

“Juridische haalbaarheid van voorgestelde oplossingen voor de weigeraarsproblematiek omtrent tbs-oplegging”

**Directoraat Generaal Straffen en Beschermen
Ministerie van Justitie en Veiligheid**

Kenmerk: 10100026362

Prof.mr. P.A.M. Mevis
Prof.mr. S. Struijk
Mr.dr. M.J.F. van der Wolf

m.m.v.
Prof.mr. F.W. Bleichrodt
Prof. dr. H.J.C. van Marle

m.m.v.
A.T.C. Castermans
S.A. Eckhardt
J. Vermaat

Juni 2018

Inhoudsopgave

1. Inleiding	6
1.1 Aanleiding en reikwijdte.....	6
1.2 Onderzoeksvragen.....	6
1.3 Uitvoering: inhoud van het rapport.....	7
2. Probleemanalyse, algemeen kader EVRM en nationaal recht	9
2.1 Probleemanalyse weigerende observandi	9
2.2 Relevant kader EVRM.....	12
2.2.1 Inleiding.....	12
2.2.2 De gronden	13
2.2.3 Nadere eisen, met name voorzienbaarheid.....	14
2.2.4 EVRM en (het belang van) de stoornis.....	15
2.2.5 Extrapolatie: het EVRM en de ‘splitsing’ van beslissing; mogelijke consequenties voor de gronden en de voorzienbaarheid	15
2.3 Algemene aspecten verbonden aan splitsing van rechterlijke beslissingen in de sanctionering, met name de tbs in relatie tot gevangenisstraf.....	17
2.4 Plaatsbepaling van de factor ‘stoornis’ in het (juridisch) concept van tbs-oplegging.....	22
2.4.1 Gevaar staat al voorop, vraagt om relativering van het stoornisvereiste	22
2.4.2 Stoornis als vereiste voor legitimatie van ongelimiteerde/disproportionele vrijheidsbeneming.....	26
3. Beoordeling van de afzonderlijke voorstellen	28
3.1 Voorstel 1: Het voorstel van de AP.....	28
3.1.1 Achtergrond en inhoud voorstel.....	28
3.1.2 Werkzaamheid	29
3.1.3 Juridische implicaties.....	30
3.1.4 Europeesrechtelijke toets	32
3.1.5 Nationaalrechtelijke toets.....	33
3.1.6 Eindoordeel over het voorstel.....	35
3.1.7 Achtergrond en inhoud van het aan ‘voorstel 1’ toegevoegde voorstel.....	36
3.1.8 Werkzaamheid van het aan ‘voorstel 1’ toegevoegde voorstel	37
3.1.9 Juridische implicaties van het aan ‘voorstel 1’ toegevoegde voorstel	37
3.1.10 Europeesrechtelijke toets van het aan ‘voorstel 1’ toegevoegde voorstel.....	38
3.1.11 Nationaalrechtelijke toets van het aan ‘voorstel 1’ toegevoegde voorstel	39

3.1.12 Eindoordeel van het aan ‘voorstel 1’ toegevoegde voorstel	40
3.2 <i>Voorstel 2: Het voorstel van Kamerlid Van Oosten/Kuiken</i>	40
3.2.1 Achtergrond en inhoud voorstel.....	40
3.2.2 Werkzaamheid	41
3.2.3 Juridische implicaties.....	42
3.2.4 Europeesrechtelijke toets	42
3.2.5 Nationaalrechtelijke toets.....	43
3.2.6 Eindoordeel over het voorstel.....	43
3.3 <i>Voorstel 3: Twee fasenproces</i>	43
3.3.1 Achtergrond en inhoud voorstel.....	43
3.3.2 Werkzaamheid	46
3.3.3 Juridische implicaties.....	48
3.3.4 Europeesrechtelijke toets	52
3.3.5 Nationaalrechtelijke toets.....	53
3.3.6 Eindoordeel over het voorstel.....	55
3.3.7 Aanvullende beoordeling van twee varianten	56
3.4 <i>Voorstel 4: Koppeling oplegging tbs-maatregel aan recidiverisico</i>	59
3.4.1 Achtergrond en inhoud voorstel.....	59
3.4.2 Werkzaamheid	60
3.4.3 Juridische implicaties.....	61
3.4.4 Europeesrechtelijke toets	62
3.4.5 Nationaalrechtelijke toets.....	63
3.4.6 Eindoordeel over het voorstel.....	63
3.5 <i>Voorstel 5: Weigering onderzoek/ observatie leidt tot automatisch opleggen van tbs-maatregel</i>	63
3.5.1 Achtergrond en inhoud voorstel.....	63
3.5.2 Werkzaamheid	64
3.5.3 Juridische implicaties.....	64
3.5.4 Europeesrechtelijke toets	68
3.5.5 Nationaalrechtelijke toets.....	68
3.5.6 Eindoordeel over het voorstel.....	68

<i>3.6 Voorstel 6: Weigering onderzoek/ observatie leidt tot maximale gevangenisstraf bij strafoplegging</i>	69
3.6.1 Achtergrond en inhoud voorstel	69
3.6.2 Werkzaamheid	69
3.6.3 Juridische implicaties.....	70
3.6.4 Europeesrechtelijke toets	70
3.6.5 Nationaalrechtelijke toets	71
3.6.6 Eendoordeel over het voorstel.....	71
<i>3.7 Voorstel 7: Het meewerken aan het Pieter Baan Centrum onderzoek verplicht stellen</i>	71
3.7.1 Achtergrond en inhoud voorstel.....	71
3.7.2 Werkzaamheid	71
3.7.3 Juridische implicaties.....	72
3.7.4 Europeesrechtelijke toets	72
3.7.5 Nationaalrechtelijke toets.....	73
3.7.6 Eendoordeel over het voorstel.....	73
<i>3.8 Voorstel 8: Vereis niet langer ‘doorwerking van de stoornis ten tijde van het delict’</i>	73
3.8.1 Achtergrond en inhoud voorstel.....	73
3.8.2 Werkzaamheid	73
3.8.3 Juridische implicaties.....	74
3.8.4 Europeesrechtelijke toets	74
3.8.5 Nationaalrechtelijke toets.....	74
3.8.6 Eendoordeel over het voorstel.....	74
<i>3.9 Voorstel 9: Laat de rechter oplegging baseren op “vermoeden van” een stoornis</i>	74
3.9.1 Achtergrond en inhoud voorstel.....	74
3.9.2 Werkzaamheid	74
3.9.3 Juridische implicaties.....	74
3.9.4 Europeesrechtelijke toets	75
3.9.5 Nationaalrechtelijke toets.....	75
3.9.6 Eendoordeel over het voorstel.....	76
<i>3.10 Voorstel 10: Voeg een psychiater toe aan het rechtscollege waar tbs (mogelijk) aan de orde is</i>	76
3.10.1 Achtergrond en inhoud voorstel.....	76
3.10.2 Werkzaamheid	76
3.10.3 Juridische implicaties	76

3.10.4 Europeesrechtelijke toets	77
3.10.5 Nationaalrechtelijke toets.....	77
3.10.6 Eendoordeel over het voorstel.....	78
<i>3.11 Voorstel 11: Pas artikel 37a aan (voorstel D66).....</i>	<i>79</i>
3.11.1 Achtergrond en inhoud voorstel.....	79
3.11.2 Werkzaamheid	81
3.11.3 Juridische implicaties	82
3.11.4 Europeesrechtelijke toets	82
3.11.5 Nationaalrechtelijke toets.....	82
3.11.6 Eendoordeel over het voorstel.....	83
<i>3.12 Voorstel 12: Voorlopige tbs-maatregel (voorstel VVD).....</i>	<i>83</i>
3.12.1 Achtergrond en inhoud voorstel.....	83
3.12.2 Werkzaamheid	83
3.12.3 Juridische implicaties	84
3.12.4 Europeesrechtelijke toets	85
3.12.5 Nationaalrechtelijke toets.....	85
3.12.6 Eendoordeel over het voorstel.....	85
4. Slotbeschouwing	86
<i>Bijlage 1: Voorstel Autoriteit Persoonsgegevens d.d. 11 januari 2018</i>	<i>91</i>
<i>Bijlage 2: Motie Kuiken en Van Oosten</i>	<i>99</i>
<i>Bijlage 3: Risico in plaats van stoornis.....</i>	<i>100</i>

1. Inleiding

1.1 Aanleiding en reikwijdte

Tijdens de begrotingsbehandeling van JenV in de Tweede Kamer en tijdens de behandeling van de Wet forensische zorg (hierna: Wfz) in de Eerste Kamer zijn voorstellen gedaan om de problematiek rondom de weigerende observandi aan te pakken. De Minister heeft in beide Kamers toegezegd deze voorstellen mee te nemen in een breed onderzoek naar maatregelen die deze problematiek kunnen aanpakken en de Kamers hierover in 2018 te informeren. In dat kader heeft het ministerie twee expertsessies georganiseerd om met de wetenschap, de rechterlijke macht, het OM, de praktijk, DJI en de Reclassering op zoek te gaan naar oplossingsrichtingen. Hieruit zijn waardevolle oplossingsrichtingen naar voren gekomen.

De oplossingen gaan in verschillende richting. Een deel van de geopperde mogelijkheden betreft voorstellen die wetswijzig impliceren. Die staan in het onderhavige document centraal. Het gaat daarbij om een oordeel over de juridische haalbaarheid van die voorstellen. Daarmee is de strekking van dit document beperkt: het gaat niet om oplossingen van de problematiek van de weigerende observandus in de volle breedte, maar om een oordeel over de in dat kader geopperde voorstellen die wetswijziging zouden impliceren. Of eventueel haalbare voorstellen ook wenselijk zijn, zal daarom in breder kader, zoals aspecten van de tenuitvoerlegging van de terbeschikkingstelling (hierna: tbs) en aspecten van oplegging door de rechter, dat dit rapport te buiten gaat, moeten worden gezien.

1.2 Onderzoeksvragen

In dit onderzoek vindt een toetsing plaats van verschillende voorstellen die door beide Kamers der Staten-Generaal zijn gedaan om de problematiek rondom de weigerende observandi aan te pakken. De toetsing is gericht op de juridische implicaties van de voorstellen, mede gezien vanuit het Europeesrechtelijk en nationaal rechtelijk stelsel van straf- en strafprocesrecht. Het doel van het onderzoek is:

'het juridisch toetsen van voorstellen om het tbs-systeem te veranderen. Het maken van een analyse van de juridische implicaties en een duidelijk oordeel geven over de haalbaarheid van de voorstellen'.

De volgende voorstellen worden beoordeeld:

1. Het voorstel van de Autoriteit Persoonsgegevens (zie bijlage 1 bij dit rapport)
Een toevoeging aan dit voorstel van SP en PvdD is dat veroordeelde zelf tijdens detentie kan verzoeken om een tbs-maatregel; wanneer de veroordeelde toch aan zichzelf wil werken, maar hier tijdens detentie onvoldoende ruimte voor is.
2. Het voorstel van Kamerlid Van Oosten/Kuiken (zie bijlage 2 bij dit rapport).
3. Twee fasenproces.
In dit voorstel wordt eerst de schuld aan het strafbare feit door de rechter vastgesteld. Aansluitend wordt de veroordeelde psychiatrisch onderzocht en/of voor observatie in het Pieter Baan Centrum (hierna ookwel: PBC) gestuurd. De redenering is dat de veroordeelde meer geneigd zal zijn om mee te werken aan de observatie. NB: het idee van het twee

fasenproces is als zodanig reeds voorwerp geweest van WODC-onderzoek. In het kader van het onderhavige onderzoek wordt een nadere juridische toets beoogd op de (on)mogelijkheid van een twee fasenproces in het licht van de beoogde aanpak van de weigerende observandi.

Varianten:

- Knip het proces op in schuldvraag en straftoemeting (executierechter).
 - Knip het proces op in schuldvraag en toerekenbaarheid.
4. De oplegging van een tbs-maatregel koppelen aan het recidiverisico en niet aan de stoornis (bijlage 11). Op welke manier maakt Canada gebruik van risicotaxatie bij het opleggen van een tbs-maatregel?
 5. Het weigeren mee te werken aan het psychiatrisch onderzoek en/of observatie leidt automatisch tot het opleggen van de tbs-maatregel.
 6. Het weigeren mee te werken aan het psychiatrisch onderzoek en/of observatie leidt bij de strafoplegging tot de maximale gevangenisstraf.
 7. Kan het meewerken aan het Pieter Baan Centrum onderzoek verplicht worden gesteld?
 8. Vereis niet langer ‘doorwerking van de stoornis ten tijde van het delict’.
 9. Laat de rechter zich baseren op “vermoeden van” een stoornis bij het opleggen van een tbs-maatregel.
 10. Voeg een psychiater toe aan het rechtscollege in zaken waarin de oplegging van de tbs-maatregelen mogelijk aan de orde is.
 11. Pas artikel 37a aan in die zin dat een rechter ook zonder medewerking van de betrokkene gebruik kan maken van ‘een ander advies of rapport’, dat dan ook niet alleen gebaseerd hoeft te zijn op de actuele situatie of het huidige gedrag van de betrokkenen, zoals de letter van de wet lijkt te suggereren. (D66)
 12. Voorlopige tbs-maatregel; wanneer een verdachte blijft weigeren, legt de rechter indien het tot een veroordeling komt, naast straf een voorlopige tbs op voor een onbepaalde tijd totdat de veroordeelde wel mee werkt. Na ontvangst van de bevindingen beslist de rechter over het opleggen van een tbs-maatregel en heft de rechter de voorlopige tbs-maatregel op. (VVD)

1.3 Uitvoering: inhoud van het rapport

Aan ons is verzocht om de bovenstaande twaalf voorstellen te beoordelen. De beoordeling van elk van die voorstellen afzonderlijk is hierna opgenomen in hoofdstuk drie. Voor een goed begrip van de beoordeling van de voorstellen bleek ons de noodzaak daaraan in hoofdstuk twee een bespreking van een aantal algemene aspecten te doen vooraf gaan. In de eerste plaats is daarin onze eigen analyse van de problematiek opgenomen. Uit die analyse resulteert de, ten opzichte van de oorspronkelijke aanvraag door ons in de offerte toegevoegde toets per voorstel van de (veronderstelde) werkzaamheid

van het betreffende voorstel als (mogelijke) bijdrage aan de oplossing van de problematiek van de weigerende observandus.

Vervolgens komen in hoofdstuk twee een drietal aspecten aan de orde die voor de beoordeling van verschillende voorstellen van belang zijn. Die aspecten betreffen: enige algemene aspecten van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), de plaats van de stoornis in het (met name juridische) concept van tbs-oplegging en ten slotte enige aspecten verbonden met het in verschillende voorstellen besloten liggende idee de strafoplegging tijdens de berechting tot op zekere hoogte te scheiden van een nadere beslissing over de tbs. Dat laatste aspect verdient enige algemene beschouwing in verband met de plaats van de beslissing om tbs op te leggen bij de beantwoording van de vierde vraag van art. 350 Sv door de berechtende rechter. Waar aangewezen wordt bij de bespreking van de afzonderlijke voorstellen in hoofdstuk drie naar deze algemene beschouwing in hoofdstuk twee verwezen.

In hoofdstuk drie worden dan als gezegd de afzonderlijke voorstellen beoordeeld. Wij beoordelen daarbij elk voorstel telkens op (veronderstelde) werkzaamheid en het oplossend vermogen van een bepaald voorstel, op juridische implicaties, op de verhouding tot het Europees kader en ten slotte op de verhouding tot het bestaande straf- en strafprocesrecht. De vraag naar de juridische implicaties betreft vooral die voorstellen die nog niet in juridische implicaties zijn uitgewerkt; hoe zou dit voorstel juridisch vorm kunnen krijgen (los van toetsing)? De vraag naar de verhouding tot Europese en internationale regelgeving betreft met name de toets aan het EVRM en de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM). In dat kader trekken wij enige vergelijkingen met het Duitse recht. Voorstel 4 bevat voorts een element van rechtsvergelijking met een niet EVRM-lidstaat, te weten Canada. Naar inhoud, strekking en (mogelijke) consequenties verschillen de voorstellen nogal sterk. Sommige voorstellen zijn eerder te beschouwen als varianten van andere voorstellen, dan als geheel nieuwe concepten. Mede daardoor verschilt de omvang van de beoordeling van de voorstellen.

Wij sluiten het geheel af met een slotbeschouwing in hoofdstuk vier, mede om de beoordeling van het geheel van voorstellen ook in onderling verband te bezien.

Wij gaan in het onderstaande steeds uit van de tbs met dwangverpleging. Het wil ons voorkomen dat politiek en wetgever in het bijzonder bij het opleggen van deze tbs-modaliteit de problematiek van de weigerende observandus ervaren. Wij gaan er voorts van uit dat, waar een bepaald concreet voorstel niet afstuit op bezwaren voor de variant tbs met dwangverpleging, er ook geen bezwaren zullen zijn (in termen van juridische haalbaarheid) om het voorstel toe te passen voor tbs met voorwaarden. Omgekeerd zal een voorstel niet gewenst zijn, mocht het slechts voor de variant van tbs met voorwaarden juridisch haalbaar zijn.

Wij gaan er voorts van uit dat elk voorstel, zo het zou worden ingevoerd, steeds een optie bevat, een mogelijkheid die in voorkomende gevallen van de weigerende observandus *kan* worden ingezet als zulks voor een verantwoorde beslissing nodig is.

Voor de beoordeling van de voorstellen in dit rapport was beperkte tijd beschikbaar (zes weken). Wij hebben die besteed aan het zo goed mogelijk benoemen en waarderen van alle aspecten, belangen en argumenten die bij de verschillende voorstellen (afzonderlijk en als geheel) naar ons oordeel een rol spelen. Deels omdat wij in de argumentatie ook naar eigen eerder onderzoek kunnen verwijzen, hebben wij er voor gekozen c.q. moeten kiezen om de argumentatie in dit document niet steeds van een complete en gedetailleerde onderbouwing in een groot aantal voetnoten te voorzien. Waar aangewezen, vinden (meer) verwijzingen plaats, met name bij wat meer het commentaar

onderbouwende uiteenzettingen. Bij de beoordeling van voorstel 3 zullen wij nadrukkelijker naar dit eerdere rapport verwijzen omdat vanwege het Ministerie werd verzocht, thans expliciet in het licht van de problematiek van de weigerende observandus, om een nadere reflectie op het ter zake in 2013 uitgebracht uitvoerige rapport over dat thema.

2. Probleemanalyse, algemeen kader EVRM en nationaal recht

Zoals in het vorige hoofdstuk uiteengezet, is het dienstig om, voorafgaande aan de beoordeling van de verschillende voorstellen in hoofdstuk drie, enige thema's meer algemeen aan de orde te stellen. Als zodanig komen hieronder achtereenvolgens aan de orde:

- Onze eigen analyse van de problematiek op basis waarvan wij de (veronderstelde) werkzaamheid van de afzonderlijke voorstellen beoordelen (2.1);
- Enige algemene aspecten van het EVRM/EHRM-recht in welk kader ook een schets van het Duitse recht is opgenomen (2.2);
- Het aan verschillende voorstellen gemeenschappelijk element van het tot op zekere hoogte uit elkaar plaatsen van de beslissing over de sancties (de beantwoording van de 4^{de} vraag van art. 350 Sv door de berechtende rechter) en een latere beslissing tot (alsnog) oplegging of voortzetting van de tbs (2.3);
- De plaats van de factor 'stoornis' in het (juridisch) concept tot het opleggen van tbs. (2.4).

2.1 Probleemanalyse weigerende observandi

Door diverse actuele gebeurtenissen in tbs-kader raakte enigszins uit beeld dat juist een onderdeel van de Wfz geïnitieerd werd (en inmiddels is aangenomen) naar aanleiding van een eerder burgerinitiatief uit 2010 gericht tegen de weigeraar.¹ In dat jaar kwam het feitelijke probleem dat er steeds meer verdachten weigerden mee te werken aan PJ-rapportage nadrukkelijk in de aandacht, gekoppeld aan de verminderde 'populariteit' (gemeten naar het aantal opleggingen) van de tbs bij de zittende magistratuur, samenhangend met de toegenomen gemiddelde behandelduur van deze maatregel. De nieuwe, in de Wfz uitgewerkte regeling omvat een normatief zware en betrekkelijk ingewikkelde procedure als waarborg om op basis daarvan inhoudelijk het medisch beroepsgeheim te kunnen doorbreken ten aanzien van gewelds- en zedendelinquenten, zodat eventueel vroegere medische informatie over een verdachte kan worden gebruikt in het kader van de tegen hem ingestelde strafvervolgning en de daarin te nemen beslissing over het opleggen van tbs.²

Deze oplossing sluit aan bij een eerdere wetswijziging uit 1994 waarmee ook reeds werd beoogd tegemoet te komen aan de problematiek van de weigeraar. In 1988 was, met de herziening van de tbs-wetgeving, voor het opleggen van de maatregel door de rechter de formele eis ingevoerd dat er een multidisciplinair gedragskundig advies over de verdachte beschikbaar moet zijn. Omdat in die tijd veel gedragskundigen bij weigeraars gewend waren niet te adviseren, werd in de wet duidelijk gemaakt dat deze formele eis buiten toepassing kan blijven indien de betrokkene weigert medewerking te verlenen

¹ Dat burgerinitiatief kwam er in 2010 op instigatie van de ouders van een meisje, dat door twee daders werd ontvoerd en misbruikt. Eén verdachte werkte mee aan rapportage en kreeg tbs; de ander niet. Wat konden deze ouders anders denken dan dat wie weigert, tbs daarmee ontloopt? Zie <https://chrisklomp.nl/ditkanozietlanger-nl>.

² *Stb.* 2018, 38, artikel 7.1. De ontworpen procedure voorziet in de modaliteit van een advies, gevolgd door een beschikking van (de penitentiaire kamer van) het gerechtshof te Arnhem-Leeuwarden waartegen nog rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld, alvorens op de persoon van de verdachte betrekking hebben stukken in de strafzaak tegen hem kunnen worden gebruikt.

aan het onderzoek dat ten behoeve van het advies moet worden verricht. Voor die situatie werd wel voorgeschreven: ‘Voor zover mogelijk maken de gedragsdeskundigen gezamenlijk dan wel ieder van hen afzonderlijk over de reden van de weigering rapport op. De rechter doet zich zoveel mogelijk een ander advies of rapport, dat hem over de wenselijkheid of noodzakelijkheid van een last (tot tbs) voorlichten en aan de totstandkoming waarvan de betrokkene wel bereid is om medewerking te verlenen, overleggen’.³ Hiermee was het formele probleem opgelost, maar is het materiële probleem blijven bestaan. Te weten dat door de rechter moet (kunnen) worden vastgesteld dat ook materieel-inhoudelijk aan de wettelijke voorwaarden en vereisten voor tbs-oplegging is voldaan, wil de beslissing om tbs op te leggen verantwoord zijn. Die vaststelling kan in de praktijk bij weigeraars lastig zijn. Jurisprudentie-onderzoek toont aan dat met name de rechterlijke vaststelling van een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens een obstakel kan vormen,⁴ overigens in het verleden meer dan thans; er is sprake van een ontwikkeling en van een verschuiving van opvatting (zie nader hierna).

Bij het beantwoorden van de vraag of bij de verdachte ten tijde van het delict sprake was van een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens is het (noodzakelijk) samenspel tussen gedragskundige en rechter van belang. De gedragskundige is meer dan voorheen bereid – blijkend ook uit de inrichting van een nieuwe weigeraarsunit in het PBC – om te rapporteren over een weigeraar, maar hij/zij kan daarbij nog steeds aanlopen tegen medisch-ethische en daarmee ook tuchtrechtelijke grenzen, als ook wetenschappelijke grenzen ten aanzien van methodieken die tot betrouwbare (forensisch) diagnostische bevindingen kunnen leiden. Dit kan men de gedragskundige zijde van het probleem noemen. De omvang van dat probleem hangt ook in grote mate af van het ‘type’ weigeraar. Weigert iemand geheel (en vertoont hij ook nauwelijks relevant observeerbaar gedrag door bijvoorbeeld op zijn kamer te blijven) of presenteert hij op onderdelen toch wel informatie (door gedrag of gesprekken, etcetera). Ook de reden van de weigering is daarbij relevant. Zo is de ‘pathologische’ weigeraar gedragskundig vaak wel goed te onderscheiden, maar is bij processtrategische weigeraars (zoals ontkenners of tbs-vermijders) pathologie veel moeilijker te herkennen. En als de gedragskundige daarbij oude informatie gebruikt (van vóór het delict), dan zal dat de rechter niet altijd inhoudelijk kunnen overtuigen. Aan de kant van de rechter speelt mee dat deze bij een weigeraar, bijvoorbeeld vanwege een voorkeur voor alternatieven als aangewezen sanctiebeslissing, niet altijd tbs op *nil* leggen ook al zou de rechter dat juridisch gezien wel kunnen.⁵ Maar er speelt ook mee dat de rechter niet altijd goed op de hoogte lijkt te zijn van wat hij juridisch gezien kan.⁶ Dat hij juridisch gezien de ruimte heeft om – bijvoorbeeld – zelf de vereiste stoornis vast te stellen als de gedragskundige dat niet (formeel) kan, is door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) bevestigd nadat dit in de zaak tegen Juliën C. (aan wie door het Hof Arnhem onder meer tbs werd opgelegd voor doodslag op basisscholier Jesse Dingemans) zo was gedaan. En wel zonder dat de gedragskundigen van het PBC een stoornis hadden kunnen vaststellen vanwege de weigering. Het Hof Arnhem stelde vervolgens zelf vast dat sprake was van een stoornis, zulks op basis van wat de gedragskundigen in elk geval wél hadden kunnen vaststellen en hetgeen de rechter verder aan feiten en omstandigheden was gebleken met betrekking tot de persoon van verdachte.⁷ Het verwijt

³ Artikel 37 lid 3 Sr jo 37a Sr.

⁴ M.J.F. van der Wolf, E.M. Gremmen, H.J.C. van Marle & P.A.M. Mevis, ‘Worstelen met de weigerende observandus’, *DD* 2012/74, p. 783 en 787.

⁵ M.J.F. van der Wolf & P.A.M. Mevis, ‘Beschouwingen over weigeren en beveiligen n.a.v. de zaak Michael P.’, *DD* 2018/27, p. 321-366.

⁶ Blijkend uit een tussenrapportage van het WODC-onderzoek dat via de Telegraaf naar buiten kwam, zie A. Swart, ‘Rechter prutst met tbs-regels’, *Telegraaf* 23 januari 2018.

⁷ Gerechtshof Arnhem 18 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ4981, *NJ* 2011/442 m.nt. T.M. Schalken.

dat de rechter daarmee, gegeven de rapportage, zijn beslissingsreikwijdte te buiten ging, hield geen stand. Het EHRM oordeelde dat op deze manier de rechter gerechtigd was vast te stellen dat C. leed aan een ‘genuine mental disorder, whatever its precise nature might be’. Met deze zegen van Straatsburg wordt eens te meer duidelijk dat het begrip ‘gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens’ een open begrip is.⁸ Om het cru te zeggen: na het oordeel van het Hof in Straatsburg lijkt het bij meer Nederlandse rechters te zijn geland dat men bij het ontbreken van gedragskundige conclusies niet moet stoppen met nadenken, maar dat zulks ook een begin van (na)denken en redeneren kan inhouden over de aanwezigheid van een stoornis ten tijde van het delict hetgeen (toch) in het opleggen van tbs kan resulteren.

Uit een zekere inventarisatie op rechtspraak.nl blijkt, dat in de meeste gevallen van weigeraars daar verzameld (inmiddels) toch tbs wordt opgelegd.⁹ Omdat rechtspraak.nl een mogelijk niet representatieve selectie betreft, zal voor een reëel beeld het lopende onderzoek van het WODC naar absolute aantallen weigeraars en wel/niet oplegging moeten worden afgewacht. Als de tendens van rechtspraak.nl bevestigd wordt (vooral in de zin van meer dan voorheen), betekent dit, dat kritiek op oordelen zoals in de zaak Michael P. geveld in de zin dat tbs in dergelijke gevallen tegenwoordig nog steeds niet mogelijk wordt geacht, inmiddels moet worden gerelativeerd.¹⁰ Daarbij is dan wel de samenwerking van rechter en gedragskundige van belang, die beiden de grenzen van hun competentie moeten willen opzoeken omwille van zowel de (veiligheid van) de samenleving als het belang van de betrokken verdachte. Uit de analyse van rechtspraak.nl blijkt ook dat de rechter eigenlijk niet zelf de stoornis vaststelt zonder dat er, mogelijk niet in de conclusies dan toch in de tekst van het rapport (of aangehaalde oude rapporten), van gedragskundige zijde voldoende over ‘stoornis’ gerapporteerd is om die vaststelling op te baseren. Als de disciplines elkaar in een individueel geval niet tot het uiterste trachten te verstaan is, zo men wil, sprake van een interdisciplinair probleem.

Aldus bestaat – bij de actuele stand van zaken – de problematiek van de weigeraars uit een politiek-maatschappelijk probleem (veronderstelde onveiligheid), een feitelijk probleem (het hoge aantal weigeraars, nog steeds bijna de helft in het PBC), een wellicht voormalig formeel juridisch probleem, een materieel juridisch probleem (kan de benodigde stoornis juridisch worden vastgesteld?), een gedragskundig probleem met een ethische en wetenschappelijke component (kan de gedragskundige voldoende informatie aanreiken voor die vaststelling en zijn op basis daarvan te formuleren advies aan de rechter?) en een interdisciplinair probleem (kunnen gedragskundige en rechter elkaar voldoende ‘naderen’ om tot vaststelling van de voorwaarden en verantwoorde tbs-oplegging te komen?). In het onderzoek zullen wij deze analyse gebruiken om elk der voorstellen ook concreet en duidelijk te toetsen op de veronderstelde werkzaamheid er van.

Juist voor de aanpak van het feitelijke probleem wordt vanuit de kant van de advocatuur bepleit dat, wie de tbs weer aantrekkelijker – lees: minder gesloten en van kortere duur – maakt, minder weigeraars zal oogsten.¹¹ Bij deze oplossingen is een gebrek aan maatschappelijk draagvlak waarschijnlijk, zodat het niet verbaast dat de in het parlement en elders geopperde oplossingen, waarop het onderhavige

⁸ P.A.M. Mevis & P. Vegter, ‘Rapportage over stoornis en gevaar en de betekenis van nieuwe wetenschappelijke inzichten daaromtrent voor die rapportage’, in: J.P. van der Leun (ed.), *De vogel vrij: liber amicorum prof.dr.mr. Martin Moerings*, Den Haag: Boom Lemma 2011, p. 113-133.

⁹ Zie H. Jongeneel, ‘Niet meewerken aan tbs-onderzoek kan verkeerd uitpakken’ *Advocatenblad* 2017/8, p. 55-57.

¹⁰ Zie ook Van der Wolf & Mevis, *a.m.*, noot 9.

¹¹ Manifest Vereniging van tbs-advocaten ter verbetering van het tbs-systeem, d.d. 9 januari 2018, te raadplegen via <https://tbsadvocaten.org/2018/01/09/manifest-vereniging-tbs-advocaten/> en zie J. Lieftink & A. Ytsma, ‘Tbs met einddatum zorgt voor minder tbs-weigeraars’, *NRC* 10 januari 2018.

onderzoek ziet, zich grotendeels richten op de (deels) juridische problemen. Overigens is de regelgeving over rapportage bij weigeraars bij de maatregel van plaatsing in het psychiatrisch ziekenhuis precies hetzelfde als bij de tbs. Toch is de problematiek daarbij net iets anders te analyseren. De maatschappijbeveiliging is minder in het geding omdat in geval van hoog risico op ernstige delicten ook de tbs mogelijk is voor deze doelgroep. Omdat het vanwege de huidige eis van ontoerekeningsvatbaarheid relatief vaker pathologische weigeraars betreft is hier het gedragskundig probleem ook kleiner en dus ook het materiële probleem voor de rechter. Voorts ontstaat met invoering van de Wfz een meer algemene mogelijkheid voor de strafrechter om een civiele (zorg)machtiging af te geven. Daarmee verdwijnt ook de eis van multidisciplinaire rapportage en dus ook het hele probleem, dat thans onder de BOPZ ook nauwelijks speelt. Vandaar dat we ons in dit onderzoek, net als de te beoordelen voorstellen, enkel richten op de problematiek ten aanzien van de tbs.

2.2 Relevant kader EVRM¹²

2.2.1 Inleiding

Het onderstaande bevat de verkenning van een aantal algemene aspecten van tbs-oplegging, voor zover verbonden met het EVRM. Dit onderdeel is tot een verkenning van het EVRM beperkt. Een daarbinnen bereikt oordeel dat het EVRM zich ergens niet tegen verzet is dan niet meteen een argument het ook zo te doen. Het EHRM heeft zich voorts bepaald niet over alle ter zake rijzende vragen uitgelaten. In zoverre moeten wij soms volstaan met een zekere inschatting. Wij vertrouwen de lezer ook voldoende bekend met het feit dat het EVRM minimumnormen van rechtsbescherming biedt. Minder mag niet, meer wel.

Het gaat bij de beoordeling van de voorstellen in het licht van het EVRM vooral om art. 5 EVRM. Nogal wat, minstgenomen leerzame, jurisprudentie van het EHRM betreft de turbulente ontwikkeling van de inrichting van de Duitse Sicherungsverwahrung. Enige voorstellen bevatten elementen uit de varianten waarin deze maatregel in de Duitse regelingen kan worden toegepast. Daarom wordt in het onderstaande op onderdelen naar het Duitse recht verwezen. Daarbij moet vooral het verschil met de Nederlandse tbs worden benadrukt. De Duitse Sicherungsverwahrung staat, als strafrechtelijke maatregel, naast de maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis, een maatregel die in Duitsland bedoeld is voor de tbs-categorie van op grond van een geconstateerde stoornis verminderd toerekenbare, potentieel gevaarlijke personen en die in de tenuitvoerlegging op beveiliging is gericht. Daarom rust de Sicherungsverwahrung, anders dan de Nederlandse tbs, niet uitdrukkelijk op de grondslag van een aanwezige stoornis als voorwaarde om de maatregel überhaupt te kunnen opleggen. De grondslag is de pure, zo men wil vagere notie van gevaar, waaraan daarom hoge eisen worden gesteld, van oorsprong zelfs een meervoud van delict. Men kan zich niet aan de indruk onttrekken dat dit verschil in grondslag bij het EHRM tot een kritisch(er) houding ten aanzien van de Sicherungsverwahrung heeft geleid dan het EHRM mogelijk ten aanzien van de tbs inneemt.

¹² Wij hebben, in het beperkte onderzoek dat binnen de toegelaten tijd mogelijk was, geen aanleiding gevonden om te veronderstellen dat de normering onder het IVBPR wezenlijk anders uitvalt. Dat geldt ook voor de tbs met voorwaarden als vorm van de in verschillende documenten (ook van de EU) apart beschermde vrijheidsbeperking. Wij gaan er voorts van uit dat, met name door de scheiding van de tenuitvoerlegging van tbs en gevangenisstraf, de tbs in geen der voorstellen een 'straf' wordt in de zin van art. 7 EVRM, hetgeen het EHRM eerder ten aanzien van de Duitse Sicherungsverwahrung wel aan nam.

Bij de algemene duiding van de betekenis van art. 5 EVRM zijn verschillende aspecten relevant. De vraag rijst naar de in dit artikel bedoelde grond van de vrijheidsbeneming in het kader van de tbs. De huidige tbs-regeling rust op de a-grond (na veroordeling) en de e-grond (stoornis). In discussie zijn alleen deze twee gronden. Welke betekenis hebben zij als grondslag voor de tbs? Vindt daarin een verschuiving plaats, bijvoorbeeld naar nog slechts één van deze gronden, in bepaalde voorstellen, en zo ja, wat is daarvan de (mogelijke) consequentie? Dat punt speelt in de voorstellen waarin (in welke opleggingsmodaliteit dan ook) de stoornis als grondslag wordt weggehaald. Het speelt ook bij die voorstellen die een zekere splitsing inhouden tussen de beantwoording van de vierde vraag van art. 350 Sv en de oplegging of voortzetting van de tbs in een latere fase.

De gronden van art. 5 EVRM zijn uitputtend bedoeld: er kan geen aanvullende grond voor door het EVRM gelegitimeerde vrijheidsbeneming worden afgeleid uit het concept van de positieve verdragsverplichting, zoals die bijvoorbeeld in het kader van de bescherming van het recht op leven bestaat. Daarmee staat vast dat er eigenlijk geen algemene detentiegrond voor vrijheidsbeneming ter voorkoming van ernstige strafbare feiten in geval daarvoor gevaar bestaat, in het EVRM gevonden kan worden. De c-grond is beperkt tot de situatie dat daarvoor heel concreet gevaar bij de overheid bekend is, welke grond mede daarom gebonden is aan het doel de betrokkene in geval van strafbare feiten voor de rechter te brengen. De vrijheidsbeneming in een bepaald geval kan op meer dan een grond uit art. 5 EVRM berusten.

2.2.2 De gronden

Voor wat betreft de gronden voor vrijheidsbeneming in relatie tot de tbs is het volgende van belang.

De a-grond

De a-grond vereist volgens de jurisprudentie van het EHRM een voldoende causaal verband met het strafbare feit, het indexdelict. Daaraan is bij de huidige tbs aan voldaan. Het punt is relevant voor de beoordeling van voorstellen waarin de beantwoording van de vierde vraag van art. 350 Sv wordt losgekoppeld van de mogelijke latere beslissing op oplegging van de tbs. Blijft dan de a-grond behouden? Dat is het geval bijvoorbeeld als in de uitwerking van die voorstellen de als tbs-opleggende rechter gebonden blijft aan het door de eerdere rechter bewezen verklaard feit. Dat is nog meer het geval als de eerste rechter ook beslist of van een geweldsdelict sprake is. Ter zake daarvan zal de tweede rechter dan, in de betreffende voorstellen hopelijk met meer informatie, alsnog tbs (kunnen) opleggen. Geen der voorstellen stelt eigenlijk voor de huidige criteria tbs-oplegging die op dit punt relevant zijn (over stoornis dadelijk), te wijzigen. Sterker, het ligt voor de hand aan te nemen dat de tweede rechter gebonden is aan het door de eerste rechter bewezen feit: is ter zake daarvan alsnog oplegging van tbs (indien mogelijk omdat alsnog voldoende info verkregen is), alsnog aangewezen. De a-grond zal dus behouden kunnen blijven.

De a-grond heeft in zoverre ook een beperking dat de afstand tot (de veroordeling ter zake van) het delict zo groot kan worden en de nadere procedures en criteria tot verlenging van vrijheidsbeneming zo los en/of anders kunnen komen te staan van het bewezen feit (nadien getoond gedrag, weigering medicijnen te nemen, een op dergelijke nieuwe gronden alsnog beslissende, andere rechter), dat de vereiste band met de veroordeling kan worden verbroken. Dat is de kern waarop het EHRM voor de oude Duitse nachträgliche Sicherungsverwahrung (apart opgelegd aan het einde van de strafexecutie) niet (meer) de a-grond aan nam. Het brengt Tak tot de vaststelling dat het van betekenis de vrijheidsbeneming onder de tbs niet slechts te gronden op deze a-grond omdat dit op

den duur de legitimiteit van met name de onbepaalde duur van de tbs (al dan niet in de long stay) kan aantasten. Daarom is het volgens hem aangewezen (ook) de e-grond te behouden.¹³

De e-grond

Voor (de toets aan) de e-grond is het volgende van belang. Bij de e-grond legitimeert de stoornis en het daaruit voortvloeiend gevaar de vrijheidsbeneming. Bij deze grond liggen stoornis en gevaar dicht(er) bij elkaar. Als alleen de e-grond en bijvoorbeeld niet tevens de a-grond aanwezig is, stelt het EHRM striktere inhoudelijke criteria. Anders wordt *overall* het doel van die bepaling (beschermen tegen arbitrariness) niet gehaald.

In dat kader is van belang dat het EHRM een paar keer heeft geaarzeld of een bepaalde stoornis wel voldoende is om die als een ‘true’-stoornis onder de e-grond te accepteren. Alcoholgebruik is dat niet, zo zegt men uitdrukkelijk, maar als alcoholge(of: mis)bruik tot aantasting van rechten van anderen leidt of tot seksuele aberraties, is het toch genoeg. Er was in één zaak geen psycho-pathologisch gedrag, maar uiteindelijk toch voldoende voor het hof om de e-grond, maar men aarzelt wel. In de zaak Perschulies tegen Duitsland overweegt het EHRM uitdrukkelijk dat het aarzelt of het een anti-persoonlijkheidsstoornis wel onder de e-grond kan brengen/of dat wel voldoende stoornis is, maar uiteindelijk doet men dat in die zaak toch ook weer wel. Het is niet moeilijk voor te stellen dat in het Nederlandse, ‘open’ stoornisbegrip de vraag dan rijst of alle gevallen van tbs langs deze lijn wel steeds onder de e-grond zullen kunnen worden gebracht. Dat betekent dat er weliswaar geen jurisprudentie voorhanden waarin een zaak aan de orde is met een stoornis ter zake wij tbs zouden opleggen en waarvan het EHRM heeft vastgesteld heeft dat deze stoornis te weinig is voor de e-grond. Zolang de tbs ook blijft rusten op de a-grond is dat niet een probleem. Valt de a-grond weg, dan kan dat anders komen te liggen.

De e-grond eist overigens ook gedragskundige rapportage. Het EHRM heeft ter zake ook ‘observaties over een weigerende observandus’ als (in die casus) voldoende beoordeeld.

2.2.3 Nadere eisen, met name voorzienbaarheid

Naast de gronden stelt art. 5 EVRM stelt ook nog andere, algemenere eisen om de burger tegen arbitraire, (te) willekeurige vrijheidsbeneming te beschermen. Die aanvullende eisen worden door het EHRM ingelezen is namelijk, naast de gronden, procedurele eisen, afgeleid uit de woorden ‘in accordance with a procedure prescribed by law’, in de aanhef van art. 5 en in de eis van lawfull detention in de verschillende gronden. Om EHRM Haidn tegen Duitsland (par. 79) te citeren:

‘Where a national law authorises deprivation of liberty it must be sufficiently accessible, precise and foreseeable in its application, in order to avoid allrisk of arbitrariness (...) requires that all law be sufficiently precise to allow the person – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail’.

En zelfs als aan deze eisen is voldaan geldt bovendien dat art. 5 EVRM:

‘requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of protecting the individual from arbitrariness’.

¹³ P.J.P. Tak, ‘Op het rechte pad’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen & Y. Buruma (red.), *Levend strafrecht: Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context*, Deventer Kluwer 2011.

Naast de gronden treedt hier vooral de eis van wat wij hier kortweg noemen de voorzienbaarheid naar voren. Bij de a-grond wordt daaraan gemakkelijk(er) inhoud gegeven; vrijheidsbeneming als een voorzienbaar gevolg van een in de wet geregelde sanctie die kan volgen als een burger een in de (bekendgemaakte) wet als zodanig omschreven strafbare gedraging verricht. Bij de e-grond kan de voorzienbaarheid lastiger liggen.

Verder moet ook de procedure waarin over de toepassing van vrijheidsbeneming wordt beslist aan bepaalde procedurele waarborgen voldoen. Er gelden echter niet alle eisen van het eerlijk proces van art. 6 EVRM.

2.2.4 EVRM en (het belang van) de stoornis

Enige van de in hoofdstuk drie te beoordelen voorstellen bevatten het voorstel de vaststelling van een stoornis ten tijde van het delict als voorwaarde om tbs te kunnen opleggen, te doen vervallen. Hoe moet uit het oogpunt van het EVRM naar de plaats van de stoornis worden gekeken?

Ten eerste is helder dat daarmee de e-grond van art. 5 EVRM niet langer de vrijheidsbeneming kan legitimeren. Hierboven is er op gewezen dat de a-grond (die dan als enige over blijft) in de loop der tijd kan ‘verbleken’, met name bij tbs voor onbepaalde tijd in, bijvoorbeeld, de long stay. Zonder stoornis als grondslag zou een louter op het afwenden van (enig) gevaar de grondslag zijn. Nu is het niet zo dat het EVRM een dergelijke maatregel per se verbiedt, zolang deze maar op een der gronden van art. 5 EVRM stoelt en aan de procedurele eisen voldaan is, zodat de burger beschermd is tegen (te) onwillekeurige vrijheidsbeneming. In feite is de Duitse Sicherungsverwahrung zo’n maatregel waarbij de grondslag overigens, zoals gezegd, in hogere eisen van ‘gevaar’ worden gebonden (oorspronkelijk: herhaling van misdrijf) dan het gevaarscriterium in de Nederlandse tbs. Daarmee is de band met de veroordeling (a-grond) dus sterker. De Sicherungsverwahrung is niet per se en ipso in strijd met het EVRM bevonden. Tegelijk: omdat de e-grond daarbij niet aanwezig is, kan men zich niet aan de indruk onttrekken dat het EHRM toch strenger en strikter toetst. Het handvat daarvoor is de ‘overall’ eis van art. 5 EVRM: de bescherming tegen willekeurige vrijheidsbeneming.

Dat raakt waarschijnlijk een punt dat het EHRM via de arbitrariness enigszins impliciet bedoelt te beschermen, in tegenstelling tot het BundesVerfassungsgericht dat dit steeds expliciet doet. Dat punt betreft de proportionaliteit, de Verhältnissmäßigkeit, het Duitse equivalent van de inhoudelijke eisen te stellen aan een wet (de ‘quality of law’ van het EHRM). De gedachte is dat vrijheidsbeneming alleen dan als proportioneel gelegitimeerd is als die proportionaliteit (zichtbaar) gewaarborgd wordt. Dat betekent in elk geval: steeds toetsen en slechts met bepaalde intervallen verlengen, in principe gemaximeerd en alleen voor onbepaalde duur als dat met extra waarborgen is omkleed. Maar ook: in beginsel er ook een grondslag in de persoon van de betrokkene als eis onder leggen die handvat geeft om in de tenuitvoerlegging aan tegemoet te komen (in het bijzonder met behandeling) als aanbod aan betrokkene om, als hij dat aanbod aanneemt, weer zijn vrijheid terug te kunnen krijgen. In de Nederlandse tbs is dat de stoornis als grondslag en het aanbod van behandeling (in specifieke kliniek), opdat met behandeling de stoornis (eventueel) kan worden weggenomen en de vrijheid kan worden terug verkregen. De stoornis als eis maakt het in deze optiek gemakkelijker de tbs als maatregel proportioneel en niet willekeurig te doen zijn.

2.2.5 Extrapolatie: het EVRM en de ‘splitsing’ van beslissing; mogelijke consequenties voor de gronden en de voorzienbaarheid

Zoals gezegd, bevat een aantal voorstellen een zekere splitsing in de beantwoording van de vierde vraag van art. 350 Sv voor het overige (zonder tbs) en een mogelijkheid voor een latere, andere rechter om over de tbs te beslissen. De vraag rijst wat de consequenties van die gedachten zijn voor het EVRM. Dit deel gaat dus niet over de variant waarin de berechtende rechter in een enkele procedure, wellicht mede met gebruik van een zeker voorlopig oordeel, vervolgens toch zelf alle vragen van art. 350 Sv, ook de laatste, integraal zelf beslist, tegen welke integrale beslissing dan vervolgens een rechtsmiddel geconcentreerd kan worden ingesteld.

