

commentaar op	Hoge Raad 30-01-2018, ECLI:NL:HR:2018:116
datum	08-06-2018
auteur	M.J.F. van der Wolf

Hoge Raad 30-01-2018, ECLI:NL:HR:2018:116

Annotatie bij Hoge Raad 30 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:116.

1. De regeling van de oplegging van de maatregel van terbeschikkingstelling (tbs) zorgt regelmatig voor interessante discussies in de rechtspraak. Over het algemeen zijn hiervan historisch verklaarbare onduidelijkheden de oorzaak.[1] Dat geldt bijvoorbeeld voor de steeds oplopende discussie ten aanzien van tbs-oplegging bij verdachten die weigeren mee te werken aan het gedragskundig onderzoek. Mede door een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is in die discussie iets meer duidelijkheid verschaft.[2] Een discussie die kan wedijveren met die over de weigeraar is die over de vraag of de tbs wordt opgelegd ten aanzien van een 'gewelddelict'. Op dit punt kreeg Nederland zelfs een veroordeling van het EHRM in de zaak *Van der Velden*. [3] Dat daarmee het pleit niet is beslecht en de discussie voortgaat, wordt onder meer in de onderhavige zaak bewezen. Sterker nog, na *Van der Velden* heeft de discussie zich verlegd naar een ander – namelijk het juiste – speelveld waar die grotendeels opnieuw wordt gevoerd. Dat de discussie zich tot voor kort heeft afgespeeld op het verkeerde speelveld vraagt enige uitleg.
2. De kwestie van het 'gewelddelict' hangt samen met de eindeloze discussie over de onbepaalde duur van de tbs-maatregel. Al voor de terbeschikkingstelling van de regering werd ingevoerd in 1928 was de onbepaalde duur van de maatregel namelijk een punt van discussie en dat is nooit meer opgehouden. In 1906 noemde de toonaangevende jurist G.A. van Hamel – toen voorvechter van de moderne strafrechtstheorie en sanctionering naar gevaarlijkheid – immers al twee blijvende tegengestelde argumenten: een prikkel tot behandeling plus waarborg dat men niet langer opgesloten blijft dan nodig ter verbetering versus het pijnlijke van de onzekerheid. Hij onderscheidde onder andere maatregelen ter onschadelijkmaking en ter genezing/verbetering en stelde voor de laatste categorie een eindgrens van tien jaar voor.[4] Toch werd de tbs voor onbepaalde tijd ingevoerd in 1928. Vanaf de antiautoritaire jaren zestig van de vorige eeuw werd met name de mogelijk lange duur van de terbeschikkingstelling bij relatief lichte vergrijpen – zoals vermogensdelicten – steeds meer een steen des aanstoets. Het pleidooi voor algehele maximering van de maatregel werd uiteindelijk verworpen, omdat zij niet zou stroken met het 'medische' karakter van de maatregel. Het compromis was selectieve maximering. Zowel voor de voorwaardelijke variant als de dwangverpleging voor niet-gewelddelinquenten werd uiteindelijk, bij herzieningswetgeving ingevoerd in 1988, een maximumduur van vier jaar vastgesteld. Wat de tbs-regeling met de maximering won aan rechtsbeschermende legitimatie, verloor zij aan dogmatische zuiverheid en praktisch nut. In de praktijk bleek het effect immers vaak dat de gemaximeerd terbeschikkinggestelde niet meewerkte aan behandeling en die vier jaar uitzat. De oplossing voor een als problematisch ervaren situatie riep dus meteen weer een probleem op en daarbij zou het niet blijven.
3. Het criterium voor tbs van onbepaalde duur (niet-maximering) was sinds 1988 dus oplegging voor een 'gewelddelict dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor een of meer personen' uit artikel 38e lid 1 (oud) Sr. In de praktijk kwam de kwestie op het bord van de tbs-verlengingsrechter die moest beslissen of verder verlengd kon worden over de vierjaarstermijn heen en dus ook moest vaststellen of de tbs was opgelegd naar aanleiding van een gewelddelict. Dat gaf bijvoorbeeld problemen bij bepaalde seksuele delicten, met name ontucht. De feitelijke handeling kon daarbij geweldloos zijn, maar dat strookte niet met veranderde opvattingen ten aanzien van 'de vrijheid tot seksuele zelfbeschikking', zoals in de nota-TBS uit 1991 werd gesteld.[5] Zo werd het uitgangspunt de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam, dat ook sinds 1983 in artikel 11 Grondwet benoemd werd. De nieuwe formulering van 'gewelddelict' werd via reparatiewetgeving in 1994 dan ook: 'misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen'. Vanuit het oogpunt van voorzienbaarheid werd, zowel voor rechter als verdachte, meteen een tweede voorstel uit genoemde nota tot wet gemaakt. Een speciale motiveringsplicht voor de opleggende rechter of de tbs al dan niet is opgelegd naar aanleiding van een gewelddelict (artikel 359 lid 7 Sv), zelfs op straffe van nietigheid (lid 8).[6] Zo zou iedereen weten waar die aan toe was en waren er nog twee andere voordelen: de verlengingsrechter hoefde niet ook nog eens naar de bewijsmiddelen in de strafzaak te kijken en zo dubbel werk doen, en zo kon de beslissing tot wel of niet oplegging voor onbepaalde duur inzet van rechtsmiddelen worden tot en met de cassatie.[7] Immers, tegen tbs-verlenging is alleen beroep mogelijk bij de Penitentiaire Kamer van het Hof Arnhem, maar geen cassatie. Althans, cassatie in het belang der wet kan dan wel. Dat werd uiteindelijk nodig na *Van der Velden*, omdat de discussie zich ondanks de vrij duidelijke wetswijziging niet verplaatst had naar het juiste speelveld.
4. Wat bleek namelijk? Rechter hielden zich niet aan het motiveringsvereiste zonder dat door hogere rechters nietigheid werd uitgesproken en zo bleef de kwestie op het bord van de verlengingsrechter liggen. En als men zich niet aan de eigen regels houdt,

