

## Is het stoornisvereiste onmisbaar voor tbs? Een analyse vanuit nationaalrechtelijk en mensenrechtelijk perspectief<sup>2</sup>

DD 2021/39

**In dit artikel wordt onderzocht of het hanteren van een stoornisvereiste voor preventieve detentie zoals de tbs noodzakelijk is. Op basis van een nationaalrechtelijke en een mensenrechtelijke analyse wordt geconcludeerd dat dit niet zonder meer het geval is. Het is daarom de moeite waard om nader onderzoek te doen naar nut en noodzaak van het stoornisvereiste voor de tbs.**

### 1. Inleiding

In de strafrechtswetenschappelijke literatuur is de vraag actueel of een tbs-maatregel – of een andere vorm van preventieve detentie voor onbepaalde duur – opgelegd zou moeten kunnen worden aan verdachten bij wie niet is vastgesteld dat zij tijdens het delict leden aan een geestelijke stoornis.<sup>3</sup> Thans is dat niet mogelijk. Artikel 37a lid 1 sub 1 Sr vereist voor de oplegging van tbs immers dat de verdachte tijdens het delict leed aan een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens.<sup>4</sup>

Ook in het publieke debat is de vraag opgeworpen of preventieve detentie zou moeten worden losgekoppeld van de psychische stoornis. Advocaat-generaal Simmelink stelde in een column in *NRC Handelsblad* voor om “nut en noodzaak van een bredere regeling van preventieve opsluiting” te onderzoeken.<sup>5</sup> De Minister voor Rechtsbescherming heeft inmiddels kenbaar gemaakt dat hij wil laten onderzoeken of “het van de betrokkene uitgaande gevaar het criterium zou moeten zijn voor een vorm van tbs-maatregel als zwaarste beveiligingsmaatregel.”<sup>6</sup> Simmelink en de minister doelen beiden op een vorm van preventieve detentie die kan worden opgelegd als dit vanuit veiligheidsoogpunt noodzakelijk wordt geacht, zonder dat daarvoor is vereist dat de verdachte tijdens het delict aan een stoornis leed.<sup>7</sup> Tegen

1 Mr. E.E. Nauta, mr. dr. J. Bijlsma, mr. dr. L. Dalhuisen, prof. mr. F. de Jong en prof. dr. G. Meynen zijn als respectievelijk promovenda, universitair docent strafrecht, universitair docent forensische psychiatrie, hoogleraar strafrecht 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.

2 Citeerwijze: E.E. Nauta, J. Bijlsma, L. Dalhuisen, F. de Jong & G. Meynen, 'Is het stoornisvereiste onmisbaar voor tbs? Een analyse vanuit nationaalrechtelijk en mensenrechtelijk perspectief', *DD* 2021/39.

3 Zie bijv. M. Beukers, *Over de grenzen van de stoornis* (diss. Rotterdam) 2017, p. 227-229 en 232; 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. 59; S. Bakker & M. Kommer, 'Vrijheidsbenaming en vrijheidsbeperking in het strafrecht', *Sancties* 2019/25, p. 115-116; 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, p. 357-371. Zie ook: Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen, *Gewogen risico. Deel 2: behandeling opleggen aan zedendelinquenten*, Den Haag: Nationaal Rapporteur 2017; W. Canton: 'De zaak Anne Faber: tijd voor een paradigmashift?', *Ivoren Toga* 31 oktober 2017, [Ivorentoga.nl](http://Ivorentoga.nl).

4 Zie o.a. HR 9 januari 2011, ECLI:NL:HR:2001:AD4678, NJ 2001/112, r.o. 3.4. Kortheidshalve wordt in het vervolg van dit artikel de term 'psychische stoornis' gehanteerd.

5 Zie J.B.H.M. Simmelink, 'Het is tijd om na te denken over een terroristen-TBS', *NRC.nl* 2 maart 2020 en de kritische reactie van J. Knoester, "'Terroristen-tbs' is gokken met veiligheid. Niet doen dus', *NRC.nl* 4 maart 2020.

6 Zie *Kamerstukken II* 2019/2020, 33 628, nr. 76, p. 9.

7 Vlak voor de definitieve afronding van dit artikel heeft de minister het rapport 'Zicht op stoornis én gevaar: aanvulling of herziening van het preventieve sanctiestelsel' aangeboden aan de Tweede Kamer, zie *Kamerstukken II* 2020/21, 33 628, nr. 80 met bijlage. De minister concludeert aan de hand van dit rapport – kort gezegd – dat verder onderzoek naar nut en noodzaak van een aanvullende maatregel van preventieve detentie is aangewezen.

het laten vervallen van het stoornisvereiste voor de oplegging van (een maatregel als) tbs is echter ook gewaarschuwd. Betoogd is dat het stoornisvereiste van belang is voor de legiti-  
mering en de normering van de tbs.<sup>8</sup>

In dit artikel onderzoeken wij of een stoornisvereiste voor de legiti-  
mering en normering van preventieve detentie van onbepaalde duur zoals de tbs inderdaad onmisbaar is. Eerst analyseren wij de rol van het stoornisvereiste vanuit nationaalrechtelijk perspectief (para-  
graaf 2). Vervolgens verleggen wij de aandacht naar de rechtspraak van het EHRM (para-  
graaf 3). Daarna volgt onze conclusie (paragraaf 4).

Vooraf zij opgemerkt dat de term ‘preventieve detentie’ in het algemeen wordt gebruikt  
als koepelbegrip voor strafrechtelijke beveiligingsmaatregelen die vrijheidsbeneming toe-  
staan op basis van het gevaar dat van een persoon uitgaat. Hoewel de term zich ook uit-  
strekt tot vormen van voorlopige hechtenis, richten wij ons in dit artikel uitsluitend op het  
sanctierecht.<sup>9</sup> Meer specifiek richten wij ons op de zwaarste variant die het Nederlandse  
strafrecht op dit moment kent: de tbs met dwangverpleging (artikel 37b lid 1 Sr).<sup>10</sup> In Ne-  
derland kan preventieve detentie van onbepaalde duur – in de vorm van tbs met dwang-  
verpleging – enkel worden opgelegd aan daders die tijdens het delict aan een psychische  
stoornis leden. Preventieve detentie kan echter veel verschillende vormen aannemen. Wij  
richten ons uitsluitend op de vraag of het stellen van een stoornisvereiste voor de opleg-  
ging van preventieve detentie voor onbepaalde duur (welke maatregel in Nederland thans  
bekend staat onder de naam tbs) noodzakelijk is.

## 2. Stoornisvereiste: nationaalrechtelijke analyse

### 2.1 *Tbs en het stoornisvereiste*

De rechter kan alleen gelasten dat een verdachte ter beschikking wordt gesteld en van  
overheidswege wordt verpleegd indien aan een aantal vereisten is voldaan. Ten eerste moet  
daarvoor bewezen worden verklaard dat de verdachte een tbs-waardig delict heeft ge-  
pleegd.<sup>11</sup> Daarnaast moet de rechter vaststellen dat de verdachte tijdens het delict leed aan  
een “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens”.<sup>12</sup> Bovendien  
moet zijn voldaan aan het zogenaamde gevaarscriterium, dat wil zeggen dat de veiligheid  
van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen de terbeschikking-  
stelling en de dwangverpleging moet vereisen.<sup>13</sup>

Het oordeel van de rechter over de aanwezigheid van een stoornis moet volgens vaste ju-  
risprudentie van de Hoge Raad worden beschouwd als een ‘feitelijke vaststelling’, die in

8 Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, p. 88-89, 122.

9 Daarbij blijft de plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders (art. 38m Sr) – een vorm van tijdelijke  
preventieve detentie waarvoor geen stoornisvereiste geldt – buiten beschouwing.

10 Waar ‘tbs’ geschreven is, wordt steeds de tbs met dwangverpleging bedoeld.

11 Art. 37a lid 1 sub 2 Sr. Dat houdt in dat het tenlastegelegde feit bewezen verklaard moet worden en dat het feit  
strafbaar moet zijn (art. 350 Sv). Ook in het geval van ontslag van alle rechtsvervolgung wegens ontoerekenings-  
vatbaarheid kan tbs worden opgelegd (art. 352 lid 2 Sv).

