

Het gelijktijdigheidsvereiste bij het opleggen van tbs. Een onderzoek naar een dubbelzinnig criterium²

4 *In de literatuur werd doorgaans aangenomen dat artikel 37a Sr voor het opleggen van tbs een causaal verband tussen delict en stoornis veronderstelt. De Hoge Raad heeft in 2008 echter zijn oordeel bevestigd dat artikel 37a Sr niet meer dan een ‘verband van gelijktijdigheid’ vereist. De auteur betoogt dat naar de huidige regeling tbs een strafrechtelijke maatregel is die zijn grondslag vindt in het delict. Tbs zou niet opgelegd moeten worden bij ontbreken van ieder causaal verband tussen stoornis en delict. Tevens kan overwogen worden de eis van een strafrechtelijk relevant verband tussen stoornis en delict in de wet op te nemen.*

I Inleiding

Het debat over de grondslag van de tbs voert terug tot ver in de vorige eeuw. In grote lijnen zijn twee stromingen te onderscheiden. De ene stroming stelt dat de rechtvaardiging van de tbs ligt in het gevaar dat van een psychisch gestoorde uitgaat. De relatie tussen tbs en delict is in die benadering naar de achtergrond gedrongen. Ook een na het delict ontstane stoornis zou de oplegging van tbs kunnen rechtvaardigen. De andere stroming benadrukt het strafrechtelijke karakter van de maatregel. Weliswaar is de tbs gericht op beveiliging, zij vindt haar grondslag in het delict. Voor oplegging van tbs is daarom een causaal verband tussen stoornis en delict een voorwaarde.

Dit debat heeft aan actualiteit gewonnen na de uitspraak van de Hoge Raad in de *Kraggenburg*-zaak. In dit arrest van 22 januari 2008 oordeelt de Hoge Raad dat de rechter voor het opleggen van tbs geen causaal verband tussen de psychische stoornis van de verdachte

1 *Docent strafrecht aan de VU. Auteur dankt M.J. Borgers, K. Rozemond en L. Stevens voor hun opmerkingen naar aanleiding van eerdere versies van dit artikel.*

2 Citeerwijze: J. Bijlsma, ‘Het gelijktijdigheidsvereiste bij het opleggen van tbs. Een onderzoek naar een dubbelzinnig criterium’, *DD* 2010, 4.

en het delict hoeft vast te stellen.³ Artikel 37a lid 1 Sr vereist slechts een ‘verband bestaande uit gelijktijdigheid’. In feite is de uitspraak een bevestiging van een enigszins in de vergetelheid geraakt arrest van de Hoge Raad van 13 maart 1979.⁴ In de literatuur werd echter doorgaans in artikel 37a Sr ‘ingelezen’ dat voor oplegging van tbs een meer of minder sterk oorzakelijk verband tussen stoornis en delict dient te bestaan.⁵

De gelijktijdigheidseis van artikel 37a Sr is een opmerkelijk vereiste. Het bergt aspecten van beide – fundamenteel verschillende – benaderingen van de grondslag van de tbs in zich. Enerzijds hoeft een causaal verband tussen stoornis en delict niet vastgesteld te worden, waardoor het kenmerken heeft van de eerstgenoemde benadering. Anderzijds wordt de band met het delict – juist vanwege de eis van gelijktijdigheid van stoornis en delict – niet geheel doorgesneden, waardoor het ook een element van de laatstgenoemde stroming bevat. In dit artikel wil ik deze dubbelzinnigheid van het gelijktijdigheidsvereiste kritisch tegen het licht houden. In de eerste plaats zal ik aan de hand van twee auteurs beide benaderingen van de tbs uitwerken (paragraaf 2). Daarna zal ik nader ingaan op de juridische betekenis van het gelijktijdigheidsvereiste. In dat verband zal ik de wetsgeschiedenis van het vereiste bespreken (paragraaf 3) en vervolgens de jurisprudentie van de Hoge Raad (paragraaf 4). Daarna zal ik nagaan hoe het gelijktijdigheidsvereiste en het vereiste van een causaal verband zich tot elkaar verhouden (paragraaf 5). Ten slotte zal ik beide benaderingen van de tbs vergelijken met huidige wettelijke regeling (paragraaf 6). Door die vergelijking kan worden vastgesteld dat de benadering waarbij het strafrechtelijke karakter van de maatregel voorop staat in het wettelijke systeem domineert. Op grond

3 HR 22 januari 2008, *Sancties* 2008, 11 m.nt. Mevis, *LJN* BC1311, r.o. 4.4.2. (Het arrest is ook als *NJ* 2008, 193 m.nt. Reijntjes gepubliceerd. De voor dit artikel relevante r.o. 4.4.2 is daarbij niet weergegeven.)

4 HR 13 maart 1979, *NJ* 1979, 364 m.nt. ALM.

5 Zie J.W. Fokkens, ‘De terbeschikkingstelling’, in: B.C.M. Raes & F.A.M. Bakker (red.), *De psychiatrie in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 175-190, p. 176; K.R.M.O. Haffmans, *De berechting van de psychisch gestoorde delinquent. Handleiding voor juristen bij vraagstukken op het raakvlak van strafrecht en psychiatrie* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 88-89; E.J. Hofstee, *Van TBR naar TBS*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989 (Hofstee 1989), p. 60; E.J. Hofstee, *TBS*, Deventer: Kluwer 2003, p. 84-85; C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Gouda Quint 1998, p. 248; W. Nieboer, *Aegroto suum. De toerekening in het strafrecht bij psychische afwijkingen* (diss. Groningen), Meppel: Boom 1970, p. 74-75; na Kraggenburg: E.J. Hofstee, aant. 2 bij art. 37a Sr. in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst en commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

daarvan concludeer ik ten eerste dat tbs niet zou moeten worden opgelegd bij ontbreken van ieder verband tussen stoornis en delict. Ten tweede zou het vereiste van een strafrechtelijk relevant verband tussen stoornis en delict in de wet opgenomen kunnen worden.

2 Grondslag van de tbs – de beveiliging van de maatschappij en de relatie met het delict

In de inleiding onderscheidde ik twee benaderingen van de tbs-maatregel. Het antwoord op de vraag of een causaal verband tussen stoornis en delict voorwaarde moet zijn voor de oplegging van tbs verschilt met de benadering die gekozen wordt. De gedachte dat in de huidige regeling tbs primair een beveiligingsmaatregel is, waarbij de relatie met het delict niet of van ondergeschikt belang is, is uitgewerkt door Kooijmans.⁶ Hij verwijst naar de geschiedenis van de Wet herziening TBR, waarin de nadruk op de beveiligingsfunctie van de tbs zou liggen: tbs heeft tot doel beveiliging van de samenleving tegen onaanvaardbare risico's die van een psychisch gestoorde uitgaan en om door middel van gedragsveranderingen nieuwe strafbare feiten voorkomen.⁷

Volgens Kooijmans is tbs een reactie op een ongewenste situatie van gevaarlijkheid die haar oorzaak vindt in een psychische stoornis. De maatregel heeft daarom dezelfde grondslag als de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis op grond van de Wet BOPZ.⁸ Hij haalt met instemming Jonkers aan, die heeft betoogd dat het verband tussen straf en delict van andere aard is dan het verband tussen tbs en delict.⁹ Straf wordt opgelegd *omdat* een delict is gepleegd, terwijl tbs wordt opgelegd *nadat* een delict is gepleegd. De grondslag van de tbs, aldus Jonkers, is gelegen in de (toekomstige) gevaarlijkheid van de

6 Ook Hofstee verdedigde die opvatting in zijn dissertatie: E.J. Hofstee, *TBR en TBS. De TBR in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1987 (Hofstee 1987), p. 129-130. Hij is daar evenwel op teruggekomen, zie: Hofstee 1989, p. 60, Hofstee 2003, p. 84-85 en E.J. Hofstee, aant. 2 bij art. 37a Sr. in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst en commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

7 T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Kluwer 2002, p. 151. Hij verwijst naar: *Kamerstukken II* 1982-83, II 932, nr. 10, p. 6.

