

# De tbs in de rechtspraak

mr. Y.A.J.M. van Kuijck en mr. P.C. Vegter\*

Na de recente wijziging van de tbs-regelgeving door de wet Fokkens, die met ingang van 2 oktober 1997 in werking is getreden, staat de tbs opnieuw ter discussie. De historie van deze maatregel overziende kan eerder gezegd worden dat de discussie over de tbs (voorheen tbr) vanaf de invoering nimmer verstomd is. In vogelvlucht valt te wijzen op het uitvoerige gegalaver dat voorafging aan de invoering van de zogenaamde Psychopathenwetten van 1925/1928, waarmee de wetgever vooral uit financiële overwegingen een rem op de toepassing van de maatregel wilde zetten.

In de jaren na de oorlog wordt de discussie weer opgepakt en is het vooral de Utrechtse School, die pleit voor handhaving van de maatregel naast de vrijheidsbenemende straf op grond van het dogmatische onderscheid tussen beide strafrechtelijke sancties. In 1970 verscheen er een departementale nota over de tbs met een aantal wijzigingsvoorstellen van de commissie Van der Horst. Pas in 1986 komt het tot een ingrijpende wijziging (inwerkingtreding 1 september 1988). Kort nadien al, in januari 1992, wordt de commissie Fokkens ingesteld met als opdracht opnieuw te bezien of en in hoeverre de wettelijke regeling inzake de sanctietoepassing ten aanzien van geestelijk gestoorde delinquenten aanpassing behoeft.

Kernthema is steeds de vraag of er dogmatisch gezien wel plaats is voor een maatregel als de tbs naast de vrijheidsstraf en zo ja, in hoeverre in het kader van de tenuitvoerlegging integratie moet worden nagestreefd. Evenals in de jaren twintig dreigt de maatregel aan zijn eigen succes ten onder te gaan. Het aantal opleggingen door de rechter en daarmee de instroom van delinquenten in het tbs-circuit neemt gestaag toe, terwijl de uitstroom stagneert. Ondanks een forse uitbreiding van de capaciteit heeft deze toenemende druk geleid tot een hardnekkige en omvangrijke passantenproblematiek. Vanuit de noodzaak om de kosten in de hand te houden heeft dan ook onlangs een werkgroep (genaamd werkgroep Interdepartementaal Beleidsonderzoek tbs) in opdracht van het kabinet onderzocht 'onder welke voorwaarden de intramurale behandelingsduur van tot tbs met verpleging veroordeelden (bij voorbeeld tot maximaal drie jaren) kan worden beperkt en op welke termijn deze beperking kan worden ingevoerd'. In de onderzoeksopdracht was de maatregel zelf niet ter discussie gesteld maar wel de strikte randvoorwaarde geformuleerd dat het recidivegevaar niet mag toenemen. Opval-

\* De auteurs zijn beiden raadsheer in het gerechtshof te Arnhem. Laatsgenoemde is tevens bijzonder hoogleraar penitentiaal recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

lend is dat deze werkgroep overwegend uit beleidsambtenaren is samengesteld en het veld hierin nauwelijks vertegenwoordigd is.

In het navolgende zal worden ingegaan op de vraag hoe de rechter, geconfronteerd met al deze ontwikkelingen, omgaat met de tbs-maatregel en met name ook de vraag of de toename van het aantal terbeschikkingstellingen mede verklaard kan worden uit een positief oordeel van de rechterlijke macht over de behandeling in het kader van de terbeschikkingstelling. Wij zullen deze vragen niet beantwoorden op grond van empirisch onderzoek maar volstaan met het weergeven van onze persoonlijke indrukken als lid van de rechterlijke macht. Daarbij hebben wij in het bijzonder de terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging voor ogen.

### **Hoe komt de rechter tot oplegging van de tbs-maatregel?**

De maatregel tot terbeschikkingstelling kan de rechter slechts opleggen na advisering door twee gedragsdeskundigen, onder wie een psychiater. De rechter wil met name worden voorgelicht over de toerekeningsvatbaarheid en het recidivegevaar. Uiteindelijk is het de rechter die beslist. Aan het advies van de deskundigen wordt groot gewicht toegekend en de rechter zal zijn beslissing over de mate van toerekeningsvatbaarheid en de ernst van het recidivegevaar veelal motiveren door te citeren uit de adviezen. De rechter blijkt niet geneigd een eigen redenering over de toerekeningsvatbaarheid of het recidivegevaar op te zetten. Vaak kan men in rechterlijke beslissingen lezen dat de rechter de redeneringen en conclusies van de deskundige overneemt en tot de zijne maakt. Volgens Melai-Groenhuijsen ten onrechte omdat de rechter daarmee in feite pretendeert de wetenschappelijke uitspraken van de deskundige in volle omvang te overzien en te kunnen controleren, wat hij uiteraard niet kan. Ook moet hij zich niet zonder meer neerleggen bij de (schijnzekerheid van) wetenschappelijke uitspraken. De rechter dient de deskundige zonodig kritisch te bevragen op zijn methodische uitgangspunten en werkwijze. Enerzijds moet de rechter zich dus bij zijn juridische leest houden, anderzijds mag de rechter niet volstaan met het slaafs volgen van het deskundigenadvies.