heeft men bij het EHRM uiteindelijk geen goed verhaal. In de zaak *Van der Velden* bepaalde het Hof in 2012 dat als de strafrechter verzuimt de specifieke motivering te geven de verlengingsrechter niet diens 'own view' daarvoor in de plaats mag stellen. [8] Daarmee dreigde even dat alle terbeschikkinggestelden bij wie in het vonnis niet aan het motiveringsvereiste was voldaan vrij zouden kunnen komen. Al snel wees de Penitentiaire Kamer een arrest waarin gesteld werd dat men niet meer mocht interpreteren, maar dat van enige interpretatie van de bedoeling van de opleggende strafrechter geen sprake was indien blijkens de bewezenverklaring, de kwalificatie en de motivering van de oplegging van de straf en/of maatregel, in onderling verband en samenhang bezien, door eenieder zonder meer als evident kan worden vastgesteld dat sprake is van een 'geweldsmisdrijf'. [9] Bijvoorbeeld een moordenaar of een ontuchtpleger kan niet zeggen dat voor hem onvoorzienbaar was dat hij tbs kreeg voor een 'geweldsmisdrijf'. Maar dat vond men bij het Openbaar Ministerie een te enge afbakening, want daarmee zouden meer dan honderd terbeschikkinggestelden die een delict gepleegd hadden dat niet 'evident' een geweldsmisdrijf was mogelijk vrij moeten komen. Er werd dus tegen deze uitspraak cassatie in het belang der wet ingesteld. De Hoge Raad oordeelde dat de opvatting van het hof dat het niet aan de verlengingsrechter is 'door interpretatie van de uitspraak van de opleggingsrechter' alsnog vast te stellen of de tbs al dan niet is opgelegd ter zake van een geweldsmisdrijf, geen steun vindt in *Van der Velden* en overigens ook niet als juist kan worden aanvaard. De Hoge Raad meende dat daarvoor ook andere dan in de einduitspraak vermelde gegevens, bijvoorbeeld het verhandelde ter terechtzitting van de opleggingsrechter zoals blijkt uit het daarvan opgemaakte proces-verbaal of andere processtukken waarover de opleggingsrechter beschikte, kunnen worden gebruikt om het oordeel dat sprake was van een geweldsmisdrijf besloten te achten in de einduitspraak van de opleggingsrechter. In nieuwere jurisprudentie van het EHRM lijkt de ruime uitleg van de Hoge Raad te worden aanvaard, al is er nog niet echt een zaak van een niet-evident geweldsmisdrijf beoordeeld. [10] De schade is geminimaliseerd. De hele episode heeft wel tot gevolg gehad dat nu voor iedereen helder is dat de tbs-opleggende rechter diens taak niet moet verzuimen. En zo heeft nu de Hoge Raad eindelijk de taak van de Penitentiaire Kamer overgenomen als vormer van standaardjurisprudentie op dit punt. In de onderhavige zaak levert dat zowel een formele standaard als ook een materiële standaard ten aanzien van deze kwestie op.

