



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Dadelijke uitvoerbaarheid vrijheidsbeperkende maatregel en hoger beroep

Voorde, J.M. ten

### Citation

Voorde, J. M. ten. (2023). Dadelijke uitvoerbaarheid vrijheidsbeperkende maatregel en hoger beroep. *Nederlandse Jurisprudentie*, 2023(24), 4497-4499. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3634220>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3634220>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

NJ 2023/241

## Vrijheidsbeperkende maatregel ex art. 38v Sr in eerste aanleg en in hoger beroep. Dadelijke uitvoerbaarheid, maximale duur, vervangende hechtenis en aanbevelingen voor de appelrechtspraak.

HR 09-05-2023, ECLI:NL:HR:2023:637, m.nt. J.M. ten Voorde

Instantie	Hoge Raad (Strafkamer)
Datum	9 mei 2023
Magistraten	Mrs. V. van den Brink, A.L.J. van Strien, T. Kooijmans
Zaaknummer	21/04004
Conclusie	A-G mr. D.J.M.W. Paridaens
Noot	J.M. ten Voorde
JCDI	JCDI:ADS708950:1
Vakgebied(en)	Materieel strafrecht / Delicten Wetboek van Strafrecht Materieel strafrecht / Sancties Strafprocesrecht / Tenuitvoerlegging Jeugdstrafrecht (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2023:637, Uitspraak, Hoge Raad (Strafkamer), 09-05-2023 ECLI:NL:PHR:2023:297, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 14-03-2023 Beroepschrift, Hoge Raad, 27-09-2022
Wetgeving	Art. 38v, 38w, 285b lid 1 Sr; art. 6:6 Sv

### Essentie

Belagingszaak. In hoger beroep is opnieuw de vrijheidsbeperkende maatregel ex art. 38v Sr opgelegd, welke maatregel in eerste aanleg dadelijk uitvoerbaar werd verklaard. Maximale duur en vervangende hechtenis. Aanbevelingen voor de appelrechtspraak.

### Samenvatting

Geen rechtsregel staat eraan in de weg dat het hof in hoger beroep een (al dan niet dadelijk uitvoerbaar te verklaren) vrijheidsbeperkende maatregel oplegt, nadat de rechtbank in eerste aanleg ook al een vrijheidsbeperkende maatregel had opgelegd die dadelijk uitvoerbaar is verklaard. In dat geval moet - mede gelet op de wetsgeschiedenis - bij de berekening van de totale duur van de vrijheidsbeperkende maatregel, die o.g.v. art. 38v lid 3 Sr ten hoogste vijf jaar bedraagt, de periode worden meegerekend waarin de verdachte was onderworpen aan de in eerste aanleg opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel die dadelijk uitvoerbaar is verklaard. De termijn van de maatregel vangt aan op de dag van de einduitspraak in eerste aanleg. Bij de oplegging van de vrijheidsbeperkende maatregel bepaalt de rechter overeenkomstig art. 38w lid 2 Sr de duur van de vervangende hechtenis die ten hoogste ten uitvoer kan worden gelegd voor iedere keer dat niet aan de maatregel wordt voldaan. O.g.v. art. 38w lid 3 Sr geldt van rechtswege dat de totale duur van de ten uitvoer gelegde vervangende hechtenis ten hoogste zes maanden bedraagt (vgl. *RvdW 2021/705*). De termijn van zes

maanden omvat de periode waarin de verdachte vervangende hechtenis heeft ondergaan in verband met een in eerste aanleg opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel die dadelijk uitvoerbaar is verklaard. Daarbij geldt dat in de executiefase moet worden bepaald welk deel van die zes maanden vervangende hechtenis al ten uitvoer is gelegd en welk deel daarvan nog resteert.

Opmerking verdient nog dat het, hoewel geen rechtsregel de rechter daartoe verplicht, ter voorkoming van onduidelijkheden bij de tenuitvoerlegging de voorkeur heeft dat het hof - als het deze maatregel opnieuw oplegt - in het dictum van het arrest beveelt dat de tijd die de verdachte vóór de tenuitvoerlegging van het arrest onderworpen is geweest aan een dadelijk uitvoerbaar verklaarde vrijheidsbeperkende maatregel bij de uitvoering van de opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel in mindering zal worden gebracht. Een redelijke wetsuitleg brengt mee dat een door het hof gegeven bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid van de door het hof opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel van rechtswege in de plaats treedt van een door de rechtbank dadelijk uitvoerbaar verklaarde vrijheidsbeperkende maatregel. Het verdient in dat geval echter de voorkeur dat het hof het door de rechtbank gegeven bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid op grond van art. 6:6:6 Sv opheft ter voorkoming van onduidelijkheden bij de tenuitvoerlegging. Het hof heft het door de rechtbank gegeven bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid in ieder geval op als het niet tot oplegging van de vrijheidsbeperkende maatregel komt dan wel het niet de dadelijke uitvoerbaarheid beveelt van de door het hof opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel. Die beslissing heeft onmiddellijke werking (vgl. *RvdW 2022/897*). Wat hiervoor is overwogen, geldt ook voor het jeugdstrafrecht.

## Partij(en)

*Arrest* op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 16 september 2021, nummer 22-004544-18, in de strafzaak tegen [verdachte], hierna: de verdachte, adv.: mrs. R.J. Baumgardt en S. van den Akker, beiden te Rotterdam.

## Voorgaande uitspraak

### Cassatiemiddel:

Middel I, zie 2.1; (*red.*).

### Conclusie

### Conclusie A-G mr. D.J.M.W. Paridaens:

### Inleiding

1.

De verdachte is bij arrest van 16 september 2021 door het gerechtshof Den Haag in de zaak met parketnummer 09-827246-17 wegens “belaging, meermalen gepleegd” en in de zaak met parketnummer 09-765009-18 wegens “belaging” veroordeeld tot een taakstraf voor de duur van honderd uren, subsidiair 50 dagen hechtenis, met aftrek van voorarrest en een voorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van twee maanden met een proeftijd van twee jaren. Voorts heeft het hof aan de verdachte een vrijheidsbeperkende maatregel opgelegd, inhoudende een contactverbod met drie slachtoffers en een gebiedsverbod voor de duur van vijf jaren. Daarnaast heeft het hof beslist op de vordering van de benadeelde partij en aan de verdachte een schadevergoedingsmaatregel opgelegd, zoals nader in het arrest omschreven.

2.

Namens de verdachte hebben R.J. Baumgardt en S. van den Akker, beiden advocaat te Rotterdam, twee middelen van cassatie voorgesteld.

### Het eerste middel

3.

Het middel klaagt over de opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel als bedoeld in art. 38v Sr en valt in twee deelklachten uiteen. De eerste deelklacht richt zich tegen de motivering van de oplegging van deze maatregel. De tweede deelklacht houdt in dat de strafoplegging onjuist is, dan wel onvoldoende gemotiveerd, nu het hof de vrijheidsbeperkende maatregel heeft opgelegd voor de duur van vijf jaren met een maximum van zes maanden vervangende hechtenis, terwijl de door de rechtbank in eerste aanleg opgelegde (nagenoeg gelijklopende) vrijheidsbeperkende maatregel dadelijk uitvoerbaar was verklaard, zodat reeds drie jaren ten uitvoer waren gelegd ten tijde van het arrest van het hof. Daar komt volgens de stellers van het middel nog bij dat “de facto de totale duur van de door de rechtbank en het hof daarbij bepaalde duur van de vervangende hechtenis meer bedraagt dan de maximumduur van 6 maanden te weten 12 maanden”, zodat de strafoplegging ook om die reden onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd is.

