

Aansluiting voorlopige hechtenis en tbs met voorwaarden

Toezichtloze perioden vóór de rechterlijke uitspraak onherroepelijk is

Tilburg, oktober 2008

Dr. ir. Marijke von Bergh

Dr. mr. Mirjam Siesling

Dr. Menno Jacobs

IVA beleidsonderzoek en advies

Uitgever: IVA
Warandelaan 2
Postbus 90153
5000 LE Tilburg
Telefoonnummer: 013-4668466
Telefax: 013-4668477

IVA is gelieerd aan de UvT

Dit onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het
WODC van het ministerie van Justitie

© 2008 WODC, ministerie van Justitie
Auteursrecht voorbehouden

Het gebruik van cijfers en/of tekst als toelichting of ondersteuning bij artikelen, boeken en scripties is toegestaan, mits de bron duidelijk wordt vermeld.

Inhoudsopgave

Samenvatting.....	vii
1 Inleiding.....	1
1.1 Aanleiding voor het onderzoek.....	1
1.2 Doelstelling en onderzoeksvragen	2
1.3 Werkwijze.....	3
1.3.1 Definities en operationalisering.....	3
1.3.2 Methoden en uitvoering van het onderzoek	4
1.4 Leeswijzer	6
2 Tbs met voorwaarden.....	7
2.1 Inleiding.....	7
2.2 Wat kan ‘toezicht’ inhouden?	8
2.3 Zaken met tbs met voorwaarden	9
3 Toezichtloze perioden	13
3.1 Aantal zaken met een toezichtloze periode.....	13
3.2 Duur van de toezichtloze periode	16
3.3 Delicten in de toezichtloze perioden.....	17
3.4 Conclusies.....	18
4 Analyse wet- en regelgeving	19
4.1 Inleiding.....	19
4.2 Verlengen en/of schorsen van de voorlopige hechtenis	20
4.3 Opleggen langere gevangenisstraf.....	29
4.4 Eerder starten met de tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden	30
4.5 De wet BOPZ	33
4.6 Het concept wetsvoorstel Aanpassingen tbs met voorwaarden	35
4.7 Conclusie	36
5 Toezichtloze perioden en oplossingen in de rechtspraak	39

5.1	Inleiding.....	39
5.2	Tbs met voorwaarden en toezichtloze perioden.....	39
5.3	Zijn toezichtloze perioden een probleem?.....	40
5.4	Principiële afwegingen	41
5.5	Reactie op mogelijke oplossingen.....	42
5.6	Conclusie	45
6	Slotbeschouwing en conclusies	47
	Summary	55
	Bijlage 1 Samenstelling begeleidingscommissie	63
	Bijlage 2 Operationalisering toezichtloze periode.....	65
	Bijlage 3 Geïnterviewden.....	67

Samenvatting

Aanleiding en onderzoeksvragen

Wanneer een verdachte wordt veroordeeld tot bijvoorbeeld tbs met voorwaarden, staat het hem vrij, binnen zekere grenzen, hoger beroep en cassatie in te stellen tegen de beslissing van de rechter. De tbs met voorwaarden mag niet ten uitvoer worden gelegd zolang daartegen nog een gewoon rechtsmiddel openstaat en, indien dit is aangewend, totdat het is ingetrokken of daarop is beslist (art. 557 lid 1 Sv). Dat betekent dat verdachte zich op vrije voeten bevindt en niet onder een vorm van toezicht staat, tenzij hij uit bepaalde hoofde is gedetineerd, bijvoorbeeld vanwege voorlopige hechtenis. Die voorlopige hechtenis moet direct worden opgeheven als de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt en er geen gevangenisstraf is opgelegd of als er een gevangenisstraf is opgelegd waarvan de duur gelijk is aan of korter is dan de duur van de tijd die de verdachte in voorarrest heeft doorgebracht. Er ontstaat ook op dat moment een periode zonder (door de rechter bevolen) toezicht die duurt tot de uitspraak in feitelijke aanleg onherroepelijk is geworden. In een dergelijke toezichtloze periode heeft zich in 2004 een zaak voorgedaan, waarin de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan doodslag. Deze ernstige zaak, die bekend is komen te staan als “de Doetinchemse moordzaak”, vormde de aanleiding voor dit onderzoek, waarin een aantal vragen rondom de toezichtloze periode wordt beantwoord.

De doelstelling van het onderzoek is drieledig en luidt:

- Inzicht bieden in de omvang van het vóórkomen van toezichtloze perioden tussen de beëindiging van de voorlopige hechtenis en de tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden welke ontstaan doordat er nog een mogelijkheid bestaat tot hoger beroep of cassatie.
- Inzicht bieden in de mate waarin tijdens toezichtloze perioden delicten worden gepleegd.
- Inzicht bieden in de bestaande mogelijkheden om binnen het huidige wettelijk kader toezichtloze perioden te voorkómen, teneinde te kunnen besluiten of wettelijke regelingen op dit punt dienen te worden aangepast.

De onderzoeksvragen luiden:

- 1a. Hoe vaak is het in de periode 2002 tot en met 2006 voorgekomen dat de voorlopige hechtenis eindigde terwijl de veroordeling tot tbs met voorwaarden (in eerste aanleg of hoger beroep) nog niet ten uitvoer kon worden gelegd omdat de uitspraak nog niet onherroepelijk was?

- 1b. In de gevallen waarbij bovengenoemde situatie zich voordeed: hoe lang duurde de periode tussen het moment van beëindiging van de voorlopige hechtenis tot het moment waarop de tbs met voorwaarden ten uitvoer kon worden gelegd?
- 1c. In de gevallen waarbij bovengenoemde zich voordeed: is in deze periode een strafbaar feit gepleegd, voor zover bekend bij justitie, en welk feit of welke feiten betrof dit?
2. Welke mogelijkheden staan het Openbaar Ministerie en de rechterlijke macht binnen de huidige wet- en regelgeving ter beschikking om te voorkomen dat de voorlopige hechtenis en de tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden niet op elkaar aansluiten?
3. Kan worden verwacht dat de voorgestelde wetswijziging met betrekking tot de tbs met voorwaarden invloed zal hebben op de aansluiting tussen de voorlopige hechtenis en de tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden? Zo ja, in welke zin?