5. De materiële standaard betreft de rechtsvraag wanneer een misdrijf valt onder het criterium dat het 'gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen'. In de praktijk van de verlengingsrechtspraak werd, toen er tussen 1988 en 1994 nog 'geweldsmisdrijf' voor stond, de zinsnede zo geïnterpreteerd dat die ook delicten omvatte waaraan misschien niet in de wettelijke delictsomschrijving, maar wel feitelijk een geweldselement kleefte. [11] Dan is het afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De jurisprudentie heeft zich vooral ontwikkeld aan de hand van het delict 'bedreiging'. Een bedreiging die slechts verbaal of schriftelijk was en die niet op de een of andere wijze nader is ondersteund en waarvan ook niet aannemelijk is geworden dat die bedreiging ook daadwerkelijk ten uitvoer gelegd zou kunnen worden, werd niet als geweldsdelict aangemerkt. [12] Later heeft de Penitentiaire Kamer toch gemeend een beperktere uitleg te moeten geven aan het begrip van verbale bedreiging, door de aannemelijkheid als een te weinig objectief criterium af te wijzen. [13] Maar dit heeft de Hoge Raad eveneens teruggedraaid in de cassatie na *Van der Velden*, zodat de aannemelijkheid toch wel degelijk een rol mag spelen in de beoordeling. [14] Ook bij misdrijven als belaging (stalking), brandstichting en verboden wapenbezit spelen de omstandigheden van het geval een rol. Voor enkel vuurwapenbezit bleek de combinatie met een aanwezig geacht risico dat het vuurwapen in de toekomst gebruikt ging worden voldoende om aan te nemen dat het om een geweldsmisdrijf ging. [15] In casu gaat het om een 'hands-off' zedendelict, bezit en verspreiding van kinderporno. Uiteraard is door de wetswijziging van 1994 duidelijk dat alle 'hands-on' zedendelicten onder het criterium vallen, maar juist omdat in de praktijk ook bij delicten omtrent kinderporno een lange gedwongen behandeling aangewezen kan zijn, wordt er soms behoefte gevoeld aan ongemaximeerde terbeschikkingstelling in dergelijke gevallen. In een andere zaak uit 2009 is bijvoorbeeld expliciet een ongemaximeerde terbeschikkingstelling voor het bezit en vervaardigen van kinderporno opgelegd (en verboden wapenbezit). Het 'geweldselement' wordt in de zaak uit 2009 niet specifiek gemotiveerd ten aanzien van eventuele maximering, maar bij de motivering van de tbs-oplegging zelf in reactie op het verweer dat dit bij 'hands-off' zedendelicten doorgaans niet wordt gedaan, wordt gewezen op het in stand houden van misbruik van kinderen door het bezit, terwijl de verdachte bij het vervaardigen door foto's te nemen van (secundaire) geslachtsdelen toch ook inbreuk maakt op de lichamelijke integriteit van slachtoffers, en ook heeft de verdachte een van zijn slachtoffers bij het vervaardigen van de kinderporno gemasseerd en haar borsten aangeraakt, al wordt hij niet voor ontucht veroordeeld. [16] Hoewel daar geen nadruk op wordt gelegd, is die laatste feitelijkheid van het aanraken van de borsten in deze context mogelijk niet van belang ontbloomt. In de onderhavige zaak heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden voor het enkele bezit en verspreiden van kinderporno betoogt dat sprake is van een geweldsmisdrijf via het argument van 'het in stand houden van de markt voor kinderporno, waarvoor feitelijk en daadwerkelijk kindermisbruik een noodzakelijk gegeven en vereiste is. Door het bezit en verspreiden van kinderporno blijven vele slachtoffers voor onbepaalde duur op een beschamende manier op internet staan en op die manier blijven zij slachtoffer van eerder begane gedragingen. Hiermee wordt door het bezit en verspreiden van kinderporno bijgedragen aan de ernstige inbreuk die is gemaakt op de lichamelijke integriteit van de desbetreffende minderjarigen.' De Hoge Raad vindt dit oordeel onbegrijpelijk, omdat het hof geen feiten of omstandigheden heeft vastgesteld die als geweldselement kunnen worden gezien en de misdrijven in casu zelf niet zonder meer kunnen worden gekenmerkt als misdrijven die dergelijke gedragingen omvatten. Dat laatste was al eerder als standaard vastgesteld, waar ook naar verwezen wordt. [17] De bezitter van kinderporno wordt in het algemeen kennelijk niet medeverantwoordelijk gehouden voor het fysieke misbruik dat aan de plaatjes ten grondslag kan liggen, terwijl de strafbaarheid van dat bezit op zich daar wel op steunt. In de zaak waar voor het eerst deze standaard werd aangelegd ten aanzien van bezit van kinderporno als 'geweldsmisdrijf' ging het echter niet om gemaximeerde tbs, maar of een proeftijd van tien jaar opgelegd kon worden bij een (deels) voorwaardelijke straf (artikel 14b lid 2 Sr). Het bewuste criterium voor geweldsmisdrijf is in die regeling van

