Preadvies

van de

Advies Commissie Strafrecht

inzake

Opheffen samenloop van regelingen m.b.t. het tijdelijk verlaten van de inrichting

Inleiding

Directe aanleiding voor dit wetsvoorstel van de Minister van Justitie vormt het zich onttrekken door Saban B. aan zijn voorlopige hechtenis nadat door het gerechtshof een schorsing daarvan van 7 dagen was verleend in verband met een bezoek aan zijn pasgeboren kind.
In het op deze gebeurtenis volgende interpellatiedebat van 23 september 2009 in de Tweede Kamer geeft de Minister van Justitie aan dat hij er over denkt artikel 80 WvSv in die zin te wijzigen dat in geval van persoonlijke omstandigheden geen beroep meer gedaan kan worden op de in artikel 80 Sv aangewezen rechter (Handelingen TK 2009-2010, 23 september 2009, p. 276).
In het thans voorliggende wetsvoorstel haalt de Minister de bevoegdheid te oordelen over het tijdelijk verlaten van de inrichting tijdens de voorlopige hechtenis inderdaad weg bij de (straf)rechter (het voorgestelde artikel 80 lid 7 onder c Sv) en brengt die over naar de administratie (het voorgestelde art. 570b Sv). Daarmee wordt de mogelijkheid tot tijdelijke schorsing van de voorlopige hechtenis vanwege persoonlijke omstandigheden aan de (stringente) eisen van de Regeling Tijdelijk Verlaten Inrichting gebonden.

De Adviescommissie constateert dat de beide in voornoemd interpellatiedebat aangenomen moties van de kamerleden Teeven, Van Velzen en Van der Staaij (TK 2009-2010, 32 143 nr.1 en TK 2009-2010, 32 143 nr. 2) een betere communicatie binnen het Openbaar Ministerie resp. het weigeren van een schorsing van de voorlopige hechtenis bij ongewenst verklaarde vreemdelingen beogen, en dat zij niet zover gaan als de door de Minister aangekondigde en thans ook in het wetsvoorstel neergelegde totale wegneming van de *tijdelijke* schorsingsbevoegdheid bij de strafrechter.

De strafrechter blijft bevoegd daar waar het gaat om een *algehele* schorsing van de voorlopige hechtenis vanwege persoonlijke omstandigheden, zij het dat het wetsvoorstel ook die bevoegdheid aan banden beoogt te leggen: de strafrechter mag geen schorsing van de voorlopige hechtenis meer bevelen indien:

- de verdachte tot ongewenst vreemdeling is verklaard dan wel ten aanzien van hem een procedure tot ongewenstverklaring loopt, tenzij deze is geschorst;
- vaststaat dat de verdachte na detentie wordt over- of uitgeleverd dan wel ten aanzien van hem een dergelijke procedure loopt, tenzij deze is geschorst.

De Adviescommissie hecht er aan reeds nu, bij wijze van inleiding, op te merken dat zij uiterst kritisch is op incidentenwetgeving, omdat juist hierdoor het vertrouwen in de onafhankelijke rechter kan worden ondermijnd. De bestaande regeling over het tijdelijk schorsingsbeleid heeft tot nu toe naar behoren gewerkt. Een eenmalig "ongewenste" beslissing van het Gerechtshof te Arnhem, waarvan de achtergronden slechts beperkt gekend zijn, kan en mag er niet toe leiden dat de rechter als het ware wordt gestraft en hem

Kopie 24/02/2010

Kopie 03/11/2010

een bevoegdheid wordt ontnomen. Een ongewenste uitspraak maakt de rechterlijke macht niet ongeschikt voor het nemen van beslissingen over het tijdelijk verlaten van de inrichting. mr. Corstens, president van de Hoge Raad, concludeerde in oktober 2009 dat politici "onbesuisd" zijn in het geven van meningen over rechterlijke uitspraken. Thans leidt die onbesuisdheid zelfs tot een (voorstel tot) wetswijziging. De Adviescommissie meent dat er reden is voor ernstige zorg.

Voorts ontbreekt in het wetsvoorstel iedere vorm van cijfermatige onderbouwing. Hoe vaak wordt er door de rechter tijdelijk geschorst en in wat voor soort gevallen? In welke gevallen schorst de directeur van de Penitentiaire Inrichting (PI) en in welke gevallen niet? Hoe vaak gaat het "fout"?

