

# OP ZOEK NAAR EVENWICHT

---

LIBER AMICORUM  
MARC GROENHUIJSEN

Redactie:

Tijs Kooijmans  
Jannemieke Ouwerkerk  
Conny Rijken  
Joep Simmelink

 Wolters Kluwer

Deventer - 2021

# Inhoudsopgave

Woord vooraf	11
Het mildheidsgebod en wijziging van de strafrechtelijke sanctie ten gunste van de veroordeelde <i>Judit Altena-Davidsen &amp; Jeroen ten Voorde</i>	15
Over de volle breedte: de <i>editorials</i> van Marc Groenhuijsen in <i>Delikt en Delinkwent</i> <i>Matthias Borgers</i>	27
Het geweten van de robotrechter <i>Wim Borst</i>	41
Een blijk van waardering <i>Alice Bosma</i>	55
Het slachtoffer: cross-culturele reflecties <i>Mario Braakman</i>	67
Change the balance <i>Rob Brouwers</i>	75
De strafbaarstelling van privaatrechtelijke normen <i>Sanne Buisman</i>	83
Voorlopers van de Nederlandse rechtsstaat: Erasmus, Wier, Coornhert en Spinoza <i>Ybo Buruma</i>	95
De opdracht van de strafrechtswetenschap <i>Tineke Cleiren</i>	109
Slachtoffers, dialoog en vergeving <i>Geert Corstens</i>	121
De verregaande lenigheid van het opsporingsbegrip <i>Jan Crijns</i>	133

De verhouding tussen inlichtingenwerk en opsporing: enkele reflecties in Belgisch en Europees perspectief <i>Dirk Van Daele &amp; Lore Mergaerts</i>	149
Grenzen aan slachtofferrechten <i>Jan van Dijk</i>	163
Strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in Duitsland aanstaande <i>Hans de Doelder &amp; Arthur Hartmann</i>	175
De wetgevende overdaad van de witwas-kerstboom <i>Petrus van Duyne &amp; Benny van der Vorm</i>	195
Geen strafrecht zonder waarheid <i>Afshin Ellian</i>	207
De menselijke maat en ‘Ongekend onrecht’ <i>Peter Essers</i>	219
De expansie van de Italiaanse maffia in Nederland <i>Cyrille Fijnaut</i>	231
Strafrechtadvocaten na 18 september 2019 <i>Stijn Franken &amp; Petra van Kampen</i>	243
Bij de gratie van raakvlakken <i>Willem van Genugten</i>	255
Het slachtoffer: centraal voor het wetenschappelijk werk van Marc Groenhuijsen? <i>Aart Goosensen, Inge Jeandarme, Jaap van Vliet &amp; Karel Oei</i>	267
Bespiegelingen over wraking en de omgang ter terechtzitting <i>Joost Groenhuijsen</i>	279
‘Kernprofielen’ in de actuele strafvordering: de positie van de verdachte, het slachtoffer en de officier van justitie in het strafproces <i>Alex Hartevelde &amp; Joep Simmelink</i>	291

Het Openbaar Ministerie in het krachtenveld van democratie en rechtsstaat: deel I <i>Ernst Hirsch Ballin</i>	307
Het Openbaar Ministerie in het krachtenveld van democratie en rechtsstaat: deel II <i>Marianne Hirsch Ballin</i>	323
En straks op weg naar een geïntegreerde herziening van het Wetboek van Strafrecht? <i>Jaap de Hullu</i>	339
Proportionaliteit als interpretatief principe <i>Ferry de Jong &amp; Constantijn Kelk</i>	351
Roekeloosheid en de wetgever <i>Nico Keijzer</i>	365
Verantwoordelijkheid en strafrecht <i>Piet Hein van Kempen</i>	377
Het voortbouwend appel en het EHRM <i>Berend Keulen</i>	393
Over tenuitvoerlegging <i>Geert Knigge</i>	403
Het ludieke aspect in de band tussen dader en slachtoffer <i>Frans Koenraadt</i>	415
Slachtoffers, anonieme getuigen en het recht op een eerlijk proces <i>Tijs Kooijmans</i>	427
Het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel en bescherming van slachtoffers <i>François Kristen</i>	439
Slachtofferverklaringen en hun effecten op strafrechtelijke beslissingen <i>Maarten Kunst</i>	451