12 Art. 37a lid 1 sub 1 Sr, zie ook HR 9 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4678, NJ 2001/112, r.o. 3.4. Door recente  
wetswijzigingen is de terminologie “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis” in enkele bepalingen, zoals  
art. 39 Sr, veranderd in “psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening of verstandelijke handicap”. In  
art. 37a lid 1 sub 1 Sr is de terminologie “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermo-  
gens” echter gehandhaafd.

13 Hierna kortheidshalve ‘de veiligheid’. Hoewel dit niet met zoveel woorden in de wet is opgenomen, geldt voor  
de tbs met dwangverpleging een strenger gevaarscriterium dan voor de tbs met voorwaarden, zie bijv. *Ka-  
merstukken II 1982/1983*, 11 932, nr. 10, p. 25: “De veiligheid moet ernstiger in gevaar zijn gebracht wil er een  
rechtgrond zijn voor verpleging dan in geval van een last tot terbeschikkingstelling waarbij verpleging achter-  
wege blijft.”

cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst.<sup>14</sup> Ten behoeve van dit oordeel moet de rechter zich over de verdachte in beginsel laten voorlichten door gedragsdeskundigen die de verdachte hebben onderzocht.<sup>15</sup> De gedragsdeskundigen rapporteren aan de rechter onder andere over de vragen of de verdachte lijdt aan een psychische stoornis en of deze psychische stoornis reeds aanwezig was tijdens het plegen van het ten laste gelegde feit.<sup>16</sup> De rechter is volgens dezelfde jurisprudentie niet gebonden aan het antwoord van de gedragsdeskundigen op deze vragen. De rechter heeft bij de vaststelling van een stoornis namelijk een “eigen verantwoordelijkheid”.<sup>17</sup> Indien de gedragsdeskundigen niet tot de vaststelling van een stoornis zijn gekomen, kan de rechter daarom desalniettemin vaststellen dat bij de verdachte tijdens het delict sprake was van een psychische stoornis in de zin van art. 37a Sr, waarna terbeschikkingstelling kan worden gelast. De rechter hoeft daarbij geen stoornis vast te stellen die kan worden geclassificeerd volgens de DSM.<sup>18</sup> Over het ‘zelfstandig’ vaststellen van een stoornis stelt het Gerechtshof Arnhem in de zogenaamde Hoogerheidezaak:

“De wet noch de jurisprudentie vereist dat de stoornis wordt geclassificeerd volgens het handboek DSM-IV en dat deze dient te worden vastgesteld door een gedragsdeskundige. Dit betekent dat, anders dan de verdediging heeft aangevoerd, in het uiterste geval de rechter, uiteraard slechts met grote behoedzaamheid, tot de vaststelling van een stoornis kan komen, ook al kunnen de gedragsdeskundigen op basis van de voor hen geldende wetenschappelijke criteria en tuchtrechtelijke normen niet tot die conclusie komen. Voor zijn beslissing dient de rechter dan wel voldoende steun te vinden in hetgeen gedragsdeskundigen zo mogelijk wél hebben kunnen vaststellen en hetgeen de rechter verder aan feiten en omstandigheden is gebleken met betrekking tot de persoon van verdachte.”<sup>19</sup>

In de literatuur zijn kritische kanttekeningen geplaatst bij de rechterlijke vaststelling van een stoornis in gevallen waarin gedragsdeskundigen geen stoornis hebben kunnen vaststellen.<sup>20</sup> Het stoornisvereiste zou op deze manier namelijk ten onrechte de ruimte kunnen

14 HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1311, r.o. 4.3.2; HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY5355, r.o. 3.4. Zie bijv. ook CAG Bleichrodt 20 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1014, onder punt 19, en CAG Paridaens 18 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:114, onder punt 21 (in beide zaken deed de HR het desbetreffende cassatiemiddel af langs de weg van art. 81 RO, zie resp. HR 10 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2376 en HR 7 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:625).

15 Art. 37a lid 3 Sr vereist dat het onderzoek wordt uitgevoerd door gedragsdeskundigen van verschillende disciplines, waaronder een psychiater (art. 90septies Sr). Het uitgebrachte rapport mag tijdens de terechtzitting in beginsel niet ouder zijn dan een jaar (art. 37a lid 3 Sr).

16 Zie Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie, *Richtlijn psychiatrisch onderzoek en rapportage in strafzaken*, Utrecht: De Tijdstroom 2012, p. 97.

17 Zie o.a. HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1311, r.o. 4.3.2; HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY5355, r.o. 3.4.

18 HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY5355, *NJ* 2013/466, m.nt. Keulen, r.o. 3.2; Gerechtshof Arnhem 18 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ4981.

19 Gerechtshof Arnhem 18 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ4981. De tegen het arrest van het Gerechtshof ingestelde cassatiemiddelen werden afgedaan langs de weg van artikel 81 RO, zie HR 22 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6184.

20 T. Kooijmans & G. Meynen, ‘Who establishes the presence of a mental disorder in defendants? Medicolegal considerations on a European Court of Human Rights case’, *Frontiers in Psychiatry* 2017/119; S.L.T.J. Ligthart, T. Kooijmans & G. Meynen, ‘Tbs en stoornis: enkele overwegingen voor de wetgever’, *NJB* 2019/16, p. 114-1153; A.R. Mackor, ‘Grenzen aan de autonomie van strafrechters: wie bewijst de stoornis en het recidiverisico?, *Ontmoetingen: Voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch gezelschap*, 2012/17; A.R. Mackor, ‘De weigerende observandus. Over bewijs, “vrijzwevende feiten”, de normatieve aard en de relevantie van de stoornis’, in: M.J.F. van der Wolf, F. Koenraadt & C. Kelk (red.), *Van aandoening tot delict, van delict tot sanctie*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 55-67.

bieden om verdachten in de tbs te plaatsen die daar (mogelijk) niet thuishoren omdat niet door deskundigen is vastgesteld dat zij aan een psychische stoornis lijden. Onder andere om deze reden (maar niet uitsluitend om deze reden, zie paragraaf 2.3) is voorgesteld om te onderzoeken of de psychische stoornis als toepassingsvoorwaarde voor de tbs moet worden gehandhaafd, of dat de gevaarlijkheid van de verdachte het (doorslaggevende) materiele criterium zou moeten worden voor oplegging.<sup>21</sup> Als bezwaar tegen dit voorstel is aangevoerd dat het stoornisvereiste onmisbaar zou zijn voor de grondslag en normering van de tbs.<sup>22</sup> Die stelling wordt in de volgende subparagraaf nader onderzocht.

## 2.2 De psychische stoornis als ‘juridisch’ criterium? Vier vragen

Volgens sommige auteurs is de vrees dat het stoornisvereiste een onwenselijke restrictie is die gevaarlijke verdachten buiten de tbs houdt onterecht, althans overdreven.<sup>23</sup> De huidige tbs-maatregel zou reeds in de meeste gevallen waarin dit vanuit veiligheidsoogpunt wenselijk is de ruimte bieden om een verdachte preventief te detineren (namelijk: tbs met dwangveroplegging op te leggen). Het onderzoeken van de mogelijkheden voor een vorm van preventieve detentie *zonder stoornisvereiste* zou daarom niet nodig zijn. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat het stoornisbegrip van artikel 37a Sr een *juridisch* begrip is. Het stoornisvereiste is in deze opvatting niet bedoeld om hoge drempels op te werpen indien de veiligheid vraagt om terbeschikkingstelling van een gevaarlijke dader. Mevis, Struijk en Van der Wolf schrijven hierover:

“Het is aangewezen dat duidelijk blijft dat het stoorniscriterium een *juridisch en als zodanig ruim criterium* is dat geen hogere, onoverkomelijke drempel moet vormen dan noodzakelijk in geval een verondersteld risico op herhaling om tbs-oplegging vraagt. Als zodanige drempel is de bestaande aanduiding ‘gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens’ ook nooit bedoeld (cursivering auteurs).”<sup>24</sup>

De wetgever heeft – kennelijk aansluitend bij dit standpunt – in een recente wetswijziging willen bevestigen dat het stoornisbegrip van artikel 37a lid 1 sub 1 Sr inderdaad moet worden gezien als een *juridisch* begrip en niet als een “gedragskundig criterium”:

“In de eerste plaats wordt duidelijk tot uitdrukking gebracht dat het vereiste dat bij de verdachte ten tijde van het gepleegde feit sprake moet zijn van een ‘gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens’, oftewel het stoornisvereiste, geen gedragskundig maar een juridisch criterium is. (...) Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad kan een rechter zijn oordeel ook op andere gronden baseren dan een vastgestelde medische diagnose.”<sup>25</sup>

21 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, p. 357-371.

