

Stoornis en gevaar. Een aanzet tot onderzoek naar een alternatief voor tbs²

DD 2020/25

Voor de oplegging van tbs is vereist dat de dader aan een stoornis lijdt en recidivegevaarlijk is. De aanname dat daders die aan een stoornis lijden in het algemeen een bijzonder recidivegevaarlijke groep vormen, wordt echter niet bevestigd door empirisch onderzoek. Dat doet de vraag rijzen in hoeverre het gerechtvaardigd is om alleen verdachten met een stoornis voor tbs in aanmerking te laten komen. Ook is daardoor de vraag of de tbs haar beveiligingsdoelstelling voldoende kan waarmaken. In dit artikel worden drie richtingen geschetst om onderzoek naar de wenselijkheid en normering van een alternatieve preventieve vrijheidsbenemende maatregel vorm te geven.

1. Inleiding

De zwaarste preventieve maatregel in het Nederlandse strafrecht is de terbeschikkingstelling (hierna: tbs).³ De twee belangrijkste voorwaarden die moeten zijn vervuld om naar aanleiding van een gepleegd delict tbs te kunnen opleggen, zijn de aanwezigheid van een psychische stoornis tijdens dat delict en de aanwezigheid van recidivegevaar (artikel 37a lid 1 jo. sub 2 Sr).⁴ Als de rechter niet kan vaststellen dat de dader ten tijde van het delict aan een stoornis leed, mag hij geen tbs opleggen. Tbs mag ook niet worden opgelegd als het recidivegevaar niet groot genoeg is.

Er bestaan sterke aanwijzingen dat daders die aan een stoornis lijden geen bijzonder gevaarlijke groep vormen in vergelijking tot andere daders. De relatie tussen stoornis en (gewelds) delict is in het algemeen zwak en het hebben van een stoornis is geen belangrijke voorspeller van recidive, zoals hierna in paragraaf 2 wordt besproken. Als de vooronderstelling dat delinquenten alleen op grond van een stoornis een bijzonder gevaar kunnen vormen niet klopt, heeft dat belangrijke normatieve consequenties voor de huidige tbs-regeling, zoals wij in paragraaf 3 zullen betogen. Vervolgens wordt in paragraaf 4 besproken hoe onder-

1 Mr. dr. J. Bijlsma, mr. E. Nauta, prof. mr. F. de Jong, mr. dr. L. Dalhuisen en prof. dr. G. Meynen zijn als respectievelijk universitair docent strafrecht, promovenda, hoogleraar strafrecht, universitair docent forensische psychiatrie en hoogleraar forensische psychiatrie verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL), Universiteit Utrecht. Meynen is tevens bijzonder hoogleraar ethiek en psychiatrie aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Prof. mr. T. Kooijmans is als hoogleraar straf(proces)recht verbonden aan Tilburg University.

2 Citeerwijze: J. Bijlsma, E. Nauta, T. Kooijmans, F. de Jong, L. Dalhuisen & G. Meynen, 'Stoornis en gevaar. Een aanzet tot onderzoek naar een alternatief voor tbs', DD 2020/25.

3 Alle vrijheidsbenemende strafrechtelijke maatregelen worden in deze bijdrage kortheidshalve aangeduid met de term 'preventieve detentie' (hetgeen niet moet worden verward met voorlopige hechtenis). Daarmee wordt aangesloten bij internationale literatuur over het onderwerp (vgl. A. Ashworth & L. Zedner, *Preventive justice*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 144) en bij de terminologie van het EHRM (vgl. EHRM 4 december 2018, 10211/12 en 27505/14 (*Inseher t. Duitsland*)). De maatregel tot plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis van artikel 37 Sr is per 1 januari 2020 komen te vervallen (*Stb.* 2019, 453) en blijft daarom buiten beschouwing. De officier van justitie beschikt in plaats daarvan over de mogelijkheid om de strafrechter in het kader van een strafzaak te verzoeken een civiele zorgmachtiging af te geven (artikel 2.3 Wet forensische zorg).

4 Een andere voorwaarde is dat het om een feit moet gaan waarop een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld of om een specifiek genoemd feit (artikel 37a Sr lid 1 sub 1 Sr). Tbs mag uitsluitend de duur van vier jaren te boven gaan als sprake is van een geweldsdelict (artikel 38e lid 1 Sr). In dit artikel worden de tbs met voorwaarden en de gemaximeerde tbs verder buiten beschouwing gelaten.

zoek naar de wenselijkheid en normering van alternatieven voor (de zwaarste vorm van) preventieve detentie vorm kan krijgen. Wij schetsen daartoe drie onderzoeksrichtingen.

2. Stoornis en recidiverisico

De aanname dat juist mensen die onder invloed van een psychische stoornis een ernstig delict plegen in het algemeen (recidive)gevaarlijk zijn, wordt niet bevestigd door empirisch onderzoek.⁵

In risicotaxatie-instrumenten – die breed worden ingezet in de forensische rapportage- en behandelpraktijk – speelt de stoornis slechts een beperkte rol. In de HCR-V3 – een veelgebruikt instrument voor risicotaxatie ten aanzien van geweld – is een stoornis bijvoorbeeld slechts een factor naast een aantal andere. In een ander instrument waarmee het risico op gewelddadige recidive wordt gemeten, de VRAG-R, speelt de stoornis nauwelijks een rol, hoewel het hebben van een gedragsstoornis voor het vijftiende levensjaar hier wel wordt genoemd.⁶ In een wereldwijd veelgebruikt instrument voor zedendelinquenten, de Static-99R, ontbreekt een stoornis volledig als risicofactor.⁷

Andere factoren dan de stoornis zijn belangrijker voor de voorspelling van recidive. Een meta-analyse van 131 studies laat zien dat de sterkste voorspellers te vinden zijn binnen de domeinen van criminogene behoeften (antisociale delictondersteunende attitudes op het gebied van opleiding en werk), criminele voorgeschiedenis/geschiedenis van antisociaal gedrag, sociale status (huwelijkse staat; opleidingsniveau; werkhistorie; inkomen; wisselingen van huisadres), leeftijd/geslacht/ras en gezinsfactoren (criminaliteit van ouders/broers/zussen; opvoeding met gebrek aan affectie en toezicht en/of mishandeling; gezinsstructuur).⁸

In een *individueel* geval is het goed mogelijk dat recidiverisico in hoge mate bepaald wordt door een stoornis. Bijvoorbeeld als iemand een opdrachtwaan heeft met als inhoud dat hij zijn buurman iets aan moet doen, en hij die buurman onlangs zwaar heeft mishandeld. Bij deze persoon is (het voortbestaan van) de waan met zijn specifieke inhoud mogelijk een belangrijke risicofactor en is behandeling van deze waan aangewezen. Kingston e.a. schrijven in lijn hiermee:

“Despite the fact that mental illness tends to be a weak and non-significant predictor of recidivism in offender samples, there are clearly those incidents in which individuals commit crimes that are attributable to their mental health symptoms. A classic example is an assault that is primarily motivated by delusions or hallucinations.”⁹

5 Zie ook M.M. Beukers, *Over de grenzen van de stoornis* (diss. Rotterdam), Rotterdam: 2017, p. 169; T. Kooijmans & G. Meynen, ‘De hybride structuur van de rapportage pro Justitia: over toerekeningsvatbaarheid en risico’, *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 477-489; J. Bijlsma e.a., ‘Legal insanity and risk: an international perspective on the justification of indeterminate preventive commitment’, *International Journal of Law and Psychiatry* 2019 (66), par. 4.

6 K.S. Douglas e.a., ‘Historical-Clinical-Risk Management-20, Version 3 (HCR-20V3): development and overview’, *International Journal of Forensic Mental Health* 2014 13(2), p. 93-108; A.J.J. Glover e.a., ‘A cross-validation of the Violence Risk Appraisal Guide-Revised (VRAG-R) within a correctional sample’, *Law and Human Behavior* 2017 41(6), p. 507-518.

