

Preadvies

van de

Adviescommissie Strafrecht**

inzake het

Wetsvoorstel langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking.

**Op verzoek van de ACS heeft advocaat, mr. J.A.W. Knoester, aan dit advies meegewerkt.

Inleiding

Het wetsvoorstel bevat onder meer een wijziging van artikel 38j van het Wetboek van Strafrecht (hierna Sr) inhoudende dat de maximumduur van de voorwaardelijke beëindiging van de terbeschikkingstelling komt te vervallen. Ook wordt beoogd het onderscheid op te heffen tussen de duur van de proeftijden bij V.I. als het gaat om algemene voorwaarden en bijzondere voorwaarden. Voorts wordt na artikel 38j een vijfde afdeling toegevoegd, inhoudende de mogelijkheid tot oplegging en tenuitvoerlegging van een gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel. Uit de Memorie van Toelichting (hierna MvT) blijkt dat het doel van dit wetsvoorstel ligt besloten in het vergroten van de maatschappelijke veiligheid, door middel van terugdringing van recidive. Duidelijk is dat men zich met name heeft laten leiden door de maatschappelijke onrust die ontstaat door de terugkeer in de maatschappij van zedendelinquenten en geweldsdelinquenten en de impact van recidive bij deze delinquenten op de maatschappij. Door middel van langdurig en (indien noodzakelijk) levenslang toezicht wordt beoogd de samenleving veilig te maken.

Binnen de Adviescommissie Strafrecht (ACS) is opgeworpen dat de maatregelen, zoals de Staatssecretaris deze thans voorstelt, de onveiligheid van de samenleving juist zouden vergroten. Met dit wetsvoorstel wordt immers aan de achterkant meer beveiliging op het systeem geplaatst, waardoor een afremmende werking in het voorportaal kan ontstaan.

Voorts is bij wijze van opmaat op het meer concrete commentaar op het wetsvoorstel van belang de cijfers kritisch tegen het licht te houden. De Staatssecretaris kondigt aan het onderhavig wetsvoorstel van belang te vinden omdat dit de samenleving meer zou beveiligen. Hij beroept zich hierbij op nieuwe cijfers van het WODC. Deze cijfers zouden laten zien dat over een periode van 18 jaar het recidivecijfer van ex-TBS-gestelden 30 % is. De Staatssecretaris betoogde dat ook na de eerste zes à ne-

gen jaar er nog sprake zou zijn van recidive. Tijdens het congres van het Expertisecentrum Forensische Psychiatrie d.d. 7 juni 2012, wierp een wetenschapper, verbonden aan één van de TBS-klinieken hier te lande, op dat de cijfers waaraan de Staatssecretaris refereert cumulatief zijn. Wanneer de cijfers in een grafiek worden getoond blijkt dat de cijfers altijd omhoog zullen gaan, omdat eerdere recidivegevallen ook in de latere jaren telkenmale opnieuw worden geteld. Dit betekent dat de grafiek *nooit* omlaag zal gaan, doch altijd omhoog. Het is dan ook logisch dat een recidivecijfer van 20 %, dat wordt gemeten over een kortere periode, nooit omlaag zal gaan wanneer een langere periode – zoals 18 jaar – worden beschouwd. Dit kan bij de gebruikte rekenmethode slechts omhoog gaan.

Indien de cijfers zorgvuldig worden geanalyseerd blijkt dat het grootste aantal recidivegevallen plaatsvindt in de eerste vier à vijf jaar na het einde van een TBS. Wanneer de gehele periode van 18 jaar wordt bekeken, blijkt dat het tweede deel van de door de Staatssecretaris (in navolging van het WODC-rapport) genoemde 18 jaar nog niet de helft van het aantal recidivegevallen haalt van de eerste negen jaar. Deze zienswijze op de cijfers werd tijdens voornoemd congres in de zaal bevestigd door de schrijfster van het WODC-rapport, Hanneke Schönberger. De Staatssecretaris reageerde hierop door te stellen dat je altijd weer bijleert. De ACS is van oordeel dat een juiste interpretatie van de cijfers op grond van vorenstaande duidelijk maakt dat de noodzaak voor de maatregelen zoals thans worden voorgesteld, niet gevonden kan worden in de door de Staatssecretaris genoemde cijfers van het WODC. Uit het meergenoemde WODC-onderzoek blijkt dat 21% van de onderzochte gevallen na negen jaar in herhaling is gevallen en 31% na 18 jaar. Anders dan door de Staatssecretaris eerder is betoogd, is dit geenszins een verdrievoudiging, nu de cijfers cumulatief zijn.

