemdelingen is een zelfstandige, op een specifieke groep personen gerichte modaliteit voor het verlaten van

de inrichting. De doelstelling van deze modaliteit is het voorkomen van criminaliteit door veroordeelde illegale vreemdelingen ook in de toekomst uit Nederland te weren. Voorts kan worden vastgesteld dat niet alleen de aard van de voorwaarde voor strafondbreking, maar ook de termijn waarvoor deze geldt een noviteit vormt in het penitentiaire recht, ook en vooral tegen de achtergrond van vergelijkbare stafrechtelijke modaliteiten. De voorwaarde zelf is zeer ingrijpend en heeft zowel een sterk afschrikwekkende als een speciaal-preventieve functie. De mate waarin de voorwaarde ingrijpt in de persoonlijke levenssfeer en de bewegingsvrijheid van de veroordeelde wordt bovendien sterk bepaald door de onbepaalde duur waarvoor zij geldt. Die onbepaaldheid is, gelet op de wettelijke maximering van de proeftijden in het kader van de voorwaardelijke veroordeling en de VI, opmerkelijk. Tegen de achtergrond van de hierboven genoemde Aanbeveling van de Raad van Europa valt op dat door de minister geen specifiek inzicht is verleend in de noodzaak van een voor onbepaalde tijd geldende voorwaarde voor strafondbreking.

Het lijkt voorts, gelet op de mogelijke rechtsgevolgen van deze vorm van strafondbreking, geen overbodige luxe de procedurele waarborgen rondom de toepassing ervan onder de aandacht te brengen. Het is vooralsnog niet duidelijk of illegale vreemdelingen, wanneer met hen de mogelijkheid tot strafondbreking wordt besproken, voldoende informatie krijgen over de status van deze vorm van strafondbreking en over de mogelijke rechtsgevolgen ervan. Het is ook onduidelijk of en in hoeverre inrichtingen deze gedetineerden, voorafgaand aan een eventuele beslissing hieromtrent, in de gelegenheid stellen om daarover individueel overleg te voeren met hun raadsman.^[40]

5 Kan toepassing van strafondbreking in strijd zijn met het verbod van terugwerkende kracht?

De Wet voorwaardelijke veroordeling en voorwaardelijke invrijheidsstelling heeft, vanwege het feit dat de wet geen overgangsrecht bevat, binnen de strafrechtspraktijk tot onduidelijkheid geleid over de vraag of de toepassing van onderdelen van deze wet op strafbare feiten begaan vóór inwerkingtreding ervan strijd oplevert met het verbod van terugwerkende kracht zoals vervat in artikel 7 EVRM en artikel 1 Sr.^[41] Deze vraag speelt evenzeer naar aanleiding van het bij deze wet schrappen van de mogelijkheid tot VI en de gelijktijdige inwerkingtreding van artikel 40a Rtv. Een voorbeeld hiervan zien wij terug in een ongepubliceerde uitspraak van de voorzieningenrechter te Den Haag van 23 mei 2012.^[42] In deze zaak zou een gedetineerde op 10 mei 2012 in vrijheid zijn gesteld, indien de vóór 1 april 2012 geldende regeling zou zijn toegepast. Op dat moment had zij tweederde gedeelte van haar straf ondergaan. Door het toepassen van de nieuwe regeling zou met terugwerkende kracht een zwaardere straf aan eiseres zijn opgelegd, hetgeen, zo werd betoogd, in strijd zou komen met artikel 1 Sr en de artikelen 7 en 5 EVRM. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter viel de wetwijziging buiten het bereik van artikel 7 EVRM en artikel 1 Sr nu, kortgezegd, eiseres reeds onherroepelijk door de rechter was veroordeeld, terwijl artikel 7 EVRM en artikel 1 Sr betrekking hebben op de fase van berechting en de regels die daarbij moeten worden toegepast. Deze visie komt overeen met de heersende visie op de doorwerking van artikel 7 EVRM. Na *Kokkinakis t. Griekenland* heeft het Hof in *Welch t. Verenigd Koninkrijk* en *Jamil t. Frankrijk* meer invulling gegeven aan het verbod van terugwerkende kracht.^[43] Sinds 2009 maakt dus ook de *lex mitior*-regel impliciet deel uit van artikel 7 EVRM. Uit *Scoppola t. Italië* volgt dat de meest gunstige bepaling dient te worden toegepast die, bij verandering van wetgeving, gold in de periode tussen het plegen van het feit en de berechting.^[44] De consequenties van deze uitspraak voor het Nederlandse strafrecht, dat met artikel 1 lid 2 Sr reeds voorziet in het voorschrift dat bij verandering van wetgeving de voor de verdachte gunstigste bepalingen moeten worden toegepast, werden uitgewerkt in HR 12 juli 2011, *NJ* 2012, 78 m.nt. Keijzer. Voor verandering van regels van sanctierecht in Nederland geldt dat een sedert het plegen van het delict opgetreden verandering door de rechter met onmiddellijke ingang – en dus zonder toetsing aan de maatstaf van het gewijzigd inzicht van de strafwetgever omtrent de strafwaardigheid van de vóór de wetwijziging begane strafbare feiten – moet worden toegepast, indien en voor zover die verandering in de voorliggende zaak ten gunste van de verdachte werkt. *In casu* is een verandering aan de orde in de regeling van de tenuitvoerlegging van een door de rechter opgelegde strafrechtelijke sanctie. Naar algemeen wordt aanvaard, heeft artikel 1 Sr in beginsel geen betrekking op de fase van de executie van de straf.^[45] Aan deze lijn lijkt de Hoge Raad vooralsnog vast te houden, zo bleek uit zijn arrest van 25 september 2012 inzake de retroactieve toepassing van artikel 14fa Sr.^[46] Ook artikel 7 EVRM heeft in beginsel geen betrekking op de executiefase.^[47] Cromheecke en Dhont wijzen er evenwel op dat het