22 Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, p. 89.

23 Mevis, Struijk en Van der Wolf 2018, p. 22-26.

24 Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, p. 89. Zie ook M.J.F. van der Wolf & P.A.M. Mevis, ‘Te gek, te gewoon, te vaag, te vreemd: wie hoort er eigenlijk (niet) thuis in de tbs?’, *DD* 2017/54, p. 559-560.

25 Zie *Kamerstukken II* 2019/2020, 35 311, nr. 3, p. 18. De wijzigingen in artikel 37a Sr hielden ten eerste in dat het eerste lid actief in plaats van passief werd geformuleerd, om duidelijker tot uitdrukking te brengen dat het juridische oordeel van de rechter en niet het medische oordeel van de gedragsdeskundigen centraal staat. Voorts is het vereiste dat de strafrechter slechts een tbs-maatregel kan opleggen nadat hij zich een gedragsdeskundig advies heeft doen overleggen (artikel 37a lid 3 Sr), geherformuleerd als het vereiste dat de rechter zich “ten behoeve van zijn oordeel” een gedragsdeskundig advies laat overleggen. Daarmee is bedoeld te onderstrepen dat de rechter ook tbs kan opleggen indien gedragsdeskundigen geen stoornis hebben gediagnosticeerd (mits de rechter “op andere gronden tot het oordeel komt dat sprake is van een geestesstoornis”). Tot slot is het veiligheids criterium verplaatst van artikel 37a lid 1 sub 2 Sr naar artikel 37a lid 1 (aanhef) Sr.

Volgens de minister was deze wetswijziging nadrukkelijk bedoeld als “verduidelijking” van artikel 37a Sr. Een materiële wijziging van het stoornisbegrip was expliciet niet bedoeld.<sup>26</sup> De aan de wetswijziging ten grondslag liggende stelling van de wetgever dat de in artikel 37a lid 1 sub 1 Sr opgenomen zinsnede “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens” een “juridisch criterium” betreft, roept bij ons echter vier vragen op. Ten eerste is het de vraag hoe de eerdergenoemde vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat de vaststelling van een psychische stoornis een vaststelling van “feitelijke aard” is zich verhoudt tot de opvatting dat de stoornis (in de zin van art. 37a Sr) een *breed juridisch begrip* is.<sup>27</sup> Met de aanduiding van het stoornisvereiste als “juridisch criterium” lijkt méér te worden bedoeld dan dat de stoornis een wettelijke en dus ‘juridische’ voorwaarde is voor toepassing van de tbs-maatregel. Dat het stoornisvereiste van art. 37a Sr een juridische voorwaarde voor de oplegging van tbs is en dat het in die zin gaat om een ‘juridisch criterium’ spreekt immers vanzelf. Omdat echter de suggestie wordt gewekt dat het ‘juridisch stoornisbegrip’ een andere (want bredere) *inhoud* heeft dan wat in de gedragswetenschappen als stoornis wordt aangemerkt,<sup>28</sup> lijkt het hier te gaan om de opvatting dat de psychische stoornis in de zin van artikel 37a Sr *materieel gezien* een ‘juridisch’ begrip is. Een oordeel over de vraag of aan de voorwaarden van eendergelijk juridisch begrip is voldaan, kan evenwel per definitie niet een (volledig) ‘feitelijk’ oordeel zijn.

Ten tweede is het de vraag of de wetswijziging op de juiste wijze de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad codificeert. In de memorie van toelichting wordt kennelijk verwezen naar de in paragraaf 2.1 besproken vaste jurisprudentie van de Hoge Raad die inhoudt dat de rechter niet gebonden is aan de adviezen van de ingeschakelde gedragsdeskundigen.<sup>29</sup> De vraag is echter of met deze overwegingen méér is gezegd dan dat de feitenrechter volgens de Hoge Raad met een grotere mate van onzekerheid genoeg mag nemen dan gedragswetenschappelijk verantwoord zou zijn. In de Kraggenburgzaak, bijvoorbeeld, overwoog de Hoge Raad over de vaststelling van het Gerechtshof Arnhem dat de verdachte aan een stoornis leed als volgt:

“Het Hof heeft zich bij de vaststelling dat sprake was van een ziekelijke stoornis van de geestvermogens onder meer gebaseerd op de verklaring van de deskundige Offermans, die ter terechtzitting in hoger beroep heeft aangegeven dat hij ten aanzien van het bestaan van een ziekelijke stoornis van de geestvermogens in zijn rapportage een hele kleine slag om de arm heeft gehouden, maar dat hij in dat verband heeft gedoeld op een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid. Het stond het Hof vrij het oordeel van de rapporteur, door de steller van het middel aangeduid als waarschijnlijkheidsoordeel, mede aan de vaststelling dat sprake was van een ziekelijke stoornis van de geestvermogens ten grondslag te leggen. Voor zover de klacht steunt op de opvatting dat in dit verband waarschijnlijksoordelen geen rol mogen spelen, verdient opmerking dat deze opvatting geen steun vindt in het recht.”<sup>30</sup>

Het betrof in deze zaak dus de vraag of de rechter mag vaststellen dat aan het stoornisvereiste is voldaan in een situatie waarin de deskundige een “hele kleine slag om de arm

26 Zie *Kamerstukken II 2019/2020*, 25 311, nr. 3, p. 18.

27 Vgl. J. Bijlsma, *Stoornis en strafuitsluiting. Op zoek naar een toetsingskader voor ontoerekenbaarheid* (diss. Amsterdam, VU), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 15.

28 Een juridisch stoorniscriterium kan ook *minder* omvatten dan de toestanden die in de psychiatrie als stoornis worden gekwalificeerd; zie A.W.M. Mooij, *Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid*, Amsterdam: Boom 2004, p. 122, en Bijlsma 2016, p. 9. In de discussie over het ‘juridisch’ stoornisbegrip van art. 37a Sr wordt echter vooral de ruime betekenis van dit begrip benadrukt.

29 *Kamerstukken II 2019/2020*, 25 311, nr. 3, p. 18.

30 HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1311, r.o. 4.3.3.

houdt”, maar met “een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid” vermoedt dat sprake is van een stoornis. In andere woorden: het gaat hier om de formele, ‘bewijsrechtelijke’ kwestie welke mate van onzekerheid aanvaardbaar is bij de vaststelling of aan de voorwaarden voor de oplegging van een sanctie is voldaan.<sup>31</sup> Deze overweging impliceert niet zonder meer dat de Hoge Raad ook een materieel juridisch stoornisbegrip hanteert. Het betreft hier eerder de vaker voorkomende kwestie dat rechters een binaire beslissing moeten nemen, waar deskundigen doorgaans in termen van waarschijnlijkheden rapporteren.<sup>32</sup> Uit de overweging dat de wet noch de jurisprudentie vereist dat de door de rechter vastgestelde stoornis wordt geclassificeerd volgens het (specifieke) handboek *DSM*, kan bovendien niet zonder meer worden afgeleid dat het in artikel 37a Sr opgenomen stoornisbegrip niet naar het gedragswetenschappelijke domein verwijst en (dus) ‘juridisch’ van aard is. Naast de *DSM* bestaan immers andere classificatiesystemen. De *DSM* omvat niet alle in de psychiatrie erkende ziektebeelden.<sup>33</sup> Het feit dat de rechter een eigen verantwoordelijkheid heeft om bij onzekerheid over het bestaan van een stoornis te oordelen of wel of niet een stoornis kan worden vastgesteld, doet niet zonder meer af aan het gedragskundig karakter van die stoornis of de feitelijkheid van het oordeel daarover. Wij vragen ons kortom af of de minister de rechtspraak van de Hoge Raad wel juist heeft geïnterpreteerd en of inderdaad kan worden gezegd dat de wetwijziging ‘slechts’ codificatie van bestaande jurisprudentie betreft.

