

## BEGRENSDE VRIJHEID

Een opstel over de legitimiteit van een bijzondere vorm van vrijheidsbeperking in het strafrecht

*Jan Boksem*

### 1 INLEIDING

In het strafrecht treffen we op talloze plaatsen vormen van vrijheidsbeperking aan. Denk aan de bijzondere voorwaarden die in het kader van een schorsing van de voorlopige hechtenis kunnen worden gesteld (artikel 80 Wetboek van Strafvordering; Sv), of aan de voorwaarden die soms aan een voorwaardelijk sepot worden verbonden (artikel 242 Sv). Denk bijvoorbeeld ook aan de taakstraf (artikel 22c Wetboek van Strafrecht; Sr), de voorwaarden die in het kader van een voorwaardelijke veroordeling worden gesteld (artikel 14c Sr), de vrijheidsbeperkende straffen en gedragsaanwijzingen die in het kader van een strafbeschikking kunnen worden opgelegd (artikel 257a Sv), de terbeschikkingstelling (tbs) met voorwaarden (artikel 38 Sr), de voorwaardelijke Inrichting Stelselmatige Daders (ISD)-maatregel (artikel 38p Sr), de vrijheidsbeperkende maatregel (artikel 38v Sr) en de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking (artikel 38z Sr en artikel 6:6:23b Sv). Ook in het kader van de voorwaardelijke invrijheidstelling (VI) na een gevangenisstraf (artikel 6:2:11 Sv) en de voorwaardelijke beëindiging van de tbs met verpleging van overheidswege (artikel 38g Sr) kan de vrijheid van de betrokkene worden beperkt.

De meeste van deze vrijheidsbeperkingen hebben met elkaar gemeen dat ze worden opgelegd om zwaarder strafrechtelijk ingrijpen te voorkomen of te beëindigen. Ze werken in beginsel in het voordeel van de verdachte of de veroordeelde. Dat geldt niet voor de maatregel die in het kader van de Wet langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking werd geïntroduceerd (*Stb.* 2015, 460). Deze wet maakte onder andere een vorm van levenslang toezicht en vrijheidsbeperking mogelijk van mensen die veroordeeld zijn voor een ernstig zeden- of geweldsfeit.

In deze bijdrage zal ik op zoek gaan naar de legitimiteit van deze beperking van de vrijheid, die er louter op gericht lijkt te zijn de veiligheid van anderen te beschermen (vanuit de gedachte dat iemand die ooit veroordeeld is voor een ernstig zeden- of geweldsmisdrijf, ook nadat hij zijn straf of maatregel heeft ondergaan, een groot gevaar blijft vormen voor de samenleving en daarom langdurig in de gaten moet worden gehouden), en met name ook stilstaan bij het belang van een deugdelijke motivering van de toepassing van deze maatregel in de praktijk.

## 2 HET VERTREKPUNT

Vrijheidsrechten (zoals bijvoorbeeld het recht op vrijheid, de vrijheid van meningsuiting, het recht op een privéleven, en de vrijheid van vergadering en vereniging) zijn niet absoluut. Zij maken het mogelijk dat het individu zich kan ontplooien en begrenzen de macht van de staat. Die staat heeft tegelijkertijd de taak zijn burgers te beschermen, zodat zij zich ook daadwerkelijk kunnen ontplooien. Met het oog daarop zijn er allerlei regels tot stand gekomen die erop gericht zijn de samenleving goed te laten functioneren. Over het algemeen functioneert dat systeem in ons land heel behoorlijk en wordt er pas ingegrepen wanneer er grenzen worden overschreden. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de uitoefening van de vrijheid van de ene burger ten koste gaat (of dreigt te gaan) van de vrijheid van een andere burger. Het overheidsingrijpen kan in dat geval een strafrechtelijk ingrijpen zijn en kan ertoe leiden dat de burger die over een grens is gegaan, (tijdelijk) (een stukje van) zijn vrijheid moet inleveren. Straffen is in zo'n geval een vorm van vergelding. Tegelijkertijd heeft men met de strafoplegging – waartoe in het kader van dit opstel ook het opleggen van maatregelen wordt gerekend – vaak ook een concreet doel (of soms meerdere doelen) voor ogen, zoals het voorkomen dat de dader nogmaals in de fout gaat (speciale preventie) of het geven van een signaal aan de samenleving dat bepaald gedrag niet wordt geaccepteerd (generale preventie). In het navolgende wordt de vraag gesteld of dergelijke preventiedoelstellingen nog wel een voldoende grondslag bieden voor langdurig toezicht na afloop van de tenuitvoerlegging van een straf of maatregel, en wordt ingegaan op de vraag hoe de rechter het (steeds maar) voortdurende toezicht (telkens opnieuw) zal moeten (kunnen) motiveren.

## 3 BEPERKTE VRIJHEID

De als mensenrechten erkende vrijheidsrechten bieden in de regel de wetgever de mogelijkheid om uitzonderingen te formuleren. Zo mag op grond van artikel 5 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) niemand zijn vrijheid worden ontnomen, 'behalve in de navolgende gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure (...)'. Inmenging in de uitoefening van het recht op eerbiediging van het privéleven is niet toegestaan, 'dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk (...) in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen' (artikel 8 EVRM). En ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) geldt dat de uitoefening ervan 'plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt', zodat 'zij [kan] worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen

van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen'. Onze Grondwet staat eveneens (door de wetgever geformuleerde) beperkingen toe op de aldaar erkende vrijheidsrechten (onder andere in artikel 7 t/m 13 en 15).