4.

Het hof heeft ten aanzien van de opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel het volgende overwogen: “Het hof zal gelet op de ernst en de duur van het intimiderende gedrag van de verdachte en het feit dat de daaraan ten grondslag liggende problemen nog niet geheel lijken te zijn opgelost, ter beveiliging van de maatschappij en het voorkomen van strafbare feiten aan de verdachte een vrijheidsbeperkende maatregel als bedoeld in artikel 38v van het Wetboek van Strafrecht opleggen, te weten een contactverbod met [betrokkene 1], [betrokkene 2] en [betrokkene 3]. Dit houdt in het verbod om direct of indirect contact met hen op te nemen, op straffe van hechtenis voor de duur van twee weken bij elke overtreding van deze maatregel met een maximum van zes maanden.

Daarnaast zal het hof een gebiedsverbod opleggen, inhoudende dat de verdachte zich niet in een straal van 100 meter rondom de woning van [betrokkene 3] te [plaats] mag begeven. Het hof zal deze vrijheidsbeperkende maatregel opleggen voor de duur van 5 jaar, gelet op de intensiteit van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en de chronische aard van de problematiek die hieraan ten grondslag lijkt te liggen.

Het hof ziet voorts aanleiding om te beslissen dat deze maatregel dadelijk uitvoerbaar wordt verklaard, nu voldaan is aan het criterium van artikel 38v, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht. Uit de overgelegde brief van [betrokkene 4], behandelend psychotherapeute, d.d. 4 augustus 2021 blijkt dat ondanks de door de verdachte doorgemaakte positieve ontwikkelingen er nog steeds sprake is van klachten, die voortkomen uit (vroeg-)kinderlijke traumata. De verdachte is volgens de psychotherapeute een chronisch kwetsbare vrouw met een fragiele balans tussen draagkracht en draaglast. Voorts overweegt het hof dat de verdachte zich in een bepaalde periode schuldig heeft gemaakt aan ernstige belaging van drie slachtoffers.

Het hof is gelet op het voornoemde van oordeel dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte opnieuw een strafbaar feit zal plegen of zich belastend jegens genoemde slachtoffers zal gedragen. Op basis van hetgeen [betrokkene 4] heeft overwogen over de verdachte acht het hof het risico op recidive nochtans aanwezig. Het enkele feit dat de verdachte een behandeling heeft gevolgd, is voor het hof onvoldoende om te kunnen concluderen dat er thans geen vrees meer is dat de verdachte wederom een dergelijk feit zal plegen, nu [betrokkene 4] heeft aangegeven, dat ondanks de positieve ontwikkelingen er nog steeds sprake blijft van klachten, voortkomend uit (vroeg-)kinderlijke traumata. Verdachte is een chronisch kwetsbare vrouw met een fragiele balans tussen draagkracht en draaglast.”

5.

De oplegging van de vrijheidsbeperkende maatregel is geregeld in art. 38v en de daarbij te bepalen vervangende hechtenis in art. 38w Sr.

- Art. 38v Sr luidde ten tijde van de bewezenverklaarde feiten en voor zover hier van belang:

“1. Ter beveiliging van de maatschappij of ter voorkoming van strafbare feiten kan een maatregel strekkende tot beperking van de vrijheid worden opgelegd bij de rechterlijke uitspraak:

1°. waarbij iemand wegens een strafbaar feit wordt veroordeeld;

2°. waarbij overeenkomstig artikel 9a wordt bepaald dat geen straf zal worden opgelegd.

2. De maatregel kan inhouden dat de verdachte wordt bevolen:

a. zich niet op te houden in een bepaald gebied,

b. zich te onthouden van contact met een bepaalde persoon of bepaalde personen,

c. op bepaalde tijdstippen of gedurende een bepaalde periode op een bepaalde locatie aanwezig te zijn,

d. zich op bepaalde tijdstippen te melden bij de daartoe aangewezen opsporingsambtenaar.

3. De maatregel kan voor een periode van ten hoogste vijf jaren worden opgelegd.

4. De rechter kan bij zijn uitspraak, ambtshalve of op vordering van de officier van justitie, bevelen dat de maatregel dadelijk uitvoerbaar is indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte opnieuw een strafbaar feit pleegt of zich belastend gedraagt jegens een bepaalde persoon of bepaalde personen.

[...]”

- Art. 38w Sr luidt:

“1. In het vonnis waarbij de maatregel als bedoeld in artikel 38v wordt opgelegd, beveelt de rechter dat vervangende hechtenis zal worden toegepast voor het geval niet aan de maatregel wordt voldaan.

2. De rechter bepaalt in het vonnis de duur van de vervangende hechtenis die ten hoogste ten uitvoer wordt gelegd voor iedere keer dat niet aan de maatregel wordt voldaan. De duur van deze vervangende hechtenis wordt in gehele dagen, weken of maanden vastgesteld en bedraagt ten minste drie dagen.

3. De totale duur van de tenuitvoergelegde vervangende hechtenis bedraagt ten hoogste zes maanden.

4. Toepassing van de vervangende hechtenis heft de verplichtingen ingevolge de maatregel, bedoeld in artikel 38v, tweede lid, niet op.”

#### **De eerste deelklacht**

6.

De eerste deelklacht houdt in dat het hof de oplegging van de vrijheidsbeperkende maatregel - in het licht van hetgeen de verdediging in hoger beroep heeft aangevoerd en gelet op de omstandigheid dat de feiten zijn gepleegd jaren voordat het hof de maatregel oplegde - ontoereikend heeft gemotiveerd. Het betoog van de raadsman in hoger beroep waarop de stellers van het middel doelen, houdt - kort gezegd - in dat de verdachte in 2017 een langdurig behandelingstraject is ingegaan, dat de verdachte sindsdien goede resultaten heeft geboekt en dat zij ook niet meer in aanraking is geweest met politie en/of justitie ter zake van soortgelijke feiten.

7.

De vrijheidsbeperkende maatregel als bedoeld in art. 38v lid 1 Sr kan worden opgelegd ter beveiliging van de

maatschappij of ter voorkoming van het - opnieuw - begaan van strafbare feiten.<sup>[1.]</sup> Dat brengt volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat leidde tot invoering van dat artikel mee dat de rechter de maatregel alleen kan opleggen “indien hij oordeelt dat er rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte opnieuw een strafbaar feit zal plegen dan wel zich belastend naar personen toe zal gedragen.”<sup>[2.]</sup> Gelet daarop dient de rechter de oplegging van deze vrijheidsbeperkende maatregel te motiveren.<sup>[3.]</sup>

8.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat geen al te hoge eisen worden gesteld aan de motivering van de oplegging van een vrijheidsbeperkende maatregel. In HR 6 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2916 vond de Hoge Raad het bijvoorbeeld voldoende dat uit de overweging van het hof bleek dat de maatregel was opgelegd “ter voorkoming van strafbare feiten” en dat daarbij acht was geslagen “op een eerdere veroordeling van de verdachte ter zake van openlijke geweldpleging”.<sup>[4.]</sup> Wel geldt dat de motivering er blijk van moet geven dat de maatregel is opgelegd ter beveiliging van de maatschappij of ter voorkoming van strafbare feiten. Dat volgt bijvoorbeeld uit HR 27 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1680.<sup>[5.]</sup> Daarin had het hof vastgesteld dat de verdachte na het bewezenverklaarde feit weliswaar geen contact meer met het slachtoffer had gezocht, maar dat het “voor het gevoel van veiligheid van het slachtoffer” toch wenselijk was de maatregel op te leggen. Dat achtte de Hoge Raad geen toereikende motivering, waarbij expliciet werd overwogen dat de maatregel kan worden opgelegd “ter beveiliging van de maatschappij of ter voorkoming van het - opnieuw - begaan van strafbare feiten.”