8 Kooijmans 2002, p. 152.

9 W.H.A. Jonkers, 'Maximering terbeschikkingstelling', in: J.W. Fokkens & N. Keijzer (red.), *Beginselen. Opstellen over strafrecht aangeboden aan G.E. Mulder* (Mulder-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 117-121, p. 120.

dader voor de maatschappij. Het delict is bij de oplegging van tbs niet meer dan een bijkomstigheid. Het *kan* een indicatie zijn voor de gevaarlijkheid van de dader.¹⁰ Die opvatting heeft, aldus Kooijmans, een principiële consequentie:

‘Indien, zoals in navolging van Jonkers en de hier verdedigde opvatting, als uitgangspunt wordt genomen dat er vanuit het perspectief van de grondslag van de maatregel geen causaliteitsverband behoeft te bestaan tussen enerzijds de psychische stoornis die de oorzaak vormt van de gevaarlijkheid en anderzijds het begane strafbare feit, dan is de TBS niet een naar haar aard strafrechtelijke maatregel (in de zin van een maatregel voor oplegging waarvan een bewezenverklaard strafbaar feit een dwingende eis zou moeten zijn).’¹¹

Als het delict slechts een bijkomstigheid is bij de oplegging van tbs, dan bestaat geen noodzaak voor de oplegging ervan de voorwaarde van een verband tussen stoornis en delict te stellen. Het delict is volgens Kooijmans geen ‘normatieve eis’ voor oplegging van tbs. Voor hem bestaan daarom geen argumenten het gelijktijdigheidsvereiste te handhaven. Hij verwijst naar de memorie van antwoord bij de Wet herziening TBR, waarin gesteld werd dat het tot ongewenste situaties zou leiden indien geen tbs zou kunnen worden opgelegd aan de verdachte bij wie eerst na het delict een stoornis ontstaat.¹² Bij die verdachte zou immers bij voorbaat vaststaan dat hij op grond van artikel 13 Sr in een tbs-kliniek moet worden geplaatst. Direct opleggen van tbs zou in dat geval meer voor de hand liggen. Kooijmans sluit zich daarbij aan en voegt eraan toe dat de plaatsing op grond van artikel 13 Sr in tijdsduur gelimiteerd wordt door de duur van de gevangenisstraf. Indien na tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf nog steeds een gevaarlijke situatie zou bestaan, zou slechts via de Wet BOPZ kunnen worden ingegrepen. Plaatsing op grond van artikel 13 Sr van de psychisch gestoorde verdachte wiens stoornis na het delict ontstond zou daarom onnodig inefficiënt zijn. Materieel verschilt de gedwongen opname op grond van de Wet BOPZ niet van de tbs, zo betoogt Kooijmans, zodat geen goede reden bestaat niet direct tbs op te leggen aan de verdachte bij wie na het delict een stoornis ontstond.¹³

10 Kooijmans 2002, p. 173.

11 Kooijmans 2002, p. 157-158.

12 *Kamerstukken II* 1980/81, II 932, nrs. 5-7, p. 29. Vgl. ook de door mij in paragraaf 3 aangehaalde passage in de memorie van toelichting: *Kamerstukken II* 1971/72, II 932, nr. 3, p. 9-10.

13 Kooijmans 2002, p. 161.

Er bestaat voor Kooijmans dus geen grond vast te houden aan de wettelijke eis van gelijktijdigheid van stoornis en delict. Consequentie van het loslaten van het verband tussen stoornis en delict is dat een bewezenverklaard strafbaar feit geen voorwaarde voor tbs hoeft te zijn.¹⁴ Tbs moet daarom ook kunnen worden opgelegd aan de vrijgesproken psychisch gestoorde verdachte, indien maar voldaan is aan het gevaarscriterium.¹⁵

Tegenover de opvatting van Kooijmans kan het standpunt van (onder meer) Oomen worden geplaatst, die juist in het delict de rechtvaardiging van de tbs als *strafrechtelijke* maatregel ziet. Oomen heeft zich (reeds in 1974) fel tegenstander betoond van het niet opnemen van een wettelijke eis van causaal verband tussen stoornis en delict in de Wet herziening TBR.¹⁶ In het wetsontwerp werd, zoals in paragraaf 3 zal worden besproken, het gelijktijdigheidsvereiste aanvankelijk geschrapt. De daarbij behorende toelichting dat tbs zou kunnen worden opgelegd aan de verdachte bij wie na het delict een psychische stoornis ontstond, acht Oomen onaanvaardbaar. In de eerste plaats brengt hij naar voren dat ‘het begane strafbare feit op die manier de volstrekt willekeurige en toevallige aanleiding *kan* vormen voor de toepassing van de maatregel van terbeschikkingstelling.’¹⁷ Ook Haffmans en Nieboer benadrukken dat de grondslag voor de tbs in het strafbare feit ligt. Wordt geen causaal verband tussen stoornis en delict vereist, dan – aldus Haffmans – ‘is de maatregel geen reactie meer op het strafbare feit, maar op de psychische stoornis.’¹⁸ Nieboer meent dat ‘het strafrecht zich dan niet bij zijn leest houdt.’¹⁹

Ten tweede brengt Oomen naar voren dat hij slechts een stelsel waarin een causaal verband tussen stoornis en delict wordt vereist op normatieve gronden juist acht:

‘Kan dat verband niet worden aangetoond, dan eist het respect voor de menselijke waardigheid van de verdachte dat hij voor het door hem begane strafbare feit volledig toerekeningsvatbaar wordt geacht en het gewone strafrecht op hem wordt toegepast.’²⁰

14 Kooijmans 2002, p. 159.

15 Kooijmans 2002, p. 173.

16 C.P.C.M. Oomen, *De terbeschikkingstelling op de keper beschouwd* (rede), Deventer: Kluwer 1974, p. 12-13.

17 Oomen 1974, p. 12.

18 K.R.M.O. Haffmans, ‘Het wetsontwerp tbr: enige problemen’, *NJB* 1981, p. 907-909, p. 907.

19 W. Nieboer, ‘De t.b.r. op losse schroeven’, *DD* 1973, p. 13-19, p. 17.

20 Oomen 1974, p. 13.

Er bestaat in de ogen van Oomen geen grond om de verdachte met een psychische stoornis die geen verband met het delict houdt ten aanzien van het door hem gepleegde feit anders te behandelen dan iedere andere rechtsgenoot.

De strekking van het eerste bezwaar van Oomen, de stelling dat de grondslag van de tbs-maatregel gelegen is in het strafbare feit, komt overeen met de ‘princiële uiteenzetting over het karakter van de maatregel van terbeschikkingstelling’ die de regering in de memorie van antwoord naar aanleiding van de Wet herziening TBR (voor het eerst) heeft gegeven.²¹ Uitgangspunt in de memorie van antwoord is dat de tbs en de gevangenisstraf dezelfde grondslag hebben. Het betreffen beide strafrechtelijke sancties die ‘in tweeërlei zin’ gericht zijn op de handhaving van de rechtsorde. Enerzijds vormen zij de reactie op een delict, anderzijds wordt ermee beoogd te voorkomen dat nieuwe delicten worden gepleegd. De tbs is ongeacht de mate van persoonlijke verantwoordelijkheid van de dader een reactie op het gepleegde strafbare feit en zou daarom als reactie op een schending van de rechtsorde in een redelijke verhouding met het feit moeten staan.²² Met betrekking tot de tweede functie geldt dat de maatregel zo goed mogelijk dient te voorkomen dat de verdachte nieuwe delicten pleegt.²³

²¹ *Kamerstukken II* 1980/81, 11 932, nrs. 5-7, p. 2-6.

²² *Kamerstukken II* 1980/81, 11 932, nrs. 5-7, p. 4-5. Om die laatste reden is een maximumduur van de tbs in de wet opgenomen, tenzij tbs wordt opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaan-tastbaarheid van het lichaam (artikel 38e lid 1 Sr). Het proportionaliteitsbeginsel heeft ten aanzien van de tbs een andere betekenis dan bij de gevangenisstraf. De duur van de gevangenisstraf zal in een redelijke verhouding tot het strafbare feit dienen te staan, terwijl bij de tbs-maatregel de *oplegging* van de maatregel die niet van een van tevoren vastgestelde duur is, als zodanig een proportionele reactie op het delict moet vormen. Van der Landen is van oordeel dat deze gedeel-te-lijke beperking van de maximumduur een onwenselijk compromis is tussen een dualistische en een monistische benadering van het sanctiestelsel. D. van der Landen, *Strafen maatregel* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 439.

²³ Volgens Jonkers (1981, p. 120) berust deze uiteenzetting van de regering overigens op een denkfout (‘post hoc ergo propter hoc’). Gevangenisstraf wordt opge-legd omdat een delict is gepleegd, tbs nadat (niet omdat) een delict is gepleegd. Daar kan tegenin worden gebracht dat de grondslag die men kiest voor de tbs een rechtspoliteke keuze is. Een dergelijke keuze kan als zodanig niet als een denkfout worden afgedaan, maar moet beoordeeld worden op de argumenten waarmee die keuze wordt gerechtvaardigd.