de mogelijkheid van langere proeftijd herhaalt. In de conclusie bij het arrest van 28 maart 2007 laat advocaat-generaal Hofstee zien dat in lagere rechtspraak veel tegenstrijdige beslissingen worden genomen ten aanzien van bezit van kinderporno als (geen) geweldsmisdrijf. In de *NJ*-noot bij dat arrest somt Keulen op in hoeveel nieuwe regelingen dit voor discussie vatbare criterium is overgenomen. Deze standaard is echter al eerder gegeven door de Penitentiaire Kamer ten aanzien van tbs-verlenging, zowel voor bezit en verspreiden van kinderporno als voor een gewoonte maken van het bezit van kinderporno.[18] De standaard wordt hier dus niet gevormd, maar op het juiste speelveld bevestigd.

6. De formele standaard, die in onderhavig arrest wordt gezet, is wel nieuw. Het betreft de vraag of niet ook voor tbs met voorwaarden het motiveringsvereiste zou moeten gelden dat de tbs wordt opgelegd voor een 'geweldsmisdrijf'. Immers, anders zou de rechter die de tbs met voorwaarden – bijvoorbeeld bij overtreding daarvan – omzet in tbs met dwangverpleging voor eenzelfde interpretatievraag staan als de verlengingsrechter lang stond. Over het verschil tussen omzettingsrechter en verlengingsrechter, zie Mevis in zijn *NJ*-noot bij onderhavig arrest. In de genoemde cassatie na *Van der Velden* is het motiveringsvereiste nadrukkelijk niet van toepassing verklaard op de situatie van oplegging van tbs met voorwaarden. Maar 'thans', zo vindt de Hoge Raad, moet evenwel worden aanvaard dat in die situatie 'eenzelfde motiveringsvoorschrift' geldt. Dat strookt niet met de letter van de wet maar wel met de strekking ervan, gezien de wetsgeschiedenis, te weten het belang van de rechtszekerheid en de rechtspositie van de terbeschikkinggestelde. Voor die voorzienbaarheid is vooral de motivering *dat* sprake is van een geweldsmisdrijf van belang en zo staat het ook in de wet, maar dat oordeel moet wel begrijpelijk zijn, zoals dat in casu niet was. Ook bedreiging en belaging zijn niet zonder meer geweldsmisdrijven en vragen om aanvullende motivering.[19] En voorbereidingshandelingen voor een terroristische aanslag eerst expliciet een geweldsmisdrijf noemen en vervolgens de tbs expliciet maximeren, zoals het Hof Den Haag onlangs deed, is wat mij betreft ook onbegrijpelijk.[20]

7. In de balans tussen rechtshandhaving en rechtsbescherming leunt de Hoge Raad hier zowel ten aanzien van de materiële standaard als de formele standaard richting de rechtsbescherming. Dat is wel vaker, maar zeker ten aanzien van de gemaximeerde tbs getuige de cassatie in belang der wet na *Van der Velden*, anders geweest. Vrij recent lag ook nog de vraag voor of een culpoos delict (artikel 6 VVW) als geweldsmisdrijf was aan te merken. Uiteraard is 'letsel door schuld' naar de letter als geweld te beschouwen, maar advocaat-generaal Vellinga had daar nu juist geconcludeerd uit oogpunt van de rechtsbescherming bij twijfel de gunstigste bepaling te kiezen en dus geen ongemaximeerde tbs op te leggen.[21] Die twijfel is ontstaan door alle wijzigingen in de regelgeving. In de memorie van toelichting bij de wijziging van 1988 stonden een aantal misdrijven opgesomd die wel of niet als geweldsmisdrijf waren aan te merken, maar die opsomming is door de wijziging van 1994 alweer achterhaald. In dat oorspronkelijke lijstje stonden alleen maar doleuze delicten, vandaar. Nu de wetgever dit geweldscriterium in steeds weer nieuwe wetgeving herhaald, zou het goed zijn om in de motivering daarbij een actueel lijstje op te schrijven. Toch houd je dan het probleem van het feitelijk geweldselement. Wat mij betreft wordt het criterium iets te gemakkelijk gekopieerd zonder zich van de problemen te vergewissen. In mijn proefschrift heb ik geadviseerd om, in lijn met buitenlandse regelingen, ook psychisch geweld daaronder te laten vallen.[22] Dat was mede bedoeld om maximering van de tbs met dwangverpleging überhaupt af te schaffen en het geweldscriterium voor elke tbs-oplegging te eisen, vanuit een meer actuele visie op proportionele vrijheidsbeneming en dus rechtsbescherming. Delicten als bedreiging en belaging zouden er dan onder kunnen vallen, waarbij de verlengingsrechter toch op proportionaliteit van de duur van de vrijheidsbeneming toetst. De maximering geeft immers nu ook aan de achterkant problemen in combinatie met de eis van ten minste één jaar voorwaardelijke beëindiging. Thans wordt vanuit de advocatuur juist weer voor meer maximering gepleit, maar vooral om de tbs aantrekkelijker te maken en zo de problematiek van verdachten die weigeren mee te werken aan gedragskundige rapportage te verminderen.[23] Afschaffing van maximering zou de wetgever wellicht vanuit het oogpunt van rechtshandhaving ook wel willen, maar hij zou zichzelf ongeloofwaardig maken nu juist de maximering bij bijvoorbeeld bezit van kinderporno als argument is gebruikt om de maatregel van langdurig toezicht in te voeren.[24] Over de eindeloze duur van beneming en beperking van vrijheid zullen en moeten we ook eindeloos blijven discussiëren.