Openbare orde en veiligheid: over een luxewagen en een Panda <i>Floris van Laanen</i>	463
Agressie in de Vrede van Versailles (1919) <i>Randall Lesaffer</i>	477
Prof. dr. mr. Groenhuijsen: volhardend en doeltreffend <i>Rianne Letschert</i>	489
Zwijgen in de 21 <sup>e</sup> eeuw: tijd voor herbezinning op het recht tegen zelfincriminatie? <i>Sjors Ligthart &amp; Gerben Meynen</i>	501
“Je kunt met goede bedoelingen de grootst denkbare schade aanrichten” <i>Marijke Malsch</i>	513
De bijzondere motiveringsplicht bij de oplegging van vrijheidsbenemende sancties <i>Sonja Meijer</i>	525
‘Levenslang’ en het belang van regeling van de interdependentie tussen de betrokken actoren <i>Paul Mevis</i>	537
Popper, GameStop en de retail manipulator <i>Matthijs Nelemans</i>	549
Smaad, laster en publiekelijke beschuldigingen van seksueel wangedrag in het kader van #MeToo <i>Marloes van Noorloos</i>	563
Strafvorderlijke verplichtingen jegens slachtoffers in balans of op drift? <i>Rinus Otte</i>	575
Legaliteit in Brussel en Luxemburg <i>Jannemieke Ouwerkerk</i>	585
Redress for victims of human rights violations in Europe <i>Stephan Parmentier</i>	597

ISIS en seksueel terrorisme: reikwijdte, uitdagingen en de voor- en nadelen van het label <i>Christophe Paulussen</i>	611
Het inzicht van Jean Hampton: <i>it's retribution, stupid!</i> <i>Antony Pemberton</i>	621
Victimmigratie: een nieuwe loot aan de stam van de victimologie? <i>Conny Rijken</i>	633
De balans verstoord? <i>Theo de Roos</i>	645
De verhouding tuchtrecht vs. strafrecht inzake euthanasie bij demente en wilsonbekwame patiënten <i>Tom Schalken</i>	657
Kunstmatige intelligentie en de menselijke maat <i>Maurice Schellekens</i>	663
Leermeesters, lijden en leiderschap <i>Jan Sjöcrona</i>	673
Elastisch IJzerdraad; voor wanneer actoren zich achter algoritmes verschuilen <i>Evert Stamhuis</i>	687
Naar een Strafvordering 2030 <i>and beyond</i> <i>Lonneke Stevens &amp; Bert-Jaap Koops</i>	701
De onmacht van de tenlastelegging <i>Wim Valkenburg</i>	715
Schuld van het slachtoffer is betrekkelijk <i>Sylvia Walther</i>	727
The Role of the Victim as a Witness in Criminal Proceedings <i>Thomas Weigend</i>	739
Criteria voor internationale strafbaarstelling <i>Harmen van der Wilt</i>	749

Prosecuting Forced Marriage in the International Criminal Court <i>Mohammad Hadi Zakerhossein</i>	761
Publicaties van prof.mr. Marc Groenhuijsen	773
Lijst van promoti van prof.mr. Marc Groenhuijsen	803
Lijst van auteurs	809

# Woord vooraf

Marc Groenhuijsen promoveerde op 25 september 1985 *cum laude* aan de Leidse universiteit op een proefschrift over schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding. Belangstelling voor en inbedding van de rechtspositie van slachtoffers in het straf(proces)recht was in de jaren '80 niet vanzelfsprekend. Voor schadevergoeding kon het slachtoffer immers terecht bij de civiele rechter. In zijn proefschrift en in vele wetenschappelijke publicaties die daarop volgden, maakte Groenhuijsen echter duidelijk dat het privaatrecht een belangrijke tekortkoming kende ten aanzien van slachtoffers van delicten: hoewel het privaatrecht systematisch misschien goed in elkaar steekt, werkt het feitelijk vaak niet. De dader blijkt bijvoorbeeld onvindbaar of biedt uiteindelijk geen verhaal. Het slachtoffer blijft in de kou staan. Mede tegen die achtergrond komt als een rode draad in het wetenschappelijke werk van Groenhuijsen naar voren hoe de rechtspositie van slachtoffers adequaat in het straf(proces)recht kan worden vormgegeven, zonder dat dit ten koste gaat van het recht van de verdachte op een eerlijk proces. Méér slachtofferrechten betekent dus niet dat verdedigingsrechten worden beperkt of ingeleverd.