9.

In de onderhavige zaak heeft het hof blijkens zijn motivering acht geslagen op de ernst en de duur van het intimiderende gedrag van de verdachte en op het feit dat de daaraan ten grondslag liggende problemen nog niet geheel lijken te zijn opgelost. Het hof overweegt vervolgens dat het “ter beveiliging van de maatschappij en het voorkomen van strafbare feiten” een vrijheidsbeperkende maatregel op zal leggen. Uit de overwegingen blijkt dat het hof acht heeft geslagen op het door de verdediging benadrukte behandelingstraject van de verdachte, maar dat het daarin onvoldoende aanleiding ziet om te concluderen dat er geen vrees meer is dat de verdachte wederom een soortgelijk feit zal plegen. Het hof overweegt omtrent de dadelijke uitvoerbaarheid in dat verband dat uit de overlegde brief van de behandelend psychotherapeute blijkt dat de verdachte weliswaar positieve ontwikkelingen heeft doorgemaakt, maar dat er “nog steeds sprake is van klachten, die voortkomen uit (vroeg-)kinderlijke traumata.” De verdachte is volgens de psychotherapeute een chronisch kwetsbare vrouw met een fragiele balans tussen draagkracht en draaglast. Op basis hiervan is het hof van oordeel dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte opnieuw een strafbaar feit zal plegen of zich belastend jegens genoemde slachtoffers zal gedragen.

10.

Gelet op hetgeen onder randnummer 8 is overwogen, heeft het hof hiermee de oplegging van de vrijheidsbeperkende maatregel toereikend gemotiveerd.

11.

De eerste deelklacht faalt.

### **De tweede deelklacht**

12.

De tweede deelklacht houdt in dat de oplegging van de vrijheidsbeperkende maatregel door het hof onjuist is, althans onvoldoende met redenen omkleed. Door de stellers van het middel wordt aangevoerd dat het hof een vrijheidsbeperkende maatregel voor de duur van vijf jaren heeft opgelegd, terwijl de door de rechtbank in eerste aanleg opgelegde (nagenoeg gelijklopende) vrijheidsbeperkende maatregel dadelijk uitvoerbaar was verklaard en zodoende ten tijde van het arrest van het hof reeds ongeveer drie jaren ten uitvoer was gelegd. Verder betogen de stellers van het middel dat “de facto de totale duur van de door de rechtbank en het hof” opgelegde duur van de vervangende hechtenis meer bedraagt dan de maximumduur van zes maanden, te weten twaalf maanden.

13.

De rechtbank heeft in eerste aanleg blijkens het dictum de volgende vrijheidsbeperkende maatregel opgelegd: “legt op de maatregel ex artikel 38v van het Wetboek van Strafrecht dat:

• de verdachte voor de duur van 5 (vijf) jaren op geen enkele wijze - direct of indirect - contact zal opnemen, zoeken of onderhouden met:

- [betrokkene 1], geboren op [geboortedatum] 1980;

- [betrokkene 2], geboren op [geboortedatum] 1957;

- [betrokkene 3], geboren op [geboortedatum] 1961;

• de verdachte voor de duur van 5 (vijf) jaren zich niet bevindt bij en in een straal van 100 meter rondom de woning van [betrokkene 3] aan [a-straat 1] te [postcode] [plaats];

beveelt dat vervangende hechtenis zal worden toegepast voor de duur van 2 (twee) weken voor iedere keer dat niet aan de maatregel wordt voldaan met een maximum van 6 (zes) maanden;

stelt vast dat toepassing van de vervangende hechtenis de verplichtingen ingevolge de opgelegde maatregel niet opheft;

bepaalt dat de opgelegde maatregel dadelijk uitvoerbaar zijn;”

14.

Het dictum van het hof houdt - voor zover van belang - het volgende in:

“Vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht:

[...]

Legt op de maatregel strekkende tot beperking van de vrijheid inhoudende dat de veroordeelde voor de duur van 5 jaren:

- zich niet zal ophouden in een straal van 100 meter rondom de woning van [betrokkene 3] te [postcode] [plaats] aan [a-straat 1];

- op geen enkele wijze - direct of indirect - contact zal opnemen, zoeken of hebben met

[betrokkene 1], geboren op [geboortedatum] 1980;

[betrokkene 2], geboren op [geboortedatum] 1957;

[betrokkene 3], geboren op [geboortedatum] 1961.

Beveelt dat vervangende hechtenis zal worden toegepast voor het geval niet aan de maatregel wordt voldaan. De duur van deze vervangende hechtenis bedraagt 2 weken voor iedere keer dat niet aan de maatregel wordt voldaan met een maximum van 6 maanden.

Toepassing van de vervangende hechtenis heft de verplichtingen ingevolge de opgelegde maatregel niet op.

Beveelt dat de opgelegde maatregel dadelijk uitvoerbaar is.”

15.

Deze deelklacht gaat over het geval waarin het hof in hoger beroep een vrijheidsbeperkende maatregel oplegt, terwijl deze maatregel ook in eerste aanleg was opgelegd en vanwege een door die rechter gegeven bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid reeds gedeeltelijk ten uitvoer is gelegd. In de uitvoeringspraktijk blijkt enige onduidelijkheid te bestaan over de manier waarop in zo'n geval met de door het hof vastgestelde duur van de maatregel moet worden omgegaan. Daarom zie ik aanleiding om - voorafgaand aan de inhoudelijke bespreking van de tweede deelklacht - enige algemene opmerkingen te maken over deze problematiek.

## Algemene opmerkingen

### 16.

Art. 38v lid 4 Sr bepaalt dat de rechter de dadelijke uitvoerbaarheid van een vrijheidsbeperkende maatregel kan bevelen. Dat bevel brengt mee dat de maatregel direct op de dag van de uitspraak van kracht wordt en dat de tenuitvoerlegging niet - zoals op grond van artikel 6:1:16 lid 1 Sv te doen gebruikelijk - pas kan aanvangen nadat de uitspraak van de rechter onherroepelijk is geworden. Het bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid kan zowel worden gegeven door de rechtbank in eerste aanleg als door het hof in hoger beroep.<sup>[6.]</sup> Over de vraag of - en zo ja, hoe - het hof bij het opleggen van een vrijheidsbeperkende maatregel in hoger beroep rekening dient te houden met het feit dat een in eerste aanleg opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel vanwege een bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid reeds gedeeltelijk ten uitvoer is gelegd, bevat de wet geen nader voorschrift.

### 17.

De parlementaire geschiedenis die betrekking heeft op art. 38v Sr besteedt wel bijzondere aandacht aan deze vraag. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat leidde tot de invoering van de vrijheidsbeperkende maatregel als sanctiemodaliteit, wordt in dat verband het volgende opgemerkt: "Indien de rechter in eerste aanleg de dadelijke tenuitvoerlegging heeft bevolen, beoordeelt het gerechtshof of de dadelijke tenuitvoerlegging moet worden voortgezet. Wanneer het gerechtshof al snel tot het oordeel komt dat de maatregel niet in stand kan blijven, kan het gerechtshof het bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid opheffen. In andere gevallen bepaalt het gerechtshof bij de bevestiging van de uitspraak van de rechter in eerste aanleg of bij het opleggen van de (gewijzigde) maatregel of de directe tenuitvoerlegging moet worden voortgezet of moet worden bevolen. Het gerechtshof bepaalt dan opnieuw de duur en inhoud van de maatregel, met aftrek van de periode gedurende welke de maatregel al van kracht is geweest. De totale duur van de maatregel mag op grond van artikel 38v, derde lid, Sr de periode van ten hoogste twee jaren [bij wet van 30 juni 2015 (*Stb.* 2015, 255) verhoogt naar vijf jaren, *DP*] niet overschrijden." <sup>[7.]</sup>

### 18.

Uit deze memorie van toelichting blijkt dat het hof bij het bevelen van een vrijheidsbeperkende maatregel rekening moet houden met de omstandigheid dat deze maatregel ook in eerste aanleg is opgelegd en reeds gedurende een periode van kracht is geweest. Deze periode dient in de ogen van de wetgever in mindering te komen op de duur van de vrijheidsbeperkende maatregel die het hof los daarvan geëigend acht. Daarbij geldt dat de maatregel op grond van art. 38v lid 3 Sr ten hoogste voor een periode van vijf jaren kan worden opgelegd en dat de totale duur van de maatregel die periode niet mag overschrijden.