Het opleggen van een tbs zonder een daartoe strekkend advies komt niet of nauwelijks voor. Het niet opleggen van de maatregel ondanks een daartoe strekkend advies komt vaker voor, al blijft ook dat uitzondering. Een dergelijke afwijking kan te maken hebben met verschillende factoren. Zo is denkbaar dat de verdachte zich niet (meer) in voorlopige hechtenis bevindt tijdens zijn berechting (in hoger beroep) en inmiddels gedurende geruime tijd een ordentelijk leven heeft geleid. Niet uit te sluiten valt dat juist door het ondergaan van voorarrest en de nadien ingeschakelde hulpverlening de verdachte reeds een zekere structuur is geboden, waarbij naar voren is gekomen dat dwangverpleging niet (langer) geïndiceerd is. Ook is denkbaar dat de noodzakelijke behandeling te realiseren

valt via een andere sanctiemodaliteit, bij voorbeeld een deels voorwaardelijke veroordeling met als bijzondere voorwaarde opname in een behandelinrichting of ambulante behandeling, dan wel terbeschikkingstelling met voorwaarden. De rechter kan bovendien van oordeel zijn dat een terbeschikkingstelling gelet op de beperkte ernst van het feit nog een stap te ver is. Hier speelt de delictsevenredigheid een rol.

Opmerking verdient dat niet zelden de deskundige in zijn rapportage een oordeel geeft over de vraag of het delict (waarvoor wettelijk terbeschikkingstelling is toegelaten) in samenhang met het bestaande recidivegevaar voldoende gewicht heeft voor een daadwerkelijke oplegging van de maatregel. De deskundige treedt hiermee buiten het domein van zijn wetenschap en betreedt dat van de rechter. De inschatting van de deskundige is overigens meestal adequaat.

We hebben het tot nu toe steeds gehad over gevallen waarin een advies aan de rechter is uitgebracht. Maar het is nog steeds in enige mate afhankelijk van 'het toeval' of er eigenlijk wel een psychiatrische rapportage wordt aangevraagd. De ene rechter-commissaris of officier van justitie zal sneller de noodzaak van een dergelijke rapportage aanwezig achten dan de andere. Bepalend is ook de mate waarin de verdediging zich reeds in het vooronderzoek actief opstelt.

### **Verklaring van de toename van het aantal terbeschikkingstellingen**

Duidelijk is dat de toename van het aantal opleggingen van de maatregel in belangrijke mate samenhangt met het aantal daartoe strekkende adviezen van deskundigen. Als gezegd kent de rechter aan die adviezen een groot gewicht toe. Dit gegeven heeft echter geen zelfstandige betekenis. Dieper steekt welke verklaring te geven is voor de toename van het aantal tbs-adviezen. Van algemene bekendheid is dat onder wetsovertreders het aantal personen met een geestelijke stoornis aanzienlijk is. Wellicht is er een verband te leggen met het (dis)functioneren van de geestelijke gezondheidszorg. Van Panhuis wijst op de toegenomen asiel functie van de tbs-inrichtingen. Bulten merkt het volgende op: 'Er kan gesteld worden dat de relatie tussen het functioneren van de GGZ en de prevalentie van psychische stoornissen onder gedetineerden onhelder is. Mogelijk is niet alleen de door een aantal auteurs genoemde 'uitstoot van patiënten' verantwoordelijk voor de toename van psychisch gestoorde gedetineerden, maar is ook de samenhang tussen bepaalde typen stoornissen en criminaliteit een mogelijke reden voor deze toename.'

De toename van het aantal terbeschikkingstellingen wordt in onderling verband en samenhang vermoedelijk bepaald door:

- een toename van ernstige vormen van geweldscriminaliteit, zoals gewapende overvallen en straatroven;
- een toename van het aantal gestoorde onder degenen die verdacht worden van een (ernstig) strafbaar feit. Dit hangt mogelijk samen met de

omstandigheid dat een adequate opvang in de geestelijke gezondheidszorg ontbreekt. In dit verband wordt door Van Marle ook gewezen op het toenemend gebruik van alcohol en drugs waardoor geestelijk deraillement en geweld zijn toegenomen;