Een derde vraag is hoe een ‘juridisch stoornisbegrip’ – als het daarom dus al zou gaan – moet worden ingevuld en afgebakend. Indien niet langer bij gedragswetenschappelijke classificaties wordt aangesloten om dit onderscheid te maken, is de vraag volgens welke criteria dan wél moet worden vastgesteld dat een verdachte lijdt aan een (juridische) stoornis die hem onderscheidt van niet-gestoorde recidivegevaarlijke daders. Onder welke omstandigheden kan de rechter een verdachte als ‘juridisch gestoord’ aanmerken? De memorie van toelichting, noch de literatuur bieden een conceptualisering van het juridische stoornisbegrip dat in artikel 37a lid 1 sub 1 Sr besloten zou liggen. Het is onduidelijk wat dit concept inhoudt. Nu het juridische stoornisbegrip volgens de wetgever kennelijk vooral materieel breder moet worden opgevat dan wat in de gedragswetenschappen als stoornis wordt opgevat, wordt de vraag naar de afgrenzing met ‘normaal’ delinquent gedrag pregnanter. Als het onderscheidende vermogen van een juridisch stoornisbegrip beperkt is, in die zin dat het geen wezenlijke drempel mag opwerpen tegen de oplegging van tbs indien de maatschappelijke veiligheid zulks vereist,<sup>34</sup> dan lijkt daarmee vooral de relevantie van

31 De Hoogerheidezaak lijkt in dit opzicht meer ambigu te zijn. A-G Silvis (CAG Silvis 22 mei 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW6184) stelt enerzijds (onder 9): “Ik merk nog op dat de deskundigen niet hebben geoordeeld dat van stoornis of gebrekkige ontwikkeling van geestvermogens geen sprake is maar dat zij een dergelijke stoornis vanuit hun wetenschap niet verantwoord hebben kunnen vaststellen.” Deze passage suggereert een ‘bewijsprobleem’. Anderzijds schrijft hij (onder 10): “In zijn [het hof, *auteurs*] overweging ligt besloten dat medisch-wetenschappelijk gezien niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat van een dergelijke stoornis in gedragskundige zin sprake is maar dat het Hof alle ter beschikking staande informatie in onderlinge samenhang bekeken, voldoende acht om in juridische zin te kunnen vaststellen dat sprake is van een stoornis als bedoeld in art. 37a Sr.” De vraag is of de vaststelling van een stoornis in “juridische zin” betrekking heeft op de inhoud van het stoornisbegrip of op de mate van zekerheid die ‘bewijsrechtelijk’ – juridisch – vereist is. De Hoge Raad (HR 22 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6184) heeft het cassatiemiddel waarin deze vraag aan de orde werd gesteld via artikel 81 RO afgedaan, zodat niet duidelijk is op grond van welke overwegingen de Hoge Raad het cassatiemiddel heeft verworpen.

32 Vgl. W. Nieboer, “Tussen tweedeling en glijdende schaal”, in: J.W. Reicher, J. Rummelink & Th.W. van Veen (red.), *Verantwoordelijk voor mensen. Beschouwingen van leden van het Lutje Psychiatrisch Gezelschap te Groningen ter gelegenheid van het 30-jarig bestaan van dat gezelschap*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 31, en C. Kelk, *De menselijke verantwoordelijkheid in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 94-96.

33 Zie ook Bijlsma 2016, p. 16.

34 Zie Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, p. 89.

het stoornisvereiste als afzonderlijke ‘ingangseis’ naast het gevaarscriterium twijfelachtig te zijn.

Intussen heeft de wetgever met deze ‘codificatie’ van vaste rechtspraak de Hoge Raad mogelijk in de positie gedrongen dat hij zich moet gaan uitlaten over het materiële bereik van het stoornisvereiste en de vaststellingen van de feitenrechter daaromtrent op juistheid moet gaan beoordelen. Van een ‘juridisch criterium’ kan zoals gezegd immers bezwaarlijk worden betoogd dat de vaststelling daarvan een volledig ‘feitelijk’ oordeel betreft. In andere woorden: het is moeilijk voorstelbaar dat een feitenrechter vaststelt dat aan een begrip met een materiële juridische inhoud is voldaan, maar dat tegen de juridische aspecten van dat oordeel geen cassatieklachten kunnen worden gericht. Een meer omvattende toets in cassatie lijkt dan ook aangewezen.

Een vierde vraag, tot slot, is welke rol gedragsdeskundigen hebben te spelen bij de diagnose en behandeling van een ‘juridische stoornis’ die door de rechter bij oplegging van tbs is vastgesteld.<sup>35</sup> In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat gedragsdeskundigen slechts zijn geëquipeerd om *gedragwetenschappelijke* diagnoses te stellen en te behandelen. Ten aanzien van ‘juridische stoornissen’ hebben zij geen expertise. Het is dan ook de vraag welke adviezen de gedragsdeskundige hierover aan de rechter kan en mag geven en wat het gevolg moet zijn als ook tijdens de tenuitvoerlegging van de tbs geen stoornis in gedragswetenschappelijke zin kan worden vastgesteld en behandeld.

### 2.3 De psychische stoornis als gedragswetenschappelijk begrip

Het recente debat over de reikwijdte van het stoornisvereiste van artikel 37a lid 1 sub 1 Sr is mede ingegeven door de weigeraarsproblematiek. Daarbij is door sommige auteurs en door de wetgever benadrukt dat het stoornisvereiste van artikel 37a Sr een breed juridisch begrip is, dat zich er niet tegen verzet dat de strafrechter tbs oplegt indien door de rapporterende gedragsdeskundigen niet is vastgesteld dat de verdachte tijdens het delict aan een stoornis leed.<sup>36</sup> In de vorige paragraaf hebben wij daarover vier vragen besproken. Met deze problematisering van de opvatting dat het stoornisbegrip van artikel 37a Sr een ‘juridisch begrip’ zou zijn, is echter (nog) niet gezegd dat een stoornisvereiste als zodanig niet noodzakelijk is voor de oplegging van preventieve detentie. Handhaving van een (gedragwetenschappelijk geconceptualiseerd) stoornisvereiste zou immers nog steeds noodzakelijk kunnen zijn voor de normering van tbs.

In een eerdere publicatie hebben wij het stoornisvereiste vanuit gedragswetenschappelijk perspectief benaderd.<sup>37</sup> Aan de hand van een inventarisatie van empirisch onderzoek beschreven we dat in gedragswetenschappelijke zin *in het algemeen* een beperkt verband bestaat tussen psychiatrische stoornissen en recidivegevaar. Bij de vaststelling van gevaar spelen sommige andere factoren een belangrijker rol. We concludeerden dat dit problematisch is, omdat het de vraag oproept naar de grondslag van de ongelijke behandeling

35 Zie ook Ligthart, Kooijmans & Meynen, *NJB* 2019/837, p. 1153. En zie G. Meynen, ‘Een medische of een juridische stoornis?’, *Tijdschrift voor psychiatrie* 2019/61, p. 74-75.