In de voorstellen die een zekere splitsing in de discussie wel bevatten, zijn in wezen twee varianten te onderscheiden. De eerste is die waarin de eerste rechter de tbs oplegt, maar vervolgens een (andere) rechter beslist of deze opgelegde maatregel zal worden voortgezet. Zo spreekt voorstel 12 bijvoorbeeld over een voorlopig opgelegde maatregel. In variant twee (waarvan de voorstellen 1 (voorstel AP), voorstel 2 en ook het twee fasenproces van voorstel 3 voorbeelden zijn), is het juist de naderhand optredende rechter, de tweede rechter die pas c.q. alsnog tbs oplegt. Voor de beoordeling van de consequenties onder het EVRM is het onderscheid van belang. Wij onderscheiden dus variant 1 (de eerste rechter legt op) en variant 2 (de tweede rechter legt (uiteeraard: eventueel) alsnog op).

Voor wat betreft de mogelijke consequenties voor de gronden en de voorzienbaarheid is het volgende van belang. In de variant 2 is het de tweede rechter die de tbs (alsnog) oplegt. Als dat (ook) mogelijk is pas langere tijd na de beslissing van de eerdere rechter op nadere criteria dan alleen de eerdere veroordeling, bijvoorbeeld het gedrag in detentie, dan kan het zijn dat aan de eis van causaal verband (de a-grond) niet meer is voldaan en dat de eis van voorzienbaarheid te zeer in de knel komt. De alsnog oplegging van vrijheidsbeneming komt dan te ver af te staan van de veroordeling voor het indexdelict c.q. de vrijheidsbeneming op grond van tbs is dan te weinig voorzienbaar gedurende de daaraan voorafgaande detentie, gegeven dat nog niet besloten is of tbs überhaupt zal worden opgelegd.¹⁴ Daarin ligt een verschil met variant 1; als de eerste rechter de tbs oplegt, bijvoorbeeld voorlopig oplegt, en de tweede rechter (slechts) heeft te beslissen over het voortduren ervan, is de voorzienbaarheid minder een probleem.

In het licht van de eis van voorzienbaarheid is dus (ook) van belang wat de eerste rechter heeft te beslissen. Per voorstel (of in het algemeen) kan de voorzienbaarheid in de nadere uitwerking van het betreffende voorstel, meer of minder gewaarborgd worden, al naar gelang de eerste, berechtende rechter, zonder de tbs op te leggen, in de wettelijke regeling wel al een soort 'voorzet' geacht wordt te nemen op eventuele tbs oplegging. Het voorstel AP (voorstel 1) volstaat met de eis dat de berechtende rechter vastlegt dat sprake is van een weigerende observandus. Dat is in dit opzicht mager. Er zou al meer 'voorzienbaarheid' zijn als de rechter gedwongen wordt op te schrijven dat hij, vanwege de weigering, afziet van tbs of, verdergaand/daarbij ook moet vastleggen of, mocht tbs alsnog worden opgelegd, de door hem bewezen feiten wel of niet een geweldsdelict zijn. Voorstel 2 gaat uit van een bepaalde termijn, te weten twee jaar, waarbinnen de beslissing moet worden genomen. Ook zo'n termijnbepaling (indien haalbaar in verband met het instellen van rechtsmiddelen tegen het eerste oordeel; zie nader bij de beoordeling van voorstel 2) helpt conformiteit met het EVRM te versterken. De variant waarin de eerste rechter oplegt ligt in zoverre eerder voor de hand dan de variant waarin pas de tweede rechter oplegt, maar onvereenigbaar met het EVRM is dat laatste niet, zeker niet als de beslissing aan een termijn wordt gebonden.

Of aan de eis van voorzienbaarheid voldaan is, hangt dus af van de nadere wettelijke regeling van het betreffende voorstel af. Jurisprudentie van het EHRM op dit punt/zo'n regeling, is er niet. Dat maakt dat niet op voorhand kan worden gezegd dat het idee van een zekere splitsing in de

¹⁴ In de Duitse variant van de vorbehaltene Sicherungsverwahrung legt de tweede rechter op en dat kan tot zes maanden voor de v.i.-datum. Daarom wordt getwijfeld of deze variant wel altijd op het punt van de voorzienbaarheid voldoende verdragsconform is.

beslissing als zodanig strijdt met het EVRM. Dat oordeel moet of kan anders uitvallen al naar gelang (bijvoorbeeld) de gronden voor oplegging van tbs naar art. 5 EVRM zich wijzigen van (thans) a en e naar één van beiden, dan wel in de procedurele eisen voor de eerste rechter te weinig verband met de tweede procedure wordt gelegd waardoor de voorzienbaarheid deswege in de knel komt, of omdat het (alsnog) opleggen van tbs in de tweede procedure veel verder naar achteren schuift, al dan niet in combinatie met het feit dat in die laatste variant ook het gedrag van de betrokkene tijdens detentie (als die door de eerste rechter van voldoende duur is opgelegd!), zou mogen gaan meetellen.¹⁵

2.3 Algemene aspecten verbonden aan splitsing van rechterlijke beslissingen in de sanctionering, met name de tbs in relatie tot gevangenisstraf

Zoals aangekondigd, is het aangewezen op deze plaats ook enkele algemene opmerkingen te maken over de samenhang in de sanctiebeslissing van de rechter. Dat geldt in het bijzonder voor de samenhang in de beslissing om naast gevangenisstraf ook tbs op te leggen of niet en wat in beide gevallen de duur van de gevangenisstraf bepaalt of zou moeten bepalen. Onder het geldende recht neemt de rechter ter zake een integrale beslissing (de beantwoording van de vierde vraag van art. 350 Sv). Hij doet dat op basis van het onderzoek ter terechtzitting waaraan de wet hem bindt (art. 358, tweede lid, Sv jo. art. 350 Sv; zie ook art. 301 Sv) en hij heeft wettelijk de keuze uit een breed ‘sanctiepakket’, waaronder (als aan de voorwaarden voldaan is) tbs, al dan niet met dwangverpleging dan wel met voorwaarden alsmede andere sanctiemodaliteiten waarmee beveiliging en behandeling kan worden georganiseerd. Tegen de beslissing van de rechter kunnen de verdachte en het OM vervolgens de gewone rechtsmiddelen instellen. Inhoudelijk is met name van belang dat het feit dat (ook) tbs wordt opgelegd de berechtende rechter aanleiding kan geven bij het bepalen van de duur van de gevangenisstraf daarmee rekening te houden. Dat kan ingegeven zijn door de conclusie dat de verdachte op grond van een vastgestelde stoornis verminderd toerekenbaar is. In de gevallen waarin de verdachte op grond van een stoornis verminderd toerekeningsvatbaar wordt gehouden, staat de beslissing tot tbs-oplegging vrijwel nooit op zich, maar wordt deze genomen in relatie tot de gevangenisstraf. Een plicht is dat niet, omdat volgens de Hoge Raad het beginsel ‘geen straf zwaarder dan de schuld’ niet een zodanig normatieve betekenis heeft, dat de straf nooit boven de mate van schuld zal (kunnen) uitgaan. Nochtans is in de bestraffing de notie van de mate van toerekenbaarheid wel een factor die de straftoemeting in een concreet geval nogal eens mede bepaalt.

Ter illustratie van de hier bedoelde samenhang in de oplegging van tbs en gevangenisstraf wijzen wij op het recente arrest HR 27 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:443. Hierin overweegt de Hoge Raad dat het hof zijn oordeel dat in casu sprake was van een ‘gewelddisdrijf’ als bedoeld in art. 38e, eerste lid, Sr en art. 359, zevende lid, Sv ontoereikend heeft gemotiveerd. Dit punt raakt alleen de tbs-oplegging. Maar de Hoge Raad vernietigt de gehele strafoplegging. Kennelijk uitgaande van het hierboven beschreven totaalpakket van de rechterlijke sanctiebeslissing, overweegt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat in die vernietiging zijn begrepen alle in de bestreden uitspraak genomen beslissingen als bedoeld in art. 351 Sv omtrent de oplegging van een straf en/of maatregel, waaronder ook de schadevergoedingsmaatregel, zij het niet de beslissingen als bedoeld in art. 361 Sv omtrent een vordering van de benadeelde partij. Dat laatste is begrijpelijk nu de beslissing op die vordering, anders dan de beslissing tot het opleggen van de maatregel van schadevergoeding, geen onderdeel uitmaakt van het sanctiepakket uit de rechterlijke sanctietoemeting in het concrete geval.

¹⁵ In ‘Duitse’ termen: als de vorbehaltenen Sicherungsverwahrung te zeer weer tot nachträgliche Sicherungsverwahrung verwordt.

De samenhang in sanctieoplegging doet zich in het onderhavige geval met name voor in relatie tot de opgelegde gevangenisstraf van 18 maanden.

In verschillende van de hierna te beoordelen voorstellen wordt de eenheid van de rechterlijke sanctiebeslissing los gelaten. Dat betreft met name de voorstellen waarin de optie naar voren wordt gebracht dat na de beslissing van een eerste rechter over de berechting en de straf, vervolgens een andere rechter alsnog kan beslissen tot het (alsnog) opleggen van tbs. Het probleem doet zich aldus niet gevoelen bij voorstel 3 inzake het twee fasenproces omdat dan immers, zij het in de tweede fase, dezelfde rechter op basis van (het vervolg van) het onderzoek ter terechtzitting (integraal) over de sanctie(s) beslist. Het punt speelt wel ook bij die voorstellen waarin de eerste rechter een voorlopige tbs-opleggingsbeslissing neemt. Deze voorstellen vragen om een algemene beschouwing over de consequentie van die loskoppeling; materieel van de toemeting van de duur van de gevangenisstraf in relatie tot de beslissing om al dan niet tbs op te leggen en voorts procedureel de vraag of deze samengestelde straftoematingsbeslissing door dezelfde berechtende rechter dient te worden genomen of dat dit kan worden losgekoppeld en deels in handen van een tweede rechter kan worden gelegd. Op welke procedure basis moet de tweede rechter tot een oordeel komen, waar moet de eerste rechter bij het vaststellen van de straf rekening mee houden, kan de tweede rechter zich genoopt voelen de duur van de aanvankelijk opgelegde gevangenisstraf aan te passen, in het bijzonder te verlagen omdat hij alsnog tbs oplegt en zo ja, is een voorziening van die aard noodzakelijk en juridisch technisch mogelijk? Dergelijke vragen doen zich ten minste voor bij de voorstellen 1 (voorstel AP), 2 (voorstel Kamerlid Van Oosten/Kuiken) en 12 (oplegging voorlopige tbs-maatregel).

Als de eerste rechter geen tbs oplegt, maar daarna een andere rechter dat wel kan doen, rijst allereerst de vraag naar de straftoematingspositie van de eerste rechter. Deze legt zelf geen tbs op, maar kan er ook niet zeker van zijn dat dit in de procedure die dat alsnog mogelijk kan maken, zal geschieden. Zelfs als in die tweede procedure de dan bevoegde rechter over meer informatie over de weigerende observandus beschikt (hetgeen bij volharding in de weigering niet het geval zal zijn) om, anders dan de eerste rechter, te kunnen vaststellen dat verdachte ten tijde van het delict leidde aan een stoornis, kan deze tweede rechter toch goede redenen hebben geen tbs op te leggen. Dat betekent dat de eerste rechter bijna noodgedwongen er van zal moeten uitgaan dat geen tbs wordt opgelegd. Op zichzelf is dat geen probleem omdat, zoals gezegd, het beginsel 'geen straf zonder schuld' niet absoluut geldt. De rechtspraak laat ook bepaalde gevallen zien waarin de rechter in een voorkomend geval waarin hij tbs-oplegging niet mogelijk of niet wenselijk acht, er voor kiest om de verdachte te bestraffen met een langdurige gevangenisstraf. Langduriger dan voor het indexdelict gebruikelijk is, in gevallen waarin het geen ernstig gestoorde verdachte betreft. Dit langduriger strafalternatief wordt dan toegepast vanuit het oogpunt van speciale preventie en maatschappijbeveiliging. Maar dan weet deze rechter onder het geldend recht ook, dat niet alsnog tbs zal worden opgelegd. Zal hij deze beslissing ook kunnen nemen als hij niet zeker weet of alsnog tbs wordt opgelegd? In elk geval zal hij moeten uitgaan van de straf die hij aan een volledig toerekenbare verdachte zou hebben opgelegd. Wordt alsnog tbs opgelegd, dan leidt dat, zonder aanpassing, tot meer gevallen van combinatie van lange gevangenisstraf en tbs.

In elk geval moet worden geconstateerd dat als de (eerste) rechter er voor kiest om, als de sanctienorm in de wettelijke strafbepaling dat toelaat, levenslang op te leggen, niet alsnog in welke latere procedure dan ook, tbs kan worden opgelegd, omdat beide sancties elkaar uitsluiten.¹⁶ Dat combinatieverbod geldt overigens onder het geldend recht daarmee ook voor de rechter die in één beslissing over het totale sanctiepakket beslist. Het omgekeerde geldt niet. Als de eerste rechter er bewust van afziet een

¹⁶ HR 14 maart 2006, NJ 2007, 345.

levenslange gevangenisstraf op te leggen om alsnog, in een latere procedure tbs-oplegging mogelijk te maken, maar de tweede rechter ziet daartoe geen gelegenheid of grond, dan kan niet alsnog aan de verdachte levenslang worden opgelegd.

Deze situatie doet de vraag rijzen of het noodzakelijk en mogelijk is dat de tweede rechter, in het bijzonder in de voorstellen waarin de tweede rechter (alsnog, maar in zoverre eerst tbs oplegt), de door de eerste rechter opgelegde straf zal moeten kunnen aanpassen. Sommige voorstellen berusten expliciet op de aanname dat dit in de uitwerking van het voorstel inderdaad mogelijk zal worden gemaakt. Voorstel 1 (het voorstel AP) gaat daar van uit waar het vermeldt dat de tweede rechter de tbs ook 'in plaats van de reeds opgelegde gevangenisstraf' zou moeten kunnen opleggen. Het is de vraag waar deze aanname op is gebaseerd. Zoals gezegd, neemt de eerste rechter zijn (integrale) sanctiebeslissing als onderdeel van de berechting in één antwoord op de laatste vraag van art. 350 Sv. In de voorstellen waarin een tweede rechter alsnog tbs kan opleggen, kunnen zich vervolgens twee varianten voordoen. De eerste is dat de beslissing van de eerste rechter nog niet onherroepelijk is omdat tegen diens oordeel rechtsmiddelen zijn ingesteld waarop nog niet onherroepelijk is beslist. Dan ligt het daarom niet voor de hand reeds in een aparte procedure alvast alsnog tbs op te leggen, al is het alleen maar omdat niet vast staat (bewezen) dat een strafbaar feit is begaan en zo ja, welk. Is het oordeel van de eerste rechter daarentegen wel onherroepelijk, dan ontstaat een systematisch bezwaar tegen het aanpassen van de eerder, op basis van het onderzoek ter terechtzitting onherroepelijk opgelegde (gevangenis)straf. Het Nederlandse strafrecht kent, buiten de herziening, geen mogelijkheid om een eerder gewezen onherroepelijk vonnis alsnog aan te passen.

Als we op dit punt een vergelijking mogen maken met enige andere voorzieningen in het wettelijk sanctiestelsel, dan komt het gewicht van dit punt nader naar voren. Ook bij de recent ingevoerde toezichtsmaatregel van art. 38z Sr is sprake van een tweede rechterlijke beslissing. Maar die tweede rechter kan geen beslissing nemen over enige eerdere rechterlijke beslissing over welke sancties aan de verdachte (alsnog) kunnen worden opgelegd. Die tweede rechter neemt, meer als executierechter, enkel en alleen een beslissing over de wenselijkheid van daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de eerder (door de berechtende rechter) opgelegde toezichtsmaatregel (art. 38aa Sr). De tweede rechter beslist dus over en tot 'tenuitvoerleggen of niet', niets meer en niets minder wat betreft de eerdere sanctiebeslissing van de berechtende rechter. Het punt van een zich opdringende samenhang met de wenselijkheid van opgelegde gevangenisstraf (en de duur ervan) en tbs doet zich hier niet voor omdat die toezichtsmaatregel per definitie opgelegd is in combinatie met een gevangenisstraf of tbs (art. 38z, eerste lid, Sr) en de berechtende rechter over de combinatie van de sancties en de duur ervan¹⁷ in één integraal oordeel heeft beslist.

Bij de ISD-maatregel bestaat de unieke procedure van de tussentijdse beoordeling (art. 38s Sr). Maar ook hier legt die naderhand oordelende rechter niet alsnog de maatregel op en als hij de voortzetting van de tenuitvoerlegging van de eerder opgelegde ISD-maatregel stopzet, dan kan hij dat alleen doen omdat de berechtende rechter die mogelijkheid reeds in zijn sanctiebeslissing waarbij de ISD-maatregel is opgelegd geopend heeft (de berechtende rechter beslist in zoverre 'mee') of daarna ambtshalve of op verzoek van veroordeelde of OM geopend heeft. Bovendien tornt de rechter van de tussentijdse beoordeling ex art. 38s Sr, hoe zijn beslissing ook uitvalt, niet aan de oplegging van de ISD-maatregel zelf noch aan de daarnaast opgelegde (gevangenis)straf(fen). Aan dat laatste zal hij bij de ISD zelfs geen behoefte kunnen hebben nu, naar de jurisprudentie van de Hoge Raad, naast de

¹⁷ Zij het dat niet de berechtende rechter, maar (pas) de tweede rechter de duur van de toezichtsmaatregel bepaalt bij zijn beslissing tot tenuitvoerlegging van die maatregel (art. 38ab, vierde lid, Sr).

ISD geen (onvoorwaardelijke) gevangenisstraf kan worden opgelegd.¹⁸ Dat is, zoals bekend, bij de tbs anders.

Het voert voorts in dit rapport te ver om een en ander tot detail te schetsen, maar wetgever en rechter hebben er bij de toepassing van art. 63 Sr in geval van meerdaadse samenloop bij ongelijktijdige berechting steeds aan vast gehouden dat de tweede rechter niet kan treden in het eerder onherroepelijk gewezen vonnis op het punt van de straf.¹⁹ ‘Zelfs’ in het nog aanhangige wetsvoorstel 34 126, waarin uitdrukkelijk is gezocht naar modaliteiten om de tweede rechter in de art. 63 Sr-situatie minder in zijn straftoemettingsvrijheid in verband met het oordeel van de eerdere rechter inzake de straf te doen beperken, is dit uitgangspunt van respect voor het eerder onherroepelijk gewezen vonnis, ook op het punt van de straf, gerespecteerd. Bij de bespreking van voorstel 1 ten slotte zal blijken dat de daarin gezochte aansluiting bij de aparte procedure tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel c.q. onttrekking aan het verkeer mank gaat.

Een volgend, meer typisch met de tbs verbonden aspect van materiële verbondenheid van beide procedures in de varianten waarin na de berechting een tweede, andere rechter alsnog beslist, schuilt in de eis van vaststelling of de tbs wordt opgelegd ter zake van een geweldsmisdrijf in de zin van art. 38e Sr of niet. Dat oordeel is verbonden met een oordeel over de bewezen feiten mede omdat het punt raakt aan de kaders van tenuitvoerlegging, bijvoorbeeld inzake de aard van het delict en de daaruit voortvloeiende gevolgen voor de fase na de berechting. Het EHRM legt nadruk op die voorzienbaarheid, hetgeen door de Hoge Raad is overgenomen,²⁰ laatstelijk door te eisen dat ook als de rechter tbs met voorwaarden oplegt, hij toch dient aan te geven of sprake is van een ‘gewelddelict’ in de zin van art. 38e Sr en art. 359 lid 7 Sv, zulks met het oog op de voorzienbaarheid in geval van (eventuele) omzetting van de tbs met voorwaarden in tbs met dwangverpleging.²¹ Het ligt daarom voor de hand dat deze beslissing wordt opgedragen aan de eerste rechter, op welk punt de tweede rechter dan aan diens beslissing ter zake gebonden is. Wij kunnen ons goed voorstellen dat, mocht het tot nadere regeling van de hierbedoelde voorstellen komen, daaraan als voorwaarde voor het gebruik van de tweede procedure bij een weigerende observandus, überhaupt wordt voorgeschreven dat deze procedure alleen kan worden gebruikt in geval sprake is van een gewelddelict. In zoverre hoeven op dit punt de voorstellen voor een zekere splitsing niet onmiddellijk tot onoverkomelijke moeilijkheden te leiden, zij het dat, als consequentie van een aantal voorstellen, tegen dit oordeel van de eerste rechter dan wel (eerst) de gewone rechtsmiddelen zullen open staan en, in verband met het belang van de beslissing op dit punt, door de weigerende observandus ook gemakkelijk zullen worden aangewend.

Naar ons oordeel wordt dit punt van materiële samenhang bij verschillende voorstellen onvoldoende onderkend. Daarbij moet worden opgemerkt dat sprake is van een zeker oplopen van het gewicht van het bezwaar. Het speelt in het bijzonder bij voorstellen waar in de tweede procedure alsnog tbs wordt opgelegd. Het speelt minder bij een voorstel als voorstel 12 waarin de berechtende rechter de tbs ten minste voorlopig oplegt. Het punt speelt eigenlijk niet bij het twee fasenproces waarin immers dezelfde rechter in een tweede deel van een op basis van het onderzoek ter terechtzitting ingerichte berechting alsnog een (integrale) sanctiebeslissing neemt. Met dit punt zijn we wel ook bij de strafprocessuele kant van de voorstellen die een zekere scheiding inhouden.

Ten aanzien van die procedurele kant is met name van belang hoe de tweede procedure wordt ingericht. Het ligt voor de hand dat deze procedure wordt ingericht volgens de regeling van het

¹⁸ HR 21 maart 2006, NJ 2006/223.

¹⁹ Zie uitdrukkelijk o.a. HR 19 april 2005, NJ 2006/10 m.nt. Mevis.

²⁰ HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8434, NJ 2013/161 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

²¹ HR 30 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:116, NJ 2018/147 m.nt. P.A.M. Mevis.

onderzoek ter terechtzitting²² omdat anders twee verschillende procedures zullen bestaan waarin wordt geoordeeld over het naar aanleiding van een strafbaar feit opleggen van de sanctie van tbs. Als de berechtende rechter de tbs oplegt, doet hij dat op basis van het onderzoek ter terechtzitting en kunnen tegen de sanctiebeslissing de gewone rechtsmiddelen worden ingesteld. Het ligt niet voor de hand aan die vormgeving, verbonden met berechting als concept afbreuk te doen, door de procedure voor de rechter die alsnog tbs kan opleggen in te richten volgens de regels van (bijvoorbeeld) de raadkamer, eindigend met een beschikking waartegen systematisch maar beperkt rechtsmiddelen plegen te worden opengesteld.

Het is aangewezen op dit punt een vergelijking te maken met de Duitse variant van Vorbehalt der Sicherungsverwahrung, die in 2002 is ingevoerd, daarna herzien en thans voorzien is in art. 66a StGB. Van de in concreto te beoordelen voorstellen, vertoont voorstel 12 daarvan nog de meeste trekken. Toch zijn er elementaire en zeer belangrijke verschillen. Vorbehalt betekent dat de berechtende rechter inderdaad de oplegging van de Sicherungsverwahrung ‘voorbehoudt’; dus hij legt niet op. Het vonnis moet het voorbehoud wel uitdrukken: art. 260 lid 4 StPO. Dat gaat dan in de bewoordingen ‘Die Anordnung der Sicherungsverwahrung bleibt vorbehalten’. Pas in het dictum van de tweede rechter (procedureel geregeld in art. 275a StPO) komt te staan ‘die Sicherungsverwahrung wird angeordnet’ (of niet natuurlijk...). Dat oordeel moet in het vonnis worden gemotiveerd (art. 267 lid 6 StPO). Ook het afwijzen van deze mogelijkheid vergt motivering als het OM om toepassing heeft gevraagd. Van significant belang is, dat deze nadere procedure is ingericht als en geheel conform de voorschriften van de Hauptverhandlung (onderzoek ter terechtzitting), dat dus niet bij Beschluss (beschikking) maar bij Urteil (vonnis) beslist wordt, waartegen daarom gewone rechtsmiddelen (in dit geval Revision) mogelijk zijn ‘denn der Verurteilte darf im 2. Teil nicht anders gestellt werden, als wenn das Gericht die Sicherungsverwahrung sogleich im 1. Teil angeordnet hätte’. Hetzelfde gerecht en de qua soort zelfde kamer van dat gerecht (enkelvoudig of meervoudig, Schöffengericht of niet, etc.) is bevoegd, al is niet vereist dat de samenstelling van de kamer dezelfde is als die samenstelling van de kamer die de Sicherungsverwahrung voorbehold. Het tweede gerecht is volledig gebonden aan de (overige) vaststellingen van het eerste gerecht. Beide oordelen vormen een geheel en mogen onderling niet tegenstrijdig zijn. Alleen ten aanzien van het antwoord op de vraag of de verdachte zodanig gevaarlijk is dat Sicherungsverwahrung geboden is, is het verzamelen van nieuwe informatie mogelijk en aangewezen. De beslissingsruimte is beperkt tot het al of niet bevelen (*‘anordnen’*) van de Sicherungsverwahrung.

Ter relativering zij gezegd dat de conclusie niet kan zijn dat in het Duitse recht de vormgeving van Vorbehalt der Sicherungsverwahrung aldaar voor noodzakelijk werd gehouden teneinde strijd met het EVRM te voorkomen. Er is geen jurisprudentie van het EHRM (of van het BVerfG) waaruit blijkt dat, met name, de keuze voor de procedure voor de tweede rechter (full dressed onderzoek ter terechtzitting) nodig is om strijd met het EVRM te vermijden. Ook voor het EHRM hoeft de art. 5 EVRM procedure niet te voldoen aan alle eisen van art. 6 EVRM, hoewel art. 275a StPO dus wel als zodanig is vormgeven. En dat op ook voor Nederland goede redenen. Het zou immers ook naar Nederlands recht moeilijk verteerbaar zijn als verschil zou ontstaan in procedure, rechtspositie en rechtsmiddelen al naar gelang de tbs, in elk geval (mede) op de a-grond van art. 5 EVRM wordt

²² Voor zover de alsnog oordelende rechter tbs kan opleggen naar aanleiding van het door de verdachte begane strafbare feit, zal in strafprocessueel opzicht moeten worden voorzien in het doorwerken van de gegevens uit de aanvankelijke berechting. Deze mogelijkheid bestaat in het Nederlands strafrecht daar waar rechters hun beslissing kunnen baseren op een (eerder) onderzoek ter terechtzitting, zoals dat blijktens het proces-verbaal van die zitting heeft plaatsgevonden.

opgelegd door de berechtende rechter dan wel door een later oordelende rechter. Ook op dit punt is sprake van een gradatie in de voorstellen. Ook hier speelt het punt immers minder in geval de eerste rechter over oplegging van de tbs beslist en de tweede rechter ‘slechts’ over voortzetting, een beslissingsschema dat, als men goed kijkt, in feite ook in het bestaande recht besloten ligt. Eén of twee jaar na de oplegging beslist immers de tbs-verlengingsrechter over het voortduren ervan. Maar dan is de tweede procedure inhoudelijk zeer beperkt hetgeen, omgekeerd gezegd, betekent dat de nadruk komt te liggen op de beslissing tot het opleggen van tbs door de eerste rechter en het punt is nu juist dat zulks onder omstandigheden niet kan omdat de rechter bij een weigerende observandus de stoornis niet zou kunnen vaststellen. Als de beslissing de tbs voorlopig op te leggen een dergelijk accent krijgt, zal de rechter bij een weigerende observandus de facto en bij gebrek aan informatie de tbs ook niet verantwoord ‘voorlopig’ (kunnen) opleggen.

Het bovenstaande is bedoeld om in algemene zin enig licht te werpen op algemene, wets- en rechtssystematische aspecten die de verschillende voorstellen gemeen hebben. Wij merken ter afsluiting van dit algemenere onderdeel nog op dat de mogelijk opkomende gedachte dat art. 68 Sr zich tegen een procedure tot het alsnog opleggen van tbs verzet, in zoverre niet hoeft op te gaan dat bij adequate regeling een zodanig verband met de eerdere fase kan worden gelegd, dat de eventuele procedure tot het alsnog opleggen van tbs zal kunnen worden gezien als afsplitsing of voortzetting van de strafvervolgung, zodat van een nieuwe vervolging geen sprake is. Dat is de opvatting die wetgever en Hoge Raad ook bij de afzonderlijke procedure tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel hebben bewandeld. EVRM en IVBPR spelen hier formeel geen rol omdat Nederland het 7^{de} Protocol niet heeft geratificeerd c.q. bij art. 14 lid 7 IVBPR een voorbehoud heeft gemaakt.

2.4 Plaatsbepaling van de factor ‘stoornis’ in het (juridisch) concept van tbs-oplegging

Tot slot van de algemene beschouwende opmerkingen is het aangewezen op deze plaats ook in te gaan op de plaats die de factor ‘stoornis’ inneemt als criterium in ons (juridisch) concept van tbs-oplegging.

Als gezegd keert in een aantal voorstellen de notie terug dat zonder vereiste van stoornis weigeraars gemakkelijker tbs op te leggen zou zijn. Vanuit het perspectief van het EVRM is daar al het nodige over gezegd. De grond voor vrijheidsbeneming wordt zonder stoornisvereiste op den duur vager en kan mogelijk niet ongelimiteerd, met alle gevaar voor de samenleving van dien. En het stelt voor oplegging mogelijk ook hogere eisen aan het gevaarscriterium, zowel qua ernst als waarschijnlijkheid en dus in onderbouwing en motivering. Voor een verdere beoordeling van voorstellen met deze notie daarin, moeten vanuit het systeem en de dogmatiek van het Nederlandse strafrecht daar nog twee nadere gedachten aan worden toegevoegd. Ten eerste, dat de grond voor tbs-oplegging vooral gelegen is in de gevaarlijkheid en dat mede op grond daarvan het stoornisvereiste gerelativeerd moet worden. En ten tweede dat het stoornisvereiste omwille van de normering/proportionaliteit bezwaarlijk gemist kan worden.

2.4.1 Gevaar staat al voorop, vraagt om relativering van het stoornisvereiste

De wettelijke omschrijving van het stoornisvereiste luidt: ‘gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens’. Deze zinsnede klinkt archaisch en is inderdaad inhoudelijk niet meer veranderd sinds de invoering van de terbeschikkingstelling in 1928, al is in 1988 om taalredactionele

redenen 'storing' veranderd in 'stoornis'. Dat de zinsnede niet veranderd is, heeft als reden dat zij werkbaar is gebleken in de praktijk²³ en steeds een zekere consensus bewerkstelligde tussen de verschillende benaderingen in de gedragskunde.

Daarbij komt dat de term als voorwaarde voor tbs met opzet zo ruim mogelijk gekozen is om niet een te hoge drempel voor oplegging te vormen in het geval de gevaarlijkheid van de dader om de maatregel vraagt; voor het tegengaan van dat gevaar is de maatregel immers met name bedoeld. De stoornis was als voorwaarde vooral vereist om binnen de (neo)klassieke strafrechtstheorie van de confessionelen in het parlement te passen: alleen personen die verminderd verantwoordelijk kunnen worden gehouden, komen in die visie in aanmerking voor een maatregel. Dat men daarmee niet een te hoge drempel voor tbs-oplegging wilde opwerpen blijkt wel uit het feit dat men uiteindelijk akkoord is gegaan met een gelijktijdigheidsverband tussen stoornis en delict, in plaats van een causaal verband dat als noodzakelijk voor verminderde toerekeningsvatbaarheid gezien kan worden. Om het stoorniscriterium zo ruim mogelijk te maken is in 1928 'geestvermogens' in de plaats gekomen van 'verstandelijke vermogens', een term die bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht 1881/1886 nu juist gekozen was om consensus tussen 'materialisten' en 'spiritualisten' te bewerkstelligen, maar in de praktijk te beperkend werkte, bijvoorbeeld bij 'psychopaten' waarvan '*de verstandelijke vermogens niet zelden bij uitstek goed ontwikkeld zijn*'.²⁴ Ook het voorgestelde 'lijdende aan' is uiteindelijk geschrapt om een zo ruim mogelijke definitie te creëren. Dat geldt ook voor het behoud van de tweedeling 'ziekelijke storing' en 'gebrekkige ontwikkeling', die aan het eind van de negentiende eeuw al werd gekozen omdat '*wat zij aan wetenschappelijke scherpte derft, in veler oog aan duidelijkheid winnen zal*'.²⁵

Een ruime definitie dus, die ook beoogde de veranderende opvattingen in de gedragskunde in de toekomst te absorberen. Dat deze bewoordingen en termen in de huidige tijd wel vertaald worden op basis van de huidige psychiatrische terminologie is begrijpelijk, maar deze tot wettekst verheffen, zoals in het Wetsvoorstel Verplichte Geestelijke Gezondheidszorg wordt voorgesteld – 'psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening en verstandelijke handicap' – is in het licht van de wetshistorie niet onproblematisch, zeker nu deze keuze wordt toegelicht als aanpassing aan de tijd zonder verschil in reikwijdte te beogen met voorheen, maar wel onder de motivering dat 'aansluiting is gezocht' bij het gedragskundige handboek van de DSM.²⁶ Waar de BOPZ ooit de strafrechtelijke terminologie overnam, was - nu die in dat verband toch enger werd geïnterpreteerd - minder problematisch, dan dat nu in het strafrecht de terminologie uit de civiele wetgeving wordt overgenomen. Juist doordat gedragskundige terminologie wordt gebruikt is het niet ondenkbeeldig dat door een meer letterlijke interpretatie uiteindelijk vergeten zal worden dat geen verschil is beoogd met het voormalige juridische criterium van gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens. Juist het feit dat de tweedeling tussen ontwikkelingsgebrek en stoornis nauwelijks was uitgewerkt in de rechtspraak schiep ruimte. De nieuwe 'classificaties' zijn ook in gedragskundige zin eerder een inperking van de reikwijdte die voor gedwongen zorg in civielrechtelijk kader wellicht te verdedigen is, maar ten aanzien van tbs-oplegging ons inziens niet. Voor tbs-oplegging heeft de Hoge Raad namelijk nadrukkelijk en terecht geoordeeld dat voor vaststelling van het vereiste een DSM-stoornis niet nodig is.²⁷

²³ Ook Nieboer noemt dit stukje psychopathologie in de wet '*onduidelijk, psychiatrisch niet hanteerbaar en juridisch irrelevant, het is een symptoom van gebrekkige ontwikkeling in de wetstechniek, al geeft het gelukkig geen aanleiding tot storing in de strafrechtspleging*'. Nieboer, W. (1970), *Aegroti suum. De toerekening in het strafrecht bij psychische afwijkingen* (dissertatie Groningen), Meppel: Boom.

²⁴ *Kamerstukken II* 1910/11, 239, nr. 4, p. 18. Zie voor een uitleg over het begrip 'psychopaat' van toen, Van der Wolf (2012), *a.w.*

²⁵ Ramaer, J.N. (1880), *Psychiatrische aantekeningen op het ontwerp van wet tot vaststelling van een wetboek van strafregt*, 's Gravenhage: Henri. J. Stemberg, p. 44.

²⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 11-12.

²⁷ Hoge Raad 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY5355, Hoge Raad 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1311.

In ander verband stelden Mevis en Vegter dan ook dat een eventueel opinieconflict onder gedragskundigen over de classificatie van de diagnose voor de rechter maar een achterhoedegevecht is. Ook kunnen verschijnselen die volgens de huidige classificatiesystemen niet, maar volgens nieuwe inzichten wel tot de psychische afwijkingen behoren, juridische relevantie hebben. Meer dan in de precieze diagnose volgens een bepaald classificatiesysteem zal de rechter dan ook geïnteresseerd zijn in disfuncties van de persoon ten tijde van het delict die als drijfveer of mechanisme mede bepalend waren voor het delictgedrag en medebepalend zijn voor het risico van de verdachte voor de toekomst. Dat geeft meteen ook aan dat de beschrijvende diagnose alleen niet genoeg is.²⁸ Psychische functiestoornissen als zodanig zouden al kunnen kwalificeren.

Aansluitend bij de ontwikkeling in de forensische psychiatrie van het stoornisconcept naar het risicoconcept, zowel waar het de behandeling betreft als ook waar het de risico-inschatting betreft – op basis van het risicotaxatieonderzoek waarin de stoornis doorgaans maar één van vele factoren is of zelfs geen relevante factor meer is²⁹ – hebben enkelen er al voor gepleit om het stoornisvereiste te laten vallen en alleen nog te focussen op risico. In die zin staan de voorstellen, die ter beoordeling in dit onderzoek voorliggen en waarin deze notie is verwerkt niet alleen. In deze voorstellen lijkt echter te worden miskend dat het stoornisvereiste een juridisch criterium is dat toch al zeer gerelativeerd moet worden. Met name redenerend vanuit de grondslag van de tbs menen Mevis en Vegter dat een biologische predispositie waaruit gevaar voortvloeit, maar die moeilijk als stoornis in gedragskundige zin te kwalificeren is, wel ook voldoende kan zijn.³⁰ Van der Wolf ziet uit de wetshistorie van de terbeschikkingstelling een soort ondergrens naar voren komen als: ‘een bio-psychologische factor die enig verband houdt met het delict en als afwijkend van de norm moet worden beschouwd’.³¹ Bij dit ruime criterium is wel de vraag waar de grens ligt van het ‘true’ of ‘genuine mental disorder’ zoals dat in EHRM-jurisprudentie ter zake van de e-grond van art. 5 EVRM wordt omschreven en vereist, al zou men kunnen afleiden uit het feit dat men de vaststelling van het juridisch criterium als zodanig in *Constantia v. Nederland* accepteert als true mental disorder, wel ruimte geeft aan deze ruime interpretatie.³²

Het probleem is dat als compromis van de richtingenstrijd het stoornisvereiste wel vooraan is komen te staan in de wettekst en dat daardoor na verloop van tijd, mede ook door de inbreng van gedragskundigen die hun eigen invulling aan het criterium gaven, er meer waarde aan is toegekend dan ooit bedoeld. Het gevaar kan dus al, en zou ook al meer, de bepalende factor moeten zijn bij oplegging van tbs, hetgeen als voordeel heeft dat het ten tijde van de berechting te bepalen is en dat het beter dan de stoornis ook bij weigeraars is vast te stellen. Althans, de rechter heeft daar doorgaans al weinig moeite mee en in de gedragskunde is risicotaxatie via instrumenten op basis van dossierinformatie state of the art. Uiteraard zijn er bezwaren in te brengen tegen het moeilijker te individualiseren oordeel op basis van uit groepsonderzoek samengestelde lijsten van risicofactoren, maar deze beperkingen

²⁸ Mevis & Vegter (2011), *a.w.* Overigens geeft het feit dat de DSM een ‘cautionary statement’ kent dat het niet bedoeld is voor juridische toepassing al aan dat alleen een classificatie niet genoeg is. Daarnaast kent de DSM zelf ook al enigszins niet classificeerbare stoornissen, zoals de persoonlijkheidsstoornis Niet Anderszins Omschreven (NAO).

²⁹ Zie Kooijmans, T. & Meynen, G. (2012), ‘De hybride structuur van de rapportage pro Justitia: over toerekeningsvatbaarheid en risico’, *DD* 2012, 46. Zij wijzen erop dat de stoornis retrospectief van belang is bij bepaling van de toerekenbaarheid en prospectief bij bepaling van het gevaar. In nieuwe instrumenten zoals HKT-R spelen stoornissen een te verwaarlozen rol.

³⁰ Mevis & Vegter 2011, *a.w.*

³¹ Vgl, Michiel van der Wolf, ‘Knelpunten van de TBS in historisch perspectief. De weigerende observandus in het bijzonder’, *Ontmoetingen. Voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap (7 maart 2013)*, www.lutjepjg.nl/publicaties (16 juli 2015).

³² EHRM 3 maart 2015, app.no. 73560/12 (*Constantia t. Nederland*), par. 26.

kunnen de rechter worden voorgehouden ter beoedeling en beslissing door hem, in plaats van geen informatie te geven over risico.

Deze ruime opvatting zou voor de gedragskundige ruimte moeten scheppen om in de woorden van Mevis en Vegter ‘moedig’ te rapporteren door methoden te gebruiken zoals milieuonderzoek of dossieronderzoek. Waar die voor de vaststelling van een stoornis in gedragskundige zin mogelijk ondeugdelijk zouden zijn, is dat in de ruime juridische zin sneller voldoende. Er hoeft geen classificatie vastgesteld te worden, maar (gedragsmatige) symptomen of functiestoornissen kunnen de rechter al genoeg informatie verschaffen om vervolgens zelf een stoornis vast te stellen.

Het bovenstaande is een oordeel op basis van een wetshistorische interpretatie. Uiteraard is dat oordeel niet zonder tegenspraak. Vanuit een meer letterlijke interpretatie kan men, ook als rechter, natuurlijk het idee hebben dat als de gedragskundige de stoornis niet vaststelt er niets meer mogelijk is binnen de eigen competentie. Echter, dat het de gedragskundige moet zijn die de stoornis vaststelt is bij de huidige stand van het recht echt een foutieve voorstelling van zaken. Ook is tegen deze opvatting wel door juristen ingebracht dat dan sprake is van ‘dokterje spelen’ door de rechter of als op gespannen voet staand met vereisten van betrouwbare strafrechtelijke bewijsvinding.³³ Maar juist een dergelijke vergelijking met de bewijsvoering geeft echter aan dat men dan een te hoge ‘dunk’ heeft van de betrouwbaarheid van de gedragskunde, die toch als een zachtere wetenschap gekwalificeerd mag worden dan die welke doorgaans assisteren in de bewijsvoering. Omdat ook gedragskundigen in onze visie meer ruimte hebben om een ‘stoornis’ vast te stellen, zal dit ‘op eigen houtje beslissen’ van rechters dus slechts in uitzonderingsgevallen nodig c.q. aan de orde zijn. Het is ook goed nog eens te benadrukken dat, ondanks de omvang van het aantal, de weigeraar toch nog steeds als een uitzondering kan worden beschouwd. Het is dus niet de bedoeling met deze stellingname de dialoog tussen rechter en gedragskundige te doen verstommen, maar juist te versterken, waar vroeger bij de weigeraar per definitie niet van dialoog sprake kon zijn.³⁴ Afwijken van het advies van een gedragskundige door de rechter – ‘op eigen houtje’ – is overigens altijd mogelijk geweest en mits goed gemotiveerd ook heel wel te rechtvaardigen.³⁵

Door wetshistorische relativering van de voorwaarde van ‘gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens’ wordt de angel enigszins uit de discussie gehaald. Hierdoor zal wat ons betreft die weigering weer minder voor komen – omdat zodanige weigering minder zin heeft. De dialoog tussen rechter en gedragskundige zal weer rijker worden. Daarbij kan het dus van belang zijn dat het stoorniscriterium geformuleerd blijft worden in de bestaande redactie in het Wetboek van Strafrecht. Wat dat betreft is het bepaald gelukkig dat art. 37a lid 1 Sr voorlopig niet meegeregeld is in de wijziging van deze terminologie in het strafrecht via de WVGZ. Het zal een foutje zijn, maar voor tbs-oplegging bij weigeraars is het van belang om dat foutje in stand te laten.

³³ Mackor, A.R. (2012), ‘Grenzen aan de autonomie van strafrechters: wie bewijst de stoornis en het risico’, in: Lutje PJG, *Ontmoetingen. Voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap. Nr. 17*, Groningen: Lutje P.J.G., p. 55-67.

³⁴ Zoals wij ook al eerder deden. H.J.C. van Marle, P.A.M. Mevis & M.J.F. van der Wolf (red.) (2008), *Gedragskundige rapportage in het strafrecht*, Deventer: Kluwer, met name hoofdstuk 1 ‘Prolegomena’.

³⁵ De Hoge Raad beveelt aan dat aan afwijking van de adviezen een begrijpelijke redenering ten grondslag ligt. HR 20 januari 2009, L/JN BF2089. Vegter vat samen dat het theoretisch denkbaar is dat de rechter een psychische afwijking vaststelt, terwijl de gedragskundige rapporteur dat niet doet, maar de begrijpelijke redenering zal dan wel een heksentoer zijn. Hij vindt het voor de hand liggen dat als de rechter niet overtuigd is over de aanwezigheid van de afwijking, hij de zaak aanhoudt om nieuwe rapportage door andere deskundigen mogelijk te maken. Bewijs van een stoornis is dus niet nodig, maar een zekere aannemelijkheid is voldoende voor vaststelling. De rechter heeft als gedragskundige leek de deskundige wel nodig. Vegter, P.C. (2009), ‘Iets over rapportage en vereisten bij oplegging en verlenging van terbeschikkingstelling’, in: in: J. Harte e.a. (red.), *“Most probably the best professor of forensic psychiatry”. Liber amicorum prof.dr. Dick Raes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 277-296, p. 282.

Dat het een foutje is, lijkt ook te worden onderbouwd doordat in het toekomstige lid 5 over de doorbreking van het beroepsgeheim ten aanzien van oude informatie bij weigeraars wel ook de nieuwe definitie is meegeregd. Dat zou in onze visie moeten worden teruggedraaid.

2.4.2 Stoornis als vereiste voor legitimatie van ongelimiteerde/disproportionele vrijheidsbeneming

Wat vanuit het EVRM-kader is betoogd, dat zonder stoornisvereiste (e-grond) op den duur mogelijk de grondslag onder voortdurende vrijheidsbeneming wegvalt, is ook op basis van de Nederlandse literatuur wel betoogd.

De tbs is de enige vrijheidsbenemende maatregel van mogelijk ongelimiteerde duur in het Nederlands sanctierecht. Dat iets een maatregel is legitimeert wel disproportionele vrijheidsbeneming ten aanzien van de ernst van het feit en/of de mate van schuld, maar nog niet meteen vrijheidsbeneming van mogelijk ongelimiteerde duur. De vroegere maatregel van bewaring van gewoontemisdadigers levert daarvan een voorbeeld. Hoewel die vooral vanwege overlap met de tbs-doelgroep nooit in werking is getreden, kan deze maatregel nooit van ongelimiteerde duur zijn; zij kon voor maximaal vijf tot tien jaar worden opgelegd. Hetzelfde geldt voor de ISD-maatregel, waarbij de maximale vrijheidsbeneming van twee jaar voor een optelsom van niet al te ernstige delicten, als straf disproportioneel zou zijn. In jurisprudentie ter zake is zelfs gebleken dat zonder behandeling in feite de vrijheidsbeneming niet verder gelegitimeerd is en er dus om die reden tussentijds een einde aan kan worden gemaakt (art. 38s Sr).³⁶ En, ten slotte op dit punt, sinds de PIJ-maatregel kan worden omgezet in tbs en zo tot ongelimiteerde vrijheidsbeneming kan leiden, is voor oplegging van de PIJ-maatregel al een psychische stoornis vereist.

In zijn proefschrift heeft Van der Wolf aangegeven dat het stoornisvereist zowel gevaarsdiagnostisch als normerend van belang is.³⁷ De grondslag van de maatregel is in zijn visie niet gelegen in de psychische afwijking of in de verminderde toerekeningsvatbaarheid, maar in het gevaar dat mede daaruit voortvloeit. Echter, omdat in deze visie voor de gevaarsinschatting het indexdelict als symptoom of openbaring daarvan niet kan ontbreken – terwijl ook het EHRM bij een strafrechtelijke maatregel een relatie tussen de (voortzetting van) de vrijheidsbeneming en het indexdelict eist – is ook enig verband tussen het indexdelict en de stoornis diagnostisch van belang.

Voor de Duitse Sicherungsverwahrung is als gezegd weliswaar geen stoornis vereist, maar daarentegen dan wel een criterium van al geopenbaarde, ernstige recidive. Echter, zou het niet mooier zijn om die ernstige recidive niet eerst af te wachten maar deze te voorkomen? De maatregel van tbs moet voor ‘first offenders’ mogelijk zijn als uit onder andere de psychische afwijking en (het verband met) het delict ‘gevaarlijkheid’ kan worden afgeleid. In dat geval van een first offender zal zou de onderbouwing van het gevaar nogal eens zwaarder moeten rusten op de gedragskundige rapportage dan op een inschatting aan de hand van een risicotaxatie-instrument omdat bij een first offender gemakkelijk minder dossierinformatie op het punt van het gevaar voorhanden is.