Beperking van vrijheidsrechten is zo beschouwd een privilege van de macht. Dit privilege legt hoe dan ook een grote verantwoordelijkheid neer bij degene die die macht uitoefent, te weten de wetgever, maar ook bij degene die de tot stand gekomen wetgeving toepast (de rechter) en degene die beslissingen van de rechter uitvoert (het Openbaar Ministerie). Uiterste zorgvuldigheid en zorgvuldige belangenafweging zijn op alle niveaus geboden.

#### 4 DE WET LANGDURIG TOEZICHT, GEDRAGSBEÏNVLOEDING EN VRIJHEIDSBEPERKING

De Wet langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking heeft het allereerst mogelijk gemaakt om de proeftijd in het kader van de VI *telkens* met ten hoogste twee jaren te verlengen 'indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde, bedoeld in artikel 38z, eerste lid, aanhef en onder b en c van het Wetboek van Strafrecht, wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen of indien dit ter voorkoming van ernstig belastend gedrag jegens slachtoffers of getuigen noodzakelijk is'. Deze mogelijkheid is tegenwoordig opgenomen in artikel 6:1:18 lid 2 Sv.

Daarnaast werd een nieuwe maatregel 'streckende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking' (artikel 38z Sr) geïntroduceerd. Deze maatregel maakt het mogelijk om tbs-gestelden en veroordeelden tot gevangenisstraf wegens (kort gezegd) zeden- en geweldsmisdrijven na de tenuitvoerlegging van de eerder opgelegde maatregel of straf aan allerlei beperkende voorwaarden te onderwerpen (gedurende een periode van twee, drie, vier of vijf jaren), indien 'er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan waarvoor de rechter een maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking kan opleggen, of b. dit noodzakelijk is ter voorkoming van ernstig belastend gedrag jegens slachtoffers of getuigen' (artikel 6:6:23b Sv). De termijn van de maatregel kan *telkens* opnieuw worden verlengd (artikel 6:6:23c Sv), zodat het in theorie mogelijk is dat iemand nadat hij zijn straf of maatregel heeft ondergaan, de rest van zijn leven geconfronteerd blijft worden met beperkende voorwaarden en toezicht.

De wettelijke constructie is tamelijk ingewikkeld. De rechter legt de maatregel tegelijk op met de andere straffen en/of maatregelen, maar de tenuitvoerlegging van deze maatregel is pas mogelijk nadat de officier van justitie die tenuitvoerlegging heeft gevorderd (uiterlijk dertig dagen voor de beëindiging van de tbs, dan wel dertig dagen voordat de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf wordt beëindigd), en

de rechter vervolgens de tenuitvoerlegging heeft gelast (artikel 6:6:23a en 6:6:23b Sv). Deze constructie maakt het mogelijk dat de maatregel weliswaar door de rechter is opgelegd, maar nimmer ten uitvoer wordt gelegd, omdat de officier nalaat (tijdig) een vordering in te dienen of de rechter er inmiddels van overtuigd is geraakt dat de risico's tot een aanvaardbaar niveau zijn gedaald (door bijvoorbeeld een succesvolle tbs-behandeling).

De voorwaarden die in het kader van de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking kunnen worden gesteld, kunnen – zeker wanneer men bedenkt dat de veroordeelde inmiddels zijn straf (of tbs-maatregel) heeft ondergaan – behoorlijk ingrijpend zijn. Zo kan de rechter onder meer bepalen dat de veroordeelde wordt opgenomen in een zorginstelling, een ambulante behandeling ondergaat, zal verblijven in een instelling voor begeleid wonen of maatschappelijke opvang, gaat deelnemen aan een gedragsinterventie, zich houdt aan andere voorwaarden die zijn gedrag betreffen, dan wel zich houdt aan een locatie- of een contactverbod, een locatiegebod, een meldingsplicht, een vestigingsverbod of een verhuisplicht, etc. De veroordeelde zal bovendien medewerking moeten verlenen aan reclasseringstoezicht (op de naleving van de gestelde voorwaarden), de medewerking aan huisbezoeken daaronder begrepen. Aan de voorwaarden kan elektronisch toezicht worden verbonden.

Het derde onderdeel van de wet vormde het laten vervallen van de maximale duur van de voorwaardelijke beëindiging van de verpleging van overheidswege bij de tbs, waardoor ook hier een langduriger (eventueel levenslang) toezicht mogelijk is geworden (artikel 38j Sr). In geval van voorwaardelijke beëindiging van de verpleging van overheidswege kan de tbs *telkens* met een jaar, dan wel met twee jaren, worden verlengd.

Bij alle drie de vormen van toezicht is het woordje 'telkens' cruciaal. Dit woordje maakt het mogelijk dat de veroordeelde langdurig – en in het uiterste geval zelfs de rest van zijn leven – een stuk(je) van zijn vrijheid moet inleveren.

## 5 WAAROM EN TEN AANZIEN VAN WIE?

Het langdurig toezicht (via de VI, de maatregel van artikel 38z Sr of de voorwaardelijke beëindiging van de verpleging van overheidswege) heeft als 'uiteindelijke doel om bij te dragen aan de veiligheid van de samenleving, door herstel van de forensische patiënt en vermindering van de kans op recidive'.<sup>1</sup> Deze formulering lijkt te impliceren dat het toezicht met name bedoeld is om veroordeelden met een psychiatrische kwetsbaarheid ook na het ondergaan van hun straf of maatregel in de gaten te kunnen blijven houden. Desnoods de rest van hun leven.