Om deze vragen te beantwoorden zijn ten eerste gegevens over alle zaken waarin in de jaren 2002 tot en met 2006 tbs met voorwaarden is opgelegd geanalyseerd. Daarnaast zijn wet- en regelgeving aan een analyse onderworpen en zijn vijftien experts uit de rechtspraak geconsulteerd.

Aantal toezichtloze perioden en delicten

In de jaren 2002 tot en met 2006 is in eerste aanleg in totaal bij 298 zaken tbs met voorwaarden (al dan niet in combinatie met (een) andere sanctie(s)) opgelegd. Negentien maal is in de periode 2004 t/m 2006 pas in hoger beroep tbs met voorwaarden opgelegd. Daarmee is voor de periode van vijf jaar gelegen tussen 2002 tot en met 2006 vastgesteld dat in 317 zaken de maatregel tbs met voorwaarden is opgelegd.

Van die 317 zaken kon voor 287 zaken vastgesteld worden of er zich een toezichtloze periode heeft voorgedaan. Dit blijkt bij 107 het geval, hetgeen neerkomt op 37% van de gevallen.

Er blijkt een schisma te bestaan tussen kortdurende toezichtloze perioden en langdurende toezichtloze perioden. Kortdurende toezichtloze perioden bedragen maximaal twee weken en vertegenwoordigen een grote meerderheid van de gevallen, namelijk 93% (99 van de 107 zaken). Langdurende toezichtloze perioden komen zelden (8 van de 107 zaken) voor en alleen als er hoger beroep of cassatie is aangetekend. Deze blijken in de onderzochte periode te variëren in duur van 105 dagen (minimaal) tot twee jaar en 145 dagen (maximaal).

Gedurende de 99 kortdurende toezichtloze perioden (van ten hoogste twee weken) zijn geen delicten gepleegd met uitzondering van de Doetinchemse doodslag. Er lijkt derhalve sprake te zijn geweest van een incident.

Bij de acht langdurige toezichtloze perioden zijn in drie ervan wél een of meer strafbare feiten gepleegd. In alle drie de gevallen ging het om eenzelfde soort delict waarvoor de verdachte ook tot tbs met voorwaarden was veroordeeld, waarbij het in twee gevallen lichtere vormen van het delict betrof. In één van de drie gevallen heeft geen vervolging plaatsgevonden.

Analyse van wet- en regelgeving

In de zoektocht naar mogelijkheden in de wet- en regelgeving om toezichtloze perioden te voorkomen zijn vier regelingen bestudeerd: de voorlopige hechtenis, de straf-toemeting, de executie van straffen en maatregelen en de wet BOPZ. Daarnaast is het conceptwetsvoorstel 'Aanpassing tbs met voorwaarden' in de analyse betrokken. Er zijn negen opties gevonden die in theorie in aanmerking komen voor het voorkomen van (een deel van de) toezichtloze perioden. Onderstaand wordt in hoofdlijnen ingegaan op de voor- en nadelen van deze opties.

Binnen de regeling van de voorlopige hechtenis zijn twee mogelijkheden onderzocht: de verlenging van het voorarrest (conform art. 72 en 75 Sv) en het schorsen van het bevel tot voorlopige hechtenis onder voorwaarden (op grond van art. 80 Sv). Verlenging van het voorarrest ter voorkoming van het ontstaan van een toezichtloze periode is uitsluitend mogelijk indien de verdachte is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf, een vrijheidsbenemende maatregel of tot een maatregel die vrijheidsbeneming kan meebrengen. Deze straf en/of maatregel moet bovendien van een langere duur zijn dan de tijd die reeds in voorarrest is doorgebracht. Omdat de maximaal op te leggen vrijheidsstraf bij de maatregel tbs met voorwaarden drie jaar is, kan het voorkomen dat bij einduitspraak blijkt dat de straf van kortere duur is dan de duur van het voorarrest. Het bevel voorlopige hechtenis zal dan bij of kort na de einduitspraak worden opgeheven, waardoor de veroordeelde op vrije voeten komt zonder dat er een onherroepelijke uitspraak is op basis waarvan een start kan worden gemaakt met de executie van de maatregel tbs met voorwaarden. Een oplossing voor dit probleem is de maatregel tbs met voorwaarden te definiëren als een vrijheidsbenemende maatregel of als een maatregel die vrijheidsbeneming kan meebrengen. Immers, als de terbeschikkinggestelde de voorwaarde(n) overtreedt, kan de tbs met voorwaarden worden omgezet in een tbs met dwangverpleging. Daarnaast kan de maatregel tbs met voorwaarden in de praktijk een vrijheidsbenemend karakter hebben, bijvoorbeeld als zij in een intramurale, klinische setting wordt ten uitvoer gelegd. Het gevolg van deze (her)definiëring zou zijn dat de voorlopige hechtenis kan voortduren gedurende de termijn dat een gewoon rechtsmiddel kan worden aangevend, zodat er geen toezichtloze periode ontstaat. Op grond van de wetsgeschiedenis en de relevante jurisprudentie is in zijn algemeenheid niet vast te stellen of de maatregel tbs met voorwaarden een vrijheidsbenemende maatregel is, of een maatregel die vrijheidsbeneming kan meebrengen. Een explicitering door de wetgever zou in deze situatie mogelijk duidelijkheid kunnen scheppen.