EHRM artikel 7 § 1 EVRM pas vanaf 1993 'diepgaand heeft onderzocht' en dat de oudere jurisprudentie om die reden met grote terughoudendheid dient te worden benaderd.^[48] In die lijn past dat de autonome interpretatie door het EHRM van het begrip *penalty* in de zin van artikel 7 er niet aan in de weg hoeft te staan uit dat onderdelen van de tenuitvoerlegging onder de werking van die bepaling kunnen vallen. Ook in de rechtspraak van het EHRM wordt aanvaard dat het onderscheid tussen strafoplegging en tenuitvoerlegging niet altijd helder is. Uit EHRM 12 februari 2008, *NJ* 2009, 90 (*Kafkaris t. Cyprus*) blijkt bijvoorbeeld dat:

"The concept of 'penalty' in Article 7 is, like the notions of 'civil right and obligations' and 'criminal charge' in Article 6 § 1 of the Convention, autonomous in scope. To render the protection afforded by Article 7 effective the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a 'penalty' within the meaning of this provision. The wording of Article 7 paragraph 1, second sentence, indicates that the starting-point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question is imposed following conviction for a 'criminal offence'. Other factors that may be taken into account as relevant in this connection are the nature and purpose of the measure in question; its characterisation under national law; the procedures involved in the making and implementation of the measure; and its severity. To this end, both the Commission and the Court in their case-law have drawn a distinction between a measure that constitutes in substance a 'penalty' and a measure that concerns the 'execution' or 'enforcement' of the 'penalty'. In consequence, where the nature and purpose of a measure relates to the remission of a sentence or a change in a regime for early release, this does not form part of the 'penalty' within the meaning of Article 7. However, in practice, the distinction between the two may not always be clear-cut."^[49]

Wanneer we bovengenoemde aspecten in ogenschouw nemen en kijken naar de weinige voorbeelden die kunnen worden betrokken in een vergelijking met onderhavig onderwerp, dan blijkt dat het enkele feit dat er sprake is van een maatregel in het kader van de tenuitvoerlegging van de straf niet altijd een beletsel hoeft te zijn om onder de werkingssfeer van artikel 7 EVRM te kunnen worden geplaatst. De aard en doelstelling van de (wijziging van de) betreffende regeling staan daarbij voorop. Gelet op *Kafkaris t. Cyprus* dient die wijziging nadrukkelijk wel van enige substantie te zijn. De vraag die in het kader van een beoordeling van de comptabiliteit van retroactieve toepassing van de regeling van de strafonderbreking met artikel 7 EVRM dient te worden beantwoord is, of de met ingang van 1 april 2012 ingevoerde regeling van de strafonderbreking ex artikel 40a Rvti heeft te gelden als een zelfstandige *penalty* in de zin van artikel 7 EVRM en of er, met toepassing van de regeling van de strafonderbreking, sprake is van de toepassing van een zwaardere straf dan het geldend recht ten tijde van het plegen van het feit toestond.^[50]