7 L. Helmus e.a., ‘Improving the predictive accuracy of Static-99 and Static-2002 with older sex offenders: revised age weights’, *Sexual Abuse: Journal of Research and Treatment* 2012 24, p. 64-101.

8 P. Gendreau, T. Little & C. Goggin, ‘A meta-analysis of the predictors of adult offender recidivism: what works!’ *Criminology* 1996 34, p. 584.

9 D.A. Kingston e.a., ‘The relationship between mental illness and violence in a mentally disordered offender sample: evaluating criminogenic and psychopathological predictors’, *Psychology, Crime and Law*, 2016 22(7), p. 680.

De mogelijke relevantie van een stoornis in een individuele casus neemt echter niet weg dat in het *algemeen* risico op recidive voornamelijk door andere factoren dan psychopathologie wordt bepaald:

“The vast majority of studies using offender samples have shown psychiatric diagnoses to be unrelated to recidivism and that the predictors of recidivism are largely shared between mentally disordered offenders and non-disordered offenders.”¹⁰

Elbogen e.a. komen tot een vergelijkbare conclusie in een omvangrijke epidemiologische studie:

“severe mental illness alone did not significantly predict committing violent acts; rather, historical, dispositional, and contextual factors were associated with future violence.”¹¹

Zij voegen daaraan toe:

‘Because severe mental illness did not independently predict future violent behavior, these findings challenge perceptions that mental illness is a leading cause of violence in the general population.’¹²

Miraglia en Hall vonden bij 386 Amerikaanse veroordeelden die ontoerekenbaar waren verklaard (*not guilty by reason of insanity*) dat het antwoord op de vraag of zij na vrijlating opnieuw zouden worden gearresteerd, werd voorspeld aan de hand van dezelfde factoren als in de algemene populatie van veroordeelden:

“Characteristics that exerted the greatest influence on rearrest among this mentally ill population were similar to those that predict re-arrest in the larger offender population (i.e., gender, age, antisocial diagnoses, and selective measures of prior arrests). These findings comport with prior research findings and speak to the importance of demographic and criminogenic factors in the prediction of arrest.”¹³

Ze voegen daaraan toe:

“Neither a history of psychosis nor one of substance abuse was predictive of re-arrest or re-arrest for violence within this population.”¹⁴

Het hebben van een psychose is in het algemeen niet sterk geassocieerd met geweld. Szmukler en Rose schrijven in dit verband:

10 Kingston e.a. 2016, p. 679.

11 E.B. Elbogen & S.C. Johnson, ‘The intricate link between violence and mental disorder. Results from the National Epidemiologic Survey on Alcohol and Related Conditions’, *Archives of General Psychiatry* 2009 66(2), p. 155.

12 Elbogen & Johnson 2009, p. 152 (abstract).

13 R. Miraglia & D. Hall, ‘The effect of length of hospitalization on re-arrest among insanity plea acquittees’, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 2011 39(4), p. 531.

14 Miraglia & Hall, p. 532. Ze voegen eraan toe dat ze over deze bevinding ten aanzien van psychose niet verbaasd waren: “*The failure of a diagnosis of psychosis to predict re-arrest or re-arrest for violence was anticipated, particularly given that most subjects carried that diagnosis in their histories and that much of the prior research involving institutionalized populations has shown no relationship between psychosis and violence.*” Zie ook het citaat uit Szmukler & Rose 2013 in de hoofdtekst.

“people with a psychosis, in the absence of substance abuse or antisocial personality, are not much more likely to be violent than the general population.”¹⁵

Hoewel in individuele gevallen een stoornis een belangrijke risicofactor kan zijn, zijn psychisch gestoorde daders *in het algemeen* niet bijzonder recidivegevaarlijk. Dat neemt niet weg dat het behandelen van psychiatrische beelden bij gedetineerden belangrijk is. Kingston e.a. schrijven:

“Despite the notion that mental illness may not be directly associated with criminal activity in the vast majority of cases, mental illness is likely an important treatment target for most, if not all, mentally disordered offenders.”¹⁶

3. Normatieve knelpunten van de bestaande tbs-regeling

3.1 Inleiding

De tbs-regeling lijkt te veronderstellen dat daders die aan een psychische stoornis lijden een bijzondere categorie delinquenten vormen waartegen de maatschappij zonodig beveiligd moet kunnen worden door een vrijheidsbenemende maatregel van onbepaalde duur.¹⁷ In ieder geval komen voor deze beveiligingsmaatregel – de meest verstrekkende binnen het Nederlandse strafrecht – slechts diegenen in aanmerking, die tijdens het begaan van het delict aan een stoornis leden én gevaarlijk zijn.¹⁸

Als een psychische stoornis in het algemeen geen sterke risicofactor is,¹⁹ ontstaan twee normatieve knelpunten binnen de huidige tbs-regeling, die juist wel van deze veronderstelling uitgaat. In de eerste plaats rijst de vraag waarom psychisch gestoorde daders blootgesteld kunnen worden aan preventieve detentie van onbepaalde duur en de groep daders die niet aan een stoornis lijden niet. Ten tweede is de vraag of de tbs haar beveiligingsdoelstelling wel voldoende kan waarmaken. Deze knelpunten worden in de volgende paragrafen

15 G. Szmukler & N. Rose, ‘Risk assessment in mental health care: values and costs’, *Behavioral Sciences and the Law*, 2013 31(1), p. 135.

16 Kingston e.a. 2016, p. 696.

17 Van Hamel pleitte bijvoorbeeld voor een ‘bijzondere maatregel’ voor ‘personen die strafbare feiten begaan en zich bevinden op de grens van krankzinnigheid en geestelijke gezondheid’ (G.A. van Hamel, ‘Zijn in de wetgeving bijzondere maatregelen te verordenen ten aanzien van personen die strafbare feiten begaan en zich bevinden op de grens van krankzinnigheid en geestelijke gezondheid (z.g.n. grensgevallen, minderwaardigen, minder toerekenbaren)?’, *Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging*, Den Haag: Belinfante 1906, p. 239). Hij schreef (p. 216): “Reeds dadelijk moet er nadruk op worden gelegd dat het hier geldt de repressieve behandeling van personen die door hun abnormale psychische *aanleg* tot het plegen van misdadige handelingen bijzonder geneigd zijn en wegens een onder den invloed van dien aanleg begaan feit worden berecht.” In de memorie van toelichting bij de ‘psychopathenwetten’ (*Kamerstukken II 1910/11*, 239, 4, p. 10) wordt meteen in de inleiding verwezen naar het preadvies van Van Hamel.

18 In de literatuur wordt aangenomen dat een verband moet bestaan tussen stoornis en gevaar: F.W. Bleichrodt, ‘Vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming in het Nederlands strafrechtelijk sanctierecht’, in: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadviezen 2018*, Den Haag: Boom 2018, p. 163-164; E.J. Hofstee, *TBR en TBS* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 131; T. Kooijmans, *Op maat geregeld. Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel* (diss. Rotterdam), Kluwer 2002, p. 151-152, 158; M.J.F. van der Wolf, *TBS. Veroordeeld tot vooroordeel* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012, p. 714.