Overigens speelt ook nog een rol dat niet vergeten moet worden dat de cijfers zien op een groep TBS-patiënten die lange tijd geleden uitstroonden, te weten in ongeveer de jaren 1989-1993. De patiënten die in die tijd uitstroonden, genoten niet dezelfde behandelmethodes al patiënten heden ten dage. De behandelmethodes zijn thans aanzienlijk verbeterd, als gevolg waarvan op dit moment gunstiger recidivecijfers zijn te noemen voor de 'modernere' patiënt ten opzichte van de 'oudere' patiënten. Dit wordt ondersteund in becijferingen van WODC-rapportages. Uit de meest recente metingen blijkt dat de groep TBS-patiënten van de periode 2004-2008 vier keer minder (zeer ernstige) recidive toont dan de oudere groep.

Ten slotte is in de rapportage waarop de Staatssecretaris zich beroept geen rekening gehouden met het effect van longstay-patiënten. De longstay bestaat nog niet zo heel lang. Er bevinden zich thans mogelijk op de longstay-afdelingen patiënten die in de tijd voordat longstay bestond zouden zijn teruggekeerd in de samenleving. Het ligt in de lijn der verwachting dat juist de groep longstay-patiënten zou kunnen hebben gezorgd voor een aanzienlijke bijdrage aan het recidivecijfer.

Inhoud van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel heeft betrekking op het navolgende:

- a) Schrapping van de maximale duur van de voorwaardelijke beëindiging van de TBS met dwangverpleging (wijziging artikel 38j Sr), als gevolg waarvan langdurig en indien nodig levenslang toezicht mogelijk wordt;
- b) Wijziging artikel 15c waardoor het onderscheid tussen de duur van de proeftijden bij V.I. als het gaat om algemene voorwaarden en bijzondere voorwaarden wordt opgeheven.
- c) Introductie van een nieuwe maatregel, een zelfstandige langdurige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel voor TBS-gestelden met dwangverpleging wier terbeschikkingstelling definitief is beëindigd en voor zedendelinquenten wier gevangenisstraf is geëindigd of wier v.i. is geëindigd (nieuwe artikel 38z Sr).

Ad a.

Het uitgangspunt van het voorstel is de maximale duur van de voorwaardelijke beëindiging te schrappen, aangezien het in bijzondere gevallen onvermijdelijk zou zijn dat het toezicht ook na negen jaar voortduurt, hetgeen de veiligheid in de samenleving ten goede zou komen (p.7 MvT). De onderbouwing hiervoor wordt gezocht in de toename van de recidivecijfers onder zedendelinquenten en niet-zedendelinquenten met een zeer ernstig delict ook na verloop van 9 jaren (p.11-12 MvT). Recidivecijfers bij zedendelinquenten zijn als volgt: 3 jaar na uitstroom 10,1%, na 9 jaar 20,5% en na 18 jaar 30,5%. Bij niet-zedendelinquenten (met name geweldsdelinquenten) zijn de recidivecijfers na 3 jaar 9,5 %, na 9 jaar 16,1 % en na 18 jaar 20,5%. Deze cijfers kunnen echter geen rechtvaardiging bieden voor de schrapping van de maximale termijn van voorwaardelijke beëindiging van de TBS. Allereerst wordt in dit onderzoek niet gespecificeerd welk soort recidive het hier betreft. Zo wordt niet duidelijk of de nieuwe recidivecijfers uitgaan van ernstige strafrechtelijke verwijten, dan wel lichtere vergrijpen, zoals (winkel)diefstallen. Daarnaast zijn deze cijfers niet per definitie negatief te noemen. Immers bij de gedetineerden die zijn veroordeeld terzake van overige delicten liggen de recidivecijfers vele malen hoger, te weten ongeveer 80%, waarbij bovendien van belang is dat de groep ernstige zeden- en geweldsdelinquenten vele malen kleiner is dan de populatie 'gewone' gedetineerden. Geconcludeerd wordt dat de recidivecijfers van de eerste groep laten zien dat de reeds bestaande maatregelen de veiligheid verhoudingsgewijs gering doet zijn.