Vooropgesteld moet worden dat de discussie over de strafonderbreking in de kern betrekking heeft op regels met betrekking tot de tenuitvoerlegging van straffen. Daarop wees ook reeds de hierboven aangehaalde voorzieningenrechter. Hierboven is beargumenteerd aangegeven waarom de regeling van de strafonderbreking een verslechtering oplevert in de rechtspositie van strafrechtelijk gedetineerde illegale vreemdelingen. Een enkele verslechtering in de rechtspositie van gedetineerden door veranderingen in regelgeving over de tenuitvoerlegging levert naar vaste rechtspraak van het EHRM evenwel nog geen *penalty* op in de zin van artikel 7 EVRM. Aspecten die in dat verband kunnen worden meegewogen, betreffen 'whether the measure in question is imposed following conviction for a "criminal offence". (...) the nature and purpose of the measure in question; its characterisation under national law; the procedures involved in the making and implementation of the measure; and its severity.' Het komt mij voor dat, gelet op het legaliteitsvereiste, ook de voorzienbaarheid van de veranderde regelgeving in dit oordeel kan worden betrokken, maar dit aspect lijkt in de rechtspraak van het EHRM op dit onderdeel weinig te worden benadrukt.^[51]

In *Jamil t. Frankrijk* was een door een strafrechter, in het kader van de strafrechtelijke bestrijding van drugs en drugscriminaliteit, toegepaste vervangende hechtenis een *penalty*, mede gelet op de genoemde doelstelling, het resultaat (vrijheidsberoving), het toepasselijke detentieregime en de afschrikwekkende werking van de vervangende hechtenis.

De Hoge Raad heeft, met toepassing van voormelde gezichtspunten, in HR 20 december 2011, *NJ* 2012 aanvaard dat een verandering in regelgeving over vervangende hechtenis bij ontnemingszaken (een dwangmiddel in het kader van de tenuitvoerlegging van de opgelegde ontnemingsmaatregel dat overging in de modaliteit lijfswang) kon gelden als een *penalty* in de zin van artikel 7 EVRM.^[52] De Hoge Raad verwees ter onderbouwing van het

oordeel dat de lijfswang voor bestaande gevallen in duur moest worden beperkt in het bijzonder naar de classificatie van de maatregel zelf, de plaats van de maatregel in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en de positie van de rechter bij de toepassing van de maatregel. Het feit dat de lijfswang pas in de executiefase aan de orde kan komen, noch de niet primair afschrikwekkende functie stonden aan dat oordeel van de Hoge Raad in de weg.^[53] Eenzelfde ruimte lijkt te Hoge Raad zich te willen voorbehouden in zijn hierboven aangehaalde arrest inzake de retroactieve toepassing van artikel 14fa Sr. Daarin heeft de Hoge Raad bepaald dat de invoering van deze regeling niet worden aangemerkt als een wijziging van wetgeving ten aanzien van de strafbaarstelling of de strafbedreiging. De Hoge Raad heeft daarbij echter ook gekeken naar de aard en de maximale duur van de mogelijk ten uitvoer te leggen straf. *Tegen deze achtergrond* kon volgens de Hoge Raad niet worden gezegd dat een onmiddellijke toepassing van deze bepaling in strijd is met het legaliteitsbeginsel dat is vervat in artikel 1 Sr en artikel 7 EVRM.^[54]

In onderhavige casus is sprake van toepassing van een maatregel (*measure*) die het gevolg is van een strafrechtelijke veroordeling. In tegenstelling tot bijvoorbeeld de zaken *Jamil t. Frankrijk* en HR 20 december 2011, NJ 2012, 237 is bij strafondbreking geen sprake van een rechter die in het kader van de tenuitvoerlegging een beslissing neemt over het al dan toepassen van de betreffende maatregel. De beslissing tot strafondbreking is voorbehouden aan de minister, terwijl het openbaar ministerie beslist over het achterwege blijven van de VI.

Herroeping van de VI geschiedt, op vordering van het openbaar ministerie, wel door de rechtbank.^[55] Dat is anders bij de intrekking van de strafondbreking, die is voorbehouden aan de minister.^[56] Het voorgaande in ogenschouw nemende, kunnen er evenwel redenen zijn om de verandering van regelgeving in de verhouding tussen VI en strafondbreking binnen het bereik van artikel 7 § 1 EVRM te brengen.