### 19.

Een blik op de jurisprudentie van de gerechtshoven laat zien dat het expliciet toepassen van de in de wetsgeschiedenis bedoelde aftrek eerder uitzondering dan regel is. In het overgrote deel van de zaken waarin in hoger beroep opnieuw een vrijheidsbeperkende maatregel is opgelegd, komt de in hoger beroep opgelegde duur daarvan overeen met de duur van de in eerste aanleg opgelegde maatregel en blijkt uit het arrest niet dat het hof reeds aftrek heeft toegepast wegens de periode gedurende welke de maatregel vanwege de in eerste aanleg bevolen dadelijke uitvoerbaarheid al van kracht is geweest, noch dat deze aftrek bij de tenuitvoerlegging van de maatregel zal moeten worden toegepast. Hierdoor kan onduidelijkheid ontstaan over de vraag hoe de door het hof vastgestelde duur van de maatregel moet worden begrepen. Heeft het hof bij die vaststelling al rekening gehouden met de periode gedurende welke de in eerste aanleg opgelegde maatregel reeds van kracht is geweest of dient de door het hof vastgestelde duur van de maatregel in de fase van de tenuitvoerlegging daarmee nog te worden verminderd? Voor zover de in hoger beroep opgelegde duur van de maatregel overeenkomt met de duur van de in eerste aanleg opgelegde maatregel, wekt een arrest zonder verdere verduidelijking de indruk dat het hof ervan uitgaat dat die aftrek door de uitvoeringsorganisatie zelfstandig zal worden toegepast, ook in gevallen waarin art. 38v lid 3 Sr niet tot die aftrek dwingt omdat de in

hoger beroep vastgestelde duur van maatregel en de periode waarin de maatregel reeds van kracht is geweest in totaal minder dan een periode van vijf jaren bedraagt.

**20.**

Voor de toekomst lijkt het mij - mede gelet op de wetsgeschiedenis - aangewezen dat het hof hierover steeds duidelijkheid verschaft. Naar het mij voorkomt, is een voor de hand liggende manier om aan de bedoeling van de wetgever invulling te geven en tegelijkertijd duidelijkheid te verschaffen aan de uitvoeringsinstantie, dat het hof in gevallen als hier bedoeld - overeenkomstig hetgeen bij de aftrek van voorarrest gebeurt - zelf geen aftrek toepast, maar in het dictum van het arrest opneemt dat de periode waarin de vrijheidsbeperkende maatregel reeds van kracht is geweest in mindering moet worden gebracht op de door het hof bepaalde duur van de maatregel.<sup>[8.]</sup> Een alternatief kan zijn dat het hof de door de rechtbank opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel bevestigt. Daarnaast zal dan dienen te worden beslist of de directe tenuitvoerlegging moet worden voortgezet.

### **Bespreking van de tweede deelklacht**

**21.**

In de kern wordt met de tweede deelklacht betoogd dat het hof bij de oplegging van de vrijheidsbeperkende maatregel in hoger beroep ten onrechte geen consequenties heeft verbonden aan het feit dat de in eerste aanleg opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel reeds gedurende een periode van kracht is geweest als gevolg van een bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid.

**22.**

In de onderhavige zaak is aan de verdachte in eerste aanleg een vrijheidsbeperkende maatregel opgelegd voor de duur van vijf jaren. Daarbij heeft de rechtbank tevens de dadelijke uitvoerbaarheid van de maatregel bevolen. Het hof heeft vervolgens in hoger beroep wederom de vrijheidsbeperkende maatregel opgelegd voor de duur van vijf jaren. Nu de duur van de maatregel die in eerste aanleg is opgelegd overeenkomt met die in hoger beroep, terwijl de totale duur van de vrijheidsbeperkende maatregel ten hoogste een periode van vijf jaren kan bedragen, ligt in het oordeel van het hof besloten dat het hof bij de vaststelling van de duur van deze maatregel nog geen aftrek heeft toegepast van de periode gedurende welke de maatregel sinds het vonnis in eerste aanleg reeds van kracht is geweest en moet het er naar mijn oordeel voor worden gehouden dat het hof van oordeel is dat die aftrek bij de tenuitvoerlegging nog zal dienen plaats te vinden. In zoverre kan de tweede deelklacht niet slagen.

**23.**

Voor zover de tweede deelklacht voorts een klacht bevat over de overschrijding van de maximumduur van de door het hof bepaalde vervangende hechtenis, mist die feitelijke grondslag. Het hof heeft de maximaal toe te passen vervangende hechtenis bij niet-naleving van de maatregel in zijn arrest immers - geheel conform art. 38w lid 3 Sr - bepaald op zes maanden.

**24.**

De tweede deelklacht is tevergeefs voorgesteld.

### **Uitspraak**

## 2. Beoordeling van het eerste cassatiemiddel

### 2.1

Het cassatiemiddel klaagt over de oplegging van een vrijheidsbeperkende maatregel als bedoeld in artikel 38v van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr). Het voert daartoe onder meer aan dat het hof heeft miskend dat (i) de maximale duur van de vrijheidsbeperkende maatregel vijf jaren is en (ii) de daarbij te bepalen duur van de vervangende hechtenis maximaal zes maanden is.

### Procesgang in eerste aanleg en in hoger beroep

#### 2.2.1

Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep is aan de verdachte onder meer een vrijheidsbeperkende maatregel opgelegd voor de duur van vijf jaren met een maximum van zes maanden vervangende hechtenis, wegens belaging van drie slachtoffers. Zowel de rechtbank als het hof heeft daarbij een bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid van de maatregel gegeven, zoals bedoeld in artikel 38v lid 4 Sr.

#### 2.2.2

Het vonnis van de rechtbank van 8 november 2018 houdt hierover het volgende in:

“legt op de maatregel ex artikel 38v van het Wetboek van Strafrecht dat:

- de verdachte voor de duur van 5 (vijf) jaren op geen enkele wijze - direct of indirect - contact zal opnemen, zoeken of onderhouden met:

- [betrokkene 1], geboren op [geboortedatum] 1980;

- [betrokkene 2], geboren op [geboortedatum] 1957;

- [betrokkene 3], geboren op [geboortedatum] 1961;

- de verdachte voor de duur van 5 (vijf) jaren zich niet bevindt bij en in een straal van 100 meter rondom de woning van [betrokkene 3] aan het [a-straat 1] te [plaats];

beveelt dat vervangende hechtenis zal worden toegepast voor de duur van 2 (twee) weken voor iedere keer dat niet aan de maatregel wordt voldaan met een maximum van 6 (zes) maanden;

stelt vast dat toepassing van de vervangende hechtenis de verplichtingen ingevolge de opgelegde maatregel niet opheft;

bepaalt dat de opgelegde maatregel dadelijk uitvoerbaar is.”