Als dat inderdaad de bedoeling is, dan is de regeling behoorlijk discriminerend en stigmatiserend. In de memorie van toelichting wordt de doelgroep als volgt aan-

1 *Kamerstukken II 2013/14, 33816, nr. 3, p. 2 (MvT).*

geduid: 'Een bepaalde categorie delinquenten, te weten *die met een hoog risiconiveau op recidive* [cursivering JB], zal met het oog op de veiligheid van de samenleving langdurig – en indien noodzakelijk zelfs levenslang – onder toezicht blijven staan.<sup>2</sup> Toezicht om de veiligheid te vergroten. De vraag mag worden gesteld of met het langdurig toezicht geen schijnveiligheid wordt gecreëerd. Als jurist kan ik deze vraag niet beantwoorden. Ik meen wel te mogen opmerken dat de wetgeving het gevaar in zich draagt dat het met name psychiatrisch kwetsbare veroordeelden zullen zijn die in de praktijk de kans lopen dat zij geconfronteerd zullen worden met een vorm van langdurig toezicht, omdat juist ten aanzien van deze categorie geoordeeld zal (kunnen) worden dat er een grote(re) kans op herhaald delictgedrag bestaat.

## 6 LEGITIEME WETGEVING?

Bij de totstandkoming van de wetgeving is vanzelfsprekend uitgebreid stilgestaan bij de legitimiteit van het (voorgestelde) langdurige toezicht. Met name de proportionaliteit en de conformiteit met het EVRM van de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel kregen in de verschillende wetgevingsadviezen<sup>3</sup> – in het bijzonder in het advies van de Raad van State<sup>4</sup> – en in de memorie van toelichting<sup>5</sup> veel aandacht. In de memorie van toelichting werd uiteindelijk geconcludeerd dat de voorgestelde maatregel de toetsing aan de toepasselijke verdragsnormen kan doorstaan. Ook de beide andere vormen van langdurig toezicht werden door de wetgever toelaatbaar geacht.

De maatregel kan weliswaar een inperking van de rechten van de betrokkene inhouden, maar deze inperking is – aldus de wetgever (de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie) – gerechtvaardigd.<sup>6</sup>

In de strafrechtelijke literatuur werd niet onverdeeld positief gereageerd op de (voorgestelde) maatregel.<sup>7</sup> Feit is evenwel dat de wetgeving inmiddels per 1 januari 2018 (*Stb.* 2016, 493) in werking is getreden, waardoor de maatregel thans geldend recht is, zodat het bij de huidige stand van zaken weinig zin heeft nog uitgebreid stil te staan bij de legitimiteit van de maatregel van artikel 38z Sr als zodanig (hoewel

2 MvT, p. 2.

3 O.a. van het College van procureurs-generaal, GGZ Nederland, de Nederlandse Orde van Advocaten, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Raad van Korpschefs van de politie, Reclassering Nederland, de Raad voor de rechtspraak en de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming.

4 *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, nr. 4, p. 5-16 (advies Afdeling advisering Raad van State en nader rapport).

5 MvT, p. 48-55.

6 MvT, p. 53.

7 Zie o.a. S. Struijk, 'En nog meer en langduriger toezicht: de overheid als Rupsje Nooitgenoeg', *Sancties* 2014/18, p. 137-142, M.J.F. van der Wolf & S. Struijk, '(Levens)lang toezicht als zelfstandige maatregel: wordt nu echt de Rubicon overgestoken?', *Sancties* 2014/50, p. 368-378 en D. Broux, 'De (on)veiligheid van de zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel', *Strafblad* 2017/35, p. 248-255.

het – gelet op het bepaalde in artikel 94 Grondwet – niet uitgesloten is dat de rechter de nationale wetgeving toetst aan eenieder verbindende internationale verdragsbepalingen, zoals die uit het EVRM).<sup>8,9</sup> Het is vooral nog interessanter en zinvoller om nader in te zoomen op de toepassing van de wetgeving in de praktijk (en dan in het bijzonder op de beslismomenten die de rechter heeft als het gaat om de maatregel van artikel 38z Sr). Ook daarbij zullen vanzelfsprekend bepaalde legitimiteitsvragen aan de orde kunnen (en waarschijnlijk ook moeten) komen.

## 7 RECHTERLIJKE BESLISSINGEN TEN AANZIEN VAN DE MAATREGEL VAN ARTIKEL 38z Sr

### 7.1 Oplegging, tenuitvoerlegging, verlenging en beëindiging van de maatregel

De wetgever heeft in artikel 38z Sr geen juridische maatstaf geformuleerd die de rechter kan helpen bij het beantwoorden van de vraag of de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking in de voorliggende zaak een passende maatregel is. Er wordt in dit artikel (artikel 38z Sr) slechts in algemene zin aangegeven dat het doel van de maatregel is de ‘bescherming van de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen’. Deze doelstelling zal bij de oplegging van de maatregel ongetwijfeld worden aangehaald, maar artikel 38z Sr geeft verder geen houvast voor het beantwoorden van de vraag in welke gevallen die veiligheid noopt tot oplegging van de maatregel. De wetgever heeft de invulling hiervan volledig aan de rechter overgelaten. Strikt genomen verlangt artikel 38z Sr niet dat er een noodzaak is tot oplegging van de maatregel en is het wellicht dus zelfs mogelijk dat een rechter de maatregel (altijd!) oplegt in alle gevallen waarin hij de verdachte overeenkomstig het onder a, b of c bepaalde veroordeelt, omdat hij van mening is dat het opleggen van de maatregel hoe dan ook bijdraagt (of kan bijdragen) aan de veiligheid van anderen, dan wel aan de algemene veiligheid van personen of goederen. Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking kan echter worden afgeleid dat de wetgever wel degelijk is uitgegaan van een *noodzaak* tot het opleggen van de maatregel. Die noodzaak kan de rechter blijken uit de risicotaxatie die, naast een diagnose, is opgenomen in een recent reclasseringsadvies dat speciaal ten behoeve van deze beoordeling wordt opgemaakt (artikel 38z lid 2 Sr).<sup>10</sup> De wet-

8 Het initiatiefwetsvoorstel van het Kamerlid Taverne uit 2012, waarin werd voorgesteld de mogelijkheid van een rechterlijke toetsing aan eenieder verbindende internationale verdragsbepalingen te schrappen, heeft de eindstreep niet gehaald. Zie *Kamerstukken II 2011/12, 33359 (R1986)*, nr. 2 en 9.