– een zekere maatschappelijke druk op de rechter tot het opleggen van een zware sanctie. Het gaat hier om een op de rechter inwerkende roep vanuit de maatschappij tot het (definitief) onschadelijk maken van gevaarlijke delinquenten. Dit leidt niet alleen tot een sterke toename van het aantal lange en zeer lange gevangenisstraffen, maar ook tot de nog steeds mogelijke combinatie van een (zeer) lange gevangenisstraf met terbeschikkingstelling. Het spreekt voor zich dat de rechter zich bij zijn beslissingen niet moet laten voortdrijven op maatschappelijke golven van verontwaardiging. Toch kan ons inziens een bepaalde invloed van hetgeen in de samenleving en vervolgens in het parlement leeft niet worden genegeerd. De rechter moet nu eenmaal functioneren binnen een maatschappelijk krachtenveld. Wanneer hij daarvoor te weinig oog heeft en er een grote discrepantie ontstaat tussen hetgeen in de maatschappij als straf aanvaardbaar wordt geacht en de opgelegde straffen, worden zijn beslissingen niet meer geaccepteerd en stelt hij zichzelf buiten spel met alle negatieve consequenties voor de rechtsorde. Niet uit te sluiten valt dat er dan een sterke roep komt om verplichte minimumstraffen of strafoplegging door een jury.

*Is het oordeel over de behandeling van invloed op het aantal tbs-opleggingen?*

Er is mede in het licht van het voorgaande weinig aanleiding te veronderstellen dat de toename van het aantal veroordelingen tot terbeschikkingstelling een directe samenhang vertoont met een positieve beoordeling door de rechter van de behandeling in het kader van de tenuitvoerlegging van de maatregel. Ook tot het omgekeerde (te weten de rechter heeft geen vertrouwen in de behandeling) kan niet worden geconcludeerd. Bekend is wel dat de rechter tot voor enige jaren geleden met een zekere scepsis aankeek tegen die behandeling en de door de maatregel geboden beveiliging. Dit was met name het geval voorzover de behandeling gepaard ging met de toekenning van bepaalde vrijheden. Die scepsis leidde tot vonnissen met de combinatie van een terbeschikkingstelling en een langdurige gevangenisstraf. De straf verhindert in dat geval dat aan de veroordeelde, ook al vindt de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf met toepassing van artikel 13 Sr. plaats in een tbs-kliniek, vrijheden buiten de kliniek worden verleend. Gezien het mede naar aanleiding van verschillende incidenten aangescherpte vrijhedenbeleid is deze scepsis nauwelijks meer gerechtvaardigd.

Met de commissie Fokkens kunnen wij ons niet aan de indruk onttrekken dat de tbs-maatregel in een aantal gevallen niet wordt opgelegd, juist omdat deze sanctie gelet op de ernst van het feit een te lichte zou zijn.

Een dergelijke kijk op de maatregel getuigt van onvoldoende kennis van de tenuitvoerleggingspraktijk. Hoewel de maatregel, zoals wij verderop nog nader zullen aangeven, het toevoegen van leed niet als doel heeft, confronteert immers de terbeschikkingstelling de veroordeelde op indringende wijze met de gevolgen van zijn handelen doordat hij vierentwintig uur per dag geplaatst wordt in een in aanvang intramurale behandelingssetting waaraan hij zich niet kan onttrekken. De maatregel kan dan ook niet als een lichte sanctie worden gezien.

De rechter is primair geïnteresseerd in de beveiligingsfunctie van de terbeschikkingstelling. De omstandigheid dat iemand behandeld kan of moet worden is geen voorwaarde voor oplegging van de terbeschikkingstelling. Is de betrokkene voor een behandeling gemotiveerd en/of is er een gunstige prognose over zijn behandelbaarheid, dan zal de rechter wellicht eerder beslissen tot oplegging van de maatregel. Bij de berechting kan de rechter overigens nauwelijks overzien of de ter zitting getoonde behandelingsmotivatie blijvend is en of er daadwerkelijk behandeling mogelijk is. Maar, zoals in een enquête van het WODC in 1984 over opvattingen bij leden van de rechterlijke macht over de tbr werd geconcludeerd, overwegingen van deze aard zijn niet doorslaggevend. Op de langere termijn komt uiteraard het resultaat van de behandeling om de hoek kijken. Naarmate het behandelingsresultaat positiever is, zal het recidivegevaar navenant zijn afgenomen, hetgeen tot beëindiging van de maatregel kan leiden. Op de korte termijn is de verwijdering uit de maatschappij en daarmee de bescherming van de maatschappij het belangrijkste.

Zoals gezegd staat de maatschappijbeveiliging voor de rechter centraal. Op welke wijze deze gerealiseerd wordt, is een tweede vraag. Naar onze indruk is het niet zo dat de terbeschikkingstelling als beveiligingsmiddel bij geestelijk gestoorde delinquenten een absolute voorkeur heeft bij de rechter. De terbeschikkingstelling is veeleer een uiterste maatregel, die pas in aanmerking komt als alle andere mogelijkheden zijn uitgeput. Capaciteitsoverwegingen kunnen hierbij ook een rol spelen. Maar bij een ernstig delict, gepleegd door een volledig ontoerekeningsvatbare dader is terbeschikkingstelling in veel gevallen de enige reële optie. Doorgaans gaat het echter om de tussencategorieën: enigszins verminderd, verminderd en sterk verminderd toerekeningsvatbaar. Voor de beveiliging op de korte termijn (met name tijdens de strafdetentie) maakt het niet veel uit of de veroordeelde in een gevangenis dan wel in een tbs-kliniek zit. Is de beveiliging met name op de langere duur eveneens te bereiken door oplegging van een (deels voorwaardelijke) gevangenisstraf met de bijzondere voorwaarde van ambulante of intramurale behandeling, dan zal dat beschouwd worden als een goed alternatief. Naarmate het delict en de geestelijke stoornis en in samenhang met het laatste het recidivegevaar ernstiger zijn, ligt de keuze voor terbeschikkingstelling meer voor de hand. Omdat de mogelijkheden tot behandeling in gevangenissen en huizen van bewaring vooralsnog beperkt zijn, zal de rechter indien be-