36 In dat licht zou de vraag kunnen worden gesteld hoe reëel de weigeraarsproblematiek (nog) is, nu weigering mee te werken aan een onderzoek *pro Justitia* niet zonder meer in de weg staat aan vaststelling van een stoornis en in het verlengde daarvan tbs-oplegging. Daarbij moet echter wel worden opgemerkt dat thans onduidelijk is hoeveel ruimte de rechter precies heeft voor zelfstandige vaststelling van een stoornis en dat een dergelijke zelfstandige vaststelling ook niet onproblematisch is (zie paragraaf 2.1). Ook is onduidelijk of de rechter, indien gedragsdeskundigen ten aanzien van een *meewerkende verdachte* positief vaststellen dat *geen* sprake is van een stoornis, óók de ruimte heeft om toch een stoornis in juridische zin vast te stellen; zie ook Ligthart, Kooijmans & Meynen, *NJB* 2019/837, p. 1153.

37 Bijlsma e.a., *DD* 2020/25.

van personen die aan een stoornis lijden door enkel *die* groep voor preventieve detentie in aanmerking te laten komen.

Hier kan tegenin worden gebracht dat de tbs zijn grondslag zou vinden in de *verminderde toerekeningsvatbaarheid*.<sup>38</sup> Het opleggen van lange gevangenisstraffen aan verminderd toerekeningsvatbaren zou misplaatst zijn. De benodigde beveiliging van de samenleving tegen deze groep zou daarom moeten worden nagestreefd (niet door gevangenisstraf maar) door behandeling in de vorm van een tbs-maatregel. Aldus zou de tbs zijn grondslag vinden in de beveiliging tegen een uit een stoornis (die verminderde toerekeningsvatbaarheid met zich brengt) voortvloeiend gevaar, dat niet door middel van een gevangenisstraf geadresseerd mag worden.

Daarmee wordt echter het mogelijke bezwaar van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van personen die aan een psychische stoornis lijden niet ondervangen. De tbs is immers een maatregel van mogelijk onbepaalde duur en kan dus een *langer durende* en in zoverre zwaardere sanctie zijn dan een gevangenisstraf. Daarnaast ligt het beginsel 'straf naar de mate van schuld' volgens de Hoge Raad niet in het Nederlandse strafrecht besloten.<sup>39</sup> Ook aan verminderd toerekeningsvatbare daders kunnen en worden – op grond van bijvoorbeeld veiligheidsoverwegingen – lange (soms zelfs levenslange) gevangenisstraffen opgelegd.<sup>40</sup> Bovendien is voor de oplegging van tbs niet vereist dat het delict in verminderde mate aan de verdachte wordt toegerekend.<sup>41</sup> Tbs kan *in aanvulling op* lange gevangenisstraffen worden opgelegd aan volledig toerekeningsvatbare daders.<sup>42</sup> De vraag wat de rechtvaardiging is voor het feit dat alleen daders met een psychische stoornis aan een dergelijke (bijkomende) sanctie van mogelijk onbepaalde duur zijn blootgesteld, moet daarom onder ogen worden gezien. Recidivegevaar en daarmee de noodzaak tot beveiliging doen zich immers niet enkel voor bij personen die aan een stoornis lijden. Ook als van een gedragswetenschappelijk stoornisbegrip wordt uitgegaan, blijven vragen leven over de legitimatie van de aanwezigheid van een psychische stoornis als ingangseis voor preventieve detentie van onbepaalde duur.

De vraag welke factoren aan de (recidive)gevaarlijkheid van de dader ten grondslag liggen, inclusief de vraag of een stoornis aan recidivegevaar bijdraagt, komt bij de beoordeling van het gevaarscriterium voor de oplegging van tbs aan de orde. Wij werpen de vraag op wat

38 De tbs is immers een maatregel waarvoor van oudsher verdachten in aanmerking worden geacht te komen die (vanwege een stoornis) niet (volledig) verwijtbaar zijn voor het tenlastegelegde. Op populatieniveau bestaat er een zwak verband tussen stoornis en (ernstig) delictgedrag; maar de factoren die – op populatieniveau – daarmee een sterker verband te zien geven (zoals leeftijd, geslacht, eerdere veroordelingen, woon- of leefomgeving, etc.), hebben niet zonder meer verwijtbaarheid-verminderende invloed (recidive werkt zelfs eerder verwijtbaarheid-verhogend). Zie Mooij 2004, p. 167-175; A.W.M. Mooij, 'De doorwerking van de stoornis in de toerekeningsvatbaarheid en de gevaarspredictie', *Proces* 2005, p. 128-136.

39 HR 10 september 1957, ECLI:NL:HR:1957:2, *NJ* 1958/5 m.nt. Pompe (*Zwarte Ruiter*); HR 25 november 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC7059, *NJ* 1981/175.

40 Zie bijvoorbeeld HR 4 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB6351.

41 In HR 14 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5496 overwoog de Hoge Raad dat in het recht geen steun te vinden is voor de opvatting dat de oplegging van een terbeschikkingstelling met dwangverpleging nooit mogelijk is "indien bij de beslissing over de strafbaarheid van de verdachte het feit aan hem wordt toegerekend" (r.o. 9.4). Dat tbs ook kan worden opgelegd indien het feit volledig aan de verdachte wordt toegerekend, blijkt nadien nog uit o.a. Gerechtshof Den Bosch 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3671, r.o. 2. waarin het hof oordeelt: "Voor zover de verdediging naar voren heeft gebracht dat volledige toerekening aan de weg zou kunnen staan aan het opleggen van de TBS-maatregel treft dat geen doel. Het is juridisch niet relevant in welke mate verdachte door voornoemde stoornis is beïnvloed, nu volgens vaste jurisprudentie slechts is vereist de gelijktijdigheid van het bestaan van de stoornis en het begaan van de feiten."

42 Zie voor een recent voorbeeld Rb. Rotterdam 22 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9453, waarin de rechtbank aan een volledig toerekeningsvatbare verdachte een celstraf van 20 jaar oplegt en daarnaast tbs met dwangverpleging gelast.



thans de *zelfstandige* functie van het stoornisvereiste voor de oplegging van tbs is. Een psychische stoornis draagt in sommige gevallen in belangrijke mate bij aan het recidiverisico, maar dat is zeker niet altijd het geval.<sup>43</sup> Het recidiverisico kan ook niet of slechts beperkt met een psychische stoornis samenhangen. Zo bezien zou het kunnen zijn dat de aanwezigheid van een psychische stoornis (in de gedragswetenschappelijke zin van het woord) niet zozeer geschikt is als zelfstandig opleggingsvereiste voor tbs, maar beter kan worden gezien als een relevante factor bij de invulling van het (doorslaggevende) gevaarscriterium.

### 3. Stoornisvereiste: mensenrechtelijke analyse

#### 3.1 Artikel 5 EVRM: de grondslagen voor preventieve detentie

Artikel 5 EVRM beschermt tegen willekeurige vrijheidsbeneming.<sup>44</sup> Een persoon kan slechts van zijn of haar vrijheid worden beroofd indien dat geschiedt volgens een wettelijke procedure en op basis van een in artikel 5 lid 1 EVRM opgenomen grond.<sup>45</sup> Artikel 5 lid 1 sub c EVRM voorziet in een rechtsgrond voor preventieve detentie, in die zin dat iemand (voor korte tijd) kan worden gedetineerd indien dat redelijkerwijs noodzakelijk is om te voorkomen dat hij of zij een specifiek strafbaar feit begaat.<sup>46</sup> Voor die preventieve detentie is niet vereist dat een redelijk vermoeden bestaat dat de gedetineerde zich reeds schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit.<sup>47</sup> Het mag bij deze preventieve detentie echter slechts gaan om een noodzakelijke vrijheidsbeneming van korte duur ter voorkoming van een concreet voorzienbaar, specifiek en serieus misdrijf.<sup>48</sup> Daarbij heeft het EHRM herhaaldelijk onderstreept dat artikel 5 lid 1 sub c EVRM geen rechtsgrond biedt voor een algemeen beleid van preventieve detentie van gevaarlijke personen of groepen (*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*).<sup>49</sup> Preventieve detentie zoals de tbs kan daarom niet op de c-grond worden gebaseerd.