Tot slot van deze inleidende woorden kan worden afgevraagd of in het wetsvoorstel voldoende rekening wordt gehouden met het feit dat bij de beslissing door de directeur van de PI niet in rechtsbijstand wordt voorzien, terwijl dat wel het geval is bij de tijdelijke schorsingsverzoeken ten overstaan van de rechter.

De onmogelijkheid van een beroep op de strafrechter ingeval van een verzoek tot het tijdelijk mogen verlaten van de inrichting:

Artikel 5 EVRM luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

> *1. Een ieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve in de navolgende gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure:*
> *(...)*
> *c. indien hij op rechtmatige wijze is gearresteerd of gedetineerd teneinde voor de bevoegde rechterlijke instantie te worden geleid, wanneer er een redelijke verdenking bestaat, dat hij een strafbaar feit heeft begaan of indien het redelijkerwijs noodzakelijk is hem te beletten een strafbaar feit te begaan of te ontvluchten nadat hij dit heeft begaan;*
> *(...)*
> *3. Een ieder die is gearresteerd of gedetineerd, overeenkomstig lid 1.c van dit artikel, moet onverwijld voor een rechter worden geleid of voor een andere magistraat die door de wet bevoegd verklaard is rechterlijke macht uit te oefenen en heeft het recht binnen een redelijke termijn berecht te worden of hangende het proces in vrijheid te worden gesteld. De invrijheidstelling kan afhankelijk worden gesteld van een waarborg voor de verschijning van de betrokkene ter terechtzitting.*
> *4. Een ieder, wie door arrestatie of detentie zijn vrijheid is ontnomen, heeft het recht voorziening te vragen bij het gerecht opdat deze spoedig beslist over de rechtmatigheid van zijn detentie en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de detentie onrechtmatig is.*
> *(....).*

Het wetsvoorstel betekent een belangrijke inperking van de mogelijkheden van een voorlopig gehecht persoon om met een (direct) beroep op een rechter de rechtmatigheid van zijn detentie te laten toetsen. De Minister is van mening dat de regeling desalniettemin voldoet aan de internationale mensenrechtenverdragen omdat de wet voorziet in een passende regeling van de rechtsbescherming (Wetsvoorstel, p. 7):

> *'De Pbw (hoofdstuk XIII) en de Bjj (hoofdstuk XV) voorzien in rechtsbescherming bij de onafhankelijke rechter in geval van weigering van het (incidenteel) verlof of de detentieonderbreking. De gedetineerde kan tegen een beslissing van de directeur om het verlof te weigeren zijn beklag doen bij de beklagsommissie van de aan iedere inrichting*

Kopie Kopie 24/02/2010

verbonden Commissie van Toezicht. Tegen de uitspraak van de beklagcommissie kan de gedetineerde vervolgens beroep instellen bij de beroepscommissie van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ), een onafhankelijk rechterlijk college.'

De Adviescommissie deelt die mening van de Minister van Justitie niet.
Zoals de Minister van Justitie zelf ook aangeeft in het wetsvoorstel (p. 2), ligt aan de huidige wettelijke regeling van de schorsing van de voorlopige hechtenis het uitgangspunt ten grondslag dat voorlopige hechtenis alleen in gevallen van uiterste noodzakelijkheid dient te worden toegepast en te worden beëindigd, zodra dat mogelijk is en waar mogelijk ook door alternatieven dient te worden vervangen.
De Minister lijkt te suggereren dat dit uitgangspunt alleen geldt voor de in tijd onbeperkte schorsing. Dat is echter niet juist. Zij geldt ook voor de tijdelijke schorsing, waarbij sprake kan zijn van zodanig dringende (humanitaire) omstandigheden dat die opwegen tegen het (maatschappelijk belang bij het) voortduren van de voorlopige hechtenis en dat het onder die omstandigheden laten voortduren van de detentie in plaats van het tijdelijk in vrijheid stellen onrechtmatig is. Gedacht kan worden aan de aanwezigheid van een gedetineerde bij het afscheid nemen van een stervende vader, moeder of kind en/of het bijwonen van de begrafenis of crematie van een dergelijk familielid. Het niet in staat stellen van de gedetineerde daar bij aanwezig te zijn kan een schending van artikel 8 EVRM opleveren en daarmee de rechtmatigheid van die detentie aantasten[1]. In die zin is artikel 5 EVRM ook op de tijdelijke schorsing van de voorlopige hechtenis van toepassing.

