

1.1 DE TERBESCHIKKINGSTELLING

Het Nederlandse strafrechtelijke sanctierecht kenmerkt zich door het zogenaamde tweesporenstelsel, waarin onderscheid wordt gemaakt tussen straffen en maatregelen.¹ Straffen vinden hun grondslag in de vergelding van de schuld van de dader aan een strafbaar feit.² Een dader die geen schuld draagt, bijvoorbeeld omdat het delict niet aan haar kan worden toegerekend, mag dan ook niet worden gestraft.³ De strafrechtelijke maatregelen zijn daarentegen niet bestraffend van aard. Zij vinden hun grondslag niet in de schuld van de dader en kunnen dus óók worden opgelegd als die schuld ontbreekt.⁴ De grondslag en legitimatie van de strafrechtelijke maatregelen is – in de woorden van Kooijmans – gelegen in het streven naar de opheffing van een ongewenste situatie.⁵

De strafrechtelijke maatregelen worden dus niet opgelegd omdat de verdachte dat heeft *verdiend*, maar omdat de Staat kort gezegd andere legitieme redenen heeft om in te grijpen in het leven van de verdachte. De strafrechtelijke maatregelen zijn onder te verdelen in herstelmaatregelen en beveiligingsmaatregelen.⁶ Herstelmaatregelen, zoals de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, hebben een reparatoir karakter en strekken ertoe de negatieve gevolgen van het delict op te heffen.⁷ Beveiligingsmaatregelen hebben als doel de samenleving te beschermen tegen gevaar. Om dit doel te bereiken kan vrijheidsbeneming noodzakelijk zijn. Vrijheidsbenemende strafrechtelijke maatregelen worden in de internationale

1. Zie bijv. Van der Landen 1992, p. 1; Kooijmans 2002, p. 10; Bleichrodt 2018, p. 157.

2. Zie bijv. Bleichrodt en Vegter 2016, p. 40; Bleichrodt 2018, p. 157.

3. Zie bijv. CAG Bleichrodt 20 juni 2023, ECLI:NL:PHR:2023:610, par. 71. Zie ook HR 14 februari 1916, ECLI:NL:HR:1916:BG9431, NJ 1916, p. 681 (*Melk en Water*).

4. Bleichrodt en Vegter 2016, p. 41.

5. Kooijmans 2002, p. 374.

6. Bleichrodt en Vegter 2016, p. 41.

7. Als herstelmaatregel zijn bijvoorbeeld aan te merken de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (art. 36e Sr) en de schadevergoedingsmaatregel (art. 36f Sr), zie Bleichrodt en Vegter 2016, p. 41-42.

literatuur aangeduid als *preventive detention*, oftewel preventieve detentie.⁸ Deze sanctievorm kan als volgt worden gedefinieerd:

“Detention of criminal offenders who have already been punished to (or beyond) the point that no further punishment can be justified on general deterrent, retributive, restitutory, communicative or other backwardlooking grounds, for preventive purposes— that is, for the purposes of preventing the detained individual from engaging in further criminal or otherwise socially costly conduct.”⁹

De ongemaximeerde terbeschikkingstelling met dwangverpleging is de zwaarste vrijheidsbenemende beveiligingsmaatregel in het Nederlandse strafrecht.¹⁰ Deze maatregel kan slechts worden opgelegd aan daders van een geweldsmisdrijf, die tijdens het delict aan een psychische stoornis leden en die dusdanig gevaarlijk geacht worden, dat de veiligheid van de samenleving de oplegging van de tbs met dwangverpleging vereist.¹¹ Burgers aan wie deze ongemaximeerde tbs-maatregel wordt opgelegd, worden zo lang als nodig gedetineerd en gedwongen verpleegd in een instelling voor de verpleging van terbeschikkinggestelden.¹² Daarbij is dus niet op voorhand duidelijk hoe lang de tenuitvoerlegging zal duren; pas wanneer de gevaarlijkheid van de terbeschikkinggestelde burger voldoende is verminderd, wordt de maatregel beëindigd.¹³ Mogelijkerwijze keert de terbeschikkinggestelde burger dus nooit meer terug in de vrije maatschappij.