handeling noodzakelijk is bij een in enige mate ontoerekeningsvatbare verdachte die een ernstig strafbaar feit heeft begaan, al snel op een terbeschikkingstelling uitkomen. Een alternatief ontbreekt.

Duidelijk is dat alleen een medisch geïndiceerde noodzaak tot behandeling in het geheel niet bepalend is voor de vraag of er een terbeschikkingstelling wordt opgelegd. In situaties, die volgens de geldende wettelijke criteria geen terbeschikkingstelling rechtvaardigen maar waarin wel medische noodzaak tot behandeling aanwezig is, kan de rechter geen terbeschikkingstelling opleggen. Anderzijds blijft staan, dat een terbeschikkingstelling wel kan worden opgelegd, ook al zijn er op voorhand geen behandelingsresultaten te verwachten. In dat geval rest immers nog altijd de primaire beveiligingsfunctie van de maatregel in de vorm van opsluiting en adequate verpleging.

### **Behandeling in het kader van tbs of van een gevangenisstraf?**

#### *Theorie*

Het antwoord op deze vraag hangt niet alleen af van praktische argumenten maar is ook terug te voeren op hoe men tegen het karakter van de gevangenisstraf en dat van de tbs-maatregel aankijkt. Ziet men geen wezenlijk onderscheid, dan is het om het eenvoudig te zeggen 'lood om oud ijzer' en zouden we kunnen volstaan met afwegingen op basis van efficiency en effectiviteit. Doelmatig behandelen is op zich een goede zaak, maar als daarbij de wettelijke grondslag van straf en maatregel niet helder voor ogen wordt gehouden, bestaat het risico dat de tenuitvoerlegging van deze sancties op ongeoorloofde wijze afbreuk doet aan de uitgangspunten van de wetgever. Welke zijn die uitgangspunten?

Van der Landen heeft in het begin van de jaren negentig onderzoek gedaan naar het onderscheid in ons strafrecht tussen straf en maatregel, nadat een aantal jaren eerder deze rechtstheoretische vraag ook al uitvoerig aan de orde was gekomen in het proefschrift van Hofstee over 'Tbr en tbs'. Vanwege de tweedeling in sancties, straf en maatregel, spreken we van een dualistisch sanctiestelsel ter onderscheiding van een monistisch stelsel met slechts één soort sancties, die niet wezenlijk van elkaar verschillen. Van der Landen (1992) noemt een reeks dogmatische verschillen tussen straf en maatregel. Straf geldt als vergelding van schuld door bewuste leedtoevoeging, waarbij de schuld de straf legitimeert én limiteert. De maatregel heeft de gevaarlijkheid van de dader als fundament en is bedoeld als beveiliging van de samenleving. Het leed van de maatregel is niet beoogd maar een onbedoelde bijwerking van haar doel.

Ons sanctiestelsel kende bij de invoering in 1886 enkel straffen. Hieraan lag het ideeëngoed ten grondslag van de neo-klassieke strafrechtstheorie. Deze theorie ging uit van een indeterministisch mensbeeld (de mens is in meer of mindere mate vrij om het goede te doen en het kwade na te laten), het schuldbeginsel en de vergeldingsgedachte. Pas later is

vanuit de moderne strafrechtstheorie de maatregel ingevoerd. De aanhangers van deze theorie gingen uit van een deterministisch mensbeeld en wilden aldus de vergeldingsgedachte uit het strafrecht bannen. Immers waar de mens niet vrij is in zijn handelen, kan er geen subjectieve verwijtbaarheid zijn en valt er niets te vergelden. Het enige strafdoel is de bestrijding van criminaliteit, als het moet zelfs door levenslange opsluiting van 'onverbeterlijken'.

De invoering eertijds van de tbr-maatregel naast de reeds bestaande vrijheidsstraffen lag moeilijk voor de confessionele partijen. Enerzijds moest van hen het beginsel van de proportionele schuldvergelding behouden blijven. Anderzijds zagen de confessionelen ook wel in dat aan deze maatregel vanuit het oogpunt van bescherming van de samenleving niet viel te ontkomen in die gevallen dat aan de veroordeelde weinig te verwijten valt en hem dus geen langdurige vrijheidsstraf kan worden opgelegd, maar diens geestelijke stoornis wel een bedreiging blijft vormen voor de maatschappelijke veiligheid. Vanuit de redenering dat de tbr-maatregel niets met straf van doen heeft omdat er geen sprake is van beoogde leedtoevoeging konden de confessionelen uiteindelijk toch instemmen met invoering van deze in beginsel naar tijdsduur ongelimiteerde maatregel.