De betreffende vreemdeling is het wettelijk recht op voorwaardelijke invrijheidstelling ontnomen. In de plaats daarvan is er een *mogelijkheid* tot strafondbreking gecreëerd. De bevoegdheid tot toepassing van strafondbreking is geregeld in het Wetboek van Strafvordering. Aan die strafondbreking is een zeer ingrijpende en voor het straf- en penitentiaire recht nieuwe voorwaarde verbonden, te weten de voorwaarde dat de gedetineerde Nederland dient te verlaten en dat deze niet meer terugkeert naar Nederland. Deze voorwaarde heeft een zwaardere inbreuk op de bewegingsvrijheid van de veroordeelde tot gevolg dan op grond van de daarvoor geldende voorwaarden mogelijk was of kon worden voorzien. Deze voorwaarde wordt primair gesteld ter uitvoering van het voornemen criminaliteit door illegale vreemdelingen te voorkomen en af te schrikken en niet primair ter uitvoering van een doelstelling van het penitentiair recht. Deze voorwaarde heeft bovendien een in beginsel onbepaalde geldingsduur, waardoor deze voorwaarde ook op dit punt een zwaardere inbreuk op de bewegingsvrijheid van de veroordeelde tot gevolg heeft dan ten tijde van het plegen van het feit mogelijk was of kon worden voorzien. Op grond van deze, met elkaar samenhangende, karakteristieken van de regeling van de strafondbreking voor illegale vreemdelingen meen ik dat, ten opzichte van de voordien geldende regeling, sprake kan zijn van een *penalty* in de zin van artikel 7 EVRM en dat in geval van een retroactieve toepassing van deze regeling kan worden beargumenteerd dat de veroordeelde zwaarder wordt gestraft dan het geldend recht ten tijde van het plegen van het feit toestond. De consequentie daarvan zou zijn dat strafrechtelijk gedetineerde illegale vreemdelingen, in geval van veroordeling tot een vrijheidsstraf voor feiten begaan voor 1 april 2012, ook na die datum in aanmerking zou moeten kunnen komen voor voorwaardelijke invrijheidstelling.

6Is er sprake van rechtsongelijkheid in de straftoemeting tussen Nederlanders, rechtmatig en onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen?

Als gevolg van de uitsluiting van illegale vreemdelingen voor de VI doet de vraag zich voor of en zo ja, in hoeverre ongerechtvaardigde verschillen (zullen) ontstaan in de straftoemeting tussen rechtmatig en niet-rechtmatig in Nederland verblijvende personen. Indien dat het geval zou zijn, zou dat reden zijn om het rechterlijk straftoemetingsbeleid aan te passen, zo wordt in de praktijk wel betoogd.

Het is in dat verband weliswaar niet uitgesloten dat een veroordeelde aanspraak kan maken op toepassing van een dergelijke regeling onder vooraf bepaalde en kenbaar gemaakte omstandigheden, maar zeker is dat niet bij een regeling die er in principe op ziet om ruimte te geven aan bijzondere omstandigheden. Voor zover dat juist in dit soort gevallen minder speelt, komt daar bij dat toepassing van strafondbreking grotendeels afhankelijk zal zijn van de mogelijkheden tot terugkeer en, daarmee verbonden, de inzet van de Dienst Terugkeer en Vertrek. Om deze reden is er dan ook sprake van een nadeliger uitgangspositie van illegale, veroordeelde vreemdelingen ten opzichte van personen met de Nederlandse nationaliteit en andere burgers die rechtmatig in

Nederland verblijven. Zij maken meer kans hun straf volledig uit te zitten dan Nederlandse staatsburgers en rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen. De vraag is wel of er daarmee sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid in de straftoemeting tussen Nederlanders en rechtmatig en onrechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen. Of en zo ja in hoeverre de rechter opnieuw zou moeten gaan rekenen bij de straftoemeting,^[57] is een vraag die ten nauwste samenhangt met het beleid dat de minister zal hanteren ten aanzien van de strafonderebreking. Zicht daarop ontbreekt vooralsnog.

Toepassing van een uniform straftoemetingsbeleid in gevallen waarvan kan worden aangenomen dat de feitelijke tijd doorgebracht in de gevangenis zal (kunnen) verschillen, levert bovendien nog geen ongerechtvaardigd onderscheid in straftoemeting op. De straf dient, ook in deze gevallen, meerdere doelstellingen tegelijkertijd. Dat zou anders kunnen zijn wanneer de tenuitvoerlegging van de door de rechter opgelegde gevangenisstraf op geen enkele wijze meer recht zou doen aan het rechterlijk vonnis of wanneer de (voortdurende) detentie zou leiden tot een disproportionele straf. Dat is ten aanzien van Nederlandse staatsburgers en andere rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen niet aan de orde.

