

Rechtspraak

Sancties 2020/8

Noten en aantekeningen

EHRM 4 december 2018, nrs. 10211/12 en 27505/14 (Inseher t. Duitsland); Preventieve detentie, artikel 5, eerste lid, sub e, EVRM

Klachten

Inseher klaagt erover dat de aan hem opgelegde preventieve detentie in strijd is met het EVRM, omdat aan geen van de gronden van rechtmatige detentie is voldaan. In het bijzonder zou geen psychische stoornis in de zin van artikel 5, eerste lid, sub e, EVRM (*detention of persons of unsound mind*) zijn vastgesteld. Ook betoogt Inseher dat de preventieve detentie in strijd is met het verbod op het met terugwerkende kracht toepassen van een zwaardere straf (artikel 7, eerste lid, EVRM). Ten slotte stelt Inseher dat de rechtsgang onvoldoende voortvarend is geweest (artikel 5, vierde lid, EVRM) en dat een van de rechters niet onpartijdig was (artikel 6, eerste lid, EVRM).

Uitspraak

Het EHRM neemt geen schending aan van artikel 5, eerste lid, sub e, EVRM (zie annotatie). Artikel 7, eerste lid, EVRM is niet geschonden, omdat de preventieve detentie in dit geval geen *penalty* in de zin van die bepaling is. Evenmin wordt een schending van artikelen 5, vierde lid en 6, eerste lid, EVRM aangenomen.

[Relevante rechtsoverwegingen: 126-134 en 142-160]

Noot

Dit arrest lijkt het voorlopige sluitstuk te zijn van een reeks uitspraken van het EHRM over de Duitse maatregel van de *Sicherungsverwahrung*, die een aanvang nam met het bekende arrest *M. t. Duitsland* (17 december 2009, 19359/04). De *Sicherungsverwahrung*

is preventieve detentie voor gevaarlijke daders (artikel 66-66c StGB) en bestaat in Duitsland naast een met de TBS vergelijkbare maatregel voor wegens een psychische stoornis niet of verminderd toerekenbare daders (artikel 63 StGB). Omdat voor de oplegging van *Sicherungsverwahrung* niet vereist is dat de dader aan een stoornis lijdt, gaat het om detentie die uitsluitend gebaseerd kan worden op artikel 5, eerste lid, sub a, EVRM: detentie *after conviction*. TBS kan volgens vaste rechtspraak ook worden gebaseerd op artikel 5, eerste lid, sub e, EVRM: detentie van *persons of unsound mind*.

Twee wetswijzigingen in de regeling van de *Sicherungsverwahrung* leidden tot schendingen van het EVRM. Aanvankelijk was de *Sicherungsverwahrung* gemaximeerd op een duur van tien jaar, maar in 1998 werd verlenging voor onbepaalde tijd mogelijk. In 2002 werd vervolgens de zogeheten *nachträgliche Sicherungsverwahrung* ingevoerd: *Sicherungsverwahrung* die na het uitzitten van een straf bij een nieuwe uitspraak wordt opgelegd. De *nachträgliche Sicherungsverwahrung* kon niet gerechtvaardigd worden op grond van artikel 5, eerste lid, sub a, EVRM, omdat voor detentie op de a-grond vereist is dat een *sufficient causal link* bestaat tussen de veroordeling en de vrijheidsbeneming. Een dergelijk verband bestaat niet als detentie bij een latere, afzonderlijke uitspraak wordt opgelegd. Voor zover het daders betrof die onder de oude, gemaximeerde regeling in *Sicherungsverwahrung* waren opgenomen, werd het overschrijden van de termijn van tien jaar bovendien in strijd met het verbod van terugwerkende kracht van artikel 7 EVRM geoordeeld. Zie de annotatie van D.A.G. van Toor bij *Inseher* (EHRC 2019/37) voor een weergave van de interessante ontwikkeling die de *Sicherungsverwahrung* na de zaak *M.* heeft doorgemaakt.