9 Vgl. B. van der Sloot, ‘Macht en willekeur, of hoe het Europees Hof voor de Rechten van de Mens negen eisen voor kwalitatief goede wetgeving neerlegde’, *AA 2021*, p. 377-344. De auteur wijst op een tendens in de rechtspraak van het EHRM om ook wet- en regelgeving te toetsen aan het EVRM: ‘Het gaat daarbij om het voorkomen van arbitraire machtsinzet’ (p. 344).

10 MvT, p. 15 en 16.

gever realiseerde zich dat het bij de oplegging van de maatregel voor de rechter lastig zal zijn om een inschatting te maken van de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene en van de mate van succes van een mogelijke (tbs-)behandeling. In de memorie van toelichting werd daarom benadrukt dat de beoordeling van het toekomstige recidiverisico niet zozeer rust op deze (toekomstige onzekere) factoren, 'als wel op het type delict, waaraan mogelijk een verhoogd recidiverisico kleeft, de omstandigheden waaronder dat is begaan en de eventuele eerdere strafbare feiten'.<sup>11</sup> De rechter zal met het oog op de oplegging van de maatregel met name daarop acht (moeten) slaan, naast de informatie die hij, zoals gezegd, uit het reclasseringsadvies kan halen.

Bij de oplegging van de maatregel zal de inschatting van het toekomstige delictgevaar noodzakelijkerwijs vaak niet meer dan een algemene inschatting zijn op basis van de op dat moment beschikbare gegevens. Bij de tenuitvoerlegging (en de verlenging van de tenuitvoerlegging) van de maatregel daarentegen zal een meer concrete inschatting van de rechter mogen worden verlangd.<sup>12</sup> De veroordeelde heeft dan immers zijn straf of maatregel ondergaan en zou – normaal gesproken – weer als vrije burger mogen terugkeren in de samenleving. Voor het beperken van de vrijheid zal op dat moment een duidelijk omschreven noodzaak aanwezig moeten zijn. Een algemeen gevoel van onbehagen is daarvoor niet voldoende. De door de rechter aan te leggen toets is door de wetgever opgenomen in de huidige artikelen 6:6:23b lid 1 en 6:6:23c lid 1 Sv. De rechter kan de tenuitvoerlegging van de maatregel gelasten of verlengen, indien (a) er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan waarvoor de rechter een maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking kan opleggen, of (b) dit noodzakelijk is ter voorkoming van ernstig belastend gedrag jegens slachtoffers of getuigen.

De legitimiteit van de tenuitvoerlegging van de maatregel of van de verlenging van die tenuitvoerlegging verlangt van de rechter dat hij in concreto aangeeft waaruit die noodzaak blijkt. Daarbij geldt dat naarmate de tenuitvoerlegging langer duurt of de maatregel meer beperkingen oplegt, de argumenten zwaarderzamer zullen moeten zijn.<sup>13</sup> De wetgever is ervan uitgegaan dat van levenslang toezicht slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zal zijn.<sup>14</sup>

Wanneer de rechter de tenuitvoerlegging gelast (en hij de veroordeelde aldus onder toezicht stelt), kan hij daarbij een of meer vrijheidsbeperkende voorwaarden opnemen (artikel 6:6:23b lid 2 en 3 Sv). Aan die voorwaarden kan elektronisch toe-

11 MvT, p. 15.

12 MvT, p. 37: 'Deze twee gronden zijn aan te merken als verbijzonderingen van het meer algemene criterium "ter bescherming van de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen", op grond waarvan de maatregel kan worden opgelegd. Aan de tenuitvoerlegging van de maatregel worden mitsdien zwaardere eisen gesteld dan aan de oplegging ervan. Gelet op het mogelijk ingrijpende karakter van de maatregel en bezien in het licht van het proportionaliteitsvereiste acht ik deze strengere criteria aangewezen.'

13 MvT, p. 58.

14 MvT, p. 39.

zicht worden verbonden (artikel 6:6:23b lid 4 Sv). Door de veroordeelde onder toezicht te plaatsen en voorwaarden te stellen wordt beoogd 'te voorkómen dat nieuwe strafbare feiten worden gepleegd, nieuwe slachtoffers worden gemaakt of eerdere slachtoffers in ernstige mate met belastend gedrag van de betrokkene worden geconfronteerd'.<sup>15</sup> Van de rechter die een of meer voorwaarden stelt, mag worden verlangd dat hij bij zijn beslissing uitlegt waarom en op welke wijze de betreffende voorwaarde(n) zou(de)n kunnen bijdragen aan verwezenlijking van deze doelstelling.