In de rechtspraak wordt ook wel betoogd dat toepassing van de regeling voor strafonderebreking voor tot een gevangenisstraf van maximaal drie jaar veroordeelde niet-rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen, die er op ziet dat deze groep personen kan vrijkomen na uitzitten van de helft van de hen opgelegde gevangenisstraf, een ongerechtvaardigd onderscheid oplevert met de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf bij rechtmatig in Nederland verblijvende burgers, welke plaatsvindt onder het regime van artikel 15 lid 1 en 2 Sr. De tenuitvoerlegging van de gevangenisstraffen bij deze laatste groep zou dan *de facto* langer duren dan in geval van de niet-rechtmatig in Nederland verblijvende personen en hen (de rechtmatig in Nederland verblijvende burgers) aldus in een nadeliger positie plaatsen.^[58] Dat zou, zo wordt betoogd, een reden zijn om de rechtmatig in Nederland verblijvende burgers lagere straffen op te leggen dan op grond van de staande straftoemetingspraktijk zou kunnen worden verwacht. Het komt mij voor dat de wettelijke regeling van de VI vooraf meer waarborgen en rechtszekerheid bieden dan de op bijzondere omstandigheden toegesneden regeling van de strafonderebreking – dat verschil in vormgeving kan ook worden verklaard vanuit de onderscheiden doelstellingen. Om die reden kan reeds worden betoogd dat er van een nadeliger positie niet op voorhand sprake is. De rekenkundige verschillen in tenuitvoergelegde straffen bieden, zo komt mij voor, in algemene zin geen aanleiding daar anders over te denken. Dat neemt niet weg dat de minister zich kan hebben vergist waar het gaat om de invrijheidstelling van strafrechtelijke illegale veroordeelden met een straf van drie jaar of minder. Boven de drie jaar is de Regeling conform de bestaande VI-regeling (d.w.z. dat VI wordt verleend na het uitzitten van twee/derde van de straf). Onduidelijk is om welke redenen de minister er voor heeft gekozen een strafonderebreking mogelijk te maken na het uitzitten van de helft van de opgelegde gevangenisstraf in geval van een vrijheidsbeneming van minder dan drie jaar. Dat leidt er toe dat, terwijl rechtmatig in Nederland verblijvende personen een opgelegde vrijheidsstraf tot een jaar volledig moeten uitzitten, niet-rechtmatig in Nederland verblijvende personen ook in geval van gevangenisstraffen van een jaar of minder na het uitzitten van de helft daarvan in aanmerking kunnen komen voor strafonderebreking. Dat is echter geen automatisme, nu de strafonderebreking in deze gevallen is gekoppeld aan de daadwerkelijke mogelijkheid tot vertrek. Zonder zicht op de praktijk van de strafonderebreking in deze gevallen, is in deze gevallen het voordeel van de twijfel aan de kant van de tenuitvoerlegging.

7 Tot besluit

De regeling van strafonderebreking bij illegale vreemdelingen kan en moet op een aantal (technische) onderdelen worden verbeterd en verdient meer doordenking. Verwacht mag worden dat deze bezwaren bij de toekomstige regeling van de detentieonderebreking zullen zijn weggenomen. De regeling roept ook meer principiële vragen op. Hierboven is betoogd dat de retroactieve toepassing van regeling van de strafonderebreking voor illegale vreemdelingen prangende vragen oproept in het licht van artikel 7 EVRM. Dat is wat mij betreft ook een belangrijk signaal voor de (beperkte) mate waarin penitentiaire verlofregelingen kunnen worden benut ten behoeve van het opleggen van maatregelen en voorwaarden die sterk verband houden met sancties uit het strafrechtelijk sanctiestelsel. Voor een beoordeling van deze regeling in het licht van artikel 7 EVRM is echter niet veel rechtspraak waarop kon worden voortgebouwd, waardoor het voor alle betrokkenen een zoektocht blijft naar de meest toepasselijke maatstaven en de meest passende uitkomst.

Er is ook veel dat in het bestek van deze bijdrage niet aan de orde heeft kunnen komen. De positie van de illegale vreemdeling in het licht van artikel 2 en 8 EVRM is niet besproken. Een bespreking van de positie van de illegale