De andere mogelijkheid die art. 75 Sv biedt (voor zaken waarin hoger beroep is ingesteld) is dat het bevel tot voorlopige hechtenis niet wordt verlengd, maar dat ze opnieuw wordt gevorderd en bevolen. Een veroordelend vonnis in de vorige feitelijke

aanleg kan worden aangemerkt als een (nieuw) ernstig bezwaar (art. 75 lid 2 tweede volzin Sv) en kan voldoende grond zijn voor (hernieuwde) gevangenneming, zelfs in de situatie waarin het eerder gegeven bevel tot voorlopige hechtenis is opgeheven. Bij deze mogelijke oplossing kan evenwel een spanning optreden ten aanzien van het uitgangspunt dat terughoudend met het dwangmiddel van de voorlopige hechtenis moet worden omgesprongen. Bovendien geldt hier het anticipatiegebod (art. 67a lid 3 Sv), hetgeen inhoudt dat een rechter de voorlopige hechtenis niet mag bevelen wanneer hij inschat dat de verdachte bij veroordeling geen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf of maatregel die vrijheidsberoving meebrengt of kan meebrengen zal worden opgelegd, dan wel dat een dergelijke vrijheidsstraf of maatregel de duur van het voorarrest niet zal overstijgen.

Een tweede mogelijkheid binnen het regime van de voorlopige hechtenis is het schorsen van het bevel tot voorlopige hechtenis onder voorwaarden (art. 80 Sv). Die zou(den) kunnen inhouden dat de verdachte zich onder behandeling stelt, bijvoorbeeld van een GGz-instelling. Op die manier kan de schorsing van de voorlopige hechtenis als het ware preluderen op de uiteindelijke oplegging van de maatregel tbs met voorwaarden. Deze oplossing past naadloos in de huidige wettelijke regeling en vereist geen wetwijziging. Een bezwaar blijft evenwel dat het baseren van een (proef)behandeling op de titel van de geschorste voorlopige hechtenis juridisch problematisch is, omdat al wordt vooruitgelopen op de uiteindelijke schuldigverklaring en bestraffing. Wellicht kan de voorlopige hechtenis worden geschorst onder de bijzondere voorwaarde van reclasseringstoezicht of een vorm van technisch toezicht. Een belangrijke beperking van deze oplossing is dat ze uitsluitend kan gelden voor de verdachte die zich bereid verklaart aan dit toezicht te willen meewerken. Het negeren of overtreden van de voorwaarde kan dan een reden zijn de verdachte weer in hechtenis te nemen.

Een toezichtloze periode kan ontstaan doordat de veroordeelde tijdens de termijn van het instellen van hoger beroep op vrije voeten is omdat het bevel voorlopige hechtenis is opgeheven. Voor deze toezichtloze periode is een oplossing dat de rechter een langere vrijheidsstraf oplegt. Een voordeel van deze oplossing is dat het bevel tot voorlopige hechtenis in dergelijke gevallen doorloopt tot zestig dagen na de uitspraak. De veroordeelde blijft op deze wijze dus langer in voorarrest. Een bezwaar tegen deze oplossing is dat deze de toets aan het proportionaliteitsbeginsel niet (altijd) zal doorstaan. Het tweede nadeel van deze oplossing is, in die gevallen waarin hoger beroep is aangetekend, dat het probleem van de toezichtloze periode naar de toekomst wordt verschoven. De veroordeelde komt immers (alsnog) op vrije voeten op het moment dat de tijd die in voorarrest is doorgebracht, gelijk wordt aan de duur van de opgelegde vrijheidsstraf (art. 72 lid 4 Sv). Dat kan worden ondervangen door het vorderen van een nieuw (of verlengd) bevel tot voorlopige hechtenis in tweede aanleg, eventueel gevolgd door een onmiddellijke schorsing van het bevel onder de bijzondere voorwaarde van reclasseringstoezicht of behandeling. Vereist hiervoor is wel dat er opnieuw moet zijn voldaan aan de voorwaarden voor het opleggen van voorlopige hechtenis. Bovendien moet er hoger beroep zijn ingesteld en dat is maar in een klein gedeelte van het totale aantal opgelegde tbs met voorwaarden het geval.

Een oplossing die kan worden gevonden in de executiefase is dat art. 557 lid 1 Sv gewijzigd wordt in die zin dat de reclassering alvast kan starten met het uitvoeren van de maatregel van tbs met voorwaarden. De wetwijziging zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat de maatregel tbs met voorwaarden uitvoerbaar bij voorraad wordt, zodat, ongeacht de mogelijkheid van het instellen van een rechtsmiddel, de reclassering een titel heeft waarop het toezicht kan worden gebaseerd, er een financieringsgarantie is en een concrete opdracht voor de reclassering. Een bezwaar is dat deze oplossing op gespannen voet staat met de onschuldpresumptie. Ten behoeve van een zo scherp mogelijke selectie van tot tbs met voorwaarden veroordeelden voor wie toezicht op deze wijze georganiseerd kan worden, zou de aanpassing van art. 557 lid 1 Sv gepaard dienen te gaan met een nadere regeling (bij amvb) waarin deze maatregel voorbehouden blijft aan die personen bij wie de gedragsdeskundigen of de reclassering een toezichtloze periode niet verantwoord achten, maar voor wie reclasseringstoezicht juist wel een afdoende middel is om de maatschappelijke veiligheid te garanderen.

Een laatste mogelijke oplossing binnen het straf(proces)recht is de gedragsdeskundigen of de Reclassering te vragen in hun advies- respectievelijk maatregelrapportage aan te geven of een toezichtloze periode bij de desbetreffende verdachte verantwoord is. Als de inschatting van de rapporteur is dat een toezichtloze periode onverantwoord is, kan de rechter besluiten af te zien van het opleggen van tbs met voorwaarden en in plaats daarvan een (langere) gevangenisstraf of tbs met dwangverpleging kunnen opleggen. Bezwaarlijk ten aanzien van de (langere) gevangenisstraf is dat voorbij wordt gegaan aan het feit dat de keuze voor tbs wordt gemaakt omdat *behandeling* van de verdachte – eventueel naast bestraffing - van belang wordt geacht. Het opleggen van tbs met dwangverpleging kan schending van het proportioneelheidsbeginsel betekenen, omdat de tbs met dwangverpleging mogelijk een te zware sanctie is in die gevallen waarbij in principe tbs met voorwaarden de meest passende maatregel lijkt.

