

Tbs en stoornis

Enkele overwegingen voor de wetgever

Sjors Ligthart, Tijs Kooijmans & Gerben Meynen¹

Als verdachten weigeren mee te werken aan het onderzoek pro Justitia kunnen gedragsdeskundigen soms geen stoornis vaststellen, hetgeen aan tbs-oplegging in de weg kan staan. Dit acht de Minister voor Rechtsbescherming onwenselijk en hij wil in de wet expliciteren dat voor tbs-oplegging een juridisch stoornisconcept geldt, dat ruimer is dan het medisch stoornisbegrip. Dat wil zeggen dat voor de vaststelling van een psychische stoornis geen medische diagnose zou zijn vereist. In dit artikel wordt ingegaan op enkele knelpunten die door de aangekondigde wetswijziging kunnen ontstaan. Deze hebben betrekking op artikel 5 lid 1 onder e EVRM, de verdedigingspositie van verdachten en de consistentie tussen oplegging en tenuitvoerlegging van de tbs. Vanwege deze knelpunten zouden volgens de auteurs ook andere voorstellen moeten worden onderzocht om de samenleving te beschermen tegen gevaarlijke personen van wie geen psychische stoornis kan worden vastgesteld door de gedragsdeskundige.

1. Inleiding

De tbs-maatregel is het beste antwoord op mensen die tijdens het plegen van een ernstig strafbaar feit lijden aan een psychische stoornis en een gevaar vormen voor de samenleving, aldus de Minister voor Rechtsbescherming in een recente brief aan de Tweede Kamer.² Echter, als verdachten weigeren mee te werken aan het onderzoek pro Justitia kunnen de gedragsdeskundigen soms geen stoornis vaststellen,³ hetgeen aan tbs-oplegging in de weg kan staan.⁴ Dit acht de minister onwenselijk. Om problemen rondom tbs-oplegging aan weigerende verdachten te beperken, zijn verschillende voorstellen gedaan, welke recentelijk op hun juridische haalbaarheid zijn getoetst.⁵ Mede naar aanleiding van dat onderzoek acht de Minister voor Rechtsbescherming het noodzakelijk om de tekst van artikel 37a Sr te verduidelijken, en wel door een codificatie van de rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt. In het voorgenomen wetsvoorstel zou ten eerste tot uitdrukking moeten komen dat de wet uitgaat van een juridisch stoornisconcept. Daarmee wordt bedoeld dat een medische diagnose niet is vereist en dat een zekere aannemelijkheid voldoende is voor de vaststelling van een stoornis door de rechter. Ten tweede zouden het gevaar voor de samenleving en de kans op recidive meer de bepalende factoren moeten zijn bij tbs-oplegging.⁶

In deze bijdrage vragen wij aandacht voor (vooral) het eerste punt. Of de rechter bij het opleggen van tbs zelfstandig een stoornis zou moeten kunnen vaststellen, is al enkele jaren een punt van discussie.⁷ Recentelijk verschenen verschillende publicaties over dit onderwerp, waarin sommigen bepleiten dat een medische diagnose niet is vereist, noch zou moeten zijn voor het opleggen

van tbs,⁸ terwijl anderen juist vraagtekens zetten bij deze opvatting.⁹ In deze bijdrage gaan we nader in op de wijze waarop het stoornisvereiste voor de tbs-oplegging zou kunnen worden vormgegeven. Hierbij stellen we niet centraal welke mogelijkheden (in het licht van de wetgeschiedenis en rechtspraak van de Hoge Raad) de tekst van artikel 37a Sr thans biedt,¹⁰ maar kijken we vooral naar wat wenselijk is met het oog op de nieuwe wetgeving die door de Minister voor Rechtsbescherming is aangekondigd. Hiermee draagt deze bijdrage niet alleen bij aan de actuele wetenschappelijke discussie, maar biedt zij ook overwegingen die kunnen worden betrokken in het aangekondigde wetsvoorstel en het naar aanleiding daarvan te voeren politieke debat over het stoornisvereiste, welk debat onlangs met de genoemde Kamerbrief is aangevangen. Voor beantwoording van de vraag wat (on)wenselijk is, maken we gebruik van internationaalrechtelijke kaders en slaan we acht op praktische overwegingen.

De opzet is als volgt. In par. 2 vragen we aandacht voor een drietal knelpunten die in onze optiek ontstaan als rechters in het kader van de tbs-oplegging zelfstandig een stoornis vaststellen, waarna in par. 3 enkele conclusies volgen.

2. De stoornis

Artikel 37a lid 1 Sr eist voor tbs-oplegging de aanwezigheid van een psychische stoornis ten tijde van het delict. De wet noch de Hoge Raad vereist een causaal verband tussen stoornis en delict; gelijktijdigheid is voldoende.¹¹ Voorts kan uit de wetgeschiedenis worden opgemaakt dat de wet uitgaat van een juridisch stoornisconcept, dat ruimer is dan het medisch stoornisbegrip.¹² Dit wil de

Een consequentie van een juridisch stoornisconcept, is dat rechters zelfstandig (de aannemelijkheid van) 'een stoornis' (mogen) vaststellen indien de gedragsdeskundigen hiertoe niet in staat blijken

minister expliciteren in de wet, zodat duidelijk wordt dat voor de vaststelling van een psychische stoornis geen medische diagnose zou zijn vereist.