Het vergt een zeer diepgravende kennis van het straf- en strafprocesrecht en van de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten, maar ook van de feitelijke wensen en noden van slachtoffers, om een evenwichtig en werkbaar strafrechtelijk systeem te ontwikkelen met als doel het bevorderen van een overheidsreactie op een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit die in alle opzichten adequaat is. De Tilburgse universiteit zag al snel dat Groenhuijsen – die met zijn proefschrift de Moddermanprijs had gewonnen – uitstekend in staat was om het beste van die twee werelden te verenigen. Aan de hand van empirische kennis over slachtoffers was hij in staat om een bijdrage te leveren aan grote veranderingen in het straf- en strafprocesrecht. Groenhuijsen werd in 1987 op 31-jarige leeftijd in Tilburg benoemd als hoogleraar straf- en strafprocesrecht. Later werd de victimologie aan zijn leeropdracht toegevoegd. Als president van de *World Society of Victimology* ging hij in 2014 op audiëntie bij de Paus. Groenhuijsen is maar liefst 34 jaren hoogleraar geweest en daarmee de langstzittende hoogleraar in Nederland op het terrein van het strafrecht na de Tweede Wereldoorlog. Vele generaties Tilburgse juristen zijn door hem opgeleid in het straf- en strafprocesrecht. Groenhuijsen heeft aan



de wieg gestaan van zowel de huidige Tilburgse vakgroep Strafrecht als het onderzoeksinstituut INTERVICT.

We zouden de kwaliteit en *impact* van het wetenschappelijke werk van Groenhuijsen tekortdoen als we ons hier zouden beperken tot het opsommen van verdiensten op het terrein van de victimologie en – door het noemen van het grote onderzoeksproject *Strafvordering 2001* – van het strafprocesrecht. Zijn oratie *Straf en wet* illustreert zijn grote, op het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel toegespitste rechtstheoretische denkkraft. In zijn 47 *editorials* in *Delikt en Delinkwent* heeft Groenhuijsen er telkens opnieuw blijk van gegeven zicht te hebben op de volle breedte van het vakgebied en stond hij vaak aan het begin van een wetenschappelijk denkproces over uiteenlopende, moeilijke thema's zoals de doodstraf voor Saddam Hussein, het doen van aangifte, het alcoholslot, wraking en het hoger beroep. Zijn kennis werd mede gevoed door zijn praktijkervaringen als rechter-plaatsvervanger en raadsheer-plaatsvervanger. Bij zijn wetenschappelijke inbreng verloor hij die praktijk ook niet uit het oog.

Onder begeleiding van Groenhuijsen is een heel grote reeks proefschriften tot stand gekomen. Hij kan als promotor bogen op een lijst van niet minder dan 56 promoti: Nederlanders en niet-Nederlanders, gepromoveerd op uiteenlopende nationale en internationale thema's. Kenmerkend voor zijn begeleiding van promovendi is de grote mate van vrijheid die hij hun telkens bood om zich te ontplooien. Veel van zijn promoti zijn op hun beurt hoogleraar geworden of raadsheer in de Hoge Raad. Dat is illustratief voor het scherpe oog voor talent dat Groenhuijsen heeft en zijn vermogen om dat talent zich verder te doen ontwikkelen. Het is geen toeval dat prominente wetenschappers zoals Jaap de Hullu, Jan van Dijk en Cyrille Fijnaut naar Tilburg zijn gekomen en daar een krachtige bijdrage hebben kunnen leveren aan de strafrechtswetenschap en de victimologie.

De loopbaan van Groenhuijsen kenmerkt zich er in eerste instantie door dat hij een uitstekend onderzoeker is en tevens een uitmuntend en inspirerend docent. Het is niet velen gegeven om die academische vaardigheden bovendien te koppelen aan een groot bestuurlijk vermogen. In het oog springen zijn decanaat van de Tilburgse juridische faculteit (en later ook de faculteit der sociale wetenschappen) en zijn bestuurslidmaatschap van de KNAW. Zoals zijn promotus Stijn Franken in 2008 in *Ars Aequi* naar voren bracht, is Groenhuijsen een bestuurder die niet aarzelt om doortastend op te treden, maar wel met een houding die ruimte laat voor tegenspraak: 'Dat maakt hem voor velen, zowel in Tilburg als daarbuiten, belangrijk. Marc Groenhuijsen is zo'n man wiens mening je graag

inwint wanneer zich een moeilijk probleem aandient of voordat een belangrijke beslissing moet worden genomen.’