Preventieve detentie van onbepaalde duur kan volgens de vaste rechtspraak van het EHRM wél op basis van zowel de a-grond als de e-grond worden gelegitimeerd.<sup>50</sup> Gelet op artikel 5 lid 1 sub a EVRM kan preventieve detentie worden opgelegd na een veroordeling voor een strafbaar feit (*after conviction by a competent court*). Belangrijk is daarbij dat het woord *after* in artikel 5 lid 1 sub a EVRM niet slechts op volgtijdelijkheid duidt: de veroordeling moet ook aan de detentie ten grondslag liggen. Tussen de veroordeling en detentie moet daarom een voldoende duidelijk causaal verband (blijven) bestaan.<sup>51</sup> Naarmate de detentie voortduurt, kan dit causale verband verzwakken:

43 Bijlsma et al., *DD* 2020/25, p. 358-359.

44 Bijv. EHRM 12 oktober 2018, nr. 35553/12, 36678/12 en 36711/12 (*S., V. en A. t. Denemarken*), par. 73.

45 Die gronden zijn limitatief: een vrijheidsontneming die niet onder één van de in art. 5 lid 1 EVRM genoemde gevallen kan worden gebracht, is onrechtmatig. Zie bijv. EHRM 13 januari 2011, 6587/04 (*Haidn t. Duitsland*), par. 73 en EHRM 4 december 2018, 10211/12 en 27505/14 (*Ilseher t. Duitsland*), par. 126. De in art. 5 lid 1 EVRM genoemde gronden zijn bovendien strikt (*narrow*) te interpreteren; zie bijv. EHRM 24 oktober 1979 (*Winterwerp t. Nederland*), par. 37.

46 Zie EHRM 12 oktober 2018, nr. 35553/12, 36678/12 en 36711/12 (*S., V. en A. t. Denemarken*), par. 89-92.

47 Zie EHRM 12 oktober 2018, nr. 35553/12, 36678/12 en 36711/12 (*S., V. en A. t. Denemarken*). Zie ook B.E.P. Myjer, 'Preventieve detentie: een stapje terug ter bescherming van de openbare orde', *Sancties* 2019/22.

48 Zie ook: European Court of Human Rights, 'Guide on Article 5 of the Convention – Right to Liberty and Security', p. 20-21.

49 EHRM 12 oktober 2018, nr. 35553/12, 36678/12 en 36711/12 (*S., V. en A. t. Denemarken*), par. 89-91; EHRM 6 november 1980, 7367/765 (*Guzzardi t. Italië*), par. 102; EHRM 17 december 2009, 19359/04 (*M. t. Duitsland*), par. 89; EHRM 13 januari 2011, 6587/04 (*Haidn t. Duitsland*), par. 76.

50 Zie bijv. EHRM 3 maart 2015, 73560/12 (*Constancia t. Nederland*), par. 29.

51 Zie EHRM 17 december 2009, nr. 19359/04 (*M. t. Duitsland*), par. 88.

“The causal link required by sub-paragraph (a) might eventually be broken if a position were reached in which a decision not to release was based on grounds that were inconsistent with the objectives of the initial decision (by a sentencing court) or on an assessment that was unreasonable in terms of those objectives. In those circumstances, a detention that was lawful at the outset would be transformed into a deprivation of liberty that was arbitrary and, hence, incompatible with Article 5.”<sup>52</sup>

Preventieve detentie is ook *inconsistent* met de veroordeling indien de gedetineerde niet de kans krijgt om zijn gevaarlijkheid te verminderen, bijvoorbeeld door middel van therapie.<sup>53</sup> Ook kan oplegging of verlenging van preventieve detentie onredelijk zijn indien aan de rechter onvoldoende informatie ter beschikking staat op grond waarvan kan worden geoordeeld dat de gedetineerde nog gevaarlijk is.<sup>54</sup> Het antwoord op de vraag of de informatie voldoende actueel is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij van belang is of in de situatie van de gedetineerde iets wezenlijks is veranderd.<sup>55</sup>

Preventieve detentie waarvoor een stoornisvereiste geldt (zoals de tbs), kan (ook) worden gebaseerd op artikel 5 lid 1 sub e EVRM (*detention of persons of unsound mind*). Voor een dergelijke detentie is geen strafrechtelijke veroordeling nodig. Ook civielrechtelijke en bestuursrechtelijke machtigingen tot opname in een psychiatrische kliniek vallen onder deze grond. Preventieve detentie op basis van de e-grond is alleen mogelijk als is vastgesteld dat de gedetineerde lijdt aan een psychische stoornis. Daarvan is volgens het Hof sprake indien een werkelijke geestelijke stoornis (*true mental disorder*) is vastgesteld door een daartoe bevoegde autoriteit, op basis van objectieve medische expertise.<sup>56</sup> Indien het onmogelijk is om een persoon te onderzoeken, bijvoorbeeld omdat diegene medewerking weigert, moet op zijn minst een beoordeling door een medisch expert op basis van het dossier plaatsvinden.<sup>57</sup> Die beoordeling moet zijn gebaseerd op de actuele mentale toestand van de persoon (*actual state of mental health*); enkel informatie over gebeurtenissen uit het verleden is onvoldoende om tot de vereiste beoordeling te komen.<sup>58</sup> Het EHRM heeft aangegeven dat het begrip *unsound mind* uit artikel 5 lid 1 sub e EVRM restrictiever kan zijn dan stoornisbegrippen uit nationale wetgeving.<sup>59</sup> Zo lijkt het Hof te betwijfelen of een antisocialepersoonlijkheidsstoornis vrijheidsontneming op basis van de e-grond wel kan rechtvaardigen.<sup>60</sup>

52 EHRM 25 februari 2016, nr. 53157/11 (*Klinkenbuß t. Duitsland*), par. 46; EHRM 17 december 2009, nr. 19359/04 (*M. t. Duitsland*), par. 88.

53 Zie o.a. EHRM 25 februari 2016, nr. 53157/11 (*Klinkenbuß t. Duitsland*), par. 47. Zie ook EHRM 7 september 2017, nr. 45953/10 (*D.J. t. Duitsland*), par. 58.

54 Zie o.a. EHRM 25 februari 2016, nr. 53157/11 (*Klinkenbuß t. Duitsland*), par. 48; EHRM 7 september 2017, nr. 45953/10 (*D.J. t. Duitsland*), par. 59.

55 EHRM 7 september 2017, nr. 45953/10 (*D.J. t. Duitsland*), par. 60.

56 Zie o.a. EHRM 4 december 2018, nr. 10211/12 en 27505/14 (*Ilseher t. Duitsland*), par. 129; EHRM 3 maart 2015, 73560/12 (*Constancia t. Nederland*), par. 25.

57 EHRM 3 maart 2015, 73560/12 (*Constancia t. Nederland*), par. 30.

58 *Ibid.*, par. 26.

59 EHRM 4 december 2018, nr. 10211/12 en 27505/14 (*Ilseher t. Duitsland*), par. 150. Zie daarover nader J. Bijlsma, noot bij EHRM 4 december 2018, 10211/12 en 27505/14 (*Ilseher t. Duitsland*), *Sancties* 2020/8, p. 45-47.