Dat de wet uitgaat van een juridisch stoornisconcept betekent onder meer dat een psychische stoornis voor het opleggen van tbs niet hoeft te zijn erkend in een bepaald classificatiesysteem, zoals de DSM-5. Ook andere afwijkingen, zoals hyperseksualiteit, kunnen oplegging van een tbs-maatregel legitimeren.¹³ Een andere belangrijke consequentie van een juridisch stoornisconcept, is dat rechters zelfstandig (de aannemelijkheid van) 'een stoornis' (mogen) vaststellen indien de gedragsdeskundigen hiertoe niet in staat blijken.¹⁴ Een dergelijke gang van zaken deed zich voor in de *Hoogerheide*-zaak, waarin het Arnhemse gerechtshof een stoornis vaststelde en tbs oplegde, terwijl de in die zaak recent geconsulteerde gedragsdeskundigen niet een stoornis hadden vastgesteld bij de verdachte.¹⁵ Deze uitspraak bleef in cassatie overeind.¹⁶ De zaak staat niet op zichzelf. Ook in andere strafzaken is een dergelijke werkwijze zichtbaar van de rechter in de vaststelling van een stoornis ten

tijde van het delict, terwijl de gedragsdeskundigen op basis van wekenlange observatie in het Pieter Baan Centrum (PBC) en alle overige aanwezige informatie geen stoornis hebben kunnen vaststellen. Een dergelijke wijze van tbs-oplegging kwam, in eerste aanleg, in de periode 2012-2016 blijkens onderzoek van Nagtegaal in minstens twintig zaken voor. In hoger beroep waren dat er minstens dertien.¹⁷ Het zelfstandig vaststellen van een juridische stoornis door de rechter bij tbs-oplegging leidt onzes inziens evenwel tot verschillende knelpunten. We noemen er drie.

Knelpunt 1. Artikel 5 lid 1 onder e EVRM

Een eerste knelpunt ontstaat in het kader van artikel 5 EVRM.¹⁸ Volgens artikel 5 lid 1 EVRM mag niemand van zijn vrijheid worden beroofd, tenzij sprake is van een uitzonderingsgeval zoals genoemd in dit artikel. Voor ieder van de beperkingsgronden geldt dat zij 'in accordance with a procedure prescribed by law' en 'lawful' moet zijn. Deze eisen van rechtmatigheid brengen met zich dat iedere vorm van vrijheidsontneming in overeenstemming moet zijn met het doel van artikel 5 EVRM, namelijk de bescherming tegen willekeur.¹⁹ Voorts kan uit de Straatsburgse jurisprudentie worden afgeleid dat er een relatie moet bestaan tussen enerzijds de grond waarop de vrijheidsontneming is gebaseerd en anderzijds de plaats en omstandigheden waaronder de vrijheidsontneming plaatsvindt. Dat verklaart waarom op de oplegging van tbs (ook) de beperkingsgrond van artikel 5 lid 1 onder e EVRM van toepassing is: de rechtmatige detentie van *persons of unsound mind*. Deze grondslag is van toepassing op de tbs, tezamen met de grondslag uit artikel 5 lid 1 onder a EVRM (de rechtmatige detentie na een veroordeling).²⁰ Dit is door het EHRM ook herhaaldelijk bevestigd.²¹

Volgens de conclusie van advocaat-generaal Silvis in de *Hoogerheide*-zaak betekent deze tweeledige grondslag 'dat de vrijheidsbeneming als gevolg van de tbs-maatregel

Auteurs

1. Mr. S.L.T.J. Ligthart en prof. mr. T. Kooijmans zijn respectievelijk promovendus en hoogleraar straf(proces)recht, Tilburg University. Prof. dr. G. Meynen is hoogleraar forensische psychiatrie, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL), Universiteit Utrecht, tevens bijzonder hoogleraar Ethiek en psychiatrie, Geesteswetenschappen VU.

Noten

2. Kamerstukken II 2018/19, 29452, 229 (Kamerbrief Tenuitvoerlegging van de tbs-maatregel), p. 1.
3. M. Kempes & M.J.F. van der Wolf, 'Wat kan een gedragsdeskundige nog adviseren bij een weigeraar? Een vignet studie', *Sancties* 2018/41.
4. M.H. Nagtegaal, *Vijftien jaar weigerende verdachten in het Pro Justitia onderzoek: prevalentie, afdoeningen door de rechter en informatiebehoefte Openbaar*

Ministerie en Rechterlijke Macht, Den Haag: WODC 2018.