Het moet daarom mogelijk blijven in dergelijke gevallen een rechtstreeks beroep op een rechter te kunnen doen, waarbij het van belang is dat die procedure voldoet aan de artikel 5 lid 4 EVRM gestelde voorwaarden. En daar gaat het met de rechtsbescherming die de Minister voor ogen heeft mis.
Zo kent artikel 5 lid 4 EVRM een gedetineerde niet alleen het recht toe over de rechtmatigheid van zijn detentie een *spoedige* beslissing te krijgen[2], maar waarborgt dit artikel ook dat de rechter die over de rechtmatigheid van die detentie oordeelt bevoegd is de *invrijheidstelling* te bevelen wanneer de detentie onrechtmatig wordt geoordeeld. Daarnaast heeft het EHRM bepaald dat omstandigheden met zich mee kunnen brengen dat een (voorlopig gehechte) gedetineerde in die rechterlijke procedure het recht heeft *in persoon te worden gehoord*.

Spoedig
De toepasselijke rechterlijke procedure waarnaar de Minister verwijst, te weten die waarbij een beroep op de onafhankelijke rechter van de RSJ kan worden gedaan, kent geen spoedig verloop. Het interpellatiedebat geeft ons daarvan al een voorbeeld (Handelingen II 'Op vrije voeten komen Saban B.', 23 september 2009, p.301-302):

> (Opmerkingen Minister van Justitie Hirsch Ballin:)
> *'In deze zaak heeft de directeur van de inrichting consequent een goede lijn gevolgd. De directeur heeft dat volgehouden, ook nadat de Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming had geoordeeld dat de weigering van het verlof op dat moment niet terecht was geweest. Vervolgens heeft de directeur geconcludeerd dat er voor hem voldoende reden was om het verlof opnieuw te weigeren, aangezien de situatie waarvoor het verlof was gevraagd, een bevalling, inmiddels voorbij was.'*

---

[1] Zie Ploski t. Polen, EHRM 12 november 2002, Appl.no. 26761/95:
[2] Zie ook de tekst van artikel 5 lid 4 waarin de gedetineerde het recht heeft voorziening te vragen bij het gerecht opdat deze *spoedig* beslist.

Kopie
24/02/2010

Wat hieruit naar voren komt is dat de directeur het door Saban B. kennelijk gevraagde incidenteel verlof (maximaal 60 uur) tot het bijwonen van de bevalling heeft geweigerd, waarna Saban B. beroep tegen die beslissing heeft aangetekend. De RSJ heeft vervolgens het beroep gegrond verklaard en daarmee aangegeven dat de directeur – alles afwegende – het incidenteel verlof ten onrechte had geweigerd. Deze beslissing werd echter op een dermate laat tijdstip genomen, dat hij niet meer actueel was: de bevalling had reeds plaats gevonden. Dit zegt veel over de procedure en de tijd die ermee is gemoeid voordat een rechter over een door de directeur afgewezen verzoek om tijdelijke schorsing heeft beslist. Die is zo lang dat in het algemeen en gelet op de vaak dringende persoonlijke omstandigheden, de rechterlijke beoordeling van de tijdelijke schorsing van de voorlopige hechtenis als mosterd na de maaltijd komt. De voorlopige gehechte gedetineerde kan pas de tussenkomst van de rechter (beroepscommissie RSJ) inroepen als hij zich over de beslissing van de directeur bij de beklagcommissie van de inrichting heeft beklaagd (art. 60 jo 69 Pbw) en/of bij de selectiefunctionaris bezwaar heeft aangetekend (art. 72 Pbw) en die het beklag resp. het bezwaar ongegrond heeft verklaard. Vervolgens duurt het na het instellen van beroep nog geruime tijd voordat de beroepscommissie, die alle partijen moet horen, heeft beslist. Daarmee voldoet die procedure niet aan het in artikel 5 lid 4 EVRM neergelegde recht op een spoedige beslissing.