#### 2.2.3

Het arrest van het hof van 16 september 2021 houdt hierover het volgende in:

“Vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht:

(...)

Legt op de maatregel strekkende tot beperking van de vrijheid inhoudende dat de veroordeelde voor de duur van 5 jaren:

- zich niet zal ophouden in een straal van 100 meter rondom de woning van [betrokkene 3] te [plaats] aan het [a-straat 1];

- op geen enkele wijze - direct of indirect - contact zal opnemen, zoeken of hebben met

[betrokkene 1], geboren op [geboortedatum] 1980;

[betrokkene 2], geboren op [geboortedatum] 1957;

[betrokkene 3], geboren op [geboortedatum] 1961.

Beveelt dat vervangende hechtenis zal worden toegepast voor het geval niet aan de maatregel wordt voldaan. De duur van deze vervangende hechtenis bedraagt 2 weken voor iedere keer dat niet aan de maatregel wordt voldaan met een maximum van 6 maanden.

Toepassing van de vervangende hechtenis heft de verplichtingen ingevolge de opgelegde maatregel niet op.

Beveelt dat de opgelegde maatregel dadelijk uitvoerbaar is.”

### **Wettelijk kader en wetsgeschiedenis**

#### 2.3.1

De volgende wettelijke bepalingen zijn van belang.

- Artikel 38v leden 1 tot en met 5 Sr, zoals dat luidde ten tijde van het bewezenverklarde:

“1. Ter beveiliging van de maatschappij of ter voorkoming van strafbare feiten kan een maatregel strekkende tot beperking van de vrijheid worden opgelegd bij de rechterlijke uitspraak:

1°. waarbij iemand wegens een strafbaar feit wordt veroordeeld;

2°. waarbij overeenkomstig artikel 9a wordt bepaald dat geen straf zal worden opgelegd.

2. De maatregel kan inhouden dat de verdachte wordt bevolen:

a. zich niet op te houden in een bepaald gebied,

b. zich te onthouden van contact met een bepaalde persoon of bepaalde personen,

c. op bepaalde tijdstippen of gedurende een bepaalde periode op een bepaalde locatie aanwezig te zijn,

d. zich op bepaalde tijdstippen te melden bij de daartoe aangewezen opsporingsambtenaar.

3. De maatregel kan voor een periode van ten hoogste vijf jaren worden opgelegd.

4. De rechter kan bij zijn uitspraak, ambtshalve of op vordering van de officier van justitie, bevelen dat de maatregel dadelijk uitvoerbaar is indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte opnieuw een strafbaar feit pleegt of zich belastend gedraagt jegens een bepaalde persoon of bepaalde personen.

5. Het bevel, bedoeld in het vierde lid, kan door de rechter die kennisneemt van het hoger beroep, ambtshalve, op verzoek van de veroordeelde of op vordering van het openbaar ministerie, worden opgeheven.”

- Artikel 38w Sr:

“1. In het vonnis waarbij de maatregel als bedoeld in artikel 38v wordt opgelegd, beveelt de rechter dat vervangende hechtenis zal worden toegepast voor het geval niet aan de maatregel wordt voldaan.

2. De rechter bepaalt in het vonnis de duur van de vervangende hechtenis die ten hoogste ten uitvoer wordt gelegd voor iedere keer dat niet aan de maatregel wordt voldaan. De duur van deze vervangende hechtenis wordt in gehele dagen, weken of maanden vastgesteld en bedraagt ten minste drie dagen.

3. De totale duur van de tenuitvoergelegde vervangende hechtenis bedraagt ten hoogste zes maanden.

4. Toepassing van de vervangende hechtenis heft de verplichtingen ingevolge de maatregel, bedoeld in artikel 38v, tweede lid, niet op.”

### 2.3.2

De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 17 november 2011 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met de invoering van een rechterlijke vrijheidsbeperkende maatregel (rechterlijk gebieds- of contactverbod), *Stb.* 2011, 546, waarbij de artikelen 38v en 38w in het Wetboek van Strafrecht zijn ingevoegd, houdt onder meer het volgende in:

#### “5.3 Vervangende hechtenis

(...)

De uiteindelijk in totaal ten uitvoer gelegde vervangende hechtenis kan op grond van het voorgestelde artikel 38w, vierde lid, Sr, de duur van zes maanden niet overschrijden.

(...)

### 6.3 Hoger beroep

(...)

Indien de rechter in eerste aanleg de dadelijke tenuitvoerlegging heeft bevolen, beoordeelt het gerechtshof of de dadelijke tenuitvoerlegging moet worden voortgezet. Wanneer het gerechtshof al snel tot het oordeel komt dat de maatregel niet in stand kan blijven, kan het gerechtshof het bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid opheffen. In andere gevallen bepaalt het gerechtshof bij de bevestiging van de uitspraak van de rechter in eerste aanleg of bij het opleggen van de (gewijzigde) maatregel of de directe tenuitvoerlegging moet worden voortgezet of moet worden bevolen. Het gerechtshof bepaalt dan opnieuw de duur en inhoud van de maatregel, met aftrek van de periode gedurende welke de maatregel al van kracht is geweest. De totale duur van de maatregel mag op grond van artikel 38v, derde lid, Sr de periode van ten hoogste twee jaren [de Hoge Raad: vijf jaren volgens het huidige artikel 38v lid 3 Sr] niet overschrijden. Indien het gerechtshof de oplegging van de maatregel, anders dan de rechter in eerste aanleg, niet nodig acht, of als de verdachte van het onderliggende feit wordt vrijgesproken, beveelt het gerechtshof de beëindiging van de tenuitvoerlegging. (...) Ook bij het bepalen van de duur van de vervangende hechtenis die ten uitvoer wordt gelegd in het geval niet aan de maatregel wordt voldaan, houdt het gerechtshof rekening met het aantal dagen gedurende welke de vervangende hechtenis mogelijk reeds is tenuitvoergelegd. De totale duur van de vervangende hechtenis bedraagt ten hoogste zes maanden (artikel 38w, derde lid, Sr). In het (theoretische) geval dat reeds vóór de behandeling van de zaak in hoger beroep de vervangende hechtenis geheel ten uitvoer is gelegd, kan het gerechtshof de maatregel en de vervangende hechtenis slechts bevestigen.

(...)

#### Artikel 77h Sr

Binnen de bijzondere bepalingen voor jeugdige personen is artikel 77h, vierde lid, aangevuld met de vrijheidsbeperkende maatregel als bedoeld in de artikelen 38v tot en met 38ij Sr. De voorgestelde vrijheidsbeperkende maatregel kan ook voor jeugdigen een passende maatregel zijn. Analoog aan de schadevergoedingsmaatregel van artikel 36f Sr zijn in de artikelen 77a e.v. Sr geen aanvullende of afwijkende bepalingen voor jeugdigen opgenomen. De strafrechter kan bij het formuleren van de maatregel, daaronder begrepen het vaststellen van de duur van de vervangende hechtenis, rekening houden met de jeugdige leeftijd van de verdachte.”

([Kamerstukken II 2010/11, 32551, nr. 3](#), p. 13, 14, 17, 18 en 27.)

### 2.3.3

De hiervoor onder 2.3.1 weergegeven regeling is nagenoeg gelijk gebleven bij de gedeeltelijke inwerkingtreding op 1 januari 2020 van de Wet van 22 februari 2017 (Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen; ook wel Wet USB genoemd), *Stb.* 2017, 82. Wel is artikel 38v lid 5 (oud) Sr toen

vervallen, in verband met de invoering van een algemene regeling over de opheffing of schorsing van een bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid in artikel 6:6:6 van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv). Deze bepaling luidt:

“De rechter die kennisneemt van het beroep kan, gehoord het openbaar ministerie, een bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid van een straf of maatregel opheffen of schorsen.”