5. P.A.M. Mevis, S. Struijk & M.J.F. van der Wolf, *Juridische haalbaarheid van voorgestelde oplossingen voor de weigeraarsproblematiek omtrent tbs-oplegging*, Rotterdam: EUR 2018.
6. Kamerstukken II 2018/19, 29452, 229, p. 4-5.
7. Zie bijv. A.R. Mackor, 'Grenzen aan de autonomie van strafrechters: wie bewijst de stoornis en het recidiverisico?', *Ontmoetingen: Voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap*, 2012/17; 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.
8. Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018; 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; J.K. de Bree, 'De weigeraar in het strafproces', *DD* 2018/68; M.J.F. van der Wolf, N. Gielesen & F.J. Kaat, 'Wat wil de rechter met

de weigeraar en waarom? Een analyse van recente jurisprudentie', *Sancties* 2018/42.

9. S. Struijk & G. Meynen, 'De problematiek achter de weigeraarsproblematiek', *Sancties* 2018/39; T. Kooijmans & G. Meynen, 'Who Establishes the Presence of a Mental Disorder in Defendants? Medicolegal Considerations on a European Court of Human Rights Case', *Frontiers in Psychiatry* 2017, 8; G. Meynen, 'Een medische of een juridische stoornis?', *TvP* 2019 (in druk).
10. Zie hiervoor Van der Wolf e.a. 2012; M.J.F. van der Wolf, *TBS: veroordeeld tot vooroordeel* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: WLP 2012.
11. J. Bijlsma, 'Het gelijktijdigheidsvereiste bij oplegging van tbs. Een onderzoek naar een dubbelzinnig criterium', *DD* 2014/4; Van der Wolf 2012, p. 217-218; T. Kooijmans, *Op maat geregeld?* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002, p. 156-159.
12. Zie o.a. Van der Wolf e.a. 2012; Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, p. 22-24.
13. HR 18 december 2012, *NJ* 2013/466,

m.nt. B.F. Keulen.

14. Kamerstukken II 2018/19, 29452, 229, p. 4; Van der Wolf, Gielesen & Kaat 2018.
15. Hof Arnhem 18 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ4981.
16. HR 22 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6184.
17. Nagtegaal 2018, p. 70-74.
18. Zie ook Kooijmans & Meynen 2017.
19. Zie o.a. EHRM 24 oktober 1979, *NJ* 1980/114 (*Winterwerp/Nederland*).
20. Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, p. 13-15; Van der Wolf & Mevis 2018; A-G Silvis in de conclusie voor HR 22 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6184, onder 8; Kooijmans & Meynen 2017.
21. EHRM 3 maart 2015, *NJ* 2015/282, m.nt. B.E.P. Myjer (*Constancia/Nederland*), § 29; EHRM 5 april 2011, 6051/07 (*Nelissen/Nederland*), § 59; EHRM 11 mei 2004, 49902/99 (*Brand/Nederland*), § 59.

in de eerste plaats is verbonden met de veroordeling wegens een delict en het gevaar dat zich reeds heeft verwelikt, en dat aan de voor oplegging daarvan vereiste psychische stoornis en het vaststellen daarvan andere eisen worden gesteld dan ten aanzien van de in lid 1 onder e van artikel 5 EVRM bedoelde (civielrechtelijke) vrijheidsbenaming die enkel is gebaseerd op die stoornis en het daaruit voortvloeiende gevaar voor de desbetreffende persoon en zijn omgeving'.²² Welke voorwaarden nu precies voortvloeien uit artikel 5 lid 1 onder e EVRM voor de vaststelling van een psychische stoornis (bij weigerende observandi) in het kader van (niet een 'BOPZ-maatregel' maar) onze eigen tbs-maatregel, is inmiddels door het EHRM uiteengezet in diezelfde *Hoogerheide*-zaak.²³ Deze voorwaarden worden hieronder besproken en ter illustratie betrokken op enkele uitspraken waarin de rechtbank zelfstandig een stoornis heeft vastgesteld waarna tbs is opgelegd.

We merken hierbij op dat vrijheidsbenaming in de zin van de tbs-maatregel op zichzelf kan zijn gerechtvaardigd in verband met een strafrechtelijke veroordeling (artikel 5 lid 1 onder a EVRM). Echter, indien dit verband (door tijdsverloop) vervaagt en de nadruk meer komt te liggen op het verband tussen stoornis en gevaar, kan de a-grond op een gegeven moment komen te vervallen, zo komt in de rechtspraak van het EHRM naar voren.²⁴ Van een schending van artikel 5 EVRM hoeft dan evenwel geen sprake te zijn: tbs kan dan alsnog zijn gerechtvaardigd indien is voldaan aan de voorwaarden die voortvloeien uit artikel 5 lid 1 sub e EVRM. Daarbij verdient opmerking dat de e-grond bij uitsluiting van toepassing is indien de tbs wordt opgelegd in geval van volledige ontoerekeningsvatbaarheid.²⁵ Maar ook het feit dat de tbs-maatregel niet zelden wordt opgelegd in combinatie met een langdurige vrijheidsstraf (en derhalve geen sprake is van volledige ontoerekeningsvatbaarheid), onderstreept onze inziens het belang van de e-grond voor de Nederlandse tbs-praktijk.