3 'Tijdens' in artikel 37a lid 1 Sr – een parlementaire discussie

De grondslag die gekozen wordt voor de tbs bepaalt of een causaal verband tussen stoornis en delict wenselijk wordt geacht. Naar huidig recht hoeft de rechter een causaal verband niet vast te stellen. Het oordeel van de Hoge Raad dat artikel 37a lid 1 Sr niet méér vereist dan een 'verband bestaande uit gelijktijdigheid', is in de eerste plaats een vaststelling van de (taalkundige) inhoud van het eerste lid. De wet vergt immers niet meer dan dat 'tijdens' het delict een psychische stoornis bestond. In de tweede plaats is het een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van het huidige artikel 37a Sr. Er is vrij uitvoerig over het zogenaamde 'gelijktijdigheidsvereiste' gediscussieerd. Aan de orde kwam of een causaal verband tussen stoornis en delict voorwaarde voor tbs zou moeten zijn. Hofstee is op grond van de wetsgeschiedenis van oordeel dat artikel 37a Sr die voorwaarde stelt.²⁴ Een nadere beschouwing van de wetsgeschiedenis leert evenwel dat geen eenduidige gedachte aan het opnemen van het gelijktijdigheidsvereiste in artikel 37a Sr ten grondslag ligt.

Artikel 37a (oud) Sr is ingevoerd met de zogenaamde 'psychopathenwetten' in de jaren twintig van de vorige eeuw. Daarmee is ook het gelijktijdigheidsvereiste ingevoerd.²⁵ In de aanvankelijke redactie van het huidige bij de 'Wet herziening TBR' ingevoerde artikel 37a Sr was het door de oude bepaling gestelde gelijktijdigheidsvereiste niet meer opgenomen.²⁶ Deze wijziging zou volgens de memorie van toelichting bij de wet van weinig praktisch belang zijn. De verdachte die tijdens de berechting zo ernstig gestoord blijkt dat tbs is aangewezen, zal dat doorgaans ook wel zijn geweest op het tijdstip dat hij het feit beging. In de memorie van toelichting werd bovendien van belang geacht dat ook aan de verdachte bij wie ná het gepleegde delict een psychische stoornis ontstond tbs opgelegd zou moeten kunnen worden:

'In het uitzonderlijke geval echter dat de ziekelijke stoornis van de geestvermogens eerst later is ingetreden, zou het ongewenst zijn wanneer de verdachte die, wegens de ernst van het door hem gepleegde delict en het gevaar dat hij voor zijn omgeving vormt, daarvoor anders zonder de minste twijfel in aanmerking zou komen, niet kan

24 Hofstee 1989, p. 60 en E.J. Hofstee, aant. 2 onder e bij art. 37a Sr. in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst en commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

25 Zie over die parlementaire geschiedenis: Hofstee 1987, p. 128-130.

26 Wet van 19 november 1986, *Stb.* 1986, 587.

worden onderworpen aan een maatregel die in de nodige behandeling en verpleging voorziet.²⁷

In de latere discussie in het parlement komt de minister – zonder nadere toelichting – terug op het standpunt dat tbs ook bij een later ontstane stoornis opgelegd zou moeten kunnen worden. Met betrekking tot het laten vervallen van het gelijktijdigheidsvereiste lijkt nu een meer pragmatische overweging over bewijsmoeilijkheden te domineren:

‘Het heeft niet in mijn bedoeling gelegen te bepleiten dat terbeschikkingstelling mogelijk zou moeten zijn als duidelijk is dat van een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestesvermogens tijdens het delict nog geen sprake was. Het ging mij erom dat, bewijsmoeilijkheden wat betreft de gelijktijdigheid tot het achterwege laten van een terbeschikkingstelling zouden kunnen leiden in die gevallen waarin die maatregel wel op haar plaats is en die gelijktijdigheid niet volstrekt duidelijk is.’²⁸

De minister gaat er van uit dat gelijktijdigheid van stoornis en delict in de meeste gevallen wel zal bestaan, maar wil de rechter ontslaan van de plicht aan die niet altijd eenvoudig vast te stellen omstandigheid overwegingen te wijden.²⁹ Het gelijktijdigheidsvereiste is in de huidige redactie echter weer opgenomen na een daartoe strekkende motie van de leden Brouwer en Lankhorst van 25 september 1984.³⁰ Deze motie is door Brouwer verdedigd met het argument dat tbs niet opgelegd zou moeten kunnen worden indien geen verband tussen stoornis en delict bestaat. Zij wijst er op dat de tbs een reactie op een strafbaar feit is, en acht daarom van belang:

‘dat de TBR alleen kan worden opgelegd als dat verband tussen strafbaar feit en de noodzaak tot het opleggen van de maatregel is aangetoond en dus ook het verband tussen strafbaar feit en geestelijke storing.’³¹

Omgekeerd zou tbs niet opgelegd mogen worden, aldus Brouwer, indien weliswaar sprake is van een psychische stoornis, maar geen ver-

27 *Kamerstukken II* 1971/72, II 932, nr. 3, p. 9-10. Vgl. *Handelingen II* 19 september 1984, p. 22.

28 *Handelingen II* 26 september 1984, p. 228.

29 *Handelingen II* 19 september 1984, p. 22 en 26 september 1984, p. 228.

30 *Kamerstukken II* 1984/85, II 932, nr. 28.

31 *Handelingen II* 26 september 1984, p. 218. Kamerlid Leerling heeft in het debat een opmerking van gelijke strekking gemaakt, zie *Handelingen II* 26 september 1984, p. 215.

band bestaat tussen stoornis en delict.³² Brouwer ziet de in de motie voorgestelde eis van gelijktijdigheid als een ‘afgezwakte’ eis in verhouding tot de eis van causaliteit, die moeilijk te bewijzen zou zijn. Handhaving van de gelijktijdigheidseis zou volgens haar in de gedachte passen dat voor oplegging van tbs ten minste een verband tussen stoornis en delict moet worden aangetoond.³³

Bij de behandeling van de Wet herziening TBR in de Eerste Kamer vroegen de leden van de VVD-fractie om een nadere uiteenzetting van de regering over het vereiste van gelijktijdigheid van stoornis en het delict. De minister herhaalt dat het niet in de bedoeling ligt tbs op te leggen in gevallen waarin de stoornis eerst na het plegen van het delict ontstaat en vervolgt:

‘Een dergelijke regeling zou voorbijgaan aan de betekenis van schuld in ons strafrecht. De terbeschikkingstelling kan slechts worden gelast indien schuld geheel of gedeeltelijk is uitgesloten doordat de dader ontoerekenbaar of verminderd toerekenbaar is.’³⁴

Uit deze opmerking lijkt – in tegenstelling tot de eerdere opmerkingen – te volgen dat de minister een verband tussen stoornis en delict bij de oplegging van tbs veronderstelt.³⁵ Schuld wordt immers slechts uitgesloten indien een delict onder invloed van een stoornis is gepleegd. De minister sluit in dit citaat uit dat aan de geheel toerekenbare dader, die in beginsel niet onder invloed van een stoornis handelt, tbs wordt opgelegd. Dat impliceert als voorwaarde voor het opleggen van tbs dat de dader ten tijde van het delict onder invloed van een stoornis handelde. Dit uitgangspunt ligt ook besloten in een slechts ten dele ingevoerde herstelwet voor de ‘Wet herziening TBR’. In de memorie van toelichting op de herstelwet wordt verwezen naar een gewijzigd (en inmiddels vervallen) artikel 250bis Sr, waarin straf werd gesteld op souteneurschap gepaard gaande met enigerlei vorm van dwang. Er is afgezien van opnemen van artikel 250bis Sr in de opsomming van artikel 37a lid 1 onder 1 Sr, waarin de misdrijven worden genoemd naar aanleiding waarvan tbs kan worden opgelegd, omdat:

32 Zie ook *Handelingen II* 26 september 1984, p. 219.

33 *Handelingen II* 26 september 1986, p. 219.

34 *Kamerstukken I* 1985/86, 11 932, nr. 69, p. 6.

35 Ook in de memorie van antwoord zijn opmerkingen van die strekking te lezen: ‘het vereiste dat het door de geestelijk gestoorde veroorzaakte gevaar zich in een delict heeft verwezenlijkt (...)’, *Kamerstukken II* 1980/81, 11 932, nrs. 5-7, p. 5.