19 Deze conclusie kan worden getrokken op grond van de huidige risicotaxatie-instrumenten en wat er nu in de wetenschap bekend is over de relatie tussen stoornis en delict. Het is mogelijk dat in de toekomst blijkt dat de stoornis sterker verband houdt met delictgedrag dan nu uit de stand van de wetenschap blijkt. Ook is het zo dat de voorspelling die de huidige risicotaxatie-instrumenten bieden, zeker nog niet ideaal is, eerder matig (zie ook paragraaf 4.2). Er kunnen dan ook factoren bij recidive meespelen die (nog) niet of onvoldoende door de risicotaxatieinstrumenten worden meegenomen.

in kaart gebracht door parallellen te trekken met jurisprudentie van het EHRM over het discriminatieverbod (artikel 14 EVRM) en de positieve verplichting van de staat om burgers te beschermen tegen inbreuken op hun lichamelijke integriteit (artikelen 2 en 3 EVRM). Het is echter geenszins gezegd dat het EHRM de tbs-regeling op deze punten in strijd met het EVRM zou oordelen. De *margin of appreciation* wat betreft de inrichting van het sanctierecht is groot²⁰ en meer in het algemeen kan niet voorspeld worden of het EHRM bereid is dezelfde parallellen te trekken.²¹

3.2 Ongelijke behandeling van psychisch gestoorde daders?

Daders met een stoornis kunnen tbs opgelegd krijgen, terwijl daders die niet aan een stoornis lijden niet voor onbepaalde tijd preventief gedetineerd kunnen worden. De stoornis moet daarom kunnen rechtvaardigen dat alleen de groep daders die aan een stoornis lijdt, blootstaat aan preventieve detentie van onbepaalde duur. Die rechtvaardiging moet bovendien gerelateerd zijn aan het doel van de maatregel. De tbs is gericht op beveiliging van de samenleving tegen recidivegevaar dat (louter) samenhangt met de psychische stoornis.²² Zoals in de vorige paragraaf is besproken, zijn psychisch gestoorde daders in het algemeen niet bijzonder recidivegevaarlijk. Het verband tussen stoornis en recidive blijkt slechts zwak en er zijn veel sterkere risicofactoren voor recidive. Evenmin is het zo dat alleen aan psychisch gestoorde daders bij wie de stoornis in overwegende mate het gevaar veroorzaakt tbs wordt opgelegd. In de risicotaxatie die in verband met de oplegging en verlenging van tbs plaatsvindt, worden allerlei risicofactoren betrokken.²³ Dat leidt ertoe dat ook daders die aan een stoornis lijden, maar wier stoornis niet een belangrijke risicofactor is, tbs opgelegd (kunnen) krijgen. Bij de verlenging van tbs lijkt de stoornis soms zelfs helemaal uit beeld te verdwijnen.²⁴

De verschillende behandeling van daders met en zonder stoornis kan geproblematiseerd worden door een vergelijking met de zaak *Clift*. Clift klaagde bij het EHRM over ongerechtvaardigde ongelijke behandeling bij de vervroegde invrijheidstelling (*early release*) (artikel 5 jo. 14 EVRM). Voor veroordeelden tot vijftien jaar gevangenisstraf en voor veroordeelden tot levenslang gold als voorwaarde voor vervroegde invrijheidstelling dat het recidiverisico volgens de *parole board* binnen aanvaardbare grenzen bleef. Voor veroordeelden tot een tijdelijke gevangenisstraf van vijftien jaar of meer gold echter de aanvullende voorwaarde dat de minister toestemming voor invrijheidstelling moest hebben verleend. Voor deze voorwaarde bestond volgens het EHRM geen objectieve rechtvaardiging. Vervroegde invrijheidstelling is in het Verenigd Koninkrijk een a-politieke *risk-assessment exercise* ten aanzien waarvan de minister geen bijzondere deskundigheid bezit. Het EHRM oordeelt daarom dat de aanvullende voorwaarde van ministeriële toestemming voor een specifieke categorie veroordeelden in strijd is met artikel 5 in samenhang met artikel 14 EVRM.²⁵

20 EHRM 24 januari 2017, 60367/08 en 961/11 (*Khamtokhu en Aksenchik t. Rusland*), r.o. 85.

21 Artikel 5 EVRM en de jurisprudentie daarover van het EHRM voorzien ook in ruimere mogelijkheden voor strafrechtelijke preventieve detentie van psychisch gestoorde daders. De rechtspraak van het EHRM bevat zelf mogelijk ook knelpunten in het licht van het besprokene in paragraaf 2 (zie paragraaf 4.4).

22 Hofstee 1987, p. 442-443; Kooijmans 2002, p. 151-152; Van der Wolf 2012, p. 714. Zie ook par. 1.

23 Diens Justitiële Inrichtingen, *NIFP-richtlijn ambulante forensisch psychologisch onderzoek en rapportage in het strafrecht*, Utrecht: 2018 <nifp.nl/pro-justitia-rapportage>, p. 40. Zie ook Kooijmans & Meynen 2012.

24 A.R. Mackor, 'TBS-verlenging zonder stoornis?', *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 993-994. Mackor merkt op: "Indien we de gedachtegang van het hof volgen dat de stoornis bij verlenging irrelevant is en dat het alleen gaat om het recidiverisico, dan moet de vraag gesteld worden waarom er geen gevangenisstraf van onbepaalde duur bestaat die ook verlengd kan worden met een beroep op het verhoogde recidiverisico van de veroordeelde. Deze vraag klemt temeer omdat er geen intrinsiek verband bestaat tussen stoornis en recidiverisico."

25 EHRM 13 juli 2010, 7205/07 (*Clift t. V.K.*), r.o. 73-79. Zie ook EHRM 22 maart 2012, 5123/07 (*Rangelov t. Duitsland*).

Tbs is net als vervroegde invrijheidstelling in het Verenigd Koninkrijk een *risk-assessment exercise* waarin *alle* risicofactoren worden betrokken. De vraag kan worden opgeworpen waarom dan alleen de groep daders met een specifieke, relatief niet eens belangrijke risicofactor aan preventieve detentie voor onbepaalde duur blootgesteld worden. Een mogelijk antwoord op die vraag is dat het niet om geheel gelijke groepen gaat. Op grond van het beginsel 'straf naar de mate van schuld' worden daders aan wie een feit in mindere mate kan worden toegerekend (althans in theorie) minder zwaar gestraft dan daders die toerekenbaar zijn. Door de (in theorie) lagere straf van verminderd toerekenbare daders kan het gerechtvaardigd worden geacht hen preventief te detineren, omdat de lagere straf onvoldoende beveiliging biedt.²⁶ Het beginsel 'straf naar de mate van schuld' ligt volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad echter niet in het Nederlandse strafrecht besloten.²⁷ Dat leidt ertoe dat ook verminderd toerekenbare daders zwaar gestraft kunnen worden, *in aanvulling waarop* zij tbs opgelegd krijgen.²⁸ Bovendien is de tbs van onbepaalde duur, waardoor vrijheidsbeneming aanmerkelijk langer kan duren (en in de praktijk vaak ook daadwerkelijk langer duurt) dan door de mate van schuld gerechtvaardigd zou kunnen worden of zelfs langer duurt dan de maximumstraf.²⁹

Gevangenisstraf en tbs verschillen ook in de wijze van tenuitvoerlegging. Het moment van invrijheidstelling wordt in het kader van tbs mede bepaald door de bereidheid van de betrokkene om aan behandeling mee te werken. Daardoor wordt op de tbs-gestelde een druk uitgeoefend om een behandeling te ondergaan die in het kader van een gevangenisstraf niet op die wijze plaatsvindt. In die zin zou gezegd kunnen worden dat de inbreuk die de tenuitvoerlegging van tbs op artikel 8 EVRM maakt, waaronder de vrijheid om over het al of niet ondergaan van medische behandeling te beslissen,³⁰ groter is dan de inbreuk die een gevangenisstraf daarop maakt.

De tbs is dus niet, althans niet enkel, een 'compensatie' voor de lagere straf die verminderd toerekenbare daders krijgen, maar kan leiden tot vrijheidsbeneming van aanmerkelijk langere duur en is van een andere aard dan de gevangenisstraf.

3.3 *Verhindert het stoornisvereiste adequate beveiliging?*

Naast het hierboven genoemde normatieve knelpunt van de ongelijke strafrechtelijke behandeling van enerzijds daders met een psychische stoornis en anderzijds daders bij wie

26 In de eerste helft van de vorige eeuw kwam het met enige regelmaat voor dat relatief lage straffen werden opgelegd aan gevaarlijk geachte daders. Het omgekeerde kwam echter ook voor, het opleggen van relatief zware straffen aan verminderd toerekenbare daders (Van der Wolf 2012, p. 348-349, 484-487).