Dat er een psychische afwijking ten grondslag moet liggen aan de gevaarlijkheid is ook vereist vanwege de normering of begrenzing van de duur van de vrijheidsbeneming. Immers, er moeten wel beïnvloedbare determinanten aan het gevaar (en dus ook het indexdelict) ten grondslag liggen om uitzicht op vermindering van dat gevaar en dus ook op beëindiging van de maatregel te houden. Dat mogelijk de psychische afwijking zelf niet voor beïnvloeding vatbaar is, wil nog niet zeggen dat

³⁶ S. Struijk, *De ISD in perspectief*, diss. EUR, Nijmegen: Wolf LP 2011.

³⁷ M.J.F. van der Wolf, *TBS. Veroordeeld tot vooroordeel*, diss. EUR, Oisterwijk: Wolf LP 2012.

risicofactoren die in relatie met de psychische afwijking tot het gevaar (en het indexdelict) hebben geleid niet kunnen worden aangesproken. Dat in de behandeling kan blijken dat ook deze factoren maar moeilijk beïnvloedbaar zijn of de beïnvloeding daarvan niet tot voldoende gevaarsreductie leidt, doet daar niets aan af. Een beveiligingsmaatregel van onbepaalde duur is dan ook slechts te rechtvaardigen wanneer er (voortdurende) inspanningen plaatsvinden om de sanctie eindig te doen zijn. De inhoud van de maatregel wordt dan als vanzelfsprekend gericht op het wegnemen van de oorzaken of determinanten van de gevaarlijkheid. Factoren die geheel niet in relatie staan met een psychische afwijking (welke afwijking breed kan worden begrepen), zoals bijvoorbeeld te magere protectieve factoren (geen werk of geen netwerk), spelen in de gevaarsinschatting wel een rol, maar hebben waarschijnlijk door een gebrek aan interne verklaring voor het ernstige (gewelds)delict voor oplegging niet genoeg betekenis – terwijl ze ook niet aansluiten bij het strafrechtelijk systeem waarin schulditsluiting en -vermindering aan interne ('psychische') factoren zijn opgehangen. De ernst van het prospectieve delict rechtvaardigt dat, anders dan bij de ISD-maatregel, gebrekkige behandelingspogingen – hoe betreurenswaardig ook – geen reden zijn voor beëindiging van de tbs-maatregel, zodat behandelimpasses op een andere manier moeten worden geadresseerd.

De behandeling (of althans het permanente aanbod daarvan) die dus in brede zin wordt opgevat, is – in de woorden van Enschedé – het 'ethos' van de maatregel. Hoewel in de verhouding tussen beveiliging en behandeling de beveiliging voorop staat en de behandeling in dienst daarvan staat, zijn de twee niet los verkrijgbaar. Overigens kan de juiste behandelinspanning best zijn dat men een tijd lang niet al te veel behandelinspanningen pleegt, juist omdat de behandelinspanning niet doel op zich is maar in dienst staat van de veilige terugkeer in de samenleving. De behandeling werkt hier dus rechtsbeschermend. Subsidiar geldt hierbij dat deze behandeling verzekerd wordt door de vaststelling van een psychische stoornis (waaruit een 'recht op behandeling' kan worden afgeleid (vgl. het EHRM in Brand/Morsink Nederland). Men kan dat analoog zien aan de apologie voor de tbs van Mooij gebaseerd op de vrees dat de overheid zich het lot van geestelijk gestoorde delinquenten niet duurzaam zal aantrekken als zij zich niet eerst daartoe verplicht heeft door de maatregel van de terbeschikkingstelling, die haar een speciale zorgplicht oplegt. *'Zonder deze verplichting komt de zorg in de sfeer van de goedwillendheid terecht en zal de overheid haar belangstelling voor dit veld uiteindelijk verliezen.'*³⁸ Zonder vaststelling van de stoornis raakt behandeling sneller buiten beeld en vervaagt het onderscheid met de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf, hetgeen het EHRM juist vereist.

³⁸ A.W.M. Mooij, *Schuld in strafrecht en psychiatrie* (oratie Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1997, p. 32.

3. Beoordeling van de afzonderlijke voorstellen

Na een bespreking en beschouwing van enige algemene aspecten komen we thans toe aan de bespreking en beschouwing van de twaalf, afzonderlijke voorstellen. Dit geschiedt in de volgorde van de onderzoeksopdracht en zoals uiteen gezet in het inleidende hoofdstuk.

3.1 Voorstel 1: Het voorstel van de AP

3.1.1 Achtergrond en inhoud voorstel

Bij wat in dit rapport als ‘voorstel 1’ besproken en beoordeeld wordt gaat het in de eerste plaats om het voorstel van de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna AP) van 11 januari 2018, zoals weergegeven in bijlage 8 van de offerte-aanvraag en in bijlage 1 van dit rapport. Daarnaast komt onder ‘voorstel 1’ aan de orde hetgeen in de offerte-aanvraag is aangeduid als ‘toevoeging’ aan dit voorstel van SP en Partij van de Dieren dat de veroordeelde zelf tijdens detentie kan verzoeken om een tbs wanneer de veroordeelde toch aan zichzelf wil werken, maar hier tijdens detentie onvoldoende ruimte voor is. Deze toevoeging vindt zijn oorsprong in de vergadering van de Eerste Kamer op 15 januari 2018.³⁹

Het ‘voorstel 1’ (ook wel voorstel AP) komt voort uit de kritiek van de AP (toen nog CBP) op het voorstel voor de Wfz (opgenomen in de tweede nota van wijziging), in het bijzonder op het feit dat de Wfz-regeling het mogelijk maakt het beroepsgeheim te doorbreken en zulks de verwerking van bijzondere persoonsgegevens impliceert.⁴⁰ De AP achtte het voorstel op dit punt in strijd met art. 8 EVRM en in verband daarmee art. 23 lid 1 onder f Wbp inzake (uitzonderingen op) het verbod van het verwerken van bijzondere persoonsgegevens.⁴¹ Het voorstel AP komt voort uit de wens een alternatief voorstel te formuleren voor dit onderdeel van de Wfz. De wetgever heeft er met het aannemen van de Wfz voor gekozen de oorspronkelijk voorgestelde regeling door te zetten. In zoverre is het voorstel AP als alternatief voor dit onderdeel van de Wfz niet meer aan de orde. We gaan in dat kader ook niet in op het antwoord op de vraag of de door de wetgever aangenomen Wfz-procedure eventueel ook toepasbaar zou (moeten) zijn in de in het voorstel gelegen tweede procedure na berechting waarin eventueel tot het alsnog opleggen van tbs kan worden besloten. Het ligt niet voor de hand om aan te nemen dat het als alternatief bedoeld voorstel AP ook deze mogelijkheid van combinatie impliceert. Als het voorstel AP wordt gevolgd, terwijl ook de Wfz in werking treedt, wordt dat anders.

Hoewel ‘voorstel 1’ aldus in zoverre thans niet meer hoeft te worden gezien als alternatief voor de regeling die de Wfz bevat (en dus ook niet als – eventueel – betere regeling kan worden beoordeeld), komt het in het onderstaande als zelfstandig voorstel aan de orde.

Inhoudelijk impliceert het voorstel – kort gezegd – de mogelijkheid om de weigering van de verdachte/observandus om mee te werken aan een over hem uit te brengen gedragskundige rapportage, door de berechtende rechter in zijn beslissing in vonnis of arrest als zodanig op te nemen

³⁹ *Handelingen I* 2017/18, 14, 3, p. 14.

⁴⁰ Het advies is te vinden via: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/cbp-adviseert-over-doorbreken-medisch-beroepsgeheim-bij-weigering-tbs-onderzoek>.

⁴¹ Een beoordeling van dit standpunt gaat het bestek van dit onderzoek te buiten. Waar de wetgever inmiddels het betreffende onderdeel van de Wfz heeft aangenomen, is aan te nemen dat de wetgever niet van strijd met art. 8 EVRM en de Wbp uitgaat.

en uitdrukkelijk vast te leggen. Daarna zou, in het voorstel AP, in een aparte procedure door een andere rechter dan de berechtende rechter alsnog tbs kunnen worden opgelegd. Dat zou kunnen, volgens het voorstel, op basis van observatie van de betrokkene gedurende de executie van de (naar in het voorstel wordt aangenomen: gevangenis)straf ‘Zodra de uitspraak onherroepelijk is’. Als termijn van die observatie en dus tot aan de beslissing om alsnog tbs op te leggen, wordt gedacht aan een termijn van twee jaar. Strijd met het EVRM hoeft niet te bestaan omdat, volgens het voorstel, door de vastlegging van de weigering door de berechtende rechter, het eventueel alsnog opleggen van tbs voldoende voorzienbaar en voorspelbaar is voor de betrokkene. Het voorstel AP zoekt hier aansluiting bij het mechanisme van de inrichting van de (aparte) procedure tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Het voorstel AP omvat daarbij de optie dat de tweede rechter de tbs ook oplegt ‘Eventueel dus ook in plaats van de reeds opgelegde gevangenisstraf’. Het voorstel vermeldt in dat kader ‘Er kan geen principieel bezwaar zijn tegen het later door de rechter alsnog verlagen van een reeds opgelegde straf’. Het voorstel bevat geen voorstellen tot het aanpassen van de inhoudelijke voorwaarden waaraan voldaan moet zijn, wil tbs kunnen worden toegepast.

Het voorstel AP zoekt met name in deze aparte procedure een alternatief om daarin alsnog tot tbs te kunnen beslissen, *zonder* dat daartoe dan, in de voorbereiding van de berechting, bijzondere persoonsgegevens betreffende de weigerende observandus zouden hoeven te worden gevorderd en verwerkt die in het verleden over de verdachte zijn verwerkt. Dat is immers wat de Wfz inmiddels toch mogelijk maakt en juist daarvoor wilde het voorstel AP als gezegd een alternatief zijn.

3.1.2 Werkzaamheid

Het voorstel AP ziet op c.q. gaat uit van de situatie dat sprake is van een weigerende observandus waardoor het voor de berechtende rechter niet mogelijk (of wellicht niet verantwoord) is of zou zijn te beslissen om (reeds) in het kader van de berechting tbs op te leggen. Zoals wij in hoofdstuk twee als eigen probleemanalyse uiteen hebben gezet, is de ontwikkeling in recente jurisprudentie dat de rechter eerder, ondanks weigering, tbs oplegt en kan opleggen omdat hij, ondanks weigering, toch kan vaststellen dat aan de wettelijke voorwaarden, in het bijzonder ook de eis van een bij de verdachte ten tijde van het delict aanwezige stoornis in de zin van de wet, voldaan is. Dat betekent dat het voorstel AP in nog slechts een kleine, in de loop van de ontwikkeling van de rechtspraak kleiner geworden, categorie van betekenis is.

Het voorstel AP gaat voorts uit van de mogelijkheid om alsnog aan een weigerende observandus tbs op te leggen. Voor zover het voorstel berust op de aanname dat alsdan voor die alsnog oordelende rechter meer of andere informatie voorhanden zal zijn dan voor de berechtende rechter het geval was, is de aanname dat daartoe (voldoende) nadere informatie voorhanden zal zijn op basis van de observatie van de betrokkene gedurende de executie van de volgens het voorstel al dan niet onherroepelijk opgelegde gevangenisstraf, voor een termijn van maximaal twee jaren. De vraag is of te verwachten is dat een verdachte/observandus die weigert om in het voorbereidend onderzoek vóór berechting mee te werken aan rapportage met het oogmerk daarmee tbs te vermijden, wel zal mee werken aan observaties ten behoeve van de nadere beslissing. Op dit punt bevat het voorstel een lijn naar gelijke bedenkingen ten aanzien van andere voorstellen (zoals het twee fasenproces van voorstel 3) waarbij telkens geldt dat een splitsing van de beslissing niet per definitie alsnog meewerken betekent. De ‘transformatie’ van weigeren naar meewerken kan daardoor niet worden bewerkstelligd. De vraag rijst voorts of de enkele observatie van de tot gevangenisstraf veroordeelde inhoudelijk voldoende informatie zal opleveren. Dat hoeft niet steeds het geval te zijn. De mogelijkheid daartoe doet zich

overigens niet voor als de voorwaarde daartoe die het voorstel veronderstelt, niet vervuld wordt omdat de verdachte door de berechtende rechter niet tot gevangenisstraf van twee jaar of meer veroordeeld wordt, bijvoorbeeld omdat de rechter de verdachte in het geheel niet of sterk verminderd toerekenbaar acht of omdat het delict daarvoor simpelweg niet ernstig genoeg is (zoals bij belaging bijvoorbeeld). Ten slotte is de consequentie van het voorstel dat een mogelijk gestoorde verdachte die aanspraak heeft op behandeling van de stoornis, ook gedurende de tijd van executie van de gevangenisstraf die in het voorstel voor observatie kan worden gebruikt, van behandeling verstoken blijft. Aan die aanspraak op behandeling wordt in dit ‘voorstel 1’ mogelijk tekort gedaan.

Voor wat betreft het eventueel beschikbaar krijgen van andere diagnostische informatie over de veroordeelde in plaats van alsnog rapportage moet worden geconstateerd dat het voorstel niet meer mogelijkheden impliceert, dan naar geldend recht reeds voor de berechtende rechter bestaan, afgezien van een langere termijn van observatie. Naar het komend recht van de Wfz wordt deze mogelijkheid uitdrukkelijk in de fase vóór de berechting geschapen. Als die mogelijkheid vóór berechting in een concrete strafzaak niet ‘helpt’, in de zin dat geen tbs wordt opgelegd bij de berechting, bevat het voorstel geen vooruitzicht dat, op welke wijze dan ook, zulks in een aparte, latere procedure tot oplegging van de tbs anders zou zijn.

3.1.3 Juridische implicaties

Het voorstel AP gaat uit van splitsing tussen (enerzijds) de beslissing van een later oordelende rechter over het eventueel alsnog opleggen van de maatregel van tbs, en (anderzijds) van de beslissingen van de berechtende rechter in de strafvervolgung van de verdachte voor het overige. Dat laatste is dan inclusief de beslissing over andere onderdelen dan tbs van de rechterlijke beslissing over de aangewezen sanctie. In hoofdstuk 2.3 is in algemene zin tegen dit model als bezwaar aangevoerd dat de ‘verbinding’ tussen deze onderdelen van de sanctiebeslissing naar aanleiding van een strafbaar feit veel sterker is en veel meer met elkaar verknocht zijn dan het voorstel veronderstelt. In het bijzonder is daarbij van belang dat die verbinding niet slechts kan worden gelegd op de wijze waartoe het voorstel deze verbinding beperkt, te weten het ter zake volstaan met het vaststellen in het oordeel van de berechtende rechter dat sprake is van een weigerende observandus.

Wij verwijzen hier naar hetgeen is opgemerkt in hoofdstuk 2.3. Kort gezegd, komt het bezwaar er materieel op neer dat de eerste rechter zich gedwongen straf op te leggen en er daarbij rekening mee moet houden dat niet alsnog tbs wordt opgelegd. Doet de tweede rechter dat alsnog wel, dan zal hij onder omstandigheden de straf van de eerste rechter willen aanpassen. Het voorstel gaat daar ook van uit waar het vermeldt dat de tweede rechter de tbs ook ‘in plaats van de reeds opgelegde gevangenisstraf’ zou moeten kunnen opleggen. Het vermeldt bovendien dat er geen principieel bezwaar ‘kan zijn tegen het later door de rechter alsnog verlagen van een reeds opgelegde straf’. Zoals eerder toegelicht, menen wij dat dit betrekkelijk principieel anders ligt, omdat de tweede rechter dan inbreuk zal moeten maken op het eerder onherroepelijk gewijsde, en dat ligt niet voor de hand. Het is onduidelijk of het voorstel AP ook gehandhaafd wordt in het besef dat de genoemde optie van het alsnog verlagen van de straf als voorwaarde voor dit voorstel niet haalbaar is. Als de tweede rechter de gevangenisstraf niet kan aanpassen, dreigt in meer gevallen lange gevangenisstraf en tbs. Toegegeven kan worden dat daarvan ook een drang kan uitgaan mee te werken aan rapportage in de eerste fase.

Het is onduidelijk naar welke regeling de nadere procedure uit het voorstel AP zal worden ingericht. In hoofdstuk 2 is uiteen gezet dat het voor de hand ligt dat dit de regeling van het onderzoek ter

terechtstelling zal (moeten) zijn. Dat is onder het geldend recht ten aanzien van de procedure voor de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel waarbij dit voorstel aansluiting zoekt, ook het geval. Afgezien van het feit dat dit uitgangspunt tot nogal wat jurisprudentie aanleiding heeft gegeven, voltrekt de tweede fase uit het voorstel zich daarmee procedureel min of meer gelijk aan die van de berechting in de eerste fase. Betwijfeld kan worden of die overeenkomst er gemakkelijker toe zal leiden dat de verdachte observandus ook in deze fase blijft weigeren mee te werken aan rapportage ten behoeve van tbs-oplegging.

Als de berechtende rechter bestraft en – naar het idee van het voorstel AP – daarna een andere rechter alsnog tbs kan opleggen, treedt een complicatie in als de verdachte tegen het eerste oordeel rechtsmiddelen instelt. Dan zal de tweede rechter (lang) moeten wachten met beslissen, dan wel kan de uitkomst van het rechtsmiddel tegen de eerste beslissing zijn dat de reeds genomen, onherroepelijke beslissing tot het opleggen van tbs alsnog moet worden aangepast. De Hoge Raad zal (immers) ter zake vasthouden aan de benadering dat het strafprocesrecht geen voorwaardelijk rechtsmiddel tegen de beslissing tot oplegging van tbs toelaat, zoals hij dat ook nu reeds niet voor de ontnemingsmaatregel bestaandbaar acht.⁴²

In hoofdstuk 2.3 is voorts uiteen gezet dat het voor de hand ligt dat de eerste rechter beslist of sprake is van een geweldsdelict in de zin van art. 38e Sr. De tegen de eerste beslissing voor verdachte en OM openstaande rechtsmiddelen kunnen dus ook deze beslissing betreffen. Dat zal reeds ten aanzien van het hoger beroep het geval moeten zijn omdat de hoger beroepsrechter uiteraard tbs moet kunnen opleggen als de verdachte na het instellen van het appel niet meer weigert mee te werken aan rapportage. Als de gewone rechtsmiddelen zich inderdaad ook tegen dit aspect van de beslissing van de berechtende rechter in het voorstel uitstrekken, is de juridische consequentie dat met in het voorstel voorziene nadere procedure tot het eventueel alsnog opleggen van tbs, zal moeten worden gewacht totdat het oordeel in de strafvervolgning zelf onherroepelijk is. Aannemelijk is dat een weigerende observandus die het er met zijn weigering om te doen is tbs te vermijden, van die rechtsmiddelen inderdaad gebruik zal maken. Daarmee kan hij immers tbs-oplegging uitstellen. Daarmee komt de voortvarendheid van de strafrechtelijke rechtshandhaving in een strafzaak waarin het voorstel aan de orde kan zijn, in de knel, hetgeen normatief vragen oproept onder het door art. 6 EVRM beschermde recht op berechting binnen redelijke termijn.

Op zichzelf vermeldt het voorstel terecht dat de eerste rechter ten minste zal moeten vaststellen dat sprake is van een weigerende observandus. Wellicht is zelfs meer nodig om er voor te zorgen dat zodanig wordt vooruit gelopen op de beslissing van de tweede rechter dat de procedure tot het alsnog opleggen van tbs kan gelden als (aangekondigde) voorzetting van de strafvervolgning, zodat art. 68 Sr (ne bis in idem) niet in beeld komt. In het kader van de in het voorstel gemaakte vergelijking met de regeling van de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden gewezen op het ten deze van belang zijnde voorschrift van art. 311 lid 1 Sv in gevolge hetwelk de OvJ in zijn pleidooi in hoofdzaak kenbaar moet maken dat hij voornemens is een vordering als bedoeld in art. 36e Sr te doen. Wellicht moet in dit kader bij eventuele uitwerking van het voorstel worden gedacht aan een verklaring van de rechter dat hij thans over onvoldoende informatie beschikt om op de vordering tot tbs te kunnen beslissen en de beslissing op de vordering in zoverre verwijst naar de procedure voor de rechter die alsnog tbs kan opleggen. In zoverre hoeft art. 68 Sr geen bezwaar tegen het voorstel op te leveren. Die bezwaren schuilen eerder in andere, hier beschreven aspecten.

⁴² Vgl. voor de ontneming HR 8 februari 2011, NJ 2011, 315.

Reeds de aard van de maatregel van tbs zal impliceren dat tegen het in het voorstel besloten liggende oordeel van de latere rechter om alsnog tbs op te leggen, rechtsmiddelen zullen moeten worden toegelaten. Voor zover het betreft het rechtsmiddel van hoger beroep, kunnen dan de strafvervolgning in hoofdzaak en deze nadere procedure uiteen gaan lopen (naar inhoud, tijd en procedure), hetgeen niet wenselijk is. Voor wat betreft cassatie is het binnen het Nederlandse systeem niet onmiddellijk voor de hand liggend om in een dergelijke na-procedure als het voorstel behelst, ook beroep in cassatie mogelijk te maken. Al komt dat wel voor (bijvoorbeeld bij het beklag tegen beslag) en ligt het bij tbs-oplegging conform het voorstel ook voor de hand. Anders leveren de verdachte en het OM onder het voorstel en op dit punt in vergelijking met de bestaande situatie waarin alleen de berechtende rechter tbs kan opleggen, dit rechtsmiddel van beroep in cassatie in. De cassatierechter zou dan ook – anders dan thans het geval is – geen controle meer kunnen uitoefenen op de vraag of de later tbs-opleggende rechter terecht heeft geoordeeld dat aan de wettelijke voorwaarde voor tbs-oplegging wel of niet voldaan is, voor zover de controle van de Hoge Raad als cassatierechter ter zake reikt.

Als de verdachte na de aanvankelijke beslissing van de berechtende rechter alsnog bereid blijkt mee te werken aan een rapportage zal er voor bepaalde gevallen in voorzien moeten worden dat hij daartoe in het PBC wordt opgenomen. Daarin kan, vergelijkbaar onder het huidige recht, worden voorzien door de optie (die wel regeling behoeft) dat de door de rechter opgelegde gevangenisstraf (in de gevallen waarin dat gebeurd is) in voorkomende gevallen voor een bepaalde duur ter observatie in een kliniek zal worden ten uitvoer gelegd. Het voorstel noemt in dit kader niet geheel ten onrechte overigens ook art. 13 Sr. Ten uitvoerlegging van de gehele gevangenisstraf tot aan de beslissing van de tweede rechter c.q. observatie ter informatie van de tweede rechter tijdens detentie is alleen reeds om praktische redenen niet wel doenlijk; zie ook bij voorstel 12 onder 3.12.3.

3.1.4 Europeesrechtelijke toets

Het voorstel AP komt voort uit het aanvankelijke advies van het toenmalig CBP dat de voorgestelde regeling uit de Wfz in strijd komt of op gespannen voet staat met het EVRM, in het bijzonder art. 8 EVRM en de bescherming van de bijzondere persoonsgegevens in de Wbp. Aan te nemen valt dat dit ‘voorstel 1’ op het in het advies van het CBP bestreden punt, door de AP niet in strijd met het EVRM zou worden bevonden nu het (alternatief) voorstel AP geen doorbreking van het verschoningsrecht impliceert.

De splitsing inzake de tbs die het voorstel impliceert is als zodanig niet in strijd met enige bepaling uit het EVRM of enige (andere) bepaling uit het internationale recht. In het bijzonder voor het EVRM geldt wel dat er bepaalde implicaties aan het voorstel zitten, zoals nader uiteengezet in hoofdstuk 2.2 van dit rapport. Daar zij op deze plaats naar verwezen, maar centraal staat hierin dat het bij de tbs gaat om een vrijheidsbenemende maatregel waarop de normering van art. 5 EVRM van toepassing is. Dat is een aspect waar het voorstel, dat vergelijkende aanknopingspunten zoekt met de (niet-vrijheidsbenemende) strafrechtelijke maatregelen van de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en van de onttrekking aan het verkeer, naar ons oordeel te gemakkelijk aan voorbij gaat. De implicatie van het voorstel, te weten dat de naderhand beslissende rechter die eventueel alsnog tbs oplegt, ook na (onherroepelijke) afsluiting van de berechting door de eerdere rechter inclusief strafoplegging, doet de vraag rijzen of een in deze tweede procedure de alsnog opgelegde tbs voldoende (causaal) verband heeft met de beslissing van de eerdere rechter om te kunnen blijven vaststellen dat de tbs in termen van art. 5 EVRM toch (ook) op de a-grond wordt opgelegd.

Deze vraag rijst enerzijds waar de berechtende rechter in het voorstel ter zake van de tbs geen enkele beslissing neemt die als voorzet van oplegging kan worden beschouwd. Deze rechter stelt alleen de weigering vast. Er is geen sprake van het opleggen van de tbs met een latere rechterlijke beslissing tot tenuitvoerlegging, zoals bij de recent ingevoerde maatregel van het langdurig toezicht. Is het opleggen van de tbs dan voldoende voorspelbaar in EVRM-terminen? Tegelijk stelt het EHRM slechts lichte eisen aan het causale verband met de eerdere berechting van het strafbare feit. Als het opleggen van tbs door de latere rechter in het voorstel gebonden blijft aan de voorwaarde dat sprake moet zijn van een stoornis ten tijde van het door de eerdere rechter berechte strafbare feit en dat voor het gevaar dat betrokkene vormt voor de samenleving een bewezen strafbaar feit (te weten het eerder bewezen verklaarde feit) als indexdelict noodzakelijk blijft, is te verdedigen dat als de volgens het voorstel later separaat beslissende rechter alsnog tbs oplegt, zulks (ook) geschiedt op de a-grond van art. 5 lid 1 EVRM. Nu het voorstel de inhoudelijke voorwaarden voor tbs niet wijzigt, blijft ook de e-grond aanwezig.

Voor zover art. 6 EVRM van toepassing zal zijn omdat ook in de tweede fase nog sprake is van strafvervolgning in de zin van art. 6 EVRM, is het voorstel geen bevordering van de garantie dat de strafvervolgning binnen redelijke termijn zal kunnen worden afgerond.

3.1.5 Nationaalrechtelijke toets

De beoordeling van het voorstel binnen het Nederlandse straf- en strafprocesrecht sluit aan bij en bouwt voort op hetgeen hierboven reeds over de juridische implicaties is gezegd. Die implicaties moeten steeds in verhouding tot de mogelijke/veronderstelde bijdrage van het te beoordelen voorstel aan de oplossing van het probleem van de weigerende observandus worden bezien. Dat is bij dit voorstel (bepaald) niet anders.

Het voorstel AP bevat de implicatie dat de ene rechter de berechting van de verdachte in de tegen deze ingestelde strafvervolgning afrondt met een eindbeslissing. In die eindbeslissing wordt niet over tbs-oplegging geoordeeld. Hooguit wordt een voorschot daarop genomen doordat het voorstel het idee bevat dat de berechtende rechter vaststelt en vastlegt dat sprake is van een weigerende observandus. Het voorstel berust daarbij kennelijk wel op de gedachte dat de mogelijkheid om na de aanvankelijke berechting alsnog tbs te kunnen opleggen, met deze vaststelling samenhangt en daarvoor noodzakelijk is. Op dit punt is dit voorstel er één tussen andere waarin een splitsing wordt voorgesteld tussen de het misdrijf berechtende rechter en een later mogelijk (alsnog) tot tbs oplegging beslissende rechter. Daaraan kleven de in hoofdstuk 2.3 onder de algemene thema's besproken bezwaren dat de rechterlijke beslissing om bij de berechting van een bepaald strafbaar feit al dan niet tbs op te leggen (met dwangverpleging of met voorwaarden) steeds sterk samenhangt met de beslissing om ook en daarnaast gevangenisstraf (voor een bepaalde duur; ook die hangt sterk samen met de tbs) op te leggen.

Het voorstel AP leunt op een vergelijking met de procedure tot oplegging van de strafrechtelijke maatregelen van onttrekking aan het verkeer van gevaarlijke voorwerpen en van de maatregel tot het opleggen van een betalingsverplichting tot het wegnemen van het wederrechtelijk verkregen voordelen. Deze maatregelen kunnen naar geldend recht in een afzonderlijke procedure worden opgelegd. Het voorstel veronderstelt voordelen en oplossingen van de problematiek van de weigerende observandus in geval ook de tbs in een dergelijke aparte procedure (alsnog) zou kunnen worden opgelegd. Naar ons oordeel gaat de vergelijking, gericht op het gebruik maken ervan voor het opleggen van tbs met deze beide maatregelen mank. Weliswaar is bij alle drie de sancties sprake van

een straf en niet van een maatregel, maar daar houden de overeenkomsten vervolgens op. De verschillen zijn belangrijker. Anders dan voordeelsontneming en onttrekking aan het verkeer is de tbs, zoals gezegd, een vrijheidsbenemende sanctie waarvan de oplegging daardoor reeds naar Nederlands recht andere eisen stelt. Naar EVRM-recht valt de tbs, anders dan de beide andere sancties, met zijn vrijheidsbenemende karakter zoals gezegd onder de reikwijdte van art. 5 EVRM.

Wel zo belangrijk is dat de tbs, anders dan de beide andere sancties, in geval oplegging ervan aan de orde is, steeds een integraal onderdeel is van een afgewogen sanctiepakket waartoe de rechter in het kader van de berechting besluit. Met name de samenhang met de (duur van de) op te leggen gevangenisstraf is van betekenis. Dit element van afgewogen sanctiepakket speelt bij de onttrekking aan het verkeer geen rol, omdat het daarbij gaat om het wegnemen van gevaarlijke voorwerpen waarvan het feit dat dit de eigenaar treft in enige vermogenswaarde maar zeer zijdelings in de sanctionering een rol speelt. De onttrekking aan het verkeer in een afzonderlijke procedure is vooral bedoeld voor die gevallen waarin gevaarlijke voorwerpen in beslag zijn genomen en de strafvervolging in de hoofdzaak in het geheel niet tot en met berechting en sanctionering wordt voortgezet.⁴³ Dan is het niet wenselijk dat in beslag genome, gevaarlijke voorwerpen ‘blijven hangen’ in het systeem van strafvordering. Bij het opleggen van tbs is zo’n situatie van het niet doorzetten van de strafvervolging tot en met de berechting juist niet aan de orde.

Voor de maatregel van voordeelsontneming geldt het feit dat ter zake apart feitenonderzoek moet (kunnen) worden gedaan ook na de berechting, als argument voor de scheiding in de beslissing.⁴⁴ Dat is een argument dat op zichzelf ook voor het voorstel AP van betekenis kan zijn. Het voorstel voorziet immers in extra langdurige observatie, gedurende (maximaal) twee jaren detentie. Tegelijk: voor de wetgever was bepalend dat de beslissing over het weg te nemen voordeel, anders dan de tbs, los kan worden gezien van een integraal en afgewogen sanctiepakket ter zake van het te berechten strafbare feit. Dat was een uitdrukkelijk argument om ter zake van die maatregel in een aparte procedure tot het opleggen ervan te voorzien. De tbs-oplegging kan echter nu juist niet los worden gezien van (met name) de opgelegde gevangenisstraf.

Ter verdere relativering zij nog opgemerkt dat de wetgever zelf later de wenselijkheid van het bijeenhouden van beslissingen ten deze heeft onderkend door – met handhaving van de eis van afzonderlijke beslissing – de gezamenlijke behandeling van de strafzaak en de voordeelsontneming mogelijk te maken. In het kader van het wetgevingsprogramma Modernisering Wetboek van Strafvordering is het uitgangspunt dat de voordeelsontneming als regel in het kader van de berechting wordt opgelegd, tenzij de zaak zich daar vanwege de ingewikkeldheid niet voor leent. De benadering van het concept voor het nieuwe Boek 4 is, dat bij de berechting over alle consequenties van een strafbaar feit samenhangend wordt beslist.⁴⁵ Deze lijn van benadering is voor het opleggen van tbs alleen al vanwege het met de op te leggen gevangenisstraf samenhangend karakter van de maatregel extra van betekenis.

De conclusie op dit onderdeel is, dat de in het voorstel gemaakte vergelijking met de mogelijkheid die bij andere strafrechtelijke maatregelen bestaat om in een aparte procedure na berechting alsnog het

⁴³ Dat geldt ook voor de door de Wfz geïntroduceerde mogelijkheid een WvGGZ-machtiging bij afzonderlijke procedure te initiëren. Zie de brief van de staatssecretaris d.d. 6 november 2014 onder paragraaf 3 (*Kamerstukken I* 2014/15, 32398, K).

⁴⁴ *Kamerstukken II* 1989/90, 21504,3, p. 10-11. Zie over de (waarde van de) argumenten van de wetgever om voor voordeelsontneming een aparte opleggingsprocedure verplicht te stellen ook ‘Naar een twee fasen-proces’, *a.w.*, p. 79-86.

⁴⁵ Concept-MvT, p. 6.

opleggen ervan mogelijk te maken niet opgaat, vanwege het kardinale verschil dat het opleggen van deze maatregelen geen onderdeel uitmaakt van het afgewogen sanctiepakket dat de rechter in het kader van de berechting van een strafbaar feit en ter beantwoording van art. 350 lid 4 Sv doorgaans ‘componeert’; voor de tbs is in het bijzonder de samenhang met de (duur van de) op te leggen gevangenisstraf van belang.

3.1.6 Eindoordeel over het voorstel

Het voorstel AP – ‘voorstel 1’ – berust op de veronderstelling dat het noodzakelijk is een alternatief voorstel te formuleren voor het onderdeel van de Wfz om met doorbreking van het beroepsgeheim oudere/andere diagnostische informatie over de persoon van de verdachte in de strafzaak te kunnen gebruiken. Met het aannemen van de Wfz is de eventuele noodzaak van dat alternatief vervallen. Mede daarom is niet aannemelijk dat het voorstel er toe zal leiden dat de apart oordelende rechter over meer of andere informatie kan beschikken dat de berechtende rechter.

Het voorstel zal voorts met name moeten worden gezien in het licht van de bezwaren die in het algemeen kleven aan het splitsen van het oordeel van de berechtende, sanctie-opleggende rechter en een nadere beslissing van een andere rechter tot (in dit geval) het alsnog opleggen van tbs. Anders dan in het voorstel wordt gesteld bestaan er aanzienlijke systematische bezwaren tegen het alsnog aanpassen (verlagen) van een eerder bij inmiddels onherroepelijk vonnis opgelegde (gevangenis)straf. Zulks terwijl het voorstel uitdrukkelijk wel van de wenselijkheid van die mogelijkheid tot verlaging van straf uit gaat.

De inhoudelijk uitgewerkte grondslag voor het voorstel die de AP zoekt in de vergelijking met de bestaande mogelijkheden om aan de verdachte/veroordeelde (alsnog) voordeelontneming op te leggen c.q. tot onttrekking aan het verkeer van bepaalde ‘gevaarlijke’ voorwerpen te kunnen beslissen (hoewel op zichzelf, net als de tbs, voorbeelden uit het strafrechtelijk sanctiepakket waarbij sprake is van een strafrechtelijke maatregel en niet van een straf), gaat op dit punt inhoudelijk mank. Anders dan bij de twee genoemde strafrechtelijke maatregelen is bij de rechterlijke beslissing tot het opleggen van tbs immers de samenhang met de rechterlijke beslissing over de sanctie ‘voor het overige’, in het bijzonder de rechterlijke beslissing over de duur van de gevangenisstraf, in het bijzonder van belang. De beslissing tot tbs-oplegging is onderdeel van het totaalpakket van de rechterlijke sanctiebeslissing.

Vanuit het perspectief van het Europese recht bestaat geen fundamenteel bezwaar tegen het voorstel, zij het dat de vraag blijft of de tbs, opgelegd door de tweede rechter, nog steeds (ook) op de a-grond uit art. 5 EVRM van berechting van een strafbaar feit wordt opgelegd.

Het eindoordeel moet derhalve zijn dat het voorstel, op een inhoudelijk niet standhoudende vergelijking met de (afzonderlijke) procedure tot het opleggen van twee andere strafrechtelijke maatregelen, veel overhoop haalt. Met name het aspect van de splitsing van beslissingen over de sanctionering van een strafbaar feit over verschillende rechters en procedures lijkt niet volledig te zijn doordacht. En zulks voor het voorspelbaar zeer klein aantal gevallen waarin de berechtende rechter, ook onder de nieuwere jurisprudentie, door de weigering geen tbs kan of wil opleggen (terwijl zulks wel geïndiceerd is). Zulks terwijl bovendien niet de verwachting kan zijn dat de in het voorstel later beslissende rechter over het eventueel alsnog opleggen van tbs daarbij over wezenlijk meer of andere informatie omtrent de betrokken persoon van de verdachte zal kunnen beschikken dan zijn ‘berechtende’ collega onder geldend recht, laat staan onder het regime van de Wfz.

3.1.7 Achtergrond en inhoud van het aan ‘voorstel 1’ toegevoegde voorstel

Aan het hiervoor besproken voorstel van het AP is een voorstel toegevoegd door SP en Partij voor de Dieren (abusievelijk staat in diverse stukken vermeld dat het om Groen Links (GL) zou gaan), inhoudende dat de veroordeelde zelf tijdens detentie kan verzoeken om het opleggen van een tbs-maatregel in geval de veroordeelde toch aan zichzelf wil werken, maar hier tijdens detentie onvoldoende ruimte voor is. De oorsprong van het voorstel ligt in de vergadering van de Eerste Kamer van 15 januari 2018 waar blijkens *Handelingen I 2017/18*, 14, 3, p. 14 het volgende is opgemerkt:

“Dit voorstel (bedoeld is het voorstel Autoriteit Persoonsgegevens, onderzoekers) houdt in dat in de wet wordt opgenomen dat het OM de mogelijkheid krijgt om binnen twee jaar na het onberroepelijk worden van de veroordeling alsnog aan de rechter te vragen om aanvullend of in plaats van de nu al opgelegde gevangenisstraf de maatregel van tbs op te leggen. De SP en de Partij voor de Dieren leggen u voor het voorstel van de Autoriteit Persoonsgegevens zodanig aan te vullen dat de veroordeelde dit ook zelf aan de rechter kan vragen. Er kunnen namelijk ook overwegingen zijn van de veroordeelde om aan zichzelf te werken, waar in de detentie beperkt ruimte voor is. Is de regering bereid dit gedeelte van het wetsvoorstel te heroverwegen en het voorgenoemde alternatief te onderzoeken?”

In deze formulering ligt de verbinding (‘toevoeging’) met voorstel 1 (het voorstel AP): het zou, in dit tweede deel van voorstel 1, niet alleen het OM moeten kunnen zijn dat de gelegenheid krijgt om alsnog aan de rechter te vragen om aanvullend of in plaats van de ‘nu al’ (door de berechtende rechter) opgelegde gevangenisstraf te vragen de maatregel van tbs op te leggen. In deze aanvulling zou ook de verdachte of veroordeelde (de terminologie is afhankelijk van de procesfase waarin de berechting van de zaak zich ten tijde van het verzoek bevindt), aan de rechter alsnog op oplegging van tbs moeten kunnen verzoeken. Het tweede deel van het hier te beoordelen voorstel 1 is daarmee inderdaad een toevoeging of aanvulling van het eerste deel, ook in die zin dat de initiatiefnemers die aanvulling lijken voor te stellen in geval van (en op voorwaarde dat) het eerste deel van voorstel 1 wordt ingevoerd. Hierboven hebben wij geconcludeerd dat tegen de variant van het eerste deel van voorstel 1 (het voorstel van de AP) zodanige bezwaren bestaan dat invoering van die mogelijkheid moet worden afgeraden.

De tegen het eerste onderdeel van voorstel 1 geformuleerde bezwaren, gelden m.m. ook het hier te beoordelen tweede deel van voorstel 1. Wij verwijzen naar de bespreking van voorstel 1, eerste deel en naar hetgeen in hoofdstuk 2.3 van dit rapport in het algemeen is gezegd over het aan verschillende voorstellen gemeenschappelijk element van een zekere splitsing waarin de eerste rechter over de sanctie(s) beslist en daarna een tweede, andere rechter alsnog tbs kan opleggen. Wordt onze afwijzende conclusie ten aanzien van het eerste deel van voorstel 1 overgenomen, dan is er reeds daarom geen mogelijkheid meer het tweede deel van voorstel 1 daarin als toevoeging te verwerken.

Desniettemin willen wij in het onderstaande het tweede deel van voorstel 1 (tbs, althans en/of behandeling van een aanwezige, recidive-veroorzakende stoornis op verzoek van de verdachte/veroordeelde) apart op haalbaarheid onderzoeken, in zoverre ook los van c.q. in aanvulling op de bezwaren die hiervoor tegen het eerste onderdeel van voorstel 1 zijn geformuleerd. Het is namelijk de moeite waard om bij de beoordeling van het tweede deel van voorstel 1 te onderscheiden. En wel al naar gelang het voorstel ziet op de mogelijkheid voor de verdachte/veroordeelde om alsnog het opleggen van tbs te verzoeken, dan wel dat het voorstel impliceert dat de tot gevangenisstraf veroordeelde aan wie daarnaast geen tbs is opgelegd kan verzoeken alsnog in een behandelomgeving

te worden geplaatst. Dit verzoek behelst dan eigenlijk overplaatsing vanuit detentie naar een behandelomgeving waarin tegelijk de insluiting als tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf en beveiliging van de maatschappij in dat opzicht, gewaarborgd is.

Opmerking verdient dat dit tweede deel van voorstel 1 in zoverre in feite een algemene voorziening betreft die op zichzelf niet gericht is op oplossing van de weigeraarsproblematiek. Dit tweede deel van het voorstel zou immers/mogelijk onder omstandigheden ook denkbaar (moeten) kunnen zijn in geval de verdachte/veroordeelde zijn medewerking aan de PJ-rapportage niet heeft geweigerd, maar de rechter om andere redenen ervan heeft afgezien tbs op te leggen.

3.1.8 Werkzaamheid van het aan ‘voorstel 1’ toegevoegde voorstel

Een verzoek van een tot gevangenisstraf veroordeelde aan de rechter om aan hem alsnog tbs op te leggen (omdat hij in zoverre terugkomt op zijn aanvankelijke weigering om aan de PJ-rapportage mee te werken) is werkzaam in die zin dat, als men het voorstel alleen op dit aspect beoordeelt, in die gevallen waarin de veroordeelde inderdaad en vrijwillig terugkomt op zijn weigering, alsnog tbs zou kunnen worden opgelegd. De rechter zal dan immers alsnog kunnen nagaan of aan de voorwaarden voor het opleggen van tbs voldaan is. Dat terugkomen op die weigering is dan wel een veronderstelde voorwaarde. In zoverre is dit tweede onderdeel van voorstel 1 geen oplossing voor de problematiek die ten grondslag ligt aan dit onderzoek waarin de verdachte/veroordeelde die medewerking blijft weigeren, waardoor hem (mogelijk) geen tbs wordt opgelegd.

Een verzoek om alsnog in een behandelomgeving te worden geplaatst (zonder alsnog tbs-oplegging) is zeer werkzaam in de gevallen waarin, om welke reden dan ook, geen tbs is opgelegd maar tijdens detentie alsnog plaatsing in een behandelomgeving/tbs-omgeving aangewezen is. Die mogelijkheid is dus ook van nut als tbs-oplegging achterwege blijft vanwege de weigering van de betrokkene, maar hij later op die weigering terugkomt. Zo kan alsnog tbs-behandeling in de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraf (waarmee door de berechtende rechter geen tbs-oplegging is gecombineerd) worden gerealiseerd. Het is in zoverre niet verwonderlijk dat het bestaande recht daarin reeds voorziet: art. 13 Sr.

3.1.9 Juridische implicaties van het aan ‘voorstel 1’ toegevoegde voorstel

Ten aanzien van de juridische implicaties is het te maken onderscheid in het voorstel bedoelde verzoek van de verdachte/veroordeelde opnieuw relevant. Als het gaat om een verzoek om alsnog vanuit detentie in een tbs-behandelomgeving te worden geplaatst, dan is dat verzoek zoals gezegd onder geldend recht reeds mogelijk op grond van art. 13 Sr, zodat er in zoverre geen juridische implicaties zijn.

Als met het voorstel bedoeld is dat de verdachte/veroordeelde alsnog aan de rechter het opleggen van tbs zou kunnen verzoeken, dan ontstaat een andere situatie. Dan zou het voorstel inhouden dat de mogelijkheid wordt geïntroduceerd dat een als reactie op een strafbaar feit bedoelde strafrechtelijke maatregel alsnog op verzoek van de betrokkene aan hem zou (kunnen) worden opgelegd. En dat verzoek zou dan betrekking hebben op een vrijheidsbenemende maatregel met een behandelaanbod in de tenuitvoerlegging. De aard en de strekking van de maatregel is hierbij in het geding, welke deze modaliteit niet onmiddellijk vanzelfsprekend maken. De rechter die alsnog tbs oplegt zou aldus immers de sanctionering van het delict *de facto* ‘heropenen’. Hij zal moeten vaststellen dat (alsnog) aan de wettelijke voorwaarden voor het opleggen van tbs is voldaan, zonder dat de rechter gegevens

daartoe kan ontleen aan een voor hem gevoerd onderzoek ter terechtzitting. Dat zou dus ook hier een aparte procedurele voorziening eisen (net als in het eerste deel van voorstel 1); dat de procedure in dit tweede deel wordt ingeleid met een verzoek van de veroordeelde maakt dat niet anders. Als (alsnog) tbs wordt opgelegd, moet het totale sanctiepakket dat aan de veroordeelde in beide procedures is opgelegd, nader worden bezien en desnoods (kunnen) worden aangepast. Dat ligt, zoals met name onder 2.3. uiteen gezet, niet voor de hand.

3.1.10 Europeesrechtelijke toets van het aan ‘voorstel 1’ toegevoegde voorstel

Het hier te beoordelen tweede deel van voorstel 1 voorziet in het idee dat er een verzoek van de veroordeelde is, maar dat de rechter tot wie het verzoek is gericht na te gaan heeft of aan de wettelijke voorwaarden voor tbs voldaan is en dat deze rechter alleen dan tbs oplegt als dit naar zijn oordeel inderdaad het geval is. De tbs wordt dan desnoods, mocht de betrokkene later op zijn tbs-verzoek terugkomen, tegen de wil van de betrokkene ten uitvoer gelegd. Het vrijheidsbenemende facet van de tenuitvoerlegging rust op de rechterlijke beslissing tot het opleggen van de tbs, en niet op de uit het verzoek blijkende instemming van de betrokkene met de tbs. Op zichzelf verzet het EVRM er zich in de interpretatie van het EHRM niet tegen dat een inbreuk op bepaalde EVRM-rechten niet met de gebruikelijke wettelijke waarborgen en voorwaarden worden omgegeven omdat en in zoverre sprake is van instemming van de betrokken burger bij het overheidsoptreden. De waarborgen die de wet kent voor het betreden van een woning zonder toestemming van de bewoner bijvoorbeeld, zijn niet van toepassing als de bewoner met het binnentreden door de overheid instemt. Die modaliteit is als zodanig niet in strijd met (in dit voorbeeld: art. 8 van) het EVRM. Aan die instemming worden dan wel waarborgen verbonden en eisen gesteld. Kort gezegd moet sprake zijn van ‘informed consent’. Dat betekent dat de betrokkene op basis van complete en juiste informatie, goed voorgelicht over de consequenties van zijn keuze en beslissing, en in voldoende vrijwilligheid zijn keuze kan bepalen. Aan de vraag of daarvan bij een gestoorde veroordeelde sprake kan zijn, komt men echter door het vrijheidsbenemend karakter van de tbs niet toe. De veroordeelde kan wel om (overplaatsing ter) behandeling verzoeken, maar niet om vrijheidsbeneming. Het EHRM neemt aan dat van bepaalde rechten uit het EVRM door de betrokken burger niet, zelfs niet in voldoende vrijwilligheid, afstand kan worden. Daartoe behoort ook het recht op persoonlijke vrijheid, zoals beschermd door art. 5 EVRM. Men kan zich niet vrijwillig laten opsluiten en dus ook niet op voorhand instemmen met (procedures tot) verlenging van een eventueel op verzoek opgelegde tbs, ook al zou zodanige instemming aan de eisen van ‘informed consent’ (kunnen) voldoen.⁴⁶ De vrijheidsbenemende component van de maatregel van tbs (naast de behandelcomponent) van de tbs verzet zich daartegen. Die component kan niet door de instemming van de betrokkene worden vervangen. Men kan met name de verdere verlenging van vrijheidsbeneming in het kader van een opgelegde tbs niet legitimeren op de aanvankelijke instemming of het verzoek van de betrokkene met die tbs. Als dat al anders zou zijn, geldt de instemming hooguit tot het moment waarop de betrokkene op zijn instemming terug komt.