‘De daarin vermelde artikelen gemeen (hebben) dat de daarbij strafbaar gestelde gedragingen worden verondersteld nauw verband te kunnen houden met een geestesstoornis. Dit verband ligt echter met betrekking tot de in artikel 250 bis Wetboek van Strafrecht strafbaar gestelde gedragingen niet voor de hand.’³⁶

De laatste twee citaten lijken er op te duiden dat de minister voor oplegging van tbs een causaal verband tussen stoornis en delict veronderstelt. Dat is opmerkelijk, omdat de minister in de eerdere parlementaire discussie juist benadrukte dat gelijktijdigheid nog geen causaal verband tussen stoornis en delict impliceert.

De voor de hand liggende conclusie is naar mijn mening dat uit de wetsgeschiedenis geen eenduidige bedoeling van de wetgever ten aanzien van het gehandhaafde gelijktijdigheidsvereiste kan worden gedistilleerd.³⁷ Enerzijds wijzen passages sterk in de richting van het stellen van een vereiste van een causaal verband tussen stoornis en delict, anderzijds is er nu juist expliciet van afgezien om een causaal verband als wettelijke voorwaarde voor de oplegging van tbs te stellen en is slechts de eis van gelijktijdigheid gehandhaafd. De conclusie van Hofstee – op grond van het hiervoor weergegeven citaat over artikel 250bis Sr – dat de wetgever een causaal verband veronderstelde en dat het gelijktijdigheidsvereiste daarom overbodig en van ‘elke betekenis ontbloot is’,³⁸ is in zoverre gebaseerd op een selectieve weergave van de wetsgeschiedenis. De wetgever spreekt niet met één mond, maar hinkt op meerdere gedachten die niet met elkaar in overeenstemming lijken te brengen.

4 De Hoge Raad over gelijktijdigheid

De Hoge Raad heeft in artikel 37a Sr nooit méér gelezen dan dat slechts gelijktijdigheid van stoornis en delict moet worden vastgesteld voor opleggen van tbs. Hij oordeelde bij arrest van 13 maart 1979 over het in zoverre gelijkluidende artikel 37a (oud) Sr dat de eis dat de rechter bij de oplegging van tbs in zijn vonnis vaststelt dat de feiten het gevolg zijn van de geestgesteldheid van de verdachte geen steun

³⁶ *Kamerstukken II* 1987/88, 20 372, nr. 3, p. 2.

³⁷ Vgl. M.J. Borgers, ‘Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak’, in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink, *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 51-70, in het bijzonder p. 54-55.

³⁸ Hofstee 1989, p. 60 en E.J. Hofstee, aant. 2 onder e bij art. 37a Sr. in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst en commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

vindt in het recht.³⁹ Het arrest is doorgaans uitgelegd als zou de Hoge Raad voor het opleggen van tbr geen causaal verband tussen stoornis en delict vereisen.⁴⁰ Voldoende zou zijn dat de rechter de gelijktijdigheid van stoornis en delict vaststelt.

In dezelfde lijn ligt het arrest van 14 maart 2006.⁴¹ Daarin oordeelt de Hoge Raad dat in het recht geen steun te vinden is voor de opvatting dat het opleggen van tbs met dwangverpleging nooit mogelijk is indien bij de beslissing over de strafbaarheid van de verdachte het feit aan de verdachte wordt toegerekend. Mevis merkt daarover in zijn noot bij dit arrest op dat in het geval een delict volledig aan de verdachte wordt toegerekend, tbs dan alleen maar denkbaar kan zijn indien wel een stoornis ten tijde van het delict bestond en een daaruit voortvloeiend gevaar, maar geen causaal verband tussen stoornis en delict is vastgesteld. Die gedachte vloeit reeds voort uit het arrest van 13 maart 1979 en is in 2008 opnieuw bevestigd in het arrest in de *Kraggenburg*-zaak. De rechter hoeft bij het geven van een last tot tbs niet vast te stellen dat de bewezenverklarde feiten het gevolg zijn van de geestesgesteldheid van de verdachte.⁴² Dit oordeel is nadien herhaald. In een arrest van 7 oktober 2008 werd erover geklaagd dat het hof de mate waarin de stoornis van de verdachte had doorgewerkt in de feiten niet had vastgesteld.⁴³ Met een verwijzing naar het arrest in de *Kraggenburg*-zaak, doet de Hoge Raad deze klacht conform de conclusie van de advocaat-generaal met verwijzing naar artikel 81 RO af.

Verschillende auteurs wijzen er op dat het *Kraggenburg*-arrest met enige terughoudendheid moet worden gelezen.⁴⁴ Mevis schrijft dat het weinig voor de hand ligt, hoewel het oordeel van de Hoge Raad dat op zichzelf zou toelaten, tbs op te leggen indien de rechter positief oordeelt dat *geen enkele* relatie tussen het delict en de stoor-

39 HR 13 maart 1979, *NJ* 1979, 364 m.nt. ALM.

40 Zie bijvoorbeeld E.J. Hofstee, aant. 2 onder e bij art. 37a Sr. in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst en commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008. En J.W. Fokkens, 'Titel IIA. Maatregelen', in: A.J.A. van Dorst, J.W. Fokkens, A.J.M. Machielse, *Noyon-Langemeijer-Remmelink. Het wetboek van strafrecht*, art. 37a Sr, aant. 1 Deventer: Kluwer (losbl.).

41 HR 14 maart 2006 ('Lucia de B.'), *NJ* 2007, 345 m.nt. Mevis, r.o. 9.4.

42 Ontbreken van die vaststelling leidt tot vernietiging: HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 112.

43 HR 7 oktober 2008, *LJN* BD6402.

44 Advocaat-generaal Remmelink schrijft in zijn conclusie voor HR 13 maart 1979, *NJ* 1979, 364 m.nt. ALM reeds dat de rechter een causaal verband niet met zoveel woorden hoeft vast stellen, omdat de wet die eis niet stelt. De wet zou een causaal verband wel veronderstellen.

nis bestaat.⁴⁵ De beslissing van de Hoge Raad houdt wel in dat ook tbs kan worden opgelegd indien de rechter zich in zijn vonnis niet heel expliciet over het causaal verband durft uit te spreken, omdat daarvoor harde gegevens ontbreken.⁴⁶ Ook Van Mulbregt is van oordeel dat niet zonder meer kan worden volstaan met vaststellen van een gelijktijdigheidsverband. Het arrest zou niet zo algemeen gelezen mogen worden dat tbs opgelegd zou kunnen worden aan een verdachte van een bankoverval voor behandeling van seksuele problematiek.⁴⁷ Ik kom hier op terug in paragraaf 6.

Van een arrest van 9 november 1982 is wel gezegd dat de Hoge Raad artikel 37a Sr daarin anders benadert.⁴⁸ In die zaak had het hof onder meer ter zake van moord een gevangenisstraf van negen jaren opgelegd. Het hof oordeelde dat de verdachte, die al vaker veroordeeld was tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf en nu vanwege moord opnieuw werd veroordeeld, een bijzonder gevaar voor de maatschappij vormde. Op grond van een gedragsdeskundig rapport had het hof aangenomen dat de verdachte ten tijde van het delict lijdende was aan een zodanige psychische stoornis dat de feiten hem in lichte mate verminderd toegerekend konden worden. Het hof zag echter geen steun voor de opvatting dat het juist de psychische stoornis was waardoor de verdachte een gevaar voor de maatschappij vormde en legde daarom geen tbr op, maar veroordeelde de verdachte tot een langdurige gevangenisstraf. De Hoge Raad oordeelt dat deze strafmotiveering niet innerlijk tegenstrijdig is.

Hofstee heeft betoogd dat de Hoge Raad hiermee terugkwam op zijn arrest uit 1979. Hij is van mening dat eruit volgt dat de Hoge Raad een causaal verband tussen de psychische stoornis en recidive noodzakelijk acht voor het opleggen van tbr. Het zou volgens Hofstee onlogisch zijn 'om wel een causaal verband te verlangen met een delict dat mogelijk in de toekomst zal worden gepleegd, doch niet met een soortgelijk delict dat reeds in het verleden is begaan.'⁴⁹ Het arrest

45 Vgl. echter Rb. Middelburg 18 februari 2009, *LJN* BH3432, waarin de rechtbank (positief) oordeelt dat geen verband tussen stoornis en delict bestaat, maar daarin geen grond ziet om af te zien van opleggen van tbs. Tbs wordt niet opgelegd, omdat niet aan het gevaarscriterium is voldaan.

46 Noot Mevis onder HR 22 januari 2008, *Sancties* 2008, 11, onder 5.

47 J. van Mulbregt, 'Over toerekenen en afrekenen', in: F. Koenraadt & I. Weijers (red.), *Vrijheid en verlangen* (Mooij-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 273-292, p. 279.