27 HR 10 september 1957, NJ 1958/5 m.nt. Pompe; HR 25 november 1980, NJ 1981/175.

28 In Rb. Dordrecht 22 maart 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BP8909 wordt bijvoorbeeld een gevangenisstraf van zestien jaren en tbs opgelegd aan een verminderd toerekenbare dader wegens (onder meer) moord.

29 Interessant is in dit verband de situatie in Italië, waar men zogenaamde *white life sentences* voor psychisch gestoorde veroordeelden (vergelijkbaar met de *longstay* in Nederland) onmogelijk heeft willen maken: "If a defendant is deemed by the court legally not accountable due to complete infirmity and dangerous to society, different kinds of measures may be imposed, considering the therapeutic indications provided by the forensic expert. In case of partial infirmity, a measure may be combined with imprisonment. (...) If the risk of recidivism is deemed still high, the measure may be renewed. However, the total length of the custodial measure, meaning the involuntary admission to a forensic psychiatric facility, must not be longer than the length of the prison sentence provided for the crime the mentally ill offender is convicted of (which is a clear difference with the Netherlands). This requirement has been introduced by the law 81/2014 in order to avoid the phenomenon known as "white life sentences", that was common in the former Italian forensic system." E. Messina e.a. (2019), 'Forensic psychiatric evaluations of defendants: Italy and the Netherlands compared', *International Journal of Law and Psychiatry* (66)8, p. 6 (referenties weggelaten).

30 Zie voor een analyse van de jurisprudentie van het EHRM over artikel 8 EVRM in verband met het 'gedrongen' ondergaan van een medische behandeling in een strafrechtelijke context: J. Bijlsma, *Het voorwaardelijk sepot. Normering, praktijk, evaluatie*, Den Haag: Boom 2019, p. 67-70.

zo'n stoornis niet kan worden vastgesteld, dient zich binnen de huidige tbs-regeling een tweede knelpunt aan. Dat knelpunt bestaat erin dat de bestaande tbs-regeling door de eenzijdige focus op de stoornis wellicht onvoldoende in staat is haar beveiligingsdoelstelling waar te maken. Hierdoor ontstaat mogelijk spanning met de positieve (inspannings)verplichting die voortvloeit uit artikel (2 en) 3 EVRM om het strafrecht zo in te richten dat burgers beschermd worden tegen inbreuken op hun lichamelijke integriteit.³¹ De ingangseis voor tbs is de heel specifieke risicofactor van de psychische stoornis. Daders die niet aan een stoornis lijden of bij wie geen stoornis kan worden vastgesteld, bijvoorbeeld vanwege een weigering om aan onderzoek mee te werken, maar bij wie een hoog recidiverisico moet worden aangenomen, kunnen niet preventief gedetineerd worden. Als het recidiverisico van een dader die niet aan een stoornis lijdt echter van dezelfde orde is als bij de psychisch gestoorde dader aan wie wél tbs kan worden opgelegd en dat risico niet afdoende op andere wijze, bijvoorbeeld door een gevangenisstraf, kan worden geweerd, is onduidelijk waarom dit gevaar niet door middel van enige vorm van preventieve detentie zou mogen worden geadresseerd.³² Met andere woorden: waarom wordt een risico dat bij psychisch gestoorde daders onaanvaardbaar wordt geacht, wel aanvaardbaar geacht bij daders die *niet* aan een stoornis lijden? Opmerkelijk in dit verband is dat voor de andere preventieve maatregelen die het Nederlandse sanctierecht kent – de plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders en de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregelen van artikel 38v en 38z Sr – geen stoornisvereiste geldt.³³

4. Een beveiligingsmaatregel zonder stoornisvereiste: drie onderzoeksrichtingen

4.1 Inleiding

Het problematische karakter van het stoornisvereiste in de tbs-regeling doet de vraag rijzen naar de mogelijkheden en beperkingen van een alternatieve vorm van preventieve detentie, en wel een vorm waarvoor het hebben van een stoornis geen afzonderlijke ingangseis is. Wij benadrukken dat dit onderwerp met de nodige voorzichtigheid tegemoet moet worden getreden. John Stuart Mill stelt bijvoorbeeld dat preventief strafrechtelijk ingrijpen op basis van risico-inschattingen, hoewel legitiem, gevaarlijk is:

“It is one of the undisputed functions of government to take precautions against crime before it has been committed, as well as to detect and punish it afterwards. The preventive function of government, however, is far more liable to be abused, to the prejudice of liberty, than the punitive function; for there is hardly any part of the legitimate freedom of action of a human being that

31 Zie onder meer EHRM 25 september 2009, 46423/06 (Beganovic t. Kroatië): “Article 3 requires States to put in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against personal integrity, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions [...] and this requirement also extends to ill-treatment administered by private individuals.”

32 Simmelink wijst in dit verband op daders die onder invloed van radicale overtuigingen bereid zijn om geweld te plegen en wier gevaarlijkheid niet op andere wijze kan worden ingedamd (J.B.H.M. Simmelink, ‘Het is tijd om na te denken over een terroristen-TBS’, <www.nrc.nl/nieuws/2020/03/02/het-is-tijd-om-na-te-denken-over-een-terroristen-tbs-a3992330> (geraadpleegd maart 2020)). Zie ook de reactie van Knoester: J. Knoester, “‘Terroristen-tbs’ is gokken met veiligheid. Niet doen dus”, <<https://www.nrc.nl/nieuws/2020/03/04/terroristen-tbs-is-gokken-met-veiligheid-niet-doen-dus-a3992654>> (geraadpleegd maart 2020).

33 Vgl. Bleichrodt 2018, p. 165-166.

would not admit of being represented, and fairly too, as increasing the facilities for some form or other of delinquency.”³⁴

Preventieve detentie voor onbepaalde duur is de zwaarste vorm van preventief strafrechtelijk ingrijpen dat de samenleving ter beschikking staat. Deze sanctie zou daarom alleen moeten kunnen worden opgelegd aan daders met het hoogste recidiverisico. De groep daders aan wie preventieve detentie kan worden opgelegd, wordt potentieel verruimd door daarvoor niet langer de aanwezigheid van een stoornis te vereisen.³⁵ De vraag rijst dus hoe preventieve detentie moet worden begrensd, mede om het door Mill gesignaleerde gevaar van ongebreideld overheidsingrijpen op basis van risico-inschattingen te voorkomen. Daarbij is van belang dat de juridische grenzen van de bestaande, in theorie door het stoornisvereiste begrensde regeling, in de praktijk worden opgezocht en opgerekt. Indien gedragsdeskundigen geen stoornis hebben kunnen vaststellen, bijvoorbeeld doordat de verdachte weigert mee te werken aan onderzoek, stelt de rechter in voorkomende gevallen tóch een stoornis vast.³⁶ Het is echter goed mogelijk dat daders onvoldoende tegen arbitraire detentie in de zin van artikel 5 EVRM worden beschermd als de rechter een psychische stoornis mag aannemen waar dat gedragswetenschappelijk niet mogelijk is gebleken.³⁷ In *Constancia* oordeelde het EHRM weliswaar dat deze werkwijze in de Hoogerheidezaak niet in strijd was met artikel 5 lid 1 sub e EVRM (detentie van *persons of unsound mind*),³⁸ maar recentere rechtspraak van het EHRM roept de vraag op of het vaststellen van een stoornis door een rechter de grenzen van de vereisten uit artikel 5 lid 1 sub e EVRM niet toch overschrijdt.³⁹ Ook betwijfelt het EHRM of de antisociale persoonlijkheidsstoornis, op basis waarvan ook tbs wordt opgelegd, een stoornis is die voldoende ernstig is om detentie op grond van artikel 5 lid 1 sub e EVRM te rechtvaardigen.⁴⁰ Ten slotte, zoals in de volgende subparagraaf wordt besproken, is het gevaarscriterium zoals dat nu geldt onduidelijk afgebakend. Dat leidt tot het risico dat, als eenmaal een stoornis is vastgesteld, de ‘hobbel’ van het gevaarscriterium snel wordt genomen.⁴¹

34 J.S. Mill, *On liberty*, Penguin Books 2010 (1859), p. 140. Betoogd zou kunnen worden dat de overheid tegenwoordig de verleiding om preventief in te grijpen moeilijk kan weerstaan. Bleichrodt (2018, p. 187) schrijft bijvoorbeeld: “De inzet van vrijheidsbeperking door de wetgever in de afgelopen jaren heeft trekken van mate-loosheid.”

