

Voorlopige tbs-oplegging als bijdrage aan de oplossing van
de weigeraarsproblematiek

Voorlopige tbs-oplegging als bijdrage aan de oplossing van de weigeraarsproblematiek

*Een nadere rechtsvergelijkende beschouwing van het
Nederlandse en Duitse recht*

Prof. mr. P.A.M. Mevis
Prof. mr. S. Struijk
Prof. dr. mr. M.J.F. van der Wolf



Boom juridisch
Den Haag
2020

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

© 2020 Prof. mr. P.A.M. Mevis, prof. mr. S. Struijk en prof. dr. mr. M.J.F. van der Wolf
| Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reproductieregeling van Stichting Reprerecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-860-4
ISBN 978-90-8974-123-3 (e-book)
NUR 824

www.boomjuridisch.nl

Inhoudsopgave

1. Inleiding; aanleiding en reikwijdte; onderzoeksvragen	7
1.1. Aanleiding en reikwijdte	7
1.2. Onderzoeksvragen	17
1.3. Opzet van onderzoek	17
2. Voorlopigheid in het Nederlandse sanctierecht?	21
2.1. Voorheen: de tbs met aanwijzingen	21
2.2. Oordeel over het indexdelict als ‘gewelddelict’ kan niet (meer) aan de tweede rechter worden overlaten	24
2.3. Omzetting van de Pij-maatregel in de tbs-maatregel	25
2.4. De beslisconstructie van de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbepalende maatregel (GVM)	27
2.5. De maatregel van plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders (ISD)	32
2.6. Tussenconclusie	36
3. Relevante aspecten uit het Duitse sanctierecht	41
3.1. Inleiding: in recente tijden sterk gewijzigd recht	41
3.2. Enige algemene aspecten	42
3.3. Het fundament van expliciet wettelijk voorgeschreven <i>Verhältnismäßigkeit</i>	46
3.4. Enige relevante aspecten uit de regeling van de <i>Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus</i> , mede in vergelijking met de regeling van de <i>Unterbringung in der Sicherungsverwahrung</i>	50
3.5. Enige relevante aspecten van de maatregel van de <i>Unterbringung in der Sicherungsverwahrung</i> meer zelfstandig beschouwd	57
3.5.1. Algemene voorwaarden voor oplegging; recidive en <i>Hang</i>	59
3.5.2. Drie varianten van oplegging	65
3.6. Tussenconclusie	70
4. Integrale beschouwing en conclusie	73
4.1. Inleiding: afzonderlijke beantwoording van vragen en een integrale beschouwing	73
4.2. De eerste deelonderzoeksvraag: Nederlands recht	73
4.3. De tweede onderzoeksvraag: Duits recht	77
4.4. De derde onderzoeksvraag: mogelijk recht?	80
4.5. De vierde onderzoeksvraag: wenselijk recht?	83
4.6. Beantwoording van de centrale onderzoeksvraag	86
Lijst van gebruikte afkortingen	88
Bijlage I: Motie Van Toorenburg en Van Wijngaarden	89
Bijlage II: Wetsartikelen Duits recht	90

1. Inleiding; aanleiding en reikwijdte; onderzoeksvragen

1.1. Aanleiding en reikwijdte

In de offerteaanvraag van het Ministerie van Justitie en Veiligheid is de centrale onderzoeksvraag voor dit onderzoek als volgt geformuleerd:

‘Kan in Nederland, een voorwaardelijke tbs-maatregel worden geïntroduceerd, waarbij een rechter gedurende de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf kan besluiten de tbs-maatregel alsnog ten uitvoer te leggen?’

Deze vraagstelling staat niet op zichzelf. Zij is ontstaan in de loop van het debat over de problematiek van de weigerende observandi (weigeraarsproblematiek). In dat debat is ook een reeds eerder door ons in opdracht van het ministerie verricht, breder onderzoek van belang. Het onderhavige onderzoek is daarvan deels een voortzetting en toespitsing. Voor een juist begrip van het onderhavige onderzoek en de conclusies en uitkomsten daarvan, zetten wij de relevante stand van zaken betreffende de discussie over de weigeraarsproblematiek en de relatie met de uitkomsten van het eerdere onderzoek hierna kort nader uiteen. De aanleiding en de reikwijdte van het onderhavige onderzoek vloeien daaruit voort.

De eerdere beoordeling van een groter aantal voorstellen: toespitsing in het onderhavige onderzoek

In een eerder stadium van het politieke debat over de weigeraarsproblematiek zijn een twaalftal, onderling nogal verschillende voorstellen voor oplossing en wetswijziging bijeengebracht. Ons is in 2018 verzocht de verschillende voorstellen afzonderlijk en in samenhang met elkaar van een juridische toets te voorzien. Dat leidde tot het onderzoek naar de 'Juridische haalbaarheid van voorgestelde oplossingen voor de weigeraarsproblematiek omtrent tbs-oplegging', dat eind 2018 verscheen.¹ Daarin zijn alle twaalf voorgestelde oplossingen telkens beoordeeld op de juridische haalbaarheid en implicaties van het betreffende voorstel; de vraag of het betreffende voorstel past in het bestaande Nederlandse stelsel van het straf- en sanctierecht, de houdbaarheid van het voorstel in relatie tot Europeesrechtelijke verdragen – in het bijzonder het

1 Zie: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/10/08/%E2%80%9Cjuridische-haalbaarheid-van-voorgestelde-oplossingen-voor-de-weigeraarsproblematiek-omtrent-tbs-oplegging%E2%80%99%E2%80%99>. Het rapport is daarna separaat gepubliceerd: P.A.M. Mevis, S. Struijk & M.J.F. van der Wolf, *Juridische haalbaarheid van voorgestelde oplossingen voor de weigeraarsproblematiek omtrent tbs-oplegging*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018. Zie voor de reactie van de Minister voor Rechtsbescherming *Kamerstukken II* 2018/19, 29452, 229 waarover nog nader hierna.

EVRM – en de veronderstelde werkzaamheid ten aanzien van het weigeraarsprobleem.

De werkzaamheid van de afzonderlijke voorstellen is beoordeeld aan de hand van een probleemanalyse, waaruit naar voren kwam dat het weigeraarsprobleem weliswaar verschillende kanten heeft, maar dat het resterende juridische probleem de vaststelling van de voor tbs-oplegging vereiste stoornis is. Een flink aantal voorstellen dat dit probleem niet adresseerde kon daarom worden ‘weggestreept’, net als een aantal voorstellen dat evident niet past binnen ons nationaalrechtelijke systeem of evident onhoudbaar bleek in een Europeesrechtelijke toets. Zo bleven er op hoofdlijnen twee typen voorstellen over die werkzaam en mogelijk juridisch houdbaar zouden kunnen zijn. Aangezien het debat en het onderhavige onderzoek zich daarop toespitst, lichten wij deze twee typen voorstellen kort nader toe.

Het eerste type betreft de voorstellen die de maatregel van tbs niet langer aan het vereiste van een door de rechter vastgestelde stoornis zouden willen binden. Omdat hiermee ook de e-grond van artikel 5 lid 1 EVRM, die detentie van ‘*persons of unsound mind*’ mogelijk maakt, verloren raakt, en zeer langdurige opsluiting zonder die grond uiteindelijk niet meer te rechtvaardigen is, concludeerden wij in het vorige onderzoeksrapport dat het onwenselijk is om dit type voorstellen over te nemen.

Een tweede categorie voorstellen, die het probleem van de stoornisvaststelling adresseerde, had als gemeenschappelijk kenmerk dat een zekere splitsing gemaakt wordt tussen het moment van berechting en het moment van oplegging van de tbs-maatregel. Op die manier zou, zo was kennelijk de gedachte achter deze voorstellen, in een later stadium, als er eventueel meer inzicht in de persoonlijkheid van de verdachte is verkregen, alsnog de tbs kunnen worden opgelegd. Deze categorie van voorstellen is weer onder te verdelen in voorstellen die de gehele sanctionering opschorten, zoals in een tweefasenproces, en voorstellen die behelzen dat reeds wel bij berechting een sanctie – met name gevangenisstraf – moet worden opgelegd, waarna (eventueel) later en apart (dus zonder dat de berechting een tweefasenproces wordt) (als)nog een tbs-oplegging kan volgen. Aan al dergelijke voorstellen kleven naar ons oordeel vanuit het nationaalrechtelijke systeem overwegende bezwaren die de samenhang van de sanctionering door de berechtende rechter op grond van het door en voor hem gevoerde, openbare onderzoek ter terechtzitting en (het stelsel van) de tegen diens beslissingen in te stellen (gewone) rechtsmiddelen raken, terwijl bij de Europeesrechtelijke toets de voorzienbaarheid van de alsnog op te leggen sanctie problematisch is. Aan de meeste van deze voorstellen kleeft bovendien het gevaar van geringe werkzaamheid, nu de belangrijkste reden voor een verdachte om zijn medewerking aan onderzoek te weigeren het voorkomen van tbs-oplegging is. Zolang die maatregel nog niet is opgelegd, blijft de weigering daarmee strategisch

van waarde zodat kan worden verwacht dat de verdachte in die weigering volhardt. In het vorige onderzoeksrapport concludeerden wij ten aanzien van dergelijke voorstellen dat het daarmee nog maar de vraag is of de enkele langdurigere observatie (tijdens de tenuitvoerlegging van enige, wel reeds opgelegde sanctie) voldoende informatie oplevert om op een later moment wel de stoornis vast te (kunnen) stellen.

Mede vanwege deze vraagtekens concludeerden wij ook ten aanzien van deze voorstellen dat het niet wenselijk is die over te nemen. Bij dat oordeel speelde uitdrukkelijk mee dat – toen reeds – in de rechtspraak gedragkundigen en rechters elkaar al beter bleken te kunnen ‘vinden’, waardoor de rechter de voor tbs-oplegging vereiste ‘stoornis’ (in juridische zin) zelf beter, gemakkelijker en vaker bleek te kunnen vaststellen en er aan weigeraars regelmatig tbs bleek te worden opgelegd. Deze situatie is sindsdien niet veranderd. In dat kader is ook van belang dat enkele recent in werking getreden wetwijzigingen beogen voor de berechtende rechter meer informatie beschikbaar te maken ten behoeve van zijn eventuele vaststelling van een stoornis (in juridische zin) ten tijde van het delict. Het gaat daarbij in het bijzonder om de mogelijkheid tot verlenging van de observatietermijn in het PBC en de mogelijkheid die artikel 37a Sr, zoals dat luidt sedert 1 januari 2020, biedt om na een procedure tot doorbreking van het medisch beroepsgeheim eventuele oudere, over de verdachte beschikbare informatie voor de strafrechter toegankelijk te maken. Wij adviseerden deze deels nieuwe mogelijkheden eerst en nog beter te benutten.

Wij benadrukten in ons rapport daarbij dat het vaststellen door de rechter van een stoornis (in juridische zin) bij de verdachte ten tijde van het delict, geen hoge drempel zou moeten of hoeven te zijn, omdat het juridische stoornisbegrip inhoudelijk een heel ruim criterium is, welke stoornis ten tijde van het delict vervolgens ‘slechts’ aannemelijk hoeft te zijn. Om die reden stelden wij voor om het stoorniscriterium voor oplegging van tbs *niet* mee te nemen in de algemene terminologische vernieuwingsslag richting ‘psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening of verstandelijke handicap’ zoals die in de recente wetgevingsoperatie (Wvggz, Wzd, Wfz en in wetten tot invoering van Boek 6 Sv (nieuw) voorziene wijzigingen van het WvSr en het WvSv) toentertijd beoogd en inmiddels per 1 januari 2020 deels ook voorzien is. De ‘oude’ bewoording (‘gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens’) drukt immers – omdat de nieuwe terminologie volgens de toelichting bewust aansluit bij het gedragskundige DSM-handboek – duidelijker uit dat het bij het stoornisbegrip in juridische zin (inderdaad) om een juridische en niet louter om een gedragskundige vaststelling gaat. De daardoor in stand gelaten ‘ruimte’ tussen het juridisch stoornisbegrip in de wet en meer gedragskundige noties ter zake is altijd bedoeld geweest om geen hoge drempel op te werpen als vanwege de bescherming van de samenleving tbs-oplegging aangewezen zou zijn. Juist bij weigeraars is dit in artikel 37a Sr behouden stoornisbegrip daarom van belang.

Los van deze overwegingen met betrekking tot de materiële inhoud van het stoornisbegrip opperden wij in ons eerdere rapport in strafprocessuele zin om de (bestaande) mogelijkheid van een tussenbeslissing in aangewezen gevallen te benutten.

De kabinetsreactie en wetswijziging

In de op het eerdere onderzoek volgende beleidsreactie is door de Minister voor Rechtsbescherming opnieuw het gehele veld van de opties om met weigerende observandi om te gaan in kaart gebracht.² Daarbij is er voor gekozen om inderdaad geen van de twaalf voorstellen over te nemen voor omzetting in wet- of regelgeving. Desondanks is er wel één wetswijziging geïnitieerd, maar zulks vooral ter *verduidelijking* van de stand van zaken in wet en rechtspraak om de weigeraarsproblematiek niet groter te doen lijken dan die in werkelijkheid is, nu rechters immers ook bij weigerende observandi tbs opleggen. Het gaat daarbij om de hiervoor inhoudelijk deels reeds aangestipte, bij de Wet van 18 december 2019 (Invoeringwet USB) tot stand gebrachte wijziging van artikel 37a lid 1 Sr,³ welke wetswijziging op 1 januari 2020 in werking is getreden.⁴ Bij die wetswijziging heeft, naast het reeds gememoreerde handhaven van het juridische stoorniscriterium in de voorheen bestaande formulering van ‘gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens’, bovendien in artikel 37a lid 1 Sr een redactionele volgordewijziging plaatsgevonden waarbij het gevaarscriterium aan het stoorniscriterium voorafgaat. Daarnaast wordt thans door een meer actieve werkwoordsvorm ‘doet overleggen’ in plaats van ‘heeft doen overleggen’ in het derde lid van artikel 37a Sr benadrukt dat de rechter het primaat heeft in de communicatie met de gedragskundigen. Deze wetswijziging is inhoudelijk in lijn met de conclusies en slotopmerkingen uit ons rapport uit 2018.

De motie Van Toorenburg en Van Wijngaarden en de opdracht voor het onderhavige onderzoek

De kabinetsreactie lokte zelf weer een reactie uit vanuit de Tweede Kamer. Daar werd op 3 april 2019 de volgende motie van de leden Van Toorenburg en Van Wijngaarden kamerbreed aangenomen:⁵

2 Kamerstukken II 2018/19, 29452, 229.

3 Wet van 18 december 2019, *Stb.* 2019, 504.

4 Besluit van 18 december 2019, *Stb.* 2019, 507.

5 *Kamerstukken II* 2018/19, 33628, 53. De motie is als bijlage I bij dit rapport gevoegd.

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

overwegende dat is gebleken dat er behoefte is aan mogelijkheden om op een later moment tbs te kunnen opleggen, wanneer blijkt dat de veiligheid van de samenleving en delinquenten hierbij gebaat zijn;

constaterende dat bij jeugdige delinquenten het mogelijk is om een voorwaardelijke Pij-maatregel op te leggen;

constaterende dat er in het Duitse recht een systeem bestaat van het opnemen van een voorwaardelijke vorm van tbs in het vonnis van de rechter;

verzoekt de regering, te onderzoeken of en hoe het mogelijk kan worden gemaakt dat de rechter voorwaardelijke tbs kan opleggen, zodat een rechter op een later moment alsnog kan besluiten dat tbs gewenst is, en de Kamer daarover in 2019 te informeren,

en gaat over tot de orde van de dag.

In de op de motie gebaseerde onderzoeksopdracht van het Ministerie van Justitie en Veiligheid voor het onderhavige onderzoek is bij de beschrijving van de aanleiding van het onderzoek toegevoegd dat met dat ‘later moment’ wordt bedoeld op ‘gedurende de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf’, en zulks, blijkens een latere passage in de opdracht, ‘op basis van waarnemingen gedurende detentie’. De in de opdracht geformuleerde deelvragen sluiten aan bij de overwegingen en constatering uit de motie.

Interpretatie van de motie en onderzoeksopdracht; voorlopige tbs-oplegging

Gezien de eerste overweging uit de motie is duidelijk dat in het onderhavige onderzoek opnieuw die modaliteiten centraal staan die een zekere splitsing maken tussen het moment van berechting en het moment van oplegging van de tbs-maatregel. De daaropvolgende constatering in de motie is juridisch moeilijker te plaatsen. De voorwaardelijke Pij-maatregel voldoet immers niet aan dat kenmerk van een latere oplegging. Het gaat daarbij eerder om een ‘gewone’ voorwaardelijke sanctie zoals er meer zijn in het jeugd- en het volwassenenstrafrecht. Er bestaat bijvoorbeeld ook een tbs met voorwaarden of een voorwaardelijke gevangenisstraf. Het gemeenschappelijke kenmerk van al deze modaliteiten is telkens dat de sanctie wordt opgelegd, maar dat deze niet ten uitvoer wordt gelegd zolang de veroordeelde zich aan bepaalde voorwaarden houdt. Bij een eventuele schending van de voorwaarden kan alsnog de tenuitvoerlegging van de sanctie

worden bevolen. Een cruciaal element bij deze modaliteiten is echter het wettelijk vereiste dat reeds bij de berechting aan alle voorwaarden voor oplegging van de sanctie moet worden voldaan en zulks ook door de berechtende rechter moet worden vastgesteld alvorens hij de sanctie kan opleggen. Vervolgens wordt de veroordeelde de kans geboden de tenuitvoerlegging te voorkomen door zich gedurende een door de berechtende rechter vast te stellen proeftijd aan voorwaarden te houden. Er is geen sprake van een mogelijkheid om op een later moment een sanctie te kunnen opleggen, zoals in de bewoordingen aan het begin van de motie wel voor de tbs beoogd te worden bereikt.

Mogelijkerwijs wordt met de referte aan de Pij-maatregel in de motie bedoeld op de omzetting van de Pij-maatregel in de tbs-maatregel, zoals per 1 januari 2020 voorzien in artikel 6.6.33 Sv (art. 77tc Sr (oud)). Hierin is in ieder geval sprake van een ‘later moment’ dan de berechting waarop besloten kan worden de Pij-maatregel (alsnog) om te zetten in een tbs-maatregel. Aan die modaliteit wordt hieronder nader inhoudelijke aandacht besteed.

Op deze plaats is belangrijker dat zich in de formulering van de motie het vermoeden opdringt dat met de in de motie gebruikte terminologie ‘voorwaardelijk(e)’ in juridisch zin eerder op iets anders wordt bedoeld. Immers, nu er wordt gezocht naar een later moment dan de berechting voor alsnog tbs-oplegging is waarschijnlijk niet het woord ‘voorwaardelijk’ maar de term ‘voorlopig’ bedoeld.

Hierin worden wij gesterkt door de daaropvolgende verwijzing in de motie naar het Duitse recht. In ons voorafgaande rapport hebben wij kort het bestaan van de ‘*vorbehaltene Sicherungsverwahrung*’ genoemd,⁶ die een voorlopig karakter kent, waarbij voor een van de voorwaarden bij oplegging een ‘voorbehoud’ wordt gemaakt zodat op een later moment kan worden vastgesteld of aan die voorwaarde voor oplegging is voldaan.

Een andere aanwijzing dat in de motie en opdracht bedoeld wordt op ‘voorlopige’ tbs-oplegging in plaats van ‘voorwaardelijke’ tbs-oplegging is te halen uit het feit dat er bij de twaalf eerder verzamelde en beoordeelde voorstellen er één gericht was op invoering van ‘voorlopige tbs-oplegging’ (in het rapport voorstel 12). Dat voorstel was echter zo weinig uitgewerkt, dat het niet heel diepgaand beoordeeld kon worden. De in de opdracht voor het onderhavige onderzoek geformuleerde toevoeging van ‘gedurende de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf [...] op basis van waarnemingen gedurende de detentie’ vertoont ook overeenkomsten met voorstel 1.

6 Mevis, Struijk & Van der Wolf 2018, in het bijzonder onder 2.2.2 en onder 2.2.

Wij zullen daarom in het onderstaande niet langer de term ‘voorwaardelijke’ oplegging maar ‘voorlopige’ oplegging hanteren.

Gegeven de relevantie voor het onderhavige onderzoek naar mogelijkheden betreffende een dergelijke ‘voorlopige’ oplegging, bespreken we de beide eerder geopperde en beoordeelde voorstellen hieronder kort aan de hand van de beoordeling daarvan in ons vorige rapport. Mede op basis daarvan volgen daarna de onderzoeksvragen voor het onderhavige onderzoek.

De relevante voorstellen: openingen voor nadere beschouwing in het onderhavige onderzoek

Het indertijd als eerste geopperde en beoordeelde voorstel 1 was afkomstig van de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna AP; wij spreken daarom hieronder ook van het voorstel AP). Het was expliciet bedoeld als een alternatief om de via de Wet forensische zorg in artikel 37a Sr te introduceren mogelijkheid van doorbreking van het medisch beroepsgeheim ten aanzien van gegevens over de verdachte uit de reguliere gezondheidszorg te voorkomen. Daarom is het van belang op deze plaats op te merken dat dit laatste voorstel recent in werking is getreden. In zoverre is aan dit voorstel de aanvankelijke grond voor overweging komen te vervallen.

Inhoudelijk impliceert het voorstel AP – kort gezegd – de mogelijkheid om de weigering van de verdachte/observandus om mee te werken aan een over hem uit te brengen gedragskundige rapportage, door de berechtende rechter in zijn beslissing in vonnis of arrest als zodanig op te nemen en uitdrukkelijk vast te leggen. Daarna zou in een aparte procedure door een andere rechter dan de berechtende rechter alsnog tbs kunnen worden opgelegd. Dat zou kunnen, volgens het voorstel, op basis van observatie van de betrokkene gedurende de executie van de straf (naar in het voorstel wordt aangenomen: gevangenisstraf) ‘(z)odra de uitspraak onherroepelijk is’. Als termijn van die observatie en dus tot aan de beslissing om alsnog tbs op te leggen, wordt gedacht aan een termijn van twee jaar. Strijd met het EVRM hoeft niet te bestaan omdat, zo was de gedachte achter het voorstel, door de vastlegging van de weigering door de berechtende rechter, het eventueel alsnog opleggen van tbs voldoende voorzienbaar en voorspelbaar is voor de betrokkene. Het voorstel zocht hier aansluiting bij het mechanisme van de inrichting van de (aparte) procedure tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Het voorstel AP omvat daarbij de optie dat de tweede rechter de tbs oplegt ‘(eventueel) dus ook in plaats van de reeds opgelegde gevangenisstraf’. Het voorstel vermeldt in dat kader: ‘(E)r kan geen principiële bezwaar zijn tegen het later door de rechter alsnog verlagen van een reeds opgelegde straf’.

Het voorstel AP bevat geen voorstellen tot het aanpassen van de wettelijke regeling in het WvSr met betrekking tot de inhoudelijke voorwaarden waaraan voldaan moet zijn, wil tbs (alsnog) kunnen worden opgelegd of toegepast. Dat is te begrijpen vanuit het idee achter het voorstel dat er in voorkomende gevallen bij

de berechting nog niets over een eventuele tbs-oplegging wordt besloten. Omgekeerd gezegd: kennelijk ontstaat er in het voorstel op basis van de weigering van de verdachte om aan onderzoek en rapportage mee te werken een algemene aanspraak binnen het sanctiestelsel tot het later alsnog opleggen van de tbs-maatregel.

Zoals wij in ons rapport uit 2018 nader uiteen hebben gezet moet dit concrete voorstel (en op het punt van latere oplegging van de tbs-maatregel vergelijkbare voorstellen) met name worden bezien in het licht van de hindernissen en bezwaren die in het algemeen kleven aan het splitsen van het oordeel van de berechtende, sanctie-opleggende rechter en een nadere beslissing van een andere rechter tot (in dit geval) het alsnog opleggen van tbs. Anders dan in het voorstel AP wordt verondersteld, bestaan er (reeds) aanzienlijke systematische bezwaren tegen het alsnog aanpassen (verlagen) van een eerder bij inmiddels onherroepelijk vonnis als uitkomst van een onderzoek ter terechtzitting opgelegde (gevangenis)straf. Zulks terwijl het voorstel uitdrukkelijk wel van de wenselijkheid en juridische haalbaarheid van die mogelijkheid tot verlaging van straf uitgaat, als voorwaarde voor het mogelijk alsnog opleggen van tbs.

Daarmee hangt een ander punt samen. De inhoudelijk uitgewerkte grondslag van het voorstel, welke de AP zoekt in de vergelijking met de bestaande mogelijkheden om aan de verdachte/veroordeelde (alsnog) voordeelontneming op te leggen c.q. tot onttrekking aan het verkeer van bepaalde ‘gevaarlijke’ voorwerpen te kunnen beslissen (hoewel op zichzelf, net als de tbs, een voorbeeld uit het strafrechtelijk sanctiepakket waarbij sprake is van een strafrechtelijke maatregel en niet van een straf), gaat inhoudelijk mank. Anders dan bij de twee genoemde strafrechtelijke maatregelen is bij de rechterlijke beslissing tot het opleggen van tbs immers de samenhang met de rechterlijke beslissing over de sanctie ‘voor het overige’, in het bijzonder die over de duur van de gevangenisstraf, van belang. De beslissing tot tbs-oplegging is onderdeel van het totaalpakket van de rechterlijke sanctiebeslissing.

Het eindoordeel moest derhalve zijn dat het voorstel AP, dat gebaseerd is op een inhoudelijk niet standhoudende vergelijking met de (afzonderlijke) procedure tot het opleggen van twee andere strafrechtelijke maatregelen, veel overhoop haalt. Met name het aspect van de splitsing van beslissingen over de sanctionering van een strafbaar feit over verschillende rechters en procedures lijkt niet volledig te zijn doordacht. Zulks mede omdat de verwachting niet per se gerechtvaardigd is dat de in het voorstel later beslissende rechter over het eventueel alsnog opleggen van tbs op dat latere moment over wezenlijk meer of andere informatie omtrent de betrokken persoon van de verdachte zal kunnen beschikken dan zijn ‘berechtende’ collega, aangezien eerder kan worden verwacht dat de verdachte in zijn weigerende houding zal volharden en zich dus zal blijven ‘verstopen’.

Het indertijd beoordeelde voorstel 12 inzake de voorlopige tbs-maatregel is aanvankelijk geopperd door het Eerste Kamerlid De Bruijn-Wezeman (VVD) op 15 januari 2018:

‘... dan doen wij graag nog een andere suggestie aan de hand, namelijk die van voorlopige tbs. Wanneer de verdachte blijft weigeren het onderzoek in het Pieter Baan Centrum te ondergaan, legt de rechter, indien het tot een veroordeling komt, naast straf een voorlopige tbs op voor onbepaalde tijd totdat de veroordeelde wel meewerkt. Na ontvangst van de bevinding van het Pieter Baan Centrum heft de rechter dan de voorlopige tbs op en neemt een besluit over het wel of niet opleggen van tbs.’⁷

Ook bij de formulering van dit voorstel is het oppassen met wat precies bedoeld wordt, in het bijzonder met de aanduiding ‘voorlopige’ oplegging. Men kan dat weinig anders verstaan dan als oplegging, en wel door de berechtende rechter. Juist hierin onderscheidt het voorstel zich dan van bovenvermeld voorstel 1/voorstel AP, waar de oplegging en dus de vaststelling dat aan de criteria voor tbs voldaan is, wordt uitgesteld. Zo verstaan, rijst ten aanzien van het hier besproken voorstel wel de vraag waarover het PBC later nog moet adviseren, anders dan wellicht over een toetsing van een eerder vastgestelde stoornis en gevaarlijkheid. Vervolgens, zo begrijpen wij het voorstel, beslist de tweede rechter of de tbs-oplegging definitief wordt, dan wel dat de aanvankelijk voorlopig opgelegde maatregel alsnog niet wordt doorgezet.

De juridische haalbaarheid van dit voorstel 12 lijkt, zo concludeerden wij in het eerdere rapport, niet onmiddellijk problematisch, ervan uitgaande dat het voorlopig opleggen van tbs alleen geïndiceerd is als aan alle voorwaarden voor tbs voldaan is. Omdat voorlopige oplegging in de benadering van het voorstel weinig anders kan worden verstaan dan als oplegging en dus vaststelling van de (bestaande) criteria door de berechtende rechter, rijst ten aanzien van het voorstel echter de vraag in hoeverre de daarin voorgestelde situatie dan significant verschilt van de bestaande situatie. Dat hangt mede af van hetgeen waarover de tweede rechter op basis van welke criteria nog te beslissen zou hebben. Thans is de eerste rechter die de oplegging toetst de (eerste) verlengingsrechter na twee jaar tbs. Als dit voorstel impliceert dat tijdens/na de gevangenisstraf en voorafgaand aan de tenuitvoerlegging van de tbs-maatregel nogmaals getoetst wordt of iemand nog steeds aan de criteria voldoet, is dat een interessant idee dat in ieder geval aan het kennelijk bedoeld nader pro Justitia onderzoek ten goede zal komen. Wie zal er nog medewerking aan een in een latere fase verricht onderzoek weigeren, als dat er alleen voor kan zorgen dat een al opgelegde tbs-maatregel niet ten uitvoer wordt gelegd?⁸

⁷ *Handelingen I* 2017/18, 14, item 3, p. 23.

⁸ Wij komen op een dergelijke tenuitvoerleggingsbeslissing later in dit rapport nog terug.

Als de voorlopigheid van de oplegging in dit voorstel daarentegen ook impliceert dat bij de beslissing van de berechtende rechter op welke wijze dan ook, niet volledig aan de criteria hoeft te zijn voldaan, wordt de oplegging ook in dit voorstel 12 in zoverre doorgeschoven en is deze dus niet ‘voorlopig’. Daarmee ontstaan dan in de eerste plaats voor een deel dezelfde bezwaren die tegen het voorstel AP rijzen. Voorts ontstaat zo, in deze benadering van dit voorstel 12, de extra complicatie dat het voorstel voor een ‘voorlopige tbs’ dan in feite de introductie van een nieuwe maatregel, of een nieuwe variant van tbs, met (immers) eigen voorwaarden voor oplegging impliceert. Mocht er tijdens de tenuitvoerlegging van de straf wel nog meer informatie moeten worden verzameld, dan is ten eerste de vraag hoeveel informatie dat wordt, nu betrokkene een strategisch belang houdt om te weigeren, en ten tweede is de mate van informatie die verzameld kan worden mede afhankelijk van de inrichting van de tenuitvoerlegging van de in dit voorstel bedoelde voorlopige tbs, op een wijze dat deze informatie (bijvoorbeeld door observatie) ook werkelijk verzameld kan worden. De suggestie, die uit het voorstel naar voren komt, te weten dat een betrokkene gedurende het uitstel geobserveerd blijft worden in het PBC is niet realistisch op basis van huidige wetgeving (maximaal twee keer zeven weken) en de capaciteitsdruk in het PBC in de praktijk.

Zoals gezegd, bevatten beide voorstellen aspecten van een modaliteit van ‘voorlopige’ tbs, die ook de kern van het onderhavige onderzoek uitmaakt. Afgezien van de in ons eerder rapport geformuleerde, hierboven kort samengevatte bevindingen ten aanzien van beide voorstellen, zijn deze voorstellen, zoals vermeld, in de mede als reactie op ons eerdere onderzoek bedoelde brief aan de Tweede Kamer niet geselecteerd voor verdere uitwerking in gewijzigde wet- of regelgeving. Desondanks schuilt de meerwaarde van het onderhavige, nadere onderzoek dan – afgezien van de rechtsvergelijking met Duitsland – in een verdere doordenking en uitwerking van de gedachte van voorlopigheid van de op te leggen sanctie(s in samenhang) in en naar aanleiding van de hierboven geciteerde motie die de directe aanleiding is voor het onderhavige onderzoek. Bij het verder doordenken van die modaliteit kan dan zowel worden gedacht aan een *oplegging(s)beslissing* op een later tijdstip dan de berechting, dan wel een latere *tenuitvoerleggingsbeslissing* naar aanleiding van een bij de berechting voorlopig opgelegde maatregel. Het materiële onderscheid daartussen is dat voor oplegging nodig is dat op dat moment moet worden vastgesteld dat aan de criteria daarvoor voldaan is. Als dat moment na de berechting is, dan impliceert dit dat bij de berechting de vaststelling dat aan enig criterium voldaan is, via een voorbehoud zou (moeten) kunnen worden uitgesteld. Zeker voor dat laatste is de in de motie aangevraagde vergelijking met het Duitse rechtstelsel aangewezen, aangezien een dergelijke constructie ten aanzien van oplegging van een maatregel daar wel bestaat.

1.2. Onderzoeksvragen

Op basis van het bovenstaande komen wij tot de volgende centrale onderzoeksvraag voor het onderhavige onderzoek:

‘Kan in Nederland een voorlopige tbs-maatregel worden geïntroduceerd, waarbij een rechter gedurende de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf kan besluiten de tbs-maatregel alsnog op te leggen dan wel ten uitvoer te leggen?’

Op basis van de motie en de opdracht komen we daarbij tot een volgende onderverdeling in deelvragen:⁹

1. Bestaan er vergelijkbare voorlopige vormen van sanctie-oplegging in het Nederlandse sanctierecht en zo ja, welke lessen zijn daaruit te trekken voor de haalbaarheid van een voorlopige tbs-maatregel?
2. Bestaan er vergelijkbare voorlopige vormen van sanctie-oplegging in het Duitse sanctierecht, en zo ja, welke lessen zijn daaruit te trekken voor de haalbaarheid van een voorlopige tbs-maatregel in Nederland?
3. Zijn er materiële en strafprocessuele voorwaarden denkbaar waarbinnen een voorlopige tbs-maatregel gestalte kan krijgen?
4. Hoe verhoudt een dergelijke voorlopige tbs-maatregel, gegeven de gevonden mate van haalbaarheid, zich ten opzichte van andere oplossingen voor de weigeraarsproblematiek?

1.3. Opzet van onderzoek

In deze paragraaf wordt uitgelegd hoe we de genoemde deelvragen zullen uitwerken en welke reikwijdte zij (dus) hebben. Voor wat betreft de wijze van verslaglegging sluiten we aan bij die van ons vorige rapport over de juridische haalbaarheid van voorgestelde oplossingen voor de weigeraarsproblematiek bij

9 Op basis van de bovenstaande uitleg zijn daarmee vragen uit de offerte enigszins anders geformuleerd. De vragen in de offerte luiden:

1. Op welke wijze is de voorwaardelijke tbs in Duitsland opgenomen in het rechtssysteem? Betreft het een bijkomende straf of een bijkomende maatregel?
2. Hoe verhoudt de voorwaardelijke pij-maatregel in het jeugdstrafrecht zich tot de omschreven vorm van voorwaardelijke tbs?
3. Dient de voorwaardelijke tbs in deze vorm een door de rechter vooraf gemaximeerd te worden?
4. Aan welke eisen dient te worden voldaan om een voorwaardelijke tbs op te nemen in het vonnis en vervolgens te kunnen tenuitvoerleggen?
5. Zijn er alternatieve oplossingen denkbaar?

tbs-oplegging. Het onderhavige onderzoek is daarvan immers een voortzetting door een verdieping of nadere beschouwing ten aanzien van aspecten van die twee van de twaalf daarin besproken voorstellen die trekken van een voorlopige tbs vertonen, zoals hierboven kort nader uiteengezet. Net als in het eerdere rapport uit 2018 beogen we – mede omwille van de voor het onderzoek beschikbare tijdsperiode – een betrekkelijk ‘kort en bondig oordeel’ over de eventuele introductie van een voorlopige vorm van tbs. Dat betekent dat ook dit rapport deels is opgemaakt als een ‘expert opinion’; we beantwoorden de vragen grotendeels op basis van reeds aanwezige kennis, aangevuld met vanwege de gevraagde verdieping verricht nader onderzoek, met name ten aanzien van de rechtsvergelijking met Duitsland. Voor de verslaglegging wordt daarmee in dit rapport niet naar een uitputtende bronverwijzing gestreefd. Bronvermelding vindt vooral daar plaats waar dat uit voor een goed of verder begrip van de materie van belang of anderszins uit een oogpunt van wetenschappelijke integriteit, bijvoorbeeld bij een letterlijk citaat, aangewezen is.