48 HR 9 november 1982, *NJ* 1983, 268 m.nt. ACtH.

49 Hofstee 2003, p. 84. Aldus ook: Haffmans 1989, p. 89.

zou daarom impliceren dat voor het opleggen van tbr eveneens een causaal verband tussen stoornis en delict moet worden vastgesteld.

Ik betwijfel of die opvatting op grond van dit arrest aan de Hoge Raad kon worden toegeschreven. De Hoge Raad beoordeelt de motivering van het hof waarom het gevangenisstraf meer aangevoelen acht dan tbr op begrijpelijkheid en ziet geen contradictie in de redenering dat – kort gezegd – de verdachte gevaarlijk is, maar niet vanwege de vastgestelde psychische stoornis. Daaruit is niet a contrario af te leiden dat de Hoge Raad bij toepassing van artikel 37a Sr een causaal verband tussen stoornis en delict vereist. Dat is immers een andere kwestie dan de begrijpelijkheid van de strafmotivering in deze zaak. Bovendien is het, zoals we in paragraaf 2 zagen, op zichzelf niet onlogisch om wel een verband tussen stoornis en gevaar (toekomstig delict) te vereisen en niet tussen het delict en de stoornis. In een dergelijke benadering staat de beveiligingsfunctie van de tbs voorop.

5 Gelijktijdigheid en causaliteit

In de parlementaire discussie kwamen de begrippen gelijktijdigheid en causaal verband in verband met de relatie tussen stoornis en delict aan de orde. Een reden om voor gelijktijdigheid te kiezen was dat gelijktijdigheid eenvoudiger zou zijn vast te stellen dan een causaal verband. In deze paragraaf bespreek ik in hoeverre gelijktijdigheid iets zegt over een verband tussen stoornis en delict. Tevens komt aan de orde of de in de wetsgeschiedenis naar voren komende vrees voor wat bewijsmoeilijkheden werden genoemd ten aanzien van het causaal verband gerechtvaardigd is.

Het is onomstreden dat de verdachte die lijdt aan een psychische stoornis ten tijde van het delict een delict kan begaan dat geen verband met die stoornis houdt. De toerekening van een strafbaar feit aan de verdachte op grond van artikel 39 Sr wordt wel omschreven als ‘partiële toerekening’.⁵⁰ Haffmans geeft het voorbeeld van een persoon die aan ernstige wanen lijdt en die daardoor willekeurige mensen, die hij voor zijn aanvallers houdt, te lijf gaat.⁵¹ De mishandeling of eventueel doodslag die hij daarbij pleegt, zal aan hem vanwege

50 Vgl. J. Rimmelink & D. Hazewinkel-Suringa, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa. Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1984, p. 233.

51 Haffmans 1989, p. 43-44. Zie Rb. Alkmaar 8 september 2009, *LJN BJ7094*, r.o. 6, waarin sprake is van een ‘ziekelijke ontwikkeling van de persoonlijkheid’, die niet in een relevant verband staat met de bewezenverklaarde doodslag.

de stoornis wellicht niet kunnen worden toegerekend. Het ligt immers voor de hand om het begaan van die feiten aan de stoornis toe te schrijven. De vaststelling dat sprake was van een psychische stoornis ten tijde van het delict houdt echter nog niet in dat een door dezelfde verdachte gepleegde belastingfraude niet zal kunnen worden toegerekend. Een verband tussen de wanen en de gepleegde fraude lijkt dan onaannemelijk. Bij de partiële toerekening draait het om de vraag of *dit* feit aan *deze* dader kan worden toegerekend. Het bestaan van een (ernstige) psychische stoornis tijdens het delict maakt niet dat geen enkel feit aan de dader zal kunnen worden toegerekend. De belastingfraude in het voorbeeld zal waarschijnlijk kunnen worden toegerekend, ondanks het bestaan van een ernstige stoornis. Zou geen sprake zijn van partiële toerekening, dan zouden alle personen bij wie een psychische stoornis bestaat a priori 'ontoerekeningsvatbaar' zijn voor elk strafbaar feit dat zij begaan. Niet alle gedragingen van een psychisch gestoorde staan onder invloed van de stoornis.⁵²

Gelijktijdigheid van stoornis en delict houdt daarom nog geen juridisch relevant onderscheid in ten opzichte van de situatie waarin de stoornis eerst na het begaan van een delict ontstond. Een ten tijde van het delict bestaande stoornis kan vanwege de partiële toerekening voor de strafrechtelijke verwijtbaarheid immers even irrelevant zijn als een eerst na het delict opgekomen stoornis. Het is in dat verband opmerkelijk dat oplegging van tbs aan de verdachte bij wie na het delict een stoornis ontstond door de minister en een aantal Kamerleden onwenselijk werd geacht, terwijl gelijktijdigheid van stoornis en delict niet zonder meer een wezenlijk andere situatie is.

Zoals hiervoor besproken, is één van de redenen om het gelijktijdigheidsvereiste in de wet op te nemen en niet de eis van een causaal verband te stellen, de vrees voor problemen met het vaststellen van een causaal verband tussen delict en stoornis geweest. In het kader van de pro Justitia-rapportage wordt aan de gedragsdeskundige juist de vraag voorgelegd in welke mate een eventuele stoornis van invloed op het delict is geweest.⁵³ Bij de rapportage pleegt een onder-

52 De ernst van de stoornis is evenmin bepalend voor de mate waarin deze in het delict doorwerkt, zie A.W.M. Mooij, 'Toerekeningsvatbaarheid', in: B.C.M. Raes & F.A.M. Bakker (red.), *De psychiatrie in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 83-88, p. 85.

53 De formats van het NIFP voor onderzoek pro justitia bevatten bijvoorbeeld de volgende vraag: 'Beïnvloedde de eventuele ziekelijke stoornis en/of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens onderzochtes gedragskeuzes en gedragingen ten tijde van het ten laste gelegde (zodanig dat dat mede daaruit verklaard

→

verdeling in vijf graden van ‘verminderde toerekeningsvatbaarheid’ te worden gemaakt.⁵⁴ Is een verdachte ‘enigszins verminderd toerekeningsvatbaar’, dan is, aldus Van Marle, bij de verdachte ‘een aantal prominente karaktertrekken aanwezig (dat) leidt tot een toegenomen dispositie voor het begaan van een delict, zoals impulsiviteit, ziekelijke angsten of achterdocht.’⁵⁵ Aan de andere kant van de schaal staat de geheel ontoerekeningsvatbare verdachte: ‘De aard van het delict en de wijze van totstandkoming ervan worden in een direct oorzakelijk verband door de stoornis bepaald en vloeien uit die stoornis voort.’⁵⁶ De verschillende graden van vermindering van de ‘toerekeningsvatbaarheid’ houden derhalve een toenemende mate van beïnvloeding van het delict door de stoornis in. Bij de geheel ontoerekeningsvatbare verdachte wordt zelfs gesproken van een direct oorzakelijk verband.

In het kader van de toerekeningsvraag spreekt een onderzoek naar de mate waarin de verdachte bij het begaan van het feit onder invloed van een psychische stoornis handelde voor zich. Naarmate een delict sterker werd beïnvloed door een psychische stoornis, zal het delict algemeen gesproken in mindere mate aan de verdachte worden toegerekend. Een succesvol beroep op artikel 39 Sr impliceert een sterk causaal verband tussen stoornis en delict. Wordt een delict in verminderde mate aan de verdachte toegerekend, dan kan dat bij de strafmaat van belang zijn.⁵⁷ Niet slechts het ‘direct’ oorzakelijke verband bij de ontoerekeningsvatbare verdachte is dus in strafrechtelijke zin relevant, maar ook het minder ‘knellende’ verband bij de ‘enigszins verminderd toerekeningsvatbare’ verdachte. Ik ga op deze plek niet in op de aard van het verband tussen stoornis en delict.

kan worden)?’ (*www.dji.nl*). De deskundige zal bovendien moeten aangeven in welke mate sprake was van beïnvloeding door de psychische stoornis. Vgl. W.F. van Kordelaar, ‘Het psychologisch onderzoek pro Justitia’, in: B.C.M. Raes & F.A.M. Bakker (red.), *De psychiatrie in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 98-112, p. 97-98 m.b.t. de ‘standaardvraagstelling’.

54 In de recente conceptrichtlijn Psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken van de Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie (*www.nvvp.net*) wordt gesteld (p. 31) dat deze verdeling in vijf graden geen wetenschappelijke basis heeft. Voorgesteld wordt te onderscheiden in drie graden: toerekenbaar, niet toerekenbaar of gedeeltelijk toerekenbaar.