60 Zie EHRM 2 juni 2016, 6281/13 (*Petschulies t. Duitsland*), par. 77-81.

### 3.2 *De (on)misbaarheid van het stoornisvereiste vanuit het perspectief van artikel 5 lid 1 EVRM*

Op de Nederlandse tbs-maatregel is thans in de regel zowel de e-grond als de a-grond van toepassing.<sup>61</sup> Indien voor de oplegging van een maatregel als tbs niet langer een psychische stoornis vereist zou zijn, zou vrijheidsbeneming in het kader van die vorm van preventieve detentie enkel nog kunnen worden geëgitimeerd op grond van artikel 5 lid 1 sub a EVRM.<sup>62</sup> Op grond van deze vaststelling is wel betoogd dat beveiliging op de lange(re) termijn minder goed mogelijk is als geen stoornisvereiste zou gelden.<sup>63</sup> Na verloop van tijd kan de band tussen de veroordeling en de detentie immers doorbroken worden, waardoor de a-grond vervalt en voortzetting van vrijheidsbeneming alleen aan de orde is als sprake is van een stoornis. Daarbij is van belang dat het EHRM het causale verband tussen de veroordeling en detentie niet snel doorbroken acht. Veel lijkt daarbij vooral af te hangen van de motivering van de voortzetting van de vrijheidsbeneming.<sup>64</sup> Of preventieve detentie die uitsluitend op de a-grond kan worden gebaseerd in de praktijk daadwerkelijk voor een wezenlijke beperking van de mogelijkheid van langdurige preventieve detentie zorgt, is een vraag die nader onderzoek verdient.<sup>65</sup>

Een gerelateerde – normatieve – vraag is of het wel aangewezen is om detentie in een *strafrechtelijk* kader voort te zetten indien de band met de veroordeling volgens de standaarden van het EHRM is doorbroken. Als niet langer een verband met het strafbare feit bestaat, rijst echter de vraag of voortzetting van vrijheidsbeneming in een strafrechtelijk kader wel verdedigbaar is. Indien de band met de veroordeling doorbroken is, maar de betrokkene nog steeds evident lijdt aan een psychiatrische stoornis die opname vereist, kan de verleningsrechter bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling op grond van artikel 2.3 lid 1 sub 6 Wfz een zorgmachtiging afgeven.<sup>66</sup>

Daarbij is ook een relevante vraag welke eisen aan de *true mental disorder* van de e-grond worden gesteld indien deze de preventieve detentie wegens het wegvallen van de a-grond moet rechtvaardigen. In het bijzonder is van belang of de aanwezigheid van een ‘juridische stoornis’ de voortdurende preventieve detentie zal kunnen schragen indien de a-grond niet langer van toepassing is. Op basis van de ontvankelijkheidsbeslissing van het EHRM in de Hoogerheidezaak wordt wel aangenomen dat de Nederlandse praktijk waarin rechters in afwijking van gedragswetenschappelijke rapportages tot de vaststelling van een stoornis komen geëgitimeerd is.<sup>67</sup> Meer recente jurisprudentie van het EHRM doet echter betwij-

61 EHRM 3 maart 2015, 73560/12 (*Constancia t. Nederland*), par. 29. Indien het gaat om een ontoerekeningsvatbare verdachte, is enkel de e-grond van toepassing (EHRM 24 september 1992, 10533/83 (*Herczegvalfy t. Oostenrijk*), par. 63). Op grond van de aan het slot van paragraaf 3.1 besproken jurisprudentie van het EHRM, rijst de vraag of de e-grond wel van toepassing is op tbs-oplegging die uitsluitend op een antisocialepersoonlijkheidsstoornis berust. Zie voor een voorbeeld daarvan: Rb. Noord-Holland 29 oktober 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:8748.

62 Zie ook Ligthart, Kooijmans & Meynen, *NJB* 2019/16, p. 1150.

63 Zie in die zin Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, p. 87.

64 Zie ook Bijlsma et al., *DD* 2020/25, p. 369 (vn. 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*).”

65 Zie ook Bijlsma et al., *DD* 2020/25, p. 368-370.

66 Art. 2.3 lid 1 sub 6 Wet forensische zorg bepaalt dat de rechter bij de niet-verlenging van een terbeschikkingstelling een zorgmachtiging kan afgeven indien hij van oordeel is dat aan de criteria van art. 3.3 van de Wet verplichte gezondheidszorg is voldaan. Zie voor een bespreking van het nieuwe art. 2.3 Wfz: L.E. van Oploo, M.M. Prinsen & Th.J.G. Bakkum, ‘De invoering van artikel 2.3 Wet forensische zorg: consequenties voor de strafrechtspraktijk’, *NJB* 2020/32, p. 2384-2390.

67 Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, p. 17. Zie echter voor een kritische analyse van dit arrest: Ligthart, Kooijmans & Meynen, *NJB* 2019/16, p. 1149-1152.

felen of de huidige praktijk zonder meer in overeenstemming is met artikel 5 lid 1 sub e EVRM. In de aan het slot van paragraaf 3.1 aangehaalde jurisprudentie overweegt het EHRM expliciet dat een breed geformuleerd ‘juridisch stoornisbegrip’ (*in casu* stond een Duitse wet centraal) niet zonder meer overeenkomt met de *true mental disorder* van artikel 5 lid 1 sub e EVRM en dat zelfs denkbaar is dat bepaalde *gedragwetenschappelijke* diagnoses zoals de antisociale persoonlijkheidsstoornis niet aan dat vereiste voldoen.<sup>68</sup> In dit verband moet worden opgemerkt dat het EHRM ten aanzien van het begrip *persons of unsound mind* bovendien overweegt dat “*it does not lend itself to precise definition since its meaning is continually evolving as research in psychiatry progresses*” (accentuering auteurs).<sup>69</sup> De nadruk op ontwikkelende inzichten *in de psychiatrie* lijkt erop te wijzen dat het EHRM bij de invulling van het stoornisbegrip van artikel 5 lid 1 sub e EVRM aansluit bij gedragswetenschappelijke inzichten. Ten slotte is als legitimatie voor het stoornisvereiste, mede onder verwijzing naar het EVRM, aangevoerd dat daardoor verzekerd wordt dat de overheid zich zal inspannen de betrokkenen te behandelen.<sup>70</sup> In de eerste plaats rijst ook hier de vraag in hoeverre gedragswetenschappelijke behandeling *van een stoornis* gestalte kan krijgen als geen stoornis in gedragswetenschappelijke zin is vastgesteld, maar een ‘juridische stoornis’ (zie ook paragraaf 2.2). Ten tweede is van belang dat een stoornis een mogelijke risicofactor is, maar dat veel andere factoren ook een rol spelen bij het recidiverisico. De behandeling binnen de tbs richt zich dan ook niet uitsluitend op de stoornis, maar is duidelijk breder.<sup>71</sup> Ten derde rust ook in het geval van preventieve detentie die uitsluitend op de a-grond is gebaseerd op de overheid een zware verplichting om inspanningen gericht op resocialisatie te verrichten. Voldoet de overheid niet aan deze zorgplicht, dan is sprake van willekeurige vrijheidsbeneming in strijd met artikel 5 EVRM.<sup>72</sup>

De enige categorie verdachten die nu tbs-gesteld worden uitsluitend op basis van de e-grond, wordt gevormd door degenen die van alle rechtsvervolging worden ontslagen wegens ontoerekenbaarheid (artikel 39 Sr jo 352 lid 2 Sv). In die situatie kan vrijheidsbeneming niet op de a-grond worden gebaseerd omdat vanwege een *lack of criminal responsibility* geen sprake is van een *conviction*.<sup>73</sup> Omdat in dat geval wél sprake is van een bewezenverklaard strafbaar feit, is een mogelijke lijn van redeneren dat voor deze specifieke categorie psychisch gestoorde verdachten preventieve detentie op strafrechtelijke titel mogelijk zou moeten blijven. Daarmee hangen echter fundamentele vragen samen die wij in dit artikel niet kunnen beantwoorden. In dat geval zou expliciet moeten worden vastgesteld dat sprake is van een stoornis om detentie op grond van artikel 5 lid 1 sub e te

68 Zie voor een nadere beschrijving en analyse van deze rechtspraak: Bijlsma, *Sancties* 2020/8.

69 EHRM 4 december 2018, nr. 10211/12 en 27505/14 (*Ilsneher t. Duitsland*), par. 127.

70 Mevis, Struijk en Van der Wolf 2018, p. 39-40.

71 Zie bijv. Expertisecentrum Forensische Psychiatrie, *Basis Zorgprogramma*, 2019, p. 52-65. Hierin wordt bijvoorbeeld gezegd onder het kopje ‘Hoe te behandelen’: “De specifieke aard van de behandeling wordt, als gezegd, bepaald door de What Works principes en het Good Lives Model, het herstelmodel, het rehabilitatiemodel, het biopsychosociale model en in de context van de individuele patiënt.”