Inseheris in 1999 volgens het minderjarigenstrafrecht wegens moord tot een gevangenisstraf van tien jaar veroordeeld. In 2008 wordt het door een nieuwe wets-

wijziging mogelijk om *nachträgliche Sicherungsverwahrung* óók aan veroordeelden op grond van het minderjarigenstrafrecht op te leggen. Nadat Ilseher zijn straf heeft uitgezeten, wordt op die basis *Sicherungsverwahrung* opgelegd. In het belangrijke post-M.-arrest van het Bundesverfassungsgericht van 4 mei 2011 (2 BvR 2365/09), oordeelt het constitutioneel hof – in lijn met de uitspraak M. – dat de aan Ilseher opgelegde *nachträgliche Sicherungsverwahrung* ongrondwettelijk is.

Deze uitspraak leidt echter niet tot de invrijheidstelling van Ilseher. Opnieuw wordt hij preventief gedetineerd. Dat is mogelijk, omdat in 2011, naar aanleiding van het arrest M., de *Gesetz zur Therapie- und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter* (ThuG) is aangenomen. Deze wet maakt het mogelijk om psychisch gestoorde daders in ‘therapeutische detentie’ te nemen. Deze maatregel is in feite *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, met de aanvullende voorwaarde dat de betrokkene aan een stoornis moet lijden. Strijd met artikel 5, eerste lid, EVRM wordt voorkomen doordat het niet langer gaat om detentie *after conviction* (sub a), maar om detentie van *persons of unsound mind* (sub e). De e-grond vereist geen causaal verband tussen veroordeling en preventieve detentie.

De verhouding tussen het stoornisbegrip in artikel 1, eerste lid, ThuG en artikel 5, eerste lid, sub e, EVRM staat centraal in de hiervoor geciteerde overwegingen uit Ilseher. Artikel 1, eerste lid, ThuG spreekt kortweg van *psychische Störung*. Volgens het Bundesverfassungsgericht (15 september 2011, 2 BvR 1516/11, r.o. 32-40) heeft de wetgever met de term *psychische Störung* expliciet aansluiting willen zoeken bij het begrip *persons of unsound mind*. Het gaat volgens de wetsgeschiedenis om persoonlijkheids- en gedragsstoornissen, seksuele stoornissen en stoornissen van de impulscontrole. In het bijzonder noemt het constitutioneel hof de antisociale (*dissoziale*) persoonlijkheidsstoornis. Het stoornisbegrip is niet beperkt tot uitsluitend die toestanden die

behandelbaar zijn, ook ander abnormaal (*weiterhin abnorm*) agressief en ernstig onverantwoordelijk gedrag kan een stoornis in de zin van de ThuG opleveren. Het constitutioneel hof vervolgt dat het stoornisbegrip van artikel 1, eerste lid, ThuG een onbepaald (*unbestimmt*) juridisch begrip is, dat niet zonder meer samenvalt met de psychiatrische classificaties. De rechter moet zelf, geïnformeerd door deskundigen, vaststellen dat sprake is van een stoornis.

De Nederlandse rechtspraak over de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens die volgens artikel 37a, eerste lid, Sr vereist is voor de oplegging van TBS, doet sterk denken aan de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht over de *psychische Störung* in de zin van de ThuG. De rechter heeft volgens de Hoge Raad een eigen verantwoordelijkheid bij de vaststelling of de verdachte aan een stoornis lijdt en is daarbij niet gebonden aan de adviezen van deskundigen. Het stoornisbegrip valt evenmin samen met psychiatrische classificaties (HR 18 december 2012, NJ 2013, 466 m.nt. Keulen). In de bekende Hoogerheide-zaak kwam het Gerechtshof Arnhem zelf tot de conclusie dat de verdachte aan een stoornis leed, terwijl gedragsdeskundigen deze niet hadden kunnen vaststellen (Hof Arnhem 18 mei 2011, NJ 2011, 442).

Het begrip *persons of unsound mind* van artikel 5, eerste lid, sub e, EVRM heeft volgens vaste rechtspraak van het EHRM een autonome betekenis (r.o. 127). De gronden voor detentie van artikel 5, eerste lid, EVRM moeten eng (*narrow*) worden geïnterpreteerd. In dit verband is van belang dat het moet gaan om *true mental disorder* die door een deskundige moet worden vastgesteld op basis van objectieve medische expertise. De stoornis moet bovendien van een zodanige ernst moet zijn dat detentie gerechtvaardigd is (r.o. 129).