55 H.J.C. van Marle, ‘Het strafrechtelijk psychiatrisch gedragskundigenonderzoek’, in: B.C.M. Raes & F.A.M. Bakker (red.), *De psychiatrie in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 113-136, p. 127.

56 Van Marle 2007, p. 127.

57 J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 339-340.

Dat is voer voor psychologen en psychiaters.⁵⁸ Ik volsta met de vaststelling dat in de gedragswetenschappen aanvaard is dat uitspraken worden gedaan over een verband tussen stoornis en delict en dat in de pro Justitia-rapportage over dat verband wordt gerapporteerd.

Na de rapportage over het verband tussen stoornis en delict, is het aan de rechter om in het kader van artikel 39 Sr te oordelen over de vraag of de invloed van de stoornis dusdanig is geweest dat het feit niet aan de verdachte kan worden toegerekend. Ook zal de rechter moeten oordelen over de vraag of andere factoren dan de stoornis van invloed op het feit zijn geweest, zodanig dat het feit ondanks het bestaan van een stoornis toch geheel of gedeeltelijk wordt toegerekend. Wanneer de rechter voor de vraag staat of oplegging van tbs aan de orde is, heeft hij al een oordeel geveld over de vraag of de stoornis in een strafrechtelijk relevant verband staat met het strafbare feit. Bij verdachten aan wie een feit niet of in mindere mate wordt toegerekend, lijkt om die reden geen sprake te zijn van problemen ten aanzien van het vaststellen van – ten minste enig – verband tussen stoornis en delict.

Problematisch zou kunnen zijn de verdachte aan wie een feit volledig toegerekend wordt, omdat – bijvoorbeeld in het geval van een weigerende observandus – onduidelijk is of sprake is van een psychische stoornis die van invloed op het strafbare feit is geweest. In dat geval zijn problemen met het vaststellen van het verband tussen stoornis en delict denkbaar. Dan zal echter de primaire vraag zijn óf een psychische stoornis bestond ten tijde van het delict. Kan dat niet worden vastgesteld, dan verzet artikel 37a Sr zich reeds daarom tegen de oplegging van tbs. Problemen ten aanzien van het vaststellen van het bestaan van de stoornis zijn – begrijpelijkerwijs – geen argument geweest om af te zien van de voorwaarde dat het bestaan van een psychische stoornis ten tijde van het delict moet worden vastgesteld. Eventuele moeilijkheden met betrekking tot het vaststellen van het verband tussen stoornis en delict lijken mij minder problematisch te

58 Nieboer (1970, p. 145) meent bijvoorbeeld dat de mate van schuld omgekeerd evenredig is met het causale aandeel van de psychische stoornis in het delict, waarmee hij impliceert dat het causale aandeel van de stoornis in het delict – en daarmee ook de schuld – betrekkelijk nauwkeurig is vast te stellen. Mooij (2007, p. 86) merkt daarentegen op: 'Hoewel men spreekt van een 'causaal verband' tussen stoornis en delict, wil er sprake zijn van enige vermindering van de toerekeningsvatbaarheid, is het beter deze relatie niet te typeren als causaal in engere zin. (...) Er is geen sprake van een externe (causale) maar van een interne (hermeneutische) relatie waarin het ene verschijnsel zich in het andere uitdrukt.'

zijn dan de primaire vraag of sprake was van een psychische stoornis ten tijde van het delict.⁵⁹

Op grond van de in het parlementaire debat veronderstelde problemen met betrekking tot het vaststellen van een causaal verband zou het bovendien voor de hand hebben gelegen om lagere eisen te stellen aan de 'bewijslast'. Gelijktijdigheid van stoornis en delict zegt immers – zonder meer – niets over de vraag of sprake is van een juridisch relevant verband tussen stoornis en delict. Gelijktijdigheid is geen 'afgezwakte eis' ten aanzien van het verband tussen stoornis en delict, maar een andere eis. Het voorstel om het gelijktijdigheidsvereiste te handhaven omdat dat eenvoudiger zou zijn vast te stellen dan een causaal verband is zo bezien onlogisch geweest. Een vereiste dat ten minste enig verband tussen delict en stoornis 'aanneemelijk' moet zijn, zou meer recht hebben gedaan aan de wens om moeilijkheden met het vaststellen van een verband tussen stoornis en delict te voorkomen.

6 De dubbelzinnigheid van het gelijktijdigheidsvereiste

De tbs-regeling bergt iets van de beide in paragraaf 2 besproken benaderingen in zich. Enerzijds betreft het een strafrechtelijke maatregel, waarbij (ten minste) een verband van gelijktijdigheid met het delict moet bestaan en die alleen ten aanzien van bepaalde delicten kan worden opgelegd. In zoverre doet de regeling denken aan de laatst besproken benadering, waarbij de tbs als reactie op een delict wordt opgevat. Anderzijds vereist artikel 37a Sr niet dat een causaal verband tussen stoornis en delict wordt vastgesteld. Daardoor is de stoornis in zekere zin 'losgekoppeld' van het delict en heeft de regeling schijnbaar ook een element in zich van de eerste benadering waarin de beveiliging van de maatschappij voorop staat. In deze paragraaf betoog ik dat naar de huidige wettelijke regeling de tbs haar grondslag vindt in het strafbare feit. Op die grond zou tbs niet opgelegd mogen worden bij het ontbreken van elk causaal verband tussen stoornis en delict en zou kunnen worden overwogen de eis van een strafrechtelijk relevant verband tussen stoornis en delict in de wet op te nemen.

De benadering die Kooijmans voorstaat, heeft het voordeel van eenduidigheid. Materieel bestaat, aldus Kooijmans, geen verschil

⁵⁹ Vgl. echter Rb. Alkmaar 12 november 2009, *LJN* BK3133. Aan het slot van paragraaf 6 kom ik terug op deze problematiek.

tussen de situatie waarin iemand op grond van de Wet BOPZ gedwongen wordt opgenomen en oplegging van tbs. In beide gevallen wordt op de ongewenste situatie van gevaarlijkheid die van een psychisch gestoorde persoon uitgaat gereageerd. Slechts vanwege (pragmatische) proceseconomische redenen – de verdachte staat nu eenmaal voor de strafrechter en niet voor de BOPZ-rechter – is de tbs-maatregel in het wetboek van strafrecht opgenomen.⁶⁰

Problematisch in deze benadering is echter dat de Wet BOPZ naar huidig recht materieel noch formeel eenzelfde regeling als de tbs biedt. De Wet BOPZ biedt een kader waarbinnen een persoon die vanwege een psychische stoornis een gevaar vormt, gedwongen kan worden opgenomen op grond van een BOPZ-machtiging. Voor opname op grond van de Wet BOPZ is niet vereist dat het gevaar zich in een delict heeft verwezenlijkt. Die omstandigheid heeft geleid tot een zwaardere eis aan de ernst van de stoornis op grond waarvan een machtiging tot opname kan worden verleend. In de memorie van antwoord bij de Wet herziening TBR formuleert de regering het onderscheid tussen tbs en BOPZ zo:

‘In de voorgestelde Wet b.o.p.z. staat tegenover het ontbreken van het vereiste dat het door de geestelijk gestoorde veroorzaakte gevaar zich in een delict heeft verwezenlijkt, een zwaardere eis ten aanzien van de stoornis dan in het onderhavige ontwerp wordt gesteld.’⁶¹

De voorwaarden waaronder tbs opgelegd zou moeten kunnen worden, verschillen van de voorwaarden op grond waarvan een gedwongen opname op grond van de Wet BOPZ kan worden gerealiseerd. De BOPZ-machtiging kan, aldus Hofstee, slechts worden verleend aan degene bij wie een ‘knellend’ causaal verband tussen de gevaarlijkheid en de stoornis bestaat.⁶² In strafrechtelijke zin zou een zich in een delict gerealiseerde ‘gevaarvolle daad’ aan diegene niet worden toegerekend.⁶³ Voor oplegging van tbs is dat ‘knellende’ verband geen vereiste, waardoor een ruimere categorie van psychisch gestornden wordt bestreken. Dit verschil zou kunnen worden gerechtvaardigd doordat het gevaar bij de tbs-gestelde zich in een delict heeft

60 Kooijmans 2002, p. 160-161.

61 *Kamerstukken II* 1980/81, II 932, nrs. 5-7, p. 5.

62 Hofstee 2003, p. 74.

63 In vergelijkbare zin de nadere memorie van antwoord bij de Wet BOPZ: *Kamerstukken II* 1979/80, II 270, nr. 12, p. 13 (ook aangehaald in: R.B.M. Keurentjes, *Tekst en toelichting. Wet Bopz. Editie 2008*, Den Haag: Sdu 2008, p. 40-41).

verwezenlijkt, maar dat is juist uitgesloten in een benadering waarbij het delict irrelevant is voor de oplegging van de tbs.