Met de schrapping van de maximale duur van de voorwaardelijke beëindiging wordt beoogd te voorkomen dat deze van rechtswege eindigt, terwijl toezicht nog geïndiceerd is (p.12 MvT). Daarover valt op te merken dat de voorgestelde oneindigheid niet met het karakter van de maatregel strookt. Het uitgangspunt van de TBS-maatregel is juist dat deze eindig is. Ingevolge artikel 2 van de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden is de TBS-maatregel zoveel mogelijk gericht op de behandeling van de veroordeelde en voorbereiding op diens terugkeer in de maatschappij.

De vraag is ook gerechtvaardigd wat de meerwaarde van het levenslang toezicht zal zijn. In de situatie immers waarbij een TBS zou zijn beëindigd is het strafrecht ook zonder een levenslang toezicht in staat in te grijpen wanneer een ex-terbeschikkinggestelde opnieuw in de fout zou gaan. De rechter kan in een dergelijk geval zelf de afweging maken welke strafrechtelijke reactie proportioneel is.

In de Memorie van Toelichting (p.13) wordt voorts geformuleerd dat de schrapping van de termijn de uitstroom van de TBS-gestelden uit de TBS-inrichtingen zal bevorderen. Als gevolg van de mogelijkheid van het langere toezicht, zou bij TBS-klinieken en het openbaar ministerie meer bereidheid ontstaan tot het bevorderen van voorwaardelijke beëindiging. Deze stelling is evenwel niet onderbouwd en zou een misvatting kunnen zijn. Om tot voorwaardelijke beëindiging van de dwangverpleging te kunnen overgaan, moet het recidivegevaar tot een aanvaardbaar niveau zijn teruggebracht. Er kan worden betwijfeld of de mogelijkheid van langere toezicht een en ander zal bespoedigen. De overgang naar voorwaardelijke beëindiging is immers voornamelijk afhankelijk van de beoordeling van het recidiverisico.

Ad b.

Het voorstel tot het opheffen van het onderscheid tussen de duur van de proeftijden bij V.I. als het gaat om algemene voorwaarden en bijzondere voorwaarden, lijkt op het eerste gezicht van gering belang, maar is bij nadere bestudering wel degelijk ingrijpend: waar nu de proeftijd bij bijzondere voorwaarden niet langer loopt dan de v.i., en dus niet langer dan de gevangenisstraf die de rechter in het licht van alle omstandigheden van het geval nodig heeft geoordeeld als reactie op het strafbare feit, wordt die proeftijd bij bijzondere voorwaarden straks minimaal een jaar. Een proeftijd van een jaar bij algemene voorwaarde (i.e. niet weer een strafbaar feit plegen) kan moeiteloos worden geaccepteerd nu een dergelijk gebod voor iedere burger geldt, maar waar het gaat om ingrijpende vrijheidsbeperkingen zoals die bij de bijzondere voorwaarden kunnen worden opgelegd¹ (zie artikel 15 a lid 3 Sr) en waartoe de rechter kennelijk bij oplegging van de straf geen noodzaak heeft gezien door geen voorwaardelijke straf op te leggen, is dit anders. De door de rechter opgelegde straf wordt hiermee immers in belangrijke mate verzwaaard. Hier signaleert de ACS het steeds vaker terugkerende verschijnsel, waarbij de wetgever c.q. de uitvoerende macht in vergaande mate de stoel van de rechter