## Oordeel van de Hoge Raad

### 2.4.1

Op grond van artikel 38v lid 3 Sr kan de rechter aan een verdachte voor een periode van ten hoogste vijf jaren een vrijheidsbeperkende maatregel opleggen waaraan een of meer van de in artikel 38v lid 2 Sr genoemde verplichtingen worden verbonden. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep kan de rechter daarbij - in afwijking van de algemene regel dat een rechterlijke uitspraak pas ten uitvoer mag worden gelegd nadat zij onherroepelijk is geworden - op grond van artikel 38v lid 4 Sr bevelen dat de vrijheidsbeperkende maatregel dadelijk uitvoerbaar is.

### 2.4.2

Geen rechtsregel staat eraan in de weg dat het hof in hoger beroep een (al dan niet dadelijk uitvoerbaar te verklaren) vrijheidsbeperkende maatregel oplegt, nadat de rechtbank in eerste aanleg ook al een vrijheidsbeperkende maatregel had opgelegd die dadelijk uitvoerbaar is verklaard. In dat geval moet - mede gelet op de hiervoor onder 2.3.2 weergegeven wetsgeschiedenis - bij de berekening van de totale duur van de vrijheidsbeperkende maatregel, de periode worden meegerekend waarin de verdachte was onderworpen aan de in eerste aanleg opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel die dadelijk uitvoerbaar is verklaard. De termijn van de maatregel vangt aan op het ogenblik waarop het in eerste aanleg gegeven bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid ingaat, te weten op de dag van de einduitspraak in eerste aanleg.

### 2.4.3

Het voorgaande geldt ook als de verplichtingen die in hoger beroep zijn verbonden aan die maatregel (in belangrijke mate) afwijken van de in eerste aanleg opgelegde verplichtingen (bijvoorbeeld in het geval dat de in eerste aanleg opgelegde verplichtingen een locatieverbod als bedoeld in artikel 38v lid 2, aanhef en onder a, Sr betreffen, terwijl het in hoger beroep een contactverbod als bedoeld in artikel 38v lid 2, aanhef en onder b, Sr betreft).

### 2.4.4

Bij de oplegging van de vrijheidsbeperkende maatregel bepaalt de rechter overeenkomstig artikel 38w lid 2 Sr de duur van de vervangende hechtenis die ten hoogste ten uitvoer kan worden gelegd voor iedere keer dat niet aan de maatregel - dat wil zeggen: aan een aan die maatregel verbonden verplichting - wordt voldaan. Op grond van artikel 38w lid 3 Sr geldt van rechtswege dat de totale duur van de ten uitvoer gelegde vervangende hechtenis ten hoogste zes maanden bedraagt. (Vgl. HR 15 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:841.)

De termijn van zes maanden omvat de periode waarin de verdachte vervangende hechtenis heeft ondergaan in verband met een in eerste aanleg opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel die dadelijk uitvoerbaar is verklaard. Daarbij geldt dat in de executiefase moet worden bepaald welk deel van die zes maanden vervangende hechtenis al ten uitvoer is gelegd en welk deel daarvan nog resteert.

### 2.5.1

Het cassatiemiddel klaagt onder meer dat het hof de in artikel 38v lid 2 en 38w lid 3 Sr bedoelde maximumduur van de vrijheidsbeperkende maatregel en de daaraan verbonden vervangende hechtenis niet in acht heeft genomen, omdat het hof - nadat de verdachte al ongeveer drie jaren was onderworpen aan de in eerste aanleg dadelijk uitvoerbaar verklaarde maatregel - in hoger beroep opnieuw aan de verdachte een vrijheidsbeperkende maatregel voor de duur van vijf jaren heeft opgelegd en daarbij de totale duur van de ten uitvoer te leggen vervangende hechtenis heeft bepaald op zes maanden, waardoor “de facto de totale duur” van die vervangende hechtenis twaalf maanden zou bedragen.

### 2.5.2

Het onder 2.2.3 weergegeven dictum moet zo worden begrepen dat het hof heeft bepaald dat de duur van de vrijheidsbeperkende maatregel in totaal vijf jaren is, en dat de duur van de ten uitvoer te leggen vervangende

hechtenis in totaal zes maanden is, te berekenen op de wijze zoals in 2.4 is weergegeven. Gelet daarop faalt de klacht.

#### 2.6.1

De Hoge Raad heeft ook de verder in het cassatiemiddel aangevoerde klachten over de uitspraak van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat ook deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van die uitspraak. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

#### 2.6.2

Het cassatiemiddel faalt in al zijn onderdelen.

#### 2.7.1

Opmerking verdient nog het volgende over gevallen als het onderhavige, waarin de verdachte (al) vóór de uitspraak in hoger beroep is onderworpen aan een vrijheidsbeperkende maatregel die in eerste aanleg is opgelegd en daarbij dadelijk uitvoerbaar is verklaard.

#### 2.7.2

Hoewel geen rechtsregel de rechter daartoe verplicht, heeft het ter voorkoming van onduidelijkheden bij de tenuitvoerlegging de voorkeur dat het hof - als het deze maatregel opnieuw oplegt - in het dictum van het arrest beveelt dat de tijd die de verdachte vóór de tenuitvoerlegging van het arrest onderworpen is geweest aan een dadelijk uitvoerbaar verklaarde vrijheidsbeperkende maatregel bij de uitvoering van de opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel in mindering zal worden gebracht.

#### 2.7.3

Een redelijke wetsuitleg brengt mee dat een door het hof gegeven bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid van de door het hof opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel van rechtswege in de plaats treedt van een door de rechtbank dadelijk uitvoerbaar verklaarde vrijheidsbeperkende maatregel. Het verdient in dat geval echter de voorkeur dat het hof het door de rechtbank gegeven bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid op grond van artikel 6:6:6 Sv opheft ter voorkoming van onduidelijkheden bij de tenuitvoerlegging. Dit is in het bijzonder van belang als in hoger beroep andere verplichtingen aan de vrijheidsbeperkende maatregel worden verbonden dan in eerste aanleg of als het hof eerder het door de rechtbank gegeven bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid op grond van artikel 6:6:6 Sv heeft geschorst.

#### 2.7.4

Het hof heft het door de rechtbank gegeven bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid in ieder geval op als het niet tot oplegging van de vrijheidsbeperkende maatregel komt dan wel het niet de dadelijke uitvoerbaarheid beveelt van de door het hof opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel. Als het hof tot de opheffing van het bevel van de rechtbank overgaat, heeft die beslissing onmiddellijke werking (vgl. HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1319, rechtsoverweging 3.3.1).

#### 2.7.5

Wat hiervoor onder 2.4 en 2.7.2 tot en met 2.7.4 is overwogen, geldt ook als op grond van artikel 77h lid 4, aanhef en onder f, Sr een vrijheidsbeperkende maatregel wordt opgelegd aan een jeugdige of jongvolwassene, zij het dat dan geen vervangende hechtenis, maar vervangende jeugddetentie kan worden toegepast als niet aan de maatregel is voldaan. Uit de onder 2.3.2 weergegeven wetsgeschiedenis blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat in die gevallen bij het formuleren van de maatregel en bij het vaststellen van de maximale duur van die vervangende jeugddetentie rekening wordt gehouden met de jeugdige leeftijd van de verdachte.

(...)