72 Zie bijv. EHRM 22 maart 2012, nr. 36035/04 (*Ostermünchner t. Duitsland*), par. 74, en EHRM 7 september 2017, nr. 45953/10 (*D.J. t. Duitsland*), par. 58. Het EHRM overweegt: “*The Court considers that a decision not to release a detainee as he still posed a threat to the public may be inconsistent with the objectives of the sentencing court’s order for preventive detention if the person concerned is placed and remanded in detention as there was a risk that he would reoffend, but is, at the same time, deprived of the necessary means, such as a suitable therapy, to demonstrate that he was no longer dangerous. In such circumstances, a detention which complied with Article 5 § 1 (a) at the outset would be transformed into a deprivation of liberty that was arbitrary and, hence, incompatible with that provision.*” Zie ook Council of Europe, *Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights* (2020), par. 61.

73 EHRM 24 september 1992, 10533/83 (*Herczegvalfy t. Oostenrijk*), par. 63.

kunnen rechtvaardigen.<sup>74</sup> Hoewel het EHRM die eis niet stelt, zou ook in die situatie voor voortgezette detentie het voortduren van een verband tussen veroordeling en detentie vereist moeten worden. Anders zouden ontoerekenbare verdachten zonder goede reden in een nadeliger rechtspositie belanden dan verminderd toerekenbare verdachten én dan personen die op civielrechtelijke titel opgenomen zijn. Een alternatieve benadering zou zijn dat voor deze personen een civiele zorgmachtiging wordt afgegeven (artikel 2.3 lid 1 sub 4 Wfz, vergelijkbaar met de recentelijk vervallen strafrechtelijke maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis op voet van artikel 37 (oud) Sr).

#### 4. Conclusie

Uit onze nationaalrechtelijke en mensenrechtelijke analyse komt naar voren dat er verschillende bezwaren bestaan tegen het laten vervallen van het stoornisvereiste. Deze bezwaren zijn naar ons oordeel echter niet (zonder meer) overtuigend. De conceptualisering van het stoornisbegrip van artikel 37a lid 1 sub 1 Sr als 'juridisch begrip' roept bovendien vragen op die zich moeilijk laten beantwoorden.

Wij willen hieruit nadrukkelijk niet de conclusie trekken dat de psychische stoornis als opleggingsvereiste voor tbs zou moeten komen te vervallen: die vraag is immers veel breder en kan slechts na uitgebreid vervolgonderzoek worden beantwoord. In dat vervolgonderzoek zouden alternatieve vormen van preventieve detentie op hun voor- en nadelen kunnen worden onderzocht, bijvoorbeeld aan de hand van rechtsvergelijkend onderzoek.<sup>75</sup>

Daarbij is het niet alleen de vraag of preventieve detentie moet kunnen worden opgelegd zonder de vaststelling van een stoornis, maar in elk geval ook hoe moet worden gedacht over belangrijke andere variabelen voor preventieve detentie en de normering daarvan.

In dat kader moet onder andere worden nagedacht over de vraag welke rol gedragsdeskundigen bij de oplegging en tenuitvoerlegging van preventieve detentie zouden spelen indien de psychische stoornis voor de oplegging daarvan niet langer vereist zou zijn. Het antwoord op die vraag kan niet (geheel) op voorhand en zonder nader onderzoek worden beantwoord. Wel is het goed om te benadrukken dat gedragsdeskundigen bij uitstek geëquipeerd zijn om de rechter voor te lichten over het gevaar dat van een verdachte te duchten valt. Ook thans adviseren gedragsdeskundigen de rechter niet alleen over de stoornis en het risico dat daarvan uitgaat, maar ook breder over de aanwezigheid van (niet-pathologische) risicofactoren en beschermende factoren. Dergelijke adviezen worden niet alleen gegeven in het kader van de mogelijke oplegging van tbs, maar ook bij verlengingszittingen.<sup>76</sup> Voor het verkrijgen van toestemming voor verlof tijdens de terbeschikkingstelling is een risicotaxatie van gedragsdeskundigen verplicht (artikel 2 Verlofregeling TBS). Anders gezegd: in het kader van die risicotaxatie speelt ook nu al niet alleen de stoornis een rol, maar zijn ook allerlei andere factoren van belang.<sup>77</sup>

74 In dit verband verdient opmerking dat voor ontoerekeningsvatbaarheid – anders dan voor terbeschikkingstelling – volgens de Hoge Raad is vereist dat het tenlastegelegde feit is voortgevloeid uit de stoornis waaraan de verdachte ten tijde van dat feit lijdende was; zie HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1311 (*Kraggenburg*), r.o. 4.4.2; J.M.L. van Mulbregt, 'Zorgkoorts en risicokrimp. De weg van de toerekeningsvatbaarheid', *DD* 2011/69.

75 Voor dat onderzoek schetsten wij eerder al enkele richtingen; zie Bijlsma et al., *DD* 2020/25.

76 Zie Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie 2013, p. 97 (vraag 5). Zie ook R.W. van Spaendonck, *Meer dan een kwestie van tijd: de verlenging van de tbs-maatregel* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 176-206.

77 Daarbij moet worden opgemerkt dat van tevoren niet duidelijk hoeft te zijn of iemand aan een stoornis lijdt – dat stelt nu juist een gedragskundige vast – alsmede, indien aanwezig, de bijdrage van die stoornis aan eventueel gevaar.

Ook behandeling blijft onverminderd belangrijk. Geschikte therapieën en andere interventies om gevaarlijkheid te verminderen moeten aan daders in preventieve detentie worden aangeboden, ongeacht of voor de oplegging van die preventieve detentie een psychische stoornis vereist is. Artikel 5 lid 1 sub a EHRM verplicht daartoe, zoals hiervoor werd beschreven. Ook op dit moment richt de behandeling van tbs-gestelden zich op veel meer risicofactoren dan uitsluitend de stoornis.<sup>78</sup> Het lijkt al met al dus evident dat gedragsdeskundigen, óók wanneer voor de oplegging van preventieve detentie niet langer een psychische stoornis vereist zou zijn, hun prominente rol blijven spelen in het kader van de oplegging en tenuitvoerlegging ervan.<sup>79</sup> Hoe die rol precies vormgegeven moet worden, vraagt om nadere overdenking.

Een voorvraag is echter of het überhaupt redelijkerwijs *denkbaar* is om het stoornisvereiste voor de oplegging van preventieve detentie te laten vervallen. In dit artikel hebben wij die voorvraag onderzocht. Wij komen dus tot de conclusie dat de bezwaren tegen het laten vervallen van het stoornisvereiste niet (zonder meer) overtuigend zijn. Onze conclusie is daarmee beperkt tot de vaststelling dat de psychische stoornis geen onmisbaar vereiste is voor de oplegging van preventieve detentie. Wij zijn in dit artikel niet verder ingegaan op de veel bredere vraag of preventieve detentie op basis van gevaar – alles overziend – uiteindelijk inderdaad de voorkeur zou verdienen en, zo ja, hoe een dergelijke regeling dan moet worden vormgegeven. Ook zijn wij niet ingegaan op de vraag hoe gevaarlijkheid in het kader van preventieve detentie zou moeten worden vastgesteld en juridisch genormeerd. Die vragen zullen in vervolgonderzoek aan de orde moeten komen, om uiteindelijk tot een verantwoorde herbezinning op de preventieve detentie te kunnen komen.<sup>80</sup>

---

78 Zie paragraaf 3.2.

79 Zie in dit verband ook Beukers 2017.

80 De Minister voor Rechtsbescherming wil in het kader van de vraag of in Nederland een (nieuwe) vorm van preventieve detentie zou moeten worden ingevoerd, onder andere laten onderzoeken hoe groot de doelgroep voor een dergelijke maatregel zou zijn, hoe het gevaarscriterium voor die maatregel praktisch ingevuld zou kunnen worden, en hoe effectieve behandeling in het kader van preventieve detentie er uit zou kunnen zien, zie *Kamerstukken II 2020/21*, 33628, nr. 80, p. 3.