Hoewel een dergelijke ongemaximeerde vorm van vrijheidsbeneming noodzakelijk kan zijn ter bescherming van de veiligheid van de samenleving, wordt met de oplegging, verlenging en tenuitvoerlegging van de ongemaximeerde tbs met dwangverpleging een vergaande inbreuk gemaakt op het vrijheidsgrondrecht van de betrokken burger. Het is in termen van de mogelijke duur van de vrijheidsbeneming de meest ingrijpende maatregel in ons strafrecht. Tegelijkertijd bestaan er aanmerkelijke onduidelijkheden in de normering van de oplegging en verlenging van deze maatregel. Het is, zoals hieronder wordt uitgewerkt, problematisch dat de meest ingrijpende maatregel in het Nederlandse strafrecht wordt gekenmerkt door onduidelijk afgebakende voorwaarden voor oplegging en verlenging. Dit proefschrift richt zich op deze problematiek.

-
8. Niet te verwarren met de voorlopige hechtenis, die ook wel wordt aangeduid als preventieve hechtenis.
 9. Douglas 2019, p. 69. Tbs kan ook worden opgelegd aan ontoerekenbare daders: in dat geval is er überhaupt geen sprake van *punishment* maar alleen van preventieve detentie.
 10. De term ‘terbeschikkingstelling’ en de afkorting ‘tbs’ worden afwisselend gebruikt.
 11. Naast de ongemaximeerde terbeschikkingstelling met dwangverpleging bestaat de gemaximeerde terbeschikkingstelling met dwangverpleging en de terbeschikkingstelling met voorwaarden. Deze varianten van de terbeschikkingstelling worden in §2.7 besproken, maar staan niet centraal in het proefschrift.
 12. Artikel 1 sub b Bvt en artikel 1.1 sub g Wfz.
 13. Zie §2.6.

1.2 KNELPUNTEN IN DE NORMERING VAN DE OPLEGGING EN VERLENGING VAN DE ONGEMAXIMEERDE TBS MET DWANGVERPLEGING

Voor de oplegging van de ongemaximeerde terbeschikkingstelling met dwangverpleging zijn in de wet vier vereisten gesteld. Het gaat om een procedurele voorwaarde, een formele voorwaarde en twee materiële voorwaarden.¹⁴ Als procedurele opleggingsvoorwaarde geldt dat de rechter slechts tbs kan opleggen na advisering door gedragsdeskundigen in de vorm van een *multidisciplinaire gedragsdeskundige rapportage*.¹⁵ Als formele voorwaarde geldt dat ongemaximeerde tbs alleen kan worden opgelegd als het bewezenverklaarde delict een bepaalde ernst heeft en bovendien kan worden aangemerkt als een zogenaamd geweldsdelict.¹⁶ Daarnaast zijn er twee materiële opleggingsvereisten, namelijk dat de rechter moet vaststellen dat de verdachte tijdens het delict leed aan een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens (het stoornisvereiste) en dat de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen de terbeschikkingstelling met dwangverpleging eist (het gevaarscriterium).

Aan alle vier de opleggingsvereisten zijn juridisch-dogmatische en praktische knelpunten verbonden, die in de afgelopen jaren hebben geleid tot politiek, maatschappelijk en juridisch debat. Naar aanleiding van de in de media breed besproken moord op Anne Faber ontstond bijvoorbeeld een maatschappelijke discussie over de omgang met verdachten over wie gedragsdeskundigen niet of niet volledig hebben kunnen rapporteren omdat zij hun medewerking aan het onderzoek geheel of gedeeltelijk hebben geweigerd.¹⁷ In het bijzonder bestaan belangrijke knelpunten ten aanzien van de materiële opleggingsvoorwaarden: het stoornisvereiste en het gevaarscriterium.¹⁸

Artikel 37a Sr stelt aan de oplegging van een terbeschikkingstelling het vereiste dat de verdachte tijdens het delict leed aan “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens”. Ten aanzien van die voorwaarde zijn in de – oudere en meer recente – literatuur verschillende belangrijke vragen opgeworpen. Ten eerste de vraag wat de *inhoud* is van dit stoornisvereiste, oftewel welke mentale toestanden, gevoelens en gedragingen kunnen worden aangemerkt als stoornis in de zin van artikel 37a Sr.¹⁹ Daarbij is ook gediscussieerd over de vraag

14. De formele voorwaarde wordt in de literatuur wel eens het ‘objectieve criterium’ genoemd, zie bijv. Van der Wolf 2012 en De Vries e.a., *RMThemis*, afl. 4, p. 209. In lijn met de Duitse literatuur noem ik dit liever de formele voorwaarde, om deze te onderscheiden van de materiële en procedurele opleggingsvoorwaarden. Inhoudelijk duidt dit (uiteraard) geen verschil aan.