Een oplossing die buiten het strafrechtelijke kader ligt, is de plaatsing in een instelling voor geestelijke gezondheidszorg via de wet BOPZ. Het voordeel van deze plaatsing is dat zij in theorie snel ten uitvoer kan worden gelegd. Ook aan deze oplossing kleven evenwel praktische en principiële bezwaren. De wet BOPZ lijkt hooguit voor een beperkt aantal casus een oplossing te bieden. Daarnaast zijn de regimes van tbs en BOPZ juridisch gezien van elkaar gescheiden en is het onduidelijk of een BOPZ-traject kan worden ingegaan op het moment dat een tbs-traject nog niet kan worden gestart. Bovendien kan deze oplossing alleen slagen indien het BOPZ-toezicht snel kan worden gerealiseerd en indien BOPZ-instellingen bereid zijn terbeschikkinggesteld op te nemen. Op grond van de analyse moeten beide verwachtingen negatief worden genoemd.

Tot slot is gekeken naar het nieuwe wetsvoorstel tbs met voorwaarden dat beoogt de praktische uitvoerbaarheid van de maatregel tbs met voorwaarden te vergroten. Dit voorstel biedt evenwel nauwelijks soelaas voor de in dit onderzoek beoogde toezichtloze perioden, omdat het uitgaat van de situatie waarin er een onherroepelijke rechterlijke uitspraak is. De voorgestelde verlenging van de maximale vrijheidsstraf die in

combinatie met de maatregel tbs met voorwaarden kan worden opgelegd (van drie naar vijf jaar) biedt een marginale oplossing, in die zin dat bij een langere vrijheidsstraf de kans dat er al (te) veel tijd in voorarrest is doorgebracht, kleiner is. Als het proportionaliteitsbeginsel geen geweld wordt aangedaan, is er uitsluitend enige ruimte om bij zaken waarbij tot op heden drie jaar onvoorwaardelijke vrijheidsstraf werd opgelegd (in combinatie met tbs met voorwaarden) iets meer dan drie jaar gevangenisstraf op te leggen. Toezichtloze perioden die onder de huidige wet na drie jaar ontstaan doordat de voorlopige hechtenis moet worden opgeheven, kunnen hiermee worden voorkomen. In de onderzochte periode blijkt een toezichtloze periode echter zelden pas drie jaar na de uitspraak te ontstaan, waardoor deze wijziging geen rol van betekenis zal spelen als oplossing voor de huidige toezichtloze perioden.

Alle opties overziend kan vastgesteld worden dat geen enkele zonder meer een oplossing vormt voor de toezichtloze perioden. Alle opties kennen zowel juridische als (soms) organisatorische bezwaren en/of het probleem van een beperkte reikwijdte.

Mening van de experts

Het merendeel van de respondenten (negen van de veertien) beschouwt de toezichtloze periode zoals deze in dit onderzoek is gedefinieerd als een 'non-issue'. Men vindt de vraag naar het voorkomen van toezichtloze perioden bepaald door één incident, waarbij men concludeert dat toezichtloze perioden nu eenmaal kunnen optreden wanneer de maatregel tbs met voorwaarden wordt opgelegd. Bij deze maatregel hoort tenslotte dat een zekere mate van vrijheid wordt gegeven aan de verdachte. De werkelijke problemen, die neerkomen op gebrekkige samenwerking tussen instanties, weigerachtige klinieken en langdurige procedures en doorlooptijden, treden aldus de experts pas op nadat het vonnis onherroepelijk is geworden.

Van de negen aan hen voorlegde potentiële (deel)oplossingen voor de toezichtloze perioden ziet men de optie van het zo snel mogelijk schorsen van de voorlopige hechtenis onder voorwaarden als de beste. De bezwaren bij deze optie richten zich vooral tegen het al starten met een behandeling als er nog geen onherroepelijke uitspraak is. Enerzijds zijn deze van juridische aard: voor een dergelijk zware invulling van de voorwaarde ontbreekt een juridische titel. Anderzijds is het praktisch probleem dat in de meeste gevallen een tbs met voorwaarden behandeling in een kliniek inhoudt (ambulant of intramuraal) en er vaak niet snel een behandelplaats beschikbaar is. Deze bezwaren gelden niet/in mindere mate indien schorsingsvoorwaarden geen opname/behandeling inhouden maar een toezicht door de reclassering. Daarnaast wordt de optie tot een dusdanige interpretatie van art. 72 lid 3 Sv dat tbs met voorwaarden gezien kan worden als vrijheidsbenemende maatregel of als een maatregel die vrijheidsbeneming kan meebrengen, waardoor de voorlopige hechtenis voortduren tot het vonnis onherroepelijk is, door acht geïnterviewden positief beoordeeld. Men zou dan echter wel een uitspraak van de Hoge Raad of een explicitering van de wetgever willen voor uitsluitel over de mogelijkheid tot deze interpretatie. Een derde oplossing die in aanmerking komt is het wijzigen van art. 557 lid 1 Sv zodat de tenuitvoerlegging van de maatregel tbs met voorwaarden onmiddellijk uitvoerbaar wordt en de reclassering snel kan starten met het uitoefenen van toezicht. Wel

blijft het bezwaar van het op gespannen voet staan van deze oplossing met de onschuldpresumptie overeind.

Conclusie

Afgaande op de prevalentie van delicten die tijdens toezichtloze periode worden gepleegd, lijkt er geen sprake van een omvangrijk probleem. Bij de kortdurende toezichtloze periode (maximaal twee weken), die 99 maal voorkwam in de periode 2002-2006, is slechts één, weliswaar ernstig, strafbaar feit gepleegd, te weten de doodslag in Doetinchem. Bij de zeldzaam optredende langer durende toezichtloze perioden (8 in de periode 2002-2006) lijken delicten vaker voor (in 3 van de 8 gevallen) te komen.