Of detentie op grond van artikel 5 lid 1 onder e EVRM rechtmatig is, hangt af van een drietal minimum-eisen. Volgens een van die eisen moet (behoudens nood-situaties) sprake zijn van een echte psychische stoornis (*true mental disorder*), die is vastgesteld door een bevoegde instantie, op grond van objectief medisch bewijs.²⁶ Anders gezegd, het EHRM beschouwt als ontoelaatbaar 'detention of a person simply because his views or behaviour deviate from the norms prevailing in a particular society'.²⁷ Het EHRM merkt op dat: 'The very nature of what has to be established before the competent national authority – that is, a true mental disorder – calls for objective medical expertise'.²⁸ Daarbij liet het EHRM in de *Hoogerheide*-zaak blijken dat het oog heeft voor de (potentiële) noden van de praktijk. Indien een verdachte niet meewerkt aan het onderzoek naar zijn geestgesteldheid, geldt namelijk een enigszins afwijkend regime:

'Where no other possibility exists, for instance because of a refusal of the person concerned to appear for an examination, at least an assessment by a medical expert on the basis of the file must be sought, failing which it cannot be maintained that the person has reliably been shown to be of unsound mind (...). Furthermore, the medical assessment must

be based on the actual state of mental health of the person concerned and not solely on past events.'²⁹

Tegen de achtergrond van deze uitgangspunten kunnen, in het kader van de e-grond, problemen ontstaan in die situaties waarin de gedragsdeskundigen op grond van klinische observatie en het dossier *geen uitlatingen kunnen doen* over de aannemelijkheid van een stoornis, waarna de rechter op grond van dezelfde informatie *toch zelfstandig een stoornis vaststelt*.³⁰ Zo veroordeelde de Rechtbank Oost-Brabant op 3 maart 2017 bijvoorbeeld een verdachte tot vijf jaren gevangenisstraf en twee jaren tbs met dwangverpleging, wegens het in 2016 met bruto geweld overvallen van een oudere vrouw, vuurwapenbezit en belediging van een politieagent.³¹ De verdachte had niet meegewerkt aan het onderzoek in het PBC. Weliswaar zagen de rapporteurs in de beschikbare informatie aanwijzingen voor het bestaan van zogeheten cluster B-problematiek, maar door verdachtes weigering kon *deze hypothese niet eigenstandig worden onderzocht en onderbouwd*. Door gebrek aan eigen onderzoek konden de rapporteurs niet onderbouwen, noch uitsluiten dat de verdachte lijdt aan een psychische stoornis.

De rechtbank overwoog vervolgens: 'In 2003 is vastgesteld dat er bij verdachte sprake was van een zich ontwikkelende persoonlijkheidsstoornis met antisociale kenmerken. Voor de rechtbank is voldoende aannemelijk geworden dat deze persoonlijkheidsstoornis zich ten tijde van de bewezen verklaarde delicten heeft doorgezet. De rechtbank vindt steun voor dit oordeel in de hierboven aangehaalde bevindingen van zowel de reclasering in 2012 als het PBC in 2016. Daaruit ontstaat het beeld van een verdachte die blijkt geeft van een zeer beperkte gewetensontwikkeling, een gebrek aan empathie voor het slachtoffer van geweldsdelicten en een berekenende, puur op eigen (financieel) belang gericht handelen. Dat beeld

wordt bevestigd door de wijze waarop verdachte de woningoverval heeft gepleegd. Hij schrok er niet voor terug meedogenloos gedurende zeker een half uur bruut geweld te gebruiken tegen een (aanvankelijk) naakte oudere vrouw, louter omdat hij geld nodig had. Ten tijde van dat delict had hij geen woning en geen werk of uitkering. Behandeling van de in 2003 geconstateerde gedragsstoornis is niet van de grond gekomen en verdachte heeft sinds 2003 een fors strafblad opgebouwd van vermogens- en geweldsdelicten. Al met al is voor de rechtbank in voldoende mate komen vast te staan dat er bij verdachte ten tijde van de woningoverval sprake was van ziekelijke stoornis in de zin van artikel 37a Sr, te weten een antisociale persoonlijkheidsstoornis.

Anders dan de e-grond vereist, heeft de diagnose van de rechtbank geen betrekking op de *actuele* mentale toestand van de verdachte. Het oordeel van de rechtbank dat sprake is van een stoornis steunt immers slechts op documentatie over de geestesgesteldheid van de verdachte in 2003, dertien jaren eerder dan de bewezen verklaarde delicten.³² Ondanks dat in het PBC-rapport expliciet wordt gesteld dat de vaststelling van een stoornis niet mogelijk is, vindt de rechtbank in dit rapport steun voor het oordeel dat de verdachte lijdt aan een antisociale persoonlijkheidsstoornis.