Ons dunkt dat met dit compromis de wetgever duidelijk heeft gekozen voor een dualistisch sanctiesysteem. Volgens Van der Landen draagt ook de wetwijziging van 1986 alle kenmerken van een compromis en schipt de wetgever voortdurend tussen een monistische en dualistische visie op de verhouding tussen straf en maatregel. Ondanks dat in de Memorie van Antwoord wordt erkend dat de uiteindelijke rechtvaardiging van beide sancties identiek is, handhaaft de minister het dogmatisch verschil, dat de oplegging van straf persoonlijke verantwoordelijkheid (een moderner jargon voor het traditionele begrip schuld) vereist. Ons inziens terecht. Wij menen bovendien dat er geen sprake is van een identieke rechtvaardiging. Van Eck (1959) wees er ook al op dat het noodzakelijk is bij de rechtvaardiging van een sanctie een scherp onderscheid te maken tussen dat, wat de sanctie rechtvaardigt en dat, wat men met deze sanctie als deze eenmaal rechtmatig is opgelegd, verder beoogt te bereiken. Overigens had ook de Hoge Raad in zijn uitspraak van 26 augustus 1960, NJ 1960, 566 nog eens kort en krachtig het verschil tussen straf en maatregel aangegeven: maatregelen strekken niet, zoals straffen, tot vergelding van het strafbare feit en zijn alleen gericht op bescherming van de openbare orde en verbetering van de dader of op een van deze beide doeleinden. Evenmin worden zij, wat de duur der vrijheidsbeneming betreft, althans niet in de voornaamste plaats, bepaald door de ernst van het feit, waarin zij hun aanleiding vinden. Aan dit oordeel doet volgens ons niet af dat de Hoge Raad in verschillende arresten heeft uitgemaakt dat het beginsel 'straf naar de mate van schuld' niet geldt in het Nederlandse strafrecht, waardoor de combinatie van tbs met zeer lange gevan-

genisstraffen nog steeds mogelijk is. De Wet Fokkens heeft evenmin geleid tot een verlaten van het dualistische stelsel.

Waarom hier deze uiteenzetting over het karakter van ons sanctiestelsel? De strekking daarvan is er op te wijzen binnen welke wettelijke context de thans op het vlak van de uitvoering gedane voorstellen geplaatst moeten worden. Toegegeven moet worden dat in de uitvoering de (lange) vrijheidsstraf en de tbs in sterke mate naar elkaar zijn toegegroeid, maar hierdoor mag niet uit het oog worden verloren dat de grondslag van beide sancties wezenlijk verschilt en dat dit in de uitvoering beperkingen met zich brengt. Zo is bij voorbeeld een tijdens de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf noodzakelijk geachte psychotherapie per definitie beperkt tot de duur van de gevangenisstraf. Anderzijds kan de rechter de maatregel verlengen als het recidivegevaar nog in ernstige mate aanwezig is, ook al zou daarmee de lengte worden overschreden van de straf die waarschijnlijk zou zijn opgelegd in geval van volledige toerekeningsvatbaarheid. Deze juridische aspecten hebben gevolgen voor de therapeutische setting en behandelingsaanpak. Relevant is in dit verband ook nog artikel 5 EVRM. In de zaak Aerts tegen België heeft het Straatsburgse hof geoordeeld dat er een zekere relatie moet bestaan tussen de grond waarop iemand wordt ingesloten en de plaats van zijn detentie. Dit houdt in beginsel in dat een onder sub e van artikel 5 lid 1 EVRM bevolen detentie alleen rechtmatig is wanneer deze plaatsvindt in een voor dat doel geschikte inrichting, zoals een ziekenhuis of psychiatrische inrichting.

Met name in die gevallen dat de betrokkene in enige mate strafbaar is te achten, blijft de vraag zich opdringen of een eventuele behandeling beter in het kader van een tbs of in het kader van gevangenisstraf kan plaatsvinden. Op die vraag zullen wij hierna verder ingaan.

### *Praktijk*

Ook voor de rechter is het van groot belang dat bij gebleken noodzaak een adequate behandeling wordt ondergaan. Een veroordeelde die psychisch ziek is, heeft evenals een gedetineerde met een lichamelijke ziekte recht op behandeling. Dhondt (1989) merkt terecht op: 'Gedetineerd zijn betekent niet het recht op hulpverlening verliezen. Gedetineerden hebben net als ieder ander recht op hulpverlening in het kader van de gestelijke gezondheidszorg'.