Datzelfde geldt voor de procedure waarbij een voorlopig gehechte gedetineerde gebruik maakt van de in artikel 66 Pbw gecreëerde mogelijkheid om hangende de uitspraak op het klaag- c.q. beroepschrift de tussenkomst van de voorzitter van de beroepscommissie van de RSJ in te roepen. Hoewel deze procedure wel wordt gezien als een soort 'kort geding' binnen het penitentiaire recht, is ook daarmee zoveel tijd gemoeid, dat die evenmin kan leiden tot een *spoedige* rechterlijke beslissing: vóórdat naar de voorzitter kan worden gestapt, moet namelijk bij de directeur het verzoek zijn ingediend, waarna de directeur op het verzoek moet beslissen.
Ook deze aan de procedure bij de rechter voorafgaande administratieve procedure telt mee bij de beoordeling of de beslissing door de rechter 'spoedig' kan worden genomen.[3]

Bevoegdheid invrijheidstelling te bevelen
De voorzitter van de beroepscommissie die ex artikel 66 Pbw wordt gevraagd om een oordeel kan bovendien de beslissing van de directeur niet ongedaan maken: hij kan deze slechts schorsen waarna de directeur een nieuw besluit moet nemen. Zoals uit de tekst van artikel 5 lid 4 EVRM ondubbelzinnig blijkt, moet de rechter tot wie een verzoek tot invrijheidstelling wordt gericht de bevoegdheid hebben om bij geconstateerde onrechtmatigheid van de detentie de invrijheidstelling van de gedetineerde te bevelen. Ook in die zin voldoet de procedure van artikel 66 Pbw niet aan artikel 5 lid 4 EVRM.

Horen in persoon
In de procedure bij de beroepscommissie ex artikel 69 lid 3 en 73 lid 3 Pbw is bovendien een voorziening geschapen waarbij de beroepscommissie kan besluiten dat de betrokkenen uitsluitend *schriftelijk* worden gehoord en kent de regeling ex artikel 69 Pbw, die van de voorlopige voorziening, de gedetineerde in het geheel niet het recht toe om door de voorzitter *in persoon* te worden gehoord: dat artikel bepaalt dat slechts de directeur wordt gehoord.
Het EHRM heeft in zijn oordeel in de zaak Kampanis t. Griekenland (13 juli 2005, nr.A318-B, NJCM 1995, p. 945), onder verwijzing naar de eerder aangehaalde zaak Sanchez-Reisse, over het recht van een gedetineerde in persoon over zijn verzoek om invrijheidstelling door de rechter te worden gehoord, het volgende geoordeeld:

[3] In de uitspraak Sanchez-Reisse tegen Zwitserland heeft het EHRM geoordeeld dat de periode die moet worden beoordeeld, de periode is die ligt tussen het moment waarop de betrokkene een verzoek indient bij de bevoegde autoriteit en het moment waarop de rechter daarover beslist (EHRM 21 oktober 1986, NJ 1988, 555, Sanchez-Reisse, § 54).

opie
24/02/2010
Kopie
03/11/2010

47. According to the Court's case-law, the possibility for a prisoner "to be heard either in person or, where necessary, through some form of representation" features in certain instances among the "fundamental guarantees of procedure applied in matters of deprivation of liberty" (see the Sanchez-Reisse v. Switzerland judgment of 21 October 1986, Series A no. 107, p. 19, para. 51). That is the case in particular where the prisoner's appearance can be regarded as a means of ensuring respect for equality of arms, one of the main safeguards inherent in judicial proceedings conducted in conformity with the Convention.

Het EHRM komt in deze zaak uiteindelijk tot een schending van artikel 5 lid 4 EVRM omdat de gedetineerde niet in staat was gesteld in persoon op de argumenten van de officier van justitie te reageren.
Nu in de procedure bij de beroepscommissie van de RSJ tegenover het horen van de directeur in art. 66 Pbw niet de mogelijkheid tot het horen van de voorlopige gehechte gedetineerde staat en aan de hoorplicht in andere gevallen categorisch voorbij kan worden gegaan (artt. 69 lid 3 en 73 lid 3 Pbw), kan niet worden gezegd dat de voorgestelde regeling voldoet aan de op dit punt door artikel 5 lid 4 EVRM geëiste waarborg voor een eerlijke procedure met inachtneming van de 'equality of arms'.