Ilseher klaagt erover dat bij hem geen stoornis in de zin van artikel 5, eerste lid, sub e, EVRM is vastgesteld en dat op die grond zijn detentie in strijd is met het

verbod op arbitraire detentie. Het EHRM neemt echter geen schending aan. Twee ingeschakelde psychiaters waren namelijk van oordeel dat Inseher lijdt aan sadisme zoals omschreven in de ICD-10 (*International Classification of Diseases*). De rechtbank die de preventieve detentie beval oordeelde bovendien dat Inseher fantasieën over seksueel geweld koesterde die zich geuit hadden in het delict en die ook bij opleggen van de detentie nog bestonden. Op basis hiervan mocht de Duitse rechter aannemen dat sprake was van *true mental disorder* in de zin van artikel 5, eerste lid, sub e, EVRM (r.o. 151).

Volgens het EHRM is het begrip *psychische Störung* echter mogelijk ruimer dan *true mental disorder*. In het bijzonder heeft het EHRM eerder herhaaldelijk overwogen dat het betwijfelt of een antisocialepersoonlijheidsstoornis wel een *true mental disorder* is, op grond waarvan detentie op grond van sub e gerechtvaardigd kan worden (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). In *Glien* en *Petschulies* komt het EHRM uiteindelijk tot het oordeel dat tóch van *true mental disorder* kan worden gesproken, maar doet het dat uitdrukkelijk mede op basis van andere omstandigheden dan de vastgestelde antisocialepersoonlijheidsstoornis. In *Glien* was ook sprake van pedofilie, terwijl in *Petschulies* alcoholmisbruik aan de orde was.

In *Constancia t. Nederland* (3 maart 2015, 73560/12) oordeelde het EHRM dat in de Hoogerheide-zaak niet in strijd met artikel 5, eerste lid, sub e, EVRM was gehandeld. *Constancia* kon misschien als een geruststelling voor de Nederlandse praktijk worden opgevat, of zelfs als een goedkeuring daarvan. Het EHRM leek vrij veel ruimte te bieden voor een breed geïnterpreteerd 'juridisch' stoornisbegrip, dat vooral in het geval van weigerende observandi de nodige manoeuvreerruimte bood om toch TBS op te leggen als deskundigen geen stoornis in

psychiatrische zin konden vaststellen. De herhaaldelijk door het EHRM uitgesproken twijfel of het stoornisbegrip in de ThuG niet breder is dan de *true mental disorder* die artikel 5, eerste lid, sub e, EVRM vereist, kan echter ook de Nederlandse praktijk gelden, gezien de sterke overeenkomsten met de Duitse rechtspraak over de ThuG. Het EHRM lijkt dicht aan te sluiten bij het gedragswetenschappelijke stoornisbegrip, waarbij zelfs een psychiatrische diagnose – bijvoorbeeld de antisocialepersoonlijheidsstoornis – niet altijd voldoende is om detentie op de e-grond te rechtvaardigen. Het is wat dat betreft misschien tekenend dat de Grote Kamer de ontvankelijkheidsbeslissing *Constancia* niet aanhaalt in *Inseher*.

J. Bijlsma

Sancties 2020/9

Beroepscommissie 1 augustus 2019, nr. R-19/2768/TA, Van den Hombergh, Meesters, Mulder, Kokee (secr); geen notificatieplicht aan raadsman bij beslissing tot voortzetting van a-dwangbehandeling

De beoordeling

Hetgeen in beroep is aangevoerd kan naar het oordeel van de beroepscommissie niet tot een andere beslissing leiden dan die van de beklagrechtter. De beroepscommissie neemt hierbij nog het volgende in aanmerking. In artikel 34d van het Rvt worden enkele procedurele voorschriften gegeven omtrent de te verrichten meldingen bij beslissingen tot het toepassen van a-dwangbehandeling. De melding aan onder andere de raadsman van de verpleegde wordt in geval van een voorgenomen beslissing gedaan uiterlijk drie dagen voordat die beslissing wordt genomen. Ook van de aanvang van de a-dwangbehandeling wordt de raadsman in kennis gesteld. Blijkens de Nota van toelichting bij het Rvt heeft de uitgebreide