[1] M.J.F. van der Wolf, *TBS – veroordeeld tot vooroordeel. Een visie na analyse van historische fundamenten van recente knelpunten, het systeem en buitenlandse alternatieven* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012.

[2] EHRM 3 maart 2015, 73560/12 (*Constancia/Nederland*).

[3] EHRM 31 juli 2012, 21203/10 (*Van der Velden/Nederland*).

[4] 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)?' (Praeadvies), *Handelingen der Nederlandsche Juristenvereniging* 1906, p. 199-240.

[5] Ministerie van Justitie, *TBS, een bijzondere maatregel. De concurrentie tussen beveiliging, behandeling en bescherming van de rechtspositie*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1991.

[6] *Staatsblad* 1994, 13 en 14.

[7] *Kamerstukken II* 1992/93, 22909, 3, p. 9.

[8] EHRM 31 juli 2012, 21203/10, onder 33 (*Van der Velden/Nederland*).

[9] Hof Arnhem 1 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8788.

[10] EHRM 2 december 2014, 60345/13 (*V e.a./Nederland*). In weer een volgende zaak (EHRM 13 november 2014, 40060/13 (*Ahachak e.a./Nederland*)) was duidelijk sprake van geweldsdelicten zonder specificatie door de opleggingsrechter, maar zij waren door het te laat (meer dan zes maanden na de bewuste verlenging) indienen van een klacht niet-ontvankelijk.

[11] Hof Arnhem 7 mei 1990, *NJ* 1991/773 en Hof Arnhem 27 september 1993, *NJ* 1994/164.

[12] Hof Arnhem 1 maart 1999, *NJ* 2000/74. Hof Arnhem 28 maart 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AV7419: aannemelijkheid is genoeg.

[13] Hof Arnhem 30 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ6616. Criterium bevestigd in: Hof Arnhem 30 juni 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR1161.

[14] HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8434.

[15] Hof Den Haag 9 februari 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AS5545.

[16] Rb. Rotterdam 9 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK6022. In hoger beroep in stand gelaten. Hof Den Haag 2 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW0675: wel gemotiveerd dat het 'geweldsmisdrijf' is, maar zonder nadere motivering waarom. Die geweldsargumentatie wordt dan juist gebruikt ter onderbouwing van tbs op zich.

[17] HR 28 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:524.

[18] Resp. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2865 en Hof Arnhem 7 mei 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW6021, waarnaar ook Rb. Almelo 29 mei 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW6819 verwijst.

[19] HR 27 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:443.

[20] Hof Den Haag 18 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:815.

[21] HR 21 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1240.

[22] M.J.F. van der Wolf, *TBS – veroordeeld tot vooroordeel. Een visie na analyse van historische fundamenten van recente knelpunten, het systeem en buitenlandse alternatieven* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012.

[23] J. Liefstink & A. Ytsma, 'Tbs met einddatum zorgt voor minder tbs-weigeraars', *NRC* 10 januari 2018.

[24] Zie M.J.F. van der Wolf & S. Struijk, '(Levens)lang toezicht als zelfstandige maatregel: wordt nu echt de Rubicon overgestoken?', *Sancties* 2014, p. 368-378.