In aanvulling op dit punt onder Europees recht zij nog opgemerkt dat ook art. 15 Grondwet zich mogelijk verzet tegen (verdere) vrijheidsbeneming tegen de wil van de betrokkene, op basis van zijn eerder verzoek om tbs-oplegging.

⁴⁶ We gaan er van uit dat dit ook voor de tbs met voorwaarden geldt aangezien het niet naleven van de voorwaarden alsnog tot vrijheidsbeneming kan leiden en een variant zonder die ‘achtervang’ van (alsnog) dwangverpleging in geval van overtreding van de voorwaarden van weinig tot geen praktisch nut is.

3.1.11 Nationaalrechtelijke toets van het aan ‘voorstel 1’ toegevoegde voorstel

Aangezien het in dit tweede deel van voorstel 1, ondanks de inleiding door een verzoek van de veroordeelde, toch gaat en moet gaan om de situatie dat de rechter zal moeten oordelen of aan de wettelijke voorwaarden voor tbs voldaan is, gelden de hiervoor tegen het eerste onderdeel van voorstel 1 ingebrachte bezwaren ook hier. Het verzoek verandert daaraan niets.

Tegelijk en zoals gezegd: ten aanzien van een verzoek van de tot gevangenisstraf veroordeelde tot plaatsing in een tbs-behandelomgeving, hoewel hem naast de hem opgelegde gevangenisstraf geen tbs is opgelegd (al dan niet vanwege een weigering mee te werken aan de PJ-rapportage) ligt dit anders. Artikel 13 Sr maakt het mogelijk aan een dergelijk verzoek gehoor te geven. De betrokkene voor wie dit aangewezen is, komt alsnog in een tbs-behandelomgeving terecht, al is hem geen tbs opgelegd. De vrijheidsbeneming ten tijde van de plaatsing in de tbs wordt dan niet gelegitimeerd door de instemming van de betrokkene met die vrijheidsbeneming, maar is verzekerd door de tenuitvoerlegging (in een tbs-omgeving) van de aan hem opgelegde vrijheidsstraf.

Dat deze vrijheidsstraf eindig is, hoeft in dit kader daarbij niet onmiddellijk negatief te zijn. Van v.i. van de gevangenisstraf kan worden afgezien in geval de veroordeelde is geplaatst in een inrichting voor ter beschikking gestelden: art. 15d, eerste lid, onder a, Sr. Na ommekomst van de gevangenisstraf kunnen de mogelijkheden van de Wet langdurig toezicht worden benut om de betrokkene aan behandeling te blijven binden, zeker in geval de berechtende rechter de maatregel van langdurig toezicht als maatregel heeft opgelegd, naast de gevangenisstraf. Eén van de voorwaarden kan zijn het verblijven in een kliniek/behandelomgeving. Behandeling in een tbs-kliniek kan dan, gegeven art. 13 Sr, zowel in het kader van de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf als in het kader van deze maatregel gerealiseerd worden, zeker als de betrokkene bereid is aan behandeling mee te werken en met zijn verblijf in een behandelomgeving in te stemmen, iets waar dit tweede deel van voorstel 1 uitdrukkelijk van uitgaat. Voor de maatregel van langdurig toezicht is sowieso een nieuwe rechterlijke beslissing nodig alvorens tot tenuitvoerlegging over te kunnen gaan. Is de behandeling door plaatsing ex art. 13 Sr tijdens de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf succesvol geweest in die zin dat betrokkene na behandeling van zijn stoornis geen gevaar meer vormt voor de samenleving, dan ligt (een beslissing tot) de tenuitvoerlegging van de maatregel weinig voor de hand. Is de behandeling al eerder, nog gedurende de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf, succesvol verlopen, in het bijzonder voor wat betreft het afnemen van het gevaar dat betrokkene voor de samenleving vormt, dan kan, zonder dat sprake is van een plicht daartoe, de verdere tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf desnoods via het instrument van de gratie worden gemodelleerd. Van een inbreuk op een eerder bij onherroepelijk vonnis opgelegde straf met de daaraan verbonden bezwaren, is geen sprake.

Naar ons oordeel ligt in een adequaat, gecombineerd gebruik van de sanctiemodaliteiten van lange vrijheidsstraf met de overplaatsingsmogelijkheid naar een tbs-behandelomgeving op grond van art. 13 Sr, tezamen met het inrichten van het regime na ommekomst van de vrijheidsstraf op basis van de mogelijkheden van de Wet langdurig toezicht, een mogelijk werkzame optie om, in geval de berechtende rechter van tbs-oplegging afziet, de tot (enkel) gevangenisstraf veroordeelde bij wie een stoornis is vastgesteld toch – en wel met, maar ook zonder zijn toestemming – aan tbs-behandeling te onderwerpen. Die mogelijkheden en voordelen zijn ook voorhanden in geval de berechtende rechter van het opleggen van tbs heeft afgezien (mede) omdat de betrokkene zijn medewerking aan gedragskundige rapportage weigerde.

Voor de volledigheid zij aan het bovenstaande nog toegevoegd dat art. 15, vijfde lid, Pbw ook de overplaatsing vanuit het gevangeniswezen naar de (reguliere) GGZ mogelijk maakt. Die voorziening

zal, na inwerkingtreding van de Wfz zijn opgenomen in art. 6.7 Wfz.⁴⁷ Voor opname in de GGZ is dan een machtiging als bedoeld in de Wet verplichte ggz noodzakelijk, die desnoods (anders dan de tbs) wel/alsnog tijdens de tenuitvoerlegging van een opgelegde gevangenisstraf kan worden geïnitieerd. Het verschil met het (alsnog) opleggen van de maatregel van tbs is, ten eerste dat bij de Wvggz-zorgmachtiging geen sprake is van samenhang met de eerder opgelegde sanctie(s) in het kader van de berechting van een strafbaar feit. Ten tweede is onder de Wvggz een zorgmachtiging noodzakelijk omdat daarin, anders dan in de tbs-opleggingsbeslissing, concreet de vormen van gedwongen zorg moeten worden aangewezen die op grond van de machtiging tegen de wil van de betrokkene mogelijk zijn.

3.1.12 Eendoordeel van het aan ‘voorstel 1’ toegevoegde voorstel

De kern van het tweede onderdeel van voorstel 1 (voorstel AP) is de toevoeging aan het voorstel tot het introduceren van het alsnog kunnen opleggen van tbs na de eerdere veroordeling ter zake van een strafbaar feit, om deze modaliteit ook op verzoek van de betrokkene te initiëren. De vrijheidsbenemende aard van de tbs maakt, dat in deze toegevoegde variant toch de rechter zal moeten vaststellen dat aan alle wettelijke voorwaarden voor tbs is voldaan. Pas als dat zo is, kan de rechter tbs opleggen. Dat de procedure tot deze beslissing niet, zoals in voorstel 1, wordt geïnitieerd door een vordering van het OM maar door een verzoek van de betrokkene doet daaraan niet af. Daarom zijn de bedenkingen die tegen het idee van splitsing in het eerste onderdeel van voorstel 1 zijn geformuleerd, ook voor deze toevoeging van toepassing.

Waar de toevoeging in dit tweede deel van voorstel 1 aanhaakt bij de alsnog bereidheid van betrokkene om aan rapportage mee te werken en hij dus bereid is op zijn eerdere weigering terug te komen, is dit onderdeel geen bijdrage aan de oplossing van de problematiek inzake de mogelijkheden om tbs op te leggen aan iemand die weigert en blijft weigeren om aan rapportage mee te werken.

Het tweede deel van voorstel 1, voor zover berustend op een verzoek van de in detentie verblijvende betrokkene omdat hij bereid is aan behandeling mee te werken, gaf ons wel aanleiding nader uit te wijden over de mogelijkheden tot oplossing van de problematiek van de weigerende observandus door gebruik te maken (al dan niet gecombineerd met elkaar) van de modaliteit van art. 13 Sr (overplaatsing van een tot gevangenisstraf veroordeelde naar de tbs setting), van art. 15d lid 1 onder a Sr (uitstel v.i. vanwege verblijf in een tbs-instelling) en van de inzet van de nieuwe maatregel van langdurig toezicht.

3.2 Voorstel 2: Het voorstel van Kamerlid Van Oosten/Kuiken

3.2.1 Achtergrond en inhoud voorstel

Het hier te beoordelen tweede voorstel is het voorstel van de Kamerleden Van Kuiken/Toorenburg, neergelegd in een motie.⁴⁸ Het voorstel is ook terug te vinden in de bijdrage van Kuiken aan een Kamerdebat over de problematiek van de weigerende observandus van 29 november 2017:

“In die twee jaar kan een crimineel zich niet verstoppen. Je kunt niet zeggen dat je niet meewerkt aan onderzoek; je wordt gewoon geobserveerd. Die twee jaar tijd kan net voldoende zijn voor een

⁴⁷ Zie nader Thematische wetsevaluatie gedwongen zorg, par. 4.3.2 en 4.3.4, ihb. p. 193.

⁴⁸ Opgenomen als bijlage 2 in dit rapport.

rechter om, op basis van de beoordeling door een psycholoog of gevangenisdirecteur, in een geval te zeggen: ik had al een vermoeden dat ik hier tbs zou moeten opleggen – die bevoegdheid heeft hij namelijk al – maar nu ben ik bevestigd in mijn vermoeden dat ik dat ook daadwerkelijk moet doen”⁴⁹.

Het voorstel sluit op tal van punten aan bij onze beschouwingen in hoofdstuk twee van dit rapport alsmede bij de beoordeling van andere voorstellen, in het bijzonder het hiervoor beoordeelde voorstel 1. In zoverre wordt voor de bespreking van dit voorstel naar die onderdelen verwezen.

De kern van het voorstel houdt de mogelijkheid in dat de rechter ‘aansluitend aan detentie’ na (maximaal⁵⁰) twee jaar observatie van betrokkenen, de mogelijkheid heeft om alsnog tbs op te leggen.

Het voorstel gaat uit van de gedachte dat de verdachte of veroordeelde (de ‘crimineel’ uit bovenstaand citaat), zich gedurende (maximaal) twee jaar niet kan ‘verstoppen’, hij gedurende die tijd ‘gewoon geobserveerd’ wordt en dat die twee jaar tijd ‘net voldoende’ kan zijn om relevante informatie over de persoon van de verdachte/veroordeelde te verzamelen om alsnog (verantwoord) tbs op te leggen. Gegeven de bewoordingen van het voorstel, gaan de gedachten uit naar de variant waarin de rechter later alsnog de tbs oplegt. In zoverre kennelijk niet naar een model waarin de berechtende rechter de tbs oplegt welke oplegging voorlopig is, c.q. na een periode van twee jaar eventueel wordt beëindigd.

3.2.2 Werkzaamheid

Op het punt van de werkbaarheid roept het voorstel een aantal vragen op. Het veronderstelt dat er door de berechtende rechter voldoende lange gevangenisstraf wordt opgelegd om twee jaar observatie mogelijk te maken. Dat zal niet altijd het geval zijn, bijvoorbeeld niet in geval van een vermoeden van beperkte toerekenbaarheid of in geval van een licht misdrijf (zoals belaging). Daardoor zal het voorstel in zoverre slechts in een beperkt aantal gevallen kunnen worden gebruikt, waarbij niet op voorhand kan worden gezegd dat dat kan geschieden in de daartoe inhoudelijk meest aangewezen zaken.

De verdachte die hardnekkig medewerking weigert om tbs te voorkomen zal die weigering ook gedurende die twee jaar detentie (zoveel mogelijk) willen volhouden. Dan is de vraag of die houding, gecombineerd met het feit dat nog geen stoornis is vastgesteld, voldoende is om de verdachte/veroordeelde in een observatieomgeving te plaatsen en of dat twee jaren kan duren. Vervolgens is de vraag of een weigerachtige houding na twee jaar inderdaad dan wel steeds voldoende informatie zal opleveren. Observeren is een activiteit die niet alleen, zoals in bovenstaand citaat wellicht wordt gedacht, geschiedt door naar de betrokkene te ‘kijken’, al lijken de eerste ervaringen met de bijzondere observatieomgeving in het PBC positief. Een (uitsluitend) verblijf in een detentieomgeving (gevangenis) lijkt uit een oogpunt van adequate observatie niet wenselijk; een (uitsluitend) verblijf in een observatieomgeving praktisch niet haalbaar. In het kader van dat laatste aspect moet hier de vraag open blijven of het PBC op langdurig verblijf van (meer) observandi is ingesteld. Zie over dit praktisch punt nader bij voorstel 12 onder 3.12.3.

Het voorstel gaat uit van een maximale termijn van observatie van twee jaar in detentie. Niet duidelijk is of het OM uiterlijk binnen die termijn de zaak bij de rechter aanhangig moet hebben gemaakt, dan

⁴⁹ Handelingen II, 2017/18, 29 november 2017.

⁵⁰ Mocht eerder (alsnog) voldoende informatie blijken te zijn of kunnen worden vergaard, dan kan de termijn uiteraard korter zijn. Wij gaan bij de beoordeling van het voorstel uit van de maximale termijn.

wel of de rechter binnen die termijn moet hebben beslist. Het voorstel lijkt van dat laatste uit te gaan, hetgeen een behoorlijk kortere termijn van observatie zal impliceren dan de twee jaren die in het voorstel als mogelijk 'net voldoende' worden aangemerkt.

Bij de werkzaamheid van dit voorstel moet nog de specifieke vraag worden opgeworpen hoe de kennelijk als maximaal bedoelde termijn van detentie op twee jaar kan worden gehouden in geval de weigerende observandus tegen het eerste oordeel waarin deze detentie is opgelegd (de fase van de berechting) de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie in stelt. Degene die weigert om tbs te vermijden, zal daarvan gemakkelijk gebruik maken. Dat kan zelfs een aanzuigende werking op het instellen van deze rechtsmiddelen hebben. Zie nader hiervoor bij de bespreking van voorstel 1.

3.2.3 Juridische implicaties

Het voorstel impliceert dat na de berechting een tweede rechter alsnog tot opleggen van tbs kan beslissen. Enige daarmee verbonden algemene juridische implicaties zijn in hoofdstuk 2 van dit rapport en bij de beoordeling van voorstel 1 uitvoerig besproken. Dat betreft in het bijzonder de gronden voor oplegging in verband met art. 5 EVRM, de procedurele eisen waaraan de tweede procedure moet voldoen en het feit dat de tweede rechter dan onvermijdelijk in een aantal gevallen inbreuk zal moeten maken op de straftoematingsbeslissing van de eerdere rechter, ook als deze beslissing onherroepelijk is, zulks in verband met de samenhang met (de duur van) de gevangenisstraf.

Zoals gezegd, wordt in het voorstel niet duidelijk of het OM uiterlijk binnen die termijn de zaak bij de rechter aanhangig moet hebben gemaakt, dan wel of de rechter binnen die termijn moet hebben beslist. Daarin zal een keuze moeten worden gemaakt.

Als er in wordt voorzien dat dit een termijn van twee jaar is na veroordeling tot zodanige detentie in eerste aanleg, moet worden bedacht dat observatie plaatsvindt terwijl de bewezenverklaring niet vast hoeft te staan als en omdat tegen de uitkomst van de berechting gewone rechtsmiddelen worden ingediend. Een eerdere beslissing tot alsnog opleggen van tbs, terwijl de berechting niet onherroepelijk is afgesloten ligt niet voor de hand.

Bij dit specifieke voorstel is voorts, zoals gezegd, de vraag aan de orde in welke omgeving de twee jaarsobservatie in detentie dient plaats te vinden. Als de vrijheidsbeneming berust op de (onherroepelijke) veroordeling tot gevangenisstraf, kan plaatsing in een observatie-omgeving wellicht op grond van art. 13 Sr worden gerealiseerd. Als de opgelegde straf nog niet onherroepelijk is, zal de titel van de vrijheidsbeneming de voortgezette voorlopige hechtenis of eventueel de dadelijke tenuitvoerlegging van de eerste aanleg opgelegde gevangenisstraf kunnen zijn. Eventueel moet voor dat regime in aanvullende regeling tot observatieplaatsing worden voorzien.

3.2.4 Europeesrechtelijke toets

Aan de verhouding van deze modaliteit tot het EVRM is hiervoor in hoofdstuk 2.2 reeds de nodige aandacht besteed. Als we er van uitgaan dat in het voorstel de rechter alsnog tbs kan opleggen op dezelfde criteria en voorwaarden die thans op grond van het Wetboek van Strafrecht voor het opleggen van tbs gelden, dan rijst uit EVRM-oogpunt vooral de vraag of de (uiterste) termijn van twee jaren (beslissen of vorderen) niet te lang is. Ook enigszins afhankelijk van de vraag in hoeverre gedragingen van de verdachte/veroordeelde gedurende detentie bij de beslissing of alsnog tbs wordt opgelegd zullen meewegen, kan de a-grond van art. 5 EVRM in het gedrang komen. In Duitsland is op vergelijkbare gronden, overigens mogelijk veel langere termijn waarbinnen het uiterlijk tot opleggen

van de Sicherungsverwahrung in de variant van de Vorbehalt der Sicherungsverwahrung moet komen, wel bekritiseerd. Als we uitgaan van een maximale termijn van twee jaar waarbinnen de rechter moet hebben beslist, zijn er geen harde aanwijzingen dat een dergelijke regeling op dit punt op voorhand als strijdig met het EVRM zou moeten worden aangemerkt.

3.2.5 Nationaalrechtelijke toets

Zoals gezegd bevat dit voorstel veel aspecten die elders reeds uitvoerig zijn besproken. Dat geldt in het bijzonder het aspect van een zekere splitsing van procedures.

Het typische van dit voorstel schuilt vooral in de uiterste termijn van observatie, te weten: twee jaren ten einde eventueel alsnog tbs op te leggen. Dat specifieke aspect geeft geen aanleiding tot nadere opmerkingen, anders dan die welke hierboven reeds zijn gemaakt: de grondslag om iemand gedurende twee jaren in een observatieomgeving op te nemen behoeft wellicht nadere regeling om dat mogelijk te maken. Voorts dringt zich de verhouding op tot de regeling van de gewone rechtsmiddelen omdat niet duidelijk is hoe de termijn van maximaal twee jaren moet worden bewaakt in geval de verdachte tegen het oordeel van de eerste rechter hoger beroep en daarna beroep in cassatie instelt.

3.2.6 Eindoordeel over het voorstel

Het voorstel sluit aan bij andere voorstellen in de gedachten dat eerst een rechter de berechting ‘doet’ en afsluit en dat, mocht hij in aarzeling toch niet tot het opleggen van tbs kunnen beslissen, zulks alsnog in een nadere procedure zou moeten kunnen. Het voorstel bevat in het bijzonder – ten opzichte van andere voorstellen op dit punt – de voorziening dat zulks uiterlijk binnen twee jaar (beslissing of vordering) zal moeten zijn gerealiseerd.

Zoals wij elders nader hebben beschreven lijken de algemenere consequenties van voorstellen in de richting van deze splitsing niet altijd goed doordacht en van preponderantere betekenis dan in die voorstellen wel wordt verondersteld. Zeker waar in dit voorstel de tweede rechter de tbs oplegt, zijn er goede redenen deze benadering deswege af te wijzen. Wij nemen daarbij in aanmerking dat de werkbaarheid van (ook) dit voorstel maar zeer beperkt is. Het enkele feit dat in het hier te beoordelen tweede voorstel de termijn waarbinnen, op grond van observatie in detentie, alsnog moet worden beslist bepaald op en daarmee beperkt wordt tot twee jaren is op zichzelf positief te waarderen (met name ook voor het behoud van de a-grond van art. 5 EVRM als grondslag), maar neemt deze bezwaren toch onvoldoende weg. Daarbij moet worden beseft dat het huidige systeem van tbs ook iets voorlopigs heeft. De berechtende rechter die tbs oplegt heeft ten aanzien van die tbs ook niet meer zekerheid dan dat de verdachte gedurende een termijn van twee jaren in de tbs zal verblijven (art. 38d Sr). Daarna beslist de tbs-verlengingsrechter die de tbs ook kan beëindigen.

3.3 Voorstel 3: Twee fasenproces

3.3.1 Achtergrond en inhoud voorstel

Bij het twee fasenproces gaat het om de variant dat de behandeling van de strafzaak in de fase van de berechting, voor en door de rechter van de terechtzitting die de berechting van een strafzaak in een bepaalde aanleg doet, in twee fasen wordt gesplitst. Meestal wordt, kort gezegd, gedacht aan de beslissing in de eerste fase over het bewijs, de kwalificatie van het bewezen verklaarde feit en de strafbaarheid van dat feit en van de verdachte. Daarna volgt in de tweede fase de beslissing over de

aangewezen sanctie(s) naar soort, duur, modaliteit en combinatie met elkaar.⁵¹ In het ‘zuivere’ model dat het Wetboek van Strafvordering thans niet kent, wordt ervan uitgegaan dat de beslissingen in de eerste fase voor de tweede fase vaststaan en niet meer opnieuw onderzocht of beslist (kunnen) worden en dus ook onherroepelijk kunnen zijn.⁵² In die tweede fase volgt in deze benadering ook (pas) het vergaren en in elk geval het onderzoek van de informatie, relevant voor (de beslissing over) de sanctionering. Ook de gedragskundige rapportage over de verdachte ten behoeve van tbs geschiedt in die benadering dan (eerst) in de tweede fase. Beide fasen zijn, als uiteindelijk onderdeel van één geheel (berechting), op gelijke wijze vorm gegeven, te weten volgens de regels van de procedure van het onderzoek ter terechtzitting; beide fasen *zijn* onderzoek ter terechtzitting ter berechting. Rechtsmiddelen worden – in de meeste benaderingen – tegen de gezamenlijkheid van de eindoordeelen in het vonnis of arrest in de betreffende aanleg (eerste aanleg of hoger beroep) ingesteld.

In het onderstaande wordt aangenomen dat het voorstel ervan uitgaat dat het twee fasenproces niet verder hoeft te worden ingevoerd dan het openen van de mogelijkheid daartoe. Het staat dan ter discretionaire bevoegdheid van de rechter om er in voorkomende gevallen van een weigerende observandus adequaat eventueel gebruik van te maken. Een plicht om steeds, in alle gevallen van een weigerende observandus, een twee fasenproces te voeren, is niet nodig. Aangenomen wordt (mede daarom) voorts dat in het voorstel de mogelijkheid van een twee fasenproces zowel wordt opengesteld voor de rechter in eerste aanleg als voor de rechter in hoger beroep. En wel afzonderlijk, in die zin dat in de ene aanleg kan worden afgeweken van de modaliteit die in de andere aanleg is bewandeld; twee fasen in eerste aanleg dwingt niet tot twee fasen in hoger beroep en het niet gebruiken van die modaliteit door de rechter in eerste aanleg staat op zichzelf de toepassing ervan in appel niet in de weg.⁵³

Het verschil van dit voorstel met de inhoud van andere voorstellen die in dit onderzoek aan de orde komen met daarin een element van een tweede beslissingsmoment inzake de tbs is, dat in een twee fasenproces de *berechtede* rechter (uiteindelijk) alle relevante eindbeslissingen uit het rechterlijk beslissingsschema van art. 350 Sv blijft nemen, waaronder (uiteindelijk) de beslissing over de (integrale) inhoud van het aan de verdachte op te leggen ‘sanctiepakket’. De berechtede rechter beslist in de tweede fase in deze opzet niet alleen over de tbs, maar ook over alle andere, aan de verdachte op te leggen sanctie(s) naar soort, duur en modaliteit, en in het bijzonder naar de combinatie van de op te leggen sancties. Bij de tbs is met name de samenhang met (de duur van) de op te leggen gevangenisstraf relevant, zoals in het algemeen uiteen is gezet in hoofdstuk 2.3.

Eerder onderzoek betreffende het twee fasenproces

Anders dan wel eens lijkt, geldt (ook) voor het twee fasenproces in de Nederlandse strafvordering dat de discussie over de toelaatbaarheid en wenselijkheid niet slechts uit recente tijden stamt, maar al een lange(re) voorgeschiedenis heeft. Men kan ter zake alleen al voor opvattingen gedurende de 20^{ste} eeuw bepaald een interessante studie verrichten.⁵⁴ Voor het schetsen van een overzicht van opvattingen is binnen het zeer beperkte tijdsbestek voor dit onderzoek geen ruimte. Voor een overzicht van de discussie in de loop van de moderne strafvorderlijke geschiedenis volstaan wij op deze plaats met

⁵¹ De ‘knip’ kan ook elders in het beslissingsschema worden gelegd. Zie hierna variant 3.1 van dit voorstel.

⁵² Zie over de variant waarin de beslissingen in de eerste fase niet definitief maar eerder voorlopig zijn nog nader hierna onder 3.3.5.

⁵³ Mocht de verdachte in de tweede fase in eerste aanleg alsnog meewerken aan gedragskundige rapportage dan zal in hoger beroep allicht geen behoefte zijn aan een twee fasenproces. Zie over dit punt van inzet van het twee fasenproces in eerste respectievelijk tweede aanleg ook het hierna te bespreken Gronings onderzoek, p. 78-79.

⁵⁴ Zie in het bijzonder N. Klaasse, *De splitsing van het eindonderzoek in het strafproces* (dissertatie Utrecht), Tilburg: Gianotten 1963.

verwijzing naar een door Groenhuijsen en Letschert verzorgd overzicht van de discussie.⁵⁵ Het idee van de invoering van een twee fasenproces, zeker in zijn formele variant waarin de eerste fase met beslissingen wordt afgesloten die in de fase daarna niet meer onderzocht of inhoudelijk anders beantwoord kunnen worden, kan thans niet (meer) rekenen op veel steun in de rechtsgeleerde literatuur.⁵⁶

De voor- en nadelen van het twee fasenproces zijn in 2013 uitvoerig onderzocht in een naar aanleiding van een Kamerdebat⁵⁷ vanwege het WODC-geïnitieerd onderzoek uitgevoerd door leden van de sectie strafrecht van de Rijksuniversiteit Groningen.⁵⁸ Dat onderzoek strekte in de eerste plaats tot onderzoek van de voor- en nadelen van het twee fasenproces in de relatie tot mogelijke verandering in of verbetering van de positie van het slachtoffer. Maar ook de verbinding met (en eventuele oplossing voor) de problematiek van de weigerende observandi kwam aan de orde. Het onderzoek heeft geleid tot een aantal resultaten die ook voor dit onderzoek bij de (nadere) beoordeling van het hier te beoordelen voorstel van belang zijn. Waar aangewezen, wordt in het onderstaande naar die resultaten verwezen. In dat kader verdient op deze plaats reeds vermelding dat de voornoemde onderzoekers concluderen dat de weg van het twee fasenproces uiteindelijk niet moet worden begaan. Onder de voor dat onderzoek geïnterviewden in de praktijk is er geen al te grote steun voor te vinden. Het NIFP heeft blijkens het onderzoek laten weten van de invoering van het twee fasenproces te verwachten dat het slechts in een incidenteel geval tot het opgeven van een aanvankelijke weigering mee te werken bij een verdachte zal leiden. Wel zou het kunnen zijn dat een gedragskundige na het vaststellen van de feiten door de rechter een stap verder kan gaan in de beantwoording van de door de rechter gestelde vragen. In het bijzonder kan wellicht de vraag naar het verband tussen de toestand van de verdachte en het plegen van de feiten met meer stelligheid worden beantwoord.⁵⁹

Latere ontwikkelingen

Voor wat betreft de ontwikkelingen na het onderzoek uit 2013 in Nederland⁶⁰ is relevant dat de positie van het slachtoffer in de afgelopen jaren door de wetgever is veranderd in die zin dat het slachtoffer zich ook over andere punten van de rechterlijke beslissing kan uitlaten dan slechts de gevolgen van het delict. Deze uitbreiding was mede de aanleiding voor het onderzoek uit 2013. Geconstateerd moet worden dat deze verandering in de positie van het slachtoffer door de wetgever is gerealiseerd *zonder* invoering van het twee fasenproces. De invoering daarvan werd daarvoor dus kennelijk noch wenselijk noch noodzakelijk geoordeeld. Dat maakt, dat het hier te beoordelen voorstel tot eventuele invoering van een twee fasenproces inmiddels louter nog voor het oplossen van de problematiek van de

⁵⁵ Marc Groenhuijsen & Rianne Letschert, 'Over spreekrecht plus en een twee fasen proces', in: Marc Groenhuijsen e.a. (red.), *KLM van Dijk. Liber amicorum prof. dr. mr. J.J.M. van Dijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 137-151. Zie ook M.S. Groenhuijsen, 'Waarheidsvinding in het strafrecht' in: *Waarheid en waarheidsvinding in het recht. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-vereniging, deel 2012-1), Deventer: Wolters Kluwer 2012/3, p. 231-304, onder 4. Zie ook C.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 729-731 en Reijntjes in zijn noot onder HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC131, NJ 2008/193.

⁵⁶ Zie o.a. Minkenhof/ Reijntjes 2017, p. 28.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 29 452, nr. 139, zie i.h.b. p. 5.

⁵⁸ B.F. Keulen, A.A. van Dijk, E. Gritter, N.J.M. Kwakman & K. Lindeberg, *Naar een tweefasenproces? Over voor-en nadelen van een strafproces in twee fasen, in relatie tot de positie van slachtoffer en verdachte*, Zutphen: Paris 2013.

⁵⁹ B.F. Keulen e.a., *a.w.*, bijlage 3.

⁶⁰ Op het punt van de afwijzing van het twee fasenproces in Duitsland wordt het Gronings onderzoek uit 2013 bevestigd door het rapport van de Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens uit oktober 2015, p. p. 127 onder 12.5: "Es sollte nicht gesetzlich klargestellt werden, dass Feststellungen zur Person des Angeklagten, die nur für die Strafzumessung relevant sind, erst nach Abschluss der Beweisaufnahme zum Tatvorwurf getroffen werden sollen". De commissie ziet vooral praktische bezwaren bij de eventuele invoering van een twee fasenproces.

weigerende observandus ter discussie staat. Als de wetgever de (ingrijpende) operatie tot invoering van het twee fasenproces ten behoeve van de positie van het slachtoffer noodzakelijk had geoordeeld, had bij de problematiek van de weigerende observandus immers in zoverre van een toch al vorm gegeven regeling als het ware kunnen worden 'geprofiteerd'. Daarvan is echter geen sprake. Dat betekent dat de ingrijpendheid van de invoering van een twee fasenproces thans alleen voor de 'beperkte' problematiek van de weigerende observandi moet worden gezien; als invoering al aangewezen is, dan zal het bij de invoering van het twee fasenproces slechts om toepassing in een zeer beperkt aantal categorieën gaan. Die 'beperkte' van de toepassing zal mede in verhouding moeten worden gezien met de ingrijpendheid van de invoering van het twee fasenproces in de regeling en de praktijk van het Nederlandse strafprocesrecht in het algemeen.

Voor wat betreft het boven aangestipte punt van het NIFP hebben wij hiervoor in hoofdstuk 2.2 geconstateerd dat, juist in recente jaren, er bepaald sprake is van een zekere toenadering tussen rechter en gedragskundige over hoe verstrekkend er ('desondanks') kan worden geadviseerd in geval van een weigerende observandus, respectievelijk over hoe ver de rechter bij de tbs-beslissing op basis van het advies eigen beslissingsruimte heeft om vast te stellen dat aan de (op zichzelf ook 'beperkte') wettelijke tbs-voorwaarden is voldaan. Op dit punt is, binnen het bestaande recht, enerzijds naar ons oordeel nog terrein te winnen in een betere communicatie, afstemming en samenwerking tussen rechter en gedragsdeskundige. Daarbij kan, waar mogelijk en aangewezen, gebruik worden gemaakt van bestaande, overigens beperkte, mogelijkheden tot het nemen van een zekere tussenbeslissing over de feiten alvorens aan de straftoemeting toe te komen. Zie nader hierna in paragraaf 3.3.5.

Modernisering strafvordering

De wetgevingsoperatie tot modernisering van het Wetboek van Strafvordering, inclusief daaraan ten grondslag liggende Contourennota bevat tot op heden op zichzelf geen voorstellen voor invoering van het twee fasenproces in de hier bedoelde strikte zin. Tegelijk is één onderdeel van de voorstellen wellicht significant. In het kader van een betere voorbereiding van de terechtzitting gaat het concept-Boek 4 uit van een procesinleiding en een (nadere) oproeping. Beide onderdelen vormen de berechting. Na de betekening van de procesinleiding aan de verdachte kunnen ter voorbereiding van de terechtzitting de nodige stappen worden verricht. Daartoe behoort onder meer het beslissen door de voorzitter op eventuele verzoeken die de voorzitter kan inwilligen of, maar nooit definitief, kan afwijzen. In art. 4.1.1.3 is de mogelijkheid voor de voorzitter opgenomen om voorafgaand aan de terechtzitting overleg te voeren met de officier van justitie en de verdachte ter voorbereiding van de terechtzitting. Ook een regiezitting door de voltallige kamer is mogelijk. Weliswaar hebben al deze voorgestelde voorzieningen betrekking op de voorbereiding van de zitting en niet, zoals bij de tbs, op het beantwoorden van één van de hoofdvragen van art. 350 Sv, men ziet hier wel de contouren van een wat uitgewerkter model waarbinnen, juist zonder dat sprake is van twee, ook procedureel te los van elkaar staande fasen, een zekere splitsing in de behandeling mogelijk is.

3.3.2 Werkzaamheid

Bij de werkzaamheid van het voorstel als mogelijke oplossing voor de problematiek van de weigerende observandi worden reeds in het onderzoek uit 2013 vraagtekens geplaatst. Er is sedertdien geen informatie beschikbaar waaruit kan worden afgeleid dat dit thans anders kan of moet worden ingeschat.

In het onderzoek uit 2013 worden in verband met de wenselijkheid van de invoering van een twee fasenproces in feite drie categorieën verdachten onderscheiden die overigens in de praktijk niet altijd te (onder)scheiden zullen zijn.

De eerste categorie is de werkelijk weigerende observandus die bewust voor die houding kiest teneinde tbs te vermijden. Het is niet waarschijnlijk dat deze categorie verdachten bereid zal blijken te zijn die weigering op te geven in de (tweede) fase waarin het juist om de sanctietoemeting en dus ook om het al dan niet opleggen van tbs gaat. Dat geldt ook voor de tweede categorie die, blijkens het onderzoek, met name door geïnterviewden uit de praktijk worden genoemd: de groep verdachten die nooit bekend of meewerkt, nooit zal bekennen of zal meewerken. De onderzoekers onderscheiden een derde ‘tussen’categorie bij wie de weigering om aan de PJ-rapportage mee te werken, in het bijzonder tijdens het voorbereidend onderzoek, voortkomt uit de vrees dat de resultaten daarvan zullen meewerken aan de rechterlijke overtuiging ten aanzien van het bewijs of anderszins de verdedigingsstrategie zullen kunnen doorkruisen. Naar ons oordeel is het aangewezen en zuiverder deze categorie aan te duiden als de verdachten die het aan hen tenlastegelegde ontkennen. Duidelijk is dat deze verdachten niet per se weigerachtig staan tegenover eventuele een PJ-rapportage om tbs te vermijden c.q. dat de weigering niet zijn grondslag vindt in het enkele feit dat men tbs wil vermijden. Een ontkenning van het ten laste gelegde kan bijvoorbeeld ook zijn grond vinden in de overtuiging dat men het tenlastegelegde niet begaan heeft. Als zodanig staat deze groep in zijn proceshouding dus deels los van de problematiek van de weigerende observandi.

Met de ‘Groningse’ onderzoekers achten wij het niet ondenkbaar dat in deze groep zich gevallen voordoen waarin de verdachte, nadat de bewezenverklaring ‘vast staat’, eventueel alsnog bereid zal zijn medewerking te verlenen aan gedragskundige rapportage. Tegelijkertijd is van belang dat deze groep als zeer klein moet worden ingeschat: slechts incidenteel zal men alsnog bereidheid aantreffen. Die bereidheid zal daarbij overigens, op het moment dat gekozen moet worden van het twee fasenproces gebruik te maken, niet vaststaan. Bovendien geldt voor de incidentele verdachte in deze groep niet per se dat, in geval van (alsnog) medewerking aan de PJ-rapportage, ook alsnog zal blijken dat tbs een aangewezen sanctie is. De weigering om aan de PJ-rapportage mee te werken, vindt in deze categorie immers vooral zijn grond in de ontkenning van de feiten en niet per se in het willen voorkomen van tbs in een situatie waarin die sanctie mogelijk wel aangewezen is. De belangrijkste bedenking tegen het voorstel in deze categorie verdachten is dat zij hun ontkennende/weigerende houding in een tweede fase van de berechting binnen dezelfde aanleg niet zullen laten varen, zolang zij vasthouden aan de ontkenning van het (in de eerste fase) bewezenverklaarde. Zij zullen eerst hun ontkennend standpunt in hoger beroep respectievelijk in cassatie opnieuw beoordeeld willen zien. Reeds daarom zal voor deze groep een twee fasenproces binnen de berechting in een bepaalde aanleg voor rechtbank of gerechtshof niet werkzaam zijn. Daarop duidt ook het feit dat het thans reeds op zichzelf mogelijk is om na de berechting in eerste aanleg (bijvoorbeeld leidend tot bewezenverklaring) ter voorbereiding van de berechting in hoger beroep alsnog een gedragskundige rapportage te laten opstellen als de aanvankelijk weigerachtige observandus daartoe, gegeven de uitspraak in eerste aanleg, alsnog bereid blijkt: art. 411a Sv. Dat is in feite een vorm van twee fasenproces binnen bestaande kaders, waarbij de eerste aanleg respectievelijk het hoger beroep de beide fasen vormen. Wij hebben van die bereidheid echter geen voorbeelden gevonden.

De daaruit voortvloeiende optie om met de fase van de sanctionering (in eerste aanleg) te ‘wachten’ totdat op tegen de beslissingen in de eerste fase eventueel apart open te stellen rechtsmiddelen onherroepelijk is beslist, moet als te grote scheiding van onderdelen van de berechting in verschillende aanleg binnen het strafprocesrecht worden aangemerkt. Vanwege de eenheid van rechtspleging en beslissing in één en dezelfde aanleg is onder het geldend recht (zelfs) uitgesloten dat tegen uitspraken ter zitting die geen einduitspraken zijn (zoals de afwijzing van een verzoek getuigen te horen) apart en zelfstandig een rechtsmiddel kan worden ingesteld, los van en naast het rechtsmiddel

tegen de eindbeslissing (art. 407 lid 1 en art. 428 Sv). Dat belang van die eenheid van beslissing in een bepaalde aanleg verzet zich dan des te meer tegen de optie van het apart instellen van rechtsmiddelen tegen uitspraken in de eerste fase (zoals de bewezenverklaring), alvorens toe te komen aan de beslissing in de tweede fase. Die laatste beslissing zou in die benadering in voorkomende gevallen ook jaren kunnen duren.⁶¹

Voor de werkzaamheid relevante gegevens uit het rechtsvergelijkend deel van het onderzoek uit 2013; verhouding tot alternatieve oplossingen

De werkzaamheid van het voorstel tot invoering van een twee fasenproces zal ook moeten worden bezien in relatie tot de werkzaamheid van alternatieve oplossingen voor het probleem. We weten in dat kader bijvoorbeeld nog niet wat de nieuwe modaliteit uit de Wfz om onder omstandigheden vroegere rapportages in het dossier te voegen, en de verdubbeling van de termijn van klinische observatie aan effect zullen hebben. Het kan aanbeveling verdienen op de resultaten daarvan te wachten, alvorens in nieuwe, drastischere maatregelen en wetswijzigingen te voorzien. Op dit punt van alternatieven voor de problematiek van de weigerende observandi bevat het Gronings onderzoek uit 2013 voorts relevante informatie, waar in het rechtsvergelijkend deel wordt vastgesteld dat men in de stelsels van Zweden en van Engeland en Wales gelijke problematiek van de weigerende observandus zou kunnen verwachten, maar die problematiek zich aldaar toch niet voordoet. Blijkens het onderzoek kan dat mede worden verklaard uit het feit dat in de betreffende landen de vergelijkbare sanctie van tbs voor betrokkenen onder omstandigheden te prefereren is, in het bijzonder ten opzichte van de gevangenisstraf. Daardoor bestaat geen neiging tot het weigeren van medewerking aan de PJ-rapportage ten behoeve van de betreffende maatregel. Deze constatering sluit aan bij de wel in Nederland verdedigde opvatting dat, zonder het sanctiestelsel in de opleggingsmogelijkheden van tbs meteen grondig te veranderen, in het bijzonder op het punt van de combinatie van tbs met (lange) gevangenisstraf, de inrichting van tenuitvoerlegging van tbs, al dan niet in geval deze gecombineerd met lange gevangenisstraf is opgelegd, kan helpen in meer gevallen de observandi, middels een zeker vertrouwen in de executie van de tbs tot medewerking aan te zetten c.q. hun weigerende houding te laten varen. Met andere woorden: het sterker accentueren van het belang van de verdachte bij tbs-oplegging in verband met het nut van behandeling, ook in vergelijking met de geringe mogelijkheden daartoe in de tenuitvoerlegging van de (extra) lange gevangenisstraf, kan helpen het aantal weigerende observandi te doen afnemen.⁶² Voor zover het aan voorstel 1 toegevoegde voorstel berust op de gedachte dat de tenuitvoerlegging van gevangenisstraf via art. 13 Sr zou kunnen worden aangepast als en voor zover een weigerende observandus in de tenuitvoerlegging alsnog op zijn weigering terug komt en vervolgens opname in een behandelomgeving aangewezen is (zonder dat sprake is van het alsnog opleggen van tbs), sluit dat toegevoegde voorstel aan bij deze gedachte. Zie nader hiervoor onder 3.1.7.

3.3.3 Juridische implicaties

De juridische implicaties van de invoering van het twee fasenproces zijn reeds in het Gronings onderzoek uit 2013 in kaart gebracht. Dat betreft zowel een aantal normatieve alsmede een aantal praktische aspecten.

⁶¹ Vgl. ook het Gronings onderzoek uit 2013 (Keulen e.a., *a.w.*, p. 78).

⁶² Vgl. in die zin ook H. Jongeneel (zelf strafrechter), 'Niet meewerken aan TBS-onderzoek kan verkeerd uitpakken', *Advocatenblad* 2017, p. 1-3.

Tot de normatieve aspecten behoort, dat thans reeds in de eerste fase beschikbare en voor de sanctietoemeting relevante informatie weliswaar niet tot onjuiste bewijsbeslissingen leidt, maar het nochtans lijkt voor te komen dat de rechter de overtuiging niet enkel op de (geselecteerde) inhoud van wettige bewijsmiddelen baseert. Dat houdt verband met het feit dat de voor alle eindbeslissingen van de rechter noodzakelijke informatie ter terechtzitting wordt besproken nog voordat is vastgesteld dat de verdachte het bewezenverklaarde heeft begaan. Naast een mogelijk betere informatiepositie van de rechter in de tweede fase, kan met de invoering van een twee fasenproces in zoverre de werking van de onschuldpresumptie mogelijk worden versterkt.⁶³ Opgemerkt moet echter worden dat de rechter ter terechtzitting steeds over alle informatie beschikt en moet beschikken en deze ter zitting ter discussie moet stellen om op basis daarvan vervolgens de onderscheiden beslissingen te nemen. Ook in geval van verschoningsrecht of bewijsuitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs is de zittingsrechter geroepen eerst te oordelen of zich gronden voor bewijsuitsluiting voordoen en zo ja, om de informatie dan vervolgens bij zijn verdere beslissingen te negeren. Het Nederlands strafprocesrechtelijk stelsel leunt hier op de (beroeps)rechter als integere professional. In het Gronings onderzoek wordt er in dit kader op gewezen dat een eventueel verbod om stukken betreffende de persoon van de verdachte in de eerste fase überhaupt bij de gedingstukken voor die eerste fase te voegen grote, met name ook praktische nadelen zal hebben.⁶⁴

Van belang daarbij is bovendien dat de rechter ook in de eerste fase behoefte heeft aan informatie over de persoon van de verdachte, of eventueel bij hem een stoornis in of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens aanwezig is en zo ja, wat de materieelrechtelijke en formeelrechtelijke consequenties daarvan voor verschillende beslispunten in de eerste fase kunnen zijn. De in het voorstel veronderstelde striktheid van de scheiding van de procesfasen op dit punt van de benodigde informatie is minder strikt dan het lijkt. De noodzaak om in de eerste fase reeds over dergelijke informatie te beschikken kan zich voordoen bij de bewijsvraag inzake het opzet of de schuld bij de verdachte, maar ook bij vormen van strafuitsluiting, zoals psychische overmacht, AVAS of noodweerexces. Onder art. 3.1 Wfz kan de vraag rijzen naar de noodzaak en wenselijkheid een WvGGZ-zorgmachtiging af te geven in geval van vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging als einduitspraken in de eerste fase. Processueel kan de vraag rijzen naar de procesbekwaamheid van de gestoorde verdachte (art. 16 Sv en art. 509a Sv) c.q. de vraag in hoeverre en met welke maatregelen de procesrechter tegemoet kan en moet komen aan verminderde procesbekwaamheid bij de geestelijk kwetsbare verdachte, een vraag die onder invloed van het Europese recht in het Nederlands strafprocesrecht tegenwoordig nadrukkelijker aan de orde is dan voorheen. Als verdachte aan onderzoek ter zake ten behoeve van de eerste fase weigert mee te werken, kan het zijn dat het niet tot een tweede fase komt, c.q. is de kans gering dat de verdachte in die tweede fase wel zal meewerken aan onderzoek over zijn persoon. Als dat onderzoek ten behoeve van de eerste fase respectievelijk de tweede fase per fase (opnieuw) wordt c.q. moet worden georganiseerd, dreigt ten dele dubbel werk en komt de capaciteit van onderzoek en zitting extra onder druk.

Bij de beslissing over het opleggen van de tbs doet zich daarbij nog een extra, sterk inhoudelijke verwervenheid van bewijs van het ten laste gelegde en van de waardering daarvan als onderdeel van de beslissing om tbs op te leggen voor. Zoals wij in het algemeen deel nader uiteen hebben gezet, is het (juiste) antwoord op de vraag of sprake is van een geweldsmisdrijf, onderdeel van onderzoek en discussie ter terechtzitting ter waardering van de feiten en omstandigheden waaronder het in concreto bewezen feit is begaan. Het is niet een 'alsnog kwalificatie' die door een later oordelende rechter aan eerder door een andere rechter bewezenverklaarde feiten kan worden toegekend. Dat is ook uit EVRM-oogpunt minst genomen onwenselijk. Hier schuilt een sterke

⁶³ Zie Groenhuijsen, *a.w.* (NJV 2012), p. 259 en p. 264 met verwijzing naar o.a. Franke en De Roos.