Bij de *eerste deelvraag* gaan wij hieronder in **hoofdstuk 2** nader in op de mogelijkheden voor een vorm van voorlopige tbs-maatregel in het Nederlands strafrechtelijk sanctierecht. Daarvoor hebben wij die sanctiemodaliteiten geselecteerd die het meest gelijkenis vertonen met de te onderzoeken, in de motie voorgestane voorgestelde systematiek. Ten aanzien van de Pij-maatregel uit het jeugdstrafrecht richten we ons als gezegd op de mogelijkheid van omzetting in een tbs-maatregel uit artikel 6.6.33 Sv (art. 77tc Sr (oud)). Hier is van belang in hoeverre in de wettelijke regeling aspecten van een vorm van ‘voorlopige maatregel’ te ontwaren zijn. Andere modaliteiten die op dit punt door ons zullen worden gezien zijn die van de ‘tussentoets’ voorzien in de wettelijke regeling van de ISD-maatregel en de wettelijke systematiek van de recent ingevoerde maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking (GVM; art. 38z Sr). Maar we beginnen vanuit historisch perspectief met een beschouwing over de tbs met aanwijzingen, de voorloper van de tbs met voorwaarden, omdat daar ten aanzien van het vaststellen van de criteria voor oplegging een interessante parallel mee is te trekken, gevolgd door enige aandacht voor het feit dat in de bestaande tbs-regeling voor wat betreft de kwalificatie van het indexdelict het accent op de beslissing van de tbs-opleggende rechter is komen te liggen.

In **hoofdstuk 3** volgt een antwoord op de *tweede deelvraag* naar relevant vergelijkingsmateriaal in het Duitse strafrecht. Nu de weigeraarsproblematiek gecentreerd is rond de vaststelling van de psychische stoornis, zal eerst gekeken worden naar de specifieke maatregel in het Duitse recht voor psychisch gestoorde delinquenten. Daarna verleggen we de blik naar de ‘*Sicherungsverwahrung*’, die niet is voorbehouden aan psychisch gestoorde, maar waarvan wel een vorm bestaat van oplegging door de berechtende rechter met een voorbehoud voor vaststelling van één bepaald criterium. We schetsen de actuele stand van zaken in

het Duitse recht.¹⁰ We zullen de nadruk leggen op relevante verschillen en overeenkomsten voor de eventuele introductie in Nederland van een vorm van voorlopige tbs-maatregel.

De *derde en vierde* deelvraag worden behandeld in de slotbeschouwing in **hoofdstuk 4**. Voor de derde vraag geldt dat de ‘of’-vraag (is een voorlopige tbs-maatregel mogelijk) – inderdaad – alleen maar te beantwoorden is in het licht van (nader te realiseren) eisen en voorwaarden in de wettelijke regels van beslissen over opleggen en tenuitvoerleggen van zo’n voorlopige tbs-maatregel. Hetgeen daartoe in het vonnis moet (kunnen) worden opgenomen, maakt daarvan een essentieel onderdeel uit en zal als zodanig apart aan de orde komen. De poging een verdere invulling te geven aan een eventuele vorm van voorlopige tbs raakt ook aan het hiervoor reeds als essentieel aangeduid aspect van de relatie van verknochtheid van de rechterlijke beslissing(en) bij *oplegging* respectievelijk bij *tenuitvoerlegging* in zo’n modaliteit van voorlopige tbs enerzijds en de relatie met het indexdelict anderzijds. Wij zullen daarbij ook de in de offerte gestelde vraag naar maximering van de tbs als onderdeel van de voorlopige vorm daarvan bespreken, zowel vanuit het oogpunt van juridische haalbaarheid als van wenselijkheid.

Voor wat betreft de *vierde* deelvraag geldt, dat wij de eventuele mogelijkheden tot invoering van een voorlopige vorm van de tbs-maatregel ook zullen afwegen tegen – wellicht minder ingrijpende – alternatieven voor ‘oplossing’ van de weigeraarsproblematiek.

¹⁰ De vraag uit de offerte of dit een bijkomende straf of maatregel betreft achten wij verder niet relevant in dit verband.

2. Voorlopigheid in het Nederlandse sanctierecht?

Zoals gezegd, onderzoeken wij in dit tweede hoofdstuk eventuele mogelijkheden van voorlopige sanctieoplegging in het Nederlandse sanctierecht. We beginnen met enige aspecten van de tbs, inclusief een weliswaar niet meer bestaande, maar nochtans voor het onderzoek relevante variant uit een nog niet zo ver verleden en inclusief de gronden waarop de wetgever op deze modaliteit terugkwam.

2.1. Voorheen: de tbs met aanwijzingen

In 1988 werd de toen bestaande voorwaardelijke terbeschikkingstelling van de Regering (TBR) met de Wet Herziening TBR vervangen door de terbeschikkingstelling met aanwijzingen.¹¹ Door deze sanctie als een zelfstandige vorm van tenuitvoerlegging van de terbeschikkingstelling te rubriceren werd de kritiek op de daarvoor bestaande regeling aldus beantwoord dat het onlogisch was een vorm van de beveiligingsmaatregel op te leggen die niet per se vrijheidsbeneming inhield. De term ‘aanwijzingen’ moest uitdrukken dat de enkele niet-naleving daarvan nog geen omzetting in terbeschikkingstelling met dwangverpleging rechtvaardigde.

Voorlopig karakter van de tbs met aanwijzingen: geen formeel criterium

In diezelfde herzieningswetgeving werd het een formeel vereiste voor oplegging van tbs met dwangverpleging – de onvoorwaardelijke vorm – dat de rechter zich een multidisciplinair gedragsdeskundig advies had doen overleggen. Het formele criterium van die voorwaarde was echter (slechts) gekoppeld aan de last tot dwangverpleging en dus niet vereist voor de beslissing tot oplegging van de tbs met aanwijzingen. Pas als omzetting in de tbs met dwangverpleging aan de orde kwam, was een dergelijk advies (alsnog) vereist. In die zin is de tbs met aanwijzingen enigszins te beschouwen als een voorlopige tbs-oplegging, nu het gedragsdeskundig onderzoek later kon plaatsvinden en in zoverre aan één van de criteria (rapportage) niet reeds bij de berechting hoefde te worden voldaan. De vergelijking met in dit onderzoek te onderzoeken modaliteiten van voorlopige tbs als in de geciteerde motie bedoeld, gaat echter mank, omdat bij deze vroegere vorm van tbs bij oplegging van de aanwijzingen wel door de rechter moest (kunnen) worden vastgesteld dat aan alle materiële criteria voor tbs-oplegging was voldaan, zoals de stoornis en het gevaar. In de praktijk hield dat in dat er doorgaans ook voor oplegging van tbs met aanwijzingen al een gedragsdeskundig rapport aanwezig was, zodat de rechter op basis daarvan de materiële criteria van stoornis en gevaar kon vaststellen (formeel gezien kon daartoe dan bijvoorbeeld wel een monodisciplinair rapport volstaan).

11 Wet van 19 november 1986, *Stb.* 1986, 587. De informatie in deze paragraaf is gebaseerd op M.J.F. van der Wolf, *TBS – veroordeeld tot vooroordeel. Een visie na analyse van historische fundamentele van recente knelpunten, het systeem en buitenlandse alternatieven* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

Dat er in de praktijk vaak al een rapport aanwezig was, werd uiteindelijk een belangrijk argument om (ook) dit formele criterium van rapportage aan de last tot terbeschikkingstelling als opleggingsbeslissing van de berechtende rechter te koppelen en niet enkel (en alsnog) aan de latere last tot dwangverpleging. Overigens werd de hele tbs met aanwijzingen in de wetswijziging uit 1997 naar aanleiding van de Commissie Fokkens vervangen door de tbs met voorwaarden.¹² Voor die wetswijziging hanteerde de wetgever verschillende redenen, waarvan de terugloop van het aantal jaarlijkse opleggingen van deze voorwaardelijke variant de meest objectieve was. Voorts waren er in literatuur en beleidsstukken, die elkaar in die jaren snel opvolgden, vele bezwaren tegen de regeling van de tbs met aanwijzingen geuit. Hofstee heeft die indertijd op een rij gezet.¹³ Ten eerste betrof dat de onduidelijkheid van de doelgroep en van de opleggingsvereisten. Daarbij ging het er vooral om dat in de tekst van de regeling dezelfde criteria golden als voor tbs met dwangverpleging, terwijl in de praktijk sprake was van andere typen delicten en een ander type gevaar. Ten tweede bleek de bereidheid van de betrokkene tot medewerking, waar de variant teveel van afhankelijk was gesteld, problematisch, al is die bereidheid ook de opvolger van de tbs met aanwijzingen, te weten: de tbs met voorwaarden blijven gelden. Ten derde werd het ontbreken van een sanctie bij het niet naleven van de aanwijzingen als stok achter de deur als belangrijkste belemmering gezien nu de enige sanctie bestond in de omzetting in dwangverpleging. Maar daarvoor waren, ten vierde, de voorwaarden te zwaar. Op de keper beschouwd was slechts één nieuw ernstig misdrijf voldoende reden voor omzetting, maar daarvoor kon veelal net zo goed een (nieuwe) terbeschikkingstelling met dwangverpleging worden opgelegd. Daarnaast moest er, zoals gezegd, voor omzetting een multidisciplinair gedragskundig advies worden verstrekt, wat naast rompslomp juist het probleem van weigering opriep.

Dat laatste is een historische les die men, gesteld voor de vraag of een vorm van voorlopige tbs kan/moet worden ingevoerd, ook thans nog ter harte zou moeten nemen: hoe meer er werd voorgesorteerd op oplegging van tbs met dwangverpleging – immers de enige overgebleven beslissing nu de tbs-maatregel al ‘voorwaardelijk’ is opgelegd – hoe hardnekkiger de weigering werd.

Een vijfde bezwaar was de beperkte mogelijkheid van combinatie met een gevangenisstraf. Laatstgenoemde straf mocht, naast tbs met aanwijzingen, namelijk slechts een jaar bedragen. Die grens was gekozen om het ambulante karakter van de gehele sanctionering te handhaven, nu een gevangenisstraf van die duur geheel voorwaardelijk kan worden opgelegd. Door deze beperkte combinatiemogelijkheid werd tbs met aanwijzingen voor de rechter waarschijnlijk een minder aantrekkelijk alternatief. Al was, ten zesde, het meest gebruikte alternatief de voorwaardelijke

12 Wet van 25 juni 1997, *Stb.* 1997, 282.

13 E.J. Hofstee, ‘De TBS met aanwijzingen: een kwijnend bestaan?’, in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Overheid en patiënt. Ontwikkelingen in de forensische psychiatrie*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 165-174.

gevangenisstraf. Daarmee kon hetzelfde, zelfs opname als bijzondere voorwaarde, bereikt worden, zij het enkel met de stok achter de deur van de straf en dus niet de dwangverpleging. De uitvoering was, ten zevende, slecht controleerbaar en er was ten achtste een moeizame aansluiting bij de reguliere GGZ.

Uiteindelijk waren de belangrijkste wijzigingen in de regeling van de tbs uit deze wetwijziging in 1997 de volgende. De naam van de sanctie werd veranderd in tbs met voorwaarden. Hiermee werd aangegeven dat een gemakkelijkere omzetting, bij niet-naleving van die voorwaarden, in de onvoorwaardelijke variant van dwangverpleging, mogelijk moest zijn. De regeling sloot aan bij die van de voorwaardelijke beëindiging van de dwangverpleging door de rechter die als variant in diezelfde wetwijziging werd geïntroduceerd. De mogelijk in combinatie met tbs met voorwaarden op te leggen straf werd verhoogd naar drie jaar (later vijf jaar). Als criteria voor omzetting in dwangverpleging werden ingevoerd het niet naleven van voorwaarden of het anderszins voldoen aan het gevaarscriterium.¹⁴ De verschuiving van gedragsbeïnvloeding naar beveiliging werd onderstreept door enkele procedurele bevoegdheden, zoals aanhouding bij het niet naleven van de voorwaarden, en de mogelijkheid van vordering tot wijziging voorwaarden of omzetting bij de rechter. En uiteraard: de eis tot multidisciplinaire rapportage werd niet langer gekoppeld aan het bevel tot verpleging, maar aan (de beslissing tot het opleggen van) de maatregel van terbeschikkingstelling als zodanig, als beslissing voorbehouden aan de berechtende rechter. Overigens werd niet verwacht dat dit een hogere belasting voor die berechtende rechter zou betekenen, omdat, zoals gezegd, er in veel gevallen van de oude regeling van tbs met aanwijzingen toch ook al wel gerapporteerd werd.¹⁵

Hoewel dus een aantal bezwaren nog steeds wel opgeld doet, wordt sinds de wijziging wel vaker tbs met voorwaarden opgelegd dan zulks voorheen ten aanzien van de tbs met aanwijzingen het geval was, al blijven daarin schommelingen zichtbaar. Voor het onderhavige onderzoek is van belang te constateren dat deze vroegere tbs-variant geen lang leven was beschoren, niet enkel maar wel mede vanwege enkele bezwaren rond de 'voorlopigheid' ervan. Bovendien betrof dit voorbeeld van een uitgesteld criterium een formeel vereiste (rapportage). Het gaat daarom als voorbeeld voor een mogelijke regeling van een uitgesteld *materieel* vereiste (zoals stoornis of gevaar) mank. Ook toont deze historie aan dat de weigering van de betrokken verdachte aan onderzoek en rapportage door de voorlopigheid eerder hardnekkiger werd dan dat de

14 De wetgever denkt hierbij aan een 'plotselinge verslechtering van de geestelijke toestand van betrokkene gepaard gaande met symptomen die zich ook voorafgaand aan het plegen van het delict hebben voorgedaan', *Kamerstukken II 1994/95*, 24256, 6, p. 8. In deze situatie werkt de omzetting preventief. Daarvan te onderscheiden is een daadwerkelijke (ernstige) recidive. In dat geval kan een nieuwe tbs worden opgelegd, mogelijk met dwangverpleging. De eerdere tbs met voorwaarden komt dan ingevolge art. 381 lid 1 Sr te vervallen.

15 *Kamerstukken II 1995/96*, 24256, 6, p. 8-9.

onderzoekbaarheid van de verdachte en zijn bereidheid aan onderzoek mee te werken toenam.

2.2. Oordeel over het indexdelict als ‘gewelddelict’ kan niet (meer) aan de tweede rechter worden overgelaten

In het kader van de analyse van het voor dit onderzoek relevante Nederlandse recht is ten slotte nog een aspect van de regeling van de tbs van belang. In geval tbs wordt opgelegd, is de vraag relevant of bij het misdrijf ter zake waarvan dat gebeurt sprake is van een misdrijf dat gericht is tegen of (dat) gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen’ in de zin van artikel 38e Sr. Men spreekt kortheidshalve wel van ‘gewelddelict’. In geval daarvan sprake is, wordt de rechter die ‘de maatregel van tbs met verpleging’ oplegt, in artikel 359 lid 7 Sv op straffe van nietigheid en onder opgave van redenen voorgeschreven dit in het vonnis te vermelden. De formulering is aldus gebonden aan de beslissing tot het opleggen van tbs ‘met verpleging’. De bewoordingen van de wet dwingen er aldus niet toe dat de rechter die tbs oplegt, maar dan in de modaliteit van tbs met voorwaarden, zich (reeds) over de kwalificatie van het indexdelict uit laat. Dat kan hij – nog steeds volgens de woorden van de wet – overlaten aan de rechter die beslist over de omzetting van tbs in dwangverpleging (de omzettingsrechter) of eventueel de verlengingsrechter. In zijn arrest van 30 januari 2018 heeft de Hoge Raad echter bepaald dat in alle gevallen waarin tbs wordt opgelegd, ook als dat de modaliteit van tbs met voorwaarden is, steeds de opleggende rechter moet aangeven of van een gewelddelict sprake is.¹⁶ De Hoge Raad komt met dit oordeel terug op zijn arrest van 12 februari 2013, in welk arrest het oordeel over de kwalificatie van het indexdelict bij tbs met voorwaarden, conform de tekst van de wet, nog aan de ‘omzettingsrechter’ werd gelaten.¹⁷ Dat de Hoge Raad met zijn nieuwe opvatting tegen de uitdrukkelijke woorden van de wet ingaat, die de rechterlijke kwalificatie immers alleen verbindt aan tbs met dwangverpleging, vindt mede zijn grond in het uitsluiten van enige vorm van voorlopigheid, in het bijzonder waar de Hoge Raad overweegt:

‘Het aannemen van deze motiveringsverplichting strookt met de strekking van de wet, zoals deze blijkt uit de onder 3.3.2 weergegeven geschiedenis van de totstandkoming van art. 359 lid 7 Sv waarmee de wetgever heeft beoogd dat het, in het belang van de rechtszekerheid en met het oog op de rechtspositie van de terbeschikkinggestelde, reeds bij de oplegging van de tbs te voorzien is of het een gemaximeerde dan wel een niet-gemaximeerde terbeschikkingstelling betreft.’

¹⁶ HR 30 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:116, *NJ* 2018/147, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.4.1.

¹⁷ HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8434, *NJ* 2013/161, m.nt. P.H.P.H.M.C van Kempen, r.o. 4.3.

In die versterking van de beslissing van de sanctionerende rechter past ook dat de Hoge Raad reeds in het arrest van februari 2013 van deze rechter verlangt dat hij in het vonnis ook uitdrukkelijk beslist dat het indexdelict naar zijn oordeel geen geweldsmisdrijf is. Met andere woorden: de Hoge Raad maakt van de beperkte tekst van artikel 359 lid 7 Sv het voorschrift dat de rechter die tbs oplegt (hetzij met voorwaarden, hetzij met dwangverpleging), steeds in het vonnis aangeeft of die maatregel wel of niet is opgelegd ter zake van een geweldsmisdrijf. In het belang van de rechtszekerheid is de beslissing van de opleggende rechter versterkt en elke voorlopigheid op dit punt uitgesloten.

2.3. Omzetting van de Pij-maatregel in de tbs-maatregel

Een andere modaliteit met een element van een ‘uitgestelde tbs-oplegging’ is die om de Pij-maatregel voor jeugdigen om te zetten in een tbs-maatregel voor volwassenen. Sinds 1 april 2014 is die mogelijkheid gegeven in artikel 6.6.33 Sv (art. 77tc Sr (oud)) voor personen die de maximale zeven jaar in de Pij hebben gezeten (en inmiddels dus volwassen zijn) en van wie de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen de omzetting in die maatregel eist. Dat laatste criterium is hetzelfde gevaarscriterium als voor oplegging van de Pij-maatregel of tbs-maatregel. Voor omzetting is als formeel vereiste een multidisciplinair gedragsdeskundig advies vereist, net als voor Pij- of tbs-oplegging zelf vereist is.

Omzetting van Pij naar tbs: een voorlopige tbs-oplegging?

Al geruime tijd werd de eindigheid van de Pij-maatregel door de leeftijdsgrens als problematisch gezien. Voor personen die langer forensische zorg nodig hebben, was een overgang naar de GGZ niet gemakkelijk te realiseren. In het kader van een bredere discussie over deze problematiek is als één van de alternatieven van oplossing bij de invoering van het adolescentenstrafrecht de mogelijkheid van omzetting van een Pij maatregel in tbs omwille van de veiligheid in de samenleving ingevoerd.¹⁸

Om deze omzetting juridisch te realiseren is niet alleen artikel 77tc Sr (oud) ingevoerd, maar is tegelijkertijd ook artikel 77s Sr (oud) gewijzigd, waarin de criteria voor oplegging van een Pij-maatregel ingrijpend werden veranderd. Die criteria zijn bij de betreffende wetwijziging in die mate gelijkgetrokken met die voor oplegging van de tbs-maatregel, dat er feitelijk geen verschil meer is, anders dan dat de Pij-maatregel ook in het belang moet zijn van een zo gunstig mogelijke verdere ontwikkeling van de verdachte. Zo is sinds 2014 dus ook voor Pij-oplegging vereist dat de berechtende rechter daartoe vaststelt dat iemand een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens had ten tijde van het begaan van het bewezenverklarde misdrijf. Vóór die wetwijziging was dat niet per se noodzakelijk, al was de duur van de Pij dan wel op een kortere termijn

18 Wet van 27 november 2013, *Stb.* 2013, 485.

gemaximeerd. Het heropvoedende karakter van de sanctie, wat benadrukt werd doordat ook niet-gestoorde jongeren de sanctie opgelegd konden krijgen, verdween met de wetwijziging verder naar de achtergrond. Alleen voor personen met een psychische stoornis kon de Pij al zeven jaar duren. Ook is de objectieve voorwaarde, te weten: het feit dat er een ernstig misdrijf gepleegd moet zijn, gelijkgetrokken met de betreffende voorwaarde voor tbs-oplegging: er moet sprake zijn van een misdrijf ter zake waarvan een gevangenisstraf van vier jaar of meer kan worden opgelegd, dan wel van enkele andere, afzonderlijk opgesomde misdrijven.

Hoe het met deze omzetting in de praktijk zal gaan is een vraag die we daarbij pas vanaf 2021 kunnen gaan beantwoorden. Want eerst dan is er – vanwege het verbod van terugwerkende kracht – (wellicht) voor het eerst een veroordeelde aan wie na invoering van de wettelijke mogelijkheid van omzetting, de Pij is opgelegd en die deze maatregel gedurende zeven jaren heeft ondergaan. Van belang voor het aantal omzettingen kan daarbij nog zijn dat ook de Pij-verlengingsrechter sinds 1 januari 2020 de mogelijkheid heeft om via artikel 2.3 Wfz (het enige onderdeel van de Wet forensische zorg dat van toepassing is op jeugdigen) bij beëindiging van de Pij-maatregel een (civiele) machtiging tot (vormen van) onvrijwillige zorg (WvGGZ) dan wel onvrijwillige opname (Wzd) kan afgeven.

Voor het onderhavige onderzoek naar modaliteiten tot voorlopigheid in de tbs-oplegging is het van belang te constateren dat op het moment dat de rechter aan een verdachte de Pij-maatregel oplegt, al voldaan is c.q. moet zijn aan dezelfde materiële criteria voor tbs-oplegging. Uitsluitend de leeftijd van de verdachte of onvolwassenheid of anderszins ‘jeugdigheid’ in geval van het adolescentenstrafrecht, bepaalt dan dat het Pij wordt in plaats van tbs. Sterker nog, door invoering van deze omzettingmogelijkheid is de Pij voor niet ‘tbs-waardigen’ onmogelijk gemaakt. Sindsdien doet de maatregel de bijnaam ‘jeugd-tbs’ ook daadwerkelijk eer aan. Er is dus, ook al bestaat de mogelijkheid van omzetting, daarmee geen sprake van een modaliteit van ‘uitstel’ van het vaststellen van enig materieel of formeel criterium als voorwaarde voor oplegging. In zoverre gaat ook deze modaliteit als eventuele voorzet voor opties die wij thans onderzoeken, niet op. Uiteraard wordt er bij de omzetting wel op basis van een actueel advies geoordeeld, ten behoeve van een hernieuwde inschatting van het nog aanwezige gevaar. Gegeven wat er op het spel staat, lijkt ons dat een onderzoek waar medewerking nog wel eens aan geweigerd zou kunnen worden. Echter, nu er alleen een *gevaarsinschatting* gevraagd is en niet opnieuw (laat staan alsnog) vaststelling van een stoornis aan de orde is, is de gedachte achter de regeling dat de informatie vergaard tijdens de Pij-behandeling ook zonder actueel (in de zin van nieuw) gedragskundig onderzoek voldoende grond geeft voor de vaststelling van het resterende gevaar en dus voldoende grond voor de rechter in het kader van zijn beslissing tot eventuele omzetting van de Pij in de maatregel van tbs.

2.4. De beslisconstructie van de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel (GVM)

Voortvloeiend uit het regeerakkoord van het kabinet Rutte II is op 5 december 2013 het wetsvoorstel Langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbepanking ingediend,¹⁹ leidende tot de gelijklopende, op 25 november 2015 in het Staatsblad gepubliceerde Wet Langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbepanking.²⁰ De wetwijziging strekt tot bescherming van de samenleving tegen daders van zware geweldsdelicten en zedendelicten, door het nemen van maatregelen, die erop gericht zijn dat deze delinquenten niet (opnieuw) recidiveren.²¹ Naast twee andere onderdelen – kort gezegd gericht op het schrappen van de maximale duur van de voorwaardelijke beëindiging van de tbs met dwangverpleging en het invoeren van de mogelijkheid om de proeftijd van de voorwaardelijke invrijheidstelling (v.i.) te verlengen – behelst de wetwijziging de invoering van een zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel (GVM). De wet is gefaseerd in werking getreden, waarbij het GVM-onderdeel op 1 januari 2018 in werking is getreden.²² Het is dit onderdeel van de wetwijziging dat in het licht van de centrale onderzoeksvraag van het onderhavige onderzoek nadere aandacht verdient.

Het karakter van de GVM

De GVM kan, evenals de tbs-maatregel en de ISD-maatregel, worden gekarakteriseerd als beveiligingsmaatregel, omdat het gericht is op de beveiliging van de samenleving. Anders echter dan de beide voornoemde sancties is de GVM niet vrijheidsbenemend, maar vrijheidsbeperkend van aard. Met deze maatregel wordt de veroordeelde dus niet van zijn vrijheid beroofd, maar wordt gedragsbeïnvloeding en/of vrijheidsbepanking toegepast op hem, aan de hand van bijzondere voorwaarden. In zoverre lijkt de GVM op de reeds langer bestaande vrijheidsbeperkende maatregel ex artikel 38v Sr. Anders echter dan die maatregel, heeft de GVM als onderscheidend kenmerk dat deze maatregel niet als zelfstandige (in de zin van: als de enige) sanctie kan worden opgelegd; oplegging is slechts mogelijk in combinatie met een tbs of in combinatie met een gevangenisstraf. Daarin komt tot uitdrukking dat de GVM uitdrukkelijk bedoeld en vormgegeven is als een preventief, maatschappij-beveiligend *vervolg* op de tenuitvoerlegging van die tevens aan de veroordeelde opgelegde tbs of

19 *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, 1-3.

20 *Voluit*: Wet van 25 november 2015 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en Wetboek van Strafvordering in verband met het laten vervallen van de maximale duur van de voorwaardelijke beëindiging van de verpleging van overheidswege, het verlengen van de proeftijden van de voorwaardelijke invrijheidstelling en de invoering van een langdurige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel voor ter beschikking gestelden en zeden- en geweldsdelinquenten (langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbepanking), *Stb.* 2015, 460.

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

22 *Besluit van 2 december 2016*, *Stb.* 2016, 493.

gevangenisstraf. De rechtvaardiging daarvan is dat het eerst dan noodzakelijk is om het gedragsbeïnvloedend en/of vrijheidsbeperkend toezichtskader van de GVM in te laten gaan, als de veroordeelde na afloop van de tenuitvoerlegging van de eveneens bij veroordeling opgelegde tbs of de gevangenisstraf nog altijd een zeker risico vormt voor de maatschappij en *aanvullend toezicht* nodig blijkt om het recidiverisico naar een aanvaardbaar risico te kunnen terugdringen c.q. op een aanvaardbaar niveau te houden.²³ De wetgever had daarbij vooral het oog op die gevallen waarin de wettelijke mogelijkheid van onbeperkte verlenging van (voorwaardelijke beëindiging van) de tbs en van de proeftijd van de v.i. niet aan de orde is. Wat betreft de tbs is daarbij vooral gedacht aan de in duur gemaximeerde variant van de tbs met dwangverpleging en aan de tbs met voorwaarden, aangezien deze toezichtskaders ‘reeds’ na vier (art. 38e lid 1 Sr) respectievelijk negen (art. 38e lid 2 Sr) jaar van rechtswege eindigen.²⁴

Het unieke van de procedure: oplegging en tenuitvoerlegging gescheiden

De wetgever heeft vanwege het karakter van de GVM gekozen voor een in het Nederlands sanctiestelsel betrekkelijk afwijkende procedure waarin de oplegging en de tenuitvoerlegging van deze maatregel in twee gescheiden rechterlijke procedures geschiedt, elk geregeld in afzonderlijke wetsbepalingen. Vanwege dit gescheiden karakter rijst de vraag of aan deze inrichting van de GVM-procedure elementen kunnen worden ontleend voor de centrale onderzoeksvraag naar mogelijkheden voor een voorlopige tbs.

Voor wat betreft de procedure tot oplegging is het volgende van belang. De rechter kan, als hij een verdachte ter beschikking stelt of in geval hij de verdachte veroordeelt tot een gevangenisstraf wegens – kort gezegd – een ernstig geweldsmisdrijf waarop een straf van vier jaar of meer is gesteld of wegens enkele specifiek omschreven zedendelicten, tevens de GVM opleggen (art 38z lid 1 Sr). De rechter kan dit ambtshalve doen, dan wel op vordering van het OM, op grond van het algemeen geformuleerde criterium ‘ter bescherming van de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen’. Dit ‘gevaarscriterium’ impliceert *eo ipso* een inschatting van toekomstig (recidive)gevaar van de verdachte en doet zich in soortgelijke bewoordingen bij meer sancties in ons sanctiestelsel voor, zoals bij de tbs en bij de ISD. Bij de GVM betreft die inschatting evenwel een nog langere tijdsperiode, vanwege het procedurele gegeven dat de tenuitvoerlegging van de maatregel een tweede, afzonderlijke rechterlijke beslissing vergt, die in tijd ver af kan liggen van de

²³ *Kamerstukken I* 2015/16, 33816, D, p. 10.

²⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, 3, p. 10, 36, 51 (MvT). Deze verbondenheid met de in duur beperkte tbs is onlangs door de Hoge Raad gearticuleerd; zie HR 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:282, NJ 2020/175, m.nt. P.A.M. Mevis.

eerste rechterlijke beslissing over de oplegging van de maatregel.²⁵ De opleggingsrechter dient dus reeds ten tijde van het vonnis een inschatting te maken van de mate waarin het omwille van preventieve bescherming tegen een mogelijk toekomstig (recidive)risico noodzakelijk *zou kunnen zijn* dat mogelijk vele jaren later, na afloop van de eveneens op te leggen tbs of gevangenisstraf, additioneel toezicht op de verdachte wordt uitgeoefend.

Aangezien het niet goed mogelijk is om ten tijde van de veroordeling de toekomstige persoonlijke omstandigheden van verdachte en de mate van ‘succes’ van de op te leggen tbs of gevangenisstraf te voorspellen, heeft de wetgever, aansluitend bij de nadere procedure tot eventuele tenuitvoerlegging, voor de berechtende rechter een ‘daadgerelateerde’ inhoud voorgestaan bij deze inschatting dat het ter bescherming van de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen noodzakelijk is om de GVM op te leggen. De inschatting door de berechtende rechter dient – in de voorstelling van wetgever – vooral te berusten op het type delict dat de verdachte begaan heeft en waaraan mogelijk een verhoogd recidiverisico kleeft, de omstandigheden waaronder dat delict is begaan en eventuele eerdere strafbare feiten waarvoor de verdachte is veroordeeld.²⁶ Hierbij dient de rechter de inhoud te betrekken van een recent opgemaakt, met redenen omkleed en ondertekend advies van een reclasseringsinstelling (art. 38z lid 2 Sr). Uiteraard behelst het advies een risicotaxatie,²⁷ maar in de praktijk blijkt (reeds) de berechtende rechter het van belang te achten dat in het advies ook aandacht wordt besteed aan de mate van ontvankelijkheid van de verdachte voor gedragsbeïnvloeding en de mogelijkheden om met interventies of toezicht de risico’s te beperken.²⁸

Zoals gezegd, vindt de tenuitvoerlegging van een bij de berechting opgelegde GVM pas plaats, nadat de rechter in een nieuwe procedure oordeelt dat de (dan) actuele situatie zodanig is, dat hij het noodzakelijk acht dat de eerder opgelegde GVM daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd. Hierbij dient de rechter met name acht te slaan op de persoonlijke omstandigheden van de veroordeelde, de mate van succes van een eerdere bij hem ingezette behandeling of interventie en het actuele recidiverisico dat van de veroordeelde uitgaat. Bovendien – en eerst en vooral – is voor de nieuwe rechterlijke beoordeling een vordering van het OM noodzakelijk (art 6:6:23a lid 1 Sv), welke vordering, blijkens het tweede lid van deze bepaling, uiterlijk dertig dagen voor ommekomst van de tbs dan wel van de gevangenisstraf (al dan niet na v.i.) moet worden ingediend.

25 Vgl. evenwel Rb. Midden-Nederland 18 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3472 waarin in één gelijktijdige beslissing tot zowel de oplegging als de tenuitvoerlegging van de door de officier van justitie gevorderde GVM wordt besloten.

26 *Kamerstukken I* 2015/16, 33816, D, p. 23.

27 *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, 3, p. 38 (MvT).

28 Onder meer Rb. Gelderland 7 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5215, waarin de GVM niet werd opgelegd en Rb. Oost-Brabant 11 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5810, waarin de GVM juist wel werd opgelegd.

Nu de beslissing tot tenuitvoerlegging van de GVM als gezegd in tijd jarenlang kan afliggen van het veroordelend vonnis waarin de GVM in combinatie met een tbs of gevangenisstraf is opgelegd, heeft de GVM bij de oplegging ervan een element van voorlopigheid. In dat kader is relevant dat de voorzienbaarheid van de GVM tot discussie heeft geleid bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel. Is voor de verdachte aan wie de GVM wordt opgelegd op dat moment voldoende voorzienbaar hoe deze sanctie ten uitvoer wordt gelegd, in het bijzonder ook wat de duur en de zwaarte ervan zal zijn? De GVM toetsend aan dergelijke eisen van voorzienbaarheid, zoals die door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) worden gesteld in het kader van artikel 5 EVRM (vrijheidsbeneming) en artikel 2 van het Vierde Protocol inzake vrijheidsbeperking, is de opvatting van de wetgever dat de GVM aan die eisen voldoet.²⁹ Dit komt primair omdat de GVM reeds in het veroordelend vonnis moet zijn opgelegd, waardoor de band met de veroordeling voor een strafbaar feit is verzekerd en waardoor de veroordeelde bovendien vanaf dat moment in staat is zijn gedrag af te stemmen op de ‘dreiging’ van tenuitvoerlegging van de maatregel.³⁰ Daarnaast biedt de wettelijke regeling diverse waarborgen tegen willekeur en misbruik. In de eerste plaats betreft dit de rechterlijke beoordeling inzake de tenuitvoerlegging, die aan andere, zwaardere materiële (art. 6:6:23b lid 1 Sv) en formele (art. 6:6:23a lid 3 Sv) voorwaarden is gebonden dan de rechterlijke beoordeling tot oplegging. De materiële voorwaarden betreffen de aanwezigheid van een hoog en naar het late(re) moment van tenuitvoerlegging geconcretiseerd recidiverisico ter zake van een misdrijf dat op grond van artikel 38z Sr tot oplegging van de GVM zou legitimeren (art. 6:6:23b lid 1, onder a, Sv), dan wel van een noodzaak tot tenuitvoerlegging ter voorkoming van ernstig belastend gedrag jegens slachtoffers of getuigen (art. 6:6:23b lid 1 onder b, Sv).

Gelet op het mogelijk ingrijpende karakter van (in voorkomende gevallen lang na de oplegging te nemen beslissing over) de tenuitvoerlegging van de GVM – bij welke beslissing (eerst) de daadwerkelijke termijn en inhoud van de maatregel wordt bepaald – is het in het licht van de proportionaliteit begrijpelijk dat door de wetgever aan de tenuitvoerleggingsbeslissing zwaardere eisen worden gesteld dan aan de opleggingsbeslissing. Een tweede waarborg is gelegen in de wettelijke begrenzing van de mogelijke termijn (art. 6:6:23b lid 5 Sv) en van de mogelijke gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende voorwaarden (art. 6:6:23b lid 2

29 Onder meer *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, 3, p. 14, 50 (MvT). Zie ook S. Struijk, ‘En nog meer en langduriger toezicht: de overheid als Rupsje Nooitgenoeg’, *Sancties* 2014/18, afl. 3, p. 137-142.

30 Hiermee wordt afstand genomen van het alternatieve wetsvoorstel dat het OM destijds ter consultatie over het wetsvoorstel Langdurig toezicht had gedaan. In dit alternatieve voorstel zou eerst na afloop van de tbs of detentie worden gezien of een toezichthoudende maatregel noodzakelijk is, zonder dat in het veroordelend vonnis reeds een toezichthoudende maatregel diende te zijn opgelegd. *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, 3, p. 13-14 (MvT).