Conclusie:

De Minister vindt, zo blijkt uit het eerder genoemde interpellatie debat en anders dan de beroepscommissie van de RSJ destijds, dat in het geval van Saban B. de directeur (kennelijk) een juiste beoordeling had gemaakt. Je kunt je echter afvragen of, als het kraambezoek van Saban B. door de directeur was toegestaan (met alle beveiligingsmaatregelen waarmee de directeur bevoegd was geweest het te omkleden en gedurende de korte tijd waarbinnen een incidenteel verlof mogelijk was (hooguit twee dagen)), er nog wel reden was geweest voor Saban B. om een verzoek om schorsing bij het gerechtshof in te dienen c.q. voor het gerechtshof om een verzoek om schorsing in te willigen. Niet uit het oog mag worden verloren dat het onjuist afwegen van alle in het geding zijnde belangen in *eerste* instantie, zoals de RSJ nadien heeft geoordeeld, kan hebben meegewogen bij de latere beslissing van het gerechtshof[4] om de gevraagde schorsing voor kraambezoek alsnog toe te staan, met alle inmiddels bekende gevolgen van dien.
Het eenzijdig in het beklaagdenbankje plaatsen van de rechterlijke macht (staand en zittend) heeft thans niet alleen geleid tot maatregelen om de informatievoorziening te versterken zoals aangekondigd in de brief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 29 oktober 2009 naar aanleiding van het interpellatiedebat, maar moet er blijkens het wetsvoorstel nu ook toe leiden dat de bevoegdheid tot tijdelijke schorsing bij de rechterlijke macht wordt weggehaald.

De Adviescommissie meent dat het wetsvoorstel op dit punt te ver gaat en ernstig afbreuk doet aan de (internationaal gewaarborgde) rechtsbescherming van de voorlopig gehechte gedetineerde. Zij is dan ook van mening dat dit onderdeel daarom zou moeten worden geschrapt. Bovendien bevatten de beide door de meerderheid in de Kamer aangenomen moties Teeven niet de wens te komen tot een dergelijke verstrekkende regeling.

<u>Zwaardere regels voor voorlopig gehechte gedetineerden ten opzichte van afgestrafte gedetineerden ?</u>

De Minister van Justitie heeft in de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel tevens aangegeven wat hem voor ogen staat bij de inhoud van de regeling die in de algemene

[4] vanwege het geheim van de raadkamer zullen we dat nooit weten.

Kopie 20/01/2010

maatregel van bestuur krachtens artikel 26 Pbw wordt opgenomen. Als zodanig maakt die regeling, hoewel tot de bevoegdheid van de Minister behorend, onderdeel uit van dit door de Tweede Kamer te beoordelen wetsvoorstel.

Belangrijk is van de Minister van Justitie te vernemen of hij met de regeling die hem voor ogen staat beoogt de voorlopig gehechte gedetineerden een ander – strikter – verlof regime te geven dan de afgestrafte gedetineerden.
Vooralsnog heeft het daar wel de schijn van: het verschil lijkt hierin te bestaan, dat voorlopig gehechte gedetineerden de inrichting in beginsel slechts voor één dag, maximaal twee, kunnen verlaten vanwege persoonlijke omstandigheden en dat deze periode slechts langer kan duren *'in zeer uitzonderlijke en humanitair dringende omstandigheden'* tenzij sprake is van een weigeringsgrond als geformuleerd in de regeling én het openbaar ministerie heeft aangegeven dat er geen strafvorderlijke belangen zijn die zich daartegen verzetten. Daarbij is het de Minister van Justitie aan wie de beslissingsbevoegdheid toekomt.
Voor afgestrafte gedetineerden lijkt thans een ruimere regeling te gelden. Voor hen is het mogelijk een strafonderbreking te krijgen van minimaal twee etmalen en maximaal drie maanden wegens *'zodanig bijzondere omstandigheden in de persoonlijke sfeer, dat niet kan worden volstaan met een andere vorm van verlof'* (art. 34 van de Regeling), welke omstandigheden in andere artikelen nader zijn ingevuld: afgestrafte gedetineerden kunnen strafonderbreking krijgen voor verzorging van een ernstig zieke levenspartner, kind of ouder, voor het bijwonen van de bevalling van de levenspartner, voor een bezoek aan een in levensgevaar of ernstig psychische nood verkerend familielid of een sterfgeval.
Dit lijkt een andere en ruimere regeling te zijn dan het criterium dat de Minister in geval van voorlopig gehechte gedetineerde wil invoeren, te weten de 'zeer uitzonderlijke en humanitair dringende omstandigheden.' Op dit punt zou de Adviescommissie graag vernemen of de Minister inderdaad een strenger regime voor voorlopige gehechte gedetineerden wil invoeren en spreekt het de wens uit dat het wetsvoorstel nader wordt toegelicht.
De adviescommissie wil hierbij opmerken dat het EHRM herhaaldelijk heeft uitgemaakt dat met name bij preventieve hechtenis de rechter in concreto moet motiveren waarom vrijheidsbeneming noodzakelijk is en dat gelet op de presumptie van onschuld deze overwegingen zwaarwegend moeten zijn.[5] Hiermee valt niet te verenigen dat voorlopig gehechte verdachten strenger worden behandeld dan veroordeelden.