Op grond van deze bevindingen lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat vooral langdurige toezichtloze perioden dienen te worden vermeden. Het voorkómen van kortdurende toezichtloze perioden behoeft geen prioriteit. Voor het bekorten van de langdurige toezichtloze perioden zouden in dit soort zaken zittingen in hoger beroep en in cassatie sneller moeten volgen op de uitspraak in eerste of tweede aanleg. Hiertoe zou het hoger beroep bij zaken waarin in eerste aanleg tbs met voorwaarden is opgelegd eventueel expliciet met voorrang kunnen dienen, en evenzo de cassatie volgend op het hoger beroep.

Indien het niet mogelijk is om voldoende waarborgen te creëren voor het tijdig afhandelen van hoger beroepen en cassaties dan zou een oplossing gevonden kunnen worden bij de negen opties die zijn onderzocht.

Een bruikbare oplossing dient daarbij aan drie criteria te voldoen:

1. deze moet een oplossing zijn voor alle langdurige toezichtloze perioden;
2. de oplossing dient zo min mogelijk in strijd te zijn met de beginselen van het straf(proces)recht;
3. de oplossing dient praktisch/organisatorisch zo eenvoudig mogelijk uitvoerbaar te zijn.

Alleen het maken van een uitzondering op artikel 557 lid 1 Sv, waardoor met de tenuitvoerlegging van tbs met voorwaarden altijd onmiddellijk zou kunnen worden begonnen, doorstaat deze toetsing in redelijke mate.

Echter, omdat ook aan deze oplossing het grote bezwaar kleeft dat gestart wordt met een straf terwijl de verdachte nog niet veroordeeld is, ten tweede de experts van mening zijn dat de toezichtloze periode (zoals hier bedoeld) een kwestie van zeer beperkte betekenis is en ten derde de cijfers uitwijzen dat minder dan één maal per jaar in een toezichtloze periode een delict wordt gepleegd, zou ook overwogen kunnen worden de huidige praktijk rondom de oplegging en executie van de maatregel tbs met voorwaarden te laten zoals deze nu is.

Tot slot is er nog de mogelijkheid om naar een oplossing te zoeken buiten de bestaande wet- en regelgeving. Het gaat dan om oplossingen waarvoor een wetswijziging nodig is. Het zoeken naar dergelijke oplossingen viel buiten het bereik van dit onderzoek.

Bij het afwegen van bovengenoemde mogelijkheden is het van belang zich te realiseren dat geen enkele vorm van toezicht, anders dan opsluiting, een waarborg biedt (of kan bieden) voor het achterwege blijven van het plegen van delicten door tot tbs met voorwaarden veroordeelde personen in de vrije maatschappij. Andere toezichtsvormen bieden geen garantie omdat veroordeelden zich eraan kunnen onttrekken. Meegewogen moet worden dat het op vrije voeten zijn, althans het vrijelijk in de maatschappij kunnen verkeren, een kenmerk is dat hoort bij de maatregel tbs met voorwaarden. Of iedere tot tbs met voorwaarden veroordeelde even goed en verantwoord daarmee om zal weten te gaan, is een vraag waarmee steeds opnieuw met grote zorgvuldigheid door alle in het strafproces betrokken deskundigen moet worden omgegaan.

1 Inleiding

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

De maatregel terbeschikkingstelling (tbs) kent twee varianten, te weten de tbs met dwangverpleging (art. 37a Sr) en de tbs met voorwaarden (art. 38 Sr). De tbs met dwangverpleging wordt in een tbs-kliniek ten uitvoer gelegd, de tbs met voorwaarden kent verschillende manieren van tenuitvoerlegging: soms in een klinische variant en soms in een ambulante variant. Bij een tbs met voorwaarden is in ieder geval altijd sprake van enige vorm van toezicht. Wanneer een verdachte wordt veroordeeld, onder andere tot een tbs met voorwaarden, staat het hem vrij, binnen zekere grenzen, hoger beroep en cassatie in te stellen tegen een beslissing van de rechter. Op grond van artikel 557 lid 1 Wetboek van Strafvordering (Sv) mag, gedurende de termijn waarbinnen deze rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld en de periode waarin de procedure loopt, met de tenuitvoerlegging van het vonnis of het arrest geen aanvang worden gemaakt. De uitspraak is namelijk nog niet onherroepelijk. Indien een gewoon rechtsmiddel wordt ingesteld en de betrokkene verblijft tot op dat moment in voorlopige hechtenis, dan kan deze vrijheidsbeneming voortduren in hoger beroep en cassatie. Echter, indien bij de einduitspraak (in eerste aanleg of hoger beroep) de duur van de opgelegde gevangenisstraf gelijk is aan of korter is dan de duur van de voorlopige hechtenis en er geen andere maatregel is opgelegd die voorziet in vrijheidsbeneming, dan moet de voorlopige hechtenis op grond van artikel 72 lid 3 jo 73 lid 1 Sv, direct worden opgeheven. Ook indien de duur van de opgelegde gevangenisstraf langer is dan de duur van de voorlopige hechtenis volgt invrijheidstelling zodra het moment wordt bereikt dat de duur van de voorlopige hechtenis even lang is als het aantal dagen opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf. Er ontstaat op deze momenten een periode zonder toezicht die duurt tot de uitspraak onherroepelijk is geworden.