Sv). De derde waarborg is gelegen in de rechterlijke beoordeling inzake de eventuele verlenging van de termijn (art. 6:6:23c lid 1 Sv) en de vierde waarborg tenslotte in de mogelijkheden tot hoger beroep, en wel bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (alwaar het beroep wordt behandeld door de Penitentiaire Kamer als bedoeld in art. 67 van de Wet RO), tegen de beslissing tot tenuitvoerlegging, tot verlenging van de termijn en tot opheffing of wijzing van de maatregel of de voorwaarden daarbij (art. 6:6:23f lid 1 Sv).

Voorlopig karakter van de GVM?

Als gevolg van de hierboven beschreven inrichting van de GVM waarbinnen de tenuitvoerlegging van deze maatregel nogal eens niet direct op de oplegging volgt, maar een nieuwe rechterlijke beoordeling vergt op het moment dat de eveneens in het veroordelend vonnis opgelegde tbs of de gevangenisstraf ten einde loopt en in zoverre dus facultatief is, heeft de GVM-oplegging een *voorlopig karakter*. Die voorlopigheid is er echter niet in gelegen dat na de oplegging alsnog wordt vastgesteld dat aan een voorwaarde voor oplegging is voldaan. Vanwege de aard van de maatregel volgt alleen een afzonderlijke beslissing over de tenuitvoerlegging van de reeds bij de berechting opgelegde maatregel van GVM.

Met andere woorden: er komt na de beslissing van de berechtende rechter niet nog iets van een justitiële reactie (hetzij vrijheidsbeperkend, hetzij vrijheidsbenemend) ‘bij’, maar juist tegengesteld; de GVM-maatregel zoals door de berechtende rechter opgelegd als sanctionerende reactie op het door de verdachte begane misdrijf, gaat er hooguit eventueel ‘vanaf’. Dat doet zich voor indien het OM bij ommekomst van de eveneens opgelegde tbs of gevangenisstraf beslist om geen vordering tot tenuitvoerlegging van de GVM in te dienen³¹, dan wel indien de rechter naar aanleiding van een wel ingediende vordering beslist geen tenuitvoerlegging te gelasten.

In het andere geval, dat wil zeggen: indien het OM de tenuitvoerlegging (wel) vordert en de rechter zulks ook gelast, is dat niet een alsnog en eerst dan aanvullende sanctionering welke *bovenop* de eerdere veroordeling voor het strafbare feit komt. Het gaat slechts om een nadere beslissing die een vervolg is op en *rechtstreeks voortvloeit* uit die eerdere veroordeling, waarbij ook de GVM (onherroepelijk) is opgelegd. Het betreft als het ware een door de berechtende rechter (en als uitkomst van het onderzoek ter terechtzitting) met de oplegging van de maatregel expliciet in de wet voorziene en gerechtvaardigde, uitgestelde tenuitvoerleggingsbeslissing. Die beslissing wordt (alsdan) genomen op grond van op dat moment geconcretiseerd en actueel (recidive)gevaar. Dat daarbij vanwege het tijdsverloop tot aan de nadere beslissing over de tenuitvoerlegging, ook een nader in de wet geconcretiseerd (art. 6:6:23b lid 1 Sv) gevaarscriterium geldt ten opzichte van het criterium van artikel 38z Sr voor de GVM-opleggende

31 In dat geval vervalt de maatregel van rechtswege na ommekomst van tbs of gevangenisstraf.

rechter, doet er niet aan af dat geen sprake is van een eerst alsnog (na de berechting) vaststellen dat aan een bepaalde wettelijke voorwaarde voor het opleggen van een maatregel is voldaan, waar en omdat die (mogelijkheid van) vaststelling ten tijde van de berechting nog ontbrak, zoals in dit onderzoek voor de voorwaarde van stornis ten tijde van het delict als voorwaarde voor het opleggen van tbs aan de orde is.³² Of, met andere woorden en als men die vergelijking wil maken: afgezien van de omstandigheid dat het bij voorwaardelijke veroordeling alleen tot een nadere tenuitvoerleggingsbeslissing komt als de veroordeelde zich aan de daaraan verbonden voorwaarden heeft gehouden terwijl het bij de GVM *eo ipso* tot een rechterlijke tenuitvoerleggingsbeslissing komt, verschilt het karakter van de rechterlijke beslissingen over de tenuitvoerlegging bij deze twee modaliteiten niet wezenlijk.

2.5. De maatregel van plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders (ISD)

Als opvolger van de maatregel van de Strafrechtelijke Opvang van Verslaafden, trad per 1 oktober 2004 de regeling van de maatregel tot plaatsing in een Inrichting voor Stelselmatige Daders (ISD) in werking.³³ Op vordering van het OM kan de rechter de verdachte van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten (art. 38m lid 1 onder 1^o, Sr), veroordelen tot vrijheidsbeneming in een ISD-inrichting voor de maximale duur van twee jaar (art. 38n lid 1 Sr). Anders dan de vroegere SOV-maatregel, kent de ISD-maatregel een algemeen karakter en een breed toepassingsbereik. Was de SOV nog louter een experiment gericht op mannelijke, aan harddrugs verslaafde daders, de ISD heeft betrekking op alle stelselmatige daders die, behalve aan het voorlopige hechtenis-criterium, voldoen aan de (overige) wettelijke criteria van artikel 38m Sr. Zo geldt, net zoals in de wettelijke regeling van de tbs-maatregel – hoewel daar iets anders geformuleerd – het gevaarscriterium dat de veiligheid van personen of goederen het opleggen van de maatregel moet eisen (art. 38m lid 1 onder 3^o, Sr). Blijkens de wetgeschiedenis wordt hiermee tot uitdrukking gebracht dat de ISD-maatregel is gericht op daders die de veiligheid van het publieke domein in gevaar brengen en daarmee voor grote overlast zorgen, waarbij wordt gedacht aan delicten als (openlijk) geweld, bedreiging met geweld, mishandeling, straatroof, winkeldiefstal en vernieling.³⁴ Dat de maatregel specifiek ziet op de *stelselmatigheid* van dergelijke delicten komt tot uitdrukking in het derde, recidivecriterium zoals

32 Voor de volledigheid zij nog vermeld dat bij de GVM de vaststelling van een stornis bij de justitiabele geen wettelijke voorwaarde is waaraan voldaan moet zijn alvorens de rechter deze maatregel op kan leggen c.q. kan beslissen dat tenuitvoerlegging aangewezen is.

33 Wet van 9 juli 2004, *Stb.* 2004, 351 en 471. Zie voor de achtergronden van (de totstandkoming van) de SOV en (de overgang naar) de ISD de studie S. Struijk, *De ISD in perspectief* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

34 *Kamerstukken II* 2002/03, 28980, 3, p. 13 (MvT).

opgenomen in art. 38m lid 1 onder 2 Sr. De verdachte dient in de vijf jaren voorafgaand aan het door hem begane feit ten minste driemaal wegens een misdrijf onherroepelijk tot een vrijheidsbenemende straf of maatregel, een vrijheidsbeperkende maatregel of een taakstraf te zijn veroordeeld dan wel bij onherroepelijke strafbeschikking een taakstraf te zijn opgelegd, terwijl het feit is begaan na tenuitvoerlegging van deze straffen of maatregelen en er voorts ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte wederom een misdrijf zal begaan (art. 38m lid 1 Sr onder 2° Sr).

Grondslag en doelstelling verschillen van tbs

Voor genoemd recidivecriterium, zowel gericht op het verleden als op de gevaarsinschatting voor de toekomst, vormt vanwege de uit die recidive voortvloeiende maatschappelijke overlast de grondslag voor de ISD-maatregel. In tegenstelling tot de tbs, wordt die grondslag dus niet gevormd door de stoornis en de wet stelt een stoornis ook niet als imperatieve voorwaarde aan een veroordeling tot de ISD-maatregel. Het toepassingsbereik van de maatregel is daarmee een zeer heterogene doelgroep van personen met al dan niet een psychiatrische of psychosociale problematiek en al dan niet een drugs- of anderszins gerelateerde verslaving. De gemene deler is hun achtergrond van veelvuldige recidive en de noodzaak – door de wetgever destijds stellig gevoeld³⁵ en door de rechter te motiveren aan de hand van (niets meer dan) een met redenen omkleed, gedagtekend en ondertekend (reclasserings)advies³⁶ – om daar middels een langdurige vrijheidsbeneming op te reageren. Deze insteek komt tot uitdrukking in de wettelijke doelstelling van de ISD-maatregel: de maatregel strekt tot beveiliging van de maatschappij en de beëindiging van de recidive van verdachte (art. 38m lid 2 Sr).

Combinatie met straf uitgesloten – ISD is geen voorlopige maatregel

De hierboven kort beschreven aard en vormgeving van de ISD illustreert reeds dat deze maatregel niet een voorlopig karakter kent zoals in de centrale onderzoeksvraag van dit rapport wordt bedoeld. Nu de oplegging van de ISD niet wordt gelegitimeerd door een stoornis bij de verdachte noch afhankelijk is gemaakt van de vaststelling daarvan en zelfs enige andere vorm van individuele (psychiatrische) problematiek niet wordt vereist, terwijl de tenuitvoerlegging in de kern geen op behandeling gerichte invulling kent, is er bij de ISD ook geen behoefte aan een voorlopige opleggingsvariant. Er doen zich voor de opleggende rechter geen problemen voor bij het vaststellen dat aan de wettelijke voorwaarden voldaan is.

35 Onder meer *Kamerstukken I* 2003/04, 28980, D, p. 9-10 en *Kamerstukken II* 2003/04, 28980, 5, p. 1.

36 Art. 38m, vierde lid, Sr e.v. Vgl. Hof Amsterdam 8 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4639.

Hierbij is nog van belang op te merken dat de ISD, in tegenstelling tot de tbs niet in combinatie met een gevangenisstraf kan worden opgelegd. Deze onmogelijkheid blijkt niet uit de wettelijke regeling. Daarin ontbreekt een expliciete bepaling omtrent de mogelijke combinatie van de ISD-maatregel met andere sancties. Aan de onduidelijkheid die ter zake in de rechtspraak ontstond, heeft de Hoge Raad een einde gemaakt door in 2006 te bepalen dat moet worden aangenomen ‘dat de combinatie van ISD met straffen niet mogelijk is’.³⁷ De voor de tbs zo kenmerkende verhouding tot de duur van de eveneens op te leggen gevangenisstraf, ontbreekt derhalve bij de ISD. Voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag is dan van belang dat daarmee een bezwaar tegen een eventuele voorlopige oplegging, te weten de verknochtheid met de opgelegde (gevangenis)straf, zich niet voordoet. Dat is van belang voor de thans nader specifiek te bespreken modaliteit van artikel 38n Sr.

Elementen van ‘voorlopigheid’

Op een punt bevat de wettelijke regeling van de ISD een element van ‘voorlopigheid’. Dit ziet op de regeling van de zogeheten tussentijdse beoordeling (art. 38n lid 3 Sr)³⁸. Deze voorziening vindt zijn oorsprong in het gevaar dat ISD vanwege zijn ruime doelgroep en categorie van indexdelicten zonder nadere toets na oplegging te gemakkelijk kan komen te verkeren in tweejarige, ‘kale’ vrijheidsbeneming ter zake van relatief lichte delicten, als en omdat in de tenuitvoerlegging niet kan worden voorzien in adequate behandeling van de naar hun persoon problematische justitiabelen. Dat aspect van de proportionaliteit van de vrijheidsbeneming krachtens deze maatregel kan de rechter die de ISD oplegt op dat moment overzien noch bewaken; de voorziening van de tussentoets biedt hem daartoe dan wel een mogelijkheid. Bij de ISD kan er daarmee, na oplegging, niets meer ‘bijkomen’ maar wel iets van de duur en inhoud ‘af gaan’.

De rechter kan op grond van de wettelijke regeling van deze voorziening bij het opleggen van de ISD-maatregel ambtshalve, op vordering van het openbaar ministerie, dan wel op verzoek van de verdachte of diens raadsman, beslissen tot een dergelijke tussentijdse beoordeling. Die beoordeling heeft nadien, op de termijn door de rechter bepaald, gedurende de tenuitvoerlegging plaats en behelst een – eveneens rechterlijke³⁹ – beoordeling van de noodzaak van de voortzetting van de tenuitvoerlegging van de maatregel. Anders gezegd, een beoordeling gedurende de tenuitvoerlegging, niet om te bezien of het aangewezen is dat de ISD alsnog wordt opgelegd (de voorlopigheid zoals bedoeld in de centrale onderzoeksvraag), maar juist tegengesteld, namelijk om te bezien of er nog steeds

37 HR 21 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1161, NJ 2006/223, m.nt. P.A.M. Mevis.

38 Sinds 1 januari 2020 bevat het WvSr nog slechts de basis voor de tussentijdse beoordeling. De verdere regeling tot uitvoering ervan is sinds die datum opgenomen in Boek 6 Sv.

39 En wel door de rechtbank die zich in eerste aanleg heeft gebogen over het misdrijf waarvoor de ISD-maatregel is opgelegd: HR 18 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1596, NJ 2009/292, m.nt. P.A.M. Mevis.

afdoende noodzaak bestaat om de vrijheidsbeneming voort te laten duren voor de volle, door de rechter bepaalde duur dan wel dat er gronden zijn de vrijheidsbeneming voortijdig te beëindigen (art. 6:6:14 lid 4 Sv; art. 38s lid 3 Sr (oud)). Op grond van de jurisprudentie van de Penitentiaire Kamer van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden staat bij de toets primair de gevaarsinschatting voorop 'of opheffing van de maatregel zal leiden tot te verwachten onveiligheid, ernstige (drugs)overlast en verloedering van het publiek domein', gekoppeld aan het antwoord op de vraag 'of verdere voortzetting van de maatregel niet zinvol is door een omstandigheid die buiten de macht van betrokkene ligt'.

Van deze voorziening van tussentoets wordt in de praktijk veelvuldig gebruik gemaakt; nogal wat rechters bepalen in het veroordelend vonnis dat en binnen welke termijn er een tussentijdse beoordeling plaatsvindt. Zelfs is het zo, dat als de rechter bij de tussentijdse beoordeling meent dat voortzetting van de tenuitvoerlegging noodzakelijk is, maar er toch ook enige twijfels (blijven) bestaan over de behandelvoortgang in het licht van de problematiek van de veroordeelde, de rechter nogal eens gelijk met deze beslissing ambtshalve een nieuwe termijn voor een tussentijdse beoordeling bepaalt, om 'nadrukkelijk de vinger aan de pols te houden' voor wat betreft de ISD-tenuitvoerlegging.⁴⁰

In zoverre wordt de ISD dus weliswaar door de rechter opgelegd, in voorkomende gevallen wellicht zelfs met een lichte(re) proportionaliteitstoets van de langdurige vrijheidsbeneming ten opzichte van de ernst van het gepleegde delict, maar verschuift deze toets 'naar achteren', naar de tenuitvoerlegging. In die fase kan dan nader worden bezien of de opgelegde duur van de vrijheidsbeneming nog wel gerechtvaardigd is.⁴¹

De met het bovenstaande geïllustreerde karakter van deze tussentoets tot het bewaken van de proportionaliteit maakt duidelijk dat in deze nadere beslissing van de rechter er alleen iets van de maatregel 'af' kan gaan; er kan met deze voorziening niet iets aan de beslissing van de berechtende rechter worden toegevoegd. Daartoe strekt de voorziening niet, laat staan tot het alsnog (kunnen) vaststellen dat aan de voorwaarden voor het opleggen van de ISD-maatregel voldaan is. Van een voorlopige beslissing als in de centrale onderzoeksvraag bedoeld, is geen sprake.

Voorwaardelijke ISD

Het bovenstaande heeft betrekking op de onvoorwaardelijke ISD-variant, met daadwerkelijke vrijheidsbeneming voor een door de rechter bij veroordeling

40 Citaat ontleend aan Rb. Maastricht 22 december 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AZ5117.

41 Toenmalig minister van Justitie Donner noemde dit zelfs het voordeel van de regeling en van de maatregel, meer bepaald het voordeel 'dat ik niet op voorhand hoeft te bezien welke straf proportioneel is, maar dat ik na een bepaalde termijn kan gaan beoordelen of de behandeling wel of niet aanslaat en welke mogelijkheden er verder zijn' (*Kamerstukken II* 2003/04, 28980, 13, p. 20).

bepaalde – en eventueel gedurende de tenuitvoerlegging van die vrijheidsbeneming voortijdig te beëindigen – duur van maximaal twee jaren. In het licht van de centrale onderzoeksvraag en de onderliggende motie past nog een enkel woord over de *voorwaardelijke* variant van deze maatregel.

In het licht van de onderzoeksvraag is van belang op te merken dat deze in artikel 38p Sr opgenomen voorwaardelijke ISD niet c.q. evenmin het karakter heeft van een ‘voorlopige’ maatregel in de vorm die in dit onderzoek centraal staat. Er is niets ‘voorlopigs’ aan, althans niet in de zin dat er na de veroordeling tot de ISD nog ‘iets bij kan komen’. De rechter stelt bij deze variant bij veroordeling van de (stelselmatige) dader vast dat aan alle wettelijke voorwaarden voor oplegging van de ISD is voldaan en legt aan de verdachte in zoverre ook ‘gewoon’ de ISD op, zij het dat hij tot het oordeel is gekomen dat gelet op de omstandigheden van het geval en/of de houding van de stelselmatige dader, de onvoorwaardelijke modaliteit van deze maatregel vooralsnog te ingrijpend is en dat de doelen van maatschappijbeveiliging en recidivebeëindiging vooralsnog met het stellen van voorwaarden lijkt te kunnen worden bereikt. De rechter past hiermee dus een subsidiariteitsafweging toe en biedt een ‘laatste kans’ aan de veroordeelde om zonder gedwongen vrijheidsbeneming te werken aan gedragsverandering. De situatie is rehtens niet anders dan bij de voorwaardelijke veroordeling

Net als bij de tbs met voorwaarden en bij de voorwaardelijke veroordeling tot straf het geval is, kan de rechter, indien de veroordeelde zich gedurende de proeftijd (art. 38p lid 2 Sr) niet aan de hem gestelde voorwaarden houdt – waartoe hij zich bereid heeft verklaard – de tenuitvoerlegging van de onvoorwaardelijke, intramurale ISD (respectievelijk de tenuitvoerlegging van de tbs met dwangverpleging of de voorwaardelijk opgelegde straf) bevelen. De rechter kan dit bij de ISD echter niet doen, zonder dat het OM een vordering tot tenuitvoerlegging van de ISD indient (art. 6:6:21 Sv; art. 38r Sr oud). Het OM moet de omzetting – want daar gaat het hier in feite om – dus initiëren.

Het voorgaande moge illustreren dat er weliswaar elementen van ‘voorlopigheid’ in de ISD-regeling en -uitvoering zitten, maar dat deze elementen onderdeel zijn van de volwaardige en volledige rechterlijke beslissing tot oplegging van de ISD-maatregel. Dat geldt zowel de onvoorwaardelijke als de voorwaardelijke variant.

2.6. Tussenconclusie

Als afsluiting van hoofdstuk 2 volstaan wij op deze plaats met een korte samenvatting van de voornaamste bevindingen uit de hierboven afzonderlijk besproken onderdelen van het wettelijk sanctiestelsel en elementen uit de wettelijke regeling van de afzonderlijke sancties. Voor een nadere, meer integrale en onderling vergelijkende bespreking van de betekenis van de uitkomsten van dit hoofdstuk met de antwoorden op andere deelonderzoeksvragen en de

betekenis voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag, verwijzen we naar het laatste hoofdstuk van dit onderzoek.

Uit het resultaat van de bovenstaande inventarisatie van het Nederlandse recht komt naar voren dat er binnen het Nederlandse sanctiestelsel in heden of verleden geen vorm van voorlopige sanctionering bestaat als die waar de centrale onderzoeksvraag op doelt.

De in het verleden bestaande modaliteit van tbs met aanwijzingen was (reeds) geen voorbeeld van de in de centrale onderzoeksvraag bedoelde modaliteit. In de opzet van de regeling lag slechts het alsnog opmaken van PJ-rapportage als basis voor de beslissing over dwangverpleging ten gronde. Van enig voorbehoud ten aanzien van een meer materieelrechtelijk criterium voor het opleggen van de tbs-maatregel was geen sprake. De variant is door de wetgever afgeschaft, mede omdat daartegen bezwaren bestonden vanwege een enkel element van voorlopigheid.

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad vloeit ten aanzien van de geldende tbs-regeling voort dat het de berechtende rechter is die bij het opleggen van de tbs-maatregel in zijn vonnis of arrest steeds en reeds moet aangeven of het door hem bewezenverklaarde en strafbaar geachte feit een misdrijf oplevert als bedoeld in artikel 38e Sr. Zelfs in geval de tbs-maatregel in de modaliteit van tbs met voorwaarden wordt opgelegd, kan hij deze beslissing niet aan de verlengings- of omzettingsrechter laten. Ook bij dit aspect is het niet (meer) mogelijk dat een latere rechter alsnog beslist over een element uit de opleggingsbeslissing van de tbs-maatregel dat de berechtende rechter aan deze latere rechter zou kunnen overlaten.

Bij de omzetting van de Pij-maatregel in tbs moet al bij de oplegging van de maatregel aan alle wettelijke voorwaarden voldaan zijn. Dat geldt ook voor de GVM-maatregel. Dat laatstgenoemde maatregel naar zijn aard een latere, nadere rechtelijke beslissing vereist of het wel tot tenuitvoerlegging moet komen, ligt in de gefaseerde aard van deze maatregel besloten. De tweetrapsmodaliteit in rechterlijke beslissingen neemt niet weg dat de rechter die over de tenuitvoerlegging beslist, handelt binnen de kaders van de door de berechtende rechter opgelegde maatregel. Dat voor deze laatste rechter op het moment van het opleggen van deze maatregel nog niet voorzienbaar is c.q. nog niet te beslissen is of het tot daadwerkelijke tenuitvoerlegging zal komen, ligt eveneens in de aard van deze maatregel besloten. Ook dat neemt niet weg dat voor wat betreft de beslissing tot het opleggen van de maatregel voor de berechtende rechter op dat moment vast moet staan dat aan alle wettelijke voorwaarden voor oplegging voldaan is; anders kan de maatregel niet worden opgelegd. De nadere beslissing over de tenuitvoerlegging voegt in zoverre niets toe aan de vaststelling of aan die voorwaarden, als uitkomst van de berechting en het onderzoek ter terechtzitting, voldaan is. Dat karakter weerspiegelt zich ook in de regeling van de

rechtsmiddelen tegen de beslissing van de tweede rechter: omdat het alleen een beslissing over de tenuitvoerlegging van een eerder door de berechtende rechter onherroepelijk opgelegde beslissing is, kan in andere dan de gewone rechtsmiddelen voorzien worden en is de Penitentiaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in dat stelsel van (wel) voorziene rechtsmiddelen betrokken. Dat voor de tenuitvoerlegging aan een nader gevaarscriterium moet zijn voldaan dan bij de beslissing tot oplegging van de GVM het geval is, doet aan het bovenstaande niet af omdat dat verschil alleen wordt veroorzaakt door het tijdsverloop dat bij de GVM doorgaans zal verlopen tussen (onherroepelijke) oplegging en tenuitvoerlegging van deze maatregel. De tenuitvoerleggingsrechter bij de GVM voegt dus niets aan de beslissing van de berechtende rechter toe (al helemaal niet: het alsnog vaststellen dat aan voorwaarden voor oplegging voldaan is), maar dat diens beslissing wel kan betekenen dat er van het sanctiepakket waartoe de berechtende rechter (onherroepelijk) heeft besloten, iets 'af' kan 'gaan', te weten de tenuitvoerlegging van de GVM omdat de tweede rechter de tenuitvoerlegging daarvan niet gelast, voor zover deze tenuitvoerlegging überhaupt door het OM is gevorderd.

Laatstgenoemd aspect sluit aan bij een onderdeel van de wettelijke regeling van de maatregel van plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders (ISD). Bij die maatregel kan de berechtende rechter op voet van artikel 38n Sr tot 'een tussentijdse beoordeling van de noodzaak van de voortzetting van de tenuitvoerlegging' beslissen. De geciteerde bewoordingen van de wet geven al aan dat het ook hier geen voorbehoud ten aanzien van enige wettelijke voorwaarde voor het überhaupt kunnen opleggen van de maatregel betreft. Als de rechter de noodzaak van voortzetting van tenuitvoerlegging inderdaad nader beoordeelt, dan kan die beslissing er (uitsluitend) toe leiden dat er iets van het door de berechtende rechter opgelegde sanctiepakket 'af' gaat, te weten dat de tenuitvoerlegging van de maatregel (naar de bewoordingen van art. 38n lid 3 Sr: niet de oplegging van de maatregel als zodanig) wordt beëindigd. De onherroepelijke beslissing tot oplegging zelf, wordt niet gecorrigeerd.

De constatering dat in het Nederlandse sanctiestelsel in heden en verleden geen modaliteiten van een voorlopige sanctieopleggingsbeslissing kunnen worden aangetroffen, bevremdt niet. De kern van bovenstaande algemene karakterisering wordt verklaard door de principiële reikwijdte in materiële en formele zin van de beslissing van de berechtende rechter. Tot het ook normatief belangrijke concept van berechting behoort de notie dat het deze rechter is die als enige geroepen is de externe contouren van de sanctiebeslissing (soort, maat en modaliteit van elke afzonderlijke sanctie en de eventuele combinaties van sancties, een en ander binnen de – ruime – grenzen van de wet) als aangewezen sanctie op het door hem bewezen verklaarde delict in het licht van de persoon van de verdachte, het slachtoffer en alle andere relevante feiten en omstandigheden van elke concrete strafzaak bepaalt, kan bepalen en daarmee ook dient te bepalen.

In formeel opzicht wordt de reikwijdte bepaald door het gegeven dat de berechtende rechter deze sanctiebeslissing neemt naar aanleiding van het door en voor hem gevoerde, openbare onderzoek ter terechtzitting, waar alle voor zijn beslissing relevante feiten en omstandigheden voorwerp van discussie hebben kunnen zijn geweest (eerlijk proces).⁴²

Zoals gezegd, worden de consequenties van de inventarisatie in dit tweede hoofdstuk voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag hierna in het slothoofdstuk nader in kaart gebracht.

42 Zie in dit kader in het bijzonder het bepaalde in artikel 301 lid 4 Sv, ingevolge hetwelk de rechter ten bezware van de verdachte geen acht kan slaan op stukken, waarvan de inhoud niet ten minste kort mondeling tijdens het onderzoek ter terechtzitting zijn medegedeeld.

3. Relevante aspecten uit het Duitse sanctierecht

3.1. Inleiding: in recente tijden sterk gewijzigd recht

In het onderstaande volgt een verkenning van de voor het onderhavige onderzoek relevante onderdelen van het Duitse recht.⁴³ De tekst van de wetsartikelen waar naar wordt verwezen is als bijlage 2 bij dit rapport opgenomen.⁴⁴ Het (kunnen) beschikken over de laatste stand van zaken in de wetgeving is van belang omdat het voor dit onderzoek relevante deel betreffende het Duitse strafrechtelijk maatregelenrecht ingrijpend gewijzigd is naar aanleiding van enige belangrijke beslissingen van het *Bundesverfassungsgericht* (hierna ook: BVerfG) sedert 4 mei 2011, van enkele beslissingen van het EHRM op klachten tegen Duitsland en door enkele daaruit voortvloeiende wetwijzigingen⁴⁵ sedert 2011.⁴⁶

43 Het onderstaande is in hoofdzaak gebaseerd op B.-D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlijn: Springer 2019; M.J. Werndl, *Zweispurigkeit und Vertrauensschutz: Das Recht der Sicherungsverwahrung zwischen Sicherheit und rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebot* (diss. Augsburg), Baden-Baden (Duitsland): Nomos 2019; H. Kammeier & H. Pollähne (red.), *Maßregelvollzugsrecht* (De Gruyter Kommentar), Berlijn (Duitsland): De Gruyter 2018; Th. Fischer, *Strafgesetzbuch* (Beck'sche Kurz-Kommentare, band 10), München (Duitsland): C.H. Beck 2020. Grote dank gaat uit naar prof. dr. B.-D. Meier (Leibniz Universiteit Hannover) en prof. dr. M. Lindemann (Universiteit Bielefeld) voor hun bijdrage door informatie en discussie aan het hoofdstuk over het Duitse recht. Zie over het relevante deel van het Duitse recht in het Nederlands recent H. Lensing, 'Enkele interessante aspecten van de Duitse regeling van de terbeschikkingstelling', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Praktisch en veelzijdig. Vriendenboek voor Paul Vegter*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 283-301. Op de valreep voor de afronding van het rapport verscheen voorts nog de publicatie van J. Bijlsma e.a., 'Stoornis en gevaar. Een aanzet tot onderzoek naar een alternatief voor tbs', *DD* 2020/25, afl. 5, 357-371. Deze auteurs verwijzen in het kader van hun betoog ook kort naar enige aspecten van het Duitse recht ter zake van de Sicherungsverwahrung. Op de inhoud van hun betoog komen we in de slotconclusie nog kort terug.

44 De geldende wettelijke regeling is ook te raadplegen via <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>.

45 Bij de bestudering van het Duitse recht moet vanwege het recente karakter van bepaalde wetwijzigingen in het kader van het overgangsrecht (waaronder het verbod van terugwerkende kracht) rekening worden gehouden met het onderscheid in gevallen waarin strafrechtelijke maatregelen reeds voor, of eerst na bepaalde wetwijzigingen zijn opgelegd.

46 Zie voor een overzicht bij Meier 2019, p. 351 en p. 369 en bij Werndl 2019, p. 131-145 en de overzichtelijke schets in het Nederlands in EHRM (Grote Kamer) 4 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1204JUD001021112, *EHRC* 2019/37, m.n. D.A.G. Toor (*Ilmseher v. Duitsland*). Zie in het Nederlands voorts ook de analyse van P.J.P. Tak, 'Rechtspraak van het Europese Hof over de Sicherungsverwahrung: lessen voor de longstay' in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber Amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 559-573.

Tegen die achtergrond van recente wijzigingen en omdat het Duitse recht voor een goed begrip van de relevantie ervan voor de centrale onderzoeksvraag van het onderhavige onderzoek gedetailleerde studie vereist van een aantal samenhangende aspecten van het Duitse recht inzake strafrechtelijke maatregelen (waarmee wij de lezer van dit rapport niet op voorhand vertrouwd achten), heeft dit hoofdstuk een wat breder karakter (met meer context) dan onze inventarisatie van het Nederlandse sanctierecht.

Onder 3.2 volgt daartoe eerst de verkenning van enige aspecten van het Duitse recht, gevolgd door een plaatsbepaling van de centrale notie van wat men met een Nederlands woord ‘proportionaliteit’ zou kunnen noemen, maar dat als *Verhältnismäßigkeit* in het Duitse recht een dermate centrale en fundamentele notie is voor de inrichting van wetgeving en beleid met een sterk normatieve betekenis zonder welke (relevante onderdelen van) het sanctiestelsel, ook in zijn aanwending door de rechter en in de tenuitvoerlegging, eenvoudigweg niet te begrijpen is.⁴⁷ Daarna volgt in de onderdelen 3.4. en 3.5. een bespreking van de twee voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag belangrijkste maatregelen uit het Duitse recht, waaronder de *Sicherungsverwahrung*. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een als tussenconclusie bedoelde samenvatting van de relevantie van het Duitse recht als opmaat naar de integrale slotbeschouwing in het daarna volgende hoofdstuk.

3.2. Enige algemene aspecten

Net als in het Nederlandse recht kent het Duitse sanctierecht een tweesporenstelsel van straffen en maatregelen.

Straffen

Voor wat betreft de straffen is de gevangenisstraf de belangrijkste straf. Voor het bepalen van de duur ervan in de strafbedreiging ter zake van een bepaald delict en in de rechterlijke sanctietoematingsbeslissing in het concrete geval, kent het Duitse recht een strikter systeem dan in Nederland. De Duitse wetgever maakt in het Duitse wetboek van strafrecht (*Strafgesetzbuch*, hierna StGB) gebruik van bijzondere strafminima, terwijl tegen het misdrijf van moord in beginsel zelfs uitsluitend levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd. In par. 46 lid 1 en lid 2 StGB worden aan de rechter concrete straftoemingscriteria meegegeven en voorgehouden. Met name het eerste lid is van belang, luidende:

47 Men kan de term *Verhältnismäßigkeit* vertalen naar het Nederlandse begrip van (ongeschreven) ‘proportionaliteit’ of ‘evenredigheid’ maar zelfs die laatste, sterkere term doet gemakkelijk afbreuk aan het feit dat deze norm naar Duits recht van constitutioneel niveau is, expliciet in het maatregelenrecht is gecodificeerd en daarmee als expliciete norm het positiefrechtelijk fundament van benadering en wetsinrichting is, en niet, eerder impliciet in het geheel verweven is. Daarom is er in deze tekst voor gekozen de Duitse term te gebruiken.

‘Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.’

(De schuld van de dader is de grondslag voor de straftoemeting. De effecten die van de straf te verwachten zijn in verband met het toekomstige leven van de dader in de maatschappij, dienen in aanmerking te worden genomen.)

In het aldus opgezette Duitse stelsel van bijzondere strafminima past vervolgens ook een ander element dat in Nederland ontbreekt: de wettelijke voorziening van strafverminderinggronden, in het bijzonder tot vermindering van bijzondere strafminima, in par. 49 StGB. Voor het onderhavige onderzoek zijn in dat kader voorts met name par. 20 en par. 21 StGB van belang. In par. 20 wordt het ontbreken van elke schuld wegens een psychische stoornis als strafverhindering voorzien; het Duitse equivalent van het Nederlandse artikel 39 Sr. Daarbij aansluitend voorziet par. 21 StGB in het voorschrift dat de rechter ook vermindering van wettelijk voorzieningen omtrent de duur van de straf kan toepassen in geval bij de verdachte op grond van een psychische stoornis als bedoeld in par. 20 StGB, sprake is van wat in het Nederlandse strafrecht, zij het juist niet in de wettelijke regeling (zelf), wel wordt aangeduid als (sterk) verminderde toerekenbaarheid:

‘Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.’

(Als het vermogen van de dader om het onrechtmatige van de daad in te zien dan wel naar dat inzicht te handelen op grond van een der in art. 20 aangeduide gronden ten tijde van het delict in aanzienlijke mate verminderd, dan kan de tegen het delict bedreigde straf op de wijze zoals in art. 49 lid 1 is voorzien, worden verminderd.)

In combinatie met par. 46 StGB geldt in het Duitse recht de notie van ‘geen straf zwaarder dan de schuld’ sterker dan in het Nederlandse recht, mede in samenhang met de nog te bespreken sterkere werking van de norm van *Verhältnismäßigkeit*.

Maatregelen

Het Duitse sanctiestelsel kent verschillende strafrechtelijke maatregelen. In par. 61 StGB wordt een zestal nader onderscheiden. Het betreft:

- Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (par. 63 StGB);
- Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (par. 64 StGB);
- Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (par. 66- par. 66c StGB);

- Führungsaufsicht (par. 68 – par. 68g StGB);
- Einziehung der Fahrerlaubnis (par. 69 – par. 69b StGB);
- Berufsverbot (par. 70 – 70b StGB).

Blijkens het opschrift van de Titel waarin deze maatregelen zijn geregeld gaat het telkens om *Maßregeln der Besserung und Sicherung*.⁴⁸ Die gemeenschappelijke aanduiding van dit zestal in het StGB zelf als *Maßregeln der Besserung und Sicherung* is van belang.⁴⁹ Het element van *Besserung* speelt in het Duitse recht daarbij niet zozeer bij het opleggen als wel bij de tenuitvoerlegging van de maatregelen een rol. Toch is deze notie ook in het Strafgesetzbuch uitdrukkelijk benoemd. De wetgever wil daarmee uitdrukken dat (ook) in het maatregelenrecht toch in elke concrete casus betreffende een bepaalde strafzaak c.q. een bepaalde justitiabele, steeds het geheel van oplegging en tenuitvoerlegging van sancties, waaronder de combinatie van een bepaalde maatregel met een juist wel of niet opgelegde straf, steeds en ook reeds in de sanctionering door de berechtende rechter, in het oog moet worden gehouden. Hierin klinkt reeds de hierna nog nader te bespreken norm van *Verhältnismäßigkeit* door. Die norm brengt mee dat de in elke strafzaak steeds de sanctionering door oplegging en tenuitvoerlegging in concreto wordt c.q. moet worden gezien en door de rechter moet worden getoetst.⁵⁰

‘Overige’ maatregelen

In verband met de ‘doelgroep’ van daders aan wie, en de strafbare feiten ter zake waarvan in Nederland de maatregel van tbs kan worden opgelegd, zijn twee maatregelen in het bijzonder van betekenis. Dat betreft de *Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus* en de *Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*. Daarop wordt hieronder nader ingegaan. Voor wat betreft de overige maatregelen is voor dit onderzoek het volgende van belang.