Bij afgestrafte gedetineerden kan de strafonderbreking bovendien niet worden geweigerd vanwege 'strafvorderlijke belangen', terwijl dit bij voorlopig gehechten wel het geval is. Onnodig op te merken dat er in geval van voorlopig gehechten áltijd strafvorderlijke belangen zullen spelen, zodat het de Adviescommissie voorkomt dat een tijdelijke schorsing van de voorlopige hechtenis langer dan twee dagen na invoering van deze regeling niet meer mogelijk is.

→ **<u>Het uitsluiten van schorsing van de voorlopige hechtenis bij ongewenstverklaarden:</u>**

Niet in overeenstemming met de eisen van artikel 5 EVRM
De door de Minister van Justitie gegeven rechtvaardiging van het uitsluiten van de mogelijkheid van schorsing in het geval er sprake is van een (dreigende) ongewenstverklaring overtuigt de Adviescommissie niet en ook hier constateert zij een (dreigende) schending van artikel 5 EVRM.
Helder voor ogen moet blijven staan dat het wetsvoorstel een regeling beoogt voor (al dan niet tijdelijke) schorsing van de voorlopige hechtenis in geval persoonlijke omstandigheden daartoe nopen. Daarbij wordt veelal gedoeld op situaties die menselijkerwijs zo dringend zijn dat er een kritische afweging behoort plaats te vinden tussen het belang van de

[5] Zie voor recente bevestiging de uitspraken EHRM 12 maart 2009, Aleksandr Makarov v. Russia, no. 15217/07, § 117-118 en EHRM 12 juni 2008, Vlasov v. Russia, no. 78146/01, § 104.

maatschappij bij voortduring van de detentie en het zich op dat moment openbarende belang van de gedetineerde. Het maatschappelijk belang is gelegen in het uitschakelen van de risico's die invrijheidstelling met zich mee brengen. Er is een breed scala aan risico's dat invrijheidstelling met zich mee kan brengen, variërend van het ernstig schokken van de rechtsorde tot het voorkomen van het (wederom) plegen van strafbare feiten. De opstellers van het EVRM hebben bij de regeling van artikel 5 EVRM echter geen van die risico's absoluut willen maken en de (voorlopig gehechte) gedetineerde áltijd de mogelijkheid willen geven om de rechter in het concrete geval te laten afwegen of die risico's voldoende opwegen tegen het belang van die gedetineerde op (al dan niet tijdelijke) invrijheidstelling. Deze mogelijkheid wordt evenwel door de Minister van Justitie doorkruist, daar waar hij de voorlopig gehechte gedetineerde die tevens ongewenst is verklaard of dat dreigt te worden, het beroep op de rechter ontzegt.

De door de Minister gegeven argumenten overtuigen in dat verband niet.
De ongewenst verklaarde vreemdeling zou volgens de Minister niet in staat zijn zich bereid te verklaren te voldoen aan de voorwaarden genoemd in artikel 80 lid 2 Sv omdat zijn uitzetting dreigt. Artikel 80 lid 2 eist van de voorlopige gehechte gedetineerde wiens voorlopige hechtenis wordt geschorst echter dat die zich in ieder geval houdt aan twee voorwaarden die van hem eisen dat hij *zich niet onttrekt* aan de tenuitvoerlegging van die voorlopige hechtenis en/of de eventueel daarop volgende straf. Aan die voorwaarde kan de ongewenst verklaarde zich houden, ook als hij in vreemdelingenbewaring wordt genomen. Immers, hij staat dan ter beschikking van justitie waarbij het een zaak van de administratie om aan die detentie het juiste of gewenste kaartje te plakken. Wat in ieder geval niet kan worden volgehouden is dat de geschorste gedetineerde zich daarmee *onttrekt* aan de tenuitvoerlegging van de eerder bevolen voorlopige hechtenis of nadien opgelegde straf.
Het andere argument van de Minister is dat schorsing van de voorlopig gehechte gedetineerde direct zou leiden tot het plegen van een strafbaar feit, namelijk het delict van artikel 197 Sr, met daarop volgend weer de mogelijkheid van voorlopige hechtenis in geval deze persoon geen vaste woon- of verblijfplaats zou hebben. Dat argument gaat in ieder geval niet op bij een voorlopige gehechte gedetineerde tegen wie nog slechts een procedure tot ongewenstverklaring loopt. Daarnaast moeten de gevallen waarin iemand weliswaar ongewenst is verklaard, doch niet strafbaar is op grond van overmacht niet uit het oog worden verloren[6]. Het afsnijden van iedere mogelijkheid om een rechter ook in dit soort gevallen om een beoordeling te vragen is niet gerechtvaardigd.