In een dergelijke periode heeft zich in 2004 een zaak voorgedaan, waarin de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan doodslag. Deze doodslag, die bekend is komen te staan als “de Doetinchemse moordzaak”,¹ pleegde de dader in de twee weken die hem open stonden om in cassatie te gaan tegen de in hoger beroep opgelegde gevangenisstraf van acht maanden en tbs met voorwaarden.² Hij was na de uitspraak in hoger beroep op vrije voeten gesteld omdat hij reeds (meer dan) acht maanden in voorarrest had doorgebracht. De tbs met voorwaarden kon nog niet ten uitvoer worden gelegd, omdat de uitspraak nog niet onherroepelijk was. De doodslag

1 Hierna aangeduid met doodslag(zaak) in plaats van moord(zaak).

2 Gerechtshof Arnhem, 21 oktober 2004, LJN AR5333.

was aanleiding tot vragen in de Tweede Kamer³ en de toezegging van een onderzoek.⁴

Het is niet bekend hoe vaak het voorkomt dat personen, in afwachting van het onherroepelijk worden van de veroordeling tot 'tbs met voorwaarden', zonder (juridische titel voor) toezicht in de maatschappij verblijven, en hoe lang. Het is evenmin bekend of en zo ja hoe vaak er tijdens dergelijke perioden strafbare feiten worden gepleegd. De Doetinchemse doodslag is een ernstige zaak. Het is derhalve van belang na te gaan of we hier moeten spreken van een incident, dat wil zeggen een onvoorspelbare gebeurtenis, of van een voorzienbare situatie waarvoor de strafwetgeving thans geen adequate oplossing biedt dan wel waarvoor een bestaande voorziening (door onbekendheid) onbenut blijft. Daartoe is het mede van belang om te weten welke mogelijkheden de huidige wet- en regelgeving bieden om te voorkomen dat zich een probleem in de aansluiting tussen de voorlopige hechtenis en de tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden voordoet.

1.2 Doelstelling en onderzoeksvragen

De doelstelling van het onderzoek is drieledig en luidt:

- Inzicht bieden in de omvang van het vóórkomen van toezichtloze perioden tussen de beëindiging van de voorlopige hechtenis en de tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden welke ontstaan doordat er nog een mogelijkheid bestaat tot hoger beroep of cassatie.
- Inzicht bieden in de mate waarin tijdens toezichtloze perioden delicten worden gepleegd.
- Inzicht bieden in de bestaande mogelijkheden om binnen het huidige wettelijk kader toezichtloze perioden te voorkómen, teneinde te kunnen besluiten of wettelijke regelingen op dit punt dienen te worden aangepast.

De onderzoeksvragen luiden:

- 1a. Hoe vaak is het in de periode 2002 tot en met 2006 voorgekomen dat de voorlopige hechtenis eindigde terwijl de veroordeling tot tbs met voorwaarden (in eerste aanleg of hoger beroep) nog niet ten uitvoer kon worden gelegd omdat de uitspraak nog niet onherroepelijk was?
- 1b. In de gevallen waarbij bovengenoemde situatie zich voordeed: hoe lang duurde de periode tussen het moment van beëindiging van de voorlopige hechtenis tot het moment waarop de tbs met voorwaarden ten uitvoer kon worden gelegd?

3 Tweede Kamer, 2004-2005, Aangangsel van de Handelingen, nr. 487.

4 *Kamerstukken II*, 2004-2005, 29 452, nr. 19, p.5. Besloten is dit onderzoek te laten plaatsvinden na het onderzoek van de parlementaire onderzoekscommissie tbs (Commissie Visser).

- 1c. In de gevallen waarbij bovengenoemde zich voordeed: is in deze periode een strafbaar feit gepleegd, voor zover bekend bij justitie, en welk feit of welke feiten betrof dit?
2. Welke mogelijkheden staan het Openbaar Ministerie en de rechterlijke macht binnen de huidige wet- en regelgeving ter beschikking om te voorkomen dat de voorlopige hechtenis en de tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden niet op elkaar aansluiten?
3. Kan worden verwacht dat de voorgestelde wetswijziging met betrekking tot de tbs met voorwaarden invloed zullen hebben op de aansluiting tussen de voorlopige hechtenis en de tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden? Zo ja, in welke zin?

1.3 Werkwijze

1.3.1 Definities en operationalisering

Toezicht

Onder toezicht wordt hier verstaan: het verlenen van hulp en steun bij de naleving van de voorwaarden betreffende het gedrag van de ter beschikking gestelde door een door de rechter aangewezen instelling (art. 38 lid 1 Sr). In de meeste gevallen is dat de reclassering.⁵

Toezichtloze periode

De toezichtloze periode waarnaar in dit onderzoek wordt gekeken, kan ontstaan gedurende de periode die ligt tussen het moment waarop een rechtbank of gerechtshof een uitspraak doet waarbij de maatregel tbs met voorwaarden wordt opgelegd en het moment waarop deze uitspraak onherroepelijk wordt. De toezichtloze periode treedt op wanneer in een bepaalde strafzaak het bevel tot voorlopige hechtenis wordt opgeheven⁶ terwijl de maatregel tbs met voorwaarden nog niet ten uitvoer kan worden gelegd, omdat er sprake is van de wettelijke beroepstermijn van twee weken of omdat er nog niet op een ingesteld rechtsmiddel is beslist.

De term 'toezichtloze periode' wordt in dit onderzoek neutraal en niet normatief gebruikt. Er is gedurende deze periode geen juridische titel voor (een vorm van) toezicht, zonder dat daarmee wordt bedoeld dat die titel of het toezicht er wel zou(den) moeten zijn.

Bepalende factoren voor de begin- en einddatum van de toezichtloze periode zijn:

- het zich al dan niet in voorarrest bevinden op de datum van de uitspraak: verdachten die niet in voorarrest verblijven op de datum van de uitspraak, blijven gedurende de twee weken beroepstermijn op vrije voeten, terwijl verdachten die

⁵ *Kamerstukken II*, 2003/2004, 29 413, nr. 3, p. 11 (Memorie van Toelichting).

⁶ Of wanneer er geen voorlopige hechtenis is geweest of wanneer een onvoorwaardelijke gevangenisstraf waartoe men was veroordeeld in het kader van een ander delict wordt beëindigd. Deze twee situaties komen minder vaak voor dan de situatie waarin het bevel tot voorlopige hechtenis wordt opgeheven.

wel in voorarrest zijn op deze datum, vast kunnen blijven zitten zolang de duur van het voorarrest de opgelegde of de naar verwachting op te leggen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf niet evenaart of overschrijdt.