Een ander voorbeeld biedt een uitspraak van de Rechtbank Den Haag, die op 3 augustus 2012 een verdachte veroordeelde tot twee jaren gevangenisstraf en tbs met dwangverpleging, wegens poging tot doodslag op zijn vader op 18 februari 2011.³³ De verdachte heeft niet meegewerkt in het PBC. Wel is uitgebreid milieuonderzoek gedaan, waaruit – aldus de rapportage *pro Justitia* – onder meer evidente aanwijzingen blijken voor periodes van psychotische ontregelingen. Deze aanwijzingen laten volgens het PBC-rapport echter geen betrouwbare uitlatingen toe over het ziektekundig kader van die episodes. De rapporteurs hebben bovendien bij de groepsobservaties geen evidente psychotische symptomen waargenomen. Al met al kan geen diagnose worden gesteld. De rechtbank maakte uit de aanwezige informatie op dat de verdachte in het verleden psychotische episodes had gehad. Voorts bood het dossier volgens de rechtbank ‘veel aanknopingspunten waaruit geconcludeerd kan worden dat er ook ten tijde van het delict bij verdachte vermoedelijk sprake was van een (paranoïde) psychotische stoornis.’ Hierbij sloeg de rechtbank (samengevat) in het bijzonder acht op:

- (schriftelijke) uitlatingen van de verdachte waaruit blijkt dat hij weleens vermoedde vergiftigd te zijn, dat iemand zijn huis betrad en hij soms geesten/stemmen

hoorde. Tevens schreef de verdachte aan de rechtbank dat hij er getuige van was geweest hoe zijn vader zijn zusje had vermoord, terwijl milieuonderzoek niet bevestigde dat de verdachte een zusje had;

- een verklaring van een collega dat de verdachte tijdens een koffiepauze ineens in zijn gelaat veranderde: ‘Hij kreeg een zeer agressieve blik in zijn ogen en bemoeide zich totaal niet met het gesprek. Na verloop van tijd veranderde de uitdrukking in zijn gezicht weer.’
- een crisisformulier van de GGZ-arts die verdachte bezocht na aanhouding: ‘Is hyperalert, kijkt ons taxerend aan. Zegt zich vreemd rustig te voelen. Denkt dat er gas in de lucht zit of medicijnen in zijn water om hem rustig te houden. (...) Komt paranoïd-psychotisch over. Zeer wantrouwend in het contact’.

De rechtbank achtte ernstige *vermoedens* aanwezig dat bij de verdachte ten tijde van het delict een geestelijke stoornis of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens bestond. Deze stoornis was naar het oordeel van de rechtbank, ‘mede gelet op hetgeen er is gebeurd’ (kennelijk doelde de rechtbank hier op het bewezen verklaarde feit), zodanig dat het onverantwoord was om de verdachte onbehandeld terug te sturen in de maatschappij.

Ook hier merken wij op dat, anders dan artikel 5 lid 1 onder e EVRM vergt, dit oordeel van de rechtbank slechts steunt op *past events*. Weliswaar hebben medisch deskundigen de stukken in het dossier beoordeeld, maar zij waren van oordeel dat op grond daarvan géén stoornis kon worden vastgesteld – anders dan uiteindelijk de rechtbank.

Net zoals in de *Hoogerheide*-zaak is in de hier beschreven zaken wel een medisch deskundigenoordeel over de in het dossier aanwezige informatie verzocht, zoals het EHRM eist in het kader van de e-grond, maar konden de deskundigen op grond daarvan geen stoornis diagnosticeren. De rechter stelde vervolgens wel een (soms zelfs precieze) stoornis vast, op grond van niet-actuele informatie. Hierbij maakt men – op zichzelf begrijpelijk – gebruik van deviant gedrag en afwijkende opvattingen, zoals bizarre uitspraken, het niet hebben van werk of een uitkering en afwezig gedrag tijdens de koffiepauze.³⁴ Dergelijke afwijkingen zijn evenwel onvoldoende om (enkel) op grond van artikel 5 lid 1 onder e EVRM de tbs-maatregel te rechtvaardigen,³⁵ ook niet als we die afwijkingen tezamen zouden (kunnen) kwalificeren als een ‘juridische stoornis’. Als het gebruik van dergelijk deviant gedrag en niet-actuele rapportages onder de voorgenomen wetgeving (ook) voldoende kan zijn om een juridische stoornis vast te stellen in het kader van de tbs, kan

22. Onderdeel 8 van de conclusie voor HR 22 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6184;

23. EHRM 3 maart 2015, NJ 2015/282, m.nt. Myjer (*Constancia/Nederland*).

24. EHRM 3 maart 2015, NJ 2015/282, m.nt. Myjer (*Constancia/Nederland*), § 31; Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, p. 13-15.

25. EHRM 24 september 1992, NJ 1993/523 (*Herczegfalvy/Oostenrijk*), § 62.

26. EHRM 3 maart 2015, NJ 2015/282,

m.nt. Myjer (*Constancia/Nederland*), § 25; EHRM (GK) 4 december 2018, 10211/12 en 27505/14 (*Ilseher/Duitsland*), § 127.