Hoewel de maatregel voor de veroordeelde als een (voortzetting van de eerdere) straf of maatregel zal (kunnen) worden ervaren, is leedtoevoeging 'op geen enkele wijze' het doel van de sanctie.<sup>16</sup> Toch zal de rechter zich bewust moeten zijn van het leedtoevoegende effect van de tenuitvoerlegging van de maatregel, aangezien in de vereiste noodzakelijkheidstoets – ondanks het feit dat het hier om een maatregel gaat – een zekere mate van proportionaliteit, subsidiariteit en zorgvuldige belangenafweging besloten ligt. Het ligt dan ook voor de hand dat deze aspecten uitdrukkelijk bij de beoordeling worden betrokken (en zwaarder gaan wegen naarmate de tenuitvoerlegging van de maatregel langer duurt).<sup>17</sup>

De maatregel eindigt van rechtswege indien de termijn van de maatregel niet wordt verlengd (artikel 6:6:23e lid 2 Sv). Daarnaast vervalt hij bij het onherroepelijk worden van een rechterlijke uitspraak waarbij (a) dezelfde persoon ter beschikking wordt gesteld, of (b) dezelfde persoon wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf, en in de rechterlijke uitspraak een maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking is opgelegd (artikel 6:6:23e lid 1 Sv).

Wanneer de rechter wordt geconfronteerd met een vordering tot tenuitvoerlegging van de maatregel of tot verlenging van de termijn van de maatregel, heeft hij de mogelijkheid die vordering af te wijzen. Hij zal zijn beslissing tot afwijzing van de vordering moeten motiveren. Daarbij zal – net als bij de beslissing tot tenuitvoerlegging of tot verlenging van de termijn – het noodzaaks criterium een rol van betekenis (moeten) spelen.

## 7.2 *Wijziging van de voorwaarden*

Artikel 6:6:23d Sv biedt de mogelijkheid om de voorwaarden die in het kader van de tenuitvoerlegging van de maatregel zijn gesteld, te wijzigen of op te heffen. Ook de maatregel zelf kan op basis van dit artikel tussentijds worden opgeheven door de rechter. De wetgever heeft geen toetsingsmaatstaf voor de rechter geformuleerd, maar ook hier geldt dat de noodzakelijkheid van de vrijheidsbeperking bepalend zal moeten zijn.

15 MvT, p. 40.

16 MvT, p. 40.

17 MvT, p. 41: 'Periodieke toetsing biedt waarborgen en borgt in het bijzonder de proportionaliteit.'



### 7.3 Rechtsbescherming

De belangrijkste waarborg tegen al te voortvarend overheidsoptreden c.q. misbruik van macht is gelegen in het feit dat de beslissingen tot zowel oplegging als tenuitvoerlegging van de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking bij de onafhankelijke rechter zijn neergelegd, waarbij die rechter (telkens) de vraag moet beantwoorden of de oplegging of (verdere) tenuitvoerlegging van de maatregel in het voorliggende geval noodzakelijk is, en of – en zo ja, welke – bijzondere voorwaarden in het kader van die tenuitvoerlegging zullen moeten worden gesteld.

Met betrekking tot de oplegging geldt de gewone rechtsmiddelenregeling van hoger beroep en cassatie. Tegen de beslissingen die in het kader van de tenuitvoerlegging van de maatregel worden genomen, staat (slechts) hoger beroep open (bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden) (artikel 6:6:23f Sv). Dit beroep heeft overigens geen opschortende of schorsende werking (artikel 6:6:23f lid 3 Sv). Aanwijzing (toevoeging) van een raadsman vloeit voort uit het bepaalde in artikel 6:6:3 lid 3 Sv.

## 8 DE PRAKTIJK

Op dit moment – voorjaar 2021 – ligt het zwaartepunt in de rechtspraak met betrekking tot de maatregel van artikel 38z Sr nog steeds bij de oplegging (en nog niet bij de tenuitvoerlegging, het stellen van voorwaarden, het wijzigen van voorwaarden, het verlengen van de termijn of de beëindiging van de maatregel).<sup>18</sup> In het algemeen geldt dat voor het opleggen van de maatregel de eisen die aan de motivering ervan gesteld kunnen worden, niet al te hoog kunnen zijn, omdat de rechter onmogelijk een precieze inschatting kan maken van het recidiverisico op het moment dat de betrokkene de opgelegde straf of eventuele tbs-behandeling heeft ondergaan.<sup>19</sup> Toch zien we in de praktijk dat feitenrechters zich bewust zijn van het ingrijpende karakter van de maatregel voor de betrokkene en om die reden vaak toch tamelijk uitvoerig ingaan op het belang (de noodzaak) van het opleggen van de maatregel. Dit is een goede ontwikkeling, omdat juist die motivering de noodzakelijke legitimiteit geeft aan de oplegging van de maatregel. Het is te hopen dat feitenrechters dit in de toekomst weten vast te houden – ook als het nieuwe ervanaf is – en dat zij op termijn niet alsnog zullen overgaan tot het louter overschrijven van standaardoverwegingen. Het opleggen van de maatregel is immers een noodzakelijke voorwaarde voor de tenuitvoerlegging ervan. Een eenmaal opgelegde maatregel schreeuwt er bovendien als het ware om ten uitvoer te worden gelegd. De rechter die zich daarvan bewust is, zal reeds bij de oplegging willen uitleggen waarom hij van oordeel is

18 In Rb. Midden-Nederland 18 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3472 was de vordering tot tenuitvoerlegging van de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel gelijktijdig met de vordering tot oplegging ervan aan de orde.

19 Vgl. conclusie A-G Paridaens, 16 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:251.

dat het in het voorliggende geval toch echt noodzakelijk is dat de maatregel op een later moment zou kunnen worden ingezet.