## 4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de uitspraak van het hof, maar uitsluitend wat betreft het aantal uren te verrichten taakstraf en de duur van de vervangende hechtenis;
- vermindert het aantal uren taakstraf en de duur van de vervangende hechtenis in die zin dat deze 95 uren, subsidiair 47 dagen hechtenis, belopen;
- verwerpt het beroep voor het overige.

## Noot

**Auteur:** J.M. ten Voorde

### 1.

Artikel 38v lid 4 Sr bepaalt dat de vrijheidsbeperkende maatregel door de rechter dadelijk uitvoerbaar kan worden verklaard indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte opnieuw een strafbaar feit pleegt of zich belastend gedraagt jegens een bepaalde persoon of bepaalde personen. De bepaling maakt toepassing van de figuur van de dadelijke uitvoerbaarheid mogelijk en stelt direct enkele grenzen. Zo mag alleen de rechter een vrijheidsbeperkende maatregel dadelijk uitvoerbaar verklaren. Dat geldt overigens niet alleen voor deze maatregel maar ook voor andere straffen en maatregelen die dadelijk uitvoerbaar mogen worden verklaard (zie artikel 14e, 38 lid 6, 77w lid 6 en 77za Sr). Wie is die rechter: alleen de rechter in eerste aanleg of ook het gerechtshof in hoger beroep? En wat betekent de omstandigheid dat de rechtbank de vrijheidsbenemende maatregel dadelijk uitvoerbaar heeft verklaard voor de beslissing van het hof in verband met de maximale duur van de maatregel en de daaraan verbonden, zo door de wetgever misleidend genoemde (want zie artikel 38w lid 4 Sr), vervangende hechtenis? En hoe moet een door het hof dadelijk uitvoerbaar verklaarde maatregel praktisch worden vormgegeven in het arrest wanneer ook de rechtbank dezelfde maatregel dadelijk uitvoerbaar heeft verklaard? Het zijn vragen waarvan wellicht kon worden verwacht dat zij reeds door de wetgever onder ogen waren gezien en beantwoord. Dat blijkt slechts zeer ten dele het geval. De Hoge Raad creëert met het onderhavige arrest meer duidelijkheid.

### 2.

Wie is de rechter die een maatregel dadelijk uitvoerbaar mag verklaren? In de onderhavige zaak overweegt de Hoge Raad dat er geen rechtsregel is die aan het opleggen van de vrijheidsbeperkende maatregel (en die al dan niet dadelijk uitvoerbaar te verklaren) in de weg staat (r.o. 2.4.2). Artikel 415 Sv, in verbinding met onder andere artikel 351 en 366a lid 1 Sv, staan er in ieder geval niet aan in de weg. De formulering van r.o. 2.4.2 kan worden verklaard doordat de wetgever zich alleen expliciet heeft bekommerd om het geval dat in hoger beroep aanleiding zou bestaan de dadelijke uitvoerbaarheid van een straf of maatregel op te heffen of te schorsen (artikel 6:6:6 Sv). Die mogelijkheid vormde een rechtvaardiging voor de invoering van de figuur van de dadelijke uitvoerbaarheid bij verschillende straffen en maatregelen (vgl. [Kamerstukken II 2009/10, 32319, nr. 3](#), p. 13; [Kamerstukken II 2011/12, 32551, nr. 3](#), p. 12). Zij leidde in de literatuur evenwel tot de vraag of daaruit moet worden afgeleid dat het hof de mogelijkheid ontbeert dadelijke tenuitvoerlegging te bevelen (P.A.M. Mevis, 'Versterking door versnelling: nieuwe mogelijkheden voor een directe reactie op strafbare feiten', *DD* 2010/69). Die vraag heeft de wetgever niet expliciet beantwoord. Hij stelde weliswaar dat het hof de maatregel kan opleggen ([Kamerstukken II 2010/11, 32551, nr. 3](#), p. 17), maar liet in het midden of het de maatregel ook kan opleggen als de rechtbank deze maatregel heeft opgelegd en dadelijk uitvoerbaar verklaard. Ook de vraag of het zelf de maatregel dadelijk uitvoerbaar kan verklaren, liet de wetgever onbeantwoord. Met betrekking tot die vraag had de Hoge Raad kunnen verwijzen naar een arrest uit 2014 waarin hij bepaalde dat de opvatting dat dadelijke uitvoerbaarheid van een bijzondere voorwaarde (artikel 14e Sr) slechts door de rechter in eerste aanleg kan worden opgelegd onjuist is (HR 15 april 2014, *NJ* 2015/235, m.nt. F. Vellinga-Schootstra). Deze opvatting wordt in het onderhavige arrest bevestigd. Het geeft ook (een positief) antwoord op de eerste vraag.

### 3.

De maximale duur van de vrijheidsbenemende maatregel en de vervangende hechtenis bedraagt respectievelijk vijf jaar en zes maanden (artikel 38v lid 3 en 38w lid 3 Sr). Het gaat hier nadrukkelijk om een maximum (zie daarover in verband met de vervangende hechtenis onder meer HR 12 maart 2019, *RvdW* 2019/381). Bij jeugdigen heeft de wetgever opgemerkt dat bij het bepalen van de maximale duur van de maatregel de rechter rekening *kan* houden met de jeugdige leeftijd van de verdachte (*Kamerstukken II 2010/11, 32551, nr. 3*, p. 27). De Hoge Raad bepaalt dat rekening *wordt* gehouden met diens jeugdige leeftijd (r.o. 2.7.5). Dat is niet (helemaal) hetzelfde.

### 4.

De wetgever liet het tijdstip van inwerkingtreding van het bevel dadelijke uitvoerbaarheid aan de rechter over, ook al nam hij aan dat het bevel dadelijke uitvoerbaarheid 'onmiddellijk consequenties heeft voor het gedrag van de veroordeelde' (*Kamerstukken II 2010/11, 32551, nr. 3*, p. 11, 12). Dadelijke uitvoerbaarheid betekent ook in het kader van de vrijheidsbeperkende maatregel dat hij 'daadwerkelijk' en 'terstond' of 'onmiddellijk' gevolgen heeft voor het gedrag van de veroordeelde (vgl. Melai/Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering*, art. 73, aant. 5). De vrijheid van de rechter om de dag te bepalen wanneer de dadelijk uitvoerbare straf of maatregel in werking treedt, is dus beperkter dan de wetgever in zijn toelichting lijkt te suggereren. De Hoge Raad is dan weer heel stellig: het bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid treedt in werking op de dag van de einduitspraak (r.o. 2.4.2).