- het al dan niet geschorst zijn van de voorlopige hechtenis op de datum van de uitspraak en de twee weken erna, en de voorwaarden waaronder deze is geschorst. Afhankelijk van de inhoud van de voorwaarden waaronder de voorlopige hechtenis is geschorst kan er wel of geen sprake zijn van toezicht in deze periode.
- het al dan niet instellen van een rechtsmiddel: indien er geen hoger beroep wordt aangetekend of in cassatie wordt gegaan, duurt de toezichtloze periode maximaal twee weken. Indien wel in hoger beroep of cassatie wordt gegaan kan deze periode aanzienlijk langer duren, namelijk tot twee weken na de uitspraak in hoger beroep respectievelijk tot het moment van uitspraak van de Hoge Raad (en vaak nog langer, namelijk bij (terug)verwijzing van de zaak door de Hoge Raad).
- de duur van de eventueel opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf. Indien er naast tbs met voorwaarden ook een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf is opgelegd kan de voorlopige hechtenis voortduren zolang de duur hiervan de omvang van opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf niet evenaart of overschrijdt.

De operationalisering van het begrip toezichtloze periode zoals toegepast in dit onderzoek, is opgenomen in bijlage 2.

Strafbaar feit

Een gedraging die strafbaar is volgens de strafwet.

1.3.2 Methoden en uitvoering van het onderzoek

Het onderzoek bestond uit drie onderdelen:

1. Kwantitatieve analyse van databestanden

Door het parket-generaal is een bestand aangeleverd met gegevens over alle zaken waarin in de jaren 2002 tot en met 2006 in eerste aanleg tbs met voorwaarden is opgelegd. Door Ictro (ICT-bureau van de Rechterlijke Organisatie) zijn gegevens aangeleverd over de zaken waarin in hoger beroep tbs met voorwaarden is opgelegd. Omdat deze landelijke registratie door Ictro pas sinds 2004 bestaat, betreft dit de jaren 2004 tot en met 2006 (waarbij 2004 mogelijk niet volledig is).

Op basis van de gegevens over de datum van de uitspraak, de opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf en de data van aanvang en de einde van de voorlopige hechtenis alsmede de perioden van schorsing van de voorlopige hechtenis, is voor alle zaken vastgesteld of en zo ja wanneer er sprake was van een toezichtloze periode.

Ter validering van de op grond van deze gegevens vastgestelde toezichtloze perioden zijn bij de Dienst Justitiële Instellingen (DJI) registratiekaarten opgevraagd voor zaken waarbij onzekerheid bestond over de betrouwbaarheid van de gegevens of

wanneer noodzakelijk gegevens ontbraken. Dit was het geval in de volgende situaties:

- indien er sprake leek van een schorsing van de voorlopige hechtenis. Einddata van de schorsing waren niet altijd weergegeven in de door ons ontvangen bestanden.
- zaken waarbij de verdachte niet in voorlopige hechtenis heeft gezeten of minder dan 50 dagen in voorlopige hechtenis had doorgebracht. Omdat gezien de aard van het ten laste gelegde feit een langduriger voorarrest verwacht werd, is gecontroleerd of deze personen mogelijk vanwege een eerdere veroordeling (of verdenking in zake een ander strafbaar feit) in voorlopige hechtenis verbleven.

Op de registratiekaarten wordt van iedere persoon die in detentie heeft gezeten de detentiestatus vanaf 2001 tot heden weergegeven. Alleen verblijven in gevangenis en huizen van bewaring staan op de kaart. Daarnaast staan perioden van strafonderbreking/schorsing van de voorlopige hechtenis weergegeven.

Vervolgens is voor alle zaken met een toezichtloze periode in het bedrijfsprocessysteem (BPS) en het Herkenningsdienstsysteem (HKS) van de politie nagegaan of er in deze periode strafbare feiten zijn gepleegd door de betreffende personen.

In de politiebesteden (BPS/HKS) staan feiten geregistreerd waarvoor een verdachte is aangehouden en/of waarvan melding of aangifte tegen de verdachte wordt gedaan. Voor de vaststelling of een verdachte in de toezichtloze periode nieuwe strafbare feiten heeft gepleegd, zijn alle feiten genomen waarvoor geldt dat:

- ze strafbaar zijn volgens de strafwet;
- de persoon niet slechts is verhoord vanwege dit feit;
- er niet slechts een melding⁷ van is gedaan; er moet minimaal sprake zijn van een aangifte.

Van deze feiten is bij het parket-generaal vervolgens nagegaan of er een veroordeling heeft plaatsgevonden.

2. Analyse wet- en regelgeving

De analyse van wet- en regelgeving omvat enerzijds een analyse van bestaande wet- en regelgeving en anderzijds een analyse van het conceptwetsvoorstel aangaande tbs met voorwaarden. Ter voorbereiding is een drietal (straf)rechtsdeskundigen⁸ geconsulteerd met als doel de mogelijkheden en onmogelijkheden te benoemen die de bestaande wet- en regelgeving en het conceptwetsvoorstel bieden als bijdrage aan de oplossing van het aansluitingsprobleem.

3. Consultatie betrokkenen van het openbaar ministerie en de zittende magistratuur

Er zijn veertien interviews gehouden met in totaal vijftien experts (één dubbelinterview) op het gebied van tbs met voorwaarden in de praktijk, te weten:

7 Dit kwam één maal voor.

8 - prof. mr. Th.A. de Roos, hoogleraar straf- en strafprocesrecht, Universiteit van Tilburg.
- prof. dr. A.M. van Kalmthout, hoogleraar Strafrecht en Vreemdelingenrecht, Universiteit van Tilburg.
- dr. M.M. Boone, universitair hoofddocent Willem Pompe Instituut, Universiteit van Utrecht.