⁶⁴ Keulen e.a., *a.w.*, p. 65-66.

inhoudelijke verwevenheid van de eerste en de tweede fase die zich tegen een te grote of te strikte scheiding verzet.

In meer praktische zin volgt uit het Gronings onderzoek als een belangrijke implicatie het antwoord op de vraag of het rechterlijk college in de tweede fase van gelijke samenstelling moet zijn als in de eerste fase. Gegeven dat sprake is van berechting in één aanleg en beslissing op basis van het in beide feiten gevoerde onderzoek ter terechtzitting, ligt dat bepaald voor de hand. Het Nederlandse strafprocesrecht gaat bij schorsing van het onderzoek van verdere behandeling in gelijke samenstelling uit. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het voorschrift van art. 322 lid 3 Sv dat het onderzoek bij gewijzigde samenstelling in beginsel opnieuw wordt aangevangen. Alleen met instemming van procespartijen kan daarvan worden afgeweken. Reeds in België blijkt het handhaven van dezelfde samenstelling van het rechterlijk college in de tweede fase, volgens de ‘Groningse’ onderzoekers, een probleem. Voor Nederland suggereren zij mogelijk aansluiting bij de regeling van art. 322 lid 4 Sv op grond waarvan eerdere beslissingen in andere samenstelling genomen, na hernieuwde aanvang van het onderzoek ter terechtzitting in gewijzigde samenstelling in beginsel toch (kunnen) blijven gelden. Opgemerkt moet worden dat die regeling geldt voor beslissingen tijdens het onderzoek ter terechtzitting genomen voor het geval van schorsing en heropening van dat onderzoek waarvan de definitieve afsluiting, naar geldend recht plaatsvindt voordat enige eindbeslissing uit het schema van art. 350 Sv wordt genomen. Dat is toch iets anders dan de toepassing van die regeling op in een eerste fase genomen eindbeslissingen op één of meer van de vragen uit het beslissingsschema van art. 350 Sv. Te dien aanzien ligt het veel minder voor de hand dat dergelijke beslissingen na een wijziging in de samenstelling van het gerecht in de tweede fase overeind zouden kunnen blijven, in elk geval niet tegen de wil van de betrokken procespartijen. Zelfs als een eerdere beslissing niet zonder meer onherroepelijk is, dan nog ligt een dergelijk overeind blijven van de beslissingen in de eerste fase niet voor de hand. De beantwoording van de eerste drie vragen van art. 350 Sv is (ook) voor de beantwoording van de eindbeslissing over de sanctionering in het bijzonder van belang en daarmee verknocht. Die verknochtheid ligt besloten in het voorschrift van art. 350 jo. art. 358 lid 2 Sv op grond waarvan de rechter van de terechtzitting op basis van het onderzoek ter terechtzitting na afloop en afsluiting daarvan door het laatste woord van de verdachte over alles dat nog relevant kan zijn, in ‘eenheid’ alle vragen van art. 350 Sv beantwoordt.⁶⁵ Met name de bovengeschetste inhoudelijke verwevenheid van de beslissingen, afzonderlijk maar ook als ‘totaaloordeel’ van de berechting, is daarvoor feitelijk en normatief van belang. Dan ligt beslissing in eerste en in tweede fase door een gerecht in dezelfde samenstelling normatief voor de hand. Het betreft hier niet voor niets een wezenlijke grondtrek en grondslag van strafprocesrecht.

Tegelijkertijd rijzen juist ten aanzien van de optie van het twee fasenproces ten behoeve van het alsnog opleggen van tbs flinke vragen of dat uitgangspunt van gewenste gelijke samenstelling wel haalbaar is. In elk geval als in de tweede fase alsnog een klinische rapportage nodig is, zal die tweede fase de nodige tijd vergen. Berechting in dezelfde samenstelling is dan des te moeilijker. Negatieve gevolgen voor doorlooptijden, werklast en eventueel verlies van zittingscapaciteit kunnen dan aan de orde zijn, al geldt dit bezwaar wellicht weer minder als een eventueel twee fasenproces slechts in een zeer beperkt aantal gevallen aan de orde zal zijn. Het onderzoek uit 2013 meldt⁶⁶ dat er toen van is

⁶⁵ (Ook) wij citeren hier de treffende woorden van Melai uit diens noot onder HR 14 mei 1974, NJ 1974/468: “Afgezien van de onwenselijkheid van (...) vertraging met het oog op de functie van het strafproces en de uiteenlopende daarbij betrokken belangen, dient desintegratie van het onderzoek vooral ook te worden vermeden met het oog op de deugdelijkheid van de in de art. 348 en 350 Sv van de rechter gevorderde beslissingen, die op grond van de genoemde bepalingen dienen te worden gewezen naar aanleiding van het – in het bewustzijn van de rechter liefst niet verbleekte – onderzoek op de terechtzitting. Zie ook Mevis, *Capita*, p. 537-546.

⁶⁶ B.F. Keulen e.a., *a.w.*, p. 11

afgezien om in het bijzonder de Raad voor de Rechtspraak te vragen om de praktische consequenties van de invoering van het twee fasenproces in beeld te brengen, mede gelet op het groot aantal praktische ‘variabelen’ die hier op het spel staan. Ons oordeel is inderdaad dat, zelfs voor het gering aantal zaken waarin berechting in twee fasen aan de orde zal kunnen zijn, niet tot invoering van de mogelijkheid van een twee fasenproces zou moeten worden besloten zonder gedegen nader onderzoek naar de normatieve en de praktische consequenties daarvan, waaronder de kosten.⁶⁷

Mede in het licht van de hierboven geschetste inhoudelijke verwevenheid van de eerste en tweede fase kan meer in het algemeen kan worden gezegd dat deze schets van implicaties vooral laat zien hoe ingrijpend de eventuele invoering van een twee fasenproces voor de bestaande, gevormde praktijk van rechtspleging is. Juist op dat algemene punt bestaan brede aarzelingen over de invoering van het twee fasenproces in Nederland, maar, zo blijkt uit het onderzoek uit 2013, ook in het buitenland. In het bijzonder weegt zwaar dat de invoering van het twee fasenproces een breuk betekent met de eenheid van procesvoering waarin de berechtende rechter op basis van een met het laatste woord van de verdachte afgesloten onderzoek ter terechtzitting, eerst daarna in een integraal beslissingsschema alle vragen van art. 348 en 350 Sv, voor zover noodzakelijk ook in onderling verband met elkaar, beantwoordt c.q. zich daarover in totaliteit een oordeel vormt. Weliswaar is ook onder geldend strafprocesrecht een zekere splitsing, ook op basis van een tussenbeslissing, en vervolgens voortzetting na schorsing van het onderzoek ter terechtzitting denkbaar, maar dat is een andere variant dan die waarin de eerste fase met rechterlijke eindbeslissingen wordt afgesloten en vervolgens een tweede fase met deels nieuwe informatievoorziening begint. Van deze, verregaande optie zijn de praktische consequenties eigenlijk nauwelijks precies te overzien c.q. te voorspellen, nog geheel los van de eventuele, discussiabele bijdrage ervan aan het oplossen van de problematiek van de weigerende observandus.

Juridische implicaties in verhouding tot enige andere voorstellen

Niettegenstaande het in de afsluiting van het voorgaande onderdeel geconcludeerde, is er (wel) aanleiding om enige aparte aandacht te besteden aan de juridische implicaties van het voorstel tot invoering van het twee fasenproces in verhouding tot enige andere, in dit onderzoek te beoordelen voorstellen. In die verhouding biedt het twee fasenproces namelijk een voordeel. (Of eigenlijk beter: de oplossing voor een nadeel dat zich, als juridische implicatie als zodanig bij verschillende andere voorstellen voordoet.) Dat betreft het volgende. Zoals specifiek uiteengezet in hoofdstuk 2.3 is voor de berechtende rechter bij het opleggen van tbs met name de combinatie en afstemming met (de duur van) de op te leggen gevangenisstraf in het bijzonder van belang. Een inherent onderdeel van een aantal andere, in dit onderzoek te beoordelen voorstellen is het idee dat een tweede rechter, na afsluiting van de berechting en apart van de sanctiebeslissing uit die fase van berechting, tbs oplegt of beslist tot voortzetting van een aanvankelijk voorwaardelijk opgelegde tbs, etc. Die beslissing wordt dan genomen door een andere rechter dan de berechtende rechter, al dan niet deels ook in een andere procedure. In die voorstellen kan behoefte ontstaan aan aanpassing door de tweede rechter van de door de eerste rechter opgelegde straf. Sommige voorstellen gaan daar ook expliciet van uit. Dat is niet onproblematisch. We verwijzen ten deze naar de bespreking van de betreffende voorstellen c.q. naar hoofdstuk 2.3.

Op dit punt heeft het model van het twee fasenproces het voordeel dat de rechterlijke eindbeslissingen in beide fasen in de hand van dezelfde rechter blijven, te weten de berechtende rechter. In beide fasen van de berechting verloopt het onderzoek ook volgens de procedure die in het Wetboek van Strafvordering is voorzien voor de behandeling van de zaak tijdens de berechting, te

⁶⁷ Vgl. Minkenhof/Reijntjes 2017, p. 28.

weten de regeling van het onderzoek ter terechtzitting. Bij veel van de andere voorstellen zal in aparte procedurele voorzieningen voor de later beslissende rechter moeten worden voorzien. Verwijzing en ‘van overeenkomstige toepassing verklaring’ is een voor de hand liggende optie, maar de ervaringen met de aparte procedure voor de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel tonen aan dat dit niet altijd zonder problemen verloopt. Ook op het punt van het instellen van de gewone rechtsmiddelen ligt, gegeven ook het huidige recht, veel meer dan de hierbedoelde andere voorstellen, het twee fasenprocesmodel voor de hand omdat daarin beter het bestaande uitgangspunt te realiseren is dat de verdachte de gewone rechtsmiddelen kan aanwenden tegen de einduitspraak waarin, in één hand, alle inhoudelijke aspecten van de berechting uit de beslissingen van art. 350 Sv (van dezelfde rechter) kan worden opgekomen. Maar zoals gezegd neemt het twee fasenproces op dit punt hooguit bezwaren tegen andere voorstellen weg. Het hier door ons gesignaleerde concrete voordeel nemen niet de overwegende bezwaren weg die op andere gronden tegen de invoering van het twee fasenproces als oplossing voor het probleem van de weigerende observandi naar ons oordeel kunnen worden geformuleerd.

3.3.4 Europeesrechtelijke toets

Aan het voorstel tot invoering van een twee fasenproces, al dan niet uitsluitend in geval van weigerende observandi, kleven als zodanig geen overwegende bezwaren uit het oogpunt van het Europese of internationale recht. Het EVRM verzet er zich niet tegen, zoals blijkt uit de beschrijving in het onderzoek uit 2013 van het procesrecht in enige andere landen die (vormen van) een twee fasenproces in hun strafvordering kennen. Het EHRM oordeelt (immers) ook niet over systemen van procesrecht als zodanig, zolang de toepassing in de concrete strafzaak maar een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM oplevert. Net zoals dat ten aanzien van juryrechtspraak geldt, is een één- of twee fasenproces niet op voorhand meer of minder ‘eerlijk’ of eerder juist wel of niet in strijd met art. 6 EVRM dan de andere variant.

Wel moet in de gaten worden gehouden dat de totale duur van de berechting niet zodanig wordt vertraagd dat in concrete zaken geen sprake meer is van berechting binnen redelijke termijn. Die aanspraak van de verdachte komt in het bijzonder in de knel als tegen de vaststellingen in de eerste fase apart rechtsmiddelen zouden worden toegelaten, waarbij met de behandeling en beslissing van de tweede fase in dezelfde aanleg moet worden gewacht totdat op eventueel ingestelde rechtsmiddelen onherroepelijk is beslist.

Hierboven is bovendien opgemerkt dat relevante gegevens over de persoon van de verdachte en een eventueel bij hem aanwezige stoornis in of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens ook relevant kan zijn door de berechting van de verdachte in de eerste fase. Als het zo is dat de stoornis van de verdachte en de rapportage van deskundigen daarover aan de rechter mede van betekenis is geweest voor de inhoud van enige materiële beslissing van art. 350 Sv (zoals omtrent het bewijs van opzet of schuld c.q. de beslissing of zich een strafuitsluitingsgrond als psychische overmacht wel of niet voordoet), dan kan het zelfs zijn dat, bij een te strikte scheiding, de rechter uit de eerste fase ten aanzien van de daarmee verknochte beslissing over de sanctionering in de tweede fase niet meer onpartijdig is of de schijn van partijdigheid opwekt, in termen van art. 6, eerste lid, EVRM. Ook op dit punt is daarbij van belang in hoeverre de beslissingen in de eerste fase definitief zijn. Wij zien, gegeven de jurisprudentie, op dit punt niet onmiddellijk bezwaren, zeker niet als in verband met het

instellen van rechtsmiddelen tegen (uiteindelijk) het eindvonnis dat alle beslissingen van de (laatste) rechter over de vraagpunten van art. 350 Sv bevat, maar willen het aspect niet onvermeld laten.⁶⁸

3.3.5 Nationaalrechtelijke toets

Hierboven is reeds opgemerkt dat onder de aanduiding van het twee fasenproces verschillende varianten schuil gaan. In de meeste strenge vorm wordt de eerste fase definitief afgesloten voor de volgende begint. In die vorm bestaat het twee fasenproces in Nederland niet. Wat wel voorkomt is dat binnen bestaande kaders van strafvordering een soort voorlopige tussenbeslissing wordt gehanteerd in een eerste ‘fase’ die het mogelijk maakt het vervolg van het geding nader te focussen. Dan is geen sprake van een twee fasenproces, maar eerder van een zekere splitsing in de behandeling met gebruik van het openbaren van een zeker tussenoordeel van de rechter voor een zekere ‘knip’ in de behandeling van het onderzoek ter terechtzitting. Binnen de belangrijke eenheid van gedingvoering is deze variant in het bestaande Nederlandse strafprocesrecht wel mogelijk en incidenteel ook wel eens beproefd, zoals ook uit het Gronings onderzoek blijkt. Hierboven is er op gewezen dat de voorstellen uit het concept-Boek 4 Sv inzake de procesinleiding en de mogelijkheden om daarna de terechtzitting voor te bereiden, o.a. door de mogelijkheid van een overleg tussen de voorzitter en de procesdeelnemers c.q. door middel van een regiezitting, hoewel niet betrekking hebbend op beantwoording van (één van) de vragen van at. 350 Sv, toch de contouren van een zekere tweedeling in één geheel (berechting) in zich dragen.⁶⁹

Dat de rechter in deze variant blijft en heeft te blijven binnen de beperkte mogelijkheden van het Nederlandse strafprocesrecht, heeft de voordelen van duidelijkheid en waarborgen van dat systeem. Die schuilen er in dat de Hoge Raad in voorkomende gevallen de voorlopigheid van het eerdere ‘tussenoordeel’ benadrukt heeft, door ervan uit te gaan dat cassatie alleen tegen het eindoordeel is toegelaten (gelijk uitgangspunt zal voor het hoger beroep gelden). Het eindoordeel zal daarom hoe dan ook alle eindbeslissingen van art. 350 Sv moeten bevatten; de Hoge Raad ‘kent’ in zoverre het tussenoordeel niet en benadrukt daarmee de voorlopigheid ervan. Dat betekent ook dat na een zekere knip in de behandeling van de zaak tijdens het onderzoek ter terechtzitting op basis van zekere tussenbeslissing, de verdachte maar eerder nog ook het OM niet kan worden verboden om de eerdere beslissing opnieuw aan de orde te stellen. Nieuwe informatie kan daartoe alsnog nopen. En sowieso geldt de tussenbeslissing van de rechter in eerste aanleg niet voor de rechter in een eventueel hoger beroep; een voorlopige tussenbeslissing kan niet van het appel worden uitgezonderd.⁷⁰ De rechter moet er bovendien voor waken dat hij met een eventuele tussenbeslissing niet voor het vervolg van het onderzoek ter terechtzitting de schijn van partijdigheid en vooringenomenheid wekt, al lijkt hierin ook volgens de literatuur niet het grootste bezwaar te schuilen.⁷¹

Dit alles klinkt als een procedureel zeer beperkte mogelijkheid (en dat is het ook) zodat reeds in het algemeen lijkt te moeten gelden dat ‘de procedurele bezwaren zwaarder (lijken) te moeten wegen dan de – vermeende – voordelen van de (informele) twee-fasen-structuur’.⁷² Voor de problematiek van de

⁶⁸ Zie voor de discussie in Nederland vooral de conclusie van de A-G Machielse voor HR 22 januari 2008, NJ 2008/193 en de noot van Reijntjes onder dat arrest.

⁶⁹ Mogelijk kunnen aspecten uit de ervaringen uit recente modaliteiten waarbij het onderzoek ter terechtzitting is geschorst om alsnog mediation in te leiden en te bewerkstelligen, bijdragen aan nadere waardering van het onderstaande.

⁷⁰ Zie reeds Reijntjes in zijn noot onder HR 22 januari 2008, NJ 2008/193.

⁷¹ Zie de conclusie van de A-G Machielse voor HR 22 januari 2008, NJ 2008/193 onder 3.3. aan het einde en de noot van Reijntjes onder het arrest onder 4.

⁷² Aldus Reijntjes in zijn noot onder HR 22 januari 2008, NJ 2008/193.

weigerende observandus is, zoals gezegd, laatstelijk met name in het Gronings onderzoek uit 2013, onderzocht of een eventuele bewezenverklaring als eerste beslissing voor het oplossen van de problematiek dienstig kan zijn in die zin dat een weigerende observandus na zo'n beslissing wellicht geneigd kan zijn om zijn weigerende houding op te geven. In het algemeen wordt zo'n effect ontkend, mede omdat een bewezenverklaring ook kan doen volharden in zijn beslissing. De vraag rijst echter of daarmee het hele verhaal voor alle gevallen en situaties van een weigerende observandus verteld is. Is het onder bijzondere omstandigheden in bepaalde gevallen niet toch mogelijk om met een tussenbeslissing te helpen bevorderen dat vervolgens door de verdachte/weigerende observandus aan het bijeen brengen van de voor het vervolg noodzakelijke informatie over zijn persoon wordt meegewerkt?

In Duitsland bestaat voor deze variant een wat uitgewerkter model in de modaliteit van de 'Erörterung' van (art. 212 jo.) art. 202a StPO. Op basis van deze artikelen kan het gerecht⁷³ voor of na de opening van de terechtzitting (Hauptverfahren) de 'Stand des Verfahrens' met de procesdeelnemers 'erörtern' (bekendmaken, formuleren, open leggen) 'soweit dies ereignet erscheint, das Verfahren zu fördern'. Een dergelijke 'Erörterung' kan dan voordelen hebben en hoeft niet onmiddellijk te betekenen dat de rechter vervolgens meteen te bevooroordeeld is de behandeling voort te zetten, al dringen Duitse commentaren om deze reden terecht aan op terughoudend, adequaat gebruik.⁷⁴

De 'Erörterung' duidt goed aan waarom wij deze optie hier vermelden. Wellicht is denkbaar dat de rechter als hij in voorkomende gevallen het vermoeden heeft dat de verdachte zijn weigerende houding zal opgeven als hij, rechter, een voorlopig oordeel over – met name – het bewijs van (een bepaald deel van) het tenlastegelegde formuleert en dus wellicht ook wel deel hij *niet* bewezen acht. Mocht de rechter reden hebben te vermoeden dat het weigeren te maken kan hebben met bijvoorbeeld een primair ten laste gelegd levensdelict, maar niet met een subsidiair lichter feit, dan zou de rechter kunnen beproeven of een tussenbeslissing hier kan helpen, zeker als ook het OM laat blijken niet voor het primaire te 'gaan'. Een ander voorbeeld wordt wellicht gevormd door de situatie waarin de rechter het gevoel heeft dat enig licht op zijn oordeel of het tenlastegelegde wel (of eerder: juist niet) een geweldsmisdrijf is in de zin van art. 38e Sr c.q. of de rechter (ook) aan tbs met dwangverpleging denkt of alleen aan tbs met voorwaarden, de rechter van die opvatting zou kunnen doen blijken. Ten slotte zou een dergelijke variant door de rechter kunnen worden beproefd op het spoor van de brief van het NIFP die als bijlage bij het onderzoeksrapport uit 2013 is gevoegd. Mocht het inderdaad zo zijn dat de gedragskundige rapporteur aangeeft met betrekking tot een weigerende observandus wellicht tot verdergaande, nadere conclusies en advisering in staat te zijn op basis van een nader aan hem 'erörtert' voorlopig oordeel van de zittingsrechter over het bewijs van 'het' ten laste gelegde (of, zoals gezegd, in voorkomende gevallen wellicht eerder: welke onderdelen en/of feitelijke bestanddelen van een samengestelde tenlastelegging de rechter voorshands juist *niet* bewezen acht), dan zou ook in dat kader van de bestaande mogelijkheden om op basis van een tussenbeslissing een zekere 'knip' in de behandeling van de zaak ter terechtzitting aan te brengen op basis van een voorlopige 'Erörterung', gebruik kunnen worden gemaakt. Zonder dat voorshands een verandering van wetgeving nodig lijkt⁷⁵, wordt in deze laatste situatie het gebruik van deze modaliteit dan ingezet om de communicatie tussen rechter en gedragsdeskundige te optimaliseren, één van de punten waarop wij met name ruimte voor

⁷³ In het voorbereidend onderzoek heeft ook het OM die mogelijkheid: art. 160b StPO.

⁷⁴ Meyer-Gossner/Schmitt, Strafprozessordnung 61^{ste} druk, C.H. Beck, München 2018, randnummer 1 bij art. 202a StPO.

⁷⁵ We hebben in het met name qua tijd beperkte kader van dit onderzoek niet alle strafprocessuele kanten en aspecten van dit voorstel kunnen onderzoeken. Mogelijk kan de Duitse variant van de Erörterung nader worden onderzocht, omdat die naar ons voorlopig oordeel ook bij andere onderdelen van het strafproces mogelijk kan helpen het 'Verfahren zu fördern'.

verbetering zien als belangrijk, zo niet belangrijkste, deel van de oplossing van het probleem van de weigerende observandus.

Het zij andermaal gezegd dat deze optie aldus slechts in een zeer beperkt aantal gevallen wellicht bruikbaar kan zijn. In geval van een hardnekkige weigeraar zal het geen optie zijn. Het OM zal er tot op zekere hoogte mee moeten instemmen en sowieso kan in appèl alles weer open en anders liggen. Als het gebruik van de modaliteit al aangewezen is in een bepaalde zaak, dient bij de voortzetting van de behandeling ter terechtzitting ook hier bezetting van het kamer met dezelfde rechters uitgangspunt te zijn, hetgeen een praktische belemmering oplevert. Bovendien: de hele gedachte van het hier te beoordelen voorstel voor een twee fasenproces als oplossing van de problematiek van de weigerende observandi is, dat er weigerende observandi zijn die, na een uitspraak over de feiten, alsnog bereid zijn hun weigerende houding op te geven. In het voorgaande is besproken dat zich zulks slechts in zeer uitzonderlijke, zeer incidentele gevallen zal voordoen, en dat is mede een reden om hiervoor geen aparte juridische voorzieningen van het qua ingrijpendheid hoge kaliber van het twee fasenproces te introduceren. Tegelijk: elke zaak met een weigerende observandus is een andere en de reden van de weigering en de mogelijkheden iemand alsnog tot medewerking te bewegen verschillen per zaak en per persoon. Juist dan en daarom kan het aangewezen zijn om binnen de bestaande processuele verhoudingen en voorwaarden gebruik te maken van de mogelijkheden die er zijn, zeker als dat onder omstandigheden de communicatie tussen rechter en gedragskundige kan helpen versterken en verbeteren.

3.3.6 Eindoordeel over het voorstel

In het onderzoek van de Rijksuniversiteit Groningen uit 2013 is de voorzichtig-afwijzende conclusie ten aanzien van het twee fasenproces niet helemaal ten einde doorgevoerd tot een harde afwijzing. Wij menen daar thans ten aanzien van de weigerende observandus wel toe te kunnen concluderen. Zelfs als men de invoering van het twee fasenproces slechts facultatief en ter discretie van de rechter wil toelaten voor het beperkt aantal situaties van de weigerende observandus, dan nog blijft het gaan om een ingrijpende wijziging van het strafprocesrecht waarin de berechtende rechter niet meer integraal over alle vragen van – met name – art. 350 Sv beslist nadat het onderzoek ter terechtzitting is afgesloten, afgerond met het laatste woord van de verdachte ter zake van alle door de rechter te nemen beslissingen waartegen vervolgens (geconcentreerd) gewone rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld. De normatieve en ook praktische consequenties van de invoering van een twee fasenproces zijn onvoldoende te overzien en in 2013 deswege ook niet ten gronde onderzocht. Tegen deze achtergrond moeten de voordelen bij de introductie van het twee fasenproces wel heel groot zijn, willen deze tegen de nadelen opwegen. Daarbij weegt des te meer mee dat de wetgever bij de wijziging van de positie van het slachtoffer geen noodzaak of aanleiding heeft gezien tot invoering van het twee fasenproces. Welnu, wat de werkzaamheid van de eventuele introductie van het twee fasenproces bij weigerende observandi betreft, moeten – met de onderzoekers uit 2013 – de verwachtingen zeer gering zijn. De weigerende observandus die tbs wil vermijden, zal ook in de tweede fase zijn medewerking weigeren. Dat zal ook gelden voor degene die weigert om het weigeren, net zoals de verdachte die ontkent om het ontkennen. Degene die weigert omdat hij van medewerking negatieve consequenties verwacht bij de beantwoording van de bewijsvraag, zal eerst over de beantwoording van de bewijsrecht in hoger beroep en in cassatie willen doorprocederen. De voordelen van een eventuele, strikte(re) scheiding tussen beslissing over het bewijs en over de straf en de strikte(re) scheiding van het moment en de procesfase waarin de informatie over beide beslissingen wordt vergaard, moet voorts worden gerelativeerd alleen reeds omdat ook de rechter in de eerste fase in nogal wat situaties behoefte heeft

aan informatie over de persoon van de verdachte, in het bijzonder als het vermoeden rijst dat de verdachte leidt aan gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis in de zin van de wet. Bij het opleggen van tbs speelt nog in het bijzonder de verwevenheid van fasen aangezien de rechter de bewezenverklarde feiten in concreto moet beoordelen en kwalificeren als geweldsmisdrijf (of juist niet).

Dit alles neemt niet weg dat er ook ten aanzien van de problematiek van de weigerende observandus wel iets voor te zeggen is om in voorkomende gevallen (hetgeen er zeer weinig zullen zijn) van de mogelijkheden die binnen de bestaande kaders van strafvordering bestaan, gebruik te maken. Mogelijk laten zich zaken denken waarin de behandeling van de zaak ter terechtzitting (informeel) wordt ‘geknipt’ en de rechter een zekere tussenbeslissing geeft. Dat kan aan de orde zijn in geval de rechter aanwijzingen heeft dat op basis van een zeker voorlopig oordeel van zijn kant over het wel (of wellicht eerder: niet) bewezen zijn van (onderdelen van) de tenlastelegging en het karakter daarvan (gewelddelict of niet), kan helpen, hetzij om de weigerende verdachte alsnog tot medewerking te bewegen, hetzij om de gedragskundige in staat te stellen mogelijk nog wat meer of verdergaand te rapporteren en te adviseren dan zonder zo’n voorlopig oordeel naar zijn opvatting mogelijk is. Benadrukt moet worden dat deze optie alleen nut heeft in de naar verwachting zeer gering aantal incidentele gevallen waarin zich (waarschijnlijk: slechts bij uitzondering) inderdaad aanwijzingen voordoen dat een zekere ‘knip’ in de behandeling aangewezen is. Voor het gebruik van deze bestaande mogelijkheden hoeft het Wetboek van Strafvordering niet te worden gewijzigd en de eenheid van procesvoering met de daaraan verbonden voordelen blijft overeind. Van een twee fasenproces is geen sprake.

3.3.7 Aanvullende beoordeling van twee varianten

Bij het voorstel 3, strekkende ter invoering van het twee fasenproces, zijn twee nadere varianten gevoegd die in het onderstaande aan de orde komen. Het gaat om:

Voorstel 3.1. Knip het proces op in schuldvraag en straftoemeting (executierechter).

Voorstel 3.2. Knip het proces op in schuldvraag en toerekenbaarheid.

Beide voorstellen komen hier voor wat betreft hun eigen merites aan de orde. Voor wat betreft meer algemeen commentaar bouwen we daarbij voort op al het bovenstaande.

Ad Voorstel 3.1. Knip het proces op in schuldvraag en straftoemeting (executierechter)

Het is niet helemaal duidelijk waar deze variant precies vandaan komt. Het idee van nader onderzoek naar het twee fasenproces met een scheiding, globaal gezegd, tussen de beoordeling van de feiten en (vervolgens) de beantwoording van de vraag ‘wat te doen met de verdachte’, klinkt door in een uitspraak van het Kamerlid Van Toorenburg (CDA):

“Wij hebben in de afgelopen weken vrij intensief gesproken over de mogelijkheid om een proces te knippen. In de ene fase bekijk je of het feit bewezen is en in de andere fase bekijk je hoe je met de dader zou omgaan. Rapporteurs blijken aarzelingen te hebben om zich helemaal in te graven in het delict als iemand alleen nog maar verdachte is. Hij is dan nog niet veroordeeld, mogelijk ontkent hij en weigert hij mee te werken. Dan is er sprake van een ingewikkelde situatie. Ook bij het spreekrecht van slachtoffers wordt wel eens gesproken over een knip. Is de staatssecretaris bereid

om opnieuw een onderzoek te doen? In 1978 is dit al gedaan. Toen hebben we dit bediscussieerd. We vinden het noodzakelijk om opnieuw de voor- en nadelen van de knip in het proces tegen het licht te houden”⁷⁶.

Dit citaat komt uit het Kamerdebat met (toenmalig) staatssecretaris Teeven op grond waarvan besloten werd tot het laten doen van het WODC-onderzoek, dat resulteerde in het hierboven aangehaalde rapport van de afdeling strafrecht van de Rijksuniversiteit Groningen van 2013. Daarin is de grondslag ervan in bovenstaand debat op twee punten te herkennen. De weigerende observandus komt in dat onderzoek aan de orde, juist als onderdeel van een twee fasenproces waarin de ‘knip’ wordt gelegd voor de straftoemeting. De scheiding van schuldvraag en straftoemeting is daarmee grondslag van dat onderzoek. Juist bij die scheiding speelt mogelijk de tweede verbinding met bovenstaand citaat. Dat betreft het aspect dat gedragskundigen wellicht eerder, meer en verdergaand of stelliger zouden kunnen c.q. mogen c.q. durven te rapporteren en adviseren over een weigerende observandus men weet waar men ten aanzien van het bewijs van de aan de te observerende verdachte toe is.

In beide opzichten is variant 3.1 daarmee in de bovenstaande beoordeling van dit voorstel 3 tot eventuele introductie van het twee fasenproces reeds besproken. Geconcludeerd is dat een harde ‘knip’ niet wenselijk is, maar dat onder omstandigheden en in een beperkt aantal gevallen binnen het bestaande recht van de mogelijkheden gebruik kan worden gemaakt om een zekere, informele ‘zachte knip’ door middel van een tussenbeslissing over hetgeen de rechter wel (of eerder: juist niet) bewezen acht en de kwalificatie daarvan (gewelddelict) aan te brengen in de behandeling van de zaak als dat in voorkomende gevallen de rechter dienstig lijkt om hetzij de verdachte, hetzij de gedragsdeskundige tot verdergaande medewerking uit te nodigen. Ter zake is hierboven op de Duitse modaliteit van de in de StPO geregelde ‘Erörterung’ gewezen. Onder verwijzing naar het bovenstaande behoeft deze variant 3.1 in zijn onderdeel ‘knip het proces op in de schuldvraag en de straftoemeting’ op deze plaats geen nadere of aanvullende bespreking.

De aanduiding van variant 3.1 bevat echter ook de toevoeging: ‘(executierechter)’. Die aanduiding duidt er op dat achter deze variant ook de gedachte schuilgaat dat na de beslissing van de berechtende rechter (de rechter van het onderzoek ter terechtzitting) een andere rechter, de executierechter, de beslissing over de (volledige?) straftoemeting neemt. In zoverre is wel sprake van een variant waarin de beslissingen die de berechtende zittingsrechter thans op grond van art. 350 Sv allemaal (en in een integraal (eind)vonnis) heeft te nemen gesplitst worden (in zoverre is sprake van ‘twee fasen’), maar van een twee fasenproces waarin dat hier, bij de bespreking van voorstel 3 aan de orde is gesteld, is dan geen sprake. Beperkt tot dit voorstel 3 is immers hierboven aan de orde gesteld dat dezelfde rechter, te weten de rechter die de berechting doet, (uiteindelijk) na twee fasen in de berechting van de zaak in het rechtsgeding vóór hem, de beslissingen neemt. De variant waarin een onderscheid wordt gemaakt door een terechtzittingsrechter en een executierechter worden in dit onderzoek besproken bij de verschillende voorstellen waarvan de kern inderdaad is dat na de berechting een andere rechter beslist, in elk geval over de tbs-oplegging of, mogelijk zoals in de hier aan de orde zijnde variant 3.1, over de gehele straftoemeting. Dat laatste zou dan een specifiek onderdeel van deze variant betreffen.

Voor zover dat bedoeld is, moet daartegen worden ingebracht dat op grond van het bestaande recht de berechtende rechter (uitsluitend) op grond van het onderzoek ter terechtzitting de beslissing over de (gehele) straftoemeting neemt als beoordeling van de door hem bewezen geachte feiten naar ernst, gevolgen, etc. en dat mede tegen de straftoemeting de rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 29 452, nr. 139, p. 5.

kunnen worden ingesteld. Voor zover in het voorstel besloten ligt de gehele straftoemeting aan een apart oordelende, andere rechter (executierechter) over te laten, impliceert het voorstel een ingrijpende wijziging van de bestaande verhoudingen in het strafprocesrecht. De verbinding tussen het bewijs (en de kwalificatie) van de feiten en de ‘vertaling’ daarvan in de straf, wordt verbroken. Bovendien zal ten aanzien van de procedure voor de straftoemetende executierechter en ten aanzien van de tegen zijn beslissingen in te stellen rechtsmiddelen onvermijdelijk het stelsel van regels, thans geldend voor de zittingsrechter, van overeenkomstige toepassing moeten zijn. De verwachtingen ten aanzien van een eventueel positief effect op het helpen oplossen van de problematiek van de weigerende observandus is in deze variant niet groter dan de, in het bovenstaande als gering ingeschatte verwachtingen ter zake ten aanzien van het voorstel tot introductie van het twee fasenproces in het algemeen. Variant 3.1 heeft zo bezien geen meerwaarde.

Ad voorstel 3.2. Knip het proces op in schuldvraag en toerekenbaarheid

De oorsprong van deze variant is een suggestie in deze richting bij gelegenheid van één van de in de inleiding genoemde expertmeetings. Waarschijnlijk gaat de suggestie terug op het voorstel in deze richting in de dissertatie Klaasse uit 1963.⁷⁷ Deze auteur kan zich een eerste fase in het strafproces voorstellen waarin wordt geoordeeld over de schuld van de verdachte (in haar benadering: de bewijs- en kwalificatievraag), waarna het tweede deel van het eindonderzoek ‘het karakter zou kunnen dragen van een informeel samenzijn, waarin de verschillende partijen – de rechter, O.M., de advocaat van verdachte en de rapporteurs – over de aan de orde komende vraagstukken beraadslagen’.⁷⁸

Meer juridisch gezegd is het hier besproken voorstel 3.2 een variant op het twee fasenproces zoals hier boven besproken, waarin de ‘knip’, althans ten aanzien van de toerekenbaarheid van de verdachte, elders wordt gelegd dan tussen de eerste drie en de vierde vraag van art. 350 Sv. De vraag naar de toerekenbaarheid van de verdachte is immers (o.a.) een onderdeel van de derde vraag van art. 350 Sv, die naar de strafbaarheid van de verdachte, in verband met het voorschrift van art. 39 Sr dat voorziet in de schulduitsluitingsgrond van (volledige) ontoerekenbaarheid van de verdachte. In deze voorstelling gaan wij er (daarom) van uit dat de rechter in beide fasen dezelfde, berechtende rechter (in gelijke samenstelling; zie hierboven) is.

Met deze laatste constatering over de verwijtbaarheid op grond van stoornis moeten – in elk geval⁷⁹ – enige bedenkingen tegen voorstel 3.2 beginnen. Zoals hierboven al opgemerkt, kunnen gegevens ten aanzien van de stoornis bij de verdachte en de effecten ervan ook bij aspecten van met name de eerste vraag van art. 350 Sv doorwerken. De ontoerekenbaarheid sluit, naar geldend recht, bewijs van ‘schuld’

⁷⁷ N. Klaasse, *De splitsing van het eindonderzoek in het strafproces* (dissertatie Tilburg), Tilburg: Gianotten, 1963, p. 120-121.

⁷⁸ Klaasse, *a.w.*, p. 121.

⁷⁹ Het ontkennen van de betekenis van het contradictoir element in de procedure tot straftoemeting, welke ontkenning in de geciteerde formulering van Klaasse, als product van denken uit een andere tijd, besloten ligt, is thans gelukkig achterhaald is. De betrokken professionals hebben ieder een door de eigen ethische beroepsplicht ingegeven verantwoordelijkheid ten aanzien van hun inbreng bij de straftoemeting en de onderlinge communicatie daarover tussen elkaar. Die verantwoordelijkheid moet nu juist in een adequate, contradictoire procedure worden waargemaakt en niet met een ‘informeel samenzijn’ worden ontkend. Misschien is dit een goede plaats op te merken dat in dit kader het oproepen van een rapporterend deskundige ter zitting niet, ook niet impliciet, worden gezien als kritiek van de rechter op diens schriftelijk rapport, het alsnog benoemen van een andere deskundige geen gebrek aan waardering van het werk van de eerdere deskundige impliceert, etc.

bij een culpoos delict uit.⁸⁰ In zoverre is de (ook) in deze variant veronderstelde ‘knip’ in de mate van relevantie van de toerekenbaarheid en de schuldvraag relatief.

Belangrijker is, dat bij de derde vraag van art. 350 Sv, die in deze variant na de ‘knip’ in de tweede fase wordt gebracht, het alleen gaat om de mogelijke straffeloosheid van de verdachte, welke straffeloosheid naar art. 39 Sr alleen aan de orde is in geval van algehele ontoerekenbaarheid. Doet die zich voor, dan is (toch ook) tbs mogelijk, en in zoverre ligt het voor de hand dit aspect van de derde vraag van art. 350 Sv dan ook mee te schuiven naar de tweede fase waarin ook de op te leggen sanctie(s) aan de orde zijn. Dwingend noodzakelijk is dit doorschuiven daartoe niet. En dat betreft dan slechts de situatie van eventuele volledige ontoerekenbaarheid. Bij (enige mate van) verminderde toerekenbaarheid is art. 39 Sr niet van toepassing, zodat dit aspect ook niet bij de derde vraag van art. 350 Sv aan de orde is. Veel belangrijker is het omgekeerde: volledige ontoerekenbaarheid is niet nodig om tbs op te leggen. De wet noch de Hoge Raad eist van de rechter in het vonnis een oordeel over de mate van (on)toerekenbaarheid, niet eens de vaststelling dat sprake is van enige mate van verminderde toerekenbaarheid en zo ja, van welke mate. Die eventueel verminderde toerekenbaarheid pleegt wel een onderdeel te zijn van de overwegingen van de rechter om – met name – de duur van de (gevangenis)straf te bepalen. In zoverre is de *verminderde* toerekenbaarheid een aspect dat eerst en vooral aan de orde is bij de straftoemingsvraag, de vierde vraag van art. 350 Sv. In zoverre voegt de hier beoordeelde variant 3.2 in haar eigenheid dat zij de ‘knip’ ergens anders legt dan voor de vraag naar de straftoemering, niets toe aan het voorstel voor de introductie van een twee fasenproces in het algemeen. Wij zien (daarom) ook geen meerwaarde in deze variant in die zin dat zij in haar eigenheid een andere of andere bijdrage zou kunnen leveren aan de oplossing van de problematiek van de weigerende observandus. Onder verwijzing naar hetgeen hierboven bij de beoordeling van het voorstel tot introductie van het twee fasenproces in het algemeen is gezegd, menen wij daarom op deze plaats te kunnen concluderen dat deze variant geen aanbeveling verdient.

3.4 Voorstel 4: Koppeling oplegging tbs-maatregel aan recidiverisico

3.4.1 Achtergrond en inhoud voorstel

In de onderzoeksaanvraag van het departement is dit voorstel 4 omschreven als: ‘De oplegging van een tbs-maatregel koppelen aan het recidiverisico en niet aan de stoornis (bijlage 11). Op welke manier maakt Canada gebruik van risicotaxatie bij het opleggen van een tbs-maatregel?’

Het voorstel gaat mede terug op de een voor ons geanonimiseerde notitie getiteld ‘Risico in plaats van stoornis’.

Een dergelijk voorstel is in de literatuur wel vaker gedaan.⁸¹ Het meest prominent is het onder de aandacht gebracht in het rapport van de Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen, getiteld ‘Gewogen risico - deel 2: behandeling opleggen aan zedendelinquenten’.

Het risico dat een zedendelinquent opnieuw in de fout gaat, wordt in Nederland volgens Nationaal Rapporteur Dettmeijer niet volgens de best beschikbare methode ingeschat. Zij meent dat de

⁸⁰ Dat leidt dan dus tot vrij spraak waarbij de rechter in de toekomst onder de Wfz de vraag naar het daarbij afgeven van een zorgmachtiging als bedoeld in de Wvvgz onder ogen kan zien. Die beslissing vereist (ook) inzicht in de persoon van de verdachte en in eventueel bij hem aanwezige stoornissen in de zin van de/die wet.

⁸¹ Zie o.a. W. Canton, ‘De zaak Anne Faber: tijd voor een paradiemshift?’, www.ivorentoga.nl, 31 oktober 2017.

‘actuariële’ methode die, best beschikbare methode is. Daarin worden op basis van groepsonderzoek gevonden risicofactoren elk met een bijbehorend ‘gewicht’ bij elkaar opgeteld tot een vaststaande eindscore. Deze methode wordt toegepast in Anglo-Amerikaanse jurisdicties, maar niet in Nederland. Dat in Nederland in de pro Justitia rapportage (hierna: PJ-rapportage) het risico wordt gekoppeld aan de stoornis, is in die visie achterhaald. Dit leidde in de kamer al tot vragen van de PVV over onze ‘al honderd jaar aantoonbaar onjuiste manier van denken’. En tot opmerkingen als: “Risicotaxatie-instrumenten kunnen veel beter bepalen wat het recidiverisico is”, schrijft het rapport, ‘en daar hoeft de verdachte ook helemaal niet aan mee te werken. Probleem opgelost, het probleem van die weigerende observandi.’⁸² Ook in de expertmeeting is op het idee van het voorstel teruggekomen. Daarin is Canada nog nadrukkelijker benoemd.

Het voorstel wordt in ieder geval gepresenteerd als een alternatief in geval van weigering en dus niet als algehele verandering van de tbs-wetgeving. Daarmee lijkt het minder ver te strekken dan het rapport van de Nationaal Rapporteur. Anders dan in het rapport wordt in de notitie ook gesteld dat juist inschatting van dynamische risicofactoren – die de actuele psychische gesteldheid van de betrokkene weergeven – gebaat zijn bij medewerking van de betrokkene, al hoeft dat niet per se het geval te zijn.

3.4.2 Werkzaamheid

Deze oplossing adresseert het materiële juridische probleem uit onze probleemanalyse zoals weergegeven in hoofdstuk 2.1. Juist het niet goed kunnen vaststellen van de stoornis is vaak de drempel voor het opleggen van tbs bij weigeraars. Het wegnemen van die drempel suggereert een hoge werkzaamheid van deze oplossing. Er wordt vanuit gegaan dat gebruik van actuariële risicotaxatie-instrumenten ook bij weigeraars tot een voldoende betrouwbare beoordeling van het gevaar komt. Over de juistheid van dat uitgangspunt bestaat twijfel. Onder andere Harte, hoogleraar aan de VU, schreef in een reactie op het rapport dat er veel vals positieven – personen die onterechte als gevaarlijk worden beschouwd – zijn bij het gebruik van actuariële instrumenten.⁸³ In het rapport wordt in dat kader opgemerkt dat het klinisch oordeel nog slechter is. Dat is volgens Harte waar, maar nog geen argument om de actuariële, niet geïndividualiseerde, risicoscore leidend te laten zijn in het advies aan de rechter. Inderdaad komt Harte’s verwijt dat de Nationaal rapporteur selectief verwijt naar wetenschappelijk onderzoek overeen met onze visie op de stand van de wetenschap, zeker waar het de toegevoegde waarde van een klinische interpretatie van een actuariële score betreft, zijn ons ook tegengestelde onderzoeksresultaten bekend. Harte’s reactie op het weglaten van het stoornisvereiste betreft de vraag wat er dan behandeld gaat worden in de tbs-kliniek. Volgens haar moeten in zo’n geval andere beveiligende middelen worden ingezet. De Nationaal rapporteur vindt het onterecht dat gedragsdeskundigen zich niet over het risico uitspreken bij een weigeraar. Harte wijst hierbij op het gegeven dat zonder een betrokkene te zien een gevaarsinschatting tuchtrechtelijk verwijtbaar is. Dit is inderdaad het spanningsveld waarin de PJ-rapporteur zich bevindt. Over de niet-geïndividualiseerde gevaarsinschatting via actuariële instrumenten bij weigeraars bestaat veel discussie onder de vakgenoten. Harte eindigt als volgt: “De Nationaal Rapporteur vormt samen met haar stafbureau een gezaghebbend instituut. Juist daarom is het kwalijk dat zij onrealistische verwachtingen schetst. Met haar simplistische voorstelling van zaken en schijnoplossingen maakt zij het vinden van effectieve

⁸² Dercksen PVV "Nog maar een keer: het focussen op de stoornis en dan denken die te behandelen, is al honderd jaar een aantoonbaar onjuiste manier van denken geweest. Hoe kan dat in hemelsnaam?" (*Handelingen I* 2017/18, 14, 3, p. 4).

⁸³ J. Harte, ‘Nationaal Rapporteur komt met schijnoplossingen voor zedendelinquenten’, *Volkscrant* 31 oktober 2017.

oplossingen nog lastiger dan dit al is”.⁸⁴ De werkzaamheid van het voorstel wordt dus niet door iedereen onderschreven.

3.4.3 Juridische implicaties

Wij gaan ervan uit dat de bedoeling van het voorstel is om enkel bij weigeraars de stoornis niet langer als vereiste voor tbs oplegging te zien. In feite wordt ‘recidiverisico’ als zodanig al vereist voor oplegging. Immers: ‘de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen’ moet het opleggen van de maatregel eisen (art. 37a Sr).

In het kader van het voorstel wordt verwezen naar het feit dat in Canada gebruik gemaakt wordt van risicotaxatie bij oplegging van de tbs-maatregel. Daarbij is het volgende van belang. Een sanctie als de tbs, na de straf voor gevaarlijk geachte psychisch gestoorde delinquenten bestaat niet in Canada. Personen die worden geacht ‘not criminally responsible on account of a mental disorder’ te zijn gaan naar een vorm van Forensische GGZ. Verminderde toerekening kent men in Canada niet. Overige delinquenten komen in detentie. Daar worden ze inderdaad, zoals de Nationaal Rapporteur schrijft, allemaal meer dan in Nederland via risicotaxatie en behandelaanbod en ‘release plan’ op een soort voorwaardelijke invrijheidstelling voorbereid. Er kan met de datum van invrijheidstelling geschoven worden als motivatie/beloning voor medewerking aan behandeling. Alleen in geval van levenslang is de sanctie van onbepaalde duur, met een mogelijkheid tot invrijheidstelling na 25 jaar.