De drie laatstgenoemde maatregelen uit bovenstaande opsomming zijn niet vrijheidsbenemend, maar vrijheidsbeperkend en betreffen de ondertoezichtstelling (*Führungsaufsicht*), het ontnemen van de rijbevoegdheid (*Entziehung der Fahrerlaubnis*) en het beroepsverbod (*Berufsverbot*). Ten aanzien van deze drie maatregelen geldt, dat de wettelijke regeling daarvan in het StGB geen mogelijkheid biedt voor een vorm van ‘voorlopige’ oplegging, in de zin dat bij de rechterlijke sanctiebeslissing (waarbij zulks nog niet voldoende duidelijk was),

48 En dus niet ter afschrikking (*Abschreckung*), naast *Besserung* en *Sicherung* het derde element van speciale preventie dat bij de strafrechtelijke maatregel in de Duitse opvatting geen rol speelt.

49 De Duitse equivalenten van de Nederlandse maatregelen van onttrekking aan het verkeer en ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel hebben niet dat karakter van maatregel *der Besserung und Sicherung* en zijn daarom elders in het Duitse recht apart geregeld.

50 Vgl. Meier 2019, p. 276 en Fischer 2020, randnr. 9 bij par. 66a.

een voorbehoud kan worden gemaakt voor een latere vaststelling dat (alsnog) aan de wettelijke voorwaarde voor het opleggen van de betreffende maatregel voldaan is. Deze drie maatregelen en hun wettelijke regeling behoeven in dit onderzoek daarom geen verdere bespreking.

Dat geldt ook voor de maatregel van de *Unterbringung in einer Entziehungsanstalt* van par. 64 StGB. Deze maatregel, die van de drie vrijheidsbenemende maatregelen het meest wordt toegepast,⁵¹ is weliswaar vrijheidsbenemend, maar is in de eerste plaats bedoeld voor verslaafden en kan in dat kader maximaal twee jaren duren. Zij is vergelijkbaar met de Nederlandse maatregel van de plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders (ISD) en in zoverre niet bedoeld voor de doelgroep van de Nederlandse tbs-ers. Tegelijk is met deze maatregel een voorziening getroffen voor een groep die daarmee in zoverre niet in aanmerking komt voor toepassing van de *Sicherungsverwahrung*.

Algemene regeling van de combinatie van maatregelen en de executievolgorde; Aldus zijn er zes *Maßregeln der Besserung und Sicherung* waarvan er drie vrijheidsbenemend zijn; te herkennen aan de gemeenschappelijke aanduiding als *Unterbringung*.

Ter zake van die drie respectievelijk die zes maatregelen, bevat het StGB dan weer enige nadere voorschriften, o.a. over de volgorde van executie en de regels voor het combineren van maatregelen. Tot die laatste categorie behoort par. 72 StGB dat ook weer een concretisering van de *Verhältnismäßigkeit* in een wettelijk voorschrift bevat. Het artikel schrijft voor dat maatregelen niet in combinatie met elkaar worden opgelegd als het doel van die maatregelen met het opleggen van één ervan kan worden bereikt, in welk geval aan die maatregel prioriteit moet worden gegeven welke de betrokken verdachte het minst bezwaart. Worden verschillende vrijheidsbenemende maatregelen opgelegd, dan bepaalt de opleggende rechter de volgorde van tenuitvoerlegging. Voor aanvang van de ‘volgende’ maatregel wordt ingevolge par. 72 lid 3 StGB door de rechter getoetst of tenuitvoerlegging daarvan, gegeven het daarmee beoogde doel, nog wel noodzakelijk is.

Voorlopige voorziening (par. 126a StPO)

Het Duitse recht kent de mogelijkheid van een voorlopige, (spoed)toepassing van maatregelen, in afwachting van handhaving ervan bij latere (rechterlijke) beslissing. Die constructie is vergelijkbaar met de Nederlandse regeling van de invordering en bewaring van het rijbewijs in afwachting van de berechting ter zake van een WWV-misdrijf. Het betreft de zgn. *einstweilige Unterbringung* van par. 126a van het Duitse wetboek van strafvordering (*Strafprozessordnung*, hierna ook: StPO). Deze voorlopige voorziening van de *einstweilige Unterbringung* is ook bij twee van de drie vrijheidsbenemende maatregelen mogelijk, te weten bij

51 Meier 2019, p. 283-284.

de *Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus* en bij de *Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*, en dus niet bij de *Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*.⁵²

De wettelijke mogelijkheid van deze *einstweilige Unterbringung* betreft een voorlopige voorziening voorafgaande aan de berechting ter zitting, in afwachting van een opleggingsbeslissing; het is in zoverre geen ‘voorlopige oplegging’. Over een dergelijke constructie gaat dit onderzoek niet.

3.3. Het fundament van expliciet wettelijk voorgeschreven *Verhältnismäßigkeit*

Alvorens de relevante aspecten en onderdelen van de wettelijke regeling van de twee, voor dit onderzoek vrijheidsbenemende maatregelen meer in detail te bespreken, is van belang te begrijpen in welk kader de sanctie-opleggende rechter bij de toepassing van de twee maatregelen van *Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus* respectievelijk de *Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* heeft te werken. Dat kader bepaalt mede de uitleg, inhoud, betekenis en mogelijkheden van toepassing van de (detail)onderdelen van de wettelijke regeling van deze twee nader te bespreken maatregelen hierna.

Dat kader wordt bepaald door de in Duitsland in de grondwet (*Grundgesetz*) vastgelegde, aan het gehele publieke recht, en dus ook aan het strafrechtelijk sanctierecht in oplegging en tenuitvoerlegging (ook gezamenlijk) ten grondslag liggende, strikt toegepaste en bewaakte norm van *Verhältnismäßigkeit*. De betekenis van deze norm wordt versterkt door de betrekkelijk strikte handhaving ervan met groot, en voor de Duitse politiek, overheid en samenleving vanzelfsprekend gezag door het *Bundesverfassungsgericht*, een gerecht bij wie elke individuele burger, bijvoorbeeld een veroordeelde justitiabele aan wie een strafrechtelijke maatregel is opgelegd, over het niet in acht nemen van deze norm in de algemene regel van de wet, of in de toepassing ervan in zijn concreet geval van sanctionering in de samenhang van oplegging en tenuitvoerlegging, kan klagen.⁵³

52 Dat laatste houdt waarschijnlijk verband met de executievolgorde. Zelfs in geval van combinatie met straf, gaan de eerste twee genoemde maatregelen in de executie voor en vangt de executie dus steeds aan na het opleggend vonnis. Dan ligt voorlopige toepassing van hetgeen toch al te verwachten is, voor de hand. De tenuitvoerlegging van de *Sicherungsverwahrung* gaat echter in de executie volgorde niet op gelijke wijze steeds voor (maar vindt in voorkomende gevallen wel nog eerst rechterlijke toets plaats); zie de bespreking van deze maatregel nader hierna.

53 Voor een goed begrip bij de Nederlandse lezer moet worden benadrukt dat het *Bundesverfassungsgericht* – met zijn vanzelfsprekend geaccepteerd gezag – dus ook parlementaire wetten (wetten in formele zin) aan de grondwet toetst en die zodanige wet eventueel ter zijde schuift; een constitutionele toets die in Nederland als zodanig niet alleen door artikel 120 Grondwet uitdrukkelijk aan de rechter verboden is, maar waarvan

Die algemene grondwettelijke norm van *Verhältnismäßigkeit* geldt als gezegd dus ook voor het strafrechtelijk sanctierecht, en daarbinnen ook voor het maatregelenrecht.⁵⁴ Binnen dat laatste rechtsgebied betekent deze norm dat deze *Verhältnismäßigkeit* steeds moet worden nagestreefd tussen het doel dat met de maatregel wordt beoogd (in de oplegging en in de tenuitvoerlegging, ook in samenhang bezien) ten opzichte van de aard en ernst van de inbreuk op de grondrechten van de betreffende justitiabele die daarmee gepaard gaat. Bij de vrijheidsbenemende maatregelen gaat het dan in het bijzonder om het recht op vrijheid van de justitiabele. Het totale, door de rechter op te leggen sanctiepakket van straffen en maatregelen, de sanctiebeslissing als *Gesamt-Rechtsfolgenausspruchs* moet ook aan die norm voldoen, voor wat betreft de straf ook in evenredigheid met de ernst van het delict en de schuld van de dader,⁵⁵ zoals ook het hiervoor geciteerde voorschrift van par. 46 lid 1 StGB (uitdrukkelijk) tot uitdrukking brengt.

Voor het strafrechtelijk sanctierecht geldt voorts dat het opleggen en tenuitvoerleggen van sancties in het kader van deze norm van *Verhältnismäßigkeit* steeds in totaliteit in het oog moet worden gehouden. De sanctieopleggende rechter, de in de tenuitvoerlegging betrokken rechter⁵⁶ en de met de tenuitvoerlegging belaste administratie moeten in de afstemming van beide fasen van sanctieoplegging en -tenuitvoerlegging aan die *Verhältnismäßigkeit* gestalte geven. De inrichting van het strafrechtelijk sanctiestelsel voor de beide fasen van oplegging en tenuitvoerlegging in de betreffende wetgeving moet het mogelijk maken dat aan deze norm van *Verhältnismäßigkeit* maximaal vorm wordt gegeven. De norm is ‘overkoepelend’ en in zoverre ook zelfstandig; daarbinnen hoeft de realisatie ervan in Duitsland – anders dan in Nederland – niet slechts binnen de afzonderlijke bestanddelen en voorwaarden voor oplegging van afzonderlijke sancties te worden geïncorporeerd of ingelezen.

het bestaan of de invoering in Nederland bepaald zelfs als ondenkbaar en onwenselijk geldt. Zie voor een inventarisatie van de betekenis van dit aspect van Duits constitutioneel recht voor de inrichting van de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties in het bijzonder G. Lübke-Wolff, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug und Untersuchungshaftvollzug*, Baden-Baden (Duitsland): Nomos 2016, waarover enige opmerkingen in *Sancties* 2018/2. Zie voorts de analyse van M. Bachman, *Bundesverfassungsgericht und Strafvollzug. Eine analyse aller veröffentlichten Entscheidungen* (diss. Keulen), Berlijn (Duitsland): Duncker & Humboldt 2015.

54 Zie Meier 2019 onder 5.1.3.

55 Fischer 2020, randnr. 9 bij par. 66a.

56 In dit kader is relevant dat in het Duitse stelsel de strafrechter ook vaker betrokken is bij beslissingen over de vraag of (verdere) tenuitvoerlegging van een bepaalde sanctie, dan wel het alsnog tenuitvoerleggen van sancties die de berechtende rechter gecombineerd heeft opgelegd, nog wel noodzakelijk is. De hiervoor reeds genoemde rechterlijke voorziening van par. 72 lid 3 StGB in geval meer dan één vrijheidsbenemende maatregel is opgelegd, is daarvan een voorbeeld.

Voor wat betreft het onderhavige onderzoek is relevant dat recente wetswijzigingen in het recht betreffende de strafrechtelijke maatregelen mede voortvloeien uit de gebleken noodzaak daartoe omdat het *Bundesverfassungsgericht*, mede onder invloed van de jurisprudentie van het EHRM, delen van de voorheen bestaande wettelijke regeling van – in het bijzonder – de *Sicherungsverwahrung* in strijd met de Duitse grondwet oordeelde. Bij de daaropvolgende herziening van de wettelijke regeling in het *Strafgesetzbuch* is in het bijzonder die norm van *Verhältnismäßigkeit* versterkt. Het betreffende onderdeel van het *Strafgesetzbuch* bevat meer dan ooit niet alleen de artikelen betreffende de voorwaarden voor toepassing van de afzonderlijke maatregelen, maar juist ook meer algemene voorschriften voor het realiseren van deze norm van *Verhältnismäßigkeit*. De hierna te bespreken onderdelen van de wettelijke regeling van de twee relevante, vrijheidsbenemende maatregelen, kan niet worden begrepen zonder enig inzicht in de hoofdlijnen van de versterkte, expliciete inrichting van deze norm in de regeling van het recht betreffende de strafrechtelijke maatregelen.⁵⁷ De hoofdlijnen van de thans geldende wetgeving zien er op dit punt als volgt uit.

De (overkoepelende) norm van *Verhältnismäßigkeit* is voor het recht betreffende de strafrechtelijke maatregelen specifiek en expliciet in het *Strafgesetzbuch* vastgelegd, en wel in par. 62 StGB dat als volgt luidt:

‘Eine Maßregel der Besserung und Sicherung darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht.’

(Een maatregel ter verbetering en beveiliging mag niet worden opgelegd, als deze onevenredig is in verhouding tot de ernst van de door de dader gepleegde en te verwachten daden en de mate van gevaar dat uitgaat van hem.)

Maar ook bepalingen als par. 67c StGB (als een maatregel eerst na gevangenisstraf wordt geëxecuteerd is voorafgaande toets van de noodzaak daarvan noodzakelijk) en par. 72 StGB (de rechter dient slechts één maatregel op te leggen als daarmee kan worden volstaan en dient alleen de minst ingrijpende maatregel op te leggen).

Met de eerstgenoemde bepaling van par. 67c StGB ontstaat daarmee in Duitsland in geval van een combinatievonnissen van vrijheidsstraf en een strafrechtelijke maatregel en indien eerst de vrijheidsstraf ten uitvoer wordt gelegd (hetgeen in Duitsland geen regel is: zie hierna) nog nadrukkelijker het systeem dat de tenuitvoerlegging van een (eveneens) opgelegde maatregel nog wel aan de orde

⁵⁷ Niet voor niets wijdt Meier (Meijer 2019, p. 378-379) aan deze grondnorm en aan de wettelijke bepalingen tot uitdrukking ervan een aparte paragraaf. Vgl. ook Lensing 2019, p. 288-294.

is. Dat uitgangspunt van een extra toets is met name aan de orde bij de *Sicherungsverwahrung* nu deze – als uitgangspunt – na de gevangenisstraf wordt geëxecuteerd. De nadere, extra rechterlijke toets van (noodzaak van) tenuitvoerlegging kent Nederland (alleen) in de regeling van de bovenomschreven GVM-maatregel maar niet bij de combinatie van gevangenisstraf en tbs.

De maatregelen van par. 63 en par. 64 StGB kunnen reeds bij de oplegging meteen worden geschorst als met de vrijheidsbeperkende variant kan worden volstaan: par. 67b StGB. De wettekst is op dit punt voor de rechter als verplichting geformuleerd.⁵⁸ Nogal eens is rechterlijke toets mogelijk en voorgeschreven om te bezien of *tenuitvoerlegging* van een bepaalde maatregel (alsnog of verder) wel aangewezen is (in vrijheidsbenemende of toch vrijheidsbeperkende vorm), of dat omzetting in een andere maatregel voor (de problematiek van) een individuele justitiabele meer op z'n plaats is. Tot 'uitnodiging' van de omzetting van vrijheidsbenemende tenuitvoerlegging in een vrijheidsbeperkende variant, zo dat mogelijk is, voorziet het Duitse recht nogal eens in *van rechtswege* intredend toezicht (*Führungsaufsicht*) in geval de rechter oordeelt (maar ook: opdat de rechter eerder oordelen kan) dat (verdere) vrijheidsbeneming niet meer proportioneel is.

In dat geëxpliciteerde fundament van *Verhältnismäßigkeit* (reeds) in de wettelijke regeling van de strafrechtelijke maatregelen in het *Strafgesetzbuch* is van belang dat de legitimatie tot de inbreuk die met name de vrijheidsbenemende maatregel maakt op fundamentele, in de Duitse grondwet beschermde vrijheden, ligt in de juiste verhouding van de beide kernelementen die ook in het Nederlandse recht te herkennen zijn: welke strafbare feiten zijn door de betreffende justitiabele begaan en wat is terzake in het kader van evenredige vergelding aangewezen?, respectievelijk: welke mate van (recidive)gevaar van nieuwe strafbare feiten gaat van de betreffende justitiabele uit? Het Duitse sanctierecht betreffende de wettelijke regeling van oplegging en tenuitvoerlegging stelt het streven voorop in elk concreet geval de *Verhältnismäßigkeit* tot de met de sanctionering gepaard gaande inbreuk op grondrechten van de betreffende justitiabele te garanderen. Anders dan de aanspraak op resocialisatie (ook als plicht van de maatschappij jegens de justitiabele) is het voorkomen van strafbare feiten daarbij – als opgave van de Staat – als zodanig geen waarde die vastgelegd in de Duitse Grondwet. Pas als het gevaar dat van de justitiabele uitgaat groot genoeg is, is ingreep in vrijheidsrechten gelegitimeerd. De Duitse wettelijke regeling spreekt ter zake nogal eens van het normatief zware, tegelijk betrekkelijk open begrip van

58 Al is toepassing uitgesloten als ook onvoorwaardelijke vrijheidsstraf of *Sicherungsverwahrung* is opgelegd. Omgekeerd is de omzetting in een vrijheidsbeperkende variant van de *Sicherungsverwahrung* gemakkelijk aan de orde als op grond van de genoemde par. 67c StGB na ommekomst van de vrijheidsstraf (opnieuw) getoetst moet worden of tenuitvoerlegging van de maatregel nog wel noodzakelijk is.

‘*Erheblichkeit*’, wellicht het best te vertalen ‘ernstig’ of – meer normatief – ‘zwaarwichtig’.⁵⁹

Als gezegd, maakt de noodzaak dit aspect ook in de tenuitvoerlegging van maatregelen voortdurend te kunnen toetsen, een essentiële bouwsteen uit van het Duitse strafrechtelijke maatregelenrecht. Voor wat betreft de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties vertaalt de grondnorm van *Verhältnismäßigkeit* zich in een wettelijke regeling met een maximale flexibiliteit in de tenuitvoerlegging, inclusief mogelijkheden van het afbreken van de (verdere) tenuitvoerlegging c.q. van de vrijheidsbeneming in dat kader, als zulks uit een oogpunt van die *Verhältnismäßigkeit* noodzakelijk kan c.a. moet worden geacht, met name in geval factoren in de persoon van de justitiabele geen voortzetting meer verlangen. Een en ander kan en moet op verschillende momenten door de strafopleggende rechter of de Duitse tenuitvoerleggingsrechter, de *Strafvollstreckungsrichter*, worden beoordeeld en beslist.⁶⁰

3.4. Enige relevante aspecten uit de regeling van de *Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*, mede in vergelijking met de regeling van de *Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*

In het kader van de centrale onderzoeksvraag is een verkenning van enige aspecten van de strafrechtelijke maatregel van par. 63 StGB, betreffende de *Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus* (hierna voor de leesbaarheid aangeduid als ‘plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis’⁶¹) van

59 Wellicht ook met de uit de regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden in het WvSv bekende voorwaarde dat het belang van het onderzoek de toepassing van de bevoegdheid en daarmee gepaard gaande inbreuk op grond- en vrijheidsrechten van al dan niet verdachte burgers ‘dringend vordert’.

60 Meier (Meier 2019, p. 379) benoemt ter zake nog nader het subsidiariteitsprincipe van de maatregelen ten opzichte van andere doeltreffende interventies en van de maatregelen ten opzichte van elkaar, de flexibiliteitsgedachte in de regeling van de tenuitvoerlegging en de wisseling en door- en uitstroom naar andere voorzieningen (*Durchlässigkeit*; vgl. par. 67a lid 1 StGB over doorplaatsing ter tenuitvoerlegging in het tenuitvoerleggingskader van een andere, meer aangewezen maatregel) indien vanuit het perspectief van de *Verhältnismäßigkeit* (ook maar enigszins) aangewezen. Hij merkt in dat kader op (a.w. p. 379) dat de Duitse regeling gecompliceerd is, maar juist daardoor en daarmee wel die flexibiliteit mogelijk maakt. Ingewikkelde regeling is dan niet op voorhand een zelfstandig bezwaar en zelfs tot op zekere hoogte onvermijdelijk, onnodige ingewikkeldheid is uiteraard wel uit den boze. In welke categorie het Nederlandse stelsel van wettelijke inrichting van (forensische) geestelijke gezondheidszorg na de inwerkingtreding van diverse wetten, wetsonderdelen en uitvoeringsbesluiten sinds 1 januari 2020 valt, kan hier in het midden blijven.

61 Zulks op het gevaar af dat deze vertaling een verkeerde indruk maakt. Tot 1 januari 2020 was de Nederlandse strafrechtelijke maatregel van deze naam beperkt tot de art. 37 jo. art. 39 Sr situatie van het geheel ontbreken van de toerekenbaarheid en de facto de situatie dat het door de veroordeelde begane feit en diens stoornis en risico niet (ook) het opleggen

belang.⁶² De relevantie van deze maatregel voor het onderhavige onderzoek heeft te maken met het feit dat deze maatregel van par. 63 StGB tot op grote hoogte het Duitse equivalent is van de tbs als strafrechtelijke maatregel voor bepaalde justitiabelen in Nederland (en dus niet zozeer of uitsluitend de *Sicherungsverwahrung*).⁶³ En zulks zowel naar de wettelijke voorwaarden voor toepassing als voor de normatieve voorrang van de maatregel van par. 63 StGB boven de *Sicherungsverwahrung*.

De vergelijkbaarheid en reikwijdte van de maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis voor de tbs-doelgroep blijkt uit een aantal elementen van het Duitse recht. Dat betreft ten eerste de (materiële⁶⁴) voorwaarden die par. 63 StGB voor het opleggen van de maatregel noemt.

De maatregel kan bij een enkel strafbaar feit worden opgelegd dat ook het eerste, door de betreffende verdachte strafbare feit kan zijn. Anders dan de *Sicherungsverwahrung* is de toepassing niet aan bepaalde eisen van recidive (herhaling van strafbare feiten en eisen van voldoende voorafgaande veroordelingen) gebonden; anders dan bij de *Sicherungsverwahrung* is herhaling van strafbare feiten noodzakelijk alvorens de maatregel überhaupt eerst kan worden opgelegd.⁶⁵

De maatregel kan niet bij een volledig toerekenbare verdachte worden opgelegd, maar wel aan een verdachte bij wie die toerekenbaarheid geheel ontbreekt of verminderd is, in de zin van bovengenoemd par. 20 of 21 StGB. Dat betreft als gezegd een verwijzing naar de artikelen betreffende de factoren voor rechterlijke

van tbs met dwangverpleging vereist. De beperking speelt ten aanzien van de Duitse variant van deze maatregel uitdrukkelijk niet. Door (art. 2.3 van) de Wfz in verbinding met de Wvfgz en de Wzd is de voorheen in Nederland bestaande beperking tot art. 39 Sr inmiddels veranderd en verruimd. Desondanks blijven verschillen met de hier besproken maatregel van par. 63 StGB relevant die door het gebruik van de Nederlandse aanduiding niet uit het oog moeten worden verloren.

62 Naast deze strafrechtelijke mogelijkheid kent het Duitse recht ook – net als het Nederlandse – de civielrechtelijke opname van wegens hun stoomis gevaarlijke (voor zich of voor anderen) justitiabelen/patiënten, maar bovendien – en anders dan Nederland – de publiekrechtelijke opname uit het *Polizeirecht* (openbare orderecht) waarvan de regeling geheel aan de *Länder* is overgelaten en dat te vinden is in de betreffende *Polizeigesetze*.

63 Vgl. Lensing 2019, p. 283.

64 In meer formele zin dient op grond van par. 246a StPO tijdens het onderzoek ter terechtzitting een gedragsdeskundige te worden gehoord, alvorens de rechter de maatregel op kan leggen. Een daaraan voorafgaand schriftelijk rapport is mogelijk en niet ongebruikelijk, maar volstaat niet vanwege de nadruk die in het Duitse strafprocesrecht ligt op de mondelinge procesvoering ter zitting die het voorlezen of (samengevat) aanduiden van schriftelijke resultaten van het voorbereidend onderzoek, zoals in Nederland gebruikelijk, als uitgangspunt niet toelaat.

65 Zie over de *Sicherungsverwahrung* nader hierna; op deze plaats is slechts de constatering relevant dat voor zover niet aan de recidive-eisen voor toepassing van de *Sicherungsverwahrung* voldaan is, de maatregel van art. 63 StGB de enige is die op de tbs-er als doelgroep kan worden toegepast.

straftoemeting die, anders dan in Nederland, in het Duitse recht in het StGB zijn gecodificeerd. De artikelen 20 en 21 StGB betreffen inhoudelijk en in vergelijkbaar ‘open’ terminologie datgene wat in het Nederlandse recht tot voor kort meer algemeen placht te worden aangeduid als ‘gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens’, hetgeen voor de tbs blijktens artikel 37a Sr (nieuw) ook na 1 januari 2020 onverkort het geval is. Er wordt in par. 20 StGB gesproken van:

‘... einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnns ode reiner schweren anderen seelischen Abartigkeit...’

(... een ziekelijke psychische stoornis vanwege een diepgaande bewustzijnsstoornis of vanwege zwakzinnigheid of een zware andere psychische abnormaliteit ...)

Daarmee biedt het voorschrift van par. 63 jo. par. 20 en 21 StGB een ruim toepassingsbereik dat niet tot louter gedragskundig – bijvoorbeeld in termen van DSM-V – geformuleerde noties beperkt is.

Het opleggen van de maatregel van par. 63 StGB is verder gebonden aan de voorwaarden dat een strafbaar feit van voldoende ernst moet zijn begaan en dat het vooruitzicht bestaat dat de verdachte zonder behandeling opnieuw ernstige strafbare feiten zal begaan en hij daarmee en daardoor een gevaar voor de openbare orde oplevert (*‘er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist’*). In geval van verminderde toerekenbaarheid wordt de daarnaast op te leggen straf op grond van par. 21 StGB verminderd naar de richtlijnen en maatstaven van par. 49 StGB, een nadere voorziening die in het Duitse recht zoals gezegd in verband met het gehanteerde systeem van bijzondere strafminima noodzakelijk en mogelijk is.

De maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis kan ook door de rechter zelfstandig worden opgelegd in geval de betreffende justitiabele vanwege de stoornis ofwel geheel ontoerekenbaar is, dan wel niet bekwaam is om als partij in de strafvervolging zijn belangen waar te kunnen maken; zie par. 71 StGB. De *Sicherungsverwahrung*, die niet primair op een stoornis met deze gevolgen stoelt, is van deze voorziening van par. 71 StGB uitgesloten. Wel is het opleggen van deze maatregel van (o.a.) *Sicherungsverwahrung* mogelijk via de aparte procedure van par. 413 StPO (het zgn. *Sicherungsverfahren*) voor het geval dat het OM, vanwege de te voorspellen procesonbekwaamheid of volledige ontoerekenbaarheid geen terechtzitting (*Hauptverhandlung*) tegen de betreffende verdachte mag initiëren. Nochtans moet aan de wettelijke voorwaarden voor oplegging voldaan zijn, moet het daadwerkelijk opleggen ervan naar de stand van het onderzoek waarschijnlijk zijn, terwijl de procedure van het *Sicherungsverfahren* zoveel als mogelijk op die van het normale onderzoek ter terechtzitting moet worden ingericht.

Voorts is de grotere vergelijkbaarheid van de maatregel van par. 63 StGB met de tbs-maatregel ten opzichte van de maatregel van *Sicherungsverwahrung* zichtbaar in (de regeling van) de oplegging van beide maatregelen. Het kan onder omstandigheden (zie nader hierna) zo zijn, dat aan de wettelijke voorwaarden voor beide maatregelen voldaan is. Dan is de werking van het voorschrift van bovengenoemd par. 72 StGB van belang. Dientengevolge dient, in het kader van de *Verhältnismäßigkeit*, waar mogelijk met het opleggen van één maatregel te worden volstaan als het doel daarmee kan worden bereikt en wel die welke daarbij het minst inbreuk maakt op de vrijheid van de justitiabele, mede in het licht van het meest aangewezen traject van behandeling van de factor die zijn vrijheidsbeneming noodzakelijk maakt. In de literatuur bestaat er consensus over dat de maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis in geval van stoornis tegen deze achtergrond ook normatief voor gaat boven de *Sicherungsverwahrung*.⁶⁶

De combinatie van (oplegging van) beide maatregelen is al even normatief niet aangewezen omdat in geval van stoornis, de tenuitvoerlegging van de maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis als eerste wordt c.q. moet worden geëxecuteerd.⁶⁷ De executie van deze maatregel gaat in voorkomende gevallen van verminderde toerekenbaarheid (par. 63 jo. par. 21 StGB) ook vooraf aan de executie van een eventueel daarnaast opgelegde vrijheidsstraf. Is ook *Sicherungsverwahrung* opgelegd – waarvan de executie dan ‘achteraan’ komt (de tenuitvoerlegging van gevangenisstraf gaat in de regel aan de executie van die maatregel vooraf) – dan komt het op grond van de in par. 72 StGB voorgeschreven toets alleen maar dan tot tenuitvoerlegging van de *Sicherungsverwahrung* als dat in die toets door de rechter nog noodzakelijk wordt geoordeeld. Dat zal nogal eens gemakkelijk niet het geval zal zijn, aangezien de maatregel van par. 63 StGB pas zal worden beëindigd als het gevaar dat van de justitiabele uitgaat door behandeling voldoende is weggenomen.⁶⁸

Tijdens de tenuitvoerlegging van *Sicherungsverwahrung* is doorplaatsing – met behoud van titel en externe rechtspositie⁶⁹ – voor verdere tenuitvoerlegging in een psychiatrisch ziekenhuis mogelijk: par. 67a lid 2 StGB. Voor een veroordeelde aan wie vrijheidsstraf is opgelegd naast en voorafgaand aan *Sicherungsverwahrung*, ook al is deze nog voorbehouden als bedoeld in par. 66a StGB, is reeds op grond van hetzelfde artikellid doorplaatsing naar een psychiatrisch

66 Fischer 2020, randnr. 50 bij par. 63 StGB. Hetzelfde heeft te gelden voor de maatregel van par. 64 StGB (*Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*) ten opzichte van de *Sicherungsverwahrung*. Die maatregel van par. 64 StGB zal daarmee ook deel van het toepassingsveld van de Nederlandse tbs-maatregel beslaan.

67 Kammeier & Pollähne 2018, randnr. L 43, p. 504.

68 Voor het geval dat dit niet zo is, is de hierna nog nader te bespreken, zgn. *nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung* van par. 66b StGB van betekenis.

69 Meier 2019, p. 388.

ziekenhuis tijdens de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf mogelijk. De ‘dominantie’ van de maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis boven *Sicherungsverwahrung* komt daarbij dan des te nadrukkelijker tot uitdrukking in het feit dat omgekeerde doorstroming (tenuitvoerlegging van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis in de *Sicherungsverwahrung*) niet mogelijk is, omdat in dat tenuitvoerleggingskader per definitie het behandel- en resocialiseringsaanbod geringer is.⁷⁰

Tegen de achtergrond van het bovenstaande hoeft het geen verwondering te wekken dat de maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis vaak wordt opgelegd, juist ook veel vaker dan de *Sicherungsverwahrung*. In het jaar 2000 ging het om 758 beslissingen, tegen 60 maal dat *Sicherungsverwahrung* werd opgelegd. Voor 2005 betrof dat 861 om 75 gevallen; voor 2010 948 om 101; in 2015 818 om 47 en in 2017 804 om 57⁷¹, in welke laatste cijfers de veranderingen en wezenlijke beperkingen in de toepassing van de *Sicherungsverwahrung* op basis van veroordelingen van eerdere regelingen door het *Bundesverfassungsgericht* en het EHRM duidelijk zichtbaar worden. Het opleggen van beide maatregelen naast elkaar wordt, als gezegd, niet gemakkelijk toelaatbaar en bovendien weinig zinvol geacht en komt in de praktijk daarom nauwelijks voor.⁷²

Geen voorlopige oplegging

De wettelijke regeling van deze maatregel van par. 63 StGB laat geen ‘voorlopige oplegging’ in de zin van de in dit onderzoek centraal staande modaliteit toe. Het is de Duitse strafrechter niet gegeven de maatregel op te leggen ondanks dat ten tijde van die beslissing ter zake van een van de voorwaarden voor oplegging nog onvoldoende duidelijk is of geheel aan die voorwaarde voldaan is. Bestaat ter zake te veel twijfel, dan moet van het opleggen van de maatregel worden afgezien.

Executievolverde

Hiervoor werd bij de karakterisering van de maatregel van par. 63 StGB reeds enige aandacht besteed aan de regeling van de executievolverde. Dat is een thema dat in het kader van het onderzoek nog enige bredere aandacht verdient omdat ook daarin een voor onderzoek wezenlijke karaktertrek van het Duitse recht zichtbaar wordt. Dat betreft dan in de eerste plaats de regeling van de executie van de maatregel van par. 63 StGB in geval die wordt opgelegd in combinatie met gevangenisstraf. Sowieso is dat, zoals gezegd, alleen mogelijk in geval sprake is van verminderde toerekenbaarheid op grond van een stoornis als bedoeld in par. 20 StGB; bij volledige toerekenbaarheid is het opleggen van de maatregel uitgesloten, bij volledige ontoerekenbaarheid is het opleggen van enige straf

70 Meier 2019, p. 387.

71 Cijfers ontleend aan Meier 2019, p. 284 en p. 373 e.v. Op 31 maart 2018 verbleven in heel Duitsland 566 personen in *Sicherungsverwahrung* (waaronder 2 vrouwen); Meier 2019, p. 374.

72 Zie Kammeier & Pollähne 2018, randnr. L 76, p. 514.

uitgesloten. De duur van de vrijheidsstraf wordt bij een dergelijk combinatievonnissen reeds bij oplegging en door de sanctionerende rechter verminderd naar de maatstaven van par. 49 StGB.

Vervolgens wordt in de executievolgorde, naar het voorschrift van par. 67 lid 1 StGB, aangevangen met de tenuitvoerlegging van deze maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis en niet met de straf.⁷³ Deze volgorde is ook ten aanzien van de tbs-maatregel in een combinatievonnissen in Nederland indertijd wel vaker aanbevolen, onder andere door de commissie Fokkens, aan welke aanbeveling echter nooit tegemoetgekomen is.

Op grond van par. 67 lid 2 StGB is het weliswaar mogelijk dat toch met de tenuitvoerlegging van de straf wordt begonnen, maar daartoe is een uitdrukkelijke beslissing van de rechter nodig die daartoe alleen kan besluiten als het doel van de maatregel daarmee gemakkelijker te bereiken is. Dat is denkbaar als justitiabelen voor wie dat aangewezen is, via de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraf en doorplaatsing in dat kader in sociaal-therapeutische inrichtingen kunnen worden geplaatst.⁷⁴ De omkering van de tenuitvoerlegging om de ‘therapiebereidheid’ van de betrokkene te vergroten, wordt als reden voor die omkering niet toelaatbaar geacht.⁷⁵

Het belang dat de justitiabele zonder (al te groot) recidivegevaar ‘uit’ de maatregel, zij het aanvankelijk voorwaardelijk, in de vrije maatschappij kan terugkeren, wordt in het Duitse systeem gedekt door het voorschrift dat door de (in volgorde primaire) tenuitvoerlegging van de maatregel, ook (reeds) de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf wordt vervuld. Bij lange vrijheidsstraf en korte duur van de maatregel kan bovendien de voortzetting van de maatregel totdat voorwaardelijke invrijheidsstelling mogelijk is omdat de helft ervan ondergaan is (par. 67 lid 5 onder 2 StGB), uitkomst bieden. Ten slotte kan een aanvankelijk bevolen omkering van de executievolgorde (straf eerst) op grond van par. 67 lid 3 StGB op elk aangewezen moment ook weer teruggedraaid worden.