35 Die verruiming is in zekere zin ook weer beperkt. Zelfs op een niet in zorg gespecialiseerde afdeling in een penitentiaire inrichting zou 68% van de gedetineerden aan een actuele stoornis lijden. Dit percentage is ontleend aan: Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, *Forensische zorg tijdens detentie*, 2012, p. 16. Zie aldaar voor meer statistieken en nadere bronverwijzingen.

Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, p. 62-64.

36 De Hoogerheidezaak (Hof Arnhem 18 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ4981) is daarvan het bekendste voorbeeld. Zie ook P.A.M. Mevis, S. Struijk & M.J.F. van der Wolf, *Juridische haalbaarheid van voorgestelde oplossingen voor de weigeraarsproblematiek omtrent tbs-oplegging*, Erasmus Universiteit Rotterdam 2018, p. 33-37. De minister voor Rechtsbescherming heeft een wetswijziging aangekondigd die ondubbelzinnig duidelijk moet maken dat het stoornisvereiste van artikel 37a Sr ‘ruimer is dan een door een gedragsdeskundige vastgestelde stoornis.’ *Kamerstukken II* 2018/19, 29 452, 229, p. 4-5. Zie voor een kritische analyse van dat voorstel S. Ligthart, T. Kooijmans & G. Meynen, ‘Tbs en stoornis. Enkele overwegingen voor de wetgever’, *Nederlands Juristenblad* 2019, p. 1148-1153.

37 Ligthart, Kooijmans & Meynen 2019, p. 1148-1153.

38 EHRM 3 maart 2015, 73560/12 (*Constancia t. Nederland*), r.o. 24-32.

39 J. Bijlsma, noot bij EHRM 4 december 2018, 10211/12 en 27505/14 (*Ilseher t. Duitsland*), *Sancties* 2020, p. 45-47.

40 EHRM 13 januari 2011, 17782/07 (*Kallweit t. Duitsland*), r.o. 54-55; EHRM 28 november 2013, 7345/12 (*Glien t. Duitsland*), r.o. 87-89; EHRM 2 juni 2016, 6281/13 (*Petschulies t. Duitsland*), r.o. 77-81.

41 Het omgekeerde is ook denkbaar. De weigeraarsproblematiek daargelaten, zal de rechter als hij of zij tbs op wil leggen aan een gevaarlijk geachte dader daarvoor vaak wel een stoornis ‘aantreffen’, gezien de hoge prevalentie van stoornissen onder delinquenten (zie vn. 33).

De volgende subparagrafen beschrijven drie belangrijke onderzoeksvragen waarvan de beantwoording relevant lijkt te zijn om te komen tot een verantwoorde regeling van preventieve detentie.

4.2 *Hoe moet gevaar genormeerd worden?*

Als voor preventieve detentie de aanwezigheid van een stoornis als voorwaarde komt te vervallen, wordt het gevaar de belangrijkste voorwaarde voor tbs.⁴² Op dit moment bestaat geen afgebakend normenkader aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of een dader voldoende recidivegevaarlijk is om de oplegging van tbs te legitimeren, zodat ook niet goed gezegd kan worden hoe 'hoog' of 'laag' het thans geldende gevaarsvereiste eigenlijk is. Bij een verkenning van de mogelijkheid om preventieve detentie te baseren op het gevaar dat van de dader uitgaat, gaat het dus in de eerste plaats om de ontwikkeling van een normatief kader voor de beoordeling van gevaar: hoe kan het concept 'gevaar' materieel worden afgebakend?

Het materiële strafrecht kent een fijnmazige dogmatiek waarmee kan worden vastgesteld of de verdachte schuld treft en, zo ja, van welke vorm van schuld sprake is. De subjectieve delictsbestanddelen schuld, roekeloosheid, opzet en voorbedachte raad drukken oplopende gradaties van schuld uit. Deze bestanddelen krijgen nadere betekenis in een genuanceerde casuïstiek, op basis waarvan in de meeste zaken goed kan worden bepaald om welke schuldvorm het gaat.⁴³ De vastgestelde schuldvorm begrenst de sanctiemogelijkheden: de maximumgevangenisstraf voor het veroorzaken van de dood van een ander loopt van twee jaren voor dood door schuld, via vier voor dood door roekeloosheid en vijftien voor doodslag naar levenslang voor moord.

De al vaak beschreven ontwikkeling naar wat wel 'risicostrafrecht' wordt genoemd, heeft echter tot gevolg dat in het sanctierecht steeds meer de nadruk komt te liggen op het gevaar dat van de dader uitgaat en minder op de mate van schuld van de dader.⁴⁴ Het 'risicostrafrecht' is bekritiseerd, onder andere omdat de notie van gevaar vaag en onbepaald is en daarmee een wankele grondslag vormt voor strafrechtelijke vrijheidsontneming of -beperking.⁴⁵ Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat het 'risicostrafrecht' steeds meer zijn beslag krijgt, ook in het sanctierecht. De recent ingevoerde vrijheidsbeperkende maatregelen van artikel 38v en 38z Sr vinden bijvoorbeeld hun grondslag in het recidivegevaar dat van de dader uitgaat, waarbij de aanwezigheid van een stoornis geen vereiste is. Deze ontwikkeling is vermoedelijk nog niet ten einde.⁴⁶

Gezien het toenemende belang van 'gevaar' voor het sanctierecht is het, los van de vraag of het om een wenselijke ontwikkeling gaat, noodzakelijk om na te denken over de mogelijkheden om gevaarsvereisten te normeren. Het strafrecht heeft op dit moment nog geen gedifferentieerde 'taal' om over gevaar te spreken,⁴⁷ zoals het dat wel heeft voor de schuld-

42 Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, p. 62-64. 'Risiko' en 'gevaar' worden hier als synoniemen gebruikt. Het is gebruikelijk om in het kader van art. 37a Sr van 'gevaarscriterium' te spreken, waarmee ook op recidiverisiko wordt gedoeld.

43 Zie over de wijze waarop casuïstiek algemene wettelijke begrippen betekenis geeft en afbakt: K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

44 Bleichrodt 2018, p. 158; A.R. Mackor, 'Strafrecht en liberalisme. Ontwikkelingen rond strafrecht waarover liberalen zich zorgen zouden moeten maken', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2012, p. 5-11.

45 M.A.H. van der Woude & E. van Sliedregt, 'De risicosamenleving: overheid vs. strafrechtswetenschap? Aanwijzingen voor het debat rondom veiligheid en risico's', *Proces* 2007, p. 216-226.

46 Bleichrodt (2018, p. 187) merkt op: "De nadruk ligt op het indammen van risico's door maatregelen te nemen die zijn gericht op de beheersing en controle van onzekere factoren. Het langdurig onder controle willen houden van categorieën burgers van wie risicovol gedrag wordt verwacht, past in deze tendens."