Vanuit de beveiligingsdoelstelling is het op zich voor de rechter van ondergeschikte betekenis in welk kader die behandeling plaatsvindt. In de Nota van toelichting bij (artikel 20 van) de Penitentiaire maatregel wordt echter opgemerkt: 'Behandeling vanwege een psychiatrische stoornis vindt in het gevangeniswezen in beginsel niet plaats'. De minister acht dus kennelijk behandeling in het kader van de tenuitvoerlegging van gevangenisstraf niet geboden. Dat neemt niet weg dat er thans toch enkele ontwikkelingen zijn die in die richting gaan. Allereerst is er de



mogelijkheid van artikel 13 Sr. Een tot gevangenisstraf veroordeelde, die wegens een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens daarvoor in aanmerking komt, kan zijn gevangenisstraf ondergaan in een inrichting voor terbeschikkinggestelden. Doordat in genoemd artikel voor dat geval de artikelen 37c, 37d en 37e Sr. van overeenkomstige toepassing zijn verklaard, valt degene die is overgeplaatst onder de rechtspositie van terbeschikkinggestelden.

We zien ook steeds vaker dat de behandeling in de strafinrichting zelf plaatsvindt. Daar kunnen haken en ogen aan vast zitten. Van groot praktisch en principieel belang zijn de opmerkingen over de juridische grondslag van behandeling onder dwang in het rapport van het Comité ter voorkoming van marteling en onmenselijke en vernederende behandeling. Dit comité bracht begin 1998 een bezoek aan ons land. Er is volgens dit comité geen juridische basis voor onvrijwillige behandeling in de forensische observatie en begeleidingsafdeling (Foba), omdat die inrichting niet de status van psychiatrisch ziekenhuis heeft. Drie of vier keer per maand wordt er in de Foba echter wel een dwangmedicatie toegestaan in de vorm van een injectie met depot. De kritische opmerkingen van het comité zijn meer dan raak. Principieel wordt er echter geen dam opgeworpen. Bij een voldoende juridische grondslag is behandeling in het kader van gevangenisstraf in de opvatting van het comité kennelijk aanvaardbaar.

Met de invoering van de Penitentiaire Beginselenwet op 1 januari 1999 is de leemte, waarop het comité heeft gewezen, (in ieder geval gedeeltelijk) opgevuld. Te wijzen valt op artikel 32, eerste lid PBW: 'De directeur kan een gedetineerde verplichten te gedogen dat ten aanzien van hem een bepaalde geneeskundige handeling wordt verricht, indien de behandeling naar het oordeel van een arts noodzakelijk is ter afwending van ernstig gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de gedetineerden of anderen'. Welke ruimte dit voorschrift biedt is niet aanstonds duidelijk. Opvallend is bij voorbeeld dat de duur van de behandeling niet wordt beperkt. Of een depotmedicatie onder het voorschrift valt, is gelet op de tekst twijfelachtig, terwijl de memorie van toelichting het toelaatbaar acht.

De vraag rijst hoe de individuele begeleidingsafdelingen en de bijzondere zorgafdelingen in gevangnissen en huizen van bewaring zich verder zullen ontwikkelen. Op dit moment verblijven op dergelijke afdelingen tevens tbs-passanten. Hun verblijf aldaar belooft niet zelden een jaar of zelfs langer. De minister is van oordeel dat bezien dient te worden of en op welke wijze de wachttijd van de passant in het huis van bewaring dienstbaar kan worden gemaakt aan de behandeling. Hiervoor is de term 'pre-therapie' gebruikt. Terbeschikkinggestelden worden op die wijze eerder bij de behandeling betrokken. De motivatiefase in de inrichting voor terbeschikkinggestelden zou daardoor kunnen worden verkort. Dit voornemen getuigt van enig opportunisme in het licht van dreigende

schadeclaims van de passanten. Anderzijds lijkt de noodzaak tot een zo vroeg mogelijke start van de behandeling vanzelfsprekend.

In het kader van de vervaging van de grens tussen de tbs-maatregel en de gevangenisstraf valt nog te wijzen op het ontstaan van de zogenaamde *long stay*-afdelingen van tbs-klinieken. Het verblijf op die afdelingen heeft naar zijn uiterlijke verschijningsvorm wellicht meer het karakter van het ondergaan van een vrijheidsstraf. In ieder geval ontbreekt het meest typerende element voor de tenuitvoerlegging van de terbeschikkingstelling, te weten de behandeling. Het verblijf op een *long stay*-afdeling lijkt vergelijkbaar met het instituut van de bewaring van beroeps- en gewoontemisdadigers. Deze maatregel is in 1929 in het wetboek van strafrecht ingevoegd, maar nimmer in werking getreden. Hierbij moet wel bedacht worden dat het volgens Franke (1996) bij de bewaring niet zozeer ging om plegers van zware misdrijven, maar om recidivisten die in totaal al vier tot acht jaar gevangenisstraf achter de rug hadden. In feite betrof het een vorm van preventieve detentie nadat de betrokkene zijn straf had uitgezeten. Dat het nimmer tot invoering van deze maatregel is gekomen, ondanks herhaald aandringen van de Tweede Kamer, had louter te maken met de hoge bouwkosten van de bewaringsgestichten en niet met principiële bezwaren, aldus Franke.