Belangrijker is dat de duur van de eerst na de maatregel te executeren gevangenisstraf door de eerdere executie van de maatregel verminderd wordt. De duur van de maatregel vermindert de duur van de daarna ten uitvoer te leggen gevangenisstraf van rechtswege (par. 67 StGB) met (maximaal) twee derde (par. 67 lid 4 StGB). Daarvoor zijn geen verdere beslissingen van de administratie of

73 Deze volgorde laat reeds geen modaliteit van ‘voorlopige oplegging’ van de maatregel van par. 63 StGB toe, omdat anders een titel voor vrijheidsbeneming zou komen te ontbreken als de maatregel nog onzeker is en de straf nog niet kan worden geëxecuteerd.

74 Vgl. Meier 2019, p. 384. De door deze auteur genoemde categorie van de verminderd toerekenbare, ‘lichtere’ zedendelinquenten doet denken aan de Nederlandse ‘doelgroep’ van de modaliteit van tbs met voorwaarden.

75 Meier 2019, p. 383-384, Fischer 2020, randnr. 7 bij par. 67 StGB.

van enige rechter noodzakelijk. De gedachte hierachter is dat het doel van (de tenuitvoerlegging van) deze maatregel een specifieke invulling is van *dezelfde*, zij het algemenere doelstelling van resocialisatie van (de tenuitvoerlegging van) de straf.⁷⁶ Als dat doel met de tenuitvoerlegging van de maatregel bereikt is, valt daarmee de grond voor (verdere) tenuitvoerlegging van de straf weg. Daarom kan ook het eventueel overige strafrestant van een derde, vervolgens door de rechter worden omgezet in een tenuitvoerlegging in de vorm van vrijheidsbeperking onder voorwaarden, de Nederlandse voorwaardelijke invrijheidsstelling. Dat kan indien door het aanrekenen van de (eerdere) tenuitvoerlegging van de maatregel ten minste de helft van de straf als tenuitvoergelegd moet worden aangemerkt: par. 67 lid 5, eerste volzin, StGB.

Men ziet in deze regeling enige significante zijden van dezelfde medaille. De *Verhältnismäßigkeit* dwingt er toe met de tenuitvoerlegging van de vrijheidsbenemende maatregel te beginnen, tenzij met executie van de gevangenisstraf, ten uitvoer te leggen in een therapeutische omgeving, de toepassing van de maatregel te vermijden is. Wordt met de tenuitvoerlegging van de maatregel begonnen, dan heeft succesvolle tenuitvoerlegging consequenties voor de duur en de modaliteit van de daarna nog te executeren gevangenisstraf. Alweer in het kader van de expliciet gemaakte *Verhältnismäßigkeit* kan de rechter ‘desnoods’ voor de duur van het strafrestant ook de voortzetting van de tenuitvoerlegging van de maatregel bevelen. De achterliggende gedachte achter deze, in belangrijke mate door de constitutionele norm van *Verhältnismäßigkeit* en de – eveneens constitutionele norm van resocialisatie als (gemeenschappelijk) doel van tenuitvoerlegging van alle strafrechtelijke sancties, waardoor de tenuitvoerlegging van de maatregel als species van de doelstelling, vóór gaat (in prioriteit en in volgorde van tenuitvoerlegging) wordt in Duitsland wel aangeduid als het *Prinzip des Vikariierens* (naar het latijnse vicarius = plaatsvervanger); het beginsel van de vervanging van de straf door de maatregel in (en door de wijze van) de tenuitvoerlegging. Het voor Nederland wat onbekende uitgangspunt wordt door Meier treffend omschreven:

‘Im Grundsatz besagt dieses Prinzip, dass die Maßregel vor der Strafe vollzogen und die Zeit des Maßregelvollzugs auf die Strafverbüßung angerechnet wird. Sein Ziel ist es, Doppelbelastungen des Verurteilten durch die Kumulation von Strafe und Maßregel zu vermeiden und durch den Vorwegvollzug der therapeutisch ausgerichteten Maßregel die bestmöglichen Voraussetzungen für die Resozialisierung des Verurteilten zu schaffen.’⁷⁷

⁷⁶ Meier (Meier 2019, p. 380) wijst er in dit kader op dat het tweesporienstelsel van straffen en maatregelen dat het StGB voor de fase van de sanctieoplegging nog sterk onderscheidt, in deze gedachte achter de inrichting van de tenuitvoerlegging vervolgens in feite tot één spoor wordt.

⁷⁷ Meier 2019, p. 380.

(In zijn grondslag impliceert dit beginsel dat de maatregel vóór de straf ten uitvoer wordt gelegd en dat de tijd doorgebracht in de tenuitvoerlegging van de maatregel wordt afgetrokken van de uit te zitten straf. Het doel is om dubbele belasting van de veroordeelde door de cumulatie van straf en maatregel te voorkomen en om door de geanticipeerde tenuitvoerlegging van de therapeutisch georiënteerde maatregel de beste vooruitzichten de resocialisatie van de veroordeelde te creëren.)

Tussenconclusie

De (tussen)conclusie moet zijn dat naar Duits recht voor de doelgroep van de tbs-ers (de justitiabelen met een stoornis en daaruit voortvloeiend risico) tot op niet onaanzienlijke hoogte de maatregel van par. 63 StGB en dus niet die van de *Sicherungsverwahrung* een aangewezen (beveiligings)maatregel is. Zij is in voorkomende gevallen ook in normatieve zin de aangewezen maatregel. Een en ander weerspiegelt zich in de toepassingscijfers van deze maatregel ten opzichte van die van de *Sicherungsverwahrung*; de maatregel van par. 63 StGB wordt in de praktijk aanzienlijk vaker toegepast dan de laatstgenoemde maatregel.

De regeling van de maatregel van par. 63 StGB kent naar zijn aard wel een met de Nederlands tbs-regeling vergelijkbaar stoornisvereiste als wettelijke voorwaarde voor het opleggen ervan, maar geen ‘voorlopige’ variant als die welke in het kader van het onderhavige onderzoek van belang zou kunnen zijn.

De grondnorm van *Verhältnismäßigkeit* in de sanctionering van de gestoorde justitiabele (door berechting en tenuitvoerlegging; voor zover in het kader van de realisatie van de grondnorm in concreto noodzakelijk ook gezamenlijk beschouwd), komt niet alleen tot uitdrukking in de wettelijke regeling van deze maatregel, maar ook in de inrichting van de tenuitvoerlegging. Het complexe geheel van wettelijke regels voorziet telkens in het alsnog afbreken van (verdere) tenuitvoerlegging van door de berechtende rechter opgelegde sancties, niet in uitbreiding of alsnog vaststelling dat aan de voorwaarden voor oplegging (überhaupt eerst) voldaan is. Voor de Nederlandse groep van tbs-ers ontbreekt een daarmee vergelijkbare overkoepelende normatieve betekenis van een dergelijke grondnorm, zeker in die mate waarin zij in Duitsland in regeling en praktijk zichtbaar aanwezig is. Dat is op zichzelf niet zonder meer problematisch aangezien vormen van proportionaliteit (als het in Nederlands normatief zwakker expliciet uitgewerkte equivalent van *Verhältnismäßigkeit*) eerder in de voorwaarden voor het opleggen van tbs tot uitdrukking komt.

3.5. Enige relevante aspecten van de maatregel van de *Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* meer zelfstandig beschouwd

Zoals wij in vervolg op de offerte hiervoor in hoofdstuk 1 hebben aangegeven, bestaat het vermoeden dat de in de Tweede Kamer gerezen vraag naar inzicht in mogelijke modaliteiten van een ‘voorlopige tbs’ is ingegeven door het vermoeden dat een dergelijke modaliteit kan worden aangetroffen in de regeling van de

maatregel van *Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*, vanwege de leesbaarheid hierna aan te duiden als *Sicherungsverwahrung*. Daarop wordt in dit onderdeel de aandacht nader gericht.

Het onderstaande moet daarbij worden gelezen tegen de achtergrond van hetgeen in het bovenstaande reeds is belicht. Bij de bestudering van de regeling van de *Sicherungsverwahrung* als zodanig, maar zeker ook voor een goed begrip van de plaats van deze sanctie in het Duitse recht in het algemeen, is de algemene, normatieve notie van de *Verhältnismäßigkeit* van groot belang. Meer dan uit de wettelijke regeling zelf, veroorzaakt die notie de beperkte betekenis van deze maatregel.

De maatregel van *Sicherungsverwahrung* berust in dit kader voor wat betreft de oplegging uitsluitend op de gedachte van beveiliging, maar wel in – onder het firmament van de *Verhältnismäßigkeit* steeds – noodzakelijke verbinding met de tenuitvoerlegging. In dat kader speelt, zeker na de laatste rechtsontwikkelingen, ook de (vooruitzichten en mogelijkheden van) behandeling een voorname⁷⁸ rol.⁷⁹ De wetgever heeft de rol van de *Sicherungsverwahrung* langs deze lijn willen terugdringen: andere opties zijn normatief belangrijker. Zoals gememoreerd, blijkt dat laatste ook uit het feit dat voor een van de tbs-ers naar Nederlandse opvatting, in het Duitse sanctiestelsel eerder, zowel praktisch als normatief, de maatregel van par. 63 StGB eerder aangewezen is. In praktisch opzicht is van belang, zoals ook al gememoreerd dat laatstgenoemde maatregel in de praktijk juist na de laatste wetwijzigingen aanzienlijk vaker wordt toegepast dan de hier nader te bespreken maatregel van de *Sicherungsverwahrung*.

‘Desondanks’ is de *Sicherungsverwahrung*, vanwege die oriëntatie op beveiliging (uitsluitend of meer dan andere maatregelen), ook na de zeer ingrijpende en de toepassing ervan zeer beprekende wijzigingen in recente jurisprudentie en wetgeving, in Duitsland onverminderd omstreden. En dat niet alleen normatief, maar ook vanwege het gebrek aan effectiviteit ervan in vergelijking met andere maatregelen, welk gebrek in de Duitse benadering dan weer normatief van belang

78 De beslissing van het BVerfG van 4 mei 2011, waarin werd geoordeeld dat de toen bestaande regeling in strijd was met de Duitse grondwet, vond zijn oorsprong niet voor niets in de vaststelling dat er in oplegging en met name tenuitvoerlegging, te weinig ‘afstand’ tussen tenuitvoerlegging van vrijheidsstraf en deze maatregel bestond. Ten opzichte van (de tenuitvoerlegging van) de vrijheidsstraf is voor een beveiligingsmaatregel dan nodig dat deze voldoende *freiheitsorientiert und therapiegerichtet* plaatsvindt, zoals Meier (Meier 2019, p. 353, vgl. ook p. 371) de beslissing omschrijft. Dat stelt, na de wetwijziging, vervolgens ook eisen aan de eventueel in combinatie met deze maatregel opgelegde vrijheidsstraf.

79 Vandaar dat, zoals wij hierboven zagen, de maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis, die wel c.q. meer en specifiek op behandeling gericht is dan de *Sicherungsverwahrung* op behandeling van de daarvoor vereiste *Hang* (zie hierna), in voorkomende gevallen op grond van par. 72 StGB voorrang heeft.

is.⁸⁰ In zoverre wordt ook van de nieuwe regeling de normatieve houdbaarheid opnieuw wel ter discussie gesteld. Waar aangewezen, stippen wij aspecten daarvan in het onderstaande aan.⁸¹

3.5.1. Algemene voorwaarden voor oplegging; recidive en *Hang*

De regeling van de *Sicherungsverwahrung* is te vinden in par. 66-66b StGB. De algemene voorwaarden waarvan de rechter vast moet stellen dat daaraan is voldaan, zijn opgenomen in het uitgebreide en betrekkelijk ingewikkelde par. 66 StGB. Aan deze criteria van in elk geval par. 66 lid 1 StGB wordt in de praktijk betrekkelijk strikt getoetst omdat, in afwijking van de Nederlandse benadering van ‘beleidsvrijheid’ voor de rechter, de formulering van (uitsluitend dat eerste lid van) par. 66 StGB uitgaat van een verplichting tot het opleggen van de *Sicherungsverwahrung* als aan de wettelijke voorwaarden voldaan is. In de (strikte) interpretatie daarvan komt dan de *Verhältnismäßigkeit* tot uitdrukking, niet in de ‘beleidsvrijheid’ voor de rechter om, in geval aan de voorwaarden voldaan is, toch van het opleggen van de maatregel af te zien. In de andere onderdelen van par. 66 StGB spreekt de wet zelf al van het ‘kunnen’ opleggen van de maatregel.

Op grondslag van recidive

In de eerste plaats maakt de tekst van par. 66 StGB duidelijk dat de *Sicherungsverwahrung* op een enkele uitzondering na uitsluitend kan worden opgelegd in geval van nader omschreven recidive. In het kader van dit onderzoek behoeft de precieze inhoud van dit – gedetailleerd uitgeschreven en daarmee complex – bestanddeel van par. 66 StGB geen verdere beschrijving. Wel is voor een goed begrip van de maatregel (en de kritiek daarop) de betekenis van deze grondslag relevant, mede omdat daarmee andermaal ook geïllustreerd wordt dat deze maatregel *niet* het equivalent is van de Nederlandse tbs.

Bij de *Sicherungsverwahrung* is de vereiste herhaling van delicten grondslag voor de vrijheidsbeneming. En dus niet, zoals bij de tbs, de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens en het verband tussen stoornis en delict waaruit het gevaar kan worden afgeleid, waarvoor een (enkel), voldoende ernstig indexdelict afdoende grondslag kan vormen als onderbouwing van het gevaar. Ook bij de *Sicherungsverwahrung* gaat het om die onderbouwing van dat gevaar, maar dat moet bij deze maatregel blijkens de opleggingsvoorwaarden in de wettelijke regeling komen van het patroon van – en de *Hang* naar – de (herhaling van) strafbare feiten. Daarom is het opleggen van de maatregel van

80 Wij herinneren er op dit punt aan naast de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis ook de vaak opgelegde maatregel van par. 64 StGB (*Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*), de Duitse variant van de Nederlandse ISD, van betekenis is.

81 Zie voor een overzicht in het algemeen Meier 2019, p. 350.

Sicherungsverwahrung bij eerste veroordeling zonder voorafgaande delicten in beginsel niet mogelijk.⁸²

Tegelijk ligt daarin een deel van de kritiek die ook in Duitsland op de *Sicherungsverwahrung* bestaat. De hierna nog nader te bespreken opleggingsvoorwaarde van een *Hang* naar (ernstige) strafbare feiten, is een inhoudelijk onduidelijk en vaag concept dat niet uit een te behandelen ‘tekortkoming’ (zoals een psychische stoornis of verslaving) hoeft te bestaan, en – zoals gezegd – al helemaal niet in enig voor het gevaar relevant verband hoeft te staan met het indexdelict. Dat betekent dat bij de *Sicherungsverwahrung*, zeker nu daarbij om dezelfde redenen verminderde toerekenbaarheid geen rol speelt, de enkele herhaling van verwijtbare, toerekenbare en dus ook in die zin strafbare feiten, de grondslag van de maatregel vormt. Die grondslag is daarmee eerst en vooral het verwijt aan de dader dat hij zich door eerdere veroordelingen en bestraffingen niet van nieuwe strafbare feiten heeft laten weerhouden, een soort *Lebensführungsschuld*: een soort verwijt aan de verdachte dat hij zijn leven op deze wijze inricht dat echter niet als (schuld)verwijt grond voor (extra) strafrechtelijke sanctionering kan zijn. Aan de justitiabele wordt niet een verwijt gemaakt van een bepaald en concreet strafbaar gedrag (daartoe strekt de straf), maar daaroverheen (alsnog ook) van het geheel van strafbare feiten. Waar dat verwijt en de daarop gebaseerde toepassing van de vrijheidsbenemende *Sicherungsverwahrung* niet terug te voeren hoeft te zijn op een tekort in de persoon ter zake waarvan een aanbod van behandeling in de tenuitvoerlegging de legitimatie van de vrijheidsbeneming vormt (zoals in Nederland bij de tbs en de ISD en in Duitsland bij de maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis en van *Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*), bestaat daarmee het gevaar dat het opleggen van de maatregel van *Sicherungsverwahrung* en de legitimatie van de daarmee gepaard gaande, onder omstandigheden onbeperkte vrijheidsbeneming, louter of in de eerste plaats wordt gelegitimeerd door een de straf te boven gaande doel van uitsluitend *generale* preventie; de veelheid van delicten is voldoende voor alsnog oplegging van een de straf te boven gaande maar toch slechts generaal preventieve vrijheidsbeneming.⁸³ Het is precies dit karakter van (uitsluitend) de *Sicherungsverwahrung* te ‘kale’ preventieve detentie

82 Par. 66 StGB onderscheidt nog nader tussen daders met eerdere veroordelingen ter zake van daarin genoemde delicten, dan wel, als er geen eerdere veroordelingen ter zake van dergelijke misdrijven zijn, veroordeling ter zake van *andere* strafbare feiten. In die laatste categorie gelden nadere eisen alvorens *Sicherungsverwahrung* kan worden opgelegd.

83 Zie voor beschrijving van deze analyse met nadere literatuurverwijzingen bij Werndl 2019, p. 145-152 (oplegging) en p. 155-176 (tenuitvoerlegging). Voor de fase van de tenuitvoerlegging in de door het BVerfG ingebrachte eis van (voldoende) afstand ten opzichte van de gevangenisstraf van belang; de vereiste ‘afstand’ dient eruit te bestaan dat de tenuitvoerlegging van de *Sicherungsverwahrung* meer is dan de enkele opsluiting, daargelaten dat in voorkomende gevallen de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf moet worden ingericht op het voorkomen van de noodzaak van het aansluitend nog moeten executeren van de maatregel van *Sicherungsverwahrung*.

op het (alsnog te maken) groter, maar in de kern nog steeds *straffunderend* schuldverwijt van de enkele veelheid van delicten, dat het *Bundesverfassungsgericht* en de wetgever via de notie van de *Verhältnismäßigkeit* in de regels en voorwaarden voor zowel de oplegging als de tenuitvoerlegging van de *Sicherungsverwahrung* is gaan terugdringen. Het feit dat, in ingewikkelde wetgeving, geen nieuwe, adequate en zuivere, goed inzichtelijke en op zichzelf legitieme balans tussen maatschappelijke veiligheid en de vrijheid van de betrokkene justitiabele gevonden is, is dan de andere pijler van de kritiek.⁸⁴

*Hang*⁸⁵

Enige vergelijking met de Nederlandse tbs dringt zich bij de regeling van de *Sicherungsverwahrung* alweer meer op, daar waar par. 66 StGB als voorwaarde voor het opleggen van deze maatregel (voldoende bewijs van) een ‘gebrek’ bij de verdachte vereist, uitgedrukt in de *Hang* bij de verdachte, die causaal moet zijn voor het gevaar dat de verdachte in de toekomst opnieuw (ernstige) strafbare feiten begaat. Wat die *Hang* in de zin van par. 66 StGB precies (wel) is, is onduidelijk, zeker nu de verdachten die – naar het gebrek in hun persoon – in de doelgroep van (beide) andere vrijheidsbenemende maatregelen vallen, in zoverre reeds ‘bediend’ worden. Voor een goed begrip citeren we Meier die niet alleen een poging doet de inhoud van de *Hang* positief te duiden, maar ook aangeeft wat er niet onder een *Hang* dient te worden verstaan:

‘Was sich im Einzelnen mit dem Begriff des „Hangs“ verbindet und anhand welcher Merkmale sich „Hangtäter“ von anderen Tätergruppen abgrenzen lassen, ist weitgehend unklar. Geläufig ist die Definition, „Hang“ sei die eingeschliffene, aufgrund charakterlicher Veranlagung bestehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung zu Rechtsbrüchen, die den Täter immer wieder straffällig werden lasse, wenn sich die Gelegenheit dazu biete. Sonderlich erhellend ist diese Definition indessen nicht; in der Sache wird der „Hang“ hier lediglich durch die „Neigung zu Rechtsbrüchen“ ersetzt, ohne dass damit für die Auslegung und das Verständnis des § 66 StGB viel gewonnen wäre. Geht man der Frage genauer nach, zeigt sich zunächst, dass es für die Rechtsanwendung nicht darauf ankommt, auf welchen Ursachen der Hang beruht. Der Hang kann einer allgemein antisozialen Haltung des Täters entspringen; er kann aber auch darauf beruhen, dass der Täter willensschwach ist und aus Haltlosigkeit dem Tatanreiz nicht widerstehen kann und jeder neuen Versuchung erliegt. Der Begriff des „Hangs“ ist dementsprechend weniger im Hinblick auf bestimmte Ursachen als vielmehr im Hinblick auf einen bestimmten Zustand des Täters, eine bestimmte Persönlichkeitsverfassung oder Disposition zu verstehen, die ihn immer wieder Straftaten begehen lässt. Damit geraten die Überlegungen der täterbezogenen Kriminologie zur Erklärung persistenten kriminellen Verhaltens in den Blick, etwa forensisch-psychiatrische Bezugnahmen auf einzelne

84 Meier 2019, p. 351.

85 Met het gebruik van deze term wordt in dit deel van het rapport verwezen naar de Duitse bewoording ter zake die als zodanig bestanddeel is van par. 66 StGB. Om aan te duiden dat niet naar het Nederlandse woord wordt verwezen, is het woord steeds met hoofdletter geschreven en cursief gezet.

Störungsbilder oder kriminologisch-psychologische Konzepte wie Risikoverhalten, Selbstkontrolle oder Bindung. Ähnlich wie beim Begriff der „psychischen Störung“ (§ 1 Nr. 1 ThUG; dazu unten Abschn. 5.3.3.2.6) handelt es sich auch beim „Hang“ i. S. des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB allerdings um einen normativen Begriff, der mit empirischen Befunden nur zum Teil gefüllt werden kann; dies gilt für die Zuordnung psychiatrischer Diagnosen ebenso wie für die Zuordnung kriminologischer Erklärungsansätze. Im Kern verweist der Begriff auf die nicht nur vorübergehende Fehlanpassung des Verurteilten an die sich in den Rechtsnormen ausdrückenden gesellschaftlichen Erwartungen, auf die mangelnde Fähigkeit bzw. Bereitschaft, sich in kritischen Situationen den Rechtsnormen entsprechend zu verhalten. „Hang“ i. S. der Nr. 4 lässt sich deshalb als Verhaltensmuster deuten, das sich im bisherigen Sozial-, aber insbesondere auch Legalverhalten des Verurteilten erkennen lässt und den Zusammenhang zwischen den mehreren, die Sicherungsverwahrung legitimierenden Straftaten kriminologisch erklären kann. Der Begriff ist damit keineswegs, wie gelegentlich angenommen, inhaltsleer, sondern ermöglicht die Eingrenzung solcher Wiederholungstäter, die wegen ihrer fehlenden Fähigkeit oder Bereitschaft zur Selbststeuerung in besonderer Weise rückfallgefährdet und damit für die Gesellschaft „gefährlich“ erscheinen.⁸⁶

(Het is tot op grote hoogte onduidelijk wat het specifieke van het begrip *Hang* uitmaakt en door welke kenmerken *hangdaders* zich laten onderscheiden van andere dadergroepen. De volgende definitie is gebruikelijk: *Hang* is de ingeslepen, op grond van de aanleg in zijn karakter bestaande of door oefening verworven intensieve neiging tot delicten, waardoor de dader zich steeds weer schuldig maakt aan een strafbaar feit als de gelegenheid daartoe zich voordoet. Bijzonder verhelderend in deze definitie echter niet; in essentie wordt de *Hang* hier slechts vervangen door de “neiging tot strafbaar gedrag” zonder dat er daarmee veel gewonnen is voor wat betreft de interpretatie en het begrijpen van par. 66 StGB. Bij nadere beschouwing blijkt meer in het bijzonder dat het voor de toepassing van het recht niet belangrijk is welke oorzaken ten grondslag liggen aan de *Hang*. De *Hang* kan voortkomen uit een algemeen antisociale houding bij de dader, maar kan ook gebaseerd zijn op het feit dat de dader wilswaak is en bij gebrek aan standvastigheid geen weerstand kan bieden aan de prikkel tot misdaad en dus bezwijkt aan elke verzoeking in die richting. Het begrip van de *Hang* moet dus minder worden begrepen met het oog op bepaalde oorzaken, maar veeleer met het oog op een bepaalde toestand van de dader, een bepaalde gesteldheid van zijn persoonlijkheid of dispositie die hem steeds weer misdrijven laat plegen. Daarmee komen worden de overwegingen uit de dadergerelateerde criminologie ter verklaring van persistent crimineel gedrag relevant, bijvoorbeeld forensisch-psychiatrische verwijzingen naar onderscheiden stoornisbeelden of criminologisch-psychologische concepten zoals risicogedrag, zelfcontrole of binding. Net zoals het begrip van de “psychische stoornis” (par. 1 nr. 1 ThUG; zie het onderstaande hoofdstuk 5.3.3.2.6) is echter ook *Hang* in de zin van par.

86 Met verwijdering van voetnoten geciteerd van Meier 2019, p. 358-359. Zie voor een soortgelijke verkenning en inhoudelijke omschrijving Fischer 2020, randnr. 47-56 bij par. 66 StGB.

66 lid 1, eerste volzin onder 4, StGB een normatief begrip dat slechts voor een deel kan worden gevuld met empirische bevindingen; dit geldt zowel voor de verwijzing naar psychiatrische diagnoses alsook voor de verwijzing naar criminologische verklarende benaderingen. In de kern verwijst het begrip naar de meer dan tijdelijke falende aanpassing van de veroordeelde aan de in de wettelijke normen uitgedrukte maatschappelijke verwachtingen, naar het ontbrekende vermogen resp. de bereidheid zich in kritieke situaties te gedragen volgens de wettelijke normen. *Hang* in de zin van nr. 4 laat zich dus interpreteren als gedragspatroon dat zich laat herkennen in het getoonde sociale, maar vooral ook in het getoonde juridische gedrag van de veroordeelde en dat het verband tussen de meervoudige, de *Sicherungsverwahrung* legitimerende delicten op criminologische manier kan verklaren. Het begrip is daarmee in zeker niet, zoals soms aangenomen, zonder inhoud, maar maakt het mogelijk om die recidivisten af te bakenen die vanwege hun falend vermogen of falende bereidheid tot sturing van het eigen gedrag in het bijzonder recidivegevaarlijk en daarmee “gevaarlijk” voor de maatschappij lijken.)

Herhaling en gevaar: erhebliche Straftaten

In par. 66 lid 4 StGB wordt de voor de *Sicherungsverwahrung* noodzakelijke samenhang van begane delicten en gevaar voor de toekomst uitgedrukt. De rechter moet zich een totaalbeeld vormen (*Gesamtwürdigung*) van de dader en van alle daden die hij begaan heeft, op het moment van de beslissing tot oplegging van de maatregel. Wil daaruit een *Hang* kunnen worden afgeleid, dan is blijkens de jurisprudentie een systematisch, op dezelfde tekortkoming bij de betreffende justitiabele teruggaand verband noodzakelijk.⁸⁷ Er moet sprake zijn van (herhaling van en verwachting van) betrekkelijk zware (*erhebliche*) delicten. In de jurisprudentie wordt een terughoudende interpretatie gevolgd. Is bijvoorbeeld bij seksueel misbruik van kinderen de overschrijding van deze minimumdrempel betrekkelijk vanzelfsprekend gegeven. Maar dat geldt niet voor het verwerven en bezitten van kinderpornografie. Zeker met de concrete aanduiding van par. 66 lid 4 StGB voor ogen dringt zich bij de inhoud van wat ‘*erhebliche Straftaten*’ zijn, de vergelijking op met de omschrijving van het geweldsdelict in artikel 38e Sr.

Mede in verband met dit diffuse *Hang*-begrip dient ter zake van de *Sicherungsverwahrung*, net als bij de hiervoor besproken maatregel van par. 63 StGB, tijdens het onderzoek ter terechtzitting op grond van par. 246a StPO een gedragsdeskundige te worden gehoord, alvorens de rechter de maatregel op kan leggen.⁸⁸

Voor een goed begrip van het karakter van de *Sicherungsverwahrung* is voorts ook voor deze maatregel de samenhang van oplegging en tenuitvoerlegging van

⁸⁷ Meier 2019, p. 359.

⁸⁸ Zoals bij de bespreking van die maatregel reeds is opgemerkt is een daaraan voorafgaand schriftelijk rapport mogelijk en niet ongebruikelijk, maar dat volstaat niet vanwege de nadruk die in het Duitse strafprocesrecht ligt op de mondelinge procesvoering ter zitting die het voorlezen of (samengevat) aanduiden van schriftelijke resultaten van het voorbereidend onderzoek, zoals in Nederland gebruikelijk, als uitgangspunt niet toelaat.

belang. Als de maatregel in combinatie met vrijheidsstraf wordt opgelegd wordt aangevangen met de tenuitvoerlegging van die vrijheidsstraf. Dat vindt zijn grond in het feit dat, anders dan de maatregel van *Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus* de tenuitvoerlegging van de *Sicherungsverwahrung* een veel minder speciaal en gericht (behandel)doel heeft. Het gaat – zoals blijkt uit par. 66c StGB – veel meer om met een aanbod van op algehele sociale en psychische resocialisatie van de betrokkene als ‘*Gesamtkonzept*’, op het ontslag uit de maatregel ‘*hinzuwirken*’. Maar precies dat aanbod moet, gegeven de normatief-noodzakelijke doelstelling van resocialisatie van (elke) sanctie, de veroordeelde ook reeds gedurende de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraf worden aangeboden. Dat geldt in het algemeen voor elke tot vrijheidsstraf veroordeelde, maar dat geldt op grond van par. 66c lid 2 StGB nog eens heel nadrukkelijk in geval aan de veroordeelde zowel vrijheidsstraf als *Sicherungsverwahrung* is opgelegd (in het bijzonder in de nog te bespreken modaliteiten van de *Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* respectievelijk de *nachträgliche Anordnung* daarvan). Omdat aldus het aanbod van (algemene) resocialisatiemaatregelen en hulp in de tenuitvoerlegging van deze maatregel en van de vrijheidsstraf gelijk zijn (en dus, anders dan bij de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis, de tenuitvoerlegging van de maatregel van *Sicherungsverwahrung* geen specifieke(re) invulling van dat (zelfde) doel behelst), is bij een combinatievonnis van vrijheidsstraf en *Sicherungsverwahrung* een ‘*Vorwegvollzug der Sicherungsverwahrung (...) weder angezeigt noch geboten*’.⁸⁹ Sterker: na ommekomst van de gevangenisstraf wordt bij deze volgorde op grond van par. 67c StGB opnieuw bezien of de tenuitvoerlegging van de maatregel van *Sicherungsverwahrung* nog wel noodzakelijk is; zo niet, dan wordt zij in een vrijheidsbeperkende variant met voorwaarden en toezicht omgezet. Daarbij kan een rol spelen dat de veroordeelde in het gehele traject van tenuitvoerlegging, dus inclusief de gevangenisstraf, onvoldoende *Betreuung* aangeboden is (par. 67c lid 1 onder 2 StGB); dat gebrek kan een grond zijn waarop de rechter van tenuitvoerlegging van aan gevangenisstraf aansluitende *Sicherungsverwahrung* afziet.

Betrekkelijk weinig betekenis in de praktijk

De in Duitsland bestaande, gereserveerde houding ten aanzien van de *Sicherungsverwahrung* komt ten slotte tot uitdrukking in het feit dat de maatregel tegenwoordig maar weinig wordt opgelegd en ook daarin afwijkt van de Nederlandse tbs. In 2017 bijvoorbeeld⁹⁰ is de maatregel slechts 57 keren opgelegd. Dat is, zoals bij de bespreking van de maatregel van par. 63 StGB al aangeduid, aanzienlijk minder dan de toepassing van welke andere vrijheidsbenemende maatregel dan ook. Het gaat vooral om delicten tegen de seksuele integriteit van slachtoffers (in 2017: 50,9 % van de gevallen); met name

⁸⁹ Meier 2019, p. 380.

⁹⁰ De gegevens zijn ontleend aan Meier 2019, p. 373-374.

in de voorheen vaak voorkomende categorie van gewelddadige vermogensdelicten als roof en afpersing, vindt *Sicherungsverwahrung* tegenwoordig veel minder plaats (in 2017 in 21.1 % van de gevallen).

3.5.2. Drie varianten van oplegging

De *Sicherungsverwahrung* kent drie modaliteiten van oplegging. De eerste is de primaire oplegging door de strafrechter bij de berechting: par. 66 StGB. Is de beslissing op een bepaald punt bij de berechting nog niet rijp voor definitieve oplegging van de maatregel, dan bestaat de optie van de zgn. *vorbehaltene Anordnung*, geregeld in par. 66a StGB. Het opleggen van de maatregel geschiedt in deze variant toch reeds door de sanctionerende rechter. De derde variant is de zgn. *nachträgliche Anordnung*, waarin wel eerst na de sanctionering door de zittingsrechter alsnog de maatregel wordt opgelegd: par. 66b StGB. De beide laatstgenoemde varianten vragen in het kader van het onderhavige onderzoek nadere aandacht, overigens om inhoudelijk afwijkende redenen.

De nachträgliche Anordnung van par. 66b StPO

Deze modaliteit van de *Sicherungsverwahrung* van par. 66b StGB is (namelijk) naar zijn voorwaarden voor het onderhavige onderzoek *niet* van betekenis. Ten eerste is geen sprake van een voorlopige oplegging omdat de berechtende rechter bij de berechting bij deze modaliteit in het geheel niet betrokken is, ook niet in de vorm van een *Vorbehalt* als bedoeld in de betreffende modaliteit van par. 66a StGB. In deze modaliteit wordt de *Sicherungsverwahrung* namelijk niet in het kader van de strafvervolgning opgelegd, maar eerst c.q. alsnog in de fase van tenuitvoerlegging.

Dat de berechtende, sanctionerende rechter bij de oplegging van deze variant niet betrokken is, vindt zijn (logische) grondslag in het gegeven dat de modaliteit van de *nachträgliche Anordnung* bedoeld is voor – en in zoverre ook alleen maar mogelijk is – in geval aan de veroordeelde de bovenomschreven maatregel van par. 63 StGB, de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis, is opgelegd, maar deze aanvankelijke maatregel is komen te vervallen omdat de grond waarop de maatregel is opgelegd (te weten: de met een stoornis in de persoon samenhangende, geheel ontbrekende of verminderde toerekenbaarheid van par. 20 respectievelijk par. 21 StGB), blijkens de beslissing tot beëindiging van die maatregel niet (meer) bestaat. Voldoet de veroordeelde aan de verdere voorwaarden van par. 66b StGB (waaronder de eis van voorafgaande veroordelingen) en aan het betrekkelijk strikte gevaarscriterium van par. 66b StGB, dan kan in die situatie alsnog *Sicherungsverwahrung* worden bevolen.⁹¹ De – enige en uitsluitende – grond daarvoor (beëindiging van de maatregel van par. 63 StGB vanwege het vervallen zijn van de grond (stoornis)), doet zich dus

91 In een procedure die is ingericht naar die van het openbare onderzoek ter terechtzitting (*Hauptverhandlung*): par. 275a StPO.

eerst in de tenuitvoerlegging van de door de rechter in het kader van de strafvervolgning opgelegde sanctie voor.