Het onderdeel van het Canadese strafrecht dat het meest lijkt op de Nederlandse tbs, een soort verlengde detentie van mogelijk onbepaalde duur (invrijheidstelling vanaf zeven jaar) na de gevangenisstraf, is de ‘dangerous offender designation’. Ook die moet al bij berechting worden opgelegd. Hoewel er geen stoornis is vereist, is er wel gedragskundig onderzoek vereist. Er is namelijk sprake van de eis van een hoog gevaarscriterium:

1. Betrokkene is veroordeeld wegens een ‘serious personal injury offence’⁸⁵ (s. 752 CCC), waarbij:
 - het delict waarvoor betrokkene is veroordeeld onderdeel is van een herhalingspatroon, dat laat zien dat betrokkene niet in staat is zijn gedrag te beheersen en daardoor in de toekomst met waarschijnlijkheid de dood, verwonding of ernstige psychische schade aan anderen zal veroorzaken,
 - betrokkene een patroon van persisterend agressief gedrag vertoont waarvan het delict waarvoor hij is veroordeeld onderdeel uitmaakt, en een substantiële mate van onverschilligheid aan de dag legt jegens de consequenties van zijn gedrag voor anderen; of
 - enig gedrag van betrokkene, gerelateerd aan het delict waarvoor betrokkene is veroordeeld, dat dusdanig bruut is dat het de conclusie rechtvaardigt dat het gedrag van betrokkene in de toekomst niet volgens normale maatstaven onder controle zal worden gehouden.

⁸⁴ J. Harte, ‘Nationaal Rapporteur komt met schijnoplossingen voor zedendelinquenten’, *Volkskrant* 31 oktober 2017.

⁸⁵ Het begrip ‘serious personal injury offence’ houdt in:

- a. een misdrijf, anders dan hoogverraad, verraad, of eerste- of tweedegraads moord en waarbij aan de orde is: geweld of poging tot geweld jegens een andere persoon of; het in gevaar brengen of met waarschijnlijkheid in gevaar brengen van het leven of de veiligheid van een andere persoon of het toebrengen van of met waarschijnlijkheid toebrengen van ernstige psychische schade en waarvoor een gevangenisstraf van tien jaar of meer kan worden opgelegd;
- b. een (poging tot) seksueel geweld (s. 271, 272, 273).

2. Het delict waarvoor betrokkene veroordeeld is betreft een ‘serious personal injury offence’ van seksuele aard en betrokkene heeft door zijn seksuele gedrag (waaronder het indexdelict) een gebrek aan beheersing van seksuele impulsen laten zien waardoor waarschijnlijk is dat betrokkene in de toekomst verwondingen, pijn of andere schade aan anderen zal veroorzaken.⁸⁶

Daarvoor is gebruik van een bepaald risicotaxatie-instrument nu juist niet verplicht. Voor personen die het gevaarscriterium niet halen is ook nog de ‘longterm offender designation’ mogelijk, die minder ingrijpend is en gekoppeld aan de criteria:

1. Voor het delict waarvoor betrokkene is veroordeeld is een gevangenisstraf van twee of meer jaar gepast;
2. er is een substantieel risico⁸⁷ dat betrokkene zal recidiveren en
3. er is een redelijke kans dat het risico uiteindelijk binnen de samenleving kan worden beheerst.⁸⁸

In de referte aan Canada in het hier te beoordelen voorstel zal vooral bedoeld zijn te refereren aan het werken met risicotaxaties bij ‘release-plannen’. Maar dat betreft dus juist niet de oplegging van een sanctie. In de tbs is voor verlenging en beëindiging ook een advies benodigd waarin gebruik van een risicotaxatie-instrument verplicht is. Dus in die zin verschilt de Nederlandse tbs-situatie niet veel van het voorgestelde ‘ideaal’. De Canadese situatie is vooral voor personen in het gevangeniswezen vanuit het oogpunt van recidivevermindering en behandeling een stuk aantrekkelijker. Dat zou in Nederland ook een manier kunnen zijn om om te gaan met gestoorde daders die geen tbs hebben gekregen.

In de discussie binnen de forensische rapportagepraktijk is inderdaad wel de methode van gevaarsinschatting bij weigeraars van belang. Uiteraard kan het gebruik van risicotaxatie-instrumenten helpen om iets over het gevaar te zeggen. Daarbij is er ook nog een verschil tussen actuariële instrumenten en klinisch gestructureerde instrumenten, die op een klinische interpretatie van de score vragen. Dat het voor sommigen (anders dan voor de Nationale Rapporteur) niet de ideale methode is hangt dan samen met de weigering, maar het is op zich een erkende methode. De daaruit voortkomende informatie kan met alle voorbehouden en beperkingen, aan de rechter worden aangereikt. Ook als daar dan op ethische gronden door de gedragskundigen niet zelf conclusies uit getrokken kunnen worden, kan dat de rechter van dienst zijn. De vraag is hier vooral, of het stoornisvereiste daartoe dan moet vervallen?

3.4.4 Europeesrechtelijke toets

Zoals in hoofdstuk 2.2 en 2.4 beschreven, is dit één van de voorstellen die in feite voorstelt de e-grond van art. 5 lid EVRM te laten vallen voor de tbs. De risico’s daarvan ten aanzien van beveiliging op lange termijn zijn daarin benoemd. Ook zou het wel eens hogere eisen kunnen vereisen aan het

⁸⁶ Vertaling De Kogel & Nagtegaal (2006).

⁸⁷ Onder ‘substantial risk’ wordt verstaan (s. 753.1(2) CCC):

- a. betrokkene is veroordeeld vanwege een seksueel delict (zoals beschreven in s.s 151, 152, 153, 173 (2), 271, 272, 273), of heeft seksueel gedrag vertoond in de context van een ander delict waarvoor hij is veroordeeld; en
- b. betrokkene (1) heeft een herhaald gedragspatroon laten zien, waarvan het delict waarvoor betrokkene veroordeeld is deel uitmaakt, dat een waarschijnlijkheid laat zien dat betrokkene de dood, verwonding of ernstige psychische schade van anderen zal veroorzaken, of (2) heeft door zijn seksuele gedrag inclusief het delict waarvoor betrokkene veroordeeld is laten zien dat het waarschijnlijk is dat betrokkene in de toekomst verwondingen, pijn of andere schade van anderen zal veroorzaken door soortgelijke delicten.

⁸⁸ Vertaling De Kogel & Nagtegaal (2006).

gevaarscriterium dan thans het geval is, zodat een deel van de weigeraars daar dan niet meer voor in aanmerking komt.

3.4.5 Nationaalrechtelijke toets

Zoals in hoofdstuk 2.4 beschreven, moet het juridisch stoornisvereiste in onze visie al sterker worden gerelativeerd ten opzichte van het meer gedragskundige stoornisbegrip dat in de praktijk soms nog wordt gehanteerd. Daarmee bestaat er al meer ruimte om de stoornis vast te stellen. Strafrechtsdogmatisch gezien heeft de stoornis zowel gevaarsdiagnostisch – ook al bestaat daar in de gedragskunde discussie over – als normerend een belangrijke rol.

3.4.6 Eindoordeel over het voorstel

Het voorstel om in plaats van het stoornisvereiste het risico als uitgangspunt te nemen voor tbs-oplegging is vaker gesuggereerd, recent het meest prominent door de Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld. Vanuit de gedragskunde worden haar aannames evenwel betwist. Juridisch gezien is het echter niet ondenkbaar dat een gevaarsinschatting op basis van een risicotaxatie-instrument (actuaireel of anderszins) in het geval van een weigeraar relevante informatie voor de rechterlijke beslissing kan opleveren. In zoverre zou voorstel 4 werkzaam kunnen zijn. Zo lang de deskundige de methode betrouwbaar kan invullen – er moet bijvoorbeeld wel voldoende dossierinformatie zijn, wat bijvoorbeeld bij ‘first offenders’ lastig kan zijn –, de beperkingen zeker ten aanzien van de niet-geïndividualiseerde beoordeling beschrijft en binnen ethische en tuchtrechtelijke grenzen blijft, is er ook juridisch niet veel op tegen. De vraag of hiermee het stoornisvereiste ook geheel moet worden verlaten is echter van andere aard.

Voor de juridische beoordeling van het voorstel is van belang dat het risico al leidend is of zou moeten zijn bij tbs-oplegging. Ook moet het stoornisvereiste als juridisch begrip gerelativeerd worden, mede omdat het nooit bedoeld is een hoge drempel op te werpen in het geval sprake is van gevaarlijkheid. Hoewel het EVRM zich op zich niet verzet tegen preventieve vrijheidsbeneming zonder stoornis – zie de Duitse Sicherungsverwahrung – zijn er vanuit het oogpunt van het EVRM wel risico's verbonden aan het loslaten van het stoornisvereiste, omdat daarmee de e-grond van art. 5 lid 1 EVRM niet meer van toepassing is. Daarmee zou voortgezette vrijheidsbeneming naarmate het indexdelict verder in het verleden komt te liggen, problematisch kunnen worden. Ook zou het voorstel wel eens kunnen betekenen dat hogere eisen gesteld moeten worden aan het gevaarscriterium dan thans het geval is. Ook vanuit de nationale strafrechtsdogmatiek is met name deze normerende functie van de stoornis van belang. In het bestaande recht kan geen enkele vrijheidsbenemende maatregel ongelimiteerd voortduren, zonder dat daarvoor een stoornis is vereist. In zoverre stuit dit voorstel op ernstige bezwaren.

3.5 Voorstel 5: Weigering onderzoek/observatie leidt tot automatisch opleggen van tbs-maatregel

3.5.1 Achtergrond en inhoud voorstel

Als een van de ‘opbrengsten’ van de door het departement georganiseerde expertsessies over weigerende observandi, is als mogelijke oplossingsrichting voorgesteld om voortaan standaard een tbs-maatregel op te leggen in het geval een verdachte weigert medewerking te verlenen aan

psychiatrisch onderzoek. Het voorstel lijkt te appelleren aan een in de praktijk gevoelde ergernis over 'kennelijk' ernstig gestoorde verdachten die door weigering 'te gemakkelijk aan tbs-oplegging ontkomen'. In dergelijke bewoordingen is bijvoorbeeld naar aanleiding van de nationaal bekend geworden zedendelinquent Michael P. door twee advocaten een pleidooi gevoerd voor verplichte tbs met dwangverpleging voor weigerende observandi.⁸⁹ Bij weigering van medewerking terwijl de aard van het misdrijf nu juist 'schreeuwt om een uitleg met betrekking tot de psyche van verdachte', zou de rechter volgens deze advocaten die weigering in het nadeel van de verdachte moeten kunnen uitleggen door tbs-oplegging. Het pleidooi is juridisch niet nader uitgewerkt, anders dan dat het zou moeten gaan om verdachten van ernstige misdrijven, bij wie er op basis van de feiten wel degelijk aanwijzingen zijn voor ernstig gestoord gedrag.

Het hier te beoordelen voorstel 5 noopt tot wetswijziging, en wel, meer specifiek, van de regeling in artikel 37a Sr, o.a. van het bestanddeel 'kan' in de aanhef van het eerste lid daarvan. Dit roept (onder meer) de vraag op hoe die wetswijziging zich verhoudt tot de huidige bepaling c.q. de bepaling zoals die luidt na de inwerkingtreding van de Wfz.

3.5.2 Werkzaamheid

Het is op het eerste oog evident dat genoemd voorstel de thans ervaren problematiek van weigerende observandi rechtstreeks zou adresseren. Immers, uitgaande van de kort en bondige tekst van dit voorstel zou het voortaan voor een verdachte op voorhand reeds vaststaan dat gedurende het voorarrest weigeren mee te werken aan het pro Justitia diagnostisch onderzoek er toe leidt dat hem een tbs-maatregel wordt opgelegd. Weigeren mee te werken loont niet, zo lijkt de boodschap die met dit voorstel wordt uitgedragen.

Toch roept het voorstel vanuit het oogpunt van werkzaamheid de vraag op of het wenselijk is als iedere verdachte die weigert mee te werken aan het op grond van 37a Sr vereiste gedragskundig onderzoek en als zodanig dus het bestaan van een stoornis betwist, voortaan toch standaard 'de tbs in gaat'. Die vraag ziet niet alleen op het belang van de betrokkene zelf, maar ook op de belangen van de maatschappij en van de tbs-inrichtingen. In het licht van laatstgenoemde belangen kan immers worden betwijfeld of de maatschappij en de tbs-inrichtingen er bij gebaat zijn om alle weigeraars integraal de tbs in te laten stromen. Zeker als geen stoornis is vastgesteld zal men weigeren mee te werken aan behandeling, waarvoor geen grond of aanleiding is. Het systeem zal gemakkelijk vastlopen.

Tot slot en voor zover het voorstel mede zou zien op de sanctiemodaliteit tbs met voorwaarden (artikel 38 Sr), zou kunnen worden betoogd dat het voorstel een *contradictio in terminis* inhoudt, nu die modaliteit bereidwilligheid bij de veroordeelde impliceert en in zoverre niet past bij een weigeraar. In de onderstaande nadere beoordeling van het voorstel wordt mede om die reden uitgegaan van de modaliteit tbs met dwangverpleging (artikel 37b Sr).

3.5.3 Juridische implicaties

Zoals eerder opgemerkt zou invoering van dit voorstel nopen tot een wetswijziging ter zake van het algemene, tot tbs-oplegging legitimerend artikel 37a Sr, hetgeen de vraag oproept hoe die wetswijziging zich verhoudt tot zowel de huidige regeling als tot de na de inwerkingtreding van de Wfz gewijzigde

⁸⁹ De betreffende advocaten Richard Korver (in de hoedanigheid van voorzitter van De Stichting Landelijk Advocaten Netwerk Gewelds- en Zeden Slachtoffers) en Sébas Diekstra hielden hun pleidooi in het Noordhollands Dagblad op 17 oktober 2017, zie <https://www.noordhollandsdagblad.nl/nieuws/weigerende-verdachte-altijd-tbs-kunnen-opleggen>.

inhoud daarvan. Het voorstel letterlijk interpreterend, zou het er toe leiden dat niet alleen het huidige artikel 37a, eerste lid ('kan') moet worden gewijzigd, maar dat bovendien het derde lid van art. 37a Sr in combinatie met artikel 37, derde lid, Sr zou moeten komen te vervallen. Dat geldt vervolgens ook voor de leden vier tot en met negen van artikel 37a Sr zoals deze komen te luiden na inwerkingtreding van de Wfz. Immers, de in deze artikelen neergelegde afzonderlijke formele regeling voor weigerende observandi is in het geheel niet meer nodig als op grond van dit voorstel in de wet zou worden ingevoerd dat weigering mee te werken aan gedragskundig diagnostisch onderzoek *eo ipso* leidt tot oplegging van de tbs aan de betrokken verdachte. Het voorstel heeft zo bezien dus als verstrekkende implicatie dat na een lang en niet geheel zonder obstakels verlopen Wfz-wetgevingstraject, de nieuwe regeling in artikel 37a Sr met betrekking tot de doorbreking van het medisch beroepsgeheim weer terzijde zou worden geschoven. Hoewel die doorbreking omstreden is en hiertegen principiële kritiek is aangevoerd, is het de vraag of het met dit voorstel aangedragen alternatief, te weten het geheel laten vervallen van de afzonderlijke formele regeling in geval van weigerende observandi en hen in plaats daarvan standaard te veroordelen tot tbs, wel zo wenselijk is.⁹⁰ De afzonderlijke formele regeling doet, wat daar ook van te vinden valt, recht aan één van de kernelementen van de tbs-regeling, te weten het op adequate wijze verzamelen en bijeenbrengen van de benodigde informatie om te kunnen vaststellen of er een stoornis bij de betrokkene aanwezig is. In zoverre ligt het voor de hand eerst de inwerkingtreding van de nieuwe regeling in artikel 37a Sr af te wachten en de werking daarvan vervolgens te evalueren, vooraleer deze nieuwe regeling thans reeds op voorhand alweer te verlaten.

Voorts gaat het voorstel voorbij aan waardevolle, materiële waarborgen van de tbs-regeling. Dit punt doet zich allereerst voor bij de grondslag van een door de rechter vastgestelde vastgestelde stoornis in artikel 37a, eerste lid, Sr. Die grondslag en die vaststelling raakt – zoals uiteen gezet in hoofdstuk 2 – de kern van de tbs-regeling. Tbs-oplegging mogelijk maken zonder een daartoe legitimerende vaststelling van een stoornis bij de veroordeelde tast niet alleen het wezen van deze vrijheidsbenemende sanctie aan, maar zal Nederland ook kwetsbaar maken bij een eventuele zaak in Straatsburg voor het EHRM. Indien de legitimatie van de rechtmatige vrijheidsbeneming van de tbs-gestelde weigeraar voortaan enkel zou rusten op de a-grond ex art. 5 EVRM lijkt de rechtspraak van het EHRM – onder meer over de Duitse Sicherungsverwahrung – te impliceren dat preventieve detentie niet oneindig kan voortduren, ook niet als het een rechterlijke verlenging betreft. Dan kan ook de longstay in de knel komen. Zoals in hoofdstuk 2 uiteen gezet is het van belang de tbs te laten (blijven) rusten op zowel artikel 5, eerste lid, onder a, EVRM als artikel 5, eerste lid, onder e, EVRM.

In het licht van de materiële waarborgen roept dit voorstel in onze optiek ook implicaties en zorgen op wat betreft de eveneens door artikel 37a, eerste lid, Sr genormeerde tbs-doelgroep. Op grond van artikel 37a, eerste lid, onder 1 en 2, Sr kan een verdachte louter ter beschikking worden gesteld indien het door hem begane feit een misdrijf is waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld dan wel het een der uitdrukkelijk opgesomde misdrijven betreft (waaronder de artikelen 132, 285, eerste lid, 285b Sr) en de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen het opleggen van de tbs-maatregel eist. Aangenomen dat het voorstel de categorie van de misdrijven waarvoor veroordeeld moet zijn wil automatische tbs intreden niet wil wijzigen, zal in elk geval het laatste criterium in het voorstel moeten komen te vervallen. Daarmee valt de toets van de rechter of vrijheidsbeneming nodig is, weg. Het voorstel impliceert

⁹⁰ Onder meer bekritiseerd door de Autoriteit Persoonsgegevens in de brief van 11 februari 2016, kenmerk z2015-00702 en door de Raad voor de Rechtspraak, Advies Tweede Nota van Wijziging van Wet forensische zorg, 3 december 2012, 2012/47. Daarin ligt een verbinding met voorstel1 zoals bij de bespreking daarvan uiteen is gezet.

daarmee dat in de automatische tbs-oplegging in elk geval worden geïncludeerd de weigeraar op wie het veiligheids criterium niet van toepassing is en die als zodanig niet als recidivegevaarlijk kan worden ingeschat en de weigeraar ten aanzien van wie de rechter om overige redenen van oordeel is dat tbs-oplegging niet passend is. Indien het voorstel zou impliceren dat weigeren in het voorbereidend onderzoek automatisch tot het opleggen van tbs zou leiden, ook in geval van veroordeling voor een lichter feit dan waarvoor thans tbs nodig, zijn de consequenties voor de groep aan wie tbs wordt opgelegd nog veel groter, nog daargelaten overigens het vraagstuk van de al dan niet gemaximeerde tbs en het op grond van artikel 38e, eerste lid, Sr en artikel 359, zevende lid, Sv vereiste rechterlijk oordeel terzake van een geweldsmisdrijf.

De voornoemde bevinding over het zelfstandig rechterlijk oordeel in dezen raakt aan een volgende, fundamentele implicatie van het voorstel. Dat rechters al moeite zouden hebben om onder de huidige wettelijke regeling de tbs-maatregel op te leggen aan weigerende observandi, valt alleszins te verwachten dat die moeite alleen nog maar zal toenemen bij effectivering van dit vijfde voorstel; vooral als dat zou meebrengen dat tbs-oplegging niet meer hoeft te worden geëgitimeerd door materiële waarborgen als de vaststelling van een stoornis bij betrokkene. Hier speelt ook in mee, dat invoering van een dergelijke wettelijke bepaling die de rechter ertoe zou dwingen om standaard tbs op te leggen aan weigerende observandi evident een forse inbreuk zou betekenen op ons sanctiestelsel in het algemeen en de rechterlijke straftoemingsvrijheid in het bijzonder. Reeds vanaf de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht in 1886 kent de wetgever de rechter een ruime straftoemingsvrijheid toe.⁹¹ Uiteraard is de rechter op grond van het in artikel 1 Sr opgenomen legaliteitsbeginsel gebonden aan de grenzen die de wet stelt wat betreft soort en hoogte van de toegestane sancties en de eventuele combinatie daarvan, maar binnen die grenzen is het welbewust aan de rechter overgelaten om – op grondslag van artikel 350 Sv – zelfstandig te beslissen over een passende sanctionering. Dit vloeit voort uit verschillende strafrechtstheoretische ideeën en uitgangspunten, waaronder de op de Klassieke Richting gestoelde proportionele schuldvergoeding, op grond waarvan de rechter de ruimte moet worden gelaten om die in een concreet geval vast te kunnen stellen om zodoende tot een voor die verdachte passende bestraffing te kunnen komen. Waar dit binnen het gedachtegoed van die stroming voornamelijk zag op *bestrafing*, te weten de toepassing van straffen, wordt de straftoemingsvrijheid evenzo gefundeerd door het gedachtegoed van de Moderne Richting, op grond waarvan de werking van de (korte) vrijheidsstraf juist werd betwist. Dit gedachtegoed stond een individuele, op de persoon en diens problematiek gerichte sanctionering voor, zij het niet zozeer gericht op het belang van (behandeling van) de delinquent zelf, maar eerst en vooral op het realiseren van een zo doelmatig mogelijke criminaliteitsbeheersing vanuit het oogpunt van speciale preventie en maatschappijbeveiliging. De Moderne Richting heeft er – kort gezegd⁹² – toe geleid dat het sanctiestelsel gedifferentieerder van aard werd. Niet alleen met de introductie van de voorwaardelijke veroordeling, in de literatuur gekenschetst als een doorbraak op het gebied van individualisering van de straftoeming, maar ook met de opmars van de strafrechtelijke maatregel sinds de invoering van de voormalige tbr-maatregel in 1928. Het, ook in de decennia daarna verder uitdijend palet van zelfstandige sancties in zowel een vrijheidsbenemende als een vrijheidsbeperkende modaliteit met

⁹¹ Wij volstaan met verwijzing naar de dissertaties M.J.A. Duker, *Legitieme straftoeming*, Den Haag: BoomJu 2003; G.K. Schoep, *Straftoemingsrecht en strafvorming*, Deventer: Kluwer 2008 en P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoeming*, Deventer: Kluwer 2010, alsmede meer in het algemeen naar F.W. Bleichrodt en P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Kluwer 2016.

⁹² Voor een uitvoerige uiteenzetting, zie M.S. Groenhuijsen en D. van der Landen (red.), *De moderne richting in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

bovendien de sterk toenemende mogelijkheden tot gecombineerde sanctieoplegging, heeft de straftoemingsvrijheid voor de strafrechter stevig doen toenemen.⁹³

Niettemin staande de bezwaren die het sterk gedifferentieerd sanctiestelsel met bijbehorende ruime straftoemingsvrijheid kan oproepen in het licht van (onder meer) het formele gelijkheidsbeginsel en de vergelijkbaarheid van de straftoeming, wordt dit vanuit het oogpunt van individualisering en de effectiviteit van sanctionering nog altijd toegejuicht.⁹⁴ De vrijheid voor de rechter wordt daarbij geheel beschouwd als een groot goed, waar niet aan moet worden getornd. Tekenend daarvoor is allereerst de discussie die is gevoerd ten tijde van de invoering van de vrijheidsbenemende ISD-maatregel, aangezien die maatregel op grond van artikel 38m Sr enkel op vordering van het OM kan worden opgelegd en de kritiek bestond dat de rechter daardoor in zijn straftoemingsvrijheid werd beknot. Niettemin laat de wet de rechter vrij in zijn beslissing om, na vordering van het OM, de ISD-maatregel al dan niet op te leggen. Onderzoek terzake heeft uitgewezen dat de rechter ondanks de discretionaire ruimte voor het OM en het enigszins sturend voortraject in aanloop naar de terechtzitting, die vrijheid ook benut en wel degelijk in elke strafzaak een individuele afweging maakt of de ISD-maatregel wel passend (subsidiariteit) en juist (materiële criteria) is.⁹⁵ Voorts moge tekenend zijn voor de gevoeligheden rondom de rechterlijke straftoemingsvrijheid de discussie over het zogeheten taakstrafverbod dat is opgenomen in artikel 22b Sr. In zaken waarin dit verbod van toepassing was, zouden rechters veelal doelbewust gebruik maken van de door het derde artikellid geboden uitzonderingsmogelijkheid, door naast de taakstraf ook een zeer korte onvoorwaardelijke gevangenisstraf op te leggen.⁹⁶ Of dit werkelijk het geval is en rechters inderdaad op die manier in de praktijk het verbod wensen te 'omzeilen' uit ongenoegen over de aantasting van hun straftoemingsvrijheid, wordt nog betwist,⁹⁷ maar toch dient ons inziens bepaald niet de ogen te worden gesloten voor de gerede kans dat bij invoering van het hier te bespreken voorstel ten aanzien van weigerende observandi dergelijke 'rechterlijke ongehoorzaamheid' zich zal kunnen voordoen. De 'omzeiling' van de nieuwe wettelijke regeling zou dan bijvoorbeeld kunnen worden gezocht in een creatieve interpretatie en beoordeling van wanneer een verdachte nu precies weigert mee te werken aan gedragskundig onderzoek en observatie. Kortom, niet alleen vanwege theoretische gronden rijzen bedenkingen bij de haalbaarheid van dit voorstel. Te verwachten is dat een (wets)voorstel in deze richting reeds binnen de zittende magistratuur op de nodige weerstand zal stuiten.

De kracht van het voorgaande bezwaar tegen het voorstel wordt verstrekt door het feit dat de disproportionaliteit van het voorstel niet noodzakelijk is. Zoals wij in hoofdstuk 2 hebben beschreven, gaat de gedachte achter het voorstel dat weigeren niet mag lonen, voorbij het feit dat weigeren ook onder de huidige wettelijke regeling niet 'hoeft' te lonen. Het juridisch kader biedt thans namelijk, als gezegd, reeds de nodige ruimte om tbs op te leggen aan een weigerende observandus. In dat kader tekent zich de laatste jaren een toename af van het aantal tbs-opleggingen aan weigeraars. De thans

⁹³ Zoals onder meer uiteengezet in J.P. Balkema en G.J.M. Corstens, 'Het straffenarsenaal', in: J.P. Balkema et al. (red.), *Gedenkeboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 303-332 en J.P. Balkema en F.W. Bleichrodt, 'Het strafrechtelijke sanctiestelsel in het afgelopen decennium', in: J.P. Balkema et al. (red.), *Dynamisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 25-47; idem, '1995-2005; het sanctiestelsel rond de eeuwwisseling', in: A. Harteveld, D.H. de Jong en E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling*, Liber amicorum G. Knigge, Nijmegen: Wolf LP 2005, p. 23-37 en Bleichrodt en Vegter, *a.w.* 2016.

⁹⁴ Vgl. J. de Hullu, *Enkele suggesties voor herziening van het strafrechtelijke sanctiestelsel, preadvies NJV 2002*, Deventer: Kluwer 2002, p. 22 en Struijk, *a.w.*, p. 81.

⁹⁵ Nader hierover in Struijk, *a.w.* en idem, 'Tien jaar ISD-tenuitvoerlegging: werk in uitvoering', *Strafblad* 2014/3, p. 213-220.

⁹⁶ F. Bakker, 'Het taakstrafverbod van artikel 22b Sr: is de rechter ongehoorzaam?', *DD* 2016 (5-23), p. 289-305.

⁹⁷ Onder meer J. van der Pijll, 'Het taakstrafverbod in een weerbarstige rechtspraktijk', *NJB* 2017 (8-421), p. 517-524 en J. de Ridder et al, *Evaluatie Wet beperking oplegging taakstraffen*, WODC, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen/Pro Facto 2018.

bestaande ruimte om tbs op te leggen aan een weigerende observandus neemt nog toe met de invoering van de Wfz en de uitbreiding van de termijn voor gedragskundige observatie in het PBC. Juist in het licht van deze verruiming van de mogelijkheden om aan een weigerende observandus tbs op te leggen, wordt de disproportionaliteit van het automatisme van het voorstel een des te groter bezwaar tegen dat voorstel.

Concluderend kan worden gesteld dat dit voorstel de verregaande juridische implicatie heeft dat het de rechter zou dwingen om bij een weigerende observandus de tbs-maatregel op te leggen, zonder eigenstandige afweging of deze sanctie wel passend en juist is. Daarmee gaat dit voorstel (volledig) voorbij aan de rechterlijke straftoemtingsvrijheid en kan het ons land bovendien kwetsbaar maken in het licht van het door artikel 5 EVRM vereiste van de door de rechter te toetsen proportionaliteit van de vrijheidsbeneming in een concreet geval.

3.5.4 Europeesrechtelijke toets

Voor wat betreft de Europeesrechtelijke beoordeling van het onderhavige voorstel, wordt op deze plaats eerst en vooral verwezen naar de opmerkingen die eerder in hoofdstuk 2.2 alsook hierboven zijn gemaakt over art. 5 EVRM en de uitleg die daaraan wordt gegeven door het EHRM. Nederland zal vanuit die optiek bij invoering van het voorstel op zijn minst kwetsbaarder worden. Daaraan kan op deze plaats nog specifiek worden toegevoegd dat, als de rechter standaard tbs op moet leggen, de vraag rijst of voldaan is aan de (in het algemeen deel nader uiteen gezette) eisen van adequate bescherming tegen willekeurige vrijheidsbeneming, o.a. resulterend in eisen aan de rechterlijke procedure die tot die vrijheidsbeneming leidt, welke het EHRM uit art. 5 EVRM afleidt.

3.5.5 Nationaalrechtelijke toets

Voor wat betreft de nationaalrechtelijke beoordeling van het onderhavige voorstel, kan op deze plaats worden volstaan met de verwijzing naar de in paragraaf 3.5.3 beschreven verregaande juridische implicaties ter zake van zowel de formele als de materiële waarborgen van de bestaande tbs-regeling, alsook de rechterlijke straftoemtingsvrijheid als baken van ons sanctiestelsel.

3.5.6 Eindoordeel over het voorstel

Naar verwachting zal het voorstel om de tbs-regeling in artikel 37a Sr zodanig te wijzigen dat voortaan standaard aan weigerende observandi tbs wordt opgelegd, werkzaam zijn. Althans, in die zin dat alle weigeraars daadwerkelijk toch de 'tbs ingaan'. Vanuit materieel oogpunt bezien rijst echter de vraag hoe werkzaam dit op de lange termijn zal zijn, aangezien al die veroordeelden hoogstwaarschijnlijk zonder behandeling zullen stranden in de tbs-systematiek. Voorts is van belang te beseffen dat het voorstel voorbij lijkt te gaan aan de formele waarborgen, zoals ingebed in het huidige art. 37a Sr alsook in het toekomstige artikel 37a Sr zoals dat zal luiden na inwerkingtreding van de Wfz. Nu de wetgever met die wijziging nu juist op het oog had een oplossing te leveren voor de gevoelde problematiek van de weigerende observandi, lijkt het alleszins verstandig de inwerkingtreding en vooral, de werking daarvan af te wachten en te bezien. Temeer, nu dit voorstel eveneens voorbij lijkt te gaan aan de materiële waarborgen zoals het vereiste van een stoornis, waardoor het Nederland kwetsbaar zou maken in het licht van het EVRM en de toetsing door het EHRM.

Niet in de laatste plaats is van belang dat door invoering van het voorstel een forse inbreuk worden gemaakt op de rechterlijke sanctietoemtingsvrijheid, hetgeen niet alleen een systeembreuk

zou impliceren die binnen de rechterlijke macht daarom waarschijnlijk op grote weerstand zal stuiten, maar ook afbreuk zou doen aan het fundamentele uitgangspunt van de individualisering van de sanctie. Juist bij een ingrijpende sanctie als de tbs-maatregel is dit uitgangspunt van groot belang.

3.6 Voorstel 6: Weigering onderzoek/observatie leidt tot maximale gevangenisstraf bij strafoplegging

3.6.1 Achtergrond en inhoud voorstel

Als variant van het hierboven besproken voorstel, is in het kader van de expertsessies over weigerende observandi nog een verregaand(er) voorstel aangevoerd als mogelijke oplossingsrichting. Dit voorstel beoogt om in geval van een weigerende observandus voortaan niet alleen standaard tbs op te leggen, maar ook de maximale gevangenisstraf. Dit voorstel roept als zodanig vele vragen op, die hier deels niet hoeven te worden besproken, aangezien het voorstel in gewijzigde en (relatief) afgezwakte vorm is opgenomen in deze onderzoeksopdracht. Hierin wordt namelijk ‘louter’ gesproken van een maximale strafoplegging bij weigeraars, zonder de combinatie met tbs-oplegging.

Dit alternatief van een langdurige gevangenisstraf in die gevallen waarin een tbs-maatregel niet mogelijk of wenselijk is, is niet nieuw en kent reeds zijn plaats in de historie van de tbs en de rechterlijke straftoemingspraktijk terzake. Bij weigering van de verdachte wordt hij in de praktijk veelal volledig toerekeningsvatbaar gehouden door de rechter en veroordeeld tot een lange gevangenisstraf om zodoende de maatschappij te beveiligen en recidive tegen te gaan.⁹⁸ Dit lijkt terug te voeren op de thans dominante verenigingstheorie in het strafrecht, op grond waarvan zowel de vergelding – van oudsher de grondslag van de daadgerichte straf – als andere strafdoelen – zoals speciale preventie en maatschappijbeveiliging – belangrijk worden geacht. In voorkomende gevallen van langdurige strafoplegging aan weigeraars wordt in de strafmaat dan meegewogen dat de verdachte geweigerd heeft mee te werken aan een onderzoek naar zijn geestvermogens en dus geen inzicht heeft willen geven in zijn persoonlijkheid.⁹⁹ Ook door de wetgever is dit alternatief al eerder uitdrukkelijk benoemd, onder meer in het kader van de wetwijziging van 1994.¹⁰⁰ Het onderhavige voorstel raakt al met al aan een bestaande praktijk. Beoogd wordt evenwel, zo leiden we althans af uit de letterlijke tekstweergave van deze onderzoeksopdracht, die praktijk te verankeren in de wet en de rechter te verplichten tot toepassing van dit strafalternatief. Langs die lijnen wordt het voorstel in het onderstaande beschouwd.

3.6.2 Werkzaamheid

Voor wat betreft de beoogde werkzaamheid lijkt het voorstel te zijn gebaseerd op de gedachte dat weigeren mee te werken aan gedragskundig onderzoek wordt ‘gestraft’, in die zin dat de veroordeelde dan in ieder geval langs de lijnen van straf in plaats van maatregel langdurig van zijn vrijheid kan worden ontnomen. Aldus opgevat, betekent dit dat aan de weigerende observandus geen tbs wordt opgelegd. De dreiging van de maximale straf kan hem dan tot medewerking verleiden, maar evenzoeker kan deze consequentie hem in zijn weigering doen volharden.

Los van de vraag welk doel deze bestraffing zou dienen anders dan vergelding – over de juridische implicaties daarvan meer in de onderstaande paragraaf – is hierbij van belang wat in het

⁹⁸ Bijvoorbeeld in Hof Den Bosch 23 april 2003, *LJN* AF8347; Rb Arnhem 22 maart 2010, *LJN* BL8320; Rb Den Bosch 14 april 2011, *LJN* BQ1086; Rb Zwolle-Lelystad 21 april 2011, *LJN* BQ2029.

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld Rb Den Bosch 14 april 2011, *LJN* BQ1086; Rb Zwolle-Lelystad 21 april 2011, *LJN* BQ2029.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II* 1992/93, 22 909, nr. 3, p. 5.

voorstel precies bedoeld wordt met de ‘maximale gevangenisstraf’. Het komt ons voor dat hieronder dient te worden begrepen de maximale *tijdelijke* gevangenisstraf die mogelijk is voor het delict dat door de betrokkene in het concrete geval is begaan. Bij misdrijven waartegen ook levenslange gevangenisstraf is bedreigd, zal met het voorstel niet beoogd zijn om dan standaard de *levenslange* gevangenisstraf op te leggen aan weigerende observandi. Nog afgezien van de hierdoor te verwachten problemen terzake van de in alle concrete gevallen vereiste proportionele daadbstraffing, zou het voorstel dan nogal wat capaciteits- en regimesproblemen in het gevangeniswezen kunnen oproepen. Bovendien zou het voorstel met een dergelijke lezing impliceren dat het de rechter, voor zover hij in het individuele geval toch, ondanks de weigering van de verdachte aan observatie mee te werken, grond zou zien voor oplegging van de tbs-maatregel, niet is toegestaan deze sanctie op te leggen aan de betrokkene, aangezien de systematiek van ons sanctiestelsel meebrengt dat de combinatie van tbs en levenslange gevangenisstraf niet mogelijk is.¹⁰¹ Op deze plaats wordt er aldus vanuit gegaan dat dit voorstel ziet op oplegging van de maximale *tijdelijke* gevangenisstraf voor het delict dat door de betrokken weigeraar is begaan. In het licht van de werkzaamheid van dit voorstel dient in dat verband te worden bedacht dat het strafmaximum dat wettelijk op dat delict is gesteld, bepalend is als uitdrukking van de ernst van het misdrijf. Bij lichtere strafbare feiten zal de weigeraar derhalve ‘alsnog’ relatief kort worden gestraft, zodat de werkzaamheid ook zal ‘variëren’.

3.6.3 Juridische implicaties

In het huidige wettelijke sanctiestelsel staat het de rechter in beginsel reeds vrij om in plaats van de tbs-maatregel een (lange) gevangenisstraf op te leggen aan een weigerende observandus. Zij het slechts in die gevallen waarin hij van oordeel is dat het feit aan de verdachte kan worden toegerekend. Over die voorwaarde rept het voorstel niet. Als de implicatie van het wetsvoorstel is dat ook aan verminderd toerekenbare steeds toch de maximale gevangenisstraf moet worden opgelegd, impliceert het voorstel in zoverre een systeembreuk. Als het voorstel echter de grondslag van toerekenbaarheid handhaaft, zou daarmee de werkzaamheid van dit voorstel afhankelijk worden gemaakt van (de mate van) toerekenbaarheid in individuele gevallen en de vaststelling daarvan door de rechter. Met die vaststelling kan de strafrechter de consequentie van het voorstel dan zelfs ‘omzeilen’. Dat is relevant omdat het voorstel, net als voorstel 5, consequenties heeft voor de rechterlijke sanctietoematingsbeslissing. Ter zake wordt op deze plaats volstaan met te verwijzen naar de beschouwingen in paragraaf 3.5.3 over bezwaren verbonden met de implicaties op dit punt van de rechterlijke sanctietoematingsvrijheid en naar de algemene beschouwing in hoofdstuk 2.3 terzake van de verknochtheid van rechterlijke beslissing over oplegging (en duur) van de gevangenisstraf met de tbs.

3.6.4 Europeesrechtelijke toets

Voor wat betreft de Europeesrechtelijke beoordeling van het onderhavige voorstel, zal hebben te gelden dat noch het EVRM, noch het EHRM er als zodanig expliciet aan in de weg zou staan om in de wet op te nemen dat weigering mee te werken aan het vereiste gedragskundig onderzoek automatisch leidt tot oplegging van de maximale tijdelijke gevangenisstraf die mogelijk is voor het delict dat door de betrokkene in het concrete geval is begaan. Ook op grond van het EU-recht is Nederland, als lidstaat van de EU, relatief vrij in de wijze van normering van het strafrechtelijk sanctiestelsel en straftoemeting. Proportionele bestraffing is op grond van het Europees recht niet

¹⁰¹ HR 14 maart 2006, NJ 2007, 345.

(expliciet) voorgeschreven. Of het voorstel juridisch haalbaar en wenselijk is, vereist dus eerst en vooral een beoordeling op nationaalrechtelijk niveau.

3.6.5 Nationaalrechtelijke toets

Voor wat betreft de nationaalrechtelijke beoordeling van het onderhavige voorstel, wordt op deze plaats verwezen naar de in paragraaf 3.6.3 beschreven juridische implicaties, in combinatie met hetgeen in paragraaf 3.5.3 is opgemerkt over de rechterlijke straftoemingsvrijheid. Bovendien wordt gewezen op de zowel in paragraaf 3.5.2 als in hoofdstuk 2 geponeerde opmerkingen over de Nederlandse praktijk dat rechters in voorkomende gevallen veelal toch al de duur van de gevangenisstraf toemeten aan de beslissing om al dan niet tbs op te leggen. Dit betreft dan echter onmiskenbaar een zelfstandige afweging van de rechter en niet een reeds op voorhand voor hem bepaalde uitkomst door de wetgever.

3.6.6 Eindoordeel over het voorstel

Hoewel het de wetgever als zodanig vanuit Europeesrechtelijk oogpunt in beginsel vrij zou staan de rechter te verplichten om aan een weigerende observandus standaard de maximale *tijdelijke* gevangenisstraf voor het door hem begane delict op te leggen, bestaan daartegen op nationaalrechtelijke gronden ernstige bezwaren. Niet alleen tast dit voorstel de rechterlijke straftoemingsvrijheid aan, langs gelijke lijnen als bij het voorgaand besproken voorstel, maar bovendien zijn er vraagtekens te zetten bij de veronderstelde werkzaamheid van het voorstel. Voor zover wordt beoogd te stimuleren dat rechters de duur van de gevangenisstraf toemeten aan de beslissing om al dan niet tbs op te leggen en zodoende komen tot langdurige strafoplegging in die gevallen waarin tbs niet mogelijk of wenselijk is, is daar geen wetswijziging voor nodig. In de rechtspraak zijn veel voorbeelden van daartoe strekkende beslissingen bekend. Er is wat ons betreft dan ook geen reden de zittende magistratuur de vrijheid tot een dergelijke zelfstandige afweging te ontnemen.

3.7 Voorstel 7: Het meewerken aan het Pieter Baan Centrum onderzoek verplicht stellen

3.7.1 Achtergrond en inhoud voorstel

De vraag naar ‘gedwongen onderzoek’ is aan de orde gekomen bij de behandeling van de Wet Forensische Zorg in de Tweede Kamer.¹⁰²

3.7.2 Werkzaamheid

Net als andere voorstellen lijkt ook dit voorstel zich te richten op het feitelijke aspect van de weigeraars, omdat het veronderstelt dat weigering door verplichting tot medewerking kan worden voorkomen of doorbroken. Voordat men toekomt aan een beoordeling van juridische haalbaarheid, moet daarbij uiteraard wel de vraag gesteld worden wat een dergelijke verplichting in feitelijke en gedragskundige zin betekent voor de informatieverzameling. Iemand kan niet verplicht worden mee te werken aan bijvoorbeeld het invullen van een vragenlijst of een gesprek op een manier die vervolgens ook tot betrouwbare of bruikbare informatie leidt. Hoewel het voorstel het feitelijke

¹⁰² *Kamerstukken II* 2011/12, 32398, 15, p. 12 en *Handelingen II* 2012/13, 25, 3, p. 10.

probleem wel adresseert, biedt het er geen oplossing voor en wordt het voorstel dus niet als werkzaam beoordeeld.

3.7.3 Juridische implicaties

Dat een verdachte kan weigeren mee te werken aan het gedragskundig onderzoek pro Justitia wordt afgeleid van het ‘nemo tenetur’-beginsel dat niemand verplicht kan worden mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Dat beginsel geeft grond aan het zwijgrecht en hangt samen met de onschuldpresumptie. Hoewel dat beginsel vooral van belang is bij de bewijsvraag, wordt daar ook onder begrepen dat men niet hoeft mee te werken aan het onderzoek ten behoeve van het vergaren van feiten voor de sanctietoemeting.¹⁰³

Ook de toegevoegde waarde ten aanzien van de huidige mogelijkheid van de rechter om de verdachte te verplichten voor observatie zeven weken in het PBC door te brengen (art. 196 en art. 317 Sv) is relevant. Immers, zoals gezegd, leveren andere methoden van gedragskundige informatieverzameling onder dwang waarschijnlijk geen bruikbare informatie op, voor observatie ligt dat mogelijk anders. Net als voor referentenonderzoek is medewerking van de betrokkene daarvoor niet vereist. Althans, uiteraard kan iemand die in het PBC verblijft zo veel mogelijk op zijn kamer blijven om zo min mogelijk ‘gedrag te laten zien’. Dan levert een observatie wellicht ook weinig informatie op, maar niet iedere verdachte zal er in slagen zich zo consistent af te sluiten. Dat wordt nog eens lastiger nu het wettelijk mogelijk wordt om de observatietermijn met nog eens zeven weken te verlengen.¹⁰⁴ In combinatie met de nieuwe ‘weigeraarsunit’ in het PBC waar verdachten niet verplicht maar ‘verleid’ worden om meer observeerbaar gedrag te vertonen, mag al aangenomen worden dat er meer informatie beschikbaar komt. De eerste effectresultaten van de unit zijn wat dat betreft ook positief, ook al valt er mogelijk ten aanzien van de betrouwbaarheid en ethische houdbaarheid van het uitgelokte gedrag nog genoeg te bediscussieren.¹⁰⁵ Als vanaf 1 januari 2019 via de WFZ ook zonder instemming van verdachte nog meer oude medische gegevens kunnen worden gebruikt, zijn de methoden van informatieverzameling al behoorlijk verder uitgebreid. Van verplichting is daarbij verder geen heil te verwachten.

3.7.4 Europeesrechtelijke toets

Het EVRM heeft het nemo tenetur-beginsel als afgeleide van het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM) erkend in zaken waar het de bewijsvoering betreft.¹⁰⁶ Hoewel er geen specifieke jurisprudentie over is, wordt algemeen aangenomen dat het zich ook uitstrekt over de sanctietoemeting. De nuancering van het Saunders-arrest dat het dan gaat om (mondeling, dan wel schriftelijk)

¹⁰³ A-G Vellinga leidt dat ook af uit art. 6 EVRM: ‘*Feiten die niet van belang zijn voor het bewijs maar wel voor de straftoemeting kunnen voor de verdachte heel belastend zijn. Daarom valt niet in te zien waarom bedoeld recht zich niet ook zou uitstrekken tot het terrein van straftoemeting*’ HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4214, par. 36 (concl. A-G Vellinga).

¹⁰⁴ Naast de Wet forensische zorg zal er op 1 juli 2018 nog een wet in werking treden die de problematiek zal verminderen. De Wet procedurele verbeteringen voor de rechtspraak regelt dat de rechter de observatietermijn met 7 weken kan verlengen. Hierdoor is er (meer) tijd voor het inzetten van nieuwe observatietechnieken. *Kamerstukken I 2017/18*, 34 736, nr. A.

¹⁰⁵ M.H. Nagtegaal, *Weigerende observandi op een speciale afdeling in het Pieter Baan Centrum Planevaluatie en bevindingen over het eerste half jaar*, Den Haag: WODC 2018.

¹⁰⁶ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84 (*Funke t. Frankrijk*).

bewijsmateriaal dat afhankelijk van de wil van verdachte bestaat,¹⁰⁷ is daarmee dus ook van toepassing op het pro Justitia onderzoek. Vergelijkbaar met het verschil tussen een bekentenis en een ademcontrole ten aanzien van het bewijs is dan het onderscheid tussen gesprek/vragenlijst invullen en observatie van gedrag dan wel informatie van referenten of oude dossiers. Langs die lijn zal verplichting tot medewerking zich niet verdragen met het Europese recht.