Uit de hiervoor geschetste theoretische en praktische ontwikkelingen kan de conclusie worden getrokken, dat bij de oplegging van een strafrechtelijke sanctie het dualistisch stelsel nog altijd het theoretisch kader is, maar dat de praktijk van de tenuitvoerlegging steeds meer monistische trekken vertoont.

### Slotopmerkingen

Een wezenlijk probleem blijft op welke wijze het rendement van de terbeschikkingstelling moet worden gemeten. De betrouwbaarheid van longitudinale onderzoeksresultaten is door gebrek aan voldoende gegevens en eenduidige definities enerzijds en anderzijds een groot aantal variabelen matig. Zo kan men vragen of in het algemeen het recidivegevaar door de behandeling wordt geredresseerd. De beantwoording van die vraag zal onmiddellijk een vertekend beeld geven. Duidelijk is immers dat bij oplegging van de terbeschikkingstelling soms reeds bekend is dat, gelet op de ernst en aard van de geestelijke stoornis, beperking van het recidivegevaar door behandeling niet haalbaar is. Toch zal dat voor de rechter niet een reden zijn om geen terbeschikkingstelling op te leggen.

Het begrip recidive is verder niet altijd even scherp afgebakend. Het lijkt in dit verband voor de hand te liggen dat onder recidive verstaan wordt herhaling van op zijn minst een soortgelijk feit als dat waarvoor de terbeschikkingstelling werd opgelegd, waarbij dan in tweede instantie de ernst van het concrete recidivefeit relevant is. De behandeling mag als mislukt worden beschouwd als na ontslag een soortgelijk feit als het tbs-

delict wordt gepleegd en als daarop met een lange gevangenisstraf wordt gereageerd. Het is natuurlijk onzin om te zeggen dat de behandeling is mislukt als een zedendelinquent na ontslag uit de terbeschikkingstelling enkele winkeldiefstallen pleegt of onder invloed een motorrijtuig bestuurt.

Intussen is de tbs een vrijwel onbeheersbare maatregel. De vraag kan worden gesteld of het wenselijk is de toename van het aantal terbeschikkingstellingen binnen de perken te houden. Er lijkt niet veel ruimte voor een geforceerd restrictief rechterlijk beleid bij de toepassing van de maatregel. In ieder geval dient de rechter zoveel als maatschappelijk verantwoord weerstand te bieden aan de maatschappelijke roep om zwaardere sancties, waarbij de burger overigens eerder denkt aan een gevangenisstraf dan aan een terbeschikkingstelling.

Zoals gezegd vaart de rechter bij de oplegging van de terbeschikkingstelling sterk op het kompas van de deskundige. In die gevallen waarin de maatregel wordt opgelegd, is in de ogen van de rechter behandeling zonder meer noodzakelijk. Dat wil echter geenszins zeggen dat in al die gevallen waarin behandeling noodzakelijk is, ook steeds een terbeschikkingstelling volgt. Bij de oplegging speelt het toeval een rol, afhankelijk bij voorbeeld van de omstandigheid of er psychiatrische rapportage is aangevraagd. In een enkel geval zal er te gemakkelijk tot een tbs geadviseerd worden, maar het aantal gevallen waarin ten onrechte deze maatregel niet wordt opgelegd is naar onze indruk groter. Dat betekent dat het capaciteitstekort in werkelijkheid ernstiger is dan de officiële cijfers aangeven. Overigens verdient hierbij opmerking dat volgens een vergelijkende studie van het CDWO naar de voorzieningen voor de behandeling en bejegening van psychisch gestoorde delinquenten (1995) in absolute zin Nederland relatief weinig tbs-achtige delinquenten heeft. Afgezet echter tegen het aantal gedetineerden is in de vergelijkingslanden Canada, Nordrhein-Westfalen, Engeland en Wales alsmede Noorwegen een (aanzienlijk) kleiner deel van het aantal gedetineerden in tbs-achtige voorzieningen geplaatst. In het vergelijkingsjaar 1990 was in Nederland 8% van het totaal aantal gedetineerden tbs-gesteld.

Naast een eventuele rechterlijke terughoudendheid is een restrictieve advisering tot terbeschikkingstelling een vrijwel puur theoretische mogelijkheid. Er zijn geen duidelijke aanwijzingen dat deskundigen gemakkelijker dan voorheen adviseren tot terbeschikkingstelling. De toename van het aantal positieve adviezen heeft immers vooral te doen met de aard van de criminaliteit en de stoornissen bij de daders. Wel verdient het aanbeveling dat deskundigen bij hun advisering steeds de voor- en nadelen bespreken van de optie die in het concrete geval het dichtst bij de terbeschikkingstelling met dwangverpleging staat. Dit past bij het subsidiaire karakter van de maatregel. Er moet zuinig mee worden omgegaan. Onze opmerkingen mogen in ieder geval niet zo worden verstaan dat tegen de achtergrond van het bestaande capaciteitstekort bepleit wordt de adviezen op oneigenlijke gronden in te kleuren vanuit beleids-

doelstellingen, die zijn gericht op de beperking van het aantal terbeschikkingstellingen.