vreemdeling in deze regeling, in het bijzonder die van zogenaamde ‘derdelanders’, tegen de achtergrond van het Unierecht is in het bestek van deze bijdrage evenmin aan de orde gekomen. Dat zijn wel onderwerpen waarover de regeling vragen oproept. Het enkele feit dat deze regeling ook nog deze vragen oproept, stemt wel zorgelijk. Het is bepaald niet onredelijk ten aanzien van strafrechtelijk gedetineerde illegale vreemdelingen een minder intensief op terugkeer in de samenleving gericht beleid te voeren. Dat beleid verdient dan wel een ordentelijke regeling.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Citeerwijze: G.K. Schoep, ‘Strafonderebreking bij illegale vreemdelingen’, *DD* 2012, 83.
- [2] *Universitair hoofddocent straf(proces)recht Universiteit Leiden*.
- [3] Wet van 17 november 2011 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met wijzigingen van regeling van de voorwaardelijke veroordeling en de regeling van de voorwaardelijke invrijheidstelling, *Stb.* 2011, 545 (i.w.tr. op 1 april 2012).
- [4] Vergelijk onder (veel) meer: D.C. Laagland, J.P. van der Leun, P.P.J. van der Meij & A.S. Leerkes, ‘Het strafrecht als vicieus sluitstuk van het beleid ten aanzien van criminele vreemdelingen. Het sluimerende probleem van de niet-uitzetbare ongewenst verklaarde vreemdeling’, *DD* 2009, 50. De werkwijze die wordt gevolgd bij de aanpak van criminele vreemdelingen ligt besloten in het VRIS-procol (Vreemdelingen in de strafrechtsketen, zie <http://www.dienstterugkeerenvertrek.nl/Kennisbank/VRIS-protocol/>).
- [5] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 319, nr. 3, p. 14.
- [6] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 319, nr. 8, p. 8-9.
- [7] Artikel 38la Sr, ingevoerd bij Wet van 7 mei 2010, *Stb.* 2010, 190 (i.w.tr. op 1 juli 2010).
- [8] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 319, nr. 8, p. 9.
- [9] In 2002 adviseerde de Adviescommissie voor vreemdelingenzaken reeds om deze mogelijkheid als aparte grond voor strafonderebreking in de Regeling op te nemen, teneinde de overheid de mogelijkheid te geven een vreemdeling uit Nederland te kunnen uitzetten terwijl nog een gedeelte van de straf dient te worden geëxecuteerd. Ook de mogelijkheid om een vergelijkbare voorwaarde te verbinden aan een voorwaardelijke invrijheidstelling wordt in dit advies nadrukkelijk aanbevolen. Zie: Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, *Vreemdelingen in bewaring. Advies over vreemdelingenbewaring en verwijdering van ‘criminele’ illegalen*, Den Haag 2002, p. 53-54. In zijn reactie op dit advies toonde de minister zich niet negatief over de mogelijkheid om strafonderebreking in deze gevallen mogelijk te maken. Hoewel naar zijn oordeel de strekking van het advies zich niet goed zou verhouden tot het karakter en de doelstelling van de strafonderebreking, te weten dat er een intentie zou moeten bestaan dat de met de strafonderebreking geschorste tenuitvoerlegging van de straf op enig moment weer zal worden hervat, ziet de minister uit oogpunt van detentiecapaciteit interessante mogelijkheden bij de toepassing van strafonderebreking. Zie: *Kamerstukken II* 2002/03, 19 637, nr. 707, p. 7.
- [10] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 319, nr. 8, p. 9.
- [11] In verband met het opheffen van de samenloop van regelingen inzake het tijdelijk verlaten van de inrichting tijdens de voorlopige hechtenis en enige wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering in verband met de schorsing en de beëindiging van de voorlopige hechtenis van een ongewenst verklaarde vreemdeling uit te sluiten en een wijziging van het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot de beëindiging van de voorlopige hechtenis. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 882, nr. 1-5.
- [12] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 882, nr. 3, p. 17-18. De Raad van State heeft, nu de regeling ligt besloten in een algemene maatregel van bestuur en niet in het wetsontwerp, niet de gelegenheid gehad zich in zijn advies inzake de voorwaardelijke veroordeling en voorwaardelijke invrijheidstelling uit te laten over de regeling. Zie: *Kamerstukken II* 2010/11, 32 882, nr. 4. Dat geldt evenmin voor de overige adviserende instanties. In de adviezen van het Openbaar ministerie, de Raad voor de Strafrechtstoepassing, de Adviescie. Strafrecht van de Orde van Advocaten en de NVvR wordt dit onderwerp niet besproken, net zo min als in de bespreking van het wetsvoorstel door de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie in de Tweede Kamer. Bij de behandeling in de Eerste Kamer worden wel vragen gesteld over de beoogde regelgeving. Zie: *Kamerstukken I* 2010/11, 32 319, B, p. 3.