Bovendien verschilt de rechtspositie van degene die op grond van de Wet BOPZ is opgenomen aanmerkelijk van de tbs-gestelde. Een voorlopige BOPZ-machtiging heeft bijvoorbeeld een geldigheidsduur van maximaal zes maanden (artikel 10 lid 4 Wet BOPZ) en een machtiging tot voortgezet verblijf heeft steeds een geldigheidsduur van één jaar (artikel 14 lid 4 Wet BOPZ). De tbs geldt voor maximaal twee jaar (artikel 38d lid 1 Sr) en kan steeds voor de duur van ten hoogste twee jaar worden verlengd (artikel 38d lid 2 Sr). Ook wat interne rechtspositie betreft bestaan verschillen tussen de Wet BOPZ en de Beginselenwet verpleging terbeschikkinggestelden.⁶⁴

Uitsluitend redenen van proceseconomie kunnen deze verschillen in voorwaarden voor oplegging en rechtspositie tussen tbs en de BOPZ-machtiging niet rechtvaardigen. Er bestaat onder de huidige regeling geen rechtvaardiging om een verdachte wiens stoornis geen verband houdt met het gepleegde delict anders te behandelen enkel vanwege de in zoverre toevallige omstandigheid dat hij voor de strafrechter is gebracht vanwege een delict. Een uniforme regeling, waarin zowel tbs als BOPZ opgaan, zou dat veranderen. Daarmee zou een einde komen aan het tweesporenstelsel.⁶⁵ Het Wetboek van Strafrecht kent bovendien een van de tbs te onderscheiden en aan de BOPZ verwante regeling in de maatregel tot plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis op grond van artikel 37 Sr. Juist deze maatregel is op

64 Zie nader over de in- en externe rechtspositie in de Wet BOPZ: R.B.M. Keurentjes, 'De Wet BOPZ', in: B.C.M. Raes & F.A.M. Bakker (red.), *De psychiatrie in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 57-80 en Keurentjes 2008.

65 De Hullu heeft in zijn preadvies voor de NJV in 2002 afschaffing van de tbs bepleit. De tbs zou kunnen opgaan in een 'zorgzame vrijheidsstraf enerzijds en goed functionerende (GGZ-, JB)voorzieningen anderzijds.' J. de Hullu, 'Enkele suggesties voor herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel', in: J. de Hullu, F.W. Bleichrodt & O.J.D.M.L. Jansen, *Herziening van het sanctiestelsel* (preadvies NJV), Deventer: Kluwer 2002, p. 1-88, p. 42. Bleichrodt, in zijn preadvies van 2002, acht een dergelijk 'monistisch stelsel' weinig aantrekkelijk op dogmatische en praktische gronden. F.W. Bleichrodt, 'Het strafrechtelijk sanctiestelsel in de revisie', in: J. de Hullu, F.W. Bleichrodt & O.J.D.M.L. Jansen, *Herziening van het sanctiestelsel* (preadvies NJV), Deventer: Kluwer 2002, p. 89-166 (Bleichrodt 2002), p. 132-133 en 155-159. Zie voor een uitgebreid overzicht van de discussie monisme versus het tweesporenstelsel: Van der Landen 1992, p. 384-420. Van der Landen betoont zich overigens een voorstander van een monistisch stelsel (p. 448-455).

pragmatische gronden in het wetboek van strafrecht opgenomen, het medische karakter ervan staat voorop.⁶⁶

Een tweede argument kan aan de wetssystematiek worden ontleend. Op grond van artikel 37a lid 1 onder 1 Sr kan slechts tbs worden opgelegd aan de verdachte die misdrijven van een bepaalde ernst heeft gepleegd. Indien geen strafrechtelijk relevant verband tussen stoornis en delict zou zijn vereist, bestaat geen grond voor deze bepaling.⁶⁷ Het delict waarvoor de verdachte terecht staat, zou dan voor de oplegging van de tbs immers irrelevant moeten zijn. Ik wijs er nogmaals op dat juist is afgezien van het opnemen van artikel 25obis (oud) Sr in artikel 37a lid 1 onder 1 Sr, omdat een verband tussen stoornis en delict bij het daarin strafbaar gestelde souteneurschap gepaard met dwang niet voor de hand zou liggen.⁶⁸ Evenmin kan de strafrechter tbs opleggen als hij de verdachte heeft vrijgesproken.

Van een uniforme regeling is thans geen sprake. Naast de gedwongen opname op grond van de Wet BOPZ en artikel 37 Sr bestaat de tbs als strafrechtelijke maatregel die slechts kan worden opgelegd indien de verdachte een in artikel 37a lid 1 Sr omschreven delictomschrijving heeft vervuld. De verschillende behandeling en de beperking van de tbs tot delicten van een bepaalde ernst kunnen slechts gerechtvaardigd worden door het enige relevante verschil dat in dit opzicht bestaat: de tbs-gestelde heeft een delict gepleegd. Daarmee veronderstelt de huidige tbs-regeling in de eerste plaats dat tbs niet opgelegd zou mogen worden bij het ontbreken van ieder verband tussen stoornis en delict. In de tweede plaats zou kunnen worden overwogen een strafrechtelijk relevant verband tussen stoornis en delict als wettelijke voorwaarde te stellen.⁶⁹ Ik licht dat toe.

Zoals ik reeds in paragraaf 4 opmerkte, is het onwaarschijnlijk – ondanks de stellige formulering in het *Kraggenburg*-arrest – dat de Hoge Raad oplegging van tbs zal goedkeuren indien vastgesteld

66 Zie Haffmans 1989, p. 79-83 en Kooijmans 2002, p. 123.

67 Vgl. Van Mulbregt 2009, p. 278.

68 In dat opzicht was ook het tot voor de opheffing van het bordeelverbod geldende artikel 432 sub 3 (oud) Sr strafbaar gestelde souteneurschap een vreemde eend in de bijt van artikel 37a lid 1 sub 1 Sr. Het zou voor de hand hebben gelegen dit delict niet in de opsomming van artikel 37a lid 1 sub 1 Sr op te nemen op dezelfde gronden als waarop is afgezien van het opnemen van het verwante artikel 25obis (oud) Sr. (Vgl. Bleichrodt 2002, p. 157.)

69 Met een strafrechtelijk relevant verband bedoel ik als gezegd niet slechts het 'knellende' causaal verband bij de 'geheel ontoerekeningsvatbare' verdachte, maar ook de overige categorieën van verminderde toerekeningsvatbaarheid. Ook die kunnen strafrechtelijk relevant zijn.

wordt dat geen enkele relatie tussen stoornis en delict bestaat.⁷⁰ Het is, zoals Mevis terecht naar voren brengt, niet waarschijnlijk dat de Hoge Raad op die wijze het strafrechtelijke karakter van de tbs los wil laten.⁷¹ In de praktijk geldt het gelijktijdigheidsvereiste, aldus Mevis, dan ook als ‘buitengrens’. De rechter hoeft niet vast te stellen dat sprake is van een causaal verband tussen stoornis en delict, waardoor de mogelijkheid bestaat tbs op te leggen wanneer harde gegevens omtrent een causaal verband ontbreken. Dat is nog geen vrijbrief voor opleggen of adviseren van tbs in gevallen waarin een relatie tussen stoornis en delict geheel ontbreekt.⁷² Die relatie blijft wel degelijk van belang voor een verantwoorde oplegging van tbs. Door het uitgangspunt dat het verband tussen stoornis en delict niet belangrijk is voor de toepassing van artikel 37a Sr gaat de recente conceptrichtlijn Psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken van de NVVP uit van een onjuiste uitleg van het *Kraggenburg*-arrest.⁷³

Op grond van het strafrechtelijke karakter van de maatregel dat uit het tweesporenstelsel en het wettelijke systeem volgt, zou kunnen worden overwogen de wettelijke vereisten aan te scherpen door te vereisen dat een strafrechtelijk relevant verband tussen stoornis en delict ten minste aannemelijk moet zijn geworden. Nu deze voorwaarde niet uitdrukkelijk wordt gesteld, wordt afbreuk gedaan aan de – ook in de ‘princiële uiteenzetting’ van de regering benadrukte⁷⁴ – grondslag van de maatregel in het strafbare feit. Kan geen verband tussen stoornis en delict worden vastgesteld, dan is de stoornis strafrechtelijk irrelevant. De tbs is in dat geval geen reactie op een strafbaar feit, het strafbare feit is dan de toevallige aanleiding voor oplegging van de maatregel en daarmee wordt de maatregel van zijn strafrechtelijke karakter ontdaan. Zonder een vastgesteld verband tussen feit en stoornis bestaat geen grond *deze* verdachte voor *dit* feit anders te behandelen dan iedere andere (psychisch gezonde) burger. De straf is in het vigerende wettelijke kader dan de aangewezen sanctie.⁷⁵ Bij de strafoplegging kan nadrukkelijk ook het vergeldingsaspect

70 Ook in de *Kraggenburg*-zaak overwoog het hof dat de vastgestelde stoornis in relatie stond met de delicten, zoals Van Mulbregt (2009, p. 279) terecht opmerkt.