¹ Zoals daar zijn: een verplichting op bepaalde tijdstippen of gedurende een bepaalde periode op een bepaalde locatie aanwezig te zijn, een verplichting zich op bepaalde tijdstippen te melden bij een bepaalde instantie, een verbod op het gebruik van verdovende middelen of alcohol en de verplichting ten behoeve van de naleving van dit verbod mee te werken aan bloedonderzoek of urineonderzoek of opname van de veroordeelde in een zorginstelling gedurende een bepaalde termijn, ten hoogste gelijk aan de proeftijd, een verplichting zich onder behandeling te stellen van een deskundige of zorginstelling gedurende een bepaalde termijn, ten hoogste gelijk aan de proeftijd, het verblijven in een instelling voor begeleid wonen of maatschappelijke opvang gedurende een bepaalde termijn, ten hoogste gelijk aan de proeftijd

wil bezetten. De nieuwe regeling wordt in het wetsvoorstel onderbouwd met het argument dat het zo vervelend is als bij gevangenisstraf van minder twee jaar het toezicht al zo snel eindigt, maar het komt de ACS voor dat de oude regeling, juist als het gaat om lichtere straffen, proportioneler is.

Ad c)

In het voorgestelde artikel 38z Sr wordt een nieuwe maatregel geïntroduceerd strekkende tot gedragsbeïnvloeding of langdurige vrijheidsbeperking, die kan worden opgelegd aan verdachten aan wie TBS met dwangverpleging of een gevangenisstraf wegens een misdrijf in de zin van artikelen 240b, 242 tot en met 250 of 273f Sr (zedenmisdrijven) wordt opgelegd. De maatregel wordt opgelegd voor de duur van vijf jaar. Het betreft hier een toezichtsmaatregel voor TBS'ers en zedendelinquenten met een gevangenisstraf, die kan worden tenuitvoergelegd nadat de TBS of de gevangenisstraf definitief is geëindigd. In lid 4 en 5 van het voorgestelde artikel 38z Sr worden de mogelijke gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende voorwaarden niet limitatief opgesomd. De voorwaarden lopen uiteen van het meewerken aan bloedonderzoek en urineonderzoek tot opname in een zorginstelling, gebiedsverbod, reisverbod of de verplichting te verhuizen.

Ten eerste is onduidelijk wat de meerwaarde van een dergelijke maatregel is. Met deze maatregel beoogt de Minister de recidivekans te beperken. Het opleggen van dergelijke voorwaarden geschiedt thans in het kader van de voorwaardelijke beëindiging van de dwangverpleging of voorwaardelijke invrijheidsstelling. Opmerkelijk hier is wel echter dat in lid 3 van het voorgestelde artikel naast de herhalingsgrond als grond voor oplegging van de maatregel is opgenomen de omstandigheid dat de maatregel noodzakelijk is ter voorkoming van belastend gedrag jegens slachtoffers of getuigen, of ter voorkoming van de confrontatie tussen veroordeelde en slachtoffer of getuigen. Dit laatste is een belangrijke en verstrekkende uitbreiding van de gronden voor de oplegging van een zeer ingrijpende maatregel. Het heeft tot gevolg dat ook in het geval er geen sprake meer is van recidivegevaar en de TBS-maatregel definitief wordt beëindigd er alsnog kan worden overgegaan tot tenuitvoerlegging van de maatregel in het belang van de slachtoffers of getuigen (p.13 MvT). Allereerst kan voor deze uitbreiding van de gronden geen grondslag worden gevonden in het systeem van de wet. Het is onredelijk om, wanneer de grondslag voor de TBS-maatregel komt te vervallen doordat er geen sprake meer is van recidivegevaar, er in plaats daarvan een nieuwe maatregel wordt opgelegd gebaseerd louter op het belang van de slachtoffers en getuigen. Dit geldt des te meer nu deze belangen reeds tijdens de TBS-maatregel, de voorwaardelijke beëindiging van de dwangverpleging of de voorwaardelijke invrijheidsstelling in acht worden genomen en sterk samenhangen met het recidivegevaar. De oplegging van een zelfstandige maatregel op deze gronden is voorts onwenselijk, daar het los staat van het gedrag van de ter beschikking gestelde of gedetineerde.