Deze vriendenbundel wordt Marc Groenhuijsen aangeboden ter gelegenheid van zijn emeritaat. De titel *Op zoek naar evenwicht* is wat ons betreft illustratief voor het wetenschappelijke werk van Groenhuijsen. Inderdaad: méér slachtofferrechten betekent dus niet een beperking van verdedigingsrechten. Maar ook (en in lijn met zijn preadvies voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht van 2013): hoe kunnen de strafwetgever en de strafrechter bewerkstelligen dat in de concrete omstandigheden van het geval enerzijds aan een schuldige verdachte een rechtvaardige straf wordt opgelegd, waarmee recht wordt gedaan aan de ernst van het feit, de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, en anderzijds recht wordt gedaan aan het leed en de schade toegebracht aan het slachtoffer? En dat alles met behoud van voldoende maatschappelijk draagvlak voor het toberige instrument van het strafrecht.

Tijs Kooijmans

Jannemieke Ouwerkerk

Conny Rijken

Joep Simmelink

# Het mildheidsgebod en wijziging van de strafrechtelijke sanctie ten gunste van de veroordeelde

Judit Altena-Davidsen & Jeroen ten Voorde

## 1. Inleiding

Traditioneel gezien is het onder meer in artikel 1 Sr verwoorde legaliteitsbeginsel, gericht op de zittingsrechter die een veroordeling uitspreekt en een sanctie (straf en/of maatregel) oplegt. Nadat de sanctie onherroepelijk is geworden, kan de veroordeelde in beginsel geen beroep meer doen op artikel 1 Sr. Dit geldt zowel voor het eerste als voor het tweede lid. Voor het eerste lid betekent dit dat wetwijzigingen die betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van de sanctie met onmiddellijke ingang mogen worden toegepast, ook wanneer die (in de beleving van de veroordeelde) een verzwarende opleveren van het leed of nadeel dat met de sanctie wordt toegebracht. Voor het tweede lid betekent dit dat geen beroep open staat voor degene die een onherroepelijke sanctie opgelegd heeft gekregen wanneer de op het strafbare feit gestelde straf of de algemene bepalingen over de sancties worden aangepast in voor de veroordeelde *gunstige* zin. Wijzigingen in de tenuitvoerlegging van sancties worden in deze benadering door tenuitvoerleggende instanties onmiddellijk toegepast, ook op reeds veroordeelden. Wijzigingen in het sanctierecht zelf hebben, in het geval de wetgever niet heeft voorzien in overgangsrecht, voor de lopende tenuitvoerlegging van sancties geen betekenis.

Tegen een benadering die wijzigingen in de tenuitvoerlegging zonder nadere beschouwing in beginsel onmiddellijk toepasbaar acht, zijn verschillende bezwaren aan te voeren. Het onderscheid tussen sanctieoplegging en tenuitvoerlegging is immers niet altijd helder te maken,<sup>1</sup> en

---

1 Zie bijvoorbeeld de noot van J.M. Reijntjes bij HR 6 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:389, NJ 2020/263, waar de auteur stelt 'dat de regeling over de tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke straf wegens schending van de algemene voorwaarde diep verknocht is met de strafoplegging — en wel in die mate, dat van zuivere executievoorschriften niet meer kan worden gesproken'.

wijzigingen op terreinen die traditioneel tot de tenuitvoerlegging worden gerekend, zoals de voorwaardelijke invrijheidsstelling, kunnen aanzienlijke wijzigingen voor veroordeelden met zich voeren. Knigge schreef daarom al in 1984 dat ‘de eisen van rechtszekerheid’ onder omstandigheden reden kunnen geven om het oude recht toe te passen, zonder dat deze eisen worden gezien als onderdeel van artikel 1 Sr.<sup>2</sup> Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM), dat aanvankelijk in de toepassing van artikel 7 EVRM een tamelijk strikt onderscheid maakte tussen de oplegging van een straf en de tenuitvoerlegging daarvan,<sup>3</sup> achtte in het *Del Río Prada*-arrest artikel 7 EVRM voor het eerst geschonden door onmiddellijke toepassing van een wijziging in de regeling van de voorwaardelijke invrijheidsstelling.<sup>4</sup> De reikwijdte van artikel 7 EVRM strekt zich onder bijzondere omstandigheden ook uit tot de fase van tenuitvoerlegging. De *Del Río Prada*-uitspraak bewoog de Nederlandse wetgever ertoe om bij de invoering van de Wet Straffen en beschermen, waarbij de voorwaardelijke invrijheidsstelling voor gevallen waarin een gevangenisstraf is opgelegd die langer duurt dan zes jaar in duur aanzienlijk is verkort, te voorzien in overgangsrecht dat voorkomt dat reeds veroordeelden langer in detentie moeten doorbrengen dan voorzienbaar was ten tijde van hun veroordeling.<sup>5</sup>