Deze – ten opzichte van voorheen bestaande, maar door het EHRM afgekeurde, andere varianten van de *nachträgliche Anordnung* zeer beperkte modaliteit is – desondanks – in de literatuur zeer omstreden, waarbij de juridische ‘houdbaarheid’ een punt van grote twijfel is.⁹² Het is de vraag of het *Bundesverfassungsgericht*⁹³ en het EHRM deze variant zullen (kunnen) accepteren. Het punt is daarbij dat in de modaliteit van de *nachträgliche Anordnung* de vrijheidsbeneming in het kader van de maatregel naar de aard van deze modaliteit (niet opgelegd door de zittingsrechter) niet (meer) berust op artikel 5 lid 1 onder a EVRM. De enige mogelijke legitimatie moet dan ontleend worden aan artikel 5 lid 1 onder e EVRM: psychische stoornis, zoals gedefinieerd in het *Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter* (ThUG). Dat is de wet waarmee Duitsland het ‘gat’ vulde nadat sommige justitiabelen moesten worden vrijgelaten omdat het opleggen van de *Sicherungsverwahrung* na bepaalde wetswijzigingen in bepaalde gevallen door het EHRM onrechtmatig was bevonden wegens schending van het verbod van terugwerkende kracht. De wet voorziet in verdere of aansluitende vrijheidsbeneming van justitiabelen die aan een psychische stoornis in de zin van artikel 5 lid 1 onder e EVRM lijden en van wie dientengevolge met aanzienlijke waarschijnlijkheid het gevaar uitgaat dat zij opnieuw ernstige strafbare feiten zullen begaan. Deze maatregel wordt door de *civiele* kamer van het Landgericht opgelegd: de ‘tbs civiel’ dus.⁹⁴ Alleen: de *nachträgliche Anordnung* van par. 66b StGB kan nu juist slechts dan plaatsvinden, als zij moet aansluiten op de beëindiging van de maatregel van par. 63 StGB vanwege het feit dat de grondslag voor die maatregel (stoornis) is weggefallen. Met andere woorden: zolang de stoornis aanwezig is, is er geen reden de maatregel van par. 63 StGB te beëindigen. Is daartoe wel reden, dan is er geen stoornis (meer) en dan kan weliswaar op zichzelf op grond van par. 66b StGB alsnog *Sicherungsverwahrung* worden opgelegd, maar de vrijheidsbeneming in dat kader kan dan daarom niet (meer c.q. evenmin) berusten op artikel 5 lid 1 onder e EVRM.

Vorbehalt der Sicherungsverwahrung: par. 66a StPO

Daarmee zijn we aangeland bij par. 66a StPO betreffende de zgn. *Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*. Dat is dus een bepaalde variant van

92 Zie, met verdere verwijzingen, bij Meier 2019, p. 367.

93 Het *Bundesverfassungsgericht* liet de kwestie in een beslissing in 2013 nog open, maar noemde het punt wel, hetgeen als waarschuwing kan worden opgevat. Zie: BVerfG 6 februari 2013, ECLI:DE:BVerfG:2013:rs20130206.2bvr212211, randnr. 41.

94 Zie Meier 2019, p. 368-369.

deze, in de praktijk op zichzelf reeds weinig gebruikte maatregel.⁹⁵ Het *Bundesverfassungsgericht* accepteert de (nieuwere) regeling.⁹⁶

Zoals gezegd wordt in deze variant van het *Vorbehalt* de maatregel niet alsnog door een latere rechter opgelegd. Het opleggen van de maatregel geschiedt door de berechtende zittingsrechter bij de sanctionering. Deze kan daarbij echter een voorbehoud maken ten aanzien van het vervuld zijn van een bepaald bestanddeel van par. 66 StGB. Nadien wordt alleen beslist of aan het voorbehoud alsnog voldaan is.

Het voorbehoud dat de zittingsrechter bij par. 66a StGB (eenmalig) kan maken, is, net als de opzet van par. 66 StGB, nader tot gevallen van bepaalde misdrijven beperkt.⁹⁷ De mogelijkheid van voorbehoud is daarmee geen onderdeel van de algemene regeling van het opleggen van de maatregel in alle gevallen waarin dat op grond van par. 66 StGB mogelijk is.

Het voorbehoud betreft in essentie de (onvoldoende zekerheid betreffende) het risico of gevaar dat de justitiabele vormt,⁹⁸ en – reeds naar de wettelijke regeling – uitdrukkelijk niet de onzekerheid omtrent de *Hang*. Dit aspect komt tot uitdrukking in het gegeven dat het bij toepassing van par. 66a StGB tot een nadere beslissing van de rechter op het voorbehoud komt (zie hierna), maar dat daarin niet eerst respectievelijk alsnog die *Hang* hoeft te worden vastgesteld c.q. eerst dan kan worden vastgesteld. Het criterium voor het wegnemen van het voorbehoud is blijkens par. 66a StGB immers beperkt, en wel tot het recidive-risico:

‘Das Gericht ordnet die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.’

(De rechter legt de maatregel van Sicherungsverwahrung op, als uit de integrale waardering van de veroordeelde, van zijn daad of daden en bovendien van zijn ontwikkeling tot het moment van de beslissing blijkt, dat van hem ernstige strafbare feiten te verwachten zijn waardoor zware psychische of fysieke schade wordt berokkend aan de slachtoffers.)

95 De bronnen waaraan Meier de aantallen van oplegging ontleent, maken naar zijn uitdrukkelijke vaststelling (Meier 2019, p. 373) niet duidelijk in hoeveel gevallen van par. 66b StGB gebruik is gemaakt.

96 Meier 2019, p. 365.

97 Par. 66a lid 1 onder 1 StGB verwijst ter zake naar de gecompliceerde formulering van par. 66 lid 3, eerste volzin, StGB.

98 Meier 2019, p. 363.

Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever om de eis van vaststelling van de *Hang* in die procedure te doen gelden, reeds omdat men ervan uitging dat in de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf er geen nadere of andere aanknopingspunten voor het vaststellen van die *Hang* naar voren zullen kunnen komen die niet reeds bij de berechting bekend hadden kunnen zijn. Dat betekent – omgekeerd – dat het voorbehoud dus niet die *Hang* betreft of kan betreffen. Dat betekent vervolgens dat de ‘waarschijnlijkheid’ van het vervuld zijn van deze voorwaarde voor het opleggen van de *Sicherungsverwahrung* die par. 66a StGB – onverminderd het mogelijke voorbehoud – toch reeds bij de zittingsrechter eist, de facto vast moet staan, omdat anders het bewijs van die voorwaarde voor oplegging van de maatregel van *Sicherungsverwahrung* nimmer door een rechter zou (kunnen) worden vastgesteld.⁹⁹ Al neemt dat weer niet weg dat de door de rechter vast te stellen *Hang* en de gevaarlijkheid waarover de deskundige zich in gevolge par. 246a StPO moet uitlaten niet altijd geheel los van elkaar te beoordelen of te denken zullen zijn.¹⁰⁰

In de literatuur wordt nog benadrukt dat de modaliteiten van het *Vorbehalt* bij de *Sicherungsverwahrung* van par. 66a StGB of de *nachträgliche Anordnung* ervan van par. 66b StGB *niet* gebruikt mogen worden om aarzelingen ten aanzien van de voorwaarden voor toepassing van de maatregel van par. 63 StGB (plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis) te omzeilen, omdat deze laatste maatregel nu juist ter zake van geen van de toepassingsvoorwaarden daarvoor, een *Vorbehalt* of een *nachträgliche Unterbringung* toelaat.¹⁰¹ Ook daaruit blijkt (reeds) dat het *Vorbehalt* bij de *Sicherungsverwahrung* niet een stoornis, als voor die maatregel van par. 63 StGB is vereist, kan betreffen.

Relatie met de straf bij Vorbehalt

Daarmee hangt iets anders samen. De stoornis van par. 63 StGB heeft invloed op de eventueel door de berechtende rechter daarnaast op te leggen gevangenisstraf. Die verbinding met par. 20 en par. 21 StGB wordt in par. 63 StGB met zoveel woorden gelegd. De verbinding die par. 21 StGB jo. par. 46 en par. 49 StGB legt tussen de stoornis en de verminderde toerekenbaarheid als grond voor een lagere straf, is, zelfs als zij niet in par. 21 StGB zou zijn opgenomen, onderdeel van de grondnorm van *Verhältnismäßigkeit*. Op grond daarvan speelt het beginsel van ‘geen straf zwaarder dan de schuld’ in het Duitse recht een gewichtigere rol dan in het Nederlandse recht formeel het geval is.

Met andere woorden: het *Vorbehalt* van par. 66a StGB kan geen betrekking hebben op enige factor (zoals stoornis) die voor de duur van de daarnaast op te leggen gevangenisstraf van belang is, omdat die factoren steeds door de

⁹⁹ Vgl. Meier 2019, p. 365.

¹⁰⁰ Vgl. Fischer 2020, randnr. 55 bij par. 66 StGB.

¹⁰¹ Vgl. Fischer 2020, randnr. 9 bij par. 72 StGB met verwijzing naar jurisprudentie van het *Bundesgerichtshof*.

berechtende rechter in één *verhältnismäßige* sanctiebeslissing bij elkaar moeten worden gebracht; de *Gesamt-Rechtsfolgenausspruch*. In de procedure van het *Vorbehalt* is dan ook daarom geen mogelijkheid opgenomen om alsnog het rechterlijk oordeel over de eveneens opgelegde straf aan te passen. Dat zou in de Duitse verhoudingen niet toelaatbaar zijn.¹⁰² Ook dat maakt duidelijk hoe beperkt de reikwijdte van het *Vorbehalt* daadwerkelijk is.

De onherroepelijkheid van de reeds opgelegde straf voor de tweede rechter die er bij de modaliteit van par. 66a StGB aan te pas komt, roept vervolgens de vraag op wat het richtsnoer voor de strafmaat van de eerste rechter moet zijn. In de Duitse literatuur wordt verdedigd dat, gegeven alweer de grondwettelijke norm van *Verhältnismäßigkeit* die dwingt tot de genoemde *Gesamt-Rechtsfolgenausspruch*, de eerste, berechtende rechter er bij het voorbehoud vanuit dient te gaan dat *Sicherungsverwahrung* inderdaad wordt toegepast; de berechtende rechter dient de mate en duur van de vrijheidsstraf daarop mede toe te snijden.¹⁰³ Wordt alsnog van *Sicherungsverwahrung* afgezien, dan kan de inmiddels onherroepelijk opgelegde vrijheidsstraf niet alsnog worden verhoogd. Dat wordt mede gezien als waarborg dat de voorbehoud-mogelijkheid van par. 66a StGB daadwerkelijk beperkt blijft tot de weinige gevallen waarin over de waarschijnlijkheid van het risico dat van de *Hang* (niet: stoornis) van de justitiabele uitgaat, enige twijfel bestaat. De (alsnog) toepassing van *Sicherungsverwahrung* moet, ook voor wat betreft het risico of gevaar dat van de justitiabele uitgaat, alleszins reeds voor de eerste rechter voor de hand liggen. Dat drukt par. 66a StGB in de notie van waarschijnlijkheid ervan ook met zoveel woorden uit. Zo gezien, is dat een marge die in Nederland bij de ruimer beleefde ruimte voor de rechter om te beslissen dat aan de voorwaarden voor tbs voldaan is, inclusief de stoornis (dus: hetgeen waartoe de rechter zich kan 'uitstrekken'¹⁰⁴), besloten ligt. Daarbij moet op dit punt voor de Duitse ten slotte nog weer in het oog worden dat de rechter weliswaar van het *Vorbehalt* van par. 66a StGB gebruik *kan* maken (niet: moet maken), maar deze nadere voorziening ook in het teken staat van het ter zake andere uitgangspunt van par. 66 StGB zelf, dat voor de gevallen van par. 66 lid 1 StGB voorschrijft dat als aan de voorwaarden voldaan is, de rechter de *Sicherungsverwahrung* in beginsel ook op moet leggen; bij een dergelijke wettelijke verplichting past een hier besproken voorbehoud eerder dan in de Nederlandse regeling waarin alle aspecten betreffende de (voorwaarden voor) oplegging van een maatregel in de sanctietoemettingsvrijheid en afwegingsvrijheid van de sanctionerende rechter besloten liggen. Uitgangspunt van het Nederlandse recht is dat de sanctionerende rechter ter zake van de essentialia van de beslissing tot oplegging van strafrechtelijke sancties als sanctietoemettend

102 Iets dat voor het Nederlandse recht bij de tbs op gelijke gronden geldt: zie de analyse op dit punt in ons eerdere rapport uit 2018.

103 Fischer 2020, randnr. 9 bij par. 66a StGB.

104 Vgl. over deze term van aanduiding van de (ruime) reikwijdte van de rechterlijke beslissing: M.J.F. van der Wolf & P.A.M. Mevis, 'Beschouwingen over weigeren en beveiligen n.a.v. de zaak Michael P.', *DD* 2018/27, afl. 4, p. 321-366.

onderdeel van de berechting op basis van het onderzoek ter terechtzitting, niets mag, maar ook niets hoeft over te laten aan latere beslissing van een (andere) rechter.

Bevoegde rechter bij Vorbehalt

Aangezien het bij par. 66a StGB gaat om een voorbehoud van de zittingsrechter bij de sanctionering in de berechting, moet de beslissing of de *Sicherungsverwahrung* inderdaad en daadwerkelijk doorgaat, worden genomen in een procedure die voldoet aan die van de *Hauptverhandlung*, het equivalent van het Nederlandse onderzoek ter terechtzitting.¹⁰⁵ De(ze) beslissing wordt dus niet aan de tenuitvoerleggingsrechter (*Vollstreckungskammer*) uitbesteed. Zij wordt, net als de andere beslissingen van de berechting (alsnog) genomen bij *Urteil* (vonnis); daartegen staan daarmee de gewone rechtsmiddelen, in het bijzonder *Revision*, open.¹⁰⁶ Naar Nederlandse begrippen is dit een tweefasenproces.

De beslissing moet uiterlijk zes maanden voor afloop van de vrijheidsstraf worden genomen. Een nieuw, tweede voorbehoud is niet mogelijk. De beslissing is, zoals hierboven met betrekking tot de volgorde van tenuitvoerlegging (gevangenisstraf gaat voor *Sicherungsverwahrung*) en de dientengevolge in het kader van de *Verhältnismäßigkeit* voorgeschreven (tussen)toets of het, mede afhankelijk van de uitkomst van interventies die in de tenuitvoerlegging van de straf reeds (in voldoende mate moeten) zijn genomen, wel tot tenuitvoerlegging van de *Sicherungsverwahrung* moet komen, een en ander ook om te voorkomen dat de veroordeelde in de *Sicherungsverwahrung* terecht komt enkel en alleen omdat in de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf het aan adequaat activiteiten in dit opzicht heeft ontbroken.

3.6. Tussenconclusie

Voor de beantwoording van de deelonderzoeksvraag naar het Duitse recht is een goed begrip van het breder kader van de inrichting van het sanctiestelsel noodzakelijk. Eerst daarbinnen kan nader worden ingezoomd op mogelijke voor het onderzoek relevante voorzieningen. De conclusie van dit subonderdeel van beschouwing van het Duitse recht in den brede en van bepaalde voorzieningen meer in detail, en daarmee het antwoord op concrete deelonderzoeksvraag, moet zijn dat het Duitse recht de facto geen voor de Nederlandse regeling van de tbs-maatregel bruikbare voorzieningen bevat van het karakter van een voorlopige tbs-maatregel als waarvan in de onderzoeksaanvraag en de daaraan ten grondslag liggende, hiervoor in hoofdstuk 1 geciteerde motie sprake is.

¹⁰⁵ Zie nader par. 275a StPO en Meier 2019, p. 370.

¹⁰⁶ Krachtens het zesde lid van par. 275a StPO is een bevel tot voorlopige opname mogelijk zolang de beslissing nog niet onherroepelijk is.

Van de voor de doelgroep van delinquenten met een vastgestelde stoornis relevante maatregelen in het Duitse recht is in de eerste plaats de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis van par. 63 StGB relevant. Ook in praktische betekenis: de maatregel wordt vaak toegepast, veel vaker dan de eveneens relevante *Sicherungsverwahrung*. De regeling van deze maatregel kent geen mogelijkheid van een voorlopige oplegging. Zodanige voorziening is bij deze maatregel ook niet nodig of aangewezen omdat – in geval van oplegging ervan in combinatie met vrijheidsstraf – de maatregel als eerste wordt geëxecuteerd.

Die executievolgorde is een onderdeel van het grotere geheel van regels dat het Duitse recht betreffende oplegging en tenuitvoerlegging van sancties doortrekt. Het betreft de expliciete uitwerking van de constitutionele norm van *Verhältnismäßigkeit*. Die vindt men dus reeds terug bij de maatregel van par. 63 StGB op vergelijkbare wijze als de notie van proportionaliteit ook in de afzonderlijke aspecten van de tbs-regeling uitdrukking heeft gevonden, zij het minder expliciet dan in Duitsland.

Die grondnorm van *Verhältnismäßigkeit* is vervolgens ook van belang voor – een goed begrip van – de andere, hier relevante maatregel van de *Sicherungsverwahrung*. Na de laatste wetwijziging is de mogelijkheid van de zgn. *nachträgliche Sicherungsverwahrung* van par. 66b StGB niet meer relevant omdat die alleen betekenis heeft in geval na de berechting mocht blijken dat de stoornis niet (meer) bestaat. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat onzekerheden over de stoornis ten tijde van de berechting van de justitiabele op deze wijze in plaats van in de aangewezen maatregel van par. 63 StGB in de *Sicherungsverwahrung* te doen belanden. Het (eerst) tenuitvoerleggen van de vrijheidsstraf ten einde de therapiebereidheid van de veroordeelde te vergroten, is eveneens uitgesloten.

Het *Vorbehalt* dat de rechter op grond van par. 66a StGB bij de bestraffing kan maken bij de *Sicherungsverwahrung*, betreft uitsluitend de prognose van verdachte's gevaarlijkheid, niet op de voor oplegging vereiste *Hang* bij de verdachte. Deze *Hang* van par. 66 StGB ziet sowieso inhoudelijk niet primair op de tbs-voorwaarde van gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens, maar veeleer op het risico dat de justitiabele mogelijk vormt omdat daarvoor factoren in zijn persoonlijkheid zijn gelegen, blijkend uit de wettelijke voorwaarde van herhaling van misdrijven van een zekere ernst. Die basis van een soort extra verwijt van herhaling van strafbare feiten als grondslag voor de *Sicherungsverwahrung* (naast de prognose) is een van de aspecten die de *Sicherungsverwahrung* onverminderd onder kritiek stelt. De toepassing van de maatregel in de praktijk is tot een gering aantal gevallen beperkt.

Voor de modaliteit van par. 66a StGB inzake *Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* is voor het onderhavige onderzoek nog een aspect in het bijzonder relevant. De tweede procedure die in deze variant van *Vorbehalt*

noodzakelijk is, is (onvermijdelijk) een nieuwe beslissing van een rechter op grond van een ‘gewoon’ en volledig onderzoek ter terechtzitting, hetgeen naar Nederlandse begrippen een tweefasenproces zou impliceren. Daarbij heeft de tweede rechter uit te gaan van de eventueel ook en inmiddels onherroepelijk opgelegde vrijheidsstraf. Dat vloeit rechtstreeks voort uit het feit dat het *Vorbehalt* niet een strafmaatbepalende factor mag noch kan zijn, omdat van de berechtende rechter feitelijk en normatief een *Gesamt-Rechtsfolgenausspruch* wordt verwacht, ook in geval hij van par. 66a StGB inzake het *Vorbehalt* bij de *Sicherungsverwahrung* gebruik maakt. Ook in zoverre is de inhoud van het *Vorbehalt* beperkt.

Deze situatie impliceert naar de Duitse rechtsopvatting omgekeerd dat de eerste, berechtende rechter bij toepassing van par. 66a StGB de eventueel eveneens op te leggen gevangenisstraf moet bemeten naar het uitgangspunt dat *Sicherungsverwahrung* zal worden bevolen. Als dat laatste niet het geval is, kan de gevangenisstraf (immers) niet meer worden verhoogd. Naar de Duitse begrippen impliceert dat, dat hetgeen door de zittingsrechter aanvankelijk nog wordt voorbehouden, reeds ten tijde van de berechting toch vrijwel zeker moet vaststaan. Die mate van onzekerheid is binnen de marge die de Nederlandse strafrechter heeft om zelfstandig vast te stellen dat aan deze voorwaarde van risico en gevaarlijkheid, zoals in de Nederlandse regeling geformuleerd voor het opleggen van tbs, voldaan is.

4. Integrale beschouwing en conclusie

4.1. Inleiding: afzonderlijke beantwoording van vragen en een integrale beschouwing

Aan het onderhavige onderzoek ligt de volgende centrale onderzoeksvraag ten grondslag:

‘Kan in Nederland, een voorlopige tbs-maatregel worden geïntroduceerd, waarbij een rechter gedurende de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf kan besluiten de tbs-maatregel alsnog op te leggen dan wel ten uitvoer te leggen?’

De achtergrond van de vraag is verbonden met de zgn. weigeraarsproblematiek. De bedoeling is om na te gaan of in de – in de vraagstelling bedoelde – latere beslissing van een rechter gedurende de tenuitvoerlegging alsnog/voor het eerst de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens (als voorwaarde voor oplegging van tbs) zal kunnen worden vastgesteld, waar dat dan bij berechting vanwege de weigering (nog) niet mogelijk is (geweest).

Welke conclusies kunnen uit de voorgaande hoofdstukken worden getrokken en tot welke beantwoording van deze centrale onderzoeksvraag en van de deelonderzoeksvragen geeft het voorgaande aanleiding?

In het onderstaande volgt eerst de beantwoording van de deelonderzoeksvragen separaat. Vervolgens wordt de centrale onderzoeksvraag beantwoord. Het is aangewezen er op deze plaats reeds met enige nadruk op te wijzen dat de uiteindelijke integrale beantwoording van de onderzoeksvraag niet als optelsom van (aspecten van) de antwoorden op de deelvragen voortvloeit. De centrale onderzoeksvraag is in volle omvang alleen te beantwoorden door verschillende, dieperliggende, systematische aspecten in samenhang te bezien; een samenstel van nauw verworven elementen en factoren is van belang. In het voorgaande bleek op dit punt reeds dat verschillende aspecten van de beantwoording van deelvragen elkaar overlappen. In de afzonderlijke beantwoording van de deelonderzoeksvragen waarmee wij dit onderdeel van het onderzoek hieronder aanvangen, worden die overlappende aspecten in het bijzonder belicht. Juist in die onderdelen ligt de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag besloten.

4.2. De eerste deelonderzoeksvraag: Nederlands recht

De eerste deelonderzoeksvraag luidt als volgt:

‘Bestaan er vergelijkbare voorlopige vormen van sanctieoplegging in het Nederlandse strafrecht voor volwassenen en jeugdigen, en zo ja, welke

lessen zijn daaruit te trekken voor de haalbaarheid van een voorlopige tbs-maatregel?’

Wij herhalen hier ten dele de samenvattende inventarisatie zoals die ook aan het einde van hoofdstuk 2 is opgenomen en plaatsen die, zoals daar vermeld, (eerst) in dit hoofdstuk meer integraal in het licht van de antwoorden op de overige deelonderzoeksvragen en in het licht van de meer algemene beantwoording van de centrale onderzoeksvraag

Uit de beschrijving van het Nederlandse recht in hoofdstuk 2 komt naar voren dat er binnen het Nederlandse sanctiestelsel geen vorm van voorlopige sanctionering als die waar de centrale onderzoeksvraag op doelt, bestaat. Bij de omzetting van de Pij-maatregel in tbs moet al bij de oplegging van de maatregel aan alle wettelijke voorwaarden voldaan zijn. Dat geldt ook voor de GVM-maatregel. Dat deze maatregel naar zijn aard een latere, nadere rechtelijke beslissing vereist of het wel tot tenuitvoerlegging moet komen, maakt de oplegging niet voorlopig. De tweetrapsmodaliteit in rechterlijke beslissingen neemt namelijk niet weg dat de rechter die over de tenuitvoerlegging beslist, handelt binnen de kaders van de door de berechtende rechter opgelegde maatregel. Dat voor deze laatste rechter op het moment van het opleggen van deze maatregel nog niet voorzienbaar is c.q. nog niet te beslissen is of het tot daadwerkelijke tenuitvoerlegging zal komen, ligt eveneens in de aard van deze maatregel besloten. Ook dat neemt niet weg dat voor wat betreft de beslissing tot het opleggen van de GVM voor de berechtende rechter op dat moment vast moet staan dat aan alle wettelijke voorwaarden voor oplegging voldaan is; anders kan de maatregel niet worden opgelegd. De nadere beslissing over de tenuitvoerlegging voegt in zoverre niets toe aan de vaststelling of aan die voorwaarden, als uitkomst van de berechting en het onderzoek ter terechtzitting voldaan is. Dat karakter weerspiegelt zich ook in de regeling van de rechtsmiddelen tegen de beslissing van de tweede rechter: omdat het alleen een beslissing over de tenuitvoerlegging van een eerder door de berechtende rechter onherroepelijk opgelegde beslissing is, kan en is in andere dan de gewone rechtsmiddelen voorzien en kan en is de Penitentiare Kamer van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in dat stelsel van (wel) voorziene rechtsmiddelen betrokken. Dat voor de tenuitvoerlegging een nader geconcretiseerd gevaars-criterium geldt dan bij de beslissing tot oplegging van de GVM het geval is, doet aan het bovenstaande niet af omdat die concretisering wordt verklaard door de afstand in tijd die bij de GVM doorgaans tussen oplegging en (aanvang van) tenuitvoerlegging na gevangenisstraf of tbs verstrijkt. De aanwezigheid van (voldoende) gevaar als bedoeld in artikel 38z lid 1 Sr moet voor de opleggende rechter op dat moment vaststaan; datzelfde gevaar dient vervolgens voor de aanvang van de tenuitvoerlegging op dat moment nog steeds (voldoende) ernstig en waarschijnlijk te zijn.

Voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag is, met andere woorden, relevant vast te stellen dat de tenuitvoerleggingsrechter bij de GVM dus niets aan de beslissing van de berechtende rechter 'toevoegt'. Er wordt in het bijzonder niet alsnog vastgesteld dat aan voorwaarden voor oplegging voldaan is. De beslissing van de tenuitvoerleggingsrechter kan daarentegen wel betekenen dat er van het sanctiepakket waartoe de berechtende rechter (onherroepelijk) heeft besloten, iets 'af' kan 'gaan', te weten de tenuitvoerlegging van de GVM omdat de tweede rechter de tenuitvoerlegging daarvan niet gelast, voor zover deze tenuitvoerlegging überhaupt al door het OM is gevorderd.

De vaststelling dat er in deze constellatie bij de GVM uitsluitend iets van het door de berechtende rechter als uitkomst van het onderzoek ter terechtzitting onherroepelijk opgelegde sanctiepakket 'af' gaat is relevant, omdat dit aansluit bij de wettelijke regeling van de maatregel van plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders, de ISD. Uit de wettelijke regeling van die maatregel is relevant dat de berechtende rechter op voet van artikel 38n Sr tot 'een tussentijdse beoordeling van de noodzaak van de voortzetting van de tenuitvoerlegging' kan beslissen. De geciteerde bewoordingen van de wet, geven al aan dat het ook hier geen voorbehoud ten aanzien van enige wettelijke voorwaarde voor het überhaupt kunnen opleggen van de maatregel betreft. Als de rechter de noodzaak van voortzetting van tenuitvoerlegging inderdaad nader beoordeelt, dan kan die beslissing er – eveneens – uitsluitend toe leiden dat er iets van het door de berechtende rechter opgelegde sanctiepakket 'af' gaat, te weten dat de tenuitvoerlegging van de maatregel (naar de bewoordingen van artikel 38n lid 3 Sr: niet de oplegging van de maatregel als zodanig) wordt beëindigd. De onherroepelijke beslissing tot oplegging zelf wordt in zoverre niet gecorrigeerd.

Uit het Nederlandse sanctiestelsel is verder nog relevant dat ook de in het verleden bestaande modaliteit van tbs met aanwijzingen geen voorbeeld oplevert van de in de centrale onderzoeksvraag bedoelde modaliteit. In die variant vond een zeker uitstel plaats van toepassing van PJ-rapportage als formeel criterium voorafgaande aan de beslissing tot alsnog dwangverpleging, niet tot oplegging van tbs door de berechtende rechter als zodanig. Van enig voorbehoud ten aanzien van een meer materieelrechtelijk criterium voor het opleggen van de tbs-maatregel was geen sprake. Dan is voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag relevant dat – bijna juist 'desondanks' – deze variant door de wetgever weer is afgeschaft, mede omdat daartegen bezwaren bestonden vanwege een enkel element van voorlopigheid. Ook bleek dat wanneer de rapportage werd uitgesteld terwijl wel al was voorgesorteerd op tbs met dwangverpleging, de weigering nog hardnekkiger werd. Ten slotte: naar de laatste stand van zaken in de jurisprudentie van de Hoge Raad dient de tbs-opleggende rechter in alle gevallen te beslissen of van een geweldsmisdrijf in de zin van artikel 38e Sr sprake is. Ook in geval van tbs met voorwaarden kan die beslissing niet langer aan de verlengingsrechter worden overgelaten.

De constatering dat in het Nederlandse sanctiestelsel in heden en verleden geen modaliteiten van een voorlopige sanctieopleggingsbeslissing kunnen worden aangetroffen, bevreemdt niet. De kern van bovenstaande algemene karakterisering wordt verklaard door de principiële reikwijdte in materiële en formele zin van de beslissing van de berechtende rechter. In materiële zin betreft dat het gegeven dat het deze rechter is die als enige geroepen is de externe contouren van de sanctiebeslissing (soort, maat en modaliteit van elke afzonderlijke sanctie en de samenhang in de eventuele combinaties van sancties, een en ander binnen de – ruime – grenzen van de Nederlandse wet) als aangewezen sanctie op het door hem bewezen verklaarde delict in het licht van de persoon van de verdachte, het slachtoffer en alle andere relevante feiten en omstandigheden van elke concrete strafzaak bepaalt, kan bepalen en daarmee ook dient te bepalen. In formeel is opzicht wordt de reikwijdte bepaald door het gegeven dat de berechtende rechter deze sanctiebeslissing neemt naar aanleiding van het door en voor hem gevoerde, openbare onderzoek ter terechtzitting, waar alle voor zijn beslissing relevante feiten en omstandigheden voorwerp van discussie (hebben kunnen) zijn geweest. Het stelsel van rechtsmiddelen is ook ten aanzien van de sanctie op die eindbeslissing van de berechtende rechter ingericht.

De scheiding tussen berechting en tenuitvoerlegging is daarmee in zoverre even principieel als natuurlijk en vanzelfsprekend: in de tenuitvoerlegging kan niet van (delen van) de sanctiebeslissing van de berechtende rechter worden afgeweken, op een wijze die aan dat concept van berechting en de normatieve betekenis ervan in materiële en formele zin afbreuk doet, zeker niet ten nadele van de verdachte en met eventuele consequenties voor (andere) bij inmiddels onherroepelijke beslissing van de berechtende rechter opgelegde sancties. Dat zou alleen kunnen binnen (opnieuw) de context van ‘berechting’.

Naar Nederlands recht is het niet voor niets dat deze eis van ‘berechting’ in de discussie over gedachten over de inrichting van een mogelijke, voorlopige sanctiebeslissing heeft geresulteerd in gedachten over een *splitsing* van die fase van berechting in onderzoek (ter terechtzitting) en beslissing (door de berechtende rechter). Dat is het tweefasenproces. In ons eerdere rapport analyseerden wij dat voor een tweefasenproces in het algemeen in het denken over het Nederlands strafprocesrecht noch in de literatuur, noch in de rechtspraak en evenmin bij wetgever en politiek reeds in het algemeen veel draagvlak bestaat. Al wordt de optie in het kader van het spreekrecht van het slachtoffer nog wel eens geopperd, voor een daadwerkelijke stap in die richting ontbreekt het draagvlak; het haalt teveel overhoop. Wij voegden in ons eerder rapport daar de probleem-specifieke analyse aan toe dat van een eventuele inrichting van een tweefasenproces voor de berechting ook geen bijdrage aan de oplossing van de weigeraarsproblematiek hoeft te worden verwacht.

4.3. De tweede onderzoeksvraag: Duits recht

De tweede deelonderzoeksvraag betreft het Duitse recht en luidt als volgt:

‘Bestaan er vergelijkbare voorlopige vormen van sanctie-oplegging in het Duitse strafrecht, en zo ja, welke lessen zijn daaruit te trekken voor de haalbaarheid van een voorlopige tbs-maatregel in Nederland?’

Bij de inventarisatie van het Duitse recht in hoofdstuk 3 zijn verschillende aspecten nader onderscheiden. Voor wat betreft de wettelijke regeling van de afzonderlijke sancties vraagt uiteindelijk alleen de modaliteit van de zgn. *Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* van par. 66a StGB de aandacht. Bij nadere bestudering blijkt sprake van een weinig toegepaste maatregel c.q. voorziening waarbij het *Vorbehalt* (voorbehoud) niet het vaststellen van een stoomis (want die is niet vereist) kan betreffen, noch van de *Hang* waarvan par. 66 StGB rept, maar (uitsluitend) het risico dat eventueel van de verdachte uitgaat. De mate van waarschijnlijkheid dat ook aan deze voorwaarde voldaan is, moet reeds voor de berechtende rechter zo groot zijn dat de nog toegestane mate van onzekerheid valt binnen de marge die in Nederland de berechtende rechter heeft om te kunnen vaststellen dat aan de (vergelijkbare) materiële voorwaarde voor het opleggen van de tbs-maatregel (zowel voor stoomis als gevaarscriterium) voldaan is. De wettelijke regeling is in formele zin aldus, dat de beslissing of alsnog aan de betreffende voorwaarde voldaan is, moet worden genomen in een procedure die zich richt naar die van de berechting na een onderzoek ter terechtzitting, inclusief de mogelijkheid van het instellen van (gewone) rechtsmiddelen tegen een dergelijk vonnis als uitkomst van berechting.

Van minstens even groot belang is dat deze specifieke voorziening en zijn betekenis voor Nederland niet kan worden begrepen, zonder een schets van de bredere context van het Duitse recht waarin deze modaliteit functioneert. Die bredere context wordt gevormd door een aantal aspecten. De aangestipte wettelijke regeling voor de nadere beslissing op het *Vorbehalt* is exemplarisch voor het feit dat ook in Duitsland, net zoals in Nederland, na de berechting geen beslissingen kunnen worden genomen die ingrijpen in de kern van de onherroepelijke sanctiebeslissing van de berechtende rechter als uitkomst van berechting. Om die scheiding overeind te houden bestaat ook in Duitsland in zoverre in procedurele zin een strikte scheiding tussen de beslissing van de berechtende rechter en de eventueel in de tenuitvoerlegging betrokken rechter. Die laatste kan als regel alleen maar beslissen tot aanpassing van de tenuitvoerlegging opdat en voor zover de onverkorte tenuitvoerlegging van de opgelegde sanctie gelet niet (meer) noodzakelijk is; er gaat uitsluitend (eventueel) iets ‘af’. Deze hoofdregel wordt onderstreept door het feit dat de uitzondering bij de modaliteit van het *Vorbehalt* procedureel is vormgegeven als ware sprake van berechting.

Een tweede, belangrijker aspect is dat in geval van een stoornis, naar Duits recht de *Sicherungsverwahrung* niet de eerste aangewezen modaliteit is. In geval van stoornis is eerder de maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis (par. 63 StGB) aan de orde. De wettelijke regeling daarvan kent geen mogelijkheid van ‘voorlopige’ beslissing door de berechtende rechter. In de praktijk wordt deze maatregel ook veel vaker toegepast dan de *Sicherungsverwahrung*.

Die stoornis werkt dan door in de daarnaast op te leggen gevangenisstraf; de stoornis ‘normeert’ ook de straf, zoals expliciet blijkt uit par. 20 en par. 21 StGB inzake de invloed op de straf van ontoerekenbaarheid c.q. verminderde toerekenbaarheid op grond van stoornis. Maar, in het Duitse systeem, niet alleen in de oplegging van de straf, maar ook in de tenuitvoerlegging ervan. Anders dan in Nederland bij een combinatievonnis het geval is, volgt in Duitsland bij de maatregel van par. 63 StGB eerst – en dus voorafgaande aan de (door deze volgorde bovendien: eventuele) tenuitvoerlegging van de opgelegde gevangenisstraf – de executie van de maatregel. Omdat de *Sicherungsverwahrung* niet gebonden is aan een stoornis, zoals waarvan bij par. 63 StGB sprake is, maar aan – naast vastgestelde recidive en risico daarvoor – aan het inhoudelijk vage en onduidelijke, maar wel ook in de persoonlijkheid gewortelde, begrip *Hang*, is de *Sicherungsverwahrung* (onder andere) om die reden in Duitsland omstreden.

Nog weer abstracter dan de inrichting van par. 63 en par. 66a StGB, is voor een goed begrip van het relevante Duitse recht van belang dat de berechting en de tenuitvoerlegging: a. in concreto, b. heel strikt, ook in de wetgeving zelf c. door de rechter toetsbaar en d. in praktijk als zodanig geaccepteerd, onder invloed staan van de overkoepelende grondnorm van *Verhältnismäßigkeit*.