3.7.5 Nationaalrechtelijke toets

Het nemo tenetur beginsel is, hoewel niet expliciet vastgelegd, ook van betekenis in het nationale recht. Zo is in dit verband het zwijgrecht van de verdachte ten aanzien van de waarheidsvinding vastgelegd in art. 29 Sv. Ook onder nationaal recht stuit het voorstel op de implicaties van het nemo teneturbeginsel als een der grondslagen van nationale strafvordering.

3.7.6 Eindoordeel over het voorstel

Het voorstel om de verdachte verplicht te laten meewerken aan het onderzoek in het PBC wordt niet als werkzaam en niet als juridisch haalbaar beoordeeld. Ten eerste levert verplichting geen betrouwbare informatie op en ten tweede is het in strijd met het internationaalrechtelijke en nationaalrechtelijke beginsel dat niemand verplicht kan worden mee te werken aan de eigen veroordeling. Als het gaat om meer informatieverzameling ten aanzien van de weigeraar moet het heil vooral verwacht worden van de gebruikmaking van informatie die onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat, zoals (verlengde) observatie, referentenonderzoek en oude dossiers.

3.8 Voorstel 8: Vereis niet langer ‘doorwerking van de stoornis ten tijde van het delict’

3.8.1 Achtergrond en inhoud voorstel

Hoewel de oorsprong niet helemaal te achterhalen is, is (ook) voorstel 8 waarschijnlijk geopperd in de door het departement georganiseerde expertmeetings.

3.8.2 Werkzaamheid

Het voorstel is gebaseerd op de veronderstelling dat het vaststellen van de doorwerking van de stoornis in het delict (causaal verband) een vereiste en daarmee een drempel is voor tbs-oplegging. Die veronderstelling ten aanzien van het vaststellen van een causaal verband als voorwaarde als voorwaarde om tbs op te kunnen leggen is echter onjuist. Er zijn wel zaken te vinden waarin dat zo wordt gemotiveerd,¹⁰⁸ maar de Hoge Raad heeft meermalen onderstreept dat het vaststellen van een causaal verband tussen stoornis en delict – wat ‘doorwerking’ impliceert – niet vereist is voor tbs-oplegging.¹⁰⁹ Immers, de wet eist slechts een gelijktijdigheidsverband tussen stoornis en delict als voorwaarde voor tbs-oplegging (art. 37a Sr). In die zin zal het voorstel niet werkzaam zijn.

¹⁰⁷ EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁰⁸ Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 22 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1805.

¹⁰⁹ Onder meer in HR 22 januari 2008, *NJ* 2008, 193 en HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 112.

3.8.3 Juridische implicaties

Nu er in het voorstel inhoudelijk niets wordt voorgesteld dat afwijkt van de huidige situatie, zijn er geen juridische implicaties.

3.8.4 Europeesrechtelijke toets

Ook het EVRM eist een dergelijk causaal verband tussen stoornis en delict niet.

3.8.5 Nationaalrechtelijke toets

Dit voorstel gaat uit van de noodzaak van een wijziging van een vereiste dat het huidige recht niet vereist.

3.8.6 Eindoordeel over het voorstel

Omdat het voorstel niet afwijkt van de huidige stand van het recht heeft het voorstel geen meerwaarde.

3.9 Voorstel 9: Laat de rechter oplegging baseren op “vermoeden van” een stoornis

3.9.1 Achtergrond en inhoud voorstel

Evenals de eerder besproken voorstellen 5 en 6 is het hier te bespreken voorstel 9 geopperd in de door het departement georganiseerde expertmeetings.

3.9.2 Werkzaamheid

Het voorstel richt zich op het materiële probleem van vaststelling van de stoornis, zoals dat wettelijk vereist is voor tbs-oplegging. Als inderdaad daarmee de drempel voor vaststelling verlaagd wordt, zou het voorstel in zoverre werkzaam kunnen zijn. Het is echter de vraag (zie hierna) of sprake is van een drempelverlaging ten opzichte van het geldend recht en zijn toepassing in de praktijk.

3.9.3 Juridische implicaties

Net als bij eerdere voorstellen dringt ook hier de vraag naar de toegevoegde waarde ten aanzien van de huidige stand van het recht zich op. Ten eerste moet wederom gewezen worden op de relativisering van het juridisch stoornisbegrip, zoals in algemene zin beschreven in paragraaf 2.4. Nu inhoudelijk geen hoge drempel is beoogd, zou het vreemd zijn als de procedurele ‘bewijsstandaard’ die drempel dan wel opwerpt. In overzichtsartikelen van de stand van de jurisprudentie wordt er dan ook op gewezen dat bij deze ‘vaststelling’ de aanwezigheid van een stoornis slechts op basis van een zekere mate van aannemelijkheid hoeft te worden vastgesteld. Die vaststelling behoeft uiteraard wel enige onderbouwing, maar van zekerheidsbewijs is geen sprake. De vaststelling is van feitelijke aard en kan in cassatie slechts op haar begripelijkheid worden getoetst.¹¹⁰

¹¹⁰ Zie bijvoorbeeld P.A.M. Mevis & P.C. Vegter, ‘Rapportage over stoornis en gevaar en de betekenis van nieuwe wetenschappelijke inzichten daaromtrent voor die rapportage’, in J.P. van der Leun e.a. (red.), *De vogel vrij* (Martin

Om te beoordelen wat de toegevoegde waarde van dit voorstel is ten aanzien van de huidige situatie is daarom de vraag aan de orde of een ‘vermoeden van een stoornis vaststellen’ gemakkelijker is en minder eisen stelt dan het geldend recht waarin, binnen een ruim en juridisch stoornisbegrip, een zekere aannemelijkheid van stoornis voldoende is. Wellicht helpt een vergelijking met een ander juridisch vraagstuk ten aanzien van de psychisch gestoorde verdachte, namelijk de vraag of hij vanwege een verminderde ‘procesbekwaamheid’ extra rechtswaarborgen moet krijgen (om uiteindelijk van een eerlijk proces te kunnen spreken). Daarvoor is in de wet een vermoeden van een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens nodig (maar ook voldoende) en dat hij ten gevolge daarvan niet in staat is zijn belangen behoorlijk te behartigen (art. 509a Sv). Juist die combinatie met dat tweede criterium maakt de vergelijking niet helemaal ‘gelijk’. Desondanks kan geconstateerd worden dat art. 509a Sv maar heel sporadisch wordt toegepast, ook al eist het slechts een vermoeden. Ook is het duidelijk dat voor een dergelijke beslissing geen rapportage is vereist. Toch speelt rapportage bij het wel of niet beslissen in de zin van art. 509a Sv vaak een rol. Overigens valt bij de uitspraken die hierover te vinden zijn op, dat de beslissing vaak niet gemotiveerd wordt.¹¹¹ Nu het hier geen vrijheidsbeneming betreft is dat wellicht acceptabel, maar voor tbs-oplegging niet. Kortom, het ‘vermoeden’ van art. 509a Sv is niet noodzakelijkerwijs een lagere drempel.

Naar ons oordeel wordt met dit voorstel 9 inhoudelijk de drempel voor tbs-oplegging nauwelijks verlaagd, maar worden er hiermee wel andere juridische problemen geïmporteerd.

3.9.4 Europeesrechtelijke toets

Het hier te beoordelen voorstel 9 zal impliceren dat de e-grond van art. 5 lid 1 EVRM behouden blijft voor de tbs. Daarvoor is dan in ieder geval een objectief medisch oordeel vereist. Dat voor weigeraars volstaan kan worden met een rapport over de weigering en zoveel mogelijk andere informatie over de wenselijkheid van tbs-oplegging, doet daaraan niets af. Ook moet bij vaststelling van een stoornis sprake zijn van een ‘true’ of ‘genuine mental disorder’, zoals blijkt uit de zaak *Constancia* (zie hoofdstuk 2.4). Het is de vraag of een ‘vermoeden van’ een stoornis aan die eis kan voldoen. Daarbij hechtte het EHRM in die zaak veel waarde aan de omstandige motivering van de opleggende rechter die de stoornis vaststelde. Dat wordt bij een vermoeden van een stoornis, als daarmee ten deze drempels inderdaad worden verlaagd, dan moeilijker.

3.9.5 Nationaalrechtelijke toets

De vergelijking uit paragraaf 3.9.3 met art. 509a Sv laat als gezegd zien dat mogelijk in materiële zin met voorstel 9 de drempel niet of nauwelijks wordt verlaagd, terwijl wel procedurele drempels worden opgeroepen. Als er dan inderdaad geen eisen aan de motivering gesteld zouden worden, komt ook de eis van art. 359, zesde lid, Sv in het geding, waar specifieke motivering van de oplegging van de maatregel vereist wordt. Ook roept het vragen op over de regeling van de tenuitvoerlegging van de tbs. Als dan voor verlenging van de maatregel na de eerste twee jaar wel (definitieve) vaststelling van een stoornis wordt vereist, kan dan ook blijken dat het vermoeden van de rechter onjuist is geweest.

Moeringsbundel), Boom Lemma Den Haag 2011, p. 113-133; Y. van Kuijk, ‘Ruimte voor de rechter? De weigerende observandus: wat kan en mag een rechter beslissen?’, in: M. van der Wolf, F. Koenraadt & C. Kelk (Red.), *Van aandoening tot delict, van delict tot sanctie. Ontwikkelingen op het grensvlak van psychiatrie en strafrecht: 2000-2014. Voordrachtenreeks van het Psychiatrisch Juridisch Gezelschap, Deel 9 en 11*, Deventer: Kluwer: 2014, p. 347-352.

¹¹¹ E.M. Gremmen, *De kwetsbare psychisch gestoorde verdachte in het strafproces*, diss. EUR, Oisterwijk: Wolf LP 2018.

Dan is dus in zoverre ten onrechte gedurende twee jaren daaraanvoorgaand tbs ondergaan. De vraag rijst of die uitspraak van de rechter dan tot schadevergoeding (vergelijkbaar met de regeling van art. 89 e.v. Sv), aanspraak zou moeten geven in die gevallen dat het aanvankelijk vermoeden van de eerste rechter onjuist bleek.

3.9.6 Eindoordeel over het voorstel

Als inderdaad met dit voorstel de drempel voor vaststelling van de stoornis verlaagd wordt dan zou het werkzaam kunnen zijn. Maar in onze visie is het inhoudelijk geen significante verlaging van de vereiste drempel voor vaststelling, nu voor die vaststelling thans slechts een zekere mate van aannemelijkheid van een ruim en juridisch stoornisbegrip is vereist. Daarmee is de werkzaamheid beperkt. Bovendien blijkt uit de vergelijking met art. 509a Sv waarin wel wordt gesproken van een vermoeden van een stoornis dat het daarbedoelde ‘vermoeden’ niet per se vaker aan de orde is dan de thans bij tbs-oplegging geldende eis van aannemelijkheid en bovendien mogelijk procedurele consequenties heeft voor met name de motivering, terwijl bovendien strijd kan ontstaan met het EVRM, in elk geval met de eisen en argumenten die het EHRM lijkt te stellen om rapportage over een weigerende observandus te accepteren.

3.10 Voorstel 10: Voeg een psychiater toe aan het rechtscollege waar tbs (mogelijk) aan de orde is

3.10.1 Achtergrond en inhoud voorstel

Evenals de eerder besproken voorstellen 5, 6 en 9 is het hier te bespreken voorstel 10 geopperd in de door het departement georganiseerde expertmeetings.

3.10.2 Werkzaamheid

Het voorstel lijkt zich te richten op het materiële probleem van vaststelling van de stoornis, zoals dat vereist is voor tbs-oplegging. Het voorstel lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat wanneer een psychiater daarover zou kunnen meebeslissen, deze vaststelling makkelijker gedaan kan worden. Hieronder komt de vraag aan de orde of die veronderstelling juist is ten aanzien van een ruim juridisch criterium en in hoeverre een psychiater ‘achter de tafel’ tuchtrechtelijk gezien wel echt vrijer is dan de psychiater ‘voor de tafel’ ten aanzien van het diagnosticeren van psychopathologie.

3.10.3 Juridische implicaties

Het voorstel roept een vergelijking met de samenstelling en werking van de Penitentiaire Kamer op. Sinds de inwerkingtreding van de ‘Wet herziening TBR’ in 1988 bestaat de mogelijkheid van hoger beroep tegen de beslissingen tot verlenging van de tbs. Op grond van artikel 67 Wet RO worden daarvoor bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden deskundige leden benoemd, in de praktijk blijken dat gedragskundigen te zijn. Zij spreken recht in de samenstelling van drie rechtsgeleerde raadsheren en twee gedragskundige raden. Elders in de rechtspraak komt een dergelijke samenstelling niet voor.¹¹² Een

¹¹² Wij zijn ons ervan bewust dat het voor consultatie opengestelde concept voor een Experimenteerwet rechtspleging voor het civiele recht de mogelijkheid introduceert om een deskundige lekenrechter aan de kamer tot te voegen en aldus aan de civiele rechtspleging te laten deelnemen. Vooralsnog menen wij dat het van het civiele recht afwijkende,

implicatie van het onderhavige voorstel is daarmee een noodzakelijke wijziging van de Wet RO voor alle rechtbanken en hoven, die immers allen tbs kunnen opleggen.

Als motivering voor toevoeging van de raden in deze situatie is ook ‘de versterking van het deskundige element’ genoemd, weliswaar onder verwijzing naar andere wetten, die op het eerste gezicht weinig vergelijkbaar zijn met de tbs.¹¹³ De deskundigen heten dan wel raden, maar zij zijn niet slechts raadgevers. Zij beslissen mee. Er is, in het voorstel, daarmee sprake van een radicale rolwijziging van de gedragskundige in foro: van een externe getuige-deskundige met voorlichtingstaak tot een interne met rechtsprekende bevoegdheid. Dat dit niet de gebruikelijke positie van de gedragsdeskundige is in het strafproces, heeft aanleiding gegeven tot veel kritiek op de positie van de raden. We herhalen die kritiek in paragraaf 3.10.5 om te zien wat dat voor het onderhavige voorstel zou betekenen.

3.10.4 Europeesrechtelijke toets

Ten aanzien van deskundige meebeslissers vindt het EHRM van belang dat er minder deskundigen in het college zitten dan juristen. Het EHRM vindt dit van belang in verband met de onpartijdigheid als uitvloeisel van het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM), maar meende ook dat in deze samenstelling deelname van deskundigen aan rechtspraak niet alleen wenselijk maar zelfs essentieel kan zijn.¹¹⁴

3.10.5 Nationaalrechtelijke toets

Hieronder wordt bekeken hoe de in de literatuur geuite kritiekpunten op de deskundigen in de Penitentiaire Kamer van minder of meer waarde zijn ten aanzien van het onderhavige voorstel.

Ten eerste wordt wel genoemd dat de gedragskundige professie niet is afgestemd op het afwegen van persoonlijke belangen tegen het algemeen belang, iets wat zij in het voorstel als meebeslisser en dus rechtspreker zullen moeten doen. Ten tweede moet de ambiguïteit van de combinatie adviseren en meebeslissen volgens critici een rolverwarring met zich meebrengen. Een gevolg hiervan zou kunnen zijn dat in de raadkamer beslissingen worden genomen op grond van argumenten die in de zitting geen rol hebben gespeeld. Het grootste bezwaar dat daartegen bestaat is dat zodoende de democratische controle op de rechtsgang, gewaarborgd door de openbaarheid van de terechtzitting, tekort wordt gedaan. Maar ook de ‘inwendige openbaarheid’, bestaande in de mogelijkheid van controle door de procespartijen op alle gegevens die de basis vormen voor de te nemen beslissing en de daarover noodzakelijke discussie zal er onder lijden. Bakker en Mevis menen dat met name ook het oordeel en de deskundigheid van de in een concrete zaak betrokken deskundige ten volle in de openbaarheid van de terechtzitting moet kunnen worden bediscussieerd.¹¹⁵

publiekrechtelijke karakter van het strafrecht zich tegen het toelaten van deze variant in het strafrecht verzet, te meer daar het toevoegen van een gedragskundige aan de kamer in het voorstel (slechts) betrekking heeft op één van de in het kader van de berechting te nemen hoofdbeslissingen van art. 350 Sv.

¹¹³ Zie voor een verdere uitwerking van de achtergrond van en kritiek op de Raden: M.J.F. van der Wolf, “Auprès de moi le juge”. Gedragskundigen als meebeslissers in de penitentiaire kamer”, *Strafblad* 2010, p. 126-136.

¹¹⁴ EHRM 22 juni 2004, NJ 2005, 114, m.nt. EAA, EHRC 2004, 78, m.nt. A.M.L. Jansen (Pabla Ky/Finland). Zie ook G. de Groot & N.A. Elbers, *Inschakeling van deskundigen in de rechtspraak. Verslag van een onderzoek naar knelpunten en verbetervoorstellen, Raad voor de Rechtspraak Research Memoranda nr. 3 jaargang 4*, Den Haag: OBT 2008.

¹¹⁵ F.A.M. Bakker & P.A.M. Mevis, ‘Spanningen bij de sanctietoepassing door de strafrechter’, in: B.F. Beljaars & E. Bos (red.), *Juridische samenwerking aan de Maas*, Deventer: Kluwer 2002, p. 131.

Een derde bezwaar bevindt zich meer op het terrein van de medische ethiek, welke in forensisch kader toch al enigszins van zijn ideaalbeeld afwijkt. Die ethiek raakt juist de omgang met de weigeraar. Het meebeslissen conform het voorstel blijft toch gedragskundig oordelen over iemand zonder opgebouwd persoonlijk contact en op basis van gegevens door anderen verzameld. Bovendien: waarom zou de psychiater als meebeslisser wel een stoornis mee mogen vaststellen als de rapporteur pro Justitia daarvoor ethisch geen ruimte ziet? Ook is de vraag waarom eerstgenoemde zulks zou kunnen, terwijl hij niet meer informatie ter beschikking heeft dan laatstgenoemde. Dat de materie hier vaststelling van de stoornis betreft, terwijl bij de verlenging van de tbs (waar de Penitentiare Kamer thans functioneert) vooral inschatting van het gevaar relevant is, maakt het ethisch ook ingewikkelder. Dat in die Penitentiare Kamer bij de beslissing over de verlenging bovendien *twee* gedragskundigen zitting hebben, terwijl het voorstel van het opnemen van één psychiater in het college uitgaat, maakt het oordeel ook betrouwbaarder. Er zit immers nogal wat variatie in de oordelen van deskundigen, dus dan klemt het idee van de primus inter paris des te meer. Oplegging is bovendien zeker niet minder ingrijpend dan verlenging.

Een aparte vraag is nog hoe de in het voorstel voorgestane aanwezigheid van de psychiater als meebeslisser ten aanzien van de sanctietoemeting bij de berechting zich verhoudt tot beslissingen over bewijs en kwalificatie. Men kan zich afvragen of het voorstel een splitsing noodzakelijk maakt (in het strafprocesrecht) inzake de beslissingen die het college zonder de psychiater zal hebben te nemen en die welke met de psychiater te nemen zijn. In zoverre bestaat samenhang met het meer in het algemeen beoordeelde aspect van het twee fasenproces van voorstel 3.

Er zijn dus nogal wat voetangels en klemmen op de weg van dit voorstel richting een ruimere toepassing van tbs bij weigeraars. Daarbij speelt wat ons betreft ook mee dat het stoornisvereiste, zoals geschetst in hoofdstuk 2.4 juist juridisch moet worden begrepen. Te beargumenteren is dat de rechter meer ruimte heeft dan hij thans soms zelf weet om de stoornis vast te stellen, juist ook omdat die de reikwijdte van het gedragskundig stoornisbegrip te buiten gaat. Zou het incorporeren van een gedragskundig oordeel in de beslissing die reikwijdte niet eerder verkleinen dan verruimen waardoor wellicht zelfs een averechts effect optreedt; minder gemakkelijke vaststelling van de stoornis in plaats van meer?

3.10.6 Eindoordeel over het voorstel

Het toevoegen van een deskundig oordeel aan een straftoemetingsbeslissing in een strafzaak levert veel procedurele regelwijzigingen op maar is in beginsel juridisch niet onhaalbaar. De vraag is echter of hiermee het probleem van het vaststellen van de stoornis bij weigeraars vergemakkelijkt wordt. Ten eerste is de grote vraag waarom deze meebeslissende psychiater niet aan dezelfde wetenschappelijke en tuchtrechtelijke grenzen gebonden zou zijn als de psychiater die de rechter pro Justitia voorlicht. Ten tweede zou het incorporeren van een gedragskundig oordeel in de beslissing juist de reikwijdte van het ruimere juridische stoornisbegrip kunnen verkleinen in plaats van vergroten, waardoor een averechts effect zou optreden.

3.11 Voorstel 11: Pas artikel 37a aan (voorstel D66)

3.11.1 Achtergrond en inhoud voorstel

Op 15 januari 2018 heeft Eerste Kamerlid Schnabel (D66) een aanvulling geopperd met betrekking tot het destijds nog in behandeling zijnde wetsvoorstel Forensische Zorg, meer specifiek met betrekking tot het daarin opgenomen art. 37a, vierde lid, Sr.

“Vorige week hebben de "tbs-advocaten", zoals ze zichzelf noemen, zich gemengd in de discussie over het verschijnsel van de "weigerende observandus". Hun standpunt bevestigt het beeld dat er bij gebrek aan informatie over de psychische gesteldheid van de justitiabele bij rechters aarzeling bestaat ten aanzien van het opleggen van een rechterlijke machtiging of tbs. Dat weten de observandi ook en een weigering zien zij dan ook als voor hen voordelig. Of dat juist is of niet staat buiten de discussie. Kunnen de verantwoordelijke bewindslieden in ieder geval het misverstand dat dit voordelig zou zijn, bij de observandi en de rechters wegnemen met een uitdrukkelijke verwijzing naar de nieuwe versie van artikel 37a Wetboek van Strafrecht? Als dat inderdaad het geval is, zou de laatste volzin van artikel 37a, lid 4 dan niet in die zin wijziging behoeven, dat de rechter ook zonder medewerking van de betrokkene gebruik kan maken van "een ander advies of rapport", dat dan ook niet alleen gebaseerd hoeft te zijn op de actuele situatie of het huidige gedrag van de betrokkene, zoals de letter van de tekst lijkt te suggereren?”¹¹⁶

Om de suggestie van Schnabel juist te begrijpen, dient zowel huidige als toekomstige wetgeving betrokken te worden. De Wfz regelt namelijk (onder meer) wijziging van de thans van toepassing zijnde artikelen 37 en 37a Sr.¹¹⁷

Op grond van het huidig art. 37, tweede en derde lid, Sr kan de rechter tbs opleggen op basis van twee gedragskundige adviezen. In de situatie dat de verdachte weigert mee te werken aan het onderzoek dat noodzakelijk is voor het opstellen van het advies, regelt art. 37, derde lid, Sr een subsidiair formeel criterium op grond waarvan de rechter tbs kan opleggen. Naast het opmaken van een rapport omtrent de redenen van weigering (voor zo ver mogelijk), dient de rechter zich in zo'n geval zo veel mogelijk te verlaten op 'een ander advies of rapport'. Aan dit advies c.q. rapport wordt door de wet geen nadere eisen gesteld.

Uit de memorie van toelichting bij de wet waarin het derde lid van art. 37 Sr werd ingevoerd, blijkt waar de minister toen aan dacht:

“Ik stel voor de rechter te verplichten zich zoveel mogelijk een ander advies of rapport, dat hem over de wenselijkheid of noodzakelijkheid van een bevel tot verpleging kan voorlichten en aan de totstandkoming waarvan de betrokkene wel bereid is om medewerking te verlenen, te doen overleggen. Dit kan bijvoorbeeld een advies of rapport omtrent een ambulante onderzoek, bijvoorbeeld van de districtspsychiater, zijn. Een dergelijk onderzoek is immers vaak al beschikbaar. Onder «rapport» versta ik een verslag van een onderzoek zonder advies over de wenselijkheid of noodzakelijkheid van een bevel tot terbeschikkingstelling met verpleging.”¹¹⁸

¹¹⁶ *Handelingen I* 2017/18, 14, 3, p. 18.

¹¹⁷ Wet van 24 januari 2018, *Stb.* 2018, 38.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 1992/93, 22909, 3, p. 5.

Met een ander advies wordt een advies bedoeld dat wordt opgemaakt naar aanleiding van een ander onderzoek (dus niet zijnde de observatie in het PBC) waartoe verdachte wel bereid is mee te werken. Deze opvatting vindt bevestiging in het antwoord van de toenmalige staatssecretaris:

“Het ligt voor de hand dat tijdens de klinische observatie in het Pieter Baan Centrum gepoogd zal worden inzicht te verkrijgen in de achtergronden van de weigering om mee te werken en zo mogelijk de verdachte te motiveren om wel mee te werken aan de rapportage. Als de verdachte weigert medewerking te verlenen aan een ander onderzoek dat ten behoeve van het nader advies kan worden verricht, kan dat achterwege blijven. Toch is het van belang dat wordt nagegaan of bij de verdachte bereidheid tot het meewerken aan een ander onderzoek bestaat.”¹¹⁹

Voorts lijkt de term ‘aan de totstandkoming waarvan de betrokkene wel bereid is om medewerking te verlenen’ uit het genoemde derde artikellid te impliceren dat de verdachte op het huidige moment medewerking dient te verlenen. Dat is onjuist. Deze zinsnede dient ruim te worden geïnterpreteerd; daaronder is dus ook te verstaan ‘wel bereid is geweest’. Hierdoor kunnen deskundigenrapporten over de persoonlijkheid van de verdachte die bovendien langer dan één jaar vóór aanvang van de terechtzitting zijn gedagtekend en uitgebracht, bijvoorbeeld in een eerdere strafzaak, ook worden gebruikt.¹²⁰

De formele regeling om tbs op te kunnen leggen bij weigerende observandi steekt in contrast scherp af tegen de algemene regeling voor het opleggen van tbs, neergelegd in het thans geldende art. 37, tweede lid, Sr (en na inwerkingtreding van de Wfz, art. 37a, derde lid, Sr), waar rapportages en adviezen ouder dan één jaar, louter gebruikt mogen worden indien daartoe *instemming* is van (o.a.) de verdachte. Het vereiste dat het gedragskundig advies of rapport genoemd in (thans) art. 37, tweede lid, Sr niet ouder dan één jaar mag zijn, is opgenomen opdat de rechter slechts tbs op kan leggen op basis van actuele informatie betreffende de verdachte, dan wel op basis van informatie die geacht wordt juist te zijn, nu verdachte en het OM met het gebruik van deze informatie dienen in te stemmen.

Dit vereiste van instemming voor het gebruik van informatie ouder dan één jaar, geldt niet bij de weigerende observandus. Dat is logisch nu deze specifieke verdachte juist weigert om mee te werken aan onderzoek dat ten grondslag ligt aan de wettelijk vereiste gedragskundige rapportage. Zoals eerder gesteld, behelst de formele regeling voor tbs-oplegging aan weigerende observandi dan ook enkel het vereiste dat de verdachte ‘bereid is’ (beter: bereid is geweest) om *medewerking* te verlenen aan de inhoud van de rapportage of het advies. Dit medewerkers’vereiste’ zorgt er voor dat de inhoud van rapport of advies, waarvan de rechter zich in de voorlichting zoveel als mogelijk op dient te verlaten, is gegrondvest op onderzoek naar de persoon van de verdachte waar hij in een eerder stadium wél aan heeft meegewerkt. In zoverre moeten instemming en medewerking scherp van elkaar worden onderscheiden.

Tot slot is van belang dat met de inwerkingtreding van de Wfz persoonsgegevens van de weigerende observandi kunnen worden ingezien en gebruikt die voor inwerkingtreding van deze wet werden beschermd door het medisch beroepsgeheim. De rechter krijgt via de regeling neergelegd in de leden vijf tot en met negen van het toekomstige art. 37a Sr, in voorkomende gevallen bij diens overweging tot de oplegging van tbs in geval van een weigerende observandus, de beschikking over documenten die thans worden beschermd door het medisch beroepsgeheim.

¹¹⁹ *Kamerstukken II 1992/93, 22909, 6, p. 2.*

¹²⁰ Zie bijvoorbeeld HR 16 december 1997, NJ 1998/334 en HR 24 januari 2006, NJ 2006/108.

Dergelijke persoonsgegevens die verkregen zijn na doorbreking van het medisch beroepsgeheim, bijvoorbeeld verslagen van privégesprekken met een psycholoog (die niet in het kader van enig strafproces zijn gevoerd), moeten naar geldend recht, willen ze bruikbaar zijn, tot stand zijn gekomen met medewerking van de verdachte. Voor het gebruik van deze persoonsgegevens heeft de rechter dus géén instemming nodig van de weigerende observandus, nu het formele criterium om tbs op te kunnen leggen aan weigerende observandi (huidig art. 37, derde lid, Sr en toekomstig art. 37a, vierde lid, Sr) zulks niet vereist.

In het hier te beoordelen voorstel wordt geopperd dat het nieuwe art. 37a Sr aanvulling behoeft. Aan het vierde lid van dat nieuwe artikel, het formele criterium voor de tbs-oplegging bij weigerende observandi, zou moeten worden toegevoegd dat de rechter zich bij zijn inspanningsverplichting tot het overwegen van ‘ander advies of rapport’, ook zonder medewerking van de betrokkene rapporten of adviezen kan doen overleggen die niet gebaseerd zijn op de actuele situatie of het huidige gedrag van betrokkene. Deze suggestie omvat twee aspecten. Het eerste aspect betreft de toevoeging ‘zonder medewerking’. Hier lijken de hiervoor besproken termen van instemming en medewerking met elkaar te worden verward. Er lijkt namelijk vanuit te worden gegaan dat informatie die verkregen is over de weigerende observandus na doorbreking van het medisch beroepsgeheim, informatie is die niet voldoet aan de eisen uit het formele criterium tot oplegging van tbs op grond van het toekomstige art. 37a, vierde lid, Sr omdat de verdachte hier niet aan heeft meegewerkt. Om die reden wordt dan voorgesteld om aan het formele criterium in het toekomstige art. 37a, vierde lid, Sr toe te voegen dat de rechter ook ‘zonder medewerking van de betrokkene gebruik kan maken van advies of rapport’. Die toevoeging is echter niet nodig. Zoals hiervoor is besproken, is er in het geval van de persoonsgegevens die verkregen werden na doorbreking van het medisch beroepsgeheim wél sprake van medewerking geweest. Ten overvloede merken wij op dat van instemming door de weigerende verdachte met het gebruik van informatie geen sprake hoeft te zijn; verdachte dient alleen te hebben meegewerkt aan de totstandkoming, maar eigenlijk is vooral sprake van de veronderstelling dat is meegewerkt en dat de informatieve daarom, gegeven dat de verdachte thans weigert aan observatie mee te werken, voor de rechter relevant kan zijn.

Het tweede aspect van de suggestie tot aanvulling zoals opgenomen in voorstel 11 behelst de voor art. 37a, vierde lid, Sr beoogde zinsnede ‘dat dan ook niet alleen gebaseerd hoeft te zijn op de actuele situatie of het huidige gedrag van de betrokkene, zoals de letter van de tekst lijkt te suggereren’. In het voorstel lijkt te worden verondersteld dat de wettekst van thans het tweede en derde lid van art. 37 Sr (en na inwerkingtreding van de Wfz het derde en vierde lid van art. 37a Sr) suggereert, dat ook in het geval van de weigerende observandus (thans art. 37, derde lid, Sr) dit ‘ander advies of rapport’ niet ouder dan één jaar mag zijn, wil de rechter dit mogen gebruiken voor tbs-oplegging. Deze lezing is evenwel onjuist. Zoals al eerder werd aangehaald, is immers vaste jurisprudentie dat in geval van een weigerende observandus ex art. 37 Sr, derde lid, Sr oude rapportages uit eerdere strafzaken door de rechter mogen worden gehanteerd bij de oplegging van tbs. Met de Wfz wordt inhoudelijk aan deze regeling niets gewijzigd, behalve dat de regeling verplaatst wordt naar art. 37a Sr. Het tweede aspect van het voorstel van Schnabel, zoals vervat in voorstel 11, behelst dan ook slechts een verduidelijking van hetgeen nu al reeds geldend recht is.

3.11.2 Werkzaamheid

Als gezegd, brengt voorstel 11 in de materiële werking van de toekomstige, noch de bestaande wettelijke regeling, verandering. In zoverre voegt het inhoudelijk gezien dan ook niets toe aan het huidige en toekomstig recht en kan niet worden gezien als een werkzame oplossing omtrent de

problematiek van weigerende observandi. De indiener van het voorstel ziet de noodzaak van deze wijziging vooral in het wegnemen van het misverstand dat zou heersen onder verdachten en tbs-advocaten dat het loont om gedragskundige rapportage te weigeren.

Het voorstel voorziet hoogstens – in geval van het hierboven weergegeven tweede aspect van het voorstel – in een sterkere tekstuele afbakening tussen de ‘normale’ formele regeling bij de oplegging van tbs en de betreffende regeling bij weigerende observandi. De veronderstelling is dat het effect van de voorgestelde scherpere afbakening aan de regeling van het toekomstige art. 37a, vierde lid, Sr zou zijn dat verdachten minder snel geneigd zijn om gedragskundige rapportage te weigeren. Nu in de rechtspraak als gezegd algemeen onderkend wordt dat in geval van een weigerende observandus oude rapporten en adviezen kunnen worden gehanteerd, zal het effect van de scherpere afbakening op het aantal weigerende observandi naar onze verwachting niet resulteren in een oplossing voor de weigeringsproblematiek.

Het hierboven besproken eerste aspect van voorstel 11, opneming van de zinsnede dat de rechter ook zonder medewerking van de betrokkene gebruik kan maken van ‘ander advies of rapport’, is gebaseerd op de misvatting dat informatie die is verkregen na doorbreking van het medisch beroepsgeheim met het huidige en toekomstige formele criterium voor de oplegging van tbs aan weigerende observandi is uitgesloten.

Wat betreft de voorgestelde toevoeging ‘zonder medewerking van de betrokkene’ is mogelijk bedoeld te suggereren dat het toekomstige art. 37a, vierde lid, Sr dient te worden aangevuld met de zinsnede ‘zonder instemming’. De wettekst – en het verschil tussen instemming en medewerking – zou hiermee als zodanig explicieter worden, maar in de rechtspraak lijkt het onderscheid niet tot grote verwarring te zorgen. Maar ook dit aspect van voorstel 11 zal ons inziens niet resulteren in een oplossing van de weigeringsproblematiek, omdat de veronderstelde suggestie geen wijziging inhoudt ten opzichte van de huidige praktijk.

3.11.3 Juridische implicaties

De vraag die ten aanzien van de juridische implicaties opkomt, is of het voorstel van toegevoegde waarde is naast de bestaande en toekomstige wetgeving. Die vraag kan ontkennend worden beantwoord. Hoewel een verankering van de ‘onbeperkte termijn’ om rapportages te kunnen gebruiken in lijn is met de verantwoordelijkheid de wet zo duidelijk mogelijk op te schrijven, komt de verdachte niet meer zekerheid toe dan thans het geval is. De gehele strafrechtspleging gaat er thans van uit dat oudere rapportages gebruikt (kunnen) worden.

3.11.4 Europeesrechtelijke toets

Er zijn geen aspecten van voorstel 11 die op deze plaats aan de orde zouden moeten komen. Voorstel 11 bevat immers geen inhoudelijke verandering van bestaande en toekomstige wetgeving.

3.11.5 Nationaalrechtelijke toets

Ook ten aanzien van de toetsing aan het nationale recht geldt, dat de wettelijke tbs-regeling met voorstel 11 inhoudelijk niet zou worden veranderd, waardoor toetsing op dit punt achterwege kan blijven.

3.11.6 Eindoordeel over het voorstel

Dit voorstel strekt (slechts) tot nadere vastlegging van het verschil in actualiteit van rapportages die gebruikt kunnen worden bij het opleggen van tbs bij niet weigerende verdachten en weigerende observandi. Voor weigerende observandi is volgens de huidige praktijk die termijn onbepaald. Het voorstel van Schnabel is niet meer dan een wettelijke verankering van vaste jurisprudentie. Om die reden menen wij dat er geen ‘afschrikkende’ werking uitgaat van het opnemen van de onbeperkte termijn, in de zin dat verdachten minder snel geneigd zouden zijn rapportage te weigeren. Ook de suggestie om te verankeren dat gegevens die verkregen zijn door doorbreking van het beroepsgeheim zonder medewerking dan wel instemming van de verdachte gebruikt kunnen worden, vormt geen inhoudelijke wijziging van de thans voorgestelde regeling. Dit voorstel is dan ook geen oplossing voor de weigeraarsproblematiek.

3.12 Voorstel 12: Voorlopige tbs-maatregel (voorstel VVD)

3.12.1 Achtergrond en inhoud voorstel

Voorstel 12 inzake de voorlopige tbs-maatregel is geopperd door het Eerste Kamerlid De Bruijn-Wezeman (VVD) op 15 januari 2018:

“ ... dan doen wij graag nog een andere suggestie aan de hand, namelijk die van voorlopige tbs. Wanneer de verdachte blijft weigeren het onderzoek in het Pieter Baan Centrum te ondergaan, legt de rechter, indien het tot een veroordeling komt, naast straf een voorlopige tbs op voor onbepaalde tijd totdat de veroordeelde wel meewerkt. Na ontvangst van de bevinding van het Pieter Baan Centrum heft de rechter dan de voorlopige tbs op en neemt een besluit over het wel of niet opleggen van tbs.”¹²¹

Opgemerkt moet worden dat niet helemaal duidelijk is wat er precies met ‘voorlopige’ oplegging bedoeld wordt. Wij verstaan voorlopige oplegging als oplegging, en wel door de berechtende rechter. Juist hierin onderscheidt het voorstel zich dan van bijvoorbeeld voorstel 1 en 2, waar de oplegging en dus de vaststelling dat aan de criteria voor tbs voldaan is, wordt uitgesteld. Dan rijst wel de vraag waar het PBC later nog over moet adviseren, anders dan wellicht een hertoets van een eerder vastgestelde stoornis en gevaarlijkheid. Vervolgens, zo begrijpen wij het voorstel, beslist de tweede rechter of de tbs-oplegging definitief wordt, dan wel dat de aanvankelijk voorlopig opgelegde maatregel alsnog niet wordt doorgezet. Wil men het voorstel zo verstaan dat eerst de tweede rechter de tbs oplegt, dan lijkt op dit punt geen verschil met bijvoorbeeld voorstel 1 en 2. Wel rijzen dan vragen naar de grondslag en voorwaarden voor de ‘voorlopige tbs’.

3.12.2 Werkzaamheid

Voor wat betreft het antwoord op de vraag in hoeverre het voorstel daadwerkelijk tegemoet komt aan het juridisch probleem van de weigerende observandi moet worden geconstateerd dat het voorstel ervan uitgaat dat betrokkene op enig moment wél mee zal werken. De vraag rijst hoe waarschijnlijk dat is. Zeker nu er mogelijk later nog een moment komt waarop de rechter wel of niet de eerder opgelegde (zij het ‘voorlopig’) tbs (definitief) goedkeurt. Dan blijft er een strategische reden om te

¹²¹ *Handelingen I* 2017/18, 14, 3, p. 23.

weigeren. Het is dan ook zeer de vraag of het voorstel voor voldoende weigeraars werkzaam zal zijn. Immers, als er voldoende informatie is om voorlopig op te leggen, hoeveel informatie is er dan nog meer nodig voor definitief opleggen? Het voorlopige van de voorlopige oplegging van tbs kan immers niet impliceren dat de rechter met een mindere mate van aannemelijkheid dan thans ervan uit kan gaan dat aan de voorwaarden voor tbs voldaan is; men kan niet opleggen in afwachting van de alsnog vaststelling van een stoornis na het moment dat de veroordeelde zijn weigering laat varen, om reden dat die stoornis bij de voorlopige oplegging nog niet kan worden vastgesteld. Om een vergelijking te maken met de grondslag van voorstel 2: de inrichting van dat voorstel is, dat de berechtende rechter geen tbs oplegt, ook niet voorlopig, omdat oplegging – in de benadering van dat voorstel – eventueel pas aan de orde kan zijn na een detentiefase van twee jaren. De motivering van dat voorstel luidt: “Die twee jaar tijd kan net voldoende zijn voor een rechter om, op basis van de beoordeling door een psycholoog of gevangenisdirecteur, in een geval te zeggen: ik had al een vermoeden dat ik hier tbs zou moeten opleggen – die bevoegdheid heeft hij namelijk al – maar nu ben ik bevestigd in mijn vermoeden dat ik dat ook daadwerkelijk moet doen”. Voor zover in die formulering een verschil in waarschijnlijkheid wordt uitgedrukt dat aan de voorwaarden voor tbs-oplegging voldaan is ten opzichte van de mate van waarschijnlijkheid die het geldend recht eist, veronderstelt dat voorstel 2 terecht dat de eerste rechter dan dus geen tbs kan opleggen. Dat is dan ook te weinig voor een ‘voorlopige tbs’ in dit voorstel 12 welke beslissing immers als opleggen van tbs bedoeld is.

3.12.3 Juridische implicaties

Voorlopige oplegging verstaan wij, zoals gezegd, als oplegging. Aan de criteria voor oplegging moet dan kunnen zijn voldaan. Dan zal er vanwege het mogelijke gebrek aan informatie niet een te hoge inhoudelijke drempel aan de stoornis en het gevaar gesteld worden. Het is de vraag of de huidige regeling dat niet ook reeds toestaat. Maar er moet voor de motivering van de vaststelling der criteria wel enige informatie aanwezig zijn, zoals ook geldt voor een tbs-oplegging die niet ‘voorlopig’ is. Eigenlijk verschilt deze situatie niet principieel van de huidige tbs-situatie. Elke tbs wordt in zekere zin ‘voorlopig’ opgelegd. Na twee jaar kan immers blijken dat de stoornis of het gevaar niet meer in die mate aanwezig zijn dat verlenging van de maatregel aangewezen is.

Het verschil met de huidige situatie lijkt te zijn dat er in het voorstel vóór de tenuitvoerlegging (dus op jaar 0 van de tbs) een (eerste) rechterlijke toetsing plaatsvindt of de bij berechting vastgestelde criteria nog steeds opgeld doen. In deze zin verschilt het voorstel 12 ook van de andere voorstellen waarbij het moment van berechting en definitieve beslissing over tbs-oplegging van elkaar gescheiden worden, zoals voorstel 1, 2 en in mindere mate 3. Daar wordt juist expliciet een rechterlijk beslissing tot oplegging niet alvast genomen, maar voorbehouden tot een later moment. In zoverre bestaat tegen voorstel 12 geen overwegend bezwaar. Omgekeerd: als voorstel 12 bedoelt de vaststelling of aan de voorwaarden voor tbs voldaan is in definitieve vorm aan de tweede rechter over te laten, is onduidelijk op welke criteria de eerste rechter de tbs ‘voorlopig’ kan opleggen. Als dat een mindere mate van waarschijnlijkheid ten opzichte van het geldend recht is, impliceert het voorstel in feite een nieuwe, zelfstandige strafrechtelijke maatregel.

In alle gevallen waarin beslissingen over tbs-oplegging worden uitgesteld of later al dan niet worden bevestigd, doet zich de vraag voor hoe de tenuitvoerlegging van de beslissing van de eerste rechter (bij dit voorstel 12: de tenuitvoerlegging van de ‘voorlopig opgelegde tbs’) eruit moet zien, gegeven de wens dat er in die tijd voldoende informatie ontstaat. Het voorstel ziet kennelijk hier een rol weggelegd voor het PBC, mogelijk pas vanaf het moment dat van medewerking blijkt. Want alleen al vanwege de schaarse plekken is het niet doenlijk om een gevangenisstraf in het PBC ten uitvoer te leggen totdat er

voldoende informatie is voor een oordeel inzake mogelijke tbs-oplegging. Maar om tijdens de detentie wel voldoende informatie te verzamelen om – bijvoorbeeld – het PBC later in te (kunnen) schakelen, vraagt waarschijnlijk ook om een andere observatie dan thans door PIW'-ers wordt gedaan. Mogelijk kan art. 13 Sr (de overplaatsing naar een tbs-kliniek), hierbij een rol spelen. (De PPC's lijken er namelijk te vol voor te zitten en zijn te zeer op crisisinterventie gericht om iemand ook nog langdurig te observeren).

3.12.4 Europeesrechtelijke toets

Voor wat betreft de verhouding van het voorstel tot het EVRM wordt verwezen naar de algemene opmerkingen in hoofdstuk 2.2 ten aanzien van het niet bij berechting doch later beslissen over oplegging van de tbs-maatregel. Ten aanzien van de voorzienbaarheid is het voorlopig alvast opleggen van de maatregel geen problematische variant.

3.12.5 Nationaalrechtelijke toets

Voor de toetsing van de situatie van het uit elkaar halen van berechting en definitieve beslissing zij wederom verwezen naar de algemene opmerkingen in hoofdstuk 2.3.

Het voordeel van de in voorstel 12 bedoelde variant van voorlopige oplegging is, dat over de gehele sanctietoemeting bij één beslissing (integraal) door dezelfde rechter wordt beslist. Daardoor kan bij oplegging van een combinatie met gevangenisstraf rekening worden gehouden met de daarnaast opgelegde (voorlopige) tbs-maatregel en de ten behoeve daarvan kennelijk vastgestelde stoornis.

3.12.6 Eindoordeel over het voorstel

De juridische haalbaarheid van voorstel 12 lijkt niet onmiddellijk problematisch, ervan uitgaande dat het voorlopig opleggen van tbs alleen geïndiceerd is als aan alle voorwaarden voor tbs voldaan is. Omdat wij voorlopige oplegging verstaan als oplegging en dus vaststelling van de (bestaande) criteria, rijst echter de vraag in hoeverre deze situatie nu significant verschilt van de bestaande situatie. Dat hangt mede af van hetgeen waarover de tweede rechter op basis van welke criteria nog te beslissen heeft. Als de voorlopigheid van de oplegging ook impliceert dat bij de beslissing op welke wijze dan ook, niet volledig aan de criteria hoeft te zijn voldaan, wordt de oplegging in zoverre doorgeschoven en is deze dus niet 'voorlopig'. Daar verschilt het voorstel niet van, bijvoorbeeld en met name, voorstel 1 en voorstel 2, maar ontstaat wel de extra complicatie dat het voorstel voor een 'voorlopige tbs' dan in feite de introductie van een nieuwe maatregel, of op z'n minst een nieuwe variant van tbs, met (immers) eigen voorwaarden voor oplegging, introduceert. Mocht er tijdens de straf wel nog meer informatie moeten worden verzameld, dan is ten eerste de vraag hoeveel informatie dat wordt, nu betrokkene een strategisch belang houdt om te weigeren, en ten tweede is de mate van informatie die verzameld kan worden mede afhankelijk van de inrichting van de tenuitvoerlegging van de in dit voorstel bedoelde voorlopige tbs, op een wijze dat deze informatie (bijvoorbeeld door observatie) ook werkelijk verzameld kan worden.

4. Slotbeschouwing

In het voorgaande zijn alle twaalf voorstellen afzonderlijk gezien en van een eindoordeel voorzien. Bij die beoordeling is voortgebouwd op de in hoofdstuk 2 opgenomen algemenere beschouwingen. In het kader van laatstgenoemde beschouwingen is een analyse van het probleem van de weigerende observandi gemaakt. Die analyse leidde tot een kader om de verschillende voorstellen ook te toetsen op hun bijdrage aan de oplossing van het probleem van de weigerende observandi. In dat kader is een plaatsbepaling van de factor 'stoornis' in het (juridisch) concept van tbs-oplegging van betekenis. Daarom is in hoofdstuk 2 ook aandacht besteed aan de stoornis. Bovendien is in dat hoofdstuk met algemene beschouwingen het EVRM-kader ter zake in beeld gebracht. Ten slotte zijn in dat hoofdstuk enige algemene aspecten verkend verbonden aan verschillende voorstellen tot een zekere splitsing van rechterlijke beslissingen in de sanctionering.