15. Zie daarover nader §2.3.1.

16. Zie §2.3.2.

17. Zie daarover bijv. Van der Wolf en Mevis, *DD* 2018/27; Van der Wolf, Gielesen en Kaat, *DD* 2018/42; De Bree, *DD* 2018/68; Van Mulbregt, *E&R* 2022/5.

18. Een uitgebreide bespreking en analyse van de opleggingsvoorwaarden volgt in Hoofdstuk 2.

19. Zie bijv. Bijlsma, *AA* 2021/859.

of de “gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens” is aan te merken als een juridisch of een gedragsdeskundig begrip.²⁰

Een tweede (bewijsrechtelijke) vraag is hoe en met welke mate van zekerheid de aanwezigheid van een stoornis moet worden vastgesteld,²¹ en wat de verhouding tussen de rechter en de gedragsdeskundige is bij die vaststelling.²² Vaak wordt aangenomen dat de aanwezigheid van de stoornis ‘aannemelijk’ moet zijn, maar of dit inderdaad de toepasselijke bewijsmaatstaf is en wat die maatstaf inhoudt is niet duidelijk.²³

Ten derde de vraag hoe het stoornisvereiste zich verhoudt tot de rechtspraak van het EHRM,²⁴ waarbij onder andere relevant is of een antisociale persoonlijkheidsstoornis (op zichzelf) voldoende is om vrijheidsbeneming te rechtvaardigen onder artikel 5, lid 1 sub e, van het EVRM.²⁵

Een vierde vraag is hoe het stoornisvereiste voor oplegging van tbs zich verhoudt tot het stoornisvereiste voor de ontoerekenbaarheid (artikel 39 Sr).²⁶ Hoewel in de literatuur – op goede gronden – werd aangenomen dat het gaat om verschillende stoornisvereisten,²⁷ lijkt de Hoge Raad in het arrest in de zaak *Thijs H.* uit te gaan van identieke of in elk geval zeer overlappende stoornisvereisten, in die zin dat jurisprudentie over het stoornisvereiste van artikel 37a Sr van toepassing wordt geacht op het stoornisvereiste van artikel 39a Sr.²⁸

Een vijfde vraag is of een vorm van terbeschikkingstelling zonder stoornisvereiste mogelijk en wenselijk is.²⁹ De vraag of het wenselijk is om aan de terbeschikkingstelling een stoornisvereiste te verbinden is vanuit verschillende invalshoeken opgeworpen. Vanuit het oogpunt van beveiliging van de samenleving is het de vraag waarom de tbs alleen zou moeten worden ingezet om de samenleving te beschermen tegen daders met een psychische stoornis, terwijl er eveneens een groot gevaar uit kan gaan van daders bij wie een dergelijke stoornis niet is vastgesteld.³⁰ Vanuit het oogpunt van gelijke behandeling is het de vraag waarom

20. Zie bijv. Nauta e.a., *DD* 2021/39.

21. Zie bijv. Bijlsma en Meynen, *RMThemis* 2023, afl. 5, p. 268-276.

22. Zie bijv. Ligthart, Kooijmans en Meynen, *NJB* 2019/837.

23. Bijlsma en Meynen, *NJB* 2018/1812; Bijlsma en Meynen, *RMThemis* 2023, afl. 5, p. 268-276.

24. Zie bijvoorbeeld Ligthart, Kooijmans en Meynen, *NJB* 2019/837.

25. Zie hierover bijvoorbeeld CAG Hofstee 23 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:78.

26. Zie bijv. Bijlsma, *AA* 2021/859.

27. *Idem.*

28. HR 17 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1295, *NJ* 2024/150 m.nt. Van Kempen (*Thijs H.*).

29. Zie bijv. verkennend Nauta e.a., *DD* 2021/39 en zie *Zicht op stoornis én gevaar. Aanvulling of herziening van het preventieve sanctiestelsel*. Rapport van ABDTOPConsult, Algemene Bestuursdienst Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2020. Hierbij kan worden opgemerkt dat in de literatuur soms de vraag is opgeworpen of in Nederland ‘preventieve detentie’ zou moeten worden ingevoerd, waarmee een vrijheidsbenemende preventieve maatregel van onbepaalde duur zonder stoornisvereiste wordt bedoeld. Zoals bleek uit het bovenstaande, is deze terminologie verwarrend in die zin dat ook de reeds bestaande terbeschikkingstelling met dwangverpleging is aan te merken als preventieve detentie.