De vraag rijst nu of het wenselijk zou zijn om ook de reikwijdte van het *lex mitior*-beginsel, of mildheidsgebod, zoals dat ligt besloten in onder meer het tweede lid van artikel 1 Sr en in artikel 7 EVRM, uit te breiden in die zin dat ook in de tenuitvoerleggingsfase nog een beroep kan worden gedaan op dit beginsel. Is er wellicht reden om ook ten aanzien van *verlichtingen* in het strafrechtelijk sanctierecht aan het *lex mitior*-beginsel een rol toe te kennen die zich uitstrekt tot de executiefase?

---

2 G. Knigge, *Verandering van wetgeving. Beschouwingen over de art. 4 A.B. en 1 Sr.* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 230. Knigge beschrijft daarnaast dat de beperking van artikel 1, eerste lid Sr, tot lopende vervolgingen reeds bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht ter discussie stond. De inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek ging gepaard met de inwerkingtreding van de Beginselenwet Gevangeniswezen, die in bepaalde gevallen tot een versobering van het detentieregime leidde, waardoor deze vraag gelijk actueel was. Zie Knigge, *Verandering van wetgeving* 1984, p. 228-231.

3 EHRM 17 september 2009, 10249/03, ECLI:CE:ECHR:2012:0522JUD00012605 (Scoppola/ Italië), EHRC 2009/123, m.nt. Peristeridou en Spronken.

4 EHRM 21 oktober 2013, 42750/09, ECLI:CE:ECHR:2013:1021JUD004275009 (Del Río Prada/ Spanje).

5 Artikel IV lid 3, Wet van 24 juni 2020, *Stb.* 2020/224.

In deze bijdrage kijken we naar verlichtingen in het sanctierecht die zich voordoen na het onherroepelijk worden van de straf. Deze thematiek houdt niet alleen de Hoge Raad, maar blijkt de rechtspraak van het EHRM meer landen bezig. Uit 's Hofs rechtspraak kan worden afgeleid dat de thematiek in twee vraagpunten uiteenvalt: welk recht geldt wanneer ten tijde van de tenuitvoerlegging van een sanctie het ter zake geldende recht in voor de veroordeelde nadelige (anders gezegd verzwarende) zin wijzigt en welk recht geldt wanneer ten tijde van de tenuitvoerlegging van een straf het ter zake geldende recht in voor de veroordeelde positieve (dus verlichtende) zin wijzigt? Met betrekking tot de eerste vraag constateren wij dat daaraan in 's Hofs rechtspraak en literatuur de nodige aandacht is geschonken.<sup>6</sup> De tweede vraag, over versoepelingen van het sanctierecht, kreeg minder aandacht.<sup>7</sup> Daarom richten wij in het vervolg van onze bijdrage daarop onze blik. We kijken naar de ontwikkelingen in Europees verband, zowel in de context van het EVRM als van de Europese Unie, en naar de Nederlandse situatie, om zo te bekijken *wat de betekenis van het legaliteitsbeginsel is en kan zijn voor wijzigingen in het sanctierecht die plaatshebben na het onherroepelijk worden van de sanctie*. We gaan echter eerst kort in op het arrest dat ons tot deze vragen inspireerde.

## 2. Toepassing van de *lex mitior* na de inwerkingtreding van de Wet USB?

De concrete aanleiding voor deze bijdrage is gelegen in een arrest dat de Hoge Raad wees enkele maanden na de inwerkingtreding van de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen, oftewel de Wet USB. Deze wet voorzag in een aanzienlijk aantal wijzigingen in de tenuitvoerlegging van sancties, en betrof het herstel van een legislatieve vergissing als gevolg waarvan aan de schadevergoedingsmaatregel van artikel 36f Sr de vervangende hechtenis was verbonden. Met de Wet USB

6 Zie EHRM 21 oktober 2013, 42750/09, ECLI:CE:ECHR:2013:1021UD004275009 (Del Rio Prada/Spanje), par. 89 en S. Sanz-Caballero, 'The Principle of Nulla Poena Sine Legal Revisited: The Retrospective Application of Criminal Law in the Eyes of the European Court of Human Rights', *The European Journal of International Law* 2017, afl. 3, p. 811.