47 Vgl. Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen, *Gewogen risico. Deel 1: Communiseren over recidive in zedenzaken*, Den Haag: Nationaal Rapporteur 2017.

vormen. De verschillende gevaarscriteria in het strafrecht zoals die onder andere in de artikelen 37a, 38v en 38z Sr zijn aan te wijzen, zijn door Struijk en Van der Wolf een ‘ratjetoe’ genoemd.⁴⁸ Anders dan de schuldvormen normeren de vage en weinig onderscheidende gevaarscriteria in het sanctierecht het bereik van sancties maar zeer beperkt.

Tegen een beschuldiging van moord en doodslag kan de verdachte zich bijvoorbeeld verdedigen met een beroep op de jurisprudentie van de Hoge Raad over voorbedachte raad en opzet. Als hij daarin slaagt, daalt de maximaal op te leggen straf van dertig jaar of levenslang naar vijftien jaar (of wordt hij vrijgesproken). Wordt hij in het ongelijk gesteld dan kan hij hoger beroep en uiteindelijk cassatieberoep instellen. Tegen het oordeel dat hij ‘gevaarlijk’ is en, bijvoorbeeld, voor tbs in aanmerking komt, kan hij echter weinig uitrichten. Volgens de Hoge Raad is de vaststelling van gevaar “zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard dat zij in cassatie slechts in beperkte mate kan worden getoetst”.⁴⁹

‘Gevaar’ bevat echter belangrijke normatieve componenten.⁵⁰ Het recidiverisico dat een preventieve vrijheidsbeperkende maatregel van beperkte duur legitimeert (bijvoorbeeld art. 38v Sr) lijkt bijvoorbeeld van een ander karakter te zijn dan het recidiverisico op grond waarvan preventieve vrijheidsbeneming van onbepaalde duur kan worden opgelegd, zoals dood door schuld een veel lager strafmaximum kent dan moord. Hoe ernstig moeten de feiten zijn die de dader mogelijk gaat plegen, hoe groot de kans dat de feiten zich verwezenlijken en binnen welke termijn? Omdat het bij risicotaxatie om een onzekere voorspelling gaat, is de kans reëel dat een dader die als recidivegevaarlijk wordt ingeschat in werkelijkheid *niet* zal recidiveren.⁵¹ Bij het ontwerpen van een nieuw kader voor preventieve detentie, moet rekenschap worden gegeven van het feit dat onvermijdelijk een forse groep daders van hun vrijheid wordt beroofd die feitelijk niet zeer recidivegevaarlijk is.⁵² Deze – en andere – normatieve vragen zijn uiteindelijk te herleiden tot de overkoepelende vraag hoe vrijheid en veiligheid tegen elkaar moeten worden afgewogen in het licht van een onzekere voorspelling.

De ontwikkeling van een ‘gevaarsdogmatiek’ is van grote betekenis voor de rechtvaardigheid *en* effectiviteit van het risic strafrecht in het algemeen en van preventieve detentie in het bijzonder. De meest ingrijpende preventieve sanctie – preventieve detentie – moet worden voorzien van het strengste gevaarscriterium.⁵³

48 S. Struijk & M.J.F. van der Wolf, ‘Gevaarscriteria in het strafrechtelijk sanctierecht: een risicovol ratjetoe’, *Ars Aequi* 2018, p. 938-947. Vgl. Bleichrodt 2018, p. 158.

49 HR 20 januari 2009, ECLI:NL:HR:BG1645, r.o. 2.3; HR 24 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6012, r.o. 2.4. Er is weinig bekend over de wijze waarop feitenrechtters zich een oordeel over recidivegevaar vormen, een terrein waarop toekomstig onderzoek meer licht kan werpen.

50 Zie ook N. Möller, ‘The concepts of risk and safety’, in: S. Roeser, R. Hillerbrand, P. Sandin, & M. Peterson (red.), *Handbook of risk theory. Epistemology, decision theory, ethics, and social implications of risk*, Dordrecht: Springer 2012, p. 55-85.

51 Een grootschalige meta-analyse van risicotaxatieinstrumenten liet zien dat 59% van de daders waarvan werd voorspeld dat zij gewelddadig zouden recidiveren in feite *niet* recidiveerde (S. Fazel e.a., ‘Use of risk assessment instruments to predict violence and antisocial behaviour in 73 samples involving 24827 people: systematic review and meta-analysis’, *British Medical Journal* 2012/345:e4692).

52 Het Bundesverfassungsgericht heeft het in dit verband beeldend over een offer (*Sonderopfer*) dat de dader in het algemene belang moet brengen (BVerfG 4 mei 2011, 2 BVR 2365/09). Het probleem van zogeheten vals-positieven komt scherp naar voren bij het ontwerpen van algoritmes die worden gebruikt bij risicotaxatie (J. Bijlsma, F.J. Bex & G. Meynen, ‘Artificiële intelligentie en risicotaxatie. Drie kernvragen voor strafrechtjuristen’, *NJB* 2019/2778, p. 3313-3319).

53 Ashworth en Zedner (2014) hebben een aanzet gegeven tot de ontwikkeling van nieuwe beginselen die het risic strafrecht moeten normeren. Een beginsel dat preventieve detentie moet normeren (p. 260) luidt als volgt: “*In exceptional circumstances, where a person is adjudged to present a very serious danger to others, and where that person has a previous conviction for a very serious offence, the court may consider an indeterminate sentence of detention. The court should determine that no lesser sentence would be effective in protecting the public from a significant risk of serious harm.*”

4.3 *Hoe is (de tenuitvoerlegging van) preventieve detentie zonder stoornisvereiste in andere landen geregeld?*

Rechtsvergelijkend onderzoek naar landen met een vrijheidsbenemende maatregel voor gevaarlijke daders kan bijdragen aan een beter begrip van belangrijke principes en knelpunten van alternatieve vormen van preventieve detentie. In verschillende Westerse rechtssystemen – onder andere in Noorwegen, Oostenrijk, Denemarken, Italië en Zwitserland – bestaat een maatregel op basis waarvan recidivegevaarlijke daders met *of zonder* stoornis voor onbepaalde duur preventief gedetineerd kunnen worden.⁵⁴ Het bekendste voorbeeld van een dergelijke maatregel is echter de *Sicherungsverwahrung* in Duitsland, die is opgenomen in artikel 66 lid 1 van het *Strafgesetzbuch* (StGB).⁵⁵ In het navolgende richten wij onze blik daarom op de *Sicherungsverwahrung*.

Voor een onderzoek naar alternatieve vormen van preventieve detentie is bestudering van de *Sicherungsverwahrung* van bijzonder belang. Het *Bunderversfassungsgericht* heeft in zijn jurisprudentie over de *Sicherungsverwahrung* namelijk veel aandacht voor de theoretische grondslagen van de preventieve detentie, waardoor deze jurisprudentie een waardevolle bron vormt voor de identificatie van belangrijke principes en knelpunten. Bovendien heeft de rechtspraak van het EHRM over de preventieve detentie zich ontwikkeld in dialoog met het *Bundesverfassungsgericht*, hetgeen een goed begrip van de *Sicherungsverwahrung* noodzakelijk maakt bij de bestudering van de Straatsburgse jurisprudentie.⁵⁶

Voor de Duitse *Sicherungsverwahrung* vereist artikel 66 lid 4 StGB dat:

“die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.”

Het gevaar moet dus worden veroorzaakt door een neiging (*Hang*) tot zware (*erheblichen*) strafbare feiten die de geestelijke of lichamelijke integriteit ernstig aantasten. Zowel de neiging als het gevaar zijn nader afgebakend in de rechtspraak. Normering van het gevaar vindt dus plaats door het Bundesgerichtshof: het gaat niet om een overwegend feitelijke vaststelling, maar om een juridisch oordeel dat door de hoogste rechter kan worden getoetst en genormeerd.⁵⁷

Rechtsvergelijkend onderzoek naar de normering van gevaar en andere materiële ingangseisen voor preventieve detentie in Duitsland en andere landen kan dus in de eerste plaats bijdragen aan de normering van een gevaarscriterium voor preventieve detentie. Ook op andere vlakken is vergelijkend onderzoek naar preventieve detentie echter van belang.