Het geheel geeft ons aanleiding dit rapport met een slotbeschouwing af te sluiten. Dat biedt ook ruimte om een aantal aspecten c.q. een aantal voorstellen in samenhang met elkaar te bezien. Voor de verdere onderbouwing van de hier geformuleerde conclusie zij in zoverre naar de beoordeling van de afzonderlijke voorstellen in hoofdstuk 3 verwezen. Deze slotbeschouwing staat voorts in het teken van het besef dat voor de problematiek van de weigerende observandus nieuwe wetgeving, de Wfz en de verlenging van de observatietermijn, op komst is. Het verdient sowieso aanbeveling de werking daarvan af te wachten alvorens eventueel nadere stappen te zetten.

De kern van de twee algemene beschouwingen over de analyse van de problematiek (2.1) en de plaats en de betekenis van de stoornis (2.4) is, dat het (juridisch) concept van stoornis in zijn onderscheid met gedragskundige concepten – een onderscheid dat betrekkelijk treffend wordt uitgedrukt in de van oudsher bestaande juridische formulering van 'gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens' – een ruim concept is dat aan de rechter en gedragskundige minder belemmeringen oplegt dan wel eens wordt voorgesteld. Dit wordt geïllustreerd door de ontwikkeling in recente(re) jurisprudentie waaruit blijkt dat eerder dan voorheen bij een weigerende observandus toch tot tbs-oplegging kan worden besloten als aan alle (overige) voorwaarden voor de tbs voldaan is. Tegelijkertijd is daarbij het besef van belang dat de rechter in geval van een weigerende observandus andere gronden dan de weigering kan hebben om geen tbs op te leggen. Ook in geval er met medewerking van betrokkene rapportages tot stand zijn gekomen (lang niet alle verdachten weigeren medewerking), wordt (immers) desondanks met enige regelmaat geen tbs opgelegd omdat de rechter daarvoor, om welke reden dan ook, geen termen (vaak: geen noodzaak) aanwezig acht.

De aldus geschetste probleemanalyse, de aankomende wijziging van de Wfz en de uitbreiding van de observatietermijn, alsmede het feit dat dit rapport slechts de haalbaarheid van een aantal juridische maatregelen betreft en daarmee dus geen aandacht kan worden besteed aan alternatieve oplossingen voor de problematiek die geen wetswijziging vereisen, vormt als het ware de achtergrond waartegen de beoordeling van de voorstellen mede heeft plaatsgevonden.

Onder de twaalf beoordeelde voorstellen moet in dit kader een nader onderscheid worden gemaakt voor wat betreft de haalbaarheid in combinatie met de bijdrage die voorstellen (kunnen) hebben aan het oplossen van de problematiek.

Een aantal voorstellen bevat zodanig ingrijpende elementen, soms niet per se met de problematiek van de weigerende observandi verbonden, dat daartegen reeds vanwege deze elementen forse

bezwaren moeten worden ingebracht en aan de haalbaarheid ervan ernstig moet worden getwijfeld. Dat geldt het sterkst voor de voorstellen 3, 5, 6 en 7. De discussie over het twee fasenproces (voorstel 3) is in feite al eerder afgerond in de richting dat dit niet zal worden ingevoerd en er is voor de weigerende observandi geen reden de discussie ten gronde te heropenen of een andere afweging te maken. (Dat geldt ook voor de beide ‘varianten’ die aan dit voorstel zijn toegevoegd. Zie voor de beoordeling daarvan onder 3.3.7). De voorstellen 5 en 6 bevatten een niet wenselijke, systeemvreemde verplichting voor de rechter om in het kader van zijn beslissing over de sanctionering in een strafzaak bepaalde sancties (tbs of maximale gevangenisstraf) op te leggen, terwijl een verplichting voor de observandus om mee te werken aan onderzoek (voorstel 7) feitelijk niet kan werken omdat zodanige medewerking, leidend tot een therapeutisch bruikbaar resultaat, niet af te dwingen is.

Een tweede categorie wordt gevormd door die voorstellen die op zichzelf iets minder vanzelfsprekend niet haalbaar moeten worden geacht, maar waartegen, om verschillende redenen, toch ernstige bedenkingen kunnen worden ingebracht. Tot deze categorie behoort het voorstel een psychiater toe te voegen aan betreffende rechtscollège (voorstel 10) omdat dit voorstel niet alleen een wezensvreemd element in de strafrechtspraak ter zake van de sanctiebeslissing als eindpunt van de berechting betekent. Bij dit voorstel bestaat ook het gevaar dat de reikwijdte van het juridisch ruime stoornis begrip zal worden verkleind in de richting van gedragskundige concepten van ziektebeelden. Dat leidt daarmee tot het verhogen van de drempel om tbs te kunnen opleggen.

Tot deze tweede categorie behoort ook een aantal voorstellen die lijken te berusten op een zekere miskennis van bestaande concepten om tbs op te leggen waardoor deze voorstellen in elk geval geen bijdrage leveren aan de problematiek, zoals door ons geanalyseerd. Daartoe behoort voorstel 11 dat mogelijk berust op een verkeerde lezing van art. 37a Sr, zoals dat thans luidt en zoals daar in de rechtspraak invulling aan wordt gegeven. Zo ook voorstel 8 dat lijkt te miskennen dat volgens de wet, bevestigd in de jurisprudentie van de Hoge Raad, het niet noodzakelijk is dat de rechter een causaal verband tussen stoornis en delict moet kunnen vaststellen, alvorens hij tbs kan opleggen. Wet en jurisprudentie eisen geen causaal verband tussen stoornis en delict als opleggingsvoorwaarde waarvan in de rechterlijke beslissing in vonnis of arrest waarbij tbs wordt opgelegd, moet worden vastgesteld dat er aan is voldaan. Ook voorstel 9 (baseer de tbs op een vermoeden van een stoornis) lijkt te zijn gebaseerd op de aanname dat het voorstel een verlaging van drempels impliceert terwijl de tbs-oplegging ook thans reeds op een zekere mate van aannemelijkheid is c.q. kan worden gebaseerd. Een vergelijking met art. 509a Sv (daarin spreekt de wet expliciet over een ‘vermoeden’) bevestigt deze conclusie: het aldaar bedoelde ‘vermoeden’ is ook vanwege de aard van de beslissing inhoudelijk beperkter dan de mate van aannemelijkheid van stoornis die onder art. 37a Sr noodzakelijk is om tbs te kunnen opleggen. Het aan voorstel 1 toegevoegde voorstel voor tbs op verzoek van de betrokkene (zie paragraaf 3.1.7) miskent dat het uitgangspunt van een verzoek van de betrokkene voorbijgaat aan de problematiek van de *weigerende* observandus, terwijl van een tbs die tegen diens wil opgelegd wordt, hoe dan ook steeds door de rechter zal moeten worden vastgesteld dat aan de wettelijke voorwaarden voor tbs voldaan is. De (alsnog) getoonde bereidheid om aan behandeling te willen meewerken, kan geen grond voor ‘tbs-oplegging op verzoek’ opleveren. Maar dit laatste aspect van het aan voorstel 1 toegevoegde voorstel gaf ons wel aanleiding om in par. 3.1.7 uit te wijden over de mogelijk effectieve inzet van de combinatie van een opgelegde gevangenisstraf, met de mogelijkheden van art. 13 Sr (overplaatsing naar een behandelkader) al dan niet in samenhang met (executie van) de nieuwe maatregel van langdurig toezicht. Hier sluit onze beoordeling van de haalbaarheid aan bij de notie dat ook aanpassingen in de tenuitvoerlegging van tbs kunnen helpen weigeren te voorkomen.

Daarmee komen we aan de categorie voorstellen waarin de vaststelling van de stoornis ten tijde van het delict als voorwaarde voor tbs-oplegging wordt losgelaten. Dat betreft in het bijzonder voorstel 4.

Op dit punt komt een aantal lijnen samen en moet een aantal aspecten van verschillende voorstellen naar ons oordeel in combinatie met elkaar worden gezien. Voor wat betreft de stoornis is dan, als het ware als ‘context’, van betekenis dat het juridisch concept van de stoornis een minder zware drempel is dan het wel eens lijkt (zie onder 2.4) en dat wij in sommige voorstellen die een zekere splitsing in de behandeling van een strafzaak mogelijk maken, nog mogelijkheden zien om, grotendeels binnen bestaand recht, de vaststelling dat ook bij een weigerende observandus een stoornis aanwezig is - althans de rechter van informatie daaromtrent te voorzien - te vergemakkelijken. Binnen deze context, die al laat zien dat stoornis als juridisch concept niet hoeft te worden losgelaten, moet ten aanzien van de stoornis als grondslag voor het opleggen van tbs worden gezegd dat het behoud ervan van groot belang is voor de legitimering van de tbs als vrijheidsbenemende maatregel. In dat kader is in het bijzonder van betekenis dat het behoud van de stoornis als juridisch concept de ene poot is (de andere is het bewezen indexdelict), waardoor de tbs in EVRM-kader – kort gezegd – op zowel de a-grond als de e-grond uit art. 5 EVRM kan worden gebaseerd. Het behoud van die beide gronden in combinatie met de tenuitvoerlegging van de tbs in een behandelomgeving is *de* garantie dat de Nederlandse tbs vrijwel zeker elke toets in Straatsburg doorstaat. De jurisprudentie van het EHRM ter zake (met name gewezen in zaken tegen Duitsland), laat zien dat zonder stoornis als grondslag (en dus bij tbs zonder stoornis) de e-grond wegvalt. Dan is de tbs uitsluitend op de a-grond van het indexdelict gebaseerd, waardoor, door de eisen van het EHRM, de verdere voortdrijving van tenuitvoerlegging lang na het delict (longstay) kwestieus wordt. Omgekeerd geldt dat als een bewezen strafbaar feit van enige ernst als grondslag onder de tbs wordt weggehaald, alleen de e-grond overblijft in welk kader het EHRM hoge eisen aan stoornis en gevaar stelt, zodat niet langer zeker is of alle gevallen waarin thans tbs wordt opgelegd aan de eisen voldoen die het EHRM aan de e-grond stelt.

Omgekeerd; zoals gezegd bevat een aantal voorstellen elementen en aspecten die in voorkomende gevallen zouden kunnen helpen (nader) over een weigerende observandus te rapporteren en (voor de rechter) om een stoornis vast te stellen. Daarmee zijn we bij de categorie voorstellen waaraan gemeenschappelijk is dat een zekere splitsing wordt gemaakt in, in elk geval de procedure van berechting en sanctionering. Dat betreft de voorstellen 1, 2, 3, en 12. Ter zake moet nader worden onderscheiden.

Een aantal voorstellen bevat het element dat in een eerste procedure de berechting wordt afgerond en dat vervolgens, in een tweede *aparte* procedure door een *andere* rechter alsnog tbs kan worden *opgelegd*. Naar ons oordeel moet tegen deze meest verregaande variant in deze categorie worden ingebracht dat daarin de materieelrechtelijke en formeelrechtelijke samenhang tussen de eerste en de tweede procedure wordt miskend. Kort gezegd gaat het materieelrechtelijk om de samenhang tussen gevangenis(straf) en tbs. Formeelrechtelijk gaat het zowel om het feit dat de tweede procedure vermoedelijk een onderzoek ter terechtzitting zal moeten zijn en dat het moeilijk voorstelbaar is dat de tweede rechter een inbreuk zou kunnen maken op een eerder onherroepelijk opgelegde straf. Wij verwijzen ter zake voor een algemene beschouwing nader naar onderdeel 2.3. In het bijzonder in voorstel 1 worden deze bedenkingen expliciet ontkent waar het voorstel de opmerking bevat dat er geen bezwaar tegen bestaat dat de tweede rechter alsnog de eerder opgelegde gevangenisstraf verlaagt.¹²² Wij voegen er hier aan toe dat in deze variant de kans groot is dat de verdachte zijn weigering mee te werken tot en met de tweede procedure zal voortzetten. Daardoor verliest het voorstel aan werkbaarheid, zeker wanneer de tenuitvoerlegging van de straf niet zodanig wordt ingericht dat sprake is van langdurige gedragskundige observatie. Als de verdachte tegen de

¹²² Deze bezwaren gelden daarmee ook voorstel 2, dat een nadere invulling van voorstel 1 bevat op het punt van de termijn waarbinnen de tweede beslissing moet worden genomen.

beslissingen in de eerste fase, in het licht van zijn weigering, de voor hem openstaande, gewone rechtsmiddelen zal (kunnen) instellen leidt dat tot verstoring van de afdoening van de strafzaak.

Stuit het alsnog opleggen van tbs in een tweede procedure door een andere dan de berechtende rechter aldus op bezwaren van verschillende aard, dat geldt minder voor de voorstellen waarin de beslissing om tbs op te leggen aan de eerste, berechtende, rechter wordt voorbehouden. Daarvan is voorstel 12 een voorbeeld waar het de beslissing van de berechtende rechter bevat om een ‘voorlopige tbs’ op te leggen. Het voorstel is inhoudelijk echter niet helemaal helder; de voorlopigheid van het oordeel kan niet bedoeld zijn als reductie van de mate van aannemelijkheid dat aan de voorwaarden voor tbs oplegging voldaan is, want dan wordt de tbs in zoverre niet door de eerste rechter, maar eerst door de tweede rechter opgelegd. *De facto* en *de jure* komt dat voorstel het bestaande systeem het meest nabij waarin de berechtende rechter de tbs oplegt, welke tbs vervolgens geldt voor twee jaar waarna de tbs-verlengingsrechter aan zet is. In zoverre is ook onder geldend recht de oplegging van tbs reeds en steeds ‘voorlopig’.

Ook in voorstel 3 inzake een twee fasenproces blijft de sanctiebeslissing in zijn geheel in handen van de berechtende rechter. Maar tegen de strikte splitsing die het twee fasenproces in zuivere vorm impliceert bestaan andere bezwaren.

Van belang is dat de invoering van verregaande wetwijzigingen, zoals de invoering van een strikt twee fasenproces, ook niet nodig is om een beter gebruik van bestaande kaders te bevorderen. Daarmee zijn we terug bij de hierboven reeds benadrukte samenhang in sommige voorstellen. Geanalyseerd is dat het vaststellen van de stoornis een minder zware drempel is, of zou kunnen zijn, dan het lijkt. Juist in goede samenwerking en in het elkaar onderling verstaan van rechter en deskundige ligt de laagte van de drempel. Het lijkt niet onjuist te constateren dat op dit punt van samenwerking en elkaar verstaan, van effectieve communicatie (ook ter terechtzitting), nog winst te behalen is, waarbij ook de nieuwe mogelijkheden van de Wfz en de verlenging van de observatietermijn van betekenis zijn. En juist ter verdere ondersteuning van deze cruciale communicatie kunnen de bestaande kaders - wellicht met enige verduidelijking in regelgeving - zo benut worden dat de twee hoofdlijnen uit de voorstellen (tijd om stoornis vast te stellen en de betekenis van de stoornis relativeren ten opzichte van het risico) als oplossing van de problematiek kunnen worden gebruikt. Wij noemen twee voorbeelden van mogelijk (beter) gebruik van bestaande kaders.

Ten eerste een punt dat op het eerste oog wat trivial aandoet, maar van significante betekenis kan zijn. Het is aangewezen dat duidelijk blijft dat het stoorniscriterium een juridisch en als zodanig ruim criterium is dat geen hogere, onoverkomelijke drempel moet vormen dan noodzakelijk in geval een verondersteld risico op herhaling om tbs-oplegging vraagt. Als zodanige drempel is de bestaande aanduiding ‘gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens’ ook nooit bedoeld. Deze aanduiding drukt deze bedoeling en plaatsbepaling als juridisch begrip beter uit dan de in de WvGGZ te introduceren aanduiding ‘psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening of verstandelijke handicap’, bewoordingen die vervolgens wel ook in het strafrecht worden doorgevoerd. Hoewel wij veronderstellen dat het een omissie betreft, is het wat dat betreft bepaald gelukkig dat de WvGGZ deze wijziging niet doorvoert voor art. 37a lid 1 Sr (waarbij dan valt te bepleiten dat het voor art. 37a lid 5 Sr nieuw, zoals dat artikellid onder de Wfz komt te luiden, daarna niet alsnog door de WvGGZ wordt veranderd). Juist de bestaande definitie enkel voor tbs-oplegging in het Wetboek van Strafrecht handhaven is een duidelijk signaal aan rechter en deskundige dat men, met het oog op bescherming van de samenleving, tot het uiterste mag gaan om elkaar als disciplines te verstaan.

Ten tweede zou – in voorkomende gevallen – bij een weigerende observandus wellicht een zekere tussenbeslissing over ten laste gelegde feiten, het bewezen zijn van delen van de telastelegging (of

wellicht beter: het niet bewezen zijn daarvan) en wellicht ook de kwalificatie als geweldsdelict of juist niet, mogelijk kunnen helpen om alsnog een stap verder te zetten in het bijeen brengen van relevante informatie om een verantwoorde sanctiebeslissing, inclusief tbs, te kunnen nemen. Met een dergelijke voorlopige tussenbeslissing kan mogelijk niet alleen de verdachte alsnog tot medewerking worden verleid. Ook deskundigen lijken aan een voorlopig oordeel houvast te kunnen hebben om te bezien of op basis daarvan niet toch alsnog een verdere stap in observatie en advies kan worden gezet. Binnen het bestaande recht bestaat deze modaliteit in elk geval reeds in zoverre dat een eventuele (nadere) observatie en beoordeling van de betrokkene mogelijk is na veroordeling in eerste aanleg en ter voorbereiding van het daartegen ingestelde hoger beroep. Onder geldend recht is voorts niet ondenkbaar, het zij met de nodige terughoudendheid gezegd, dat deze variant ook binnen de berechting in één aanleg zou kunnen worden gebruikt, in geval de rechter in een bepaalde zaak van oordeel is dat een dergelijke handelwijze kan helpen. Hij zal daarbij afhankeijk zijn van een zekere instemming van partijen, met name ook het OM. Dat binnen bestaande kaders moet worden geopereerd heeft dan in elk geval het voordeel dat vast staat dat alle vragen uit het rechterlijk beslissingsschema ondanks de tussenbeslissing, in het eindvonnis of –arrest moeten worden beantwoord waartegen het openstaande rechtsmiddel zich dan (uitsluitend) richt. Mogelijk is een zekere nadere verankering en uitwerking in het Wetboek van Strafvordering van een dergelijke modaliteit noodzakelijk of wenselijk, hoezeer terughoudendheid geboden is. Dat zou nader onderzoek vergen dat het korte tijdsbestek van dit onderzoek niet toelaat. Procedureel zou moeten gelden dat de rechter van een dergelijke variant alleen gebruik maakt in de gevallen waarin hij dat dienstig oordeelt. Aangezien hij daarbij nogal afhankelijk is van de omstandigheden van het bijzondere geval, zal deze optie maar in een gering aantal zaken met een weigerende observandus aan de orde (kunnen) zijn. Tegelijk: elke weigerende observandus en elke strafzaak is anders en onderling verschillend.

Het slotoordeel moet zijn dat in het licht van de werkzaamheid van de voorstellen, gezien de aard van de problematiek, daaruit slechts moeten worden geselecteerd die aspecten van de voorstellen die rechter en deskundigen kunnen helpen een verantwoorde beslissing over de stoornis in ruime zin en het (eventueel) opleggen van tbs te nemen. Dat betreft dan eigenlijk uitsluitend die aspecten die het mogelijk maken om binnen één berechting en één eindbeslissing over de sanctie door de berechtende rechter in voorkomende gevallen toch verdere rapportage en gegevens over de weigerende observandus eventueel alsnog te vergaren. Het verdient aanbeveling daarbij zoveel mogelijk aan bestaande procedurele voorzieningen en mogelijkheden aan te sluiten, die in goede communicatie tussen rechter en gedragskundige adequaat moeten worden benut, mede op basis van een goed begrip van de plaats en de inhoud van het stoornisbegrip in de juridische context. Uit dat model is naar ons oordeel meer winst te halen dan uit een te radicale wijziging van dragende onderdelen van het bestaande, zeker als de effectiviteit, in de zin van het kunnen bijdragen aan het oplossen van de problematiek, van nogal wat verdergaande voorstellen moet worden betwijfeld.

Bijlagen

Bijlage 1: Voorstel Autoriteit Persoonsgegevens d.d. 11 januari 2018



AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

Autoriteit Persoonsgegevens
Postbus 93374, 2509 AJ Den Haag
De Zuiderhoutsweg 30, 2504 AV Den Haag
T 070 8885 500 - F 070 8885 501
autoriteitpersoonsgegevens.nl

Aan de leden van de vaste commissies voor Justitie & Veiligheid
en voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Eerste Kamer der Staten-Generaal
Per e-mail

Datum
11 januari 2018

Ons kenmerk

Contactpersoon
Mw. drs. K. (Kooze) Verhaar
070 8885 500

Onderwerp
Wet forensische zorg

Geachte leden,

Op 15 en 16 januari 2018 vindt de plenaire behandeling plaats van het wetsvoorstel Vaststelling van een Wet forensische zorg en daarmee verbod houdende wijzigingen in diverse andere wetten (32 398) (Wet forensische zorg)¹. Het wetsvoorstel maakt het mogelijk bestaande medische gegevens te vorderen en te gebruiken ten behoeve van het onderzoek naar de aanwezigheid van een psychische stoornis bij verdachten van misdrijven waarvoor aansprakelijkheid kan worden, maar die weigeren aan het daarvoor benodigde onderzoek mee te werken ('weigertachtige observandi'). De Wet forensische zorg introduceert daarmee een uitzondering op het verbod op het verwerken van bijzondere persoonsgegevens als ook een wettelijke verplichting tot doorbreking van het medisch beroepsgeheim voor hulpverleners waarmee de verdachte een behandrelatie heeft of heeft gehad.

De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) heeft op 4 december 2017 over deze regeling geadviseerd. Daarin concludeerde de AP dat de afweging op de verschillende onderdelen toereikend noch overtuigend is in de onderbouwing van de noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit van de voorgestelde doorbreking van het medisch beroepsgeheim. Evenmin is voldaan aan de vereisten die op basis van artikel 6 EVRM worden gesteld aan de voorziening inzake de persoonlijke levenssfeer en die op grond van artikel 13, eerste lid, onder f) Wbp ook gelden voor een wettelijke uitzondering op het verbod op het verwerken van bijzondere persoonsgegevens.

¹ Tegelijkertijd zullen de volgende wetsvoorstellen worden behandeld: Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (32 399) en Wet zorg en dwang psychiatrische en verstandelijke gehandicapte cliënten (31 596).

² Artikel 7.1, onderdeel F, van de Wet forensische zorg.



AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

Datum
11 januari 2018

Ons kenmerk

Tijdens een recent bezoek aan u hebben we onze sterke bezwaren tegen dit voorstel herhaald. Het grote maatschappelijke belang van het medische beroepsgeheim kan niet gemakkelijk worden overschat. Het gaat namelijk niet alleen om de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van een specifieke betrokkene, maar ook om het algemeen maatschappelijk belang van toegankelijkheid van de gezondheidszorg. Het effect van de voorgestelde regeling zou kunnen zijn dat verdachten/patiënten zorg zullen mijden, bepaalde gegevens uit hun medisch dossier preventief laten verwijderen of dat hulpverlening of zorg wordt vermeden, etcetera. Kortom, de voorgestelde regeling voldoet niet aan de principes van proportionaliteit en subsidiariteit.

Wel begrijpen wij – zoals we eveneens bespraken – de wens om te zoeken naar mogelijkheden om de rechter ook met betrekking tot weigerende observatie wellicht beter dan nu voor te kunnen lichten en te kunnen adviseren en/of de huidige procedures met betrekking tot weigerende observatie te wijzigen en/of te verbeteren waar nog mogelijk en/of aan te passen. Dat is een legitiem doel. De wijze waarop dat legitieme doel kan worden bereikt, is vanzelfsprekend aan de wetgever, waarbij de proportionaliteit en subsidiariteit in acht moeten worden genomen.

In het kader van het subsidiariteitsbeginsel hebben wij u mondeling een mogelijk alternatief geschetst: voor het nu voorliggende wetsvoorstel. U gaf aan zeer geïnteresseerd te zijn in dit alternatief en u heeft ons gevraagd om dit voorstel in hoofdlijnen uit te werken in een brief aan u. Dat doen we bij dezen. Omdat alle relevante wetgeving – inclusief de details, de uitzonderingen en nuances, etcetera – bij u bekend is, zullen wij ons beperken tot de hoofdlijnen en de juridische details en nuances zoveel als mogelijk achterwege laten.

Recenen om niet mee te werken aan een onderzoek

Allereerst is dan relevant te noemen dat voor verdachten de redenen om niet mee te willen werken aan een onderzoek divers kunnen zijn. Dat kan enerzijds zijn de wens om zo mee te werken aan het creëren van de mogelijkheid om de maatregel van een strafrechtelijke plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis of de maatregel van TBS opgelegd te kunnen krijgen. Anderzijds kan het ook zijn dat door mee te werken via dat onderzoek met betrekking tot de verdachte en/of een medeverdachte feiten en/of omstandigheden bekend kunnen worden die hij kunnen dragen aan het bewijs en/of aan de overtuiging van de rechter. Voor een veroordeling geldt immers dat er voor de rechter niet alleen voldoende wettige bewijsmiddelen moeten zijn, maar dat de rechter op basis daarvan ook de overtuiging moet hebben dat de verdachte het hem verweten feit daadwerkelijk heeft gepleegd. Dat moet voor de rechter vaststaan 'beyond reasonable doubt'. En bij dit laatste kan ook de inhoud van rapportage van deskundigen een rol spelen. Ook rapporten die zijn opgesteld naar aanleiding van een onderzoek in bijvoorbeeld het Pictet Baan Centrum. Als niet 'beyond reasonable doubt' is bewezen dat de verdachte het hem tenlastegelegde feit heeft begaan, dan dient hij vrijgesproken te worden. Voorts kan het zo zijn dat een verdachte ook echt onschuldig vast zit en dat hij er dus zeker van is dat hij (uiteindelijk) zal worden vrijgesproken. Tot slot zal een enkele verdachte ook niet meer kunnen werken aan een onderzoek, omdat de stoornis dat verhindert.



AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

Datum

17 januari 2018

Case kenmerk

Het voorgaande betreft de redenen/omzaken aan de zijde van de verdachte om niet toe te willen werken aan dat onderzoek naar de geestvermogens. Voor zover die betrekking hebben op vraagstukken in relatie tot het bewijs, de overtuiging van de rechter en/of de vraag welke straf mogelijk passend en geboden is zijn de redenen legitiem en dienen die dan ook gerespecteerd te worden. Van verdachten kan immers niet worden gevraagd bij te dragen aan de eigen veroordeling.

Onderscheid straffen en maatregelen

Met betrekking tot het al dan niet (kunnen) opleggen van TBS zijn daarnaast echter de volgende overwegingen eveneens van belang. Daarbij laten we voor de overzichtelijkheid de mogelijkheid van strafrechtelijke plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis achterwege, maar daarvoor geldt hetzelfde.

Dat is allereerst het onderscheid tussen straffen en maatregelen.

Straffen dienen allerlei doelen, waaronder vergelding. Als een rechter het ten laste gelegde feit bewezen acht, het een strafbaar feit betreft en hij de verdachte voor dit feit strafbaar acht, dan mag hij overgaan tot het opleggen van een straf. De hoofdstaffen die dan kunnen worden oplegd zijn: gevangenisstraf, hechtenis, taakstraf en geldboete.⁵ Ook bij het al dan niet kunnen opleggen van een straf kan niet-toerekenbaarheid al een rol spelen, omdat dat hier een mogelijke strafuitsluitingsgrond is. Als een delict heverzen wordt verklaard, wordt echter verondersteld dat van toerekenbaarheid sprake is, tenzij het tegendeel blijkt. Met andere woorden, deze toerekenbaarheid behoeft dus niet te worden bewezen met aanvullende bewijsmiddelen, zoals rapporten van deskundigen. Er moet door of namens de verdachte een beroep op worden gedaan en het bestaan ervan moet aanwendelijk worden gemaakt. Als een verdachte weigert om mee te werken aan zo'n onderzoek, zal de aanwezigheid van deze strafuitsluitingsgrond dan ook niet straf aanwendelijk kunnen worden gemaakt. Of een verdachte van die mogelijkheid gebruik wenst te maken is uiteraard aan hem.

Maatregelen zijn geen straffen en dienen ook geen strafdoelen. Als een rechter het ten laste gelegde feit bewezen acht, het een strafbaar feit betreft en hij de verdachte voor dit feit strafbaar acht, dan mag hij naast het in plaats van het opleggen van een straf overgaan tot het opleggen van een maatregel. Maatregel kunnen worden oplegd om de maatschappij te beveiligen of om een rechtmatige toestand te herstellen. Maatregelen zijn: plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis, TBS, plaatsing in een inrichting voor atselmatige daders, onttrekking van het verkeer, ontroeming van het wederrechtelijk verkregen voordeel en schadevergoeding.

TBS

TBS is – kort gezegd – zo'n beveiligingsmaatregel.

Het opleggen van een maatregel kan direct in de eindspraak plaatsvinden, maar het is nu al mogelijk om dat te doen in een afzonderlijke procedure, bijvoorbeeld voor het opleggen van de maatregelen met betrekking aan het verkeer en de ontroeming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Bij TBS bestaat die mogelijkheid nog niet.

⁵ De betreffende straffen zijn: arrestatie van bepaalde rechts, beheersvoering en openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak.



AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

Datum

11 januari 2015

Ons kenmerk

TBS is dus geen straf, maar een maatregel. Een maatregel die kan worden opgelegd aan de verdachte bij wie tijdens het begaan van het feit een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens bestond en de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen het opleggen van die maatregel eist. Het criterium waaraan dient te worden getoetst is het zogenaamde gevaarescriterium. TBS kan zowel worden opgelegd aan de verrindend treftrekeningsvatbare als aan de volledig ontoerekeningsvatbare. Voor oplegging van TBS geldt als voorwaarde dat vast moet staan dat bij de verdachte tijdens het begaan van het delict een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens bestond. Het is aan de rechter om dat vast te stellen en de vaststelling of daarvan sprake was, moet met voldoende redenen zijn omkleed. Een rechter heeft daarin een eigen verantwoordelijkheid en is niet gebonden aan door deskundige uitgebrachte adviezen. Oplegging van TBS is – bij weigerende observandi daaronder ook mogelijk – onder dit daaraan rapportages van gedragsdeskundigen ten grondslag liggen. De wet bepaalt dat bij een weigering de gedragsdeskundigen voorzover mogelijk gezamenlijk dan wel ieder van hen afzonderlijk over de reden van de weigering een rapport opmaken. De rechter doet zich in dat geval zoveel mogelijk een ander advies of rapport overleggen, dat hem over de wenselijkheid of noodzakelijkheid van TBS kan voorlichten en waarbij aan de toestandkoming daarvan de betrokkene wel bereid is om medewerking te verleuen.

Verlenging opgelegde TBS

Een eenmaal opgelegde TBS kan worden verlengd door de rechtbank die die maatregel heeft opgelegd. Huis' daarvoor zijn in het algemeen de rapporten van gedragsdeskundigen. Het criterium waaraan dient te worden getoetst, is opnieuw het gevaarescriterium. Het id wegevaars peelt daarbij een belangrijke rol. Ook bij beslissingen over het al dan niet verlengen speelt de problematiek van de weigerende observandi. Het weigeren om mee te werken aan onderzoek sluit echter (ook hier) niet uit dat de betrokkene wel kan worden geobserveerd en dus ook daadwerkelijk wordt geobserveerd. Dat leidt dan tot rapportages waarin de observaties zijn weergegeven, die observaties worden geduid en waarin ook de redenen van de weigering zijn opgenomen. In het algemeen leidt dat tot rapportages en adviezen op basis waarvan de rechter verantwoord tot een besluit kan komen. Ook hier kan bijvoorbeeld de stoornis zelf de reden zijn voor de weigering. Alleen in het geval dat wel door middel van observatie worden vastgesteld. Bezooft eggen het al dan niet verlengen van een TBS kan uitsluitend worden ingeteld bij de penitentiaire kamer van het Arnhemse gerechtshof. Die kamer bestaat – anders dan de samenstelling van een kamer in eerste aanleg – niet alleen uit rechters. In die spekkamer hebben ook twee gedragsdeskundigen zitting: over het algemeen een psycholoog en een psychiater. Dat maakt deze kamer in deze samenstelling bij uitstek ervaren en deskundig om dit soort beslissingen te nemen. In het maakt deze kamer ook bij uitstek ervaren en deskundig om verlengingsbeslissingen te nemen in zaken waarin de veroordeelde weigert om mee te werken aan onderzoek. De stemmen van de gedragsdeskundigen wegen voor al zwaar bij vragen over de diagnostiek en de inschatting van het risico dat iemand opnieuw een misdrijf zal plegen, aldus de oudvoorzitter van die kamer op de site van dat gerechtshof. Deze bijzondere samenstelling van deze kamer is mogelijk gemaakt in de Wet op de rechterlijke organisatie.



AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

Datum

11 januari 2018

Ons kenmerk

Afzonderlijke procedure

Zoals hiervoor al is weergegeven, is het nu al mogelijk om bijvoorbeeld het opleggen van de maatregel of toewijzing van het wettelijk verkregen voordeel te laten plaatsvinden in een afzonderlijke procedure.

Het recht moet echter wel voorspelbaar zijn. Ook verdachten en veroordeelden moeten kunnen vertrouwen op het door de overheid gegeven recht. Het recht moet ook in die zin voorspelbaar zijn, dat voortvloeiend is hoe het recht kan reageren op (in dit geval) de bewezenverklaring van een strafbaar feit en het strafbaar zijn van de verdachte, en eenmaal onherroepelijk vastgestelde rechtsposities dienen te worden gerespecteerd. Dit alles vereist het rechtszekerheidsbeginsel. Een burger dient op basis van de wet te kunnen nagaan welk gedrag als strafbaar wordt aangemerkt en met welke sanctie of maatregel dat gedrag wordt bestraft. Daarom dient het OM bijvoorbeeld niet betrekking tot het al dan niet doen van een afzonderlijke ontzettingvordering (uiterlijk) tijdens het onderzoek ter terechtzitting kenbaar te maken of het voortvarens is over te gaan tot veroordeling - alsnog een ontzettingvordering afhankelijk te maken. Doet het OM dat niet, dan verspreit het dat recht. Dat is een concrete uitwerking van het rechtszekerheidsbeginsel. En de ontzettingvordering moet in beginsel uiterlijk binnen twee jaar na de uitspraak in eerste aanleg bij de rechtbank aanhangig worden gemaakt. Ook veroordeelden mogen niet te lang in onzekerheid verkeren.

Alternatief voorstel

Een combinatie van de inhoud van en de gedachten achter voorgaande overwegingen bracht ons dus tot het volgende alternatief.

Indien een rechter het noodzakelijk acht dat er een onderzoek plaats dient te vinden naar de geestvermogens van de verdachte of indien de rechter toepassing van artikel 17, 37a of 38a Sr. overweegt kan hij bevelen dat de betrokkene ter observatie zal worden overgebracht naar een psychiatrisch ziekenhuis of een instelling waar de verdachte geobserveerd kan worden. Dat is nu al de wettelijke regeling. Als door het OM en/of de rechter de waarschijnlijkheid is geuit om zo'n onderzoek te doen naar de geestvermogens en een verdachte weigert om mee te werken aan zo'n onderzoek dan wordt dat gerespecteerd.

Zodra die weigering daarmee dan een gegeven is, vindt de berechting plaats op basis van de stukken die er dan zijn. Inclusief een eventuele behandeling in hoger beroep en in cassatie. Werkt de verdachte niet mee, dan kan en mag de rechter bij het nemen van beslissingen over het al dan niet opleggen van TBS uiteraard wel kennis blijven nemen van rapporten die zijn opgemaakt in eerdere strafzaken etcetera. De rechter heeft en houdt daarbij immers de eigen verantwoordelijkheid om te oordelen of hij wel of niet in staat is om verantwoord en gemotiveerd vast te stellen of bij de verdachte tijdens het begaan van het delict al dan niet sprake was van een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens. Op basis van de dan aanwezige rapportage(s) kan dan ook nog steeds worden overgegaan tot het opleggen van TBS. Wordt de verdachte vrijgesproken, dan is de zaak daarmee afgedaan en had zo'n onderzoek ook geen zin.

1/15



AUTORITEIT
PERSOONS-
GEGEVENS

Datum

11 januari 2018

Ons kenmerk

Wil een verdachte tijdens het hoger beroep alsnog wel meewerken dan kan in die fase het onderzoek naar de geestvermogens alsnog plaatsvinden.

Indien de rechter tot het oordeel komt dat het ten laste gelegde feit bewezen is, het een strafbaar feit betreft en hij de verdachte voor dit feit strafbaar acht, maar er geen TBS wordt opgelegd terwijl er sprake is van een weigering om mee te werken aan een onderzoek naar de geestvermogens, dan dient dat feit - d.w.z. die vastgestelde weigering - te worden opgenomen in de uitspraak. Daarmee blijft de vraag openstaan of de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen (tevens) dijt dat op basis van deze bewezenverklaring aan deze verdachte (tevens) de maatregel van TBS opgelegd moet worden.

Bij vermoedende weigerende observatie is in het algemeen sprake van zeer ernstige strafbare feiten waaraan vaak zal leiden tot de oplegging van een langdurige gevangenisstraf. Zodra de uitspraak onherroepelijk is, begint de executie van die straf. Dit kan er zijn dat deze gevallen dan bij voorkeur plaats dienen te vinden in (een afdeling van) een inrichting met - naast de gebruikelijke voorzieningen voor de tenuitvoerlegging van de straf - goede mogelijkheden voor (aanvullend) onderzoek en/of observatie. Bijvoorbeeld een inrichting met een gespecialiseerd centrum voor gedeelteseniden met (mogelijk) psychiatrische problematiek of een inrichting met een afdeling die vergelijkbaar is met een afdeling waarin nu al weigerende observatie worden opgenomen. Het gegeven dat het tijdens de behandeling van de strafzaak wel nodig werd geacht om een onderzoek te doen naar de geestvermogens van de verdachte en dat onderzoek als gevolg van de weigering niet heeft kunnen plaatsvinden zodat (nog) niet op een verantwoorde wijze besloten kon worden of TBS al dan niet (aanvullend) noodzakelijk is, rechtvaardigt de plaatsing met deze observatiemogelijkheid.

Voor dit relatief kleine aantal veroordeelden kan op vrij eenvoudige wijze - vergelijkbaar met de maatregel tot onthechting - in de wet worden opgenomen dat het OM de mogelijkheid heeft om uiterlijk binnen twee jaar na het onherroepelijk worden van de veroordeling alsnog aan de rechter te vragen om aanvullend of in plaats van de al opgelegde gevangenisstraf de maatregel van TBS op te leggen. Eventueel dus ook in plaats van de reeds opgelegde gevangenisstraf, omdat de rechter ook nu al bij het opleggen van TBS kan afzien van straffen bij verminderde toerekeningsvermogen ook een lagere straf kan opleggen dan wanneer dat niet het geval is. En er kan geen principieel bezwaar zijn tegen het later door de rechter alsnog verlagen van een reeds opgelegde straf. Ook dat kan niet een enkel artikel in de wet mogelijk worden gemaakt.

De aanvullende vordering om alsnog TBS op te kunnen leggen kan worden gebaseerd op onder meer het 'oude' strafbesluit, alle andere bij de politie en/of justitie bekende informatie, rapportages die kunnen worden gebaseerd op de observaties, aanvullend (sociaal) onderzoek, de redenen voor de bijvondende weigering, e.d. Omdat de termijn voor bijvoorbeeld observatie aanzienlijk langer is - tot maximaal twee jaar - dan mogelijk is voortgaand aan een tijdens de berechting en of naar aanleiding van die berechting mogelijk nog specifiek onderzoek kan plaatsvinden, kan dit in zijn algemeenheid niet anders dan tot goed doordachte besluiten over het al dan niet (aanvullend) vorderen van TBS leiden waaraan goed onderbouwde vorderingen en verantwoorde adviezen aan ten grondslag liggen.

6/8



AUTORITEIT
PERSOONSgegevens

Datum

17 januari 2018

Ons kenmerk

Niet op voorhand kan worden uitgesloten dat een eenmaal onherroepelijk veroordeelde alsnog wel wel meewerken aan onderzoek. Dan kan hij alsnog of nogmaals geplaatst worden in het Pieter Buur Centrum.

De termijn – vergelijkbaar met de ontvoeringsevaluering – beperken tot twee jaar na het onherroepelijk worden van de veroordeling is redelijk. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is dat een redelijke termijn en een termijn van maximaal twee jaar waarbij men de veroordeelden geobserveerd kunnen worden, is anderszins wel zodanig lang dat dan tot een verantwoord besluit gekozen kan worden. Meewerken aan het onderzoek is en blijft nog steeds niet verplicht.

Het aantal weigerende observandi is beperkt. Daarom zou het voor de kwaliteit van de beslissingen wellicht aan te bevelen zijn om – vergelijkbaar met de procedure in hoger beroep bij verervingen – ook hier de ervaring en deskundigheid te concentreren bij een kamer van een rechtbank. Een kamer – bijvoorbeeld bij de rechtbank te Arnhem – die dan soortgelijk is samengesteld als de penitentiaire kamer van het Arnhemse gerechtshof, dat wil zeggen een kamer waarin naast drie rechters ook twee gedragsdeskundigen zitting hebben. Ook dat kan met een paar kleine aanpassingen van de wet – in dit geval de Wet op de rechterlijke organisatie – mogelijk worden gemaakt. Het beroep tegen het opleggen of het afwijzen van de maatregel kan worden behandeld bij de al bestaande penitentiaire kamer bij het gerechtshof te Arnhem.

Het rechtszekerheidsbeginsel vereist wel dat deze mogelijkheid en deze procedure beperkt blijven tot enkel deze gevallen. Wanneer er niet sprake is van een weigering moet een veroordeelde achteraf niet alsnog kunnen worden 'verrukt' met deze vordering. Is er echter wel sprake van een weigering, dan weet de veroordeelde vanaf dat moment dat deze procedure later alsnog kan volgen.

De voorgestelde procedure is ons inziens niet in strijd met bijvoorbeeld het EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie, waaronder onder meer de Constantia-uitspraak die betrekking heeft op een weigerend observandi.

En artikel 13 Sr. kan ingezet blijven worden voor alle gedetineerden die daarvoor in aanmerking komen. Op basis van die bepaling kan een veroordeelde tot gevangenisstraf die wegens de gebrakke ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens daarvoor in aanmerking komt, tijdens de tenuitvoerlegging van de detentie geplaatst worden in een justitiële inrichting voor verpleging van ter beschikking gestelden. Dit kan gedurende de gehele periode van de detentie en heeft verder geen verband met het gepleegde strafbare feit en/of met TBS. Ook die plaatsing vindt overigens alleen plaats op basis van het advies van ten minste twee gedragsdeskundigen van verschillende disciplines – waaronder een psychiater – die de betrokkene hebben onderzocht. Ook hier geldt uitvaard voor de gedetineerde niet de verplichting om mee te werken aan zijn onderzoek. Maar dat sluit – ook hier – het doen van zijn onderzoek – incl. de daarbij behorende observaties – niet uit. Ook overplaatsing van een gedetineerde naar een psychiatrisch ziekenhuis blijft op basis van de geldende wetgeving uitvaard gewoon mogelijk.

Ons inziens zal bij bovengestand alternatief wel worden voldoen aan de criteria van proportionaliteit en subsidiariteit, omdat er geen sprake meer is van een doortbreking van het medisch beroepsgeheim en de



AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

Datum

11 januari 2018

Ons kenmerk

wettelijke regeling in het kader van artikel 23, eerste lid, onder f, van de Wvhp zal heel anders worden vormgegeven.

Hoogachtend,
Autoriteit Persoonsgegevens,

Mr. A. Wolfers
Voorzitter

CC:

De minister van Rechtsbescherming, drs. S. Dekker

De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, de heer H.M. de Jonge

De vaste commissie voor Justitie en Veiligheid van de Tweede Kamer

De vaste commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport van de Tweede Kamer

Bijlage 2: Motie Kuiken en Van Oosten

Motie

De Kamer,
gehoord de beraadslaging,

overwegende dat tbs kan worden opgelegd aan personen die onder invloed van een psychiatrische ziekte of stoornis een ernstig strafbaar feit hebben gepleegd;

overwegend dat in het geval de verdachte weigert aan een gedragskundig onderzoek mee te werken niet in alle gevallen tbs kan of wordt opgelegd;

van mening dat ook in het belang van de veiligheid voorkomen moet worden dat een delinquent vanwege een weigering om mee te werken geen tbs kan krijgen;

van mening dat in het geval van een weigerende verdachte na twee jaar detentie alsnog beoordeeld moet kunnen worden of tbs noodzakelijk is;

van mening dat na twee jaar detentie aan de hand van rapportages van onder andere de directeur van de inrichting, de medische verzorgers aldaar of andere relevante informatie of observaties een gedragskundig advies over de psychische gesteldheid van de gedetineerde moet kunnen worden vastgesteld;

verzoekt de regering te bezien hoe aansluitend aan detentie aan de hand van een gedragskundig advies de rechter de mogelijkheid krijgt om alsnog tbs op te leggen,

en gaat over tot de orde van de dag.

Kuiken
Van Oosten

Bijlage 3: Risico in plaats van stoornis

Risico in plaats van stoornis

Tbs is een beveiligingsmaatregel en is bestemd voor verdachten die een strafbaar feit hebben begaan onder invloed van een psychische stoornis en die een ernstig gevaar opleveren voor de samenleving. Voor het opleggen van een tbs-maatregel is nu wettelijk vereist dat 1) verdachte een stoornis heeft en 2) hieruit gevaar voor de samenleving voortvloeit. Wanneer verdachte weigert mee te werken aan een gedragskundig onderzoek is het echter mogelijk dat geen stoornis kan worden vastgesteld. Een mogelijke oplossing is om als alternatief voor het stoornisvereiste ook een tbs-maatregel op te kunnen leggen bij een hoog risico op recidive.

Middels risicotaxatie-instrumenten kan (ook bij weigering) worden vastgesteld of iemand een hoge kans heeft een nieuw delict te plegen: op basis van *statische* risicotaxatie-instrumenten (gebaseerd op historische factoren) kan met behulp van het dossier een adequate taxatie gemaakt van het recidiverisico. Voor het verfijnen van de taxatie en identificeren van behandeldoelen is medewerking van een verdachte aan een *dynamisch* risicotaxatie-instrument gewenst, maar dat hoeft zich niet uit te strekken tot het bespreken van het delict. Bij algehele weigering van de verdachte kunnen dergelijke instrumenten alsnog (gedeeltelijk) worden gescoord op basis van informatie van derden of uit dossiers. Een recidiveverlagende behandeling in tbs is gericht op de zo vastgestelde dynamische risicofactoren. Dynamische risicofactoren kunnen een onderdeel zijn van een stoornis, maar zijn dat vaak ook niet. Veel van de behandeling in tbs wordt gegeven door psychologen. Dergelijke therapieën (zoals bijvoorbeeld cognitieve gedragstherapie) zijn gericht op het verminderen van recidive door het veranderen van gedrag en niet primair op het behandelen van een stoornis.

Het risicotaxatie-instrument richt zich op het indexdelict, er wordt getoetst of iemand een hoog risico heeft op het plegen van een zelfde soort delict.

De behandeling wordt op deze manier meer rechtstreeks vorm gegeven vanuit de beveiligingsgedachte van de samenleving.