- [13] Regeling van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 29 maart 2012, nr. 5727942/12/DJI, houdende wijziging van de Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting, in verband met strafondbreking voor vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf in Nederland, *Stcrt.* 2012, nr. 7141. In de Toelichting op deze wijziging van de Regeling wordt een algemene maatregel van bestuur inzake detentieondbreking aangekondigd, waarin dit onderwerp zijn definitieve regeling zal vinden.
- [14] Te denken valt aan bijzondere omstandigheden in de familiesfeer, zoals een naderend sterfgeval, een begrafenis of een geboorte. Ook kan het tijdelijk verlaten van een inrichting onderdeel zijn een programma waarin wordt toegewerkt naar een al dan niet definitieve invrijheidstelling. Het penitentiaire recht biedt verschillende wegen waarlangs (voorlopig) gedetineerden op tijdelijke basis de inrichting kunnen verlaten: Tijdens de voorlopige hechtenis kan zowel worden beslist tot schorsing van de voorlopige hechtenis ex artikel 80 Sv, als tot het verlenen van verlof in het kader van de Penitentiaire beginselenwet (Pbw). Aan deze samenloop en overlap van regelingen wordt beoogd een einde te maken met het hierboven reeds aan de orde gestelde wetsvoorstel tot Wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht, de Penitentiaire beginselenwet en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen in verband met het opheffen van de samenloop van regelingen inzake het tijdelijk verlaten van de inrichting tijdens de voorlopige hechtenis en enige wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering in verband met de schorsing en de beëindiging van de voorlopige hechtenis van een ongewenst verklaarde vreemdeling uit te sluiten en een wijziging van het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot de beëindiging van de voorlopige hechtenis. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 882, nr. 1-5.
- [15] Vergelijk Hoofdstuk 2 en 3 Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting.
- [16] Zie in dit verband ook S. Meijer, *Openbaar ministerie en tenuitvoerlegging* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 281.
- [17] Verpalen 2011 (T&C Sv), artikel 570b Sv, aant. 3f. Zie ook: M.J.M. Verpalen, 'Verlof en strafondbreking', *Sancties* 1998-6, p. 343-353.
- [18] Zie omtrent de strafondbreking ook nader C. Kelk, *Nederlands detentierecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 316.
- [19] Kamerstukken II 1994/95, 24 263, nr. 3, p. 97.
- [20] Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting, *Stcrt.* 1998, 247. Laatstelijk gewijzigd bij Regeling van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 29 maart 2012, nr. 5727942/12/DJI, houdende wijziging van de Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting, in verband met strafondbreking voor vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf in Nederland, *Stcrt.* 2012, nr. 7141.
- [21] Verpalen 2011 (T&C Sv), artikel 570b Sv, aant. 3f.
- [22] Verpalen 2011 (T&C Sv), artikel 570b Sv, aant. 3f.
- [23] M.J.M. Verpalen, 'Verlof en strafondbreking', *Sancties* 1998-6, p. 350.
- [24] Verpalen 2011 (T&C Sv), artikel 553 Sv, aant. 5a.
- [25] Vergelijk Dienst Justitiële Inrichtingen, *Masterplan Gevangeniswezen*, Den Haag 2009, p. 25; Verpalen 2011 (T&C Sv), artikel 570b Sv, aant. 2.
- [26] Regeling van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 29 maart 2012, nr. 5727942/12/DJI, houdende wijziging van de Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting, in verband met strafondbreking voor vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf in Nederland, *Stcrt.* 11 april 2012, nr. 7141, p. 2-3.
- [27] Regeling van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 29 maart 2012, nr. 5727942/12/DJI, houdende wijziging van de Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting, in verband met strafondbreking voor vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf in Nederland, *Stcrt.* 11 april 2012, nr. 7141, p. 2.
- [28] Regeling van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 29 maart 2012, nr. 5727942/12/DJI, houdende wijziging van de Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting, in verband met strafondbreking voor vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf in Nederland, *Stcrt.* 11 april 2012, nr. 7141, p. 2.
- [29] Vergelijk bijvoorbeeld Commissie Herziening vervoegde invrijheidstelling (Commissie Vegter), *Voorwaarden voor een veilige terugkeer*, Den Haag: ministerie van Justitie/Sdu 2002, p. 25; Commissie Vrijheidsbeperking (Commissie Otte), *Vrijheidsbeperking door voorwaarden. De voorwaardelijke veroordeling en haar samenhang met de taakstraf, de voorlopige hechtenis en de voorwaardelijke invrijheidstelling*, Den Haag: ministerie van Justitie/Sdu 2003, p. 115-116. Zie ook: Council of Europe, *Recommendation (2003)22 of the Committee of ministers to member states on conditional release (parole)*

en de appendix II.3: 'Conditional release should aim at assisting prisoners to make a transition from life in prison to a law-abiding life in the community through post-release conditions and supervision that promote this end and contribute to public safety and the reduction of crime in the community.'