54 Zie voor meer voorbeelden en verwijzingen de rechtsvergelijkende sectie in EHRM 17 december 2009, 19359/04 (*M. t. Duitsland*), par. 69-74 en Bijlsma e.a.2019, par. 2.

55 Naast de *Sicherungsverwahrung* kent het Duitse strafrecht een met de tbs vergelijkbare maatregel (art. 63 StrGB) die bestemd is voor ontoerekenbare en verminderd toerekenbare daders. Hiervoor gelden lichtere voorwaarden dan voor de *Sicherungsverwahrung*. Ook in dit verband rijst de vraag waarom voor psychisch gestoorde daders lichtere voorwaarden voor preventieve detentie moeten gelden dan voor daders die niet aan een stoornis lijden. Noorwegen lijkt geen andere materiële voorwaarden te stellen aan preventieve detentie van psychisch gestoorde daders (Bijlsma e.a. 2019).

56 Zie par. 4.4.

57 Zie voor een weergave van deze jurisprudentie: T. Mushoff, *Strafe – Massregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, Frankfurt am Main: Lang 2008, p. 59-66; J. Kinzig, ‘StGb. par. 66. Unterbringung in der Sicherungsverwahrung’, in: A. Eser e.a. (red.), *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, München: Beck 2019. Kinzig (rn. 38) merkt op: “Die Gefährlichkeitsbeurteilung ist nach der Rspr. keine allein empirische.”

Het niet (langer) hanteren van een stoornisvereiste voor preventieve detentie vraagt bijvoorbeeld om een heroverweging van de tenuitvoerleggingspraktijk. In de huidige tbs-regeling is de veronderstelling dat behandeling van de stoornis het recidiverisico zal doen verminderen, hoewel in de praktijk vooral ook geprobeerd wordt de invloed van andere risicofactoren te verminderen.⁵⁸ Als geen stoornisvereiste wordt gesteld, zullen gedurende de tenuitvoerlegging *alle* risicofactoren die relevant beïnvloedbaar zijn moeten worden geadresseerd. Een onderdeel daarvan kan zijn de behandeling van een stoornis, maar ook allerlei andere ‘interventies’ – bijvoorbeeld gericht op het sociale leven of middelengebruik van de dader – zijn goed denkbaar,⁵⁹ zoals ook de behandeling in het kader van tbs nu al niet enkel gericht is op ‘genezing’ van de stoornis.⁶⁰ Een onderzoek naar de tenuitvoerleggingspraktijk van preventieve detentie en de normering daarvan in andere landen kan zicht bieden op de wijze waarop deze kunnen worden ingericht als het stoornisvereiste vervalt.⁶¹

4.4 Hoe ruim zijn de grenzen van het EVRM?

Het EHRM heeft de afgelopen tien jaar een reeks van arresten gewezen over de vereisten waaraan preventieve detentie moet voldoen. De aanzet daartoe werd gegeven in het bekende arrest *M. t. Duitsland*.⁶²

Preventieve detentie ter beveiliging van de samenleving is niet als zodanig een rechtvaardigingsgrond voor vrijheidsontneming. Artikel 5 lid 1 sub c EVRM (*the lawful detention reasonably considered necessary to prevent his committing an offence*) ziet volgens het EHRM enkel op preventieve detentie wegens een specifiek, concreet voorzienbaar misdrijf. De c-grond kan dus geen rechtvaardiging vormen voor preventieve detentie op basis van een algemeen gevaarscriterium (*a policy of general prevention directed against an individual or category of individuals who present a danger on account of their continuing propensity to crime*).⁶³

Preventieve detentie van onbepaalde duur kan volgens het EHRM in beginsel wel worden gebaseerd op artikel 5 lid 1 sub a EVRM (*detention of a person after conviction*). *After* betekent niet alleen volgtijdelijkheid, maar ook dat de vrijheidsbeneming moet voortvloeien uit

58 Zie par. 3.

59 In Duitsland moet de behandeling en begeleiding in het kader van de *Sicherungsverwahrung* er op grond van § 66c StGB op gericht zijn om de gevaarlijkheid van de gedetineerde te verminderen. Dat kan gebeuren door een stoornis te behandelen, maar ook door het aanbieden van bijvoorbeeld socialevaardigheidstraining (EHRM 4 december 2018, 10211/12 en 27505/14 (*Ilmseher t. Duitsland*), r.o. 81). In het Bundesland Berlijn worden in de *Sicherungsverwahrung* onder andere verslavingsbehandelingen en trainingen over omgaan met stress aangeboden (J. Sauter, J. Stasch & K.P. Dahle, ‘Abstandsgebot, Ausenorientierung und therapeutische Ausgestaltung – zum Stand der Sicherungsverwahrung nach der gesetzlichen Neuregelungen im Land Berlin’, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, 2019 (1), p. 43.).

60 Zie par. 3.

61 Het Bundesverfassungsgericht (BVerfG 4 mei 2011, 2 BVR 2365/09) spreekt in het kader van *Sicherungsverwahrung* bijvoorbeeld van “*einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug (...) der den allein präventiven Charakter der Maßregel sowohl gegenüber dem Untergebrachten als auch gegenüber der Allgemeinheit deutlich macht. Die Freiheitsentziehung ist – in deutlichem Abstand zum Strafvollzug („Abstandsgebot“, vgl. BVerfGE 109, 133 <166>) – so auszugestalten, dass die Perspektive der Wiedererlangung der Freiheit sichtbar die Praxis der Unterbringung bestimmt.*”

62 EHRM 17 december 2009, 19359/04 (*M. t. Duitsland*). De langdurige dialoog tussen het Bundesverfassungsgericht en het EHRM laat zien dat de *Sicherungsverwahrung* zeker niet onproblematisch is. Zie voor een overzicht D.A.G. van Toor, ‘Noot bij EHRM 4 december 2018, 10211/12 en 27505/14 (*Ilmseher t. Duitsland*)’, *European Human Rights Cases* 2019, p. 108-114. Voor voorbeelden van kritische beschouwingen uit de Duitse literatuur, zie K. Drenkhahn en C. Morgenstern, ‘Dabei soll es uns auf den Namen nicht ankommen. Der Streit um die Sicherungsverwahrung’, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 124/01, p. 133.

63 EHRM 6 november 1980, 7367/765 (*Guzzardi t. Italië*), r.o. 102; EHRM 17 december 2009, 19359/04 (*M. t. Duitsland*), r.o. 89; EHRM 13 januari 2011, 6587/04 (*Haidn t. Duitsland*), r.o. 76.

en afhankelijk moet zijn van de veroordeling. Er moet een causaal verband tussen de veroordeling en de vrijheidsbeneming bestaan. Naarmate de tijd verstrijkt wordt dat verband tussen de veroordeling en de latere vrijheidsbeneming langzaam zwakker. Het verband kan worden doorbroken als een beslissing om de vrijheidsbeneming niet op te heffen berust op gronden die inconsistent zijn met het doel van de eerdere veroordeling of onredelijk zijn in dat licht.⁶⁴ Deze beoordeling hangt samen met de vraag of de adviezen waarop verlenging wordt gebaseerd recent genoeg zijn en de beslissing tot voortgezette vrijheidsbeneming schragen.⁶⁵

Naast de a-grond van artikel 5 lid 1 EVRM kan in bepaalde gevallen de e-grond van toepassing zijn op (preventieve) detentie (*detention of persons of unsound mind*). Voor rechtmatige toepassing van de e-grond gelden volgens het Hof drie criteria. Ten eerste moet op betrouwbare wijze zijn aangetoond dat de dader een *true mental disorder* heeft, ten tweede moeten de aard en de ernst van de stoornis detentie rechtvaardigen en ten derde moet het voortduren van de detentie worden gerechtvaardigd door het voortduren van de stoornis. Ten slotte is voor toepassing van de e-grond vereist dat de detentieomstandigheden passend zijn voor *mental health patients* en dat de dader dus wordt gedetineerd in (bijvoorbeeld) een ziekenhuis of kliniek.⁶⁶