Op pagina 15 van de MvT wordt voorts geformuleerd dat de maatregel een alternatief biedt ten aanzien van verdachten aan wie geen TBS kan worden opgelegd als gevolg van hun weigering aan een onderzoek mee te werken. In dit soort gevallen zou aldus aan zedendelinquenten in plaats van de TBS, deze maatregel kunnen worden opgelegd en tenuitvoergelegd na afloop van de gevangenisstraf of de voorwaardelijke invrijheidsstelling. Hiermee kan de in artikel 37 lid 2 Sr neergelegde voorwaarde dat TBS slechts kan worden opgelegd nadat de rechter is voorzien van de rapportages van twee gedragskundigen, uitdrukkelijk worden omzeild. De drempel voor het opleggen van de voorgestelde maatregel is immers veel lager dan bij de oplegging van de TBS-maatregel. Hier is slechts vereist een advies van een reclasseringsinstelling en indien de gedragsbeïnvloeding betrekking heeft op behandeling of opname in een zorginstelling, een medische verklaring (artikel 38z lid 2 Sr). Gelet op het verstrekken karakter van de maatregel die vergelijkbaar is met de TBS-maatregel, is het aan de oplegging van deze maatregel ten grondslag leggen van andere criteria niet alleen onwenselijk maar kan dit ook in strijd komen met grondrechtelijke – als verdragsrechtelijke bepalingen. Dit geldt des te meer nu de maatregel voor de duur van vijf jaar wordt opgelegd en de toetsing van de maatregel in beginsel slechts om de vijf jaar plaatsvindt (artikel 38z lid 7 Sr). Zulks staat niet in verhouding tot het langdurige karakter van de maatregel.

Als het bijvoorbeeld gaat om de voorwaarde tot *onder behandelingstelling*, moet daarbij worden gedacht aan het recht op lichamelijke integriteit als bedoeld in art. 10 van de Grondwet en het recht op bescherming van het privéleven als bedoeld in art. 8 EVRM. Als het gaat om *opneming* in een zorginstelling, is toetsing aan artikel 5 EVRM van belang.

Ingaande op dit laatste recht: volgens vaste rechtspraak van het EHRM (Winterwerp, Varbanov) is detentie van psychiatrische patiënten slechts gerechtvaardigd indien

(1) de stoornis van de geestvermogens moet op grond van betrouwbare en objectieve medische gegevens zijn aangetoond, tenzij sprake is van een noodgeval; (2) de stoornis moet zodanig zijn dat vrijheidsbeneming gerechtvaardigd is; (3) de voortzetting van de vrijheidsbeneming is alleen rechtmatig zolang de stoornis voortduurt.

Voor wat betreft de onder 1 genoemde voorwaarde, oordeelde het EHRM ook nog dat de vaststelling dat er sprake is van een stoornis van de geestvermogens moet plaats vinden op basis van een '*objective medical expertise*'.

In het arrest Varbanov is voorts helder uiteengezet aan welke strenge eisen een opname en behandeling in een zorginstelling dient te voldoen:

"that it is only justified where other, less severe measures, have been considered and found to be insufficient (.." en dat «no deprivation of liberty of a person considered as being of unsound

mind may be deemed in conformity with Article 5 1 (e) of the Convention if it has been ordered without seeking the opinion of a medical expert", waarbij de medische verklaring moet zijn gebaseerd op actuele medische gegevens (r.o. 47)

In de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel lijkt men deze strenge eisen te willen omzeilen door te suggereren dat bij oplegging van deze voorwaarde geen sprake is van dwangbehandeling of dwangopname (p. 16 MvT). Dat standpunt is echter niet goed vol te houden wanneer wordt bedacht dat op het niet naleven van een dergelijke voorwaarde een serieuze 'straf' in de vorm van vrijheidsbeneming staat, te weten de tenuitvoerlegging van een vervangende hechtenis van minimaal 10 dagen en maximaal een jaar is.

De ACS pleit er voor dat de Minister alsnog ingaat op de wijze waarop de voorgestelde bepalingen zich tot bovenvermelde rechten verhouden. Hetgeen in de Memorie van Toelichting onder 10. daarover is gesteld, is te summier en niet toereikend: artikel 10 van onze Grondwet noch artikel 5 EVRM vinden bespreking, terwijl de toetsing aan art. 8 EVRM slechts in zeer algemene bewoordingen plaats vindt

Ook op het punt van de door de Minister voorgestelde voorwaarden in art. 38z lid 5, te weten