27. EHRM 12 juni 2003, 44672/98 (*Herz/Duitsland*), § 47.

28. EHRM 24 oktober 1979, 6301/73 (*Winterwerp/Nederland*), § 39.

29. EHRM 3 maart 2015, NJ 2015/282, m.nt. Myjer (*Constancia/Nederland*), § 26.

De psychische stoornis hoeft dan niet te worden gepreciseerd (§ 30).

30. Dit zijn dus andere situaties dan waarin de gedragsdeskundigen (op grond de stukken) zich wel uitspreken in termen van de aannemelijkheid van een stoornis, zoals in HR 13 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1079.

31. Rb. Oost-Brabant 3 maart 2017,

ECLI:NL:RBOBR:2017:1036.

32. Vergelijk Rb. Amsterdam 18 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9154.

33. Rb. Den Haag 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6176.

34. Hof Arnhem 18 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ4981; Rb. Oost-Brabant 3 maart 2017,

ECLI:NL:RBOBR:2017:1036; Rb. Den Haag 30 augustus 2012,

ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6176.

35. EHRM 12 juni 2003, 44672/98 (*Herz/Duitsland*), § 47; EHRM 24 oktober 1979, NJ 1980/114 (*Winterwerp/Nederland*), § 37.

dat bij de oplegging van tbs in geval van volledige ontoerekeningsvatbaarheid, maar ook bij de tenuitvoerlegging – op het moment dat de a-grond wegens tijdsverloop vervalt – problematisch zijn. Immers, indien de e-grond ontbreekt en de a-grond vervalt, verwordt de tbs-maatregel tot een ongerechtvaardigde vrijheidsontneming die in strijd is met artikel 5 EVRM.

Volgens het gerechtshof in de *Hoogerheide*-zaak kunnen rechters 'uiteraard slechts met grote behoedzaamheid' zelfstandig tot de vaststelling van een stoornis komen.³⁶ Het is evenwel de vraag in hoeverre een dergelijke grote behoedzaamheid nog kan blijken als de PBC-rapporteurs van oordeel zijn dat het dossier geen betrouwbare uitspraken toelaat over de aanwezigheid van een stoornis, waarna de rechter op de grens van zijn eigen competentie, door zichzelf te 'durven strekken',³⁷ toch een stoornis vaststelt.

De praktijk waarin de medisch deskundigen niet in staat zijn om op basis van het dossier een stoornis te diagnosticeren, waarna de rechter niettemin zelfstandig een stoornis vaststelt en tbs oplegt, roept op zijn minst vragen op in het licht van de uitgangspunten die voortvloeien uit artikel 5 lid 1 onder e EVRM. Het EHRM verklaart de klacht over de *Hoogerheide*-zaak weliswaar niet-ontvankelijk, en merkt daarbij op dat 'Although the various psychiatrists and psychologists were unable to establish a precise diagnosis, they did express the view that the applicant was severely disturbed',³⁸ maar in de hierboven beschreven voorbeelden is door de deskundigen *niet* geconcludeerd dat verdacht geestesgesteldheid ernstig was verstoord. Sterker nog, de rapporteurs benadrukten dat hun hypothese niet kon worden bewezen en onderbouwd, respectievelijk dat de aanwijzingen die het dossier bood voor de aanwezigheid van een stoornis niet van dien aard waren dat deze betrouwbare uitspraken toelaten aangaande het ziektekundig kader van de psychotische episodes.

In dergelijke gevallen, waarin de deskundigen niets zinnigs kunnen zeggen over verdacht actuele geestesgesteldheid, is geen sprake van een *assessment by a medical expert on the basis of the file*, waardoor – in de woorden van het EHRM – niet kan worden gesteld dat *the person has reliably been shown to be of unsound mind*. Als de rechter op grond van oude rapportages zelf een stoornis vaststelt, is geen sprake van een *medical assessment*, welke bovendien niet is gebaseerd op *the actual state of mental health of the person concerned and not solely on past events*. Het vaststellen van een stoornis door de rechter en het opleggen of voortduren van tbs verdraagt zich dan niet met artikel 5 lid 1 onder e EVRM – ongeacht of de Nederlandse wet (sgeschiedenis) hiervoor ruimte zou bieden. Dit betekent niet dat (het opleggen van) een tbs-maatregel daardoor ook direct strijd oplevert met artikel 5 EVRM. Echter, indien door tijdsverloop de rechtvaardiging van tbs op grond van de a-grond vervalt, kan afwezigheid van de e-grond vanwege een 'gebrekkige' vaststelling van de stoornis wel problematisch worden.