Het uitsluiten van schorsing van de voorlopige hechtenis bij samenloop met een uit-of overleveringsprocedure:

Wederom: artikel 5 EVRM
Voor wat betreft de incompatibiliteit van dit onderdeel van het voorstel met artikel 5 EVRM geldt hetzelfde als hiervoor opgemerkt ten aanzien van ongewenste vreemdelingen: het afsnijden van iedere mogelijkheid tot het doen van een beroep op de rechter moet in strijd met dat verdragsrecht worden geoordeeld.
Daarnaast doet zich vaak de situatie voor dat een persoon wiens uit- of overlevering is gevraagd (de opgeëiste persoon) zich vrij kan bewegen tot het moment waarop de rechtbank de uit- of overlevering toelaatbaar heeft verklaard. De uit- of overleveringsdetentie ten aanzien van die opgeëiste persoon is dan geschorst omdat er geen sprake is van vluchtgevaar[7]. Dit geldt voor vrijwel alle opgeëiste personen met de Nederlandse

[6] Zie de jurisprudentie op dit gebied, onder meer HR 01-12-2009, LJN BI5627 en HR 20-01-2009, LJN BF 8848.
[7] Zijnde de enige grond zijnde de enige grond waarop de opgeëiste persoon in uit- of overleveringsdetentie mag worden gehouden,

Kopie 24/02/2010
Kopie 03/11/2010

nationaliteit[8], tenzij zij nog een andere nationaliteit hebben van een land dat zijn eigen onderdanen niet uitlevert. Als ten aanzien van een dergelijke opgeëiste persoon tegelijkertijd een bevel voorlopige hechtenis is afgegeven in een Nederlandse strafzaak, welk bevel niet (mede) is gegrond op gevaar voor vlucht, mag de uit- of overleveringsprocedure geen argument zijn een schorsing van die voorlopige hechtenis te beletten. De gronden voor de uit- of overleveringsdetentie zouden dan immers niet alleen feitelijk oneigenlijk worden uitgebreid, ook wordt de voorlopig gehechte gedetineerde zonder enige goede grond afgehouden van zijn recht een beroep te doen op een rechter om de rechtmatigheid van zijn detentie te beoordelen. Zie over het recht om een beroep te kunnen doen op een onafhankelijke rechter ook nog het recente arrest van het EHRM d.d. 17 december 2009 (Dzhurayev t. Rusland, Appl.no. 38124/07).

Semantische onduidelijkheid
Verder is uit de tekst van artikel 80 lid 7 niet duidelijk naar welk deel van de zin onder lid 7 a en b de uitzondering 'tenzij hieraan schorsende werking is verleend' verwijst. Alleen aan een procedure kan schorsende werking worden toegekend en als die procedure al voorbij is (iemand tot ongewenst vreemdeling is verklaard of ten aanzien van iemand vaststaat dat die wordt uit- of overgeleverd) is er geen sprake meer van een procedure die kan worden geschorst.
Indien dat zinsdeel mitsdien niet tevens betrekking heeft op het eerste deel van de onder lid 7 onder a en b vermelde zin, 'indien de verdachte tot ongewenst vreemdeling is verklaard' resp. 'indien vaststaat dat de verdachte na detentie wordt overgeleverd of uitgeleverd', zou er zich een probleem kunnen voordoen in het geval van de situatie als die in de zaak die aan de rechtbank Amsterdam d.d. 24 augustus 2008 werd voorgelegd (LJN BJ 6496). In die zaak oordeelde de rechtbank Amsterdam, in lijn met de jurisprudentie van het gerechtshof Amsterdam, dat