7 Het 'huidige strafrechtsklimaat' kan daarvoor als verklaring dienen. Aldus J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 135. Groenhuijsen is op dit punt directer en spreekt van een 'harder strafrecht'; zie o.a. zijn 'Twintig jaar rechtsontwikkeling in het strafrecht', in: A.M.J. van den Biggelaar e.a. (red.), *20 Jaar rechtsontwikkeling. Bundel uitgegeven ter gelegenheid van het vierde lustrum van JUVAT, vereniging voor afgestudeerden van de Tilburgse Faculteit der Rechtsgeleerdheid*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 81-82.

werd de vervangende hechtenis, omdat deze ‘ten onrechte associaties met bestraffing’ oproept, gewijzigd in het dwangmiddel gijzeling (artikel 36f lid 5 Sr en artikel 6:4:20 Sv).<sup>8</sup>

Artikel XLIVA van de Invoeringswet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen bepaalde dat de vervangende hechtenis wordt tenuitvoergelegd op grond van het vóór inwerkingtreding van de Wet USB geldende recht, met uitzondering van de toepasbaarheid van (voor zover hier relevant) artikel 6:4:20, lid 4, tweede volzin Sv. Dat bepaalt dat de gijzeling – en dus ook de vervangende hechtenis – op ieder moment kan worden beëindigd door de Minister van Justitie en Veiligheid. Daarmee is de tenuitvoerlegging van reeds opgelegde vervangende hechtenis dus gedeeltelijk met de gijzeling gelijkgetrokken. Een vergelijkbare overeenkomstige toepassing is echter niet voorzien met betrekking tot artikel 6:4:20 lid 3 Sv, dat bepaalt dat de gijzeling überhaupt niet wordt toegepast in het geval de veroordeelde aannemelijk maakt dat hij in betalingsonmacht verkeert.

Het was vanwege het ontbreken van overeenkomstige toepassing van het derde lid van artikel 6:4:20 Sv dat de Hoge Raad bepaalde dat de nieuwe bepalingen gunstiger waren voor de verdachte dan de oude.<sup>9</sup> De Hoge Raad acht de overgangsrechtelijke bepaling, die toepassing van de gunstiger bepaling uitsluit, strijdig met het bepaalde in artikel 7 EVRM, artikel 15 lid 1 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en – voor zover van toepassing – artikel 49 lid 1 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest). Hiermee bleef tot in cassatie de mogelijkheid bestaan een opgelegde vervangende hechtenis te wijzigen in een gijzeling. Tot zover niets nieuws onder de zon.<sup>10</sup> De Hoge Raad casseerde in het recente arrest ambtshalve, maar gaf daarbij wel aan dat deze mogelijkheid slechts zal worden benut indien de cassatieschriftuur is ingediend tot een maand na publicatie van het arrest.<sup>11</sup>

8 *Kamerstukken II* 2014/15, 34086, nr. 3, p. 116.

9 HR 26 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:914, *NJ* 2020/409, m.nt. Ten Voorde.

10 HR 26 juni 1962, ECLI:NL:HR:1962:3, *NJ* 1963/12, m.nt. Pompe.

11 In november 2020 gaf de Hoge Raad aan – in weerwil van de contraire suggestie van zijn advocaat-generaal – deze mogelijkheid evenmin te gebruiken indien wel cassatie is ingesteld, maar dit beroep op grond van artikel 80a RO niet-ontvankelijk is verklaard. Zie HR 3 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1731.