Knelpunt 2. De verdedigingspositie van verdachten

Een tweede knelpunt dat ontstaat als rechters zelfstandig een juridische stoornis vaststellen, ziet op de verdedigingspositie van verdachten. Indien een gedragsdeskundige diagnose niet mogelijk blijkt, kan de rechter

bijvoorbeeld zelfstandig concluderen dat 'er ernstige vermoedens aanwezig zijn dat bij verdachte tijdens het begaan van het feit een geestelijke stoornis of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens bestond'³⁹ of 'dat verdachte ten tijde van de ten laste gelegde feiten nog steeds lijdend was aan een anti-sociale persoonlijkheidsstoornis'.⁴⁰ Het is evenwel onduidelijk welke maatstaven de rechter aanlegt bij het stellen van zijn 'juridische' diagnose. Hierdoor komt de vraag op hoe een verdachte zich kan verdedigen tegen een dergelijke, niet genormeerde vaststelling van een (vermoeden van een) juridische stoornis.⁴¹

Volgens Van der Wolf, Gielesen & Kaat blijkt uit jurisprudentie dat rechters niet zomaar zelf een stoornis vaststellen, maar dit doen op basis van meerdere argumenten en hun oordeel goed motiveren.⁴² De auteurs refereren daarbij onder meer aan een zaak waarin de rechtbank zelfstandig een stoornis vaststelde, waarbij (mede) acht was geslagen op verklaringen van ex-partners die aangeven dat de verdachte de neiging had zijn partners te mishandelen. Ook citeren de auteurs een uitspraak uit 2015 (over feiten gepleegd in 2013 en 2014), waarin de PBC-rapporteurs geen stoornis konden diagnosticeren, maar de rechtbank op grond van rapportages uit 1999, 2003 en 2006 een antisociale persoonlijkheidsstoornis

Hoe kan een verdachte zich verdedigen tegen een dergelijke, niet genormeerde vaststelling van een (vermoeden van een) juridische stoornis?

aanwezig achtte ten tijde van het delict.⁴³ In de hierboven besproken uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 30 augustus 2012, stelde de rechtbank zelfstandig de aanwezigheid van 'een' stoornis vast, mede op grond van een tegen de politie gedane uitlating van verdachtes collega, inhoudende dat de verdachte tijdens een koffiepauze ineens een zeer agressieve blik in zijn ogen kreeg en zich totaal niet bemoeide met het gesprek.⁴⁴ Of dergelijke verklaringen van ex-partners en collega's, respectievelijk rapportages van tien, twaalf en zestien jaren oud goede argumenten en een deugdelijke motivering opleveren voor het vaststellen van een psychische stoornis ten tijde van het delict, kan onzes inziens worden betwijfeld. Bovendien is het de vraag in hoeverre de verdediging de ruimte krijgt om in de lopende strafzaak dergelijke verklaringen aan de kaak te stellen, bijvoorbeeld door het verzoek te doen om de betreffende ex-partners en collega's als getuigen op te roepen. Niet voorshands onbegrijpelijk is een rechterlijk oordeel dat een persoon niet als getuige hoeft te worden opgeroepen, die ooit heeft verklaard dat de verdachte eens een agressieve blik in zijn ogen kreeg tijdens een koffiepauze. Ook als op zichzelf niet zou

behoeven te worden getwijfeld aan de betrouwbaarheid van die verklaring, is het de vraag op welke gronden de rechter mede aan de hand van een dergelijke verklaring tot het eigenstandige 'juridische' oordeel zou kunnen komen dat de betreffende agressieve blik symptomatisch zou kunnen zijn voor enige stoornis. Vervolgens is het de vraag of de verdediging in strafzaken die gronden zou kunnen kennen en daarop in haar verweren zou kunnen anticiperen.

Ten slotte wijzen wij erop dat indien het inderdaad zou gaan om een ruim en juridisch stoornisbegrip – en geen medisch stoornisbegrip – op zichzelf denkbaar is dat de rechter ook bij een *meewerkende* verdachte bij wie de psychiater geen stoornis heeft vastgesteld, zelfstandig als nog een juridische stoornis vaststelt en tbs oplegt omdat de rechter een eigen, ruim(er) stoornisbegrip hanteert.

Knelpunt 3. Verhouding tussen oplegging en tenuitvoerlegging tbs

Een derde knelpunt ziet op de verhouding tussen de oplegging en tenuitvoerlegging van de tbs-maatregel. Naar ons idee treedt er een inconsistentie op als de rechter bij de oplegging van tbs kan volstaan met de vaststelling van 'een' (vermoedelijke) *juridische* psychische stoornis, waarna de veroordeelde wordt geplaatst in een forensisch *psychiatrisch* centrum voor behandeling. Dit kan leiden tot problemen in de tenuitvoerleggingspraktijk. Wat kan en mag de psychiater bijvoorbeeld behandelen als geen sprake is van een gediagnosticeerde 'medische' stoornis?⁴⁵ En hoe zit het als de rechter, in tegenstelling tot de rapporteurs, een *specifieke* stoornis vaststelt, zoals een (antisociale) persoonlijkheidsstoornis?⁴⁶ Stelt de rechter in zo'n geval dan (toch) zelfstandig een DSM-stoornis vast en, zo ja, is hij hiertoe ook bevoegd? En als een dergelijke persoonlijkheidsstoornis geen medische, maar een bredere 'juridische persoonlijkheidsstoornis' is, kan die dan op dezelfde wijze door een gedragsdeskundige worden behandeld als een medische persoonlijkheidsstoornis?