> *'(i)n het algemeen (..) schorsing van de overleveringsdetentie alleen mogelijk is zolang geen rechterlijke beslissing is genomen omtrent het toestaan van de overlevering van de opgeëiste persoon, behoudens in uitzonderlijke gevallen, waarbij sprake is van een dreigende schending van de rechten neergelegd in artikel 5 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Zie het arrest van 14 mei 2008 van het Gerechtshof Amsterdam (zaak-[naam 1]). Het eerste lid van artikel 5 EVRM bepaalt onder meer dat een ieder recht heeft op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Dat de veiligheid van personen die zich in detentie bevinden bij uitstek dient te worden gewaarborgd door de verantwoordelijke overheid behoeft geen toelichting.*

Vervolgens oordeelde de rechtbank:

> *'Bij de vraag of de vrijheidsbeneming in overleveringsdetentie van opgeëiste persoon dient te worden geschorst, kan er rechtens niet aan worden voorbijgezien dat de feitelijke belemmering voor de overlevering van opgeëiste persoon haar oorsprong vindt in het bovenomschreven buitensporige geweld dat jegens hem, en – zoals het er thans voor moet worden gehouden - in strijd met de waarborgen die hem ingevolge artikel 5 EVRM toekomen, werd toegepast door Poolse politieagenten. Die zeer bijzondere omstandigheid gaat zwaarder wegen bij de beoordeling of opgeëiste persoon moet worden geschorst naarmate deze zich langer in detentie bevindt. Dat opgeëiste persoon – die geboeid was – zich tegen zijn overlevering verzette doet daaraan niet af, evenmin als de omstandigheid dat een opgeëiste persoon in een situatie als de onderhavige rechtsmiddelen aanwendt, zoals een asielprocedure, om zijn feitelijke overlevering te verhinderen.'*

[8] Zie T&C Internationaal Strafrecht, aant. 3 op art. 64 OLW.

Kopie
03/11/2010
24/02/2010

Zou ten aanzien van deze persoon (tevens) een bevel voorlopige hechtenis zijn of worden gegeven (bijvoorbeeld omdat hij tot ongewenst vreemdeling is verklaard, hetgeen zeker niet ondenkbaar is), dan zou er voor de rechter die over de voorlopige hechtenis moet oordelen geen enkele mogelijkheid zijn tot schorsing van die detentie met als gevolg dat de belangenafweging die de uit- of overleveringsrechter op grond van de eerder ernstige mensenrechtenschending had gemaakt te niet wordt gedaan.

Een andere situatie is het geval waarin door de officier van justitie artikel 35 lid 3 OLW wordt toegepast omdat er ernstige redenen van humanitaire aard bestaan die aan de feitelijke overlevering in de weg staan. In dergelijke gevallen staat vast dat een verdachte wordt overgeleverd alleen nog niet wanneer. Hoewel de rechtbank in een dergelijk geval (in principe, zie hierboven) geen bevoegdheid meer heeft zich over de overleveringsdetentie uit te laten, kan de officier van justitie zelf wel besluiten het bevel gevangenhouding niet te executeren. Zou echter een persoon voor wie dergelijke ernstige redenen van humanitaire aard bestaan zich voor een ander feit in voorlopige hechtenis bevinden, dan zou de situatie zich kunnen voordoen dat die ernstige redenen wel aanleiding zijn de overlevering niet toe te staan zolang die humanitaire beletselen bestaan, maar zou er vervolgens een *wettelijk* beletsel voor de strafrechter bestaan om de voorlopige hechtenis van die persoon – al dan niet tijdelijk – te schorsen terwijl die ernstige redenen van humanitaire aard daartoe wel aanleiding zouden geven.

Het is gewenst dat de Minister duidelijkheid verschaft over de vraag of eerdergenoemd zinsdeel 'tenzij hieraan schorsende werking is verleend' ook ziet op situaties waarin de uit- of overleverings beslissing reeds is genomen c.q. de regeling zodanig herformuleert dat er in dit opzicht geen twijfel meer kan bestaan.

Rotterdam, 11 februari 2010

Adviescommissie strafrecht
Prof. mr. T.N.B.M. Spronken, voorzitter
namens deze mr. R. Croes-Hoogendoorn, secretaris

Kopie 24/02/2010
Kopie 03/11/2010