### 8.1 Voorbeelden uit de rechtspraak

In de rechtspraak zien we standaardoverwegingen ontstaan, waarin de reden voor het opleggen van de maatregel wordt aangeduid, maar zien we ook dat feitenrechters daarmee in de regel niet volstaan. De standaardoverweging vormt vaak de afsluiting van een (meer of minder) uitgebreide motivering waarin de noodzaak (maar soms slechts het belang) van de oplegging van de maatregel wordt uiteengezet. Hieronder volgt – louter ter illustratie – een tamelijk willekeurige greep uit de gepubliceerde rechtspraak. Zo sloot het gerechtshof Den Haag af met de volgende overweging:<sup>20</sup>

‘Omdat het hof met de rechtbank van oordeel is dat de kans aanwezig is dat het recidiverisico na ommekomst van de gevangenisstraf nog niet tot een aanvaardbaar niveau is teruggedrongen, zal het hof ook de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking als bedoeld in artikel 38z Sr opleggen, zoals de reclassering heeft geadviseerd en de advocaat-generaal heeft geëist. Er is voldaan aan de formele eisen die de wet stelt voor het opleggen van deze maatregel. Het hof acht het opleggen van deze maatregel aangewezen ter bescherming van de algemene veiligheid van personen en goederen.’

Deze overweging volgde op een vrij uitgebreide motivering, waarin werd verwezen naar rapportages die over de verdachte waren uitgebracht en waarin een tamelijk somber beeld werd geschetst van de verdachte, zijn stoornissen en zijn weerstand tegen behandeling van die stoornissen, en het risico van recidive.

De rechtbank Den Haag legde de maatregel op omdat zij niet kon overzien of eventuele toekomstige risico's voldoende zouden kunnen worden ondervangen door de enkele strafoplegging:

‘De aard van de strafbare gedragingen, die in ernst toenamen en die bewust zijn gericht tegen het slachtoffer en haar familie, in combinatie met de ontkennende en weigerachtige houding van de verdachte baren de rechtbank ernstige zorgen. De rechtbank is hierom van oordeel dat het vanuit veiligheidsoogpunt niet verantwoord is de verdachte na detentie zonder enig toezicht terug te laten keren in de maatschappij. Niet valt te overzien of, en zo ja, in hoeverre, de toekomstige detentiefasering en voorwaardelijke invrijheidstelling voldoende waarborgen geven om eventuele toekomstige risico's te ondervangen. (...).’

---

20 Hof Den Haag 3 november 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2083.

Ook hier sloot de feitenrechter af met een algemene (standaard)overweging:<sup>21</sup>

'Aan de wettelijke vereisten voor de oplegging van een maatregel tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking als bedoeld in artikel 38z lid 1 Sr is voldaan, nu de maatregel wordt opgelegd ter bescherming van de veiligheid van anderen en de algemene veiligheid van personen of goederen, terwijl de verdachte mede wordt veroordeeld voor het hem onder 3 ten laste gelegde geweldsmisdrijf. Naar het oordeel van de rechtbank is de oplegging van de maatregel in het belang van de bescherming van de veiligheid van personen en goederen.'

In een belagingszaak besloot de rechtbank Amsterdam de verdachte, bij wie ziekte-inzicht en behandelmotivatie ontbraken, te veroordelen tot tbs met verpleging van overheidswege. De rechtbank ging uitvoerig in op de redenen om (gemaximeerde!) tbs op te leggen, en volstond vervolgens met een uiterst summiere motivering van oplegging van de maatregel van artikel 38z Sr:<sup>22</sup> 'De rechtbank ziet ook aanleiding om naast de TBS aan verdachte een GVM op te leggen. De rechtbank acht de oplegging van deze maatregel noodzakelijk ter bescherming van de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen.'

Waarschijnlijk vond de rechtbank dat de argumenten die aan de oplegging van de tbs-maatregel ten grondslag waren gelegd, ook voldoende inzicht gaven in de noodzaak van de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel (GVM).

De rechtbank Den Haag noemde in een zedenzaak het voorkomen van recidive een 'zwaarwegend belang'.<sup>23</sup> Men kan zich afvragen of daarmee de noodzaak van het opleggen van de maatregel wel voldoende is onderbouwd. De rechtbank overwoog het volgende:

'De rechtbank is van oordeel dat in onderhavige zaak het voorkomen van recidive van zwaarwegend belang is. Om dit te kunnen bewerkstelligen, kan een maatregel tot vrijheidsbeperking en gedragsbeïnvloeding, als bedoeld in artikel 38z Sr, worden opgelegd. Deze maatregel houdt in dat de verdachte zich na detentie aan vrijheidsbeperkende en gedragsbeïnvloedende maatregelen dient te houden en zich moet conformeren aan langdurig toezicht van de reclassering, opdat het risico op herhaling wordt geminimaliseerd. Aan de voorwaarden voor oplegging van genoemde maatregel is naar het oordeel van de rechtbank voldaan. De verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan de hierboven bewezenverklarde zedenmisdrijven. Dit zijn misdrijven die gevaar veroorzaken voor de onaantastbaarheid van het lichaam van één of meer personen en op deze strafbare feiten zijn naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraffen van vier of meer jaren gesteld. Bovendien is naar het oordeel van de rechtbank de oplegging van de maatregel in het belang van de bescherming van de veiligheid van anderen.'

21 Rb. Den Haag 9 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1145.

22 Rb. Amsterdam 12 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:563.

23 Rb. Den Haag 11 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:8849.

Men mag hopen dat bij een eventuele beslissing tot tenuitvoerlegging de noodzaak van de vrijheidsbeperking meer concreet wordt gemaakt (zeker wanneer men bedenkt dat in deze zaak de pro Justitia-rapporteurs hadden aangegeven dat de kans op recidive als laag en op de langere termijn hooguit als matig zou moeten worden ingeschat, waardoor die noodzaak op voorhand zeker niet als evident mag worden beschouwd).