30. Zie bijv. Bijlsma e.a., *DD* 2020/25, met verwijzingen aldaar.

mensen met een psychische stoornis worden blootgesteld aan de mogelijkheid van een wezenlijk langere vrijheidsbeneming dan daders zonder psychische stoornis.³¹ Vanuit juridisch-dogmatisch perspectief kan de vraag worden opgeworpen wat de betekenis is van een zelfstandig stoornisvereiste, omdat de aanwezigheid van gevaar veroorzakende psychopathologie in de context van het gevaarscriterium reeds kan worden geadresseerd.³²

Artikel 37a Sr stelt dat terbeschikkingstelling kan worden opgelegd indien de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen dat vereist. Noch in de wetsgeschiedenis, noch in de wettekst zelf, noch in de jurisprudentie is duidelijk gemaakt in welke omstandigheden dat het geval is. In de literatuur is herhaaldelijk opgemerkt dat het gevaarscriterium voor oplegging en verlenging van de terbeschikkingstelling – net zoals de overige gevaarscriteria in het sanctierecht – onduidelijk is.³³ Ten aanzien van het gevaar zijn de relevante vragen, waarop nog steeds geen bevredigend antwoord bestaat, in 1981 reeds overzichtelijk opgesomd door Jonkers:

‘De gevaarlijkheid is een probleemrijk begrip; dubbel probleemrijk, waar het gaat om de gevaarlijkheid van een mens, waarvan hem bovendien nauwelijks of geen verwijt gemaakt kan worden. Hoe die gevaarlijkheid te meten? Waar de maatstaf te vinden? Welke mate van gevaarlijkheid moet tot een TBS kunnen leiden? Wie stelt als ‘gevaarlijkheidsdeskundige’ een en ander vast en met wat voor zekerheidsgraad? Hoe ligt in concreto de samenhang tussen de psychische stoornis en de gevaarlijkheid? Op welke wijze is via een behandeling die gevaarlijkheid terug te dringen en wanneer is die terugdringing voldoende gerealiseerd?’³⁴

Ook zijn er in de literatuur vragen opgeworpen over de verbanden tussen het stoornisvereiste, het gevaarscriterium en het gepleegde delict. Een – na een belangrijk arrest in 2008 opnieuw relevant – discussiepunt is of tbs mag worden opgelegd als een causaal verband tussen de stoornis en het gepleegde delict ontbreekt.³⁵ In de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat het van de verdachte uitgaande gevaar moet voortvloeien uit de aanwezigheid van een psychische stoornis.³⁶

De eisen die in de wettekst en de jurisprudentie zijn gesteld aan de verlenging van de terbeschikkingstelling zijn (nog) beperkter en minder vastomlijnd dan die voor de oplegging. Uit de wettekst blijkt dat de verlenging vereist moet zijn gelet op de gevaarlijkheid van de terbeschikkinggestelde. Uit de jurisprudentie van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden blijkt evenwel dat bij de justitiabele bovendien nog steeds sprake moet zijn van een psychische stoornis, ook al is dit een eis die

31. Zie bijvoorbeeld Meynen, *Sancties* 2021/63.

32. Nauta e.a., *DD* 2021/39, p. 482.

33. Struijk en Van der Wolf, *AA* 2018/938; De Vries e.a., *RMThemis* 2023, afl. 4, p. 208-224.

34. Jonkers 1981, p. 120.

35. HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1311, *NJ* 2008, 193 m.nt. Reijntjes (*Kraggenburg*). Zie hierover bijvoorbeeld Bijlsma, *DD* 2010/4; Van Mulbregt 2009, p. 273-292 en §2.4.1.

36. Zie §2.4.2.