Onder die strikte paraplu is een deels van Nederland afwijkend sanctiestelsel ingericht, eerst en vooral omdat die norm in zijn expliciteit in Nederland ontbreekt. De norm is en werkt ‘overkoepelend’ en in zoverre ook zelfstandig; onder die overkoepelende grond- of eindnorm, hoeft de realisatie ervan in Duitsland – anders dan in Nederland – niet slechts binnen de afzonderlijke bestanddelen en voorwaarden voor oplegging van afzonderlijke sancties te worden geïncorporeerd of ingelezen. Dat is in Nederland anders: de proportionaliteit schuilt aldaar eerder in de eisen voor het opleggen van een bepaalde straf of maatregel zelf, bijvoorbeeld daar waar een strafrechtelijke maatregel blijkens de bewoordingen van de wet alleen is toegelaten als een bepaald belang de toepassing ‘eist’. Onder de in Nederland ontbrekende, overkoepelende ‘paraplu’ van de *Verhältnismäßigkeit*, kan in Duitsland de modaliteit van *Vorbehalt* bij de *Sicherungsverwahrung* überhaupt eerst bestaan. Vervolgens is in dit kader van belang dat, anders dan bij de maatregel van par. 63 StGB, in geval van toepassing van *Sicherungsverwahrung* de tenuitvoerlegging van de (gevangenis)straf aan die van deze maatregel voorafgaat. Maar gegeven de doorwerking van de genoemde grondnorm van de *Verhältnismäßigkeit* heeft

die volgorde ook normatief gevolgen voor de inrichting van de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf, zelfs tot de in het StGB uitdrukkelijk geregelde consequentie dat als die tenuitvoerlegging van gevangenisstraf niet in voldoende mate op het voorkomen van tenuitvoerlegging van de maatregel daarna wordt ingericht, de rechter die tenuitvoerlegging van die maatregel kan verbieden. En al evenzeer vanwege de grondnorm van *Verhältnismäßigkeit* en de in dat licht – naar Duitse verhoudingen – afwijkende volgorde van executie van straf voorafgaande aan die van een maatregel, is de tenuitvoerlegging van de *Sicherungsverwahrung* gebonden aan de voorafgaande beslissing van de rechter over de noodzaak daartoe.

Nochtans is de *Sicherungsverwahrung* en bepaald ook de modaliteit van het *Vorbehalt* van par. 66a StGB in Duitsland – onverkort – omstreden. Het woord onverkort is daarbij op z'n plaats omdat in recente jurisprudentie en wetgeving een veel sterkere doorwerking van deze grondnorm is gerealiseerd. Mede door deze wijzigingen is de voorheen bestaande, eigenlijk veel meer 'voorlopige' opleggingsmodaliteit van de *nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* van par. 66b StGB – oplegging aan het eind van de gevangenisstraf – thans voor het onderhavige onderzoek niet meer van belang. Juist die voorlopige modaliteit bleek om normatieve redenen niet houdbaar.

De conclusie uit deze schets is meerledig. De modaliteit van het *Vorbehalt* bij de *Sicherungsverwahrung* op zichzelf beschouwd is (reeds) van veel beperktere betekenis en strekking dan het lijkt. Zelfs in die beperkte strekking is zij alleen te begrijpen als – in feite – een uitzondering op meer (materiële) algemene uitgangspunten van het Duitse systeem. Als uitzondering is zij verder beperkt (ook in recente jurisprudentie en wetgeving) en desondanks daarom onverkort omstreden. Naar zijn materiële inhoud kan het voorbehoud geen betrekking hebben op de stoornis als materieel criterium voor de toepassing van strafrechtelijke beveiligingsmaatregelen, zoals in de motie die aan het onderhavige onderzoek ten grondslag ligt, wordt bedoeld en waarnaar voor de Nederlandse situatie bij onduidelijkheid omtrent het stoornisvereiste als voorwaarde voor tbs-oplegging in geval van een weigerachtige observandus, wordt gezocht. Niet alleen sluit de regeling van het *Vorbehalt* dat voor dergelijke aspecten van de *Sicherungsverwahrung* uit, maar de verwerking van stoornis en gevaar verloopt in het Duitse recht (ook normatief en in frequentere toepassing) eerder via de maatregel van par. 63 StGB, waardoor, in samenhang met par. 20 en par. 21 StGB op deze – op dit punt van Nederland afwijkende wijze de – juist weer wel in Nederland ook herkenbare – limiterende werking van stoornis op de straf wordt verwerkt. De regeling van die maatregel, waarin risico wegens stoornis en gevaar in relatie tot de straf is verwerkt, bevat geen modaliteit van voorlopige oplegging. De andere kant van dezelfde medaille is dat, zelfs bij toepassing van het *Vorbehalt* bij de *Sicherungsverwahrung*, de opgelegde straf niet meer kan worden aangepast, hetgeen illustreert dat de persoonlijke

stoornisaspecten bij die modaliteit van het *Vorbehalt* niet de inhoud van het *Vorbehalt* uitmaakt.

De modaliteit van het *Vorbehalt* bij de *Sicherungsverwahrung* bevat – ten slotte – in procedurele zin weer *geen* uitzondering op het uitgangspunt dat het (alsnog) beslissen over het opleggen van een sanctie gebonden is aan een procedure die voldoet aan, en daarom geënt is op die van de regeling van het onderzoek ter terechtzitting, inclusief de ook normatief aangewezen mogelijkheden om tegen de uitkomsten daarvan de (gewone) rechtsmiddelen te kunnen toepassen.

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat uit het Duitse recht geen modaliteit van een voorlopige beveiligingsmaatregel voorhanden is die in Nederland geïmporteerd zou kunnen worden als mogelijke modaliteit van een voorlopige oplegging van de tbs-maatregel in geval over het bestaan van een stoornis twijfel of aarzeling bestaat bij de berechtende rechter vanwege de weigering van de verdachte om aan PJ-rapportage mee te werken. De regeling van de *Sicherungsverwahrung* bevat zo'n modaliteit niet. De voor de doelgroep psychisch gestoorden eerder bedoelde maatregel van par. 63 StGB ook niet. De bredere normatieve context waarbinnen het Duitse sanctierecht is ingericht, zou dat ook niet toelaten; het karakter van het *Vorbehalt* als uitzondering illustreert dat. Dat het voorbehoud wel het recidiverisico kan betreffen is te begrijpen omdat dat niet de hoogte van de opgelegde straf meer zal matigen, en het bovendien een begrip is dat wel zonder gedragskundige observatie – op basis van gegevens over het gedrag – tijdens detentie kan worden ingekleurd. De modaliteit van het *Vorbehalt* leidt vervolgens tot – uit Nederlandse optiek bekeken – procedurele voorwaarden die vergelijkbaar zijn met – uit Nederlandse optiek – de discussie over de noodzaak, voor- en nadelen van het tweefasenproces. De modaliteit van het *Vorbehalt* is – ten slotte – zo beperkt, met name naar de mate van onzekerheid die bij de berechtende rechter mag bestaan, dat deze modaliteit – naar de Nederlandse verhoudingen – niet nodig is omdat de betreffende mate van onzekerheid valt binnen de marges waarbinnen in Nederland de berechtende rechter verantwoord kan beslissen dat aan de voorwaarden voor het opleggen van de tbs-maatregel voldaan is.

4.4. De derde onderzoeksvraag: mogelijk recht?

Met de derde deelonderzoeksvraag keren we terug naar het Nederlandse recht.

Deze vraag luidt:

‘Zijn er materiële en strafprocessuele voorwaarden denkbaar waarbinnen een voorlopige tbs-maatregel gestalte kan krijgen?’

Het antwoord op deze vraag naar mogelijkheden van en voorwaarden voor eventueel anders in te richten recht, ligt in feite in het antwoord op de voorgaande onderzoeksvragen besloten. Voor wat betreft de processuele voorwaarden kunnen we daarbij ook verwijzen naar hetgeen ter zake in het eerdere rapport uit 2018 naar voren is gebracht. In termen van strafprocessuele voorwaarden is een modaliteit van voorlopige tbs in Nederland eigenlijk alleen maar mogelijk binnen de constructie van berechting, waarmee is bedoeld het model van beslissing door een rechter op grond van een voor en door hem gevoerd onderzoek ter terechtzitting, inclusief de regeling daarvan en de mogelijkheid van het tegen de uitkomst daarvan instellen van (gewone) rechtsmiddelen. Het karakter van strafprocessuele voorwaarden ontstaat omdat (uitsluitend) op deze wijze het (alsnog) opleggen van een strafrechtelijke maatregel de uitkomst kan zijn van dat concept van berechting van strafbare feiten; sanctietoemeting is nu eenmaal onderdeel van (dat concept van) berechting. Niet alleen wordt (uitsluitend) op deze wijze aan de eisen van artikel 6 EVRM in zake het eerlijk proces bij een ingestelde strafvervolgning voldaan, de (tenuitvoerlegging van de) sanctie van tbs blijft daarmee ook berusten op artikel 5 lid 1 onder a EVRM; hetgeen met name voor de lange, ongemaximeerde tbs niet van betekenis ontbloot is. In geval van voorlopige tbs vanwege onzekerheid over de stoornis, veroorzaakt door weigeraarsproblematiek, kan aan deze processuele voorwaarde eigenlijk alleen voldaan worden door de inrichting van het tweefasenproces. Maar wegens de verknochtheid van sancties kan dan niet ‘alvast’ een gevangenisstraf (van een bepaalde duur) worden opgelegd. En het ‘alsnog’ aanpassen van een eerder onherroepelijk opgelegde gevangenisstraf is al even a-systematisch. De discussie over een tweefasenproces in Nederland lijkt afgesloten met de conclusie dat een dergelijke ontwikkeling om verschillende redenen wenselijk noch mogelijk is. Zulks nog afgezien van het vermoedelijk negatieve antwoord op de vraag of een dergelijke voorziening zou bijdragen aan de oplossing van de weigeraarsproblematiek.

Voor wat betreft de materiële voorwaarden is met name relevant dat, minder uitgesproken dan in Duitsland, toch ook in Nederland de stoornis een, de tbs legitimerende en de eventueel daarnaast op te leggen gevangenisstraf mitigerende functie heeft. In Duitsland vormt juist het ‘kale’, gemakkelijk louter op het de schuld van elk afzonderlijk strafbaar feit te boven gaand verwijt van meervoudigheid van delict gebaseerd karakter van de *Sicherungsverwahrung*, in combinatie met het ontbreken van een eis van ‘stoornis’ die behandeling mogelijk maakt en daarmee vrijheidsbeneming legitimeert, de voornaamste kritiek op die maatregel. In samenhang met het bovenomschreven procedurele aspect: deze ver- of doorwerking van de stoornis kan in het oordeel van de berechtende rechter consequenties hebben voor zijn beslissing over (de duur van) de gevangenisstraf. Maar precies die beslissing daarover kan – zeker als zij inmiddels onherroepelijk is geworden – in een latere beslissing tot oplegging in het kader van een eventuele voorlopige tbs niet meer worden gecorrigeerd; noch in matigende zin (in geval alsnog tot het opleggen van tbs wordt besloten), noch in verhogende zin (in geval

alsnog van opleggen van tbs wordt afgezien). Uitgaande van de stoornis als voorwaarde voor tbs grijpen materiële en formele voorwaarden als bij deze derde deelonderzoeksvraag bedoeld in elkaar: zij sluiten over en weer en gezamenlijk bezien alternatieven ten deze uit.

Maximering van de tbs als onderdeel van de regeling van een voorlopige tbs?

Het is op deze plaats aangewezen de in offerte nog opgeworpen specifieke vraag te beantwoorden of de maximering van de eventueel later op te leggen tbs van enige betekenis kan zijn voor de mogelijkheden voor zo'n voorlopige tbs. Gegeven de bovenstaande conclusie aangaande de (on)mogelijkheden voor een dergelijke voorlopige tbs als zodanig, voegt een eventuele maximering daaraan geen mogelijkheden toe. Pragmatisch zou bij een maximering van een eventuele voorlopige tbs wellicht het probleem dat de – met tbs verknocht opgelegde – gevangenisstraf niet gematigd kan worden iets verlichten, maar principieel luidt het antwoord ten aanzien van de mogelijkheid van een voorlopige tbs met maximering daarvan, niet anders dan ten aanzien van elke andere vorm van voorlopige tbs. Daarbij komt bovendien nog het volgende.

Ook in het huidige systeem van de tbs is aan de maximering problematisch dat de maatregel van tbs beëindigd moet worden bij personen die nog gevaarlijk kunnen zijn, nog los van wat de maximering van de tbs-duur het met de behandelmotivatie doet. Het wel geopperde idee¹⁰⁷ dat er na beëindiging van een gemaximeerde tbs met dwangverpleging toezicht – in het kader van een voorwaardelijke beëindiging – door blijft lopen, is gratis omdat er in het kader van die maatregel uiteraard dan geen vrijheidsbenemende stok achter de deur meer is in geval van overtreding van voorwaarden. Maar belangrijker is dat de Hoge Raad in zijn arrest van 18 februari 2020¹⁰⁸ nu juist de bestaande maximering van de tbs omarmt juist omdat hij voor (toezicht, voorwaarden en desnoods opnieuw vrijheidsbeneming in) de fase na de tbs uitdrukkelijk verwijst naar de GVM en de mogelijkheden om op voet van art. 2.3 Wfz een rechterlijke machtiging op grond van de Wvggz of de Wzd te organiseren. Met andere woorden: maatschappelijke beveiliging kan ook na de tbs op andere wijze adequaat worden geadresseerd; maximering van de tbs teneinde *die maatregel* daarin te doen voorzien (en dus, door maximering, het weigeren van medewerking aan de rapportage ter oplegging van tbs te doen afnemen) is mogelijk noch wenselijk.

Met bovenstaande beschouwingen ten aanzien van een eventuele voorlopige tbs meer in het algemeen, vervalt ook de eventuele betekenis van het in de centrale onderzoeksvraag nog gemaakte onderscheid tussen oplegging en tenuitvoerlegging. Een eventuele beslissing over het al of niet alsnog ten uitvoerleggen van

107 Vergelijk de bijdrage van J. -J. Lieftink en A. Ytsma, 'Tbs met einddatum zorgt voor minder tbs-weigeraars', *NRC* 11 januari 2018.

108 HR 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:282, *NJ* 2020/175, m.nt. P.A.M. Mevis.

een door de berechtende rechter onherroepelijk opgelegde tbs-maatregel, gegeven dat op dat moment aan alle voorwaarden is voldaan, bestaat in Nederland thans als zodanig niet, al zijn de facto de verlengingsbeslissing, en (in voorkomende gevallen) de omzettingsbeslissing van tbs met voorwaarden in dwangverpleging er voorbeelden van. Het Duitse en het Nederlandse recht, in het bijzonder de regeling van de GVM, laten zien dat een dergelijke constructie op zichzelf niet problematisch is. Maar dat is alleen zo als en omdat aan alle voorwaarden voor oplegging bij de berechting is en moet zijn voldaan. Ten opzichte van de beslissing van de berechtende rechter ('aan alle voorwaarden is voldaan en in zoverre leggen wij de maatregel op') gaat er inhoudelijk in dergelijke constructies dan vervolgens steeds (uitsluitend) iets 'af' (verdere 'tenuitvoerlegging is desondanks toch niet noodzakelijk'), zoals zich dat ook bij de ISD voordoet. Dat correspondeert met de voorziening in het Duitse recht dat de rechter apart en opnieuw moet beslissen over de tenuitvoerlegging van de samen met de gevangenisstraf opgelegde *Sicherungsverwahrung*. Het (alsnog) opleggen in de zin van '(alsnog en eerst dan pas vaststellen dat (daadwerkelijk) aan alle voorwaarden, in het bijzonder die betreffende de stoornis ten tijde van het delict voldaan is', is binnen de door ons geanalyseerde samenhang van formele en materiële aspecten en argumenten niet mogelijk.

4.5. De vierde onderzoeksvraag: wenselijk recht?

De hiervoor besproken derde onderzoeksvraag betrof eventuele mogelijkheden voor het inrichten van een 'voorlopige tbs'-modaliteit binnen het straf(proces)recht en het sanctierecht. De vierde onderzoeksvraag bouwt daarop voort en betreft een oordeel over het dan eventueel ook wenselijk recht:

'Hoe verhoudt een dergelijke voorlopig tbs-maatregel, gegeven de gevonden mate van haalbaarheid, zich ten opzichte van alternatieve oplossingen voor de weigeraarsproblematiek?'

In feite komen wij ook aan deze laatste deelonderzoeksvraag niet toe, nu wij de daaraan voorafgaande vraag naar juridische mogelijkheden negatief hebben beantwoord. Nochtans is ook hier de achterliggende samenhang in relevante aspecten van belang.

De conclusie dat er thans in het Nederlandse en het Duitse recht geen voorzieningen of modaliteiten zijn die een zekere voorlopige vaststelling van een stoornis, in het bijzonder bij weigerachtige verdachten, mogelijk maken, berust mede op het gegeven dat het bestaan van een dergelijke voorziening een zeer ingrijpende uitzondering in het recht zou impliceren. Materieelrechtelijk zou daarmee de samenhang in het door de berechtende rechter onherroepelijk opgelegde sanctiepakket worden doorbroken, hetgeen in formeel opzicht niet veel anders dan met een tweefasenproces verantwoord in te richten is. Het bevreemdt niet dat zodanige mogelijk noch in Nederland noch in Duitsland bestaat. Het is de

ingrijpendheid van een dergelijke optie, zo die al zou bestaan, die in het kader van de hier te beantwoorden onderzoeksvraag naar de wenselijkheid ervan, mede moet worden afgewogen tegen de voor- en nadelen van alternatieve oplossingen voor de weigeraarsproblematiek. Juist over de uit die vergelijking voortvloeiende wenselijkheid kunnen we kort zijn.

Reeds in ons vorig rapport benadrukten wij dat de betekenis van de daarin onderzochte alternatieve oplossingen (niet voor niets uitdrukkelijk in meervoud) voor de weigeraarsproblematiek sterk moet worden gerelativeerd. Dat schuilt voor een belangrijk deel in het gegeven dat die alternatieven zijn gebaseerd op de gedachte dat, zonder dergelijke oplossingen, de rechter betrekkelijk automatisch van het opleggen van de tbs-maatregel moet afzien als de verdachte geweigerd heeft aan gedragskundig onderzoek mee te werken. Die gedachte is onjuist, hetgeen ook uit de jurisprudentie, met name die ‘post Anne Faber’, blijkt. In dat kader is voorts relevant dat de wetgever zelf voorzieningen heeft getroffen in het nieuwe, eerst per 1 januari 2020 in werking getreden artikel 37a Sr. Dat betreft ten eerste de doorbreking van het medisch beroepsgeheim om oude medische informatie te kunnen gebruiken voor vaststelling van de stoornis. Dat betreft ten tweede de nieuwe redactie van het eerste lid van genoemd artikel die duidelijk moet maken dat het gevaar dat van de betrokken verdachte uitgaat bij het opleggen van tbs voorop staat en dat het vaststellen van de stoornis (uiteindelijk) aan de rechter is. De effecten van die wijzigingen zijn nog niet zichtbaar. Wij wijzen in dat kader nogmaals op een bevinding uit de analyse van het Duitse recht in hoofdstuk 3: gegeven de eisen van waarschijnlijkheid van het alsnog opleggen van *Sicherungsverwahrung* die voor de berechtende rechter reeds moet bestaan, ook al maakt hij gebruik van het *Vorbehalt* van par. 66a StGB, valt de mate van onzekerheid ter zake van het recidivegevaar dat van de betrokkene uitgaat, binnen de marges van onzekerheid waarbinnen de Nederlandse strafrechter verantwoord kan vaststellen dat aan ook deze voorwaarde voor het opleggen van de tbs-maatregel voldaan is. En die grens voor vaststelling van een voor tbs-oplegging aanwezige stoornis is, zoals wij in ons vorige rapport hebben uitgelegd, niet zo hoog. De vraag is daarmee eigenlijk ook en opnieuw hoe groot de weigeraarsproblematiek, niet in aantal maar voor de rechtspleging rond tbs-oplegging, in de praktijk nog is en waarom verdergaande – en in het geval van voorlopige tbs-oplegging – zeer vergaande wijzigingen van het systeem nodig dan wel gerechtvaardigd zijn.

Dat geldt ook voor het enige andere alternatief dat wij in de slotbeschouwing van ons vorige rapport bespraken. Dat is het eventueel loslaten van de stoornis als voorwaarde voor tbs-oplegging. Hoewel dit aspect ook het onderhavige onderzoek te buiten gaat, wijden wij daaraan toch een enkel woord omdat in een op de valreep voor de afsluiting van dit rapport verschenen publicatie voor deze eventuele optie die al wel vaker is geopperd in verband met de weigeraarsproblematiek, wordt gepleit via de band van wetenschappelijk

onderzoek dat aantoonde dat er op groepsniveau geen relatie is tussen psychische stoornis en (gevaar voor) delictgedrag.¹⁰⁹ Dat maakt de beoordeling uit ons vorige rapport niet anders, omdat wij steeds uitgaan van het juridisch stoornisconcept dat niet overeenkomt met het gedragskundige uit die onderzoeken, terwijl die onderzoeken ook niet uitsluiten dat in het individuele geval – en daar gaat het in de rechtspraak om – er wel een relatie kan zijn tussen stoornis en gevaar. Belangrijk in dit verband is de verbinding met artikel 5 EVRM in welk kader wij herhalen wat we daarover in ons eerder rapport hebben gezegd. Het behoud van de stoornis als juridisch concept is de ene poot is (de andere is het bewezen indexdelict), waardoor de tbs in EVRM-kader – kort gezegd – op zowel de a- grond als de e-grond uit artikel 5 EVRM kan worden gebaseerd. Het behoud van die beide gronden in combinatie met de tenuitvoerlegging van de tbs in een behandelomgeving is *de* garantie dat de Nederlandse tbs vrijwel zeker elke toets in Straatsburg doorstaat. De jurisprudentie van het EHRM ter zake (met name gewezen in zaken tegen Duitsland), laat zien dat zonder stoornis als grondslag (en dus bij tbs zonder stoornis) de e-grond wegvalt. Dan is de tbs uitsluitend op de a- grond van het indexdelict gebaseerd, waardoor, door de eisen van het EHRM, de verdere voortdrijving van tenuitvoerlegging lang na het delict (longstay) kwestieus wordt.¹¹⁰

Ter afsluiting is voor het politieke discours en discussie het volgende nog wel zo relevant. De leden van de Tweede Kamer die de motie ondertekenden waarop de hier te beantwoorden onderzoeksvraag teruggaat, hebben in de brief van de Minister voor Rechtsbescherming van 10 oktober 2018, (*Kamerstukken II* 2018/19, 29452, 229) een uitvoerig antwoord gekregen waarin het gehele pakket van thans beschikbare ‘alternatieve oplossingen’ voor de weigeraarsproblematiek in alle breedte wordt geschetst. Wie de samenhang in en totaliteit van al die voorstellen beziet, zal het antwoord naar de wenselijkheid van eventueel juridisch mogelijke modaliteiten als in dit onderzoek aan de orde, welke mogelijkheden zich niet dan met ingrijpende wijzigingen van uitgangspunten en systeem van het bestaande straf(proces)recht zullen laten realiseren, meteen opvallen: zodanige modaliteiten zijn bij de huidige stand van zaken betreffende de weigeraarsproblematiek betrekkelijk evident onwenselijk; de nadelen wegen niet op tegen de (eventuele) voordelen. En dan laten we nog maar buiten beschouwing dat het in het kader van die ‘voordelen’ nog maar de vraag is of een dergelijke modaliteit van een voorlopige tbs dan vervolgens wel die informatie over de justitiabele zou opleveren die het alsnog opleggen van tbs eerder mogelijk of beter te verantwoorden zou maken, dan thans, met gebruik van alle ‘alternatieve’

109 Vgl. J. Bijlsma e.a., ‘Stoornis en gevaar. Een aanzet tot onderzoek naar een alternatief voor tbs’, *DD* 2020/25, afl. 5, p. 357-371. Voor zover deze onderzoekers verwijzen naar Duitse kaders, mag bovenstaand hoofdstuk 3 een nadere uitwerking en in zoverre antwoord zijn. Op andere onderdelen van het betoog zullen wij in het strafrechtswetenschappelijk discours nog apart reageren.

mogelijkheden het geval is, dan wel dat eerder een ‘volharden in weigering’ te verwachten is.

4.6. Beantwoording van de centrale onderzoeksvraag

In de antwoorden op de bovenstaande deelvragen ligt reeds de argumentatie voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag. Die luidde:

‘Kan in Nederland, een voorlopige tbs-maatregel worden geïntroduceerd, waarbij een rechter gedurende de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf kan besluiten de tbs-maatregel alsnog op te leggen dan wel ten uitvoer te leggen?’

Het antwoord op deze vraag moet negatief zijn. De huidige tbs-maatregel kan niet van een modaliteit van voorlopige oplegging worden voorzien. De kern van de integrale argumentatie is het bij alle afzonderlijke deelvragen reeds benadrukte ‘totaalperspectief’. Inhoudelijk sluiten materiële en strafprocessuele argumenten een voorlopige beslissing betreffende de stoornis, met een mogelijkheid op dit punt na de berechting nader te beslissen en alsnog tbs op te leggen elkaar over en weer uit. Het beslispoint raakt de verbinding tussen delict en ter zake toegemeten sanctie(s) en heeft ook consequenties voor andere aspecten van de sanctiebeslissing van de berechtende rechter. Nadere vaststelling kan daarom alleen maar onderdeel zijn van – desnoods uitgestelde – berechting. Dan zijn we bij het tweefasenproces. Daarvan is van overheidswege na onderzoeken reeds meermaals aangegeven dat men daarbij (hetzij alleen omwille van de weigeraarsproblematiek dan wel ook in verband met andere belangen) (toch) niet uit wil komen. Bij ‘splitsing’ van het proces speelt niet alleen de samenhang in de sanctiebeslissing een rol, maar vormt ook het (kunnen) aanwenden van gewone rechtsmiddelen tegen delen van het vonnis een hindernis. Betrokken op de weigeraarsproblematiek biedt een voorlopige tbs eerder het gevaar van volharding in de weigering dan het vooruitzicht van het verkrijgen van medewerking en informatie om alsnog verantwoord tbs op te leggen. Tegen de achtergrond van die constatering is dan des te meer van belang dat de problematiek van de weigeraars naar de actuele stand van zaken behoorlijk kan worden gerelativeerd, mede gegeven alle alternatieve mogelijkheden die als oplossing inmiddels zijn geschapen, waarvan enkelen zo recent dat het ons nog niet gegund is de resultaten daarvan te overzien. Als men vanuit een dergelijke geïntegreerde blik naar het Duitse recht kijkt, ziet men daar, bij grondige beschouwing, dezelfde systematische bezwaren tegen voorlopige oplegging van met de tbs vergelijkbare vrijheidsbenemende veiligheidsmaatregelen. De modaliteit van de *Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung* van par. 66a StGB is geen voorlopige tbs, nu de grootste overlap in doelgroep van gestoorde justitiabelen met een andere beveiligingsmaatregel (te weten die van par. 63 StGB) wordt bediend, het voorbehoud voorts niet de stoornis in tbs-zin kan betreffen, terwijl

de beperkte mate van onzekerheid die bij de berechtende rechter mag bestaan binnen de marge valt van 'onzekerheid' waarbinnen de Nederlandse rechter mag vaststellen dat aan de voorwaarden voor tbs voldaan is.

Lijst van gebruikte afkortingen

AP	Autoriteit Persoonsgegevens
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
GGZ	Geestelijke gezondheidszorg
GVM	Gedragbeïnvloedende en gedragsbeperkende maatregel
Invoeringswet USB	Invoeringswet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen
ISD	Inrichting voor stelselmatige daders
PBC	Pieter Baan Centrum
Pij-maatregel	Plaatsing in een inrichting voor jeugdigen maatregel
PJ-rapportage	Pro Justitia rapportage
(Wv)Sr	Wetboek van Strafrecht
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
StPO	<i>Strafprozeßordnung</i>
(Wv)Sv	Wetboek van Strafvordering
TBR	Terbeschikkingstelling van de regering
Tbs	Terbeschikkingstelling
ThUG	<i>Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter</i>
V.i.	Voorwaardelijke invrijheidsstelling
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
Wfz	Wet forensische zorg
Wvggz	Wet verplichte ggz
WWV	Wegenverkeerswet
Wzd	Wet zorg en dwang

Bijlage I: Motie Van Toorenburg en Van Wijngaarden**Tweede Kamer der Staten-Generaal****2**

Vergaderjaar 2018–2019

33 628**Forensische zorg****Nr. 53****MOTIE VAN DE LEDEN VAN TOORENBURG EN VAN WIJNGAARDEN**

Voorgesteld 3 april 2019

De Kamer,

gehoord de beraadslaging,

overwegende dat is gebleken dat er behoefte is aan mogelijkheden om op een later moment tbs te kunnen opleggen, wanneer blijkt dat de veiligheid van de samenleving en delinquenten hierbij gebaat zijn;

constaterende dat bij jeugdige delinquenten het mogelijk is om een voorwaardelijke pij-maatregel op te leggen;

constaterende dat er in het Duitse recht een systeem bestaat van het opnemen van een voorwaardelijke vorm van tbs in het vonnis van de rechter;

verzoekt de regering, te onderzoeken of en hoe het mogelijk kan worden gemaakt dat de rechter voorwaardelijke tbs kan opleggen, zodat een rechter op een later moment alsnog kan besluiten dat tbs gewenst is, en de Kamer daarover in 2019 te informeren,

en gaat over tot de orde van de dag.

Van Toorenburg
Van Wijngaarden

Bijlage II: Wetsartikelen Duits recht

Strafgesetzbuch (StGB)

Zweiter Abschnitt

Die Tat

Erster Titel

Grundlagen der Strafbarkeit

§ 20 Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen

Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

§ 21 Verminderte Schuldfähigkeit

Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

Dritter Abschnitt

Rechtsfolgen der Tat

Sechster Titel

Maßregeln der Besserung und Sicherung

§ 61 Übersicht

Maßregeln der Besserung und Sicherung sind

1. die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus,
2. die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt,
3. die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung,
4. die Führungsaufsicht,
5. die Entziehung der Fahrerlaubnis,
6. das Berufsverbot.

§ 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Eine Maßregel der Besserung und Sicherung darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht.

Freiheitsentziehende Maßregeln

§ 63 Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus

Hat jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20) oder der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21) begangen, so ordnet das Gericht die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus an, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, daß von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird, zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. Handelt es sich bei der begangenen rechtswidrigen Tat nicht um eine im Sinne von Satz 1 erhebliche Tat, so trifft das Gericht eine solche Anordnung nur, wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Täter infolge seines Zustandes derartige erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.

§ 64 Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

Hat eine Person den Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, und wird sie wegen einer rechtswidrigen Tat, die sie im Rausch begangen hat oder die auf ihren Hang zurückgeht, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil ihre Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, so soll das Gericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt anordnen, wenn die Gefahr besteht, dass sie infolge ihres Hanges erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird. Die Anordnung ergeht nur, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt innerhalb der Frist nach § 67d Absatz 1 Satz 1 oder 3 zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen.

§ 65 (weggefallen)

§ 66 Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

- (1) Das Gericht ordnet neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn
1. jemand zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt wird, die
 - a) sich gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung richtet,
 - b) unter den Ersten, Siebenten, Zwanzigsten oder Achtundzwanzigsten Abschnitt des Besonderen Teils oder unter das Völkerstrafgesetzbuch oder das Betäubungsmittelgesetz fällt und im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist oder
 - c) den Tatbestand des § 145a erfüllt, soweit die Führungsaufsicht auf Grund einer Straftat der in den Buchstaben a oder b genannten Art eingetreten ist, oder den Tatbestand des § 323a, soweit die im Rausch begangene

rechtswidrige Tat eine solche der in den Buchstaben a oder b genannten Art ist,

2. der Täter wegen Straftaten der in Nummer 1 genannten Art, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist,
3. er wegen einer oder mehrerer dieser Taten vor der neuen Tat für die Zeit von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe verbüßt oder sich im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung befunden hat und
4. die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.

Für die Einordnung als Straftat im Sinne von Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b gilt § 12 Absatz 3 entsprechend, für die Beendigung der in Satz 1 Nummer 1 Buchstabe c genannten Führungsaufsicht § 68b Absatz 1 Satz 4.

(2) Hat jemand drei Straftaten der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 genannten Art begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verwirkt hat, und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt, so kann das Gericht unter der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 bezeichneten Voraussetzung neben der Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder Freiheitsentziehung (Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 3) anordnen.

(3) Wird jemand wegen eines die Voraussetzungen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a oder b erfüllenden Verbrechens oder wegen einer Straftat nach § 89a Absatz 1 bis 3, § 89c Absatz 1 bis 3, § 129a Absatz 5 Satz 1 erste Alternative, auch in Verbindung mit § 129b Absatz 1, den §§ 174 bis 174c, 176, 177 Absatz 2 Nummer 1, Absatz 3 und 6, §§ 180, 182, 224, 225 Abs. 1 oder 2 oder wegen einer vorsätzlichen Straftat nach § 323a, soweit die im Rausch begangene Tat eine der vorgenannten rechtswidrigen Taten ist, zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt, so kann das Gericht neben der Strafe die Sicherungsverwahrung anordnen, wenn der Täter wegen einer oder mehrerer solcher Straftaten, die er vor der neuen Tat begangen hat, schon einmal zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt worden ist und die in Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 und 4 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Hat jemand zwei Straftaten der in Satz 1 bezeichneten Art begangen, durch die er jeweils Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verwirkt hat und wird er wegen einer oder mehrerer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt, so kann das Gericht unter den in Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 bezeichneten Voraussetzungen neben der Strafe die Sicherungsverwahrung auch ohne frühere Verurteilung oder Freiheitsentziehung (Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 und 3) anordnen. Die Absätze 1 und 2 bleiben unberührt.

(4) Im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 2 gilt eine Verurteilung zu Gesamtstrafe als eine einzige Verurteilung. Ist Untersuchungshaft oder eine andere Freiheitsentziehung auf Freiheitsstrafe angerechnet, so gilt sie als verbüßte

Strafe im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 3. Eine frühere Tat bleibt außer Betracht, wenn zwischen ihr und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sind; bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung beträgt die Frist fünfzehn Jahre. In die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Eine Tat, die außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes abgeurteilt worden ist, steht einer innerhalb dieses Bereichs abgeurteilten Tat gleich, wenn sie nach deutschem Strafrecht eine Straftat der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, in den Fällen des Absatzes 3 der in Absatz 3 Satz 1 bezeichneten Art wäre.

§ 66a Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

(1) Das Gericht kann im Urteil die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten, wenn

1. jemand wegen einer der in § 66 Absatz 3 Satz 1 genannten Straftaten verurteilt wird,
2. die übrigen Voraussetzungen des § 66 Absatz 3 erfüllt sind, soweit dieser nicht auf § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 verweist, und
3. nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar, aber wahrscheinlich ist, dass die Voraussetzungen des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 vorliegen.

(2) Einen Vorbehalt im Sinne von Absatz 1 kann das Gericht auch aussprechen, wenn

1. jemand zu einer Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren wegen eines oder mehrerer Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung, nach dem Achtundzwanzigsten Abschnitt oder nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255, verurteilt wird,
2. die Voraussetzungen des § 66 nicht erfüllt sind und
3. mit hinreichender Sicherheit feststellbar oder zumindest wahrscheinlich ist, dass die Voraussetzungen des § 66 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 vorliegen.

(3) Über die nach Absatz 1 oder 2 vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung kann das Gericht im ersten Rechtszug nur bis zur vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe entscheiden; dies gilt auch, wenn die Vollstreckung des Strafrestes zur Bewährung ausgesetzt war und der Strafrest vollstreckt wird. Das Gericht ordnet die Sicherungsverwahrung an, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Tat oder seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

§ 66b Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

Ist die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d Abs. 6 für erledigt erklärt worden, weil der die Schuldfähigkeit ausschließende oder vermindernde Zustand, auf dem die Unterbringung beruhte, im Zeitpunkt der

Erledigungsentscheidung nicht bestanden hat, so kann das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn

1. die Unterbringung des Betroffenen nach § 63 wegen mehrerer der in § 66 Abs. 3 Satz 1 genannten Taten angeordnet wurde oder wenn der Betroffene wegen einer oder mehrerer solcher Taten, die er vor der zur Unterbringung nach § 63 führenden Tat begangen hat, schon einmal zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt oder in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden war und
2. die Gesamtwürdigung des Betroffenen, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung bis zum Zeitpunkt der Entscheidung ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.