De rechtbank Noord-Holland liet zich in een zaak waarin sprake was van een 'robuust patroon van disfunctioneren' van de verdachte wel uit over de noodzaak van langdurig toezicht om het recidiverisico te kunnen terugdringen.<sup>24</sup> Na een zeer uitvoerige beschrijving van de aan de orde zijnde problematiek overwoog de rechtbank als volgt:

'De rechtbank leidt uit de stukken omtrent de persoon van de verdachte af dat de kans op herhaling van geweld op de (middel)lange termijn groot is. Kenmerkend voor de persoonlijkheidsproblematiek van verdachte is namelijk dat hij in situaties kan komen waarin hij in zijn beleving een strijd tegen onrechtvaardigheid moet voeren. Indien in die strijd spanningen te hoog oplopen, kan niet worden uitgesloten dat verdachte (wederom) zal overgaan tot geweld. In verband met het recidiverisico neemt de rechtbank voorts in overweging dat verdachte eerder opzettelijk brand heeft gesticht waardoor – evenals thans het geval is – gevaar voor personen is ontstaan, hetgeen blijkt uit eerdergenoemd Uittreksel Justitiële Documentatie. Voorts betreft de rechtbank in haar oordeel dat verdachte ter terechtzitting heeft verklaard dat hij zelf ook vindt dat hij langdurig toezicht nodig heeft. Mede gelet op de inschatting van de deskundigen en de reclassering en hetgeen hiervoor is overwogen, is de rechtbank van oordeel dat het creëren van een mogelijkheid om verdachte, ook na beëindiging van de TBS met voorwaarden – die naar huidig recht maximaal negen jaren kan duren – langdurig onder toezicht te stellen noodzakelijk is om het recidiverisico in de toekomst naar een aanvaardbaar risico te kunnen terugdringen c.q. op een aanvaardbaar niveau te houden. Aan de wettelijke voorwaarden voor oplegging van de maatregel is voldaan. De rechtbank merkt ten overvloede op dat de maatregel pas kan worden tenuitvoergelegd na een daartoe strekkende vordering van het Openbaar Ministerie bij beëindiging van de TBS en een daaropvolgende beslissing van de rechtbank.'

De rechtbank Noord-Nederland kwam tot een ambtshalve oplegging – dat wil zeggen: zonder dat de officier van justitie de oplegging had gevorderd – van de maatregel van artikel 38z Sr, om aldus een langdurig resocialisatietraject mogelijk te maken na ommekomst van een gemaximeerde tbs met verpleging van overheidswege.<sup>25</sup> Daartoe werd het volgende overwogen:

'De rechtbank acht het voorts aangewezen dat verdachte, na beëindiging van de terbeschikkingstelling, wordt ondersteund bij het voorkomen van recidive. Beide rapporterende deskundigen

24 Rb. Noord-Holland 25 april 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:3509.

25 Rb. Noord-Nederland 1 december 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4185.

benadrukken de noodzaak van een langdurig toezichttraject na afloop van klinische behandeling. Om binnen de intramurale fase van de gemaximeerde terbeschikkingstelling de behandeldruk niet onnodig hoog te doen zijn, gelet op verdachtes beperkingen, zal de rechtbank ambtshalve de gedragsbeïnvloedende of vrijheidsbeperkende maatregel als bedoeld in artikel 38z van het WvSr opleggen. Deze maatregel maakt een langdurig resocialisatietraject mogelijk na omekomst van de gemaximeerde TBS met dwangverpleging. Naar het oordeel van de rechtbank is dit noodzakelijk om het recidive-risico in de toekomst naar een aanvaardbaar risico te kunnen terugdringen dan wel op een aanvaardbaar niveau te houden. In hoeverre en op welke wijze invulling aan deze maatregel moet worden gegeven is aan de officier van justitie die na omekomst van de terbeschikkingstelling een vordering tot tenuitvoerlegging van bedoelde maatregel kan indienen.'

Hierbij dient te worden opgemerkt dat het uiteindelijk dan toch nog de rechter zelf is die – weliswaar op vordering van de officier van justitie – beslist of de maatregel ten uitvoer wordt gelegd, en die (zo nodig) de voorwaarden stelt.

In de gepubliceerde rechtspraak zijn inmiddels talloze voorbeelden te vinden van zaken waarin de feitenrechter besluit de maatregel van artikel 38z Sr op te leggen. In veel van die zaken stond een verdachte terecht bij wie een psychiatrische aandoening of een ontwikkelingsstoornis werd vermoed of was gediagnosticeerd.<sup>26</sup> Soms ging het om ernstige problematiek, soms had de verdachte niet willen meewerken aan het onderzoek van gedragsdeskundigen of van de reclassering,<sup>27</sup> soms bleek de verdachte niet te motiveren voor behandeling,<sup>28</sup> en vaak was sprake van een combinatie van genoemde factoren. In alle gevallen werd het recidiverisico door de rechter dusdanig hoog ingeschat dat oplegging van de maatregel van artikel 38z Sr noodzakelijk (of tenminste van (zwaarwegend) belang) werd geoordeeld. In veel gevallen werd een langdurig behandel- en begeleidingstraject voorzien en werd ingezet op langdurig toezicht om de veiligheid gedurende langere tijd te kunnen beschermen.

- 
- 26 O.a. Hof Den Haag 6 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3205, Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2423, Hof Arnhem-Leeuwarden 15 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5554, Hof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1361, Rb. Gelderland 18 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3451, Rb. Oost-Brabant 11 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5810, Rb. Noord-Nederland 8 januari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:50, Rb. Noord-Nederland 18 februari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:720, Rb. Midden-Nederland 26 februari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:719 en Rb. Den Haag 26 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5737 (*nota bene*: geen ziekelijke stoornis of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens vastgesteld).
- 27 O.a. Rb. Den Haag 24 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9270 en Hof Amsterdam 19 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:634.
- 28 O.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1280.