Zonder te miskennen dat risicofactoren tegenwoordig een belangrijke rol spelen bij de behandeling van tbs-gestelden, geldt dat die risicofactoren (gedeeltelijk) grondslag moeten hebben in de psychische stoornis.⁴⁷ Zoals Mevis, Struijk & Van der Wolf schrijven: '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 beïnvloe-

ding vatbaar is, wil nog niet zeggen dat risicofactoren die in relatie met de psychische afwijking tot het gevaar (en het indexdelict) hebben geleid niet kunnen worden aangesproken.'⁴⁸ Dit roept de vraag op hoe, indien de rechter slechts een niet nader omlinjende juridische stoornis vaststelt, de psychiater later de behandeling van de betrokkene op risicofactoren die in verband staan met verdacht psychische stoornis zou kunnen vormgeven. Dit probleem kan wellicht worden ondervangen indien na aanvang van de tbs een nieuwe, succesvolle medische diagnose plaatsvindt.⁴⁹ Maar (ook) dan geldt dat een 'medische stoornis' wel überhaupt moet bestaan en kunnen worden vastgesteld (met medewerking van de betrokkene).

3. Conclusie

De (maatschappelijke) belangen die op het spel staan in strafzaken die (kunnen) leiden tot de oplegging van tbs zijn vaak groot en incidenten die plaatsvinden in verband met weigerende verdachten stuiten op onbegrip uit de samenleving.⁵⁰ Dat de minister zich inspant om het probleem van de weigerende observandi in te perken, verdient dan ook bijval. Het is evenwel de vraag of de voorgenomen wetwijzigingen inderdaad een wenselijke oplossing vormen. Gelet op de hierboven gesignaleerde knelpunten is dit onze inziens op zijn minst te betwijfelen.⁵¹ Gelet op deze knelpunten achten wij het raadzaam om binnen het bestek van het aangekondigde wetsvoorstel toch naar andere oplossingen te kijken. Het exploreren van dergelijke oplossingen gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Wij beperken ons tot de bemerking dat de vormgeving van de ISD-maatregel hier tot inspiratie zou kunnen strekken, waarbij gefocust wordt op de specifieke problemen die bij een individu het delinquent gedrag in stand houden. Voor een ISD-maatregel is een psychische stoornis geen voorwaarde, maar indien zo'n stoornis wel bestaat dan kan behandeling zich daar zeker (mede) op richten. Er zijn natuurlijk ook andere voorstellen gedaan, die door Mevis, Struijk en Van der Wolf recentelijk geïnventariseerd zijn.

Samenvattend signaleren we dat de door de Minister voor Rechtsbescherming aangekondigde wetwijzigingen leiden tot enkele nieuwe knelpunten rondom de oplegging en tenuitvoerlegging van de tbs-maatregel. Deze knelpunten betreffen artikel 5 lid 1 onder e EVRM, de verdedigingspositie van verdachten en de consistentie tussen oplegging en tenuitvoerlegging van de tbs. Om deze redenen zouden in onze optiek ook andere voorstellen moeten worden onderzocht om de samenleving te beschermen tegen gevaarlijke personen van wie geen psychische stoornis kan worden vastgesteld door de gedragsdeskundige. •

36. Hof Arnhem 18 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ4981.

37. Van der Wolf, Gielesen & Kaat 2018, p. 245.

38. EHRM 3 maart 2015, NJ 2015/282, m.nt. Myjer (*Constancia/Nederland*), § 30. Zie hierover Kooijmans & Meynen 2017.

39. Rb. Den Haag 30 augustus 2012

ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6176, r.o. 6.3.

40. Rb. Amsterdam 18 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9154, r.o. 8.3.

41. Struijk & Meynen 2018, p. 210-211; Kooijmans & Meynen 2017, p. 5.

42. Van der Wolf, Gielesen & Kaat 2018, p. 246.

43. Van der Wolf, Gielesen & Kaat 2018, p. 242-243.

44. Rb. Den Haag 30 augustus 2012,

ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6176.

45. Vergelijk Meynen 2019.

46. Rb. Amsterdam 18 december 2015,

ECLI:NL:RBAMS:2015:9154; Rb. Oost-Brabant 3 maart 2017,

ECLI:NL:RBOBR:2017:1036.

47. Al speelt de psychische stoornis een beperkte rol in huidige risicotaxatie-instrumenten: T. Kooijmans & G. Meynen, 'De

hybride structuur van de rapportage pro Justitia: Over toerekeningsvatbaarheid en risico', DD 2012/13, p. 484-485.

48. Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, p. 26-27.

49. Van der Wolf, Gielesen & Kaat 2018, p. 246.

50. Zie ook Van der Wolf & Mevis 2018.

51. Vergelijk Mackor 2012.