- d. niet naar bepaalde gebieden te reizen;
- e. zich niet te vestigen in een bepaald gebied;
- f. te verhuizen uit een bepaald gebied

welke de bewegingsvrijheid ernstig inperken, wordt een verdragsrechtelijke beschouwing node gemist. Meer in het bijzonder moet dan worden gedacht aan de al dan niet verenigbaarheid van deze voorwaarden met artikel 12 IVBPR en art. 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM. In die bepalingen is neergelegd, kort samengevat, dat iemand die zich wettig op het grondgebied van een Staat bevindt, het recht heeft om zich op het grondgebied van een Staat vrijelijk te verplaatsen en aldaar zijn verblijfplaats vrijelijk te kiezen en dat de uitoefening van deze rechten slechts onder bepaalde, in die bepalingen omschreven, voorwaarden mag worden beperkt. Of de in dit wetsvoorstel aangebrachte beperkingen op deze rechten daaraan voldoen is, gelet op:

- de mogelijke duur van de maatregel,
- de schaarse toetsingsmomenten en
- het feit dat daaraan niet een concreet strafbaar feit ten grondslag ligt maar het maatschappelijk belang en een eerder geschonden rechtsorde (p. 21 MVT),

de vraag.

Voor zover deze in art. 38 z neergelegde voorwaarden zich niet alleen uitstrekken over de binnenlandse verplaatsingsvrijheid van een veroordeelde maar ook een beperking in het reizen naar het buitenland betreffen, kan daarnaast niet worden ontkomen aan een toetsing aan de toepasselijke Europese regelgeving. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het reisverbod vooral is bedoeld als beperking bij zedendelinquenten die zich schuldig hebben gemaakt aan mensenhandel of sekstoerisme in het buitenland. De voorwaarde is daartoe echter niet beperkt. Ook kan het zijn, aldus de Memorie van Toelichting, dat het strafbare feit is gerelateerd aan een persoon die in het buitenland woonachtig is. In dat geval kan de rechter de maatregel zodanig vormgeven dat de betrokkene niet naar het betreffende land mag reizen waar het strafbare feit is gepleegd of het land waar de betreffende persoon woonachtig is (p. 17 MvT).

Als de wet wordt ingevoerd zoals voorgesteld, kan dit tot gevolg hebben dat iemand de rest van zijn leven een bepaald land niet meer mag bezoeken. Dat kan ook een land van de Europese Unie betreffen. En als het reisverbod wordt opgelegd aan een EU-burger, dan is het maar zeer de vraag of de Europese regelgeving een dergelijk drastische beperking van de bewegingsvrijheid tolereert. In dit verband kan de tik op de vingers die het Hof van Justitie heeft uitgedeeld aan Nederland waar het de spiegelbeeldige situatie betrof, namelijk gedwongen *verwijdering* door ongewenstverklaring, (Hof van Justitie EG 27 oktober 2007, Bouchereau), niet worden genegeerd. Daar ging het er om dat het verblijfsrecht van EU-onderdanen in een andere lidstaat is gebaseerd op de Richtlijn inzake het verblijfsrecht, nummer 2004/38 EG en dat verwijderingsmaatregelen weliswaar kunnen worden genomen, maar alleen mogen worden getroffen om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid. Voorzover de maatregel om redenen van openbare orde zijn gegeven, moet zij berusten op 'actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving'. Zij moet 'in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel en uitsluitend gebaseerd zijn op het gedrag van betrokkene. Strafrechtelijke veroordelingen vormen als zodanig geen reden voor deze maatregelen' (art. 27). De Nederlandse praktijk van ongewenstverklaringen van EU-burgers voldeed destijds niet aan deze eisen.

Of de thans voorgestelde wettelijke regeling aan de daarvoor relevante Europeesrechtelijke voorschriften voldoet, is maar zeer de vraag. Ook hier kan het gaan om een belangrijke beperking van de vrijheid van een EU-onderdaan om zich binnen de EU te verplaatsen en zich daar te vestigen. Het lijkt in ieder geval onontkoombaar dat de Minister deze vraag nader onderzoekt.

Amsterdam, 8 juni 2012

Adviescommissie Strafrecht

Mr. R. van der Hoeven, voorzitter,

namens deze, mr. R. Croes-Hoogendoorn, secretaris