Het arrest roept de vraag op wat er zal gebeuren met de gevallen waarin nog onder de oude regelgeving vervangende hechtenis is opgelegd. Zal het Openbaar Ministerie overgaan tot de tenuitvoerlegging van een sanctie die in combinatie met de schadevergoedingsmaatregel inmiddels niet meer kan worden opgelegd omdat deze een onnodige connotatie met bestraffing draagt en omdat deze de ontsnappingsmogelijkheid ontbeert om tenuitvoerlegging achterwege te laten indien aannemelijk is geworden dat de veroordeelde buiten staat is te betalen?<sup>12</sup>

### 3. Milder worden van de straf tijdens executiefase

#### 3.1 *Ontwikkeling in rechtspraak van het EHRM*

In de rechtspraak van het EHRM is een ontwikkeling waarneembaar waarbij het Hof is gegaan van een formele beoordeling van het onderscheid tussen strafoplegging en executie, naar een inhoudelijke beoordeling.<sup>13</sup> Met deze ontwikkeling is het beschermingsbereik van het legaliteitsbeginsel als vervat in artikel 7 EVRM uitgebreid tot ná veroordeling, dus hangende de tenuitvoerlegging van de sanctie. Dit roept de vraag op of ook het toepassingsbereik van het eveneens in dat artikel besloten liggende mildheidsgebod zou kunnen worden uitgebreid tot na veroordeling. 's Hof's rechtspraak zou met andere woorden zo kunnen worden opgevat dat ook reeds veroordeelden een beroep kunnen doen op het mildheidsgebod dat wordt ingelezen in artikel 7 EVRM bij versoepelingen in de executiefase.

Het Hof loopt hier echter niet op de verdragsstaten vooruit. In de zaak *Gouarré Patte* was klager wegens een, gedurende de uitoefening van zijn beroep, begaan seksueel misdrijf in Andorra onder meer veroordeeld tot ontzetting van het beroep van arts. Op grond van het op dat moment in

12 In een recent arrest bepaalde de Hoge Raad in verband met de wijziging van lijfswang in gijzeling bij de ontnemingsmaatregel dat 'redelijke wetstoepassing' met zich meebrengt dat, ook al heeft de rechter deze maatregel vóór 1 januari 2020 opgelegd en dus ook lijfswang opgelegd, het Openbaar Ministerie na 1 januari 2020 een vordering doet om gijzeling toe te passen en de rechter de (duur van de) gijzeling bepaalt. Zie HR 26 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:109. Of deze wetsuitleg ook op het hierboven besproken geval kan worden toegepast, ligt wellicht voor de hand, maar is niet zeker, omdat anders dan bij ontneming de gijzeling bij de schadevergoedingsmaatregel niet door tussenkomst van de rechter wordt tenuitvoergelegd.

13 EHRM 21 oktober 2013, 42750/09, ECLI:CE:ECHR:2013:1021JUD004275009 (Del Rio Prada/ Spanje).

Andorra geldende wetboek van strafrecht kon deze bijkomende straf levenslang voortduren. Nadien werd het wetboek vervangen en deze straf gemaximeerd. Het nieuwe wetboek bepaalt in artikel 7 lid 3 dat wanneer strafmaxima worden verlaagd, ook ‘veroordeelden’ daarvan kunnen profiteren en dat herziening van de straf moet volgen. Het nieuwe wetboek bevat ook een bepaling van overgangsrecht, waarin staat dat een veroordeelde een verzoek kan indienen tot revisie van een reeds onherroepelijk geworden straf. Deze bepaling beperkt revisie echter tot een vrijheidsstraf. Klager stapte desalniettemin naar de rechter met het verzoek om revisie van zijn reeds onherroepelijke bijkomende straf. Het verzoek werd afgewezen. Daarop stapte klager naar het EHRM.

Voor het EHRM staat voorop dat de rechter een in de ogen van de wetgever proportionele straf moet opleggen en die straf moet kunnen wijzigen wanneer de wetgever een andere straf proportioneel acht en het beginsel van retroactieve werking expliciet in zijn wetgeving onderkent.<sup>14</sup> Wanneer het nationale recht vervolgens in algemene zin voorziet in de mogelijkheid van revisie van reeds opgelegde sancties, dan mag die mogelijkheid in dat geval niet tot bepaalde straffen (zoals in de onderhavige zaak het geval was) worden beperkt.<sup>15</sup> Hierin lezen wij geen verplichting tot het invoeren van de mogelijkheid tot revisie bij verandering van wetgeving die leidt tot een mildere straf. Wanneer echter die mogelijkheid wordt geboden en het nationale recht erkent het beginsel van retroactieve werking ogenschijnlijk zonder beperkingen, dan mag het overgangsrecht niet tot bepaalde gevallen worden beperkt. In arresten waarin naar het arrest in de zaak *Gouarré Patte* wordt verwezen, wordt deze koppeling van het mildheidsgebod ten aanzien van zich reeds in de fase van tenuitvoerlegging bevindende sancties met het bestaan van overgangsrecht

---

14 EHRM 12 januari 2016, 33427/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0112JUD003342710 (*Gouarré Patte/Andorra*), par. 35.