71 Noot Mevis onder HR 22 januari 2008, *Sancties* 2008, 11, onder 5.

72 Noot Mevis onder HR 20 januari 2009, *NJ* 2009, 324, onder 7 en bij HR 22 januari 2008, *Sancties* 2008, 11, onder 5.

73 Concept-richtlijn Psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken van de Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie (www.nvvp.net), p. 26-27.

74 Zie paragraaf 2.

75 Vgl. Van Marle, Mevis en Van der Wolf, ‘Prolegomena’, in: Van Marle, Mevis & Van der Wolf (red.), *Gedragskundige rapportage in het strafrecht*, Deventer:

→

worden betrokken en komt de proportionaliteitseis meer dan bij de tbs op de voorgrond te staan. De tot een gevangenisstraf veroordeelde die lijdt aan een psychische stoornis kan bovendien op de voet van artikel 13 Sr een behandeling worden geboden. Een BOPZ-machtiging is niet vereist, omdat de veroordeelde reeds zijn vrijheid ontnomen is,⁷⁶ maar zou eventueel later wel kunnen worden verleend. Met een artikel 13 Sr-plaatsing wordt niet feitelijk hetzelfde als met een tbs-oplegging bereikt. Uitgangspunt bij een artikel 13 Sr-plaatsing blijft immers de duur van de gevangenisstraf, die in een redelijke verhouding tot het delict moet staan. Daarmee wordt ook voorkomen dat een verdachte eerder op vrije voeten komt dan de ernst van het feit zou vergen omdat de tbs niet wordt verlengd.⁷⁷

Met het stellen van de positieve eis van een strafrechtelijk relevant verband tussen stoornis en delict wordt voorkomen dat de tbs-regeling potentieel een te breed toepassingsbereik heeft. In paragraaf 2 haalde ik het voorbeeld aan van een persoon die een belastingfraude pleegt en ten tijde van die fraude aan een ernstige stoornis lijdt, welke stoornis echter geen verband met de gepleegde fraude houdt. Het zou in strijd met het strafrechtelijke karakter van de tbs-regeling zijn indien in een dergelijk geval – zonder strafrechtelijk relevant verband – tbs zou worden opgelegd. Het gelijktijdigheidsvereiste zou zich daartegen evenwel niet verzetten. Hoewel het – nogmaals – onwaarschijnlijk is dat de Hoge Raad in dat geval oplegging van tbs zou goedkeuren, is het wenselijk om de eis van een relevant verband in de wet te expliciteren. Oplegging van tbs zou daardoor beter gemoti-

Kluwer 2008, p. 3-62, p. 56 en het in paragraaf 2 besproken tweede bezwaar van Oomen.

⁷⁶ Dat was ook de opvatting van de Minister van Justitie: ‘Als de betrokken gedetineerde al van zijn vrijheid is beroofd en dan een geestelijke stoornis optreedt, behoeft naar mijn indruk dat gevaarscriterium [van de Wet BOPZ, JB] niet meer te worden aangelegd (...)’ *Handelingen II* 26 september 1984, p. 228. In de parlementaire behandeling van de Wet herziening TBR is aan het verschil tussen artikel 13 Sr en artikel 37a Sr vrij uitvoerig aandacht besteed. Zie bijvoorbeeld *Handelingen II* 26 september 1984, p. 228-231. Artikel 13 Sr impliceert dat de veroordeelde van overheidswege verpleegd wordt en dat een behandeling wordt aangeboden. Zie J.W. Fokkens, ‘Titel II. Straffen’, in: A.J.A. van Dorst, J.W. Fokkens, A.J.M. Machielse, *Noyon-Langemeijer-Rommelink. Het wetboek van strafrecht*, art. 13 Sr, aant. 1, Deventer: Kluwer (losbl.).

⁷⁷ Een combinatie van straf en tbs laat zich moeilijk denken in de benadering van Kooijmans. Consequentie daarvan zou kunnen zijn dat de dader van een ernstig delict als moord, maar bij wie eerst na het delict een stoornis ontstaat, reeds na twee jaar tbs in vrijheid zou moeten worden gesteld. Niet valt uit te sluiten dat na twee jaar de gevaarlijkheid van de dader zodanig is verminderd, dat een verlenging niet aan de orde is. Een artikel 13 Sr-plaatsing zou dat voorkomen.

veerd worden. De huidige regeling leidt bovendien tot verwarring, zoals moge blijken uit de conceprichtlijn van de NVVP, en doet althans naar de letter geen recht aan het strafrechtelijke karakter van de tbs. Van Marle, Mevis en Van der Wolf wijzen er op dat de tbs-behandeling juist vanwege de doelstelling recidivegevaar te verminderen, is gebaseerd op de veronderstelling dat wél een verband tussen stoornis en delict bestaat.⁷⁸ Overigens is niet gezegd dat in grensgevallen, waarin de gedragsdeskundige geen verantwoorde uitspraken over het verband kan doen, onder omstandigheden geen tbs opgelegd zou moeten kunnen worden. Kan een verband tussen stoornis en delict niet door de gedragsdeskundige worden vastgesteld, bijvoorbeeld bij een weigerende observandus, dan zou tbs opgelegd moeten kunnen worden als ten minste enig strafrechtelijk relevant verband tussen stoornis en delict aannemelijk is.⁷⁹ De beslissingsruimte van de rechter is in dit opzicht ruimer dan wat de gedragsdeskundige verantwoord zou achten in het kader van zijn advisering.⁸⁰

7 Conclusie

Het gelijktijdigheidsvereiste is vlees noch vis. In zoverre geen causaal verband tussen stoornis en delict hoeft te worden vastgesteld, zou het passen in een benadering waarin voor oplegging van tbs enkel de beveiliging van de maatschappij maatgevend is. In die benadering is gelijktijdigheid evenwel niet relevant. Ook een na het delict opgekomen stoornis zou tbs kunnen rechtvaardigen en zelfs bij vrijspraak zou tbs opgelegd moeten kunnen worden. Gelijktijdigheid van stoornis en delict past – anderzijds – in een benadering waarin tbs niet alleen als beveiligingsmaatregel wordt beschouwd, maar ook als een strafrechtelijke maatregel die zijn grondslag vindt in het delict. De wetsgeschiedenis is niet ondubbelzinnig over de vraag welke benadering aan handhaving van het vereiste ten grondslag heeft gelegen. De huidige tbs-regeling bevat echter merendeels de kenmerken van de benade-

78 Van Marle, Mevis & Van der Wolf 2008, p. 56.

79 Vgl. Rb. Alkmaar 12 november 2009, *LJN* BK 3133, waarin tbs werd opgelegd voor moord en mishandeling. Vanwege de weigering van de verdachte mee te werken aan een psychiatrisch onderzoek kon geen verband tussen de vastgestelde stoornissen en het delict worden vastgesteld. De rechtbank legt tbs op omdat artikel 37a Sr geen causaal verband vereist. Naar mijn mening zou tbs in dit geval ook opgelegd hebben kunnen worden omdat op grond van een eerdere rapportage een verband tussen stoornis en delict aannemelijk was.

80 Aldus ook: Mevis in zijn noot onder HR 22 januari 2008, *Sancties* 2008, 11, onder 5 en Van Marle, Mevis & Van der Wolf 2008, p. 56.

ring waarin de tbs wordt opgevat als een strafrechtelijke maatregel. Zolang niet voor een monistisch stelsel wordt gekozen, staat het strafrechtelijke karakter van de huidige tbs-regeling daarom voorop. Slechts gelijktijdigheid is dan onvoldoende voor opleggen van tbs, een strafrechtelijk relevant verband tussen stoornis en delict is eveneens fundamenteel. In een dergelijke regeling mag tbs in de eerste plaats niet opgelegd worden bij het ontbreken van elk verband tussen stoornis en delict. In de tweede plaats kan overwogen worden in de wet expliciet de (minimum)voorwaarde te stellen dat een strafrechtelijk relevant verband tussen stoornis en delict aannemelijk moet zijn.