Dies gilt auch, wenn im Anschluss an die Unterbringung nach § 63 noch eine daneben angeordnete Freiheitsstrafe ganz oder teilweise zu vollstrecken ist.

§ 66c Ausgestaltung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung und des vorhergehenden Strafvollzugs

(1) Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung erfolgt in Einrichtungen, die

1. dem Untergebrachten auf der Grundlage einer umfassenden Behandlungsuntersuchung und eines regelmäßig fortzuschreibenden Vollzugsplans eine Betreuung anbieten,
 - a) die individuell und intensiv sowie geeignet ist, seine Mitwirkungsbereitschaft zu wecken und zu fördern, insbesondere eine psychiatrische, psycho- oder sozialtherapeutische Behandlung, die auf den Untergebrachten zugeschnitten ist, soweit standardisierte Angebote nicht Erfolg versprechend sind, und
 - b) die zum Ziel hat, seine Gefährlichkeit für die Allgemeinheit so zu mindern, dass die Vollstreckung der Maßregel möglichst bald zur Bewährung ausgesetzt oder sie für erledigt erklärt werden kann,
2. eine Unterbringung gewährleisten,
 - a) die den Untergebrachten so wenig wie möglich belastet, den Erfordernissen der Betreuung im Sinne von Nummer 1 entspricht und, soweit Sicherheitsbelange nicht entgegenstehen, den allgemeinen Lebensverhältnissen angepasst ist, und
 - b) die vom Strafvollzug getrennt in besonderen Gebäuden oder Abteilungen erfolgt, sofern nicht die Behandlung im Sinne von Nummer 1 ausnahmsweise etwas anderes erfordert, und
3. zur Erreichung des in Nummer 1 Buchstabe b genannten Ziels
 - a) vollzugsöffnende Maßnahmen gewähren und Entlassungsvorbereitungen treffen, soweit nicht zwingende Gründe entgegenstehen, insbesondere konkrete Anhaltspunkte die Gefahr begründen, der Untergebrachte werde sich dem Vollzug der Sicherungsverwahrung entziehen oder die Maßnahmen zur Begehung erheblicher Straftaten missbrauchen, sowie
 - b) in enger Zusammenarbeit mit staatlichen oder freien Trägern eine nachsorgende Betreuung in Freiheit ermöglichen.

(2) Hat das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung im Urteil (§ 66), nach Vorbehalt (§ 66a Absatz 3) oder nachträglich (§ 66b) angeordnet oder sich eine solche Anordnung im Urteil vorbehalten (§ 66a Absatz 1 und 2), ist dem Täter schon im Strafvollzug eine Betreuung im Sinne von Absatz 1 Nummer 1, insbesondere eine sozialtherapeutische Behandlung, anzubieten mit dem Ziel, die Vollstreckung der Unterbringung (§ 67c Absatz 1 Satz 1 Nummer 1) oder deren Anordnung (§ 66a Absatz 3) möglichst entbehrlich zu machen.

§ 67 Reihenfolge der Vollstreckung

(1) Wird die Unterbringung in einer Anstalt nach den §§ 63 und 64 neben einer Freiheitsstrafe angeordnet, so wird die Maßregel vor der Strafe vollzogen.

(2) Das Gericht bestimmt jedoch, daß die Strafe oder ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist, wenn der Zweck der Maßregel dadurch leichter erreicht wird. Bei Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von über drei Jahren soll das Gericht bestimmen, dass ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist. Dieser Teil der Strafe ist so zu bemessen, dass nach seiner Vollziehung und einer anschließenden Unterbringung eine Entscheidung nach Absatz 5 Satz 1 möglich ist. Das Gericht soll ferner bestimmen, dass die Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist, wenn die verurteilte Person vollziehbar zur Ausreise verpflichtet und zu erwarten ist, dass ihr Aufenthalt im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes während oder unmittelbar nach Verbüßung der Strafe beendet wird.

(3) Das Gericht kann eine Anordnung nach Absatz 2 Satz 1 oder Satz 2 nachträglich treffen, ändern oder aufheben, wenn Umstände in der Person des Verurteilten es angezeigt erscheinen lassen. Eine Anordnung nach Absatz 2 Satz 4 kann das Gericht auch nachträglich treffen. Hat es eine Anordnung nach Absatz 2 Satz 4 getroffen, so hebt es diese auf, wenn eine Beendigung des Aufenthalts der verurteilten Person im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes während oder unmittelbar nach Verbüßung der Strafe nicht mehr zu erwarten ist.

(4) Wird die Maßregel ganz oder zum Teil vor der Strafe vollzogen, so wird die Zeit des Vollzugs der Maßregel auf die Strafe angerechnet, bis zwei Drittel der Strafe erledigt sind.

(5) Wird die Maßregel vor der Strafe oder vor einem Rest der Strafe vollzogen, so kann das Gericht die Vollstreckung des Strafrestes unter den Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 zur Bewährung aussetzen, wenn die Hälfte der Strafe erledigt ist. Wird der Strafrest nicht ausgesetzt, so wird der Vollzug der Maßregel fortgesetzt; das Gericht kann jedoch den Vollzug der Strafe anordnen, wenn Umstände in der Person des Verurteilten es angezeigt erscheinen lassen.

(6) Das Gericht bestimmt, dass eine Anrechnung nach Absatz 4 auch auf eine verfahrensfremde Strafe erfolgt, wenn deren Vollzug für die verurteilte Person eine unbillige Härte wäre. Bei dieser Entscheidung sind insbesondere das Verhältnis der Dauer des bisherigen Freiheitsentzugs zur Dauer der verhängten Strafen, der erzielte Therapieerfolg und seine konkrete Gefährdung sowie das Verhalten der verurteilten Person im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen.

Die Anrechnung ist in der Regel ausgeschlossen, wenn die der verfahrensfremden Strafe zugrunde liegende Tat nach der Anordnung der Maßregel begangen worden ist. Absatz 5 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 67a Überweisung in den Vollzug einer anderen Maßregel

(1) Ist die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt angeordnet worden, so kann das Gericht die untergebrachte Person nachträglich in den Vollzug der anderen Maßregel überweisen, wenn ihre Resozialisierung dadurch besser gefördert werden kann.

(2) Unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 kann das Gericht nachträglich auch eine Person, gegen die Sicherungsverwahrung angeordnet worden ist, in den Vollzug einer der in Absatz 1 genannten Maßregeln überweisen. Die Möglichkeit einer nachträglichen Überweisung besteht, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die Überweisung zur Durchführung einer Heilbehandlung oder Entziehungskur angezeigt ist, auch bei einer Person, die sich noch im Strafvollzug befindet und deren Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten worden ist.

(3) Das Gericht kann eine Entscheidung nach den Absätzen 1 und 2 ändern oder aufheben, wenn sich nachträglich ergibt, dass die Resozialisierung der untergebrachten Person dadurch besser gefördert werden kann. Eine Entscheidung nach Absatz 2 kann das Gericht ferner aufheben, wenn sich nachträglich ergibt, dass mit dem Vollzug der in Absatz 1 genannten Maßregeln kein Erfolg erzielt werden kann.

(4) Die Fristen für die Dauer der Unterbringung und die Überprüfung richten sich nach den Vorschriften, die für die im Urteil angeordnete Unterbringung gelten. Im Falle des Absatzes 2 Satz 2 hat das Gericht bis zum Beginn der Vollstreckung der Unterbringung jeweils spätestens vor Ablauf eines Jahres zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Entscheidung nach Absatz 3 Satz 2 vorliegen.

§ 67b Aussetzung zugleich mit der Anordnung

(1) Ordnet das Gericht die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt an, so setzt es zugleich deren Vollstreckung zur Bewährung aus, wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, daß der Zweck der Maßregel auch dadurch erreicht werden kann. Die Aussetzung unterbleibt, wenn der Täter noch Freiheitsstrafe zu verbüßen hat, die gleichzeitig mit der Maßregel verhängt und nicht zur Bewährung ausgesetzt wird.

(2) Mit der Aussetzung tritt Führungsaufsicht ein.

§ 67c Späterer Beginn der Unterbringung

(1) Wird eine Freiheitsstrafe vor einer wegen derselben Tat oder Taten angeordneten Unterbringung vollzogen und ergibt die vor dem Ende des Vollzugs der Strafe erforderliche Prüfung, dass

1. der Zweck der Maßregel die Unterbringung nicht mehr erfordert oder
2. die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung unverhältnismäßig wäre, weil dem Täter bei einer Gesamtbetrachtung des Vollzugsverlaufs

ausreichende Betreuung im Sinne des § 66c Absatz 2 in Verbindung mit § 66c Absatz 1 Nummer 1 nicht angeboten worden ist, setzt das Gericht die Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus; mit der Aussetzung tritt Führungsaufsicht ein. Der Prüfung nach Satz 1 Nummer 1 bedarf es nicht, wenn die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung im ersten Rechtszug weniger als ein Jahr vor dem Ende des Vollzugs der Strafe angeordnet worden ist.

(2) Hat der Vollzug der Unterbringung drei Jahre nach Rechtskraft ihrer Anordnung noch nicht begonnen und liegt ein Fall des Absatzes 1 oder des § 67b nicht vor, so darf die Unterbringung nur noch vollzogen werden, wenn das Gericht es anordnet. In die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Das Gericht ordnet den Vollzug an, wenn der Zweck der Maßregel die Unterbringung noch erfordert. Ist der Zweck der Maßregel nicht erreicht, rechtfertigen aber besondere Umstände die Erwartung, daß er auch durch die Aussetzung erreicht werden kann, so setzt das Gericht die Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus; mit der Aussetzung tritt Führungsaufsicht ein. Ist der Zweck der Maßregel erreicht, so erklärt das Gericht sie für erledigt.

§ 67d Dauer der Unterbringung

(1) Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt darf zwei Jahre nicht übersteigen. Die Frist läuft vom Beginn der Unterbringung an. Wird vor einer Freiheitsstrafe eine daneben angeordnete freiheitsentziehende Maßregel vollzogen, so verlängert sich die Höchstfrist um die Dauer der Freiheitsstrafe, soweit die Zeit des Vollzugs der Maßregel auf die Strafe angerechnet wird.

(2) Ist keine Höchstfrist vorgesehen oder ist die Frist noch nicht abgelaufen, so setzt das Gericht die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus, wenn zu erwarten ist, daß der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine erheblichen rechtswidrigen Taten mehr begehen wird. Gleiches gilt, wenn das Gericht nach Beginn der Vollstreckung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung feststellt, dass die weitere Vollstreckung unverhältnismäßig wäre, weil dem Untergebrachten nicht spätestens bis zum Ablauf einer vom Gericht bestimmten Frist von höchstens sechs Monaten ausreichende Betreuung im Sinne des § 66c Absatz 1 Nummer 1 angeboten worden ist; eine solche Frist hat das Gericht, wenn keine ausreichende Betreuung angeboten wird, unter Angabe der anzubietenden Maßnahmen bei der Prüfung der Aussetzung der Vollstreckung festzusetzen. Mit der Aussetzung nach Satz 1 oder 2 tritt Führungsaufsicht ein.

(3) Sind zehn Jahre der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vollzogen worden, so erklärt das Gericht die Maßregel für erledigt, wenn nicht die Gefahr besteht, daß der Untergebrachte erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt Führungsaufsicht ein.

(4) Ist die Höchstfrist abgelaufen, so wird der Untergebrachte entlassen. Die Maßregel ist damit erledigt. Mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt Führungsaufsicht ein.

(5) Das Gericht erklärt die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt für erledigt, wenn die Voraussetzungen des § 64 Satz 2 nicht mehr vorliegen. Mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt Führungsaufsicht ein.

(6) Stellt das Gericht nach Beginn der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus fest, dass die Voraussetzungen der Maßregel nicht mehr vorliegen oder die weitere Vollstreckung der Maßregel unverhältnismäßig wäre, so erklärt es sie für erledigt. Dauert die Unterbringung sechs Jahre, ist ihre Fortdauer in der Regel nicht mehr verhältnismäßig, wenn nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder in die Gefahr einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden. Sind zehn Jahre der Unterbringung vollzogen, gilt Absatz 3 Satz 1 entsprechend. Mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt Führungsaufsicht ein. Das Gericht ordnet den Nichteintritt der Führungsaufsicht an, wenn zu erwarten ist, dass der Betroffene auch ohne sie keine Straftaten mehr begehen wird.

§ 67e Überprüfung

(1) Das Gericht kann jederzeit prüfen, ob die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung auszusetzen oder für erledigt zu erklären ist. Es muß dies vor Ablauf bestimmter Fristen prüfen.

(2) Die Fristen betragen bei der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt sechs Monate, in einem psychiatrischen Krankenhaus ein Jahr, in der Sicherungsverwahrung ein Jahr, nach dem Vollzug von zehn Jahren der Unterbringung neun Monate.

(3) Das Gericht kann die Fristen kürzen. Es kann im Rahmen der gesetzlichen Prüfungsfristen auch Fristen festsetzen, vor deren Ablauf ein Antrag auf Prüfung unzulässig ist.

(4) Die Fristen laufen vom Beginn der Unterbringung an. Lehnt das Gericht die Aussetzung oder Erledigungserklärung ab, so beginnen die Fristen mit der Entscheidung von neuem.

§ 67f Mehrfache Anordnung der Maßregel

Ordnet das Gericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt an, so ist eine frühere Anordnung der Maßregel erledigt.

§ 67g Widerruf der Aussetzung

(1) Das Gericht widerruft die Aussetzung einer Unterbringung, wenn die verurteilte Person

1. während der Dauer der Führungsaufsicht eine rechtswidrige Tat begeht,
2. gegen Weisungen nach § 68b gröblich oder beharrlich verstößt oder

3. sich der Aufsicht und Leitung der Bewährungshelferin oder des Bewährungshelfers oder der Aufsichtsstelle beharrlich entzieht und sich daraus ergibt, dass der Zweck der Maßregel ihre Unterbringung erfordert. Satz 1 Nr. 1 gilt entsprechend, wenn der Widerrufgrund zwischen der Entscheidung über die Aussetzung und dem Beginn der Führungsaufsicht (§ 68c Abs. 4) entstanden ist.

(2) Das Gericht widerruft die Aussetzung einer Unterbringung nach den §§ 63 und 64 auch dann, wenn sich während der Dauer der Führungsaufsicht ergibt, dass von der verurteilten Person infolge ihres Zustands rechtswidrige Taten zu erwarten sind und deshalb der Zweck der Maßregel ihre Unterbringung erfordert.

(3) Das Gericht widerruft die Aussetzung ferner, wenn Umstände, die ihm während der Dauer der Führungsaufsicht bekannt werden und zur Versagung der Aussetzung geführt hätten, zeigen, daß der Zweck der Maßregel die Unterbringung der verurteilten Person erfordert.

(4) Die Dauer der Unterbringung vor und nach dem Widerruf darf insgesamt die gesetzliche Höchstfrist der Maßregel nicht übersteigen.

(5) Widerruft das Gericht die Aussetzung der Unterbringung nicht, so ist die Maßregel mit dem Ende der Führungsaufsicht erledigt.

(6) Leistungen, die die verurteilte Person zur Erfüllung von Weisungen erbracht hat, werden nicht erstattet.

§ 67h Befristete Wiederinvollzugsetzung; Krisenintervention

(1) Während der Dauer der Führungsaufsicht kann das Gericht die ausgesetzte Unterbringung nach § 63 oder § 64 für eine Dauer von höchstens drei Monaten wieder in Vollzug setzen, wenn eine akute Verschlechterung des Zustands der aus der Unterbringung entlassenen Person oder ein Rückfall in ihr Suchtverhalten eingetreten ist und die Maßnahme erforderlich ist, um einen Widerruf nach § 67g zu vermeiden. Unter den Voraussetzungen des Satzes 1 kann es die Maßnahme erneut anordnen oder ihre Dauer verlängern; die Dauer der Maßnahme darf insgesamt sechs Monate nicht überschreiten. § 67g Abs. 4 gilt entsprechend.

(2) Das Gericht hebt die Maßnahme vor Ablauf der nach Absatz 1 gesetzten Frist auf, wenn ihr Zweck erreicht ist.

Führungsaufsicht

§ 68 Voraussetzungen der Führungsaufsicht

(1) Hat jemand wegen einer Straftat, bei der das Gesetz Führungsaufsicht besonders vorsieht, zeitige Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verwirkt, so kann das Gericht neben der Strafe Führungsaufsicht anordnen, wenn die Gefahr besteht, daß er weitere Straftaten begehen wird.

(2) Die Vorschriften über die Führungsaufsicht kraft Gesetzes (§§ 67b, 67c, 67d Abs. 2 bis 6 und § 68f) bleiben unberührt.

§ 68a Aufsichtsstelle, Bewährungshilfe, forensische Ambulanz

(1) Die verurteilte Person untersteht einer Aufsichtsstelle; das Gericht bestellt ihr für die Dauer der Führungsaufsicht eine Bewährungshelferin oder einen Bewährungshelfer.

(2) Die Bewährungshelferin oder der Bewährungshelfer und die Aufsichtsstelle stehen im Einvernehmen miteinander der verurteilten Person helfend und betreuend zur Seite.

(3) Die Aufsichtsstelle überwacht im Einvernehmen mit dem Gericht und mit Unterstützung der Bewährungshelferin oder des Bewährungshelfers das Verhalten der verurteilten Person und die Erfüllung der Weisungen.

(4) Besteht zwischen der Aufsichtsstelle und der Bewährungshelferin oder dem Bewährungshelfer in Fragen, welche die Hilfe für die verurteilte Person und ihre Betreuung berühren, kein Einvernehmen, entscheidet das Gericht.

(5) Das Gericht kann der Aufsichtsstelle und der Bewährungshelferin oder dem Bewährungshelfer für ihre Tätigkeit Anweisungen erteilen.

(6) Vor Stellung eines Antrags nach § 145a Satz 2 hört die Aufsichtsstelle die Bewährungshelferin oder den Bewährungshelfer; Absatz 4 ist nicht anzuwenden.

(7) Wird eine Weisung nach § 68b Abs. 2 Satz 2 und 3 erteilt, steht im Einvernehmen mit den in Absatz 2 Genannten auch die forensische Ambulanz der verurteilten Person helfend und betreuend zur Seite. Im Übrigen gelten die Absätze 3 und 6, soweit sie die Stellung der Bewährungshelferin oder des Bewährungshelfers betreffen, auch für die forensische Ambulanz.

(8) Die in Absatz 1 Genannten und die in § 203 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 6 genannten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der forensischen Ambulanz haben fremde Geheimnisse, die ihnen im Rahmen des durch § 203 geschützten Verhältnisses anvertraut oder sonst bekannt geworden sind, einander zu offenbaren, soweit dies notwendig ist, um der verurteilten Person zu helfen, nicht wieder straffällig zu werden. Darüber hinaus haben die in § 203 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 6 genannten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der forensischen Ambulanz solche Geheimnisse gegenüber der Aufsichtsstelle und dem Gericht zu offenbaren, soweit aus ihrer Sicht

1. dies notwendig ist, um zu überwachen, ob die verurteilte Person einer Vorstellungsweisung nach § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 nachkommt oder im Rahmen einer Weisung nach § 68b Abs. 2 Satz 2 und 3 an einer Behandlung teilnimmt,
2. das Verhalten oder der Zustand der verurteilten Person Maßnahmen nach § 67g, § 67h oder § 68c Abs. 2 oder Abs. 3 erforderlich erscheinen lässt oder
3. dies zur Abwehr einer erheblichen gegenwärtigen Gefahr für das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung Dritter erforderlich ist.

In den Fällen der Sätze 1 und 2 Nr. 2 und 3 dürfen Tatsachen im Sinne von § 203 Abs. 1, die von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der forensischen Ambulanz offenbart wurden, nur zu den dort genannten Zwecken verwendet werden.

§ 68b Weisungen

(1) Das Gericht kann die verurteilte Person für die Dauer der Führungsaufsicht oder für eine kürzere Zeit anweisen,

1. den Wohn- oder Aufenthaltsort oder einen bestimmten Bereich nicht ohne Erlaubnis der Aufsichtsstelle zu verlassen,
2. sich nicht an bestimmten Orten aufzuhalten, die ihr Gelegenheit oder Anreiz zu weiteren Straftaten bieten können,
3. zu der verletzten Person oder bestimmten Personen oder Personen einer bestimmten Gruppe, die ihr Gelegenheit oder Anreiz zu weiteren Straftaten bieten können, keinen Kontakt aufzunehmen, mit ihnen nicht zu verkehren, sie nicht zu beschäftigen, auszubilden oder zu beherbergen,
4. bestimmte Tätigkeiten nicht auszuüben, die sie nach den Umständen zu Straftaten missbrauchen kann,
5. bestimmte Gegenstände, die ihr Gelegenheit oder Anreiz zu weiteren Straftaten bieten können, nicht zu besitzen, bei sich zu führen oder verwahren zu lassen,
6. Kraftfahrzeuge oder bestimmte Arten von Kraftfahrzeugen oder von anderen Fahrzeugen nicht zu halten oder zu führen, die sie nach den Umständen zu Straftaten missbrauchen kann,
7. sich zu bestimmten Zeiten bei der Aufsichtsstelle, einer bestimmten Dienststelle oder der Bewährungshelferin oder dem Bewährungshelfer zu melden
8. jeden Wechsel der Wohnung oder des Arbeitsplatzes unverzüglich der Aufsichtsstelle zu melden,
9. sich im Fall der Erwerbslosigkeit bei der zuständigen Agentur für Arbeit oder einer anderen zur Arbeitsvermittlung zugelassenen Stelle zu melden,
10. keine alkoholischen Getränke oder andere berauschende Mittel zu sich zu nehmen, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen Gründe für die Annahme bestehen, dass der Konsum solcher Mittel zur Begehung weiterer Straftaten beitragen wird, und sich Alkohol- oder Suchtmittelkontrollen zu unterziehen, die nicht mit einem körperlichen Eingriff verbunden sind,
11. sich zu bestimmten Zeiten oder in bestimmten Abständen bei einer Ärztin oder einem Arzt, einer Psychotherapeutin oder einem Psychotherapeuten oder einer forensischen Ambulanz vorzustellen oder
12. die für eine elektronische Überwachung ihres Aufenthaltsortes erforderlichen technischen Mittel ständig in betriebsbereitem Zustand bei sich zu führen und deren Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen.

Das Gericht hat in seiner Weisung das verbotene oder verlangte Verhalten genau zu bestimmen. Eine Weisung nach Satz 1 Nummer 12 ist, unbeschadet des Satzes 5, nur zulässig, wenn

1. die Führungsaufsicht auf Grund der vollständigen Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens drei Jahren oder auf Grund einer erledigten Maßregel eingetreten ist,

2. die Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe oder die Unterbringung wegen einer oder mehrerer Straftaten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 genannten Art verhängt oder angeordnet wurde,
3. die Gefahr besteht, dass die verurteilte Person weitere Straftaten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 genannten Art begehen wird, und
4. die Weisung erforderlich erscheint, um die verurteilte Person durch die Möglichkeit der Datenverwendung nach § 463a Absatz 4 Satz 2 der Strafprozessordnung, insbesondere durch die Überwachung der Erfüllung einer nach Satz 1 Nummer 1 oder 2 auferlegten Weisung, von der Begehung weiterer Straftaten der in § 66 Absatz 3 Satz 1 genannten Art abzuhalten.

Die Voraussetzungen von Satz 3 Nummer 1 in Verbindung mit Nummer 2 liegen unabhängig davon vor, ob die dort genannte Führungsaufsicht nach § 68e Absatz 1 Satz 1 beendet ist. Abweichend von Satz 3 Nummer 1 genügt eine Freiheits- oder Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren, wenn diese wegen einer oder mehrerer Straftaten verhängt worden ist, die unter den Ersten oder Siebenten Abschnitt des Besonderen Teils fallen; zu den in Satz 3 Nummer 2 bis 4 genannten Straftaten gehört auch eine Straftat nach § 129a Absatz 5 Satz 2, auch in Verbindung mit § 129b Absatz 1.

(2) Das Gericht kann der verurteilten Person für die Dauer der Führungsaufsicht oder für eine kürzere Zeit weitere Weisungen erteilen, insbesondere solche, die sich auf Ausbildung, Arbeit, Freizeit, die Ordnung der wirtschaftlichen Verhältnisse oder die Erfüllung von Unterhaltspflichten beziehen. Das Gericht kann die verurteilte Person insbesondere anweisen, sich psychiatrisch, psycho- oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen (Therapieweisung). Die Betreuung und Behandlung kann durch eine forensische Ambulanz erfolgen. § 56c Abs. 3 gilt entsprechend, auch für die Weisung, sich Alkohol- oder Suchtmittelkontrollen zu unterziehen, die mit körperlichen Eingriffen verbunden sind.

(3) Bei den Weisungen dürfen an die Lebensführung der verurteilten Person keine unzumutbaren Anforderungen gestellt werden.

(4) Wenn mit Eintritt der Führungsaufsicht eine bereits bestehende Führungsaufsicht nach § 68e Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 endet, muss das Gericht auch die Weisungen in seine Entscheidung einbeziehen, die im Rahmen der früheren Führungsaufsicht erteilt worden sind.

(5) Soweit die Betreuung der verurteilten Person in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 11 oder ihre Behandlung in den Fällen des Absatzes 2 nicht durch eine forensische Ambulanz erfolgt, gilt § 68a Abs. 8 entsprechend.

§ 68c Dauer der Führungsaufsicht

(1) Die Führungsaufsicht dauert mindestens zwei und höchstens fünf Jahre. Das Gericht kann die Höchstdauer abkürzen.

(2) Das Gericht kann eine die Höchstdauer nach Absatz 1 Satz 1 überschreitende unbefristete Führungsaufsicht anordnen, wenn die verurteilte Person

1. in eine Weisung nach § 56c Abs. 3 Nr. 1 nicht einwilligt oder

2. einer Weisung, sich einer Heilbehandlung oder einer Entziehungskur zu unterziehen, oder einer Therapieweisung nicht nachkommt und eine Gefährdung der Allgemeinheit durch die Begehung weiterer erheblicher Straftaten zu befürchten ist. Erklärt die verurteilte Person in den Fällen des Satzes 1 Nr. 1 nachträglich ihre Einwilligung, setzt das Gericht die weitere Dauer der Führungsaufsicht fest. Im Übrigen gilt § 68e Abs. 3.

(3) Das Gericht kann die Führungsaufsicht über die Höchstdauer nach Absatz 1 Satz 1 hinaus unbefristet verlängern, wenn

1. in Fällen der Aussetzung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 67d Abs. 2 aufgrund bestimmter Tatsachen Gründe für die Annahme bestehen, dass die verurteilte Person andernfalls alsbald in einen Zustand nach § 20 oder § 21 geraten wird, infolge dessen eine Gefährdung der Allgemeinheit durch die Begehung weiterer erheblicher rechtswidriger Taten zu befürchten ist, oder
2. sich aus dem Verstoß gegen Weisungen nach § 68b Absatz 1 oder 2 oder auf Grund anderer bestimmter Tatsachen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass eine Gefährdung der Allgemeinheit durch die Begehung weiterer erheblicher Straftaten zu befürchten ist, und
 - a) gegen die verurteilte Person wegen Straftaten der in § 181b genannten Art eine Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verhängt oder die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt angeordnet wurde oder
 - b) die Führungsaufsicht unter den Voraussetzungen des § 68b Absatz 1 Satz 3 Nummer 1 eingetreten ist und die Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe oder die Unterbringung wegen eines oder mehrerer Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder nach den §§ 250, 251, auch in Verbindung mit § 252 oder § 255, verhängt oder angeordnet wurde.

Für die Beendigung der Führungsaufsicht gilt § 68b Absatz 1 Satz 4 entsprechend.

(4) In den Fällen des § 68 Abs. 1 beginnt die Führungsaufsicht mit der Rechtskraft ihrer Anordnung, in den Fällen des § 67b Abs. 2, des § 67c Absatz 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 4 und des § 67d Absatz 2 Satz 3 mit der Rechtskraft der Aussetzungsentscheidung oder zu einem gerichtlich angeordneten späteren Zeitpunkt. In ihre Dauer wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher die verurteilte Person flüchtig ist, sich verborgen hält oder auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wird.

§ 68d Nachträgliche Entscheidungen; Überprüfungsfrist

(1) Das Gericht kann Entscheidungen nach § 68a Abs. 1 und 5, den §§ 68b und 68c Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 und 3 auch nachträglich treffen, ändern oder aufheben.

(2) Bei einer Weisung gemäß § 68b Absatz 1 Satz 1 Nummer 12 prüft das Gericht spätestens vor Ablauf von zwei Jahren, ob sie aufzuheben ist. § 67e Absatz 3 und 4 gilt entsprechend.

§ 68e Beendigung oder Ruhen der Führungsaufsicht

(1) Soweit sie nicht unbefristet oder nach Aussetzung einer freiheitsentziehenden Maßregel (§ 67b Absatz 2, § 67c Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 Satz 4, § 67d Absatz 2 Satz 3) eingetreten ist, endet die Führungsaufsicht

1. mit Beginn des Vollzugs einer freiheitsentziehenden Maßregel,
2. mit Beginn des Vollzugs einer Freiheitsstrafe, neben der eine freiheitsentziehende Maßregel angeordnet ist,
3. mit Eintritt einer neuen Führungsaufsicht.

In den übrigen Fällen ruht die Führungsaufsicht während der Dauer des Vollzugs einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel. Das Gericht ordnet das Entfallen einer nach Aussetzung einer freiheitsentziehenden Maßregel eingetretenen Führungsaufsicht an, wenn es ihrer nach Eintritt eines in Satz 1 Nummer 1 bis 3 genannten Umstandes nicht mehr bedarf. Tritt eine neue Führungsaufsicht zu einer bestehenden unbefristeten oder nach Aussetzung einer freiheitsentziehenden Maßregel eingetretenen Führungsaufsicht hinzu, ordnet das Gericht das Entfallen der neuen Maßregel an, wenn es ihrer neben der bestehenden nicht bedarf.

(2) Das Gericht hebt die Führungsaufsicht auf, wenn zu erwarten ist, dass die verurteilte Person auch ohne sie keine Straftaten mehr begehen wird. Die Aufhebung ist frühestens nach Ablauf der gesetzlichen Mindestdauer zulässig. Das Gericht kann Fristen von höchstens sechs Monaten festsetzen, vor deren Ablauf ein Antrag auf Aufhebung der Führungsaufsicht unzulässig ist.

(3) Ist unbefristete Führungsaufsicht eingetreten, prüft das Gericht

1. in den Fällen des § 68c Abs. 2 Satz 1 spätestens mit Verstreichen der Höchstfrist nach § 68c Abs. 1 Satz 1,
 2. in den Fällen des § 68c Abs. 3 vor Ablauf von zwei Jahren,
- ob eine Entscheidung nach Absatz 2 Satz 1 geboten ist. Lehnt das Gericht eine Aufhebung der Führungsaufsicht ab, hat es vor Ablauf von zwei Jahren von neuem über eine Aufhebung der Führungsaufsicht zu entscheiden.

§ 68f Führungsaufsicht bei Nichtaussetzung des Strafrestes

(1) Ist eine Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen vorsätzlicher Straftaten oder eine Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen Straftaten der in § 181b genannten Art vollständig vollstreckt worden, tritt mit der Entlassung der verurteilten Person aus dem Strafvollzug Führungsaufsicht ein. Dies gilt nicht, wenn im Anschluss an die Strafverbüßung eine freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung vollzogen wird.

(2) Ist zu erwarten, dass die verurteilte Person auch ohne die Führungsaufsicht keine Straftaten mehr begehen wird, ordnet das Gericht an, dass die Maßregel entfällt.

§ 68g Führungsaufsicht und Aussetzung zur Bewährung

(1) Ist die Strafaussetzung oder Aussetzung des Strafrestes angeordnet oder das Berufsverbot zur Bewährung ausgesetzt und steht der Verurteilte wegen derselben

oder einer anderen Tat zugleich unter Führungsaufsicht, so gelten für die Aufsicht und die Erteilung von Weisungen nur die §§ 68a und 68b. Die Führungsaufsicht endet nicht vor Ablauf der Bewährungszeit.

(2) Sind die Aussetzung zur Bewährung und die Führungsaufsicht auf Grund derselben Tat angeordnet, so kann das Gericht jedoch bestimmen, daß die Führungsaufsicht bis zum Ablauf der Bewährungszeit ruht. Die Bewährungszeit wird dann in die Dauer der Führungsaufsicht nicht eingerechnet.

(3) Wird nach Ablauf der Bewährungszeit die Strafe oder der Strafreis erlassen oder das Berufsverbot für erledigt erklärt, so endet damit auch eine wegen derselben Tat angeordnete Führungsaufsicht. Dies gilt nicht, wenn die Führungsaufsicht unbefristet ist (§ 68c Abs. 2 Satz 1 oder Abs. 3).

Strafprozeßordnung (StPO)

Zweites Buch
Verfahren im ersten Rechtszug

Siebter Abschnitt

*Entscheidung über die im Urteil vorbehaltene oder die nachträgliche
Anordnung der Sicherungsverwahrung*

**§ 275a Einleitung des Verfahrens; Hauptverhandlung;
Unterbringungsbefehl**

(1) Ist im Urteil die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorbehalten (§ 66a des Strafgesetzbuches), übersendet die Vollstreckungsbehörde die Akten rechtzeitig an die Staatsanwaltschaft des zuständigen Gerichts. Diese übergibt die Akten so rechtzeitig dem Vorsitzenden des Gerichts, dass eine Entscheidung bis zu dem in Absatz 5 genannten Zeitpunkt ergehen kann. Ist die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 67d Absatz 6 Satz 1 des Strafgesetzbuches für erledigt erklärt worden, übersendet die Vollstreckungsbehörde die Akten unverzüglich an die Staatsanwaltschaft des Gerichts, das für eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (§ 66b des Strafgesetzbuches) zuständig ist. Beabsichtigt diese, eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung zu beantragen, teilt sie dies der betroffenen Person mit. Die Staatsanwaltschaft soll den Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung unverzüglich stellen und ihn zusammen mit den Akten dem Vorsitzenden des Gerichts übergeben.

(2) Für die Vorbereitung und die Durchführung der Hauptverhandlung gelten die §§ 213 bis 275 entsprechend, soweit nachfolgend nichts anderes geregelt ist.

(3) Nachdem die Hauptverhandlung nach Maßgabe des § 243 Abs. 1 begonnen hat, hält ein Berichtersteller in Abwesenheit der Zeugen einen Vortrag über die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens. Der Vorsitzende verliert das frühere Urteil, soweit es für die Entscheidung über die vorbehaltene oder die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung von Bedeutung ist. Sodann erfolgt die Vernehmung des Verurteilten und die Beweisaufnahme.

(4) Das Gericht holt vor der Entscheidung das Gutachten eines Sachverständigen ein. Ist über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung zu entscheiden, müssen die Gutachten von zwei Sachverständigen eingeholt werden. Die Gutachter dürfen im Rahmen des Strafvollzugs oder des Vollzugs der Unterbringung nicht mit der Behandlung des Verurteilten befasst gewesen sein.

(5) Das Gericht soll über die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung spätestens sechs Monate vor der vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe entscheiden.

(6) Sind dringende Gründe für die Annahme vorhanden, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung angeordnet wird, so kann das Gericht bis zur Rechtskraft des Urteils einen Unterbringungsbefehl erlassen. Für den Erlass des Unterbringungsbefehls ist das für die Entscheidung nach § 67d Absatz 6 des

Strafgesetzbuches zuständige Gericht so lange zuständig, bis der Antrag auf Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei dem für diese Entscheidung zuständigen Gericht eingeht. In den Fällen des § 66a des Strafgesetzbuches kann das Gericht bis zur Rechtskraft des Urteils einen Unterbringungsbefehl erlassen, wenn es im ersten Rechtszug bis zu dem in § 66a Absatz 3 Satz 1 des Strafgesetzbuches bestimmten Zeitpunkt die vorbehaltene Sicherungsverwahrung angeordnet hat. Die §§ 114 bis 115a, 117 bis 119a und 126a Abs. 3 gelten entsprechend.