15 Het nieuwe wetboek voorziet in artikel 7 lid 3 in de volgende omschrijving van het mildheidsgebod met betrekking tot strafrechtelijke sancties: ‘Lorsqu’une loi postérieure réduit la peine ou la mesure de sécurité prévue pour une infraction, la personne condamnée en application de la loi antérieure bénéficie également de la disposition la plus favorable. Le tribunal qui a prononcé le jugement doit réviser d’office le jugement affecté par la nouvelle loi plus favorable.’ Naar de letter bezien wordt met ‘la personne condamnée’ niet slechts bedoeld de persoon die tot een vrijheidsbenemende sanctie is veroordeeld. Artikel 7 lid 3 en het overgangsrecht sloten dus niet goed op elkaar aan. Zou in artikel 7 lid 3 een beperking zijn aangebracht, en zou het overgangsrecht daarmee in overeenstemming zijn, dan is twijfelachtig of dat overgangsrecht strijdig was met artikel 7 EVRM.



(en de daarin opgenomen mogelijkheid tot revisie) telkens genoemd: ‘In the recent case of *Gouarré Patte v. Andorra* the Court extended the guarantees of Article 7 to the possibility of retrospective revision of the final sentence if the domestic law provided for such a possibility.’<sup>16</sup> Kort nadat het arrest in de zaak *Gouarré Patte* werd gewezen leek het Hof te benadrukken dat het geen zelfstandige toepassing van het beginsel van retroactieve werking in de fase van de tenuitvoerlegging erkende, maar dat het Hof ‘relied on the choice of the legislator in introducing retrospectiveness of more lenient punishments’.<sup>17</sup> Die frase verklaart de terughoudendheid die wij zojuist betrachtten: wanneer de wetgever ervoor kiest het mildheidsgebod onverkort op reeds onherroepelijk veroordeelde personen van toepassing te verklaren, houdt het Hof de verdragsstaat aan de keuze van zijn wetgever. A contrario leiden wij daaruit af dat wanneer de nationale wetgever het mildheidsgebod ten aanzien van onherroepelijk veroordeelde personen niet in zijn wetgeving heeft erkend, het Hof die beperking aanvaardt.

In een latere uitspraak van het Hof zien we de expliciete verwijzing naar de keuze van de wetgever niet terug.<sup>18</sup> Wat daarvan te denken? In zijn ‘recapitulation of the relevant principles’ in de betreffende uitspraak verwijst het Hof als volgt naar het arrest in zaak *Gouarré Patte*: ‘In its judgment in the case of *Gouarré Patte v. Andorra* the Court extended the guarantees of Article 7 concerning the retrospectiveness of the more lenient criminal law to the possibility of retrospective revision of the final sentence if domestic law provided for such a possibility (see *Gouarré Patte v. Andorra*, (...), §§ 33 to 36, 12 January 2016).’<sup>19</sup> Op het eerste gezicht lijkt de keuze van de wetgever om het mildheidsgebod ook van toepassing te verklaren op reeds onherroepelijk veroordeelde personen geen relevant gegeven meer; slechts van belang is dat in het nationale recht de mogelijkheid van revisie wordt geboden. Tegelijkertijd verwijst het Hof naar paragraaf 33 tot en met 36 van het arrest *Gouarré Patte*. Daarin, meer in het bijzonder

16 EHRM 12 juli 2016, 8927/11, ECLI:CE:ECHR:2016:0712JUD000892711 (*Ruban/Oekraïne*), par. 39; EHRM 24 januari 2017, 67503/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD006750313 (*Koprivnikar/Slovenië*), par. 49.

17 EHRM 12 juli 2016, nr. 8927/11, ECLI:CE:ECHR:2016:0712JUD000892711 (*Ruban/Oekraïne*), par. 39.

18 EHRM 24 januari 2017, nr. 67503/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD006750313 (*Koprivnikar/Slovenië*).

19 EHRM 24 januari 2017, nr. 67503/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD006750313 (*Koprivnikar/Slovenië*), par. 49.