Wat betreft de tenuitvoerlegging nog één opmerking. We hebben al gewezen op de mogelijkheid om tot gevangenisstraf veroordeelden op te nemen in een inrichting voor terbeschikkinggestelden. Een overloop in de andere richting is ook mogelijk. De merkwaardige situatie doet zich voor dat in gevangenis in toenemende mate personen verblijven die dringend behandeling nodig hebben en in tbs-inrichtingen personen die onbehandelbaar en delictgevaarlijk zijn. Machielse en Sackers hebben onlangs gepleit voor een doorstroom in twee richtingen. Dat verdient nadere studie en in ieder geval is het dan noodzakelijk dat het gevangeniswezen voldoende verzorgende en revaliderende capaciteit opbouwt.

De beoogde doorstroom betekent dat bepaalde vormen van behandeling in de gevangenis mogelijk moeten worden. Met straf mogen ook speciaal preventieve doelen worden nagestreefd, al zullen deze bij de maatregel veelal dominanter aanwezig zijn. Een en ander mag er onder geen beding toe leiden dat afbreuk wordt gedaan aan de bestaande kwaliteit in de inrichtingen voor terbeschikkingstelling.

## Literatuur

### **Baan, P.A.H.**

*Een jaar psychiatrische observatiekliniek*  
MBR, 1950, p. 277

### **Balkema, J.P.**

*Enkele kanttekeningen over de verlenging van de terbeschikkingstelling*  
In: H.J.C. van Marle en C.M. van Esch, *Werk in uitvoering*, Deventer, 1998, pp. 35-42

### **Bulten, B.H.**

*Gevangen tussen straf en zorg*  
Amsterdam, Vrije Universiteit, 1998, pp. 23-24 (diss.)

### **Daniëls, D.**

*Moet (dwang)behandeling in de penitentiaire inrichting mogelijk zijn?*  
In: H.J.C. van Marle en C.M. van Esch, *Werk in uitvoering*, Deventer, 1998, pp. 161-175

### **Dhondt, J.**

*Psychosociale kwaliteitsbewaking binnen het gevangeniswezen in ontwikkeling*

In: *Psychosociale kwaliteit van de detentie; verslag van een studiedag van het Ministerie van Justitie*, 1989, pp. 3-12

### **Eck, D. van**

*Het verantwoordelijkheidsbegrip en de moderne psychiatrische en psychologische rapportage*  
Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap, verslag van de vergadering op 10 januari 1959

### **Emmerik, J.L. van**

*Opvattingen over de maatregel tbr*  
Den Haag, Ministerie van Justitie, WODC-reeks Onderzoek & Beleid nr. 46, 1984

### **Franke, H.**

*De macht van het lijden; twee eeuwen gevangenisstraf in Nederland*  
Amsterdam, Uitgeverij Balans, 1996, pp. 269-270

**Hofstee, E.J.***Tbr en tbs*

Arnhem, Gouda Quint, 1987

**Kuijck, Y.A.J.M. van***Nuttige of dubieuze rol van de psychiatrie in foro?*In: J.W. Fokkens, E.J. Hofstee (red.), *Overheid en patiënt*, Arnhem, Gouda Quint bv, 1993**Landen, D. van der***Straf en maatregel*

Arnhem, Gouda Quint BV, 1992

**Leuw, Ed.***Recidive na ontslag uit tbs*

Deventer, Gouda quint, WODC, WODC-reeks Onderzoek en Beleid nr. 141, 1995

**Leuw, Ed.***De capaciteitscrisis in de tbs; feiten en verklaringen*

Proces, nr. 7/8, 1998

**Machielse, A.J.M., H.J.B. Sackers***Tbs en gevangenisstraf*In: *Recht door de eeuw*, Kluwer, 1998**Marle, H.J.C. van***De bedwongen populariteit van de tbs*In: *Recht door de eeuw*, Kluwer, 1998**Panhuis, P.J.A. van***De psychotische patiënt in de tbs; van kwaad tot erger*

Deventer, 1997

**Research voor beleid bv***Voorzieningen voor de behandeling en bejegening van psychisch gestoorde delinquenten*

rapport in opdracht van de Centrale Directie Wetenschapsbeleid en Ontwikkeling (CDWO) namens de Minister van Justitie, 1995

**Vegter, P.C.***Rapportage Europees Comité ter voorkoming van marteling en onmenselijke en vernederende behandeling*

Sancties, afl. 6, 1998

**Veen, Th.W. van***Is voor de behandeling terbeschikkingstelling nog noodzakelijk?*

Sancties, afl. 3, 1991