### 5.

De rechter in hoger beroep moet met de reeds ondergane duur van de dadelijk uitvoerbaar verklaarde vrijheidsbenemende maatregel rekening houden in het geval ook hij de maatregel oplegt. Daarbij doet niet ter zake of de appelrechter aan de maatregel andere verplichtingen verbindt dan de rechter in eerste aanleg (r.o. 2.4.3). Immers, niet die verplichtingen maar de maatregel als zodanig kan dadelijk uitvoerbaar worden verklaard (artikel 38v lid 4 Sr). De appelrechter doet er volgens de Hoge Raad goed aan in het dictum aan te geven dat de tijd die de verdachte onderworpen is geweest aan die dadelijk uitvoerbaar verklaarde maatregel bij de uitvoering in mindering wordt gebracht (r.o. 2.7.2). Dat dit in casu niet is geschied, was overigens geen probleem (r.o. 2.5.2). Dat roept wel de vraag naar handhaafbaarheid van de door de Hoge Raad geformuleerde voorkeur op. Het niet-naleven daarvan zal moeilijk tot cassatie kunnen leiden. Ten aanzien van de vervangende hechtenis geldt overigens niet dat het restant daarvan door het hof in het dictum zou moeten worden vermeld. In r.o. 2.4.4 overweegt de Hoge Raad dat in de executiefase moet worden bepaald welk deel van de opgelegde vervangende hechtenis is ten uitvoer gelegd en welk deel nog resteert. Het verschil laat zich erdoor verklaren dat het maximum van de vervangende hechtenis van rechtswege zes maanden bedraagt (HR 15 juni 2021, *RvdW* 2021/705). Anders dan bij de taakstraf of de geldboete wordt het maximum van de vervangende hechtenis dus niet door de duur van de vrijheidsbenemende maatregel bepaald. De rechter dient bij de beslissing over vervangende hechtenis in het kader van de vrijheidsbeperkende maatregel slechts te overwegen wat de duur van de vervangende hechtenis is voor iedere keer dat niet aan een verplichting wordt voldaan. Het totaal van de vervangende hechtenis mag niet langer dan zes maanden duren. Het is aan een ander dan de zittingsrechter (namelijk de rechter-commissaris, artikel 6:6:20 lid 1 onder b Sv) om te bepalen welke ruimte er in een bepaald geval resteert voor het geheel of gedeeltelijk tenuitvoerleggen van de vervangende hechtenis wanneer de veroordeelde zich niet aan een verplichting uit de vrijheidsbeperkende maatregel heeft gehouden. Daarbij moet die rechter zich wel bewust zijn van de duur van de vervangende hechtenis die het hof heeft opgelegd, in het geval de maatregel door de rechtbank dadelijk uitvoerbaar is verklaard. Uit de mogelijkheid om zelf een vrijheidsbenemende maatregel op te leggen vloeit namelijk ook de vrijheid voort om een van het oordeel van de rechtbank afwijkende duur van de vervangende hechtenis te bepalen.

## 6.

In het geval het hof opnieuw een vrijheidsbeperkende maatregel oplegt die in eerste aanleg dadelijk uitvoerbaar is verklaard, verdient het volgens de Hoge Raad aanbeveling die dadelijke uitvoerbaarheid in de plaats te stellen van de door de rechtbank bevolen dadelijke uitvoerbaarheid (r.o. 2.7.3). Het hof dient die dadelijke uitvoerbaarheid op te heffen zoals bedoeld in artikel 6:6:6 Sv. Opheffing (en vervolgens opnieuw bevelen) is aan de orde in de gevallen waarin het hof andere verplichtingen oplegt dan de rechtbank en wanneer dezelfde verplichtingen worden opgelegd. Ook wanneer het hof eerder tot schorsing van het bevel tot dadelijke uitvoerbaarheid had besloten, ligt het volgens de Hoge Raad in de rede om bij einduitspraak de door de rechtbank opgelegde dadelijke uitvoerbaarheid op te heffen en vervolgens opnieuw te bevelen (r.o. 2.7.4). De verwijzing naar artikel 6:6:6 Sv valt uit grammaticaal oogpunt te billijken, ook al is die bepaling vooral geschreven voor de gevallen waarin het hof (al vroeg in de appelfase, eventueel zelfs nog voor inhoudelijke behandeling van het hoger beroep, zie HR 27 september 2022, *RvdW* 2022/897) geen been ziet in de maatregel of omdat het hof niet toekomt aan het opleggen van een straf of maatregel die dadelijk uitvoerbaar kan worden verklaard (vgl. [Kamerstukken II 2010/11, 32551, nr. 3](#), p. 12, 18). Tegelijkertijd is opheffing een term die verwarring kan wekken voor wat betreft de maximale duur van de door het hof op te leggen vrijheidsbeperkende maatregel. Met opheffing wordt slechts de dadelijke uitvoerbaarheid bedoeld. Zij heeft geen terugwerkende kracht. Daardoor begint het hof ook niet met een schone lei; de maximale duur van de maatregel blijft (in dezelfde zaak) vijf jaar. Het hof moet acht slaan op de duur van de door de rechtbank dadelijk uitvoerbaar verklaarde maatregel. Ook om die reden komt het verstandig voor dat het hof in het dictum er melding van maakt dat de tijd die de verdachte onderworpen is geweest aan de dadelijk uitvoerbaar verklaarde maatregel bij de uitvoering in mindering wordt gebracht. Voor de rechter-commissaris die beslist over de vervangende hechtenis geldt dat hij bij het bepalen van de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis acht slaat op eerder door hem bevolen vervangende hechtenis, teneinde te voorkomen dat het wettelijk maximum wordt overschreden.

## 7.

In hoeverre de overwegingen van de Hoge Raad over het opheffen van de door de eerste rechter dadelijk uitvoerbaar verklaarde vrijheidsbeperkende maatregel afwijkt van wat de wetgever voor ogen stond, valt niet op te maken. Die wees er enkel op dat het hof het vonnis van de rechter in eerste aanleg ter zake van de opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel kan bevestigen of bij vernietiging van het vonnis de maatregel opnieuw kan opleggen. Het hof kan ook een gewijzigde maatregel opleggen ([Kamerstukken II 2010/11, 32551, nr. 3](#), p. 17). Hoe de wetgever dat precies voor ogen zag in het geval de rechtbank de maatregel dadelijk uitvoerbaar had verklaard, bleef onduidelijk. Het is om die reden voor de hand liggend dat de Hoge Raad ook hieromtrent duidelijkheid creëert. Diens voorkeur komt goed toepasbaar over, ook met de eerder gemaakte opmerking over de achtergrond van artikel 6:6:6 Sv. De vraag blijft welke beslissing het hof ten aanzien van het vonnis ex artikel 423 lid 1 Sv moet nemen. In casu had het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd, maar onduidelijk is waarom. Het komt mij voor dat bevestiging aan de orde zal zijn indien het hof zich verenigt met het vonnis van de rechtbank en ook de vrijheidsbeperkende maatregel oplegt en dadelijk uitvoerbaar verklaart, zelfs wanneer hij de dadelijke uitvoerbaarheid van de door de rechtbank opgelegde maatregel opheft. Tot opheffing is immers niet besloten omdat het hof zich niet met de maatregel kan verenigen, maar uit oogpunt van soepele tenuitvoerlegging. Voor gedeeltelijke bevestiging komt in ieder geval in aanmerking het vonnis wanneer de maatregel door het hof wel wordt opgelegd maar niet dadelijk uitvoerbaar verklaard, bijvoorbeeld omdat het hof daarvoor geen gronden aanwezig acht. De situatie dat reeds vijf jaar zijn verstreken sinds de maatregel door de rechtbank werd opgelegd en dadelijk uitvoerbaar verklaard, belet het hof de maatregel dadelijk uitvoerbaar te verklaren, maar staat aan bevestiging van het vonnis niet in de weg.

## Voetnoten

[1.] HR 27 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1680, r.o. 2.4.

[2.] [Kamerstukken II 2010/11, 32551, nr. 3](#), p. 7.

[3.] HR 3 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:4, *NJ* 2017/143, m.nt. F. Vellinga-Schootstra, r.o. 2.6.

[4.] Zie HR 6 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2916, r.o. 2.4.2.

[5.] Zie HR 27 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1680, r.o. 2.4.

[6.] Vgl. HR 15 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:910, *NJ* 2015/235, m.nt. F. Vellinga-Schootstra, r.o. 2.5.

[7.] Zie [Kamerstukken II 2010/11, 32551, nr. 3](#), p. 18.

[8.] In een aantal zaken is door het hof reeds voor deze weg gekozen. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11542 en Hof Den Haag 26 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:104.