De huidige tbs kan worden gelegitimeerd op beide gronden.⁶⁷ Het gaat zowel om detentie na veroordeling (sub a), als om detentie van iemand die aan een psychische stoornis lijdt (sub e). Deze dubbele grondslag wordt wel als een voordeel gezien van de bestaande regeling. Naar mate de veroordeling verder in het verleden ligt, wordt het causale verband tussen de voortgezette detentie en de veroordeling immers zwakker. Wordt het causaal verband te zwak, dan kan voortzetting van de tbs nog worden gebaseerd op de e-grond, zolang de stoornis nog aanwezig is. Wordt geen stoornisvereiste gehanteerd, dan zou de mogelijkheid om preventieve detentie te verlengen worden beperkt.⁶⁸

De vrees voor een sterke beperking van verlengingsmogelijkheden door de invoering van een preventieve detentie zonder stoornisvereiste verdient nader onderzoek, maar lijkt op het eerste gezicht te moeten worden gerelativeerd. Het EHRM toetst de motivering van de verlenging van langdurige preventieve detentie onder de a-grond weliswaar streng, maar het causaal verband met de veroordeling wordt niet snel doorbroken geacht.⁶⁹

Een vraag die eveneens nader onderzoek verdient, is of de grenzen die het EHRM stelt misschien niet problematisch zijn in het licht van het beperkte verband tussen stoornis en recidivegevaar.⁷⁰ Een opmerkelijk verschil in rechtsbescherming bestaat in de jurisprudentie van het EHRM tussen daders die aan een stoornis lijden en daders bij wie dat niet het geval is. De vroege zaken van het EHRM over de *Sicherungsverwahrung* leidden er onder andere toe dat een specifieke vorm van *Sicherungsverwahrung – nachträgliche Sicherungsverwahrung* – in strijd met het EHRM werd geoordeeld. *Nachträgliche Sicherungsverwahrung* werd niet opgelegd bij het veroordelende vonnis, maar bij een afzonderlijke uitspraak *nadat* de dader een straf had uitgezeten. Deze detentie mocht niet gebaseerd worden op de a-grond,

64 EHRM 17 december 2009, 19359/04 (*M. t. Duitsland*), r.o. 93.

65 EHRM 13 januari 2011, 6587/04 (*Haidn t. Duitsland*), r.o. 75.

66 EHRM 13 januari 2011, 6587/04 (*Haidn t. Duitsland*), r.o. 77.

67 Zie onder meer EHRM 3 maart 2015, 73560/12 (*Constancia t. Nederland*), r.o. 31.

68 Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, p. 63.

69 In *Reiner t. Duitsland* (EHRM 19 januari 2012, 28527/08, r.o. 84-100) werd nog een causaal verband aangenomen bij een *Sicherungsverwahrung* die al 35 jaar duurde. Dat de klager intussen 75 jaar oud was, aan diverse aandoeningen leed en het risico niet bestond uit het plegen van geweldsdelicten, maar vermogensdelicten, deed daaraan niet af. Zie ook EHRM 24 november 2011, 48038/06 (*Schönbrod t. Duitsland*).

70 Zie par. 2. Ashworth en Zedner (2014, p. 219-220) concluderen: “even Article 5 of the ECHR appears to proceed on the basis that mentally disordered people are inherently dangerous.”

omdat geen causaal verband bestond tussen de veroordeling en de detentie. Naar aanleiding hiervan is de *Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter* ingevoerd, die (kort gezegd) het voortduren van reeds opgelegde *nachträgliche Sicherungsverwahrung* toestond voor personen die aan een stoornis lijden. Deze constructie werd door het EHRM goedgekeurd, omdat in dat geval de voortgezette detentie gebaseerd kon worden op de e-grond.⁷¹

Dit heeft tot gevolg gehad dat de voortzetting van voorafgaand aan de uitspraak *M. t. Duitsland* opgelegde *nachträgliche Sicherungsverwahrung* voor de groep daders zonder stoornis in strijd was met artikel 5 EVRM, maar voor daders mét stoornis niet. Als een psychische stoornis in het algemeen echter geen sterke recidivefactor is, rijst de vraag of een dergelijk groot verschil in rechtsbescherming wel kan worden gerechtvaardigd. Daarbij moet bedacht worden dat *Sicherungsverwahrung* – maar ook tbs – qua rechtspositie en gevaarscriterium niet steeds goed te vergelijken is met civiele maatregelen omtrent opname van mensen met een psychische stoornis. Bij het overwegen van een alternatief voor de bestaande tbs-regeling, zou onderzocht kunnen worden of het niet wenselijk is om preventieve detentie uitsluitend op de a-grond te baseren en de e-grond te reserveren voor civiele opnemingen, waarvoor andere voorwaarden gelden.

De post-*M.*-jurisprudentie van het EHRM en de dialoog over de *Sicherungsverwahrung* met het Bundesgerichtshof en Bundesverfassungsgericht is in Nederland tot nu toe beperkt gerecipieerd. Veel aspecten daarvan zijn van belang voor de normering van preventieve detentie in het Nederlandse strafrecht en verdienen nader onderzoek bij het verkennen van mogelijkheden voor alternatieve vormen van preventieve detentie.

5. Conclusie

De zwaarste beveiligingsmaatregel in het Nederlandse strafrecht – de tbs – kan slechts worden opgelegd aan diegenen die tijdens het begaan van het delict aan een stoornis leden. In dit artikel is de vraag opgeworpen of dit terecht is, en of niet de stoornis maar het van de betrokkene uitgaande *gevaar* het centrale criterium zou moeten zijn voor preventieve detentie als zwaarste beveiligingsmaatregel. Preventieve detentie op basis van gevaar is een precair onderwerp, dat omzichtig moet worden benaderd. Tegelijkertijd moet onder ogen worden gezien dat aan de huidige regeling, mede in het licht van empirische gegevens over de relatie tussen stoornis en recidiverisico, bezwaren kleven die een fundamentele herbezinning op preventieve detentie binnen ons strafrechtelijk sanctiestelsel rechtvaardigen.

In dit artikel zijn drie vragen gesteld die nader onderzoek lijken te verdienen. Voor een verkenning van de wenselijkheid en de normering van een alternatieve vorm van preventieve detentie is allereerst de vraag van belang hoe ‘gevaar’ genormeerd kan worden. Als de stoornis als ingangseis voor preventieve detentie vervalst, bepaalt vooral het gevaarscriterium wie wel en niet voor preventieve detentie in aanmerking komen. Nader en gedetailleerd onderzoek naar de normering en tenuitvoerlegging van buitenlandse vormen van preventieve detentie zonder stoornisvereiste, in het bijzonder de Duitse *Sicherungsverwahrung*, kan – ten tweede – aanknopingspunten bieden voor de normering en praktische inrichting van (de tenuitvoerlegging van) preventieve detentie. Ten derde is nader onderzoek wenselijk naar de normering van preventieve detentie in de jurisprudentie van het

71 EHRM 13 januari 2011, 6587/04 (*Haidn t. Duitsland*), r.o. 83-88. In *M. t. Duitsland* werd het met terugwerkende kracht toepassen van een wetswijziging die het mogelijk maakte *Sicherungsverwahrung* onbeperkt te verlengen in strijd met artikel 5 en 7 EVRM geoordeeld.

EHRM, inclusief de vraag of het op onderdelen niet nodig is strengere normen te stellen dan de minimumvereisten die het EHRM hanteert.

Eventuele wetgevingsinitiatieven om te komen tot de invoering van een preventieve detentie in de hier bedoelde zin, zouden moeten kunnen bouwen op de uitkomsten van de hier voorgestane onderzoeksrichtingen.