De rechtspraak bevestigt het beeld dat de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking wordt opgelegd aan verdachten met een psychiatrische kwetsbaarheid. Door de wijze waarop de procedure is ingericht – waarbij advies wordt gevraagd aan (onder andere) de reclassering (in het kader waarvan een risicotaxatie plaatsvindt met behulp van de in de forensische psychiatrie/psychologie gebruikelijke risicotaxatie-instrumenten, en getracht wordt een diagnose te stellen) –, is het niet verwonderlijk dat juist deze categorie verdachten in beeld komt als delinquenten ‘met een hoog risiconiveau op recidive’. De samenleving moet – zo is de gedachte – worden beschermd tegen mensen die een gevaar vormen voor de veiligheid, en blijktbaar wordt dan al gauw aan deze groep gedacht.

Op het eerste gezicht klinkt dat logisch. Delinquenten hebben door hun strafbare gedrag immers al laten zien waartoe zij in staat zijn. Toch kan men zich afvragen of het wel ‘fair’ is dat de vrijheid van juist deze categorie (psychiatrisch kwetsbare) verdachten en veroordeelden extra en gedurende langere tijd wordt beperkt om de veiligheid van anderen of de algemene veiligheid te beschermen. Een specifieke groep delinquenten wordt geconfronteerd met langdurig strafrechtelijk ingrijpen om een reden die in veel gevallen in de persoon zelf gelegen is, en die zij daardoor niet kunnen ontkennen, en waartegen zij zich niet of nauwelijks met succes kunnen verweren. Door hun psychiatrische kwetsbaarheid worden zij al gauw gezien als potentiële recidivisten. Het opleggen en vervolgens ten uitvoer leggen van de maatregel lijkt een nuttig instrument om recidive te voorkomen, maar treft in de praktijk (vrijwel) altijd de meest kwetsbare verdachten en veroordeelden.

Dit gegeven hoeft op zich geen reden te zijn om in alle gevallen af te zien van het opleggen van de maatregel of om de maatregel als ongrondwettig of in strijd met bepaalde vrijheidsrechten te beschouwen. Integendeel. Beperking van de vrijheid door het stellen van gedragsbeïnvloedende voorwaarden en het houden van toezicht op de naleving ervan kan zonder twijfel bijdragen aan het verhogen van de veiligheid in de samenleving (al kan men zich afvragen of het inzetten van een repressief instrument wel het meest geschikt is om als preventieve maatregel te dienen). Wat ik probeer te zeggen is dat de ‘verplichte nazorg’ misschien wel (standaard) aan *alle* veroordeelden van zeden- en geweldsmisdrijven zou moeten worden aangeboden. Om willekeur bij de tenuitvoerlegging te voorkomen, zou er dan bijvoorbeeld voor kunnen worden gekozen om aan die nazorg een vaste termijn – van bijvoorbeeld twee jaren – te verbinden. Die periode van twee jaren sluit aan bij de vanaf 1 juli 2021 gebruikelijke maximale duur van de VI<sup>29</sup> en is te overzien voor zowel de betrokken veroordeelde als de instantie die de begeleiding moet organiseren en het toezicht moet houden.

29 Wet van 24 juni 2020 tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met de wijziging van de regeling inzake detentiefasering en voorwaardelijke invrijheidstelling (Wet straffen en beschermen), *Sib.* 2020, 224. Zie voorts de brief van de Minister voor Rechtsbescherming d.d. 2 april 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 35122, nr. 39.

Zolang de maatregel vooral één bepaalde categorie verdachten en veroordeelden treft, zal de rechter (die moet beslissen over de oplegging en over de tenuitvoerlegging van de maatregel) zich hiervan bewust moeten zijn en zal hij dit gegeven telkens bij de noodzakelijkheidsbeoordeling moeten betrekken om te voorkomen dat kwetsbare verdachten en veroordeelden onevenredig vaak en zwaar getroffen worden door deze ingrijpende repressieve maatregel, die als preventief middel en ter beveiliging van de samenleving wordt ingezet. Een terughoudende toepassing lijkt hier vooralsnog op haar plaats te zijn.

10

HET LAATSTE WOORD IS VOORALSNOG NIET GESPROKEN

Na de afronding van deze bijdrage heeft de Hoge Raad inmiddels een arrest gewezen waaruit mag worden afgeleid dat 'gelet op het mogelijk ingrijpende karakter en de potentieel lange duur van het toezicht' van de feitenrechter mag worden verlangd dat hij de motivering van de oplegging van de maatregel toespitst op het concrete geval.<sup>30</sup> Daarbij dient de opleggingsrechter 'onder meer' een inschatting te maken van het toekomstige recidiverisico, 'waarbij hij rekening houdt met het type delict (in het bijzonder of aan dat delict mogelijk een verhoogd recidiverisico kleeft), de omstandigheden waaronder dat is begaan en eventuele eerdere strafbare feiten'. De rechter dient met het oog hierop te beschikken over een recent reclasseringsadvies (met daarin een risicotaxatie). Dit advies hoeft overigens niet te strekken tot oplegging van de maatregel van artikel 38z Sr.

Ik ben benieuwd welke (aanvullende) eisen straks in de rechtspraak zullen worden gesteld aan de motivering van de beslissing tot tenuitvoerlegging van de maatregel.

---

30 HR 1 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:770, NJ 2021/220.