- [30] Regeling van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 29 maart 2012, nr. 5727942/12/DJI, houdende wijziging van de Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting, in verband met strafondbreking voor vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf in Nederland, *Stcrt.* 11 april 2012, nr. 7141, p. 2.
- [31] Zie in dat verband paragraaf 6, waarin wordt ingegaan op de vraag in hoeverre er sprake kan zijn van een ongerechtvaardigd onderscheid in bestraffing tussen de verschillende verdachten.
- [32] Vgl. Beroepscommissie RSJ 25 juni 2012, nr. 12/1694/GV.
- [33] Kamerstukken II 2009/10, 32 319, nr. 3, p. 15.
- [34] Kamerstukken II 2009/10, 32 319, nr. 3, p. 15.
- [35] Een 'zacht' normatief kader voor de invulling van het vereiste van consensualiteit kan in dit geval bijvoorbeeld worden ontleend aan: Council of Europe, *Recommendation No. R (92) 16 of the Committee of ministers to member states on the European Rules on community sanctions and measures*, Chapter IV.
- [36] Vergelijk Commissie Vrijheidsbeperking (Commissie Otte), *Vrijheidsbeperking door voorwaarden. De voorwaardelijke veroordeling en haar samenhang met de taakstraf, de voorlopige hechtenis en de voorwaardelijke invrijheidstelling*, Den Haag: Ministerie van Justitie/Sdu 2003, p. 38.
- [37] Council of Europe, *Recommendation R (2003) concerning Conditional Release*, I.1.
- [38] Council of Europe 2003, II. 10.
- [39] Council of Europe 2003, II.11.
- [40] Council of Europe 2003, V.26: The decision-making authority should make sure that prisoners understand the imposed conditions, the help that can be given, the requirements of control and the possible consequences of failure to comply with the conditions. Zie de Aanbeveling voor overige procedurele voorwaarden.
- [41] Zie in dat verband bijvoorbeeld de discussie onder rechters-commissarissen over de voorlopige tenuitvoerlegging in de zin van artikel 14fa Sr, uitmondend in een vordering tot cassatie in het belang der wet van advocaat-generaal Knigge d.d. 21 augustus 2012, LJN BX5063.
- [42] Voorzieningenrechter Den Haag 23 mei 2012, zaaknr. 418862.
- [43] EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88 (*Kokkinakis t. Griekenland*); EHRM 9 februari 1995, nr. 17440/90 (*Welch t. Verenigd Koninkrijk*), NJ 1995, 606; EHRM 8 juni 1995, nr. 11/1994/458/539 (*Jamil t. Frankrijk*).
- [44] Zie nader: EHRM 17 september 2009, nr. 10249/03 (*Scoppola t. Italië*), EHRC 2009, 123 m.nt. Spronken en Peristeridou.
- [45] Vgl. Noyon, Langemeijer, Rimmelink, *Wetboek van strafrecht*, artikel 1, aant. 11.
- [46] HR 25 september 2012, LJN BX5063.
- [47] Vgl. ECHR 23 mei 1966, nr. 1760/63 (*X. t. Oostenrijk*), *Yearbook*, IX, 166-167.
- [48] M. Cromheecke & F. Dhont, 'Artikel 7. Geen straf zonder wet', in: J. Vande Lanotte en Y. Haeck (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar. Volume I*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 691.
- [49] EHRM 12 februari 2008, nr. 21906/04 (*Kafkaris t. Cyprus*), NJ 2009, 90, § 142. Verwijzingen naar andere rechtspraak zijn in verband met de overzichtelijkheid uit het citaat weggehaald.
- [50] Zie in deze zin ook de conclusie van advocaat-generaal Knigge voor HR 12 juli 2012, NJ 2012, 78 m.nt. Keijzer en zijn conclusie d.d. 21 augustus 2012 voor HR 25 september 2012, LJN BX5063.
- [51] Vgl. EHRM 7 februari 2012, appl.nr. 20134/05 (*Alimuçaj t. Albanië*), EHRC 2012, 102, m.nt. Schoep.
- [52] HR 20 december 2011, NJ 2012, 237 m.nt. Mevis.
- [53] HR 20 december 2011, NJ 2012, 237, r.o. 5.3.2 en 5.3.3.
- [54] HR 25 september 2012, LJN BX5063, r.o. 4.2.
- [55] Artikel 15i en artikel 15j Sr.
- [56] Artikel 39 jo 40a lid 5 Rtv.
- [57] P. Schuyt, 'De voorwaardelijke invrijheidstelling en de calculerende rechter', *Proces* 2010-2, p. 76-85.
- [58] Vgl. Rb. Haarlem 9 juli 2012, LJN BX4834; Rb. Haarlem 9 juli 2012, LJN BX4070. De auteur dezes maakte onderdeel uit van de combinatie die in deze zaken vonnis wees.