- vijf tbs-officieren van justitie. Hiervoor is per ressort het arrondissement genomen waarin van 2002-2006 het vaakst tbs met voorwaarden is opgelegd, te weten: Groningen, Utrecht, Arnhem, Den Haag⁹ en Breda.
- vijf rechters^{10,11} afkomstig uit dezelfde arrondissement als de tbs-officieren;
- de kamervoorzitter bij het hoger beroep van de zaak waarbij in de toezichtloze periode de Doetinchemse doodslag werd gepleegd in combinatie met de sectorvoorzitter strafrecht/strafrechter van de rechtbank Arnhem (dubbelinterview);
- een advocaat-generaal die betrokken was bij de Doetinchemse doodslagzaak;
- een medewerker van Penza (Expertisecentrum Bijzondere Penitentiaire Zaken, onderdeel van het OM);
- een beleidsmedewerker van Reclassering Nederland;
- een lid van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ).¹²

In de interviews stonden twee zaken centraal:

- a. de ervaringen met toezichtloze perioden (zoals gehanteerd in dit onderzoek) van de expert in de praktijk: ervaart men de toezichtloze periode als een probleem, wordt getracht deze te voorkomen, welke oplossingen worden gehanteerd?
- b. een reflectie op de uitkomst van onze wetsanalyse, waarbij de nadruk lag op een reactie op de door ons beschreven oplossingen en de kanttekeningen daarbij.

1.4 Leeswijzer

De opzet van het rapport is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt na een korte inleiding ingegaan op het aantal zaken waarin tbs met voorwaarden is opgelegd in de periode 2002 tot en met 2006. In hoofdstuk 3 wordt het aantal toezichtloze perioden in kaart gebracht alsmede de strafbare feiten die in deze perioden zijn gepleegd. Hoofdstuk 4 bevat de analyse van de relevante wet- en regelgeving en hoofdstuk 5 gaat in op de ervaringen met toezichtloze perioden en potentiële oplossingen hiervoor (in de vorm van een reactie op de wetsanalyse) vanuit de rechtspraak. Besloten wordt met een beschouwing en conclusies in hoofdstuk 6.

In de bijlagen zijn respectievelijk opgenomen de leden van de begeleidingscommissie, de operationalisering van het begrip toezichtloze periode en een lijst van geïnterviewde personen.

9 In het ressort Den Haag had dit eigenlijk arrondissement Rotterdam moeten zijn, maar daar was geen tbs-officier beschikbaar voor een interview.

10 Eén van hen was tevens de vertegenwoordiger van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ).

11 In Utrecht was in de onderzoeksperiode geen rechter beschikbaar. In plaats daarvan is een raadsheer uit Leeuwarden, tevens vertegenwoordiger van de RSJ, geïnterviewd.

12 De uitspraken van deze geïnterviewde betroffen zijn ervaring en mening als rechter en niet de ervaring/mening van de RSJ. Door de RSJ werd deze vertegenwoordiger als expert naar voren geschoven.

2 Tbs met voorwaarden

2.1 Inleiding

De maatregel tbs met voorwaarden bestaat sinds 1997 en is de opvolger van de tbs met aanwijzingen die sinds 1988 bestond. De tbs met aanwijzingen werd slechts zeer zelden opgelegd, omdat een relatief groot gedeelte van de terbeschikkinggestelden met aanwijzing niet of slecht gemotiveerd was voor behandeling. Daarbij ontbrak het aan een sanctie voor het geval de betrokkene zich niet aan de aanwijzingen hield, omdat het overtreden of negeren van de voorwaarden niet automatisch tot een omzetting in tbs met dwangverpleging leidde. De wetgever zocht naar een effectievere reactie op niet naleven van de voorwaarden en naar een lichtere omzettingsprocedure.¹³

De tbs met voorwaarden (art. 38 e.v. Sr) is, evenals de tbs met dwangverpleging, een beveiligingsmaatregel, bedoeld voor psychisch gestoorde daders die een gevaar voor de maatschappij vormen. Het recidivegevaar van personen die in aanmerking komen voor een tbs met voorwaarden wordt zodanig beperkt ingeschat dat een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer door tbs met bevel verpleging niet gerechtvaardigd wordt geacht. Deze personen moeten daarnaast een niet te ernstig misdrijf hebben begaan en een betrouwbare bereidheid tot medewerking vertonen.¹⁴ De rechter stelt voorwaarden aan het gedrag van de terbeschikkinggestelde en wijst een instelling aan die hem bij naleving van de voorwaarden hulp en steun moet verlenen. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat de beveiliging van de samenleving niet met verwijdering van de terbeschikkinggestelde uit de samenleving hoeft plaats te vinden als de beveiliging met een minder zwaar middel reeds gewaarborgd wordt geacht.¹⁵ De bedoeling van het stellen van de voorwaarden is dat door gedragsbeïnvloeding recidive kan worden voorkomen. De rechter is vrij in het bepalen van de inhoud van de voorwaarden, welke gericht dienen te zijn op het gedrag van de verdachte. De voorwaarden mogen de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, alsmede de staatkundige vrijheid van de terbeschikkinggestelde niet beperken (art. 38a lid 4 Sr).

De feitelijke tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden kan diverse vormen aannemen, zoals het nemen van medicatie (bijvoorbeeld libidoremmende middelen) of het ondergaan van een intramurale behandeling in een psychiatrische kliniek. Een in combinatie met de maatregel opgelegde vrijheidsstraf is thans gemaximeerd tot drie

13 *Kamerstukken II*, 1994-1995, 24 256, nr. 3, p. 9 en 10 (Memorie van Toelichting).

14 Cleiren en Nijboer 2007, *Strafrecht Tekst & Commentaar*, boek I, Titel IIA, inl. opm. terzake tbs, nr. 4. Zie ook C. Kelk, *Nederlands detentierecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 330.

15 E.J. Hofstee, *TBS*, Deventer: Kluwer 2003, p. 98.

jaar (art. 38 lid 2 Sr).¹⁶ In de regel zullen veroordeelden die in aanmerking komen voor tbs met voorwaarden, zoals vermeld, een niet te ernstig delict hebben gepleegd. Een vereiste is daarnaast, dat de terbeschikkinggestelde zich bereid verklaart mee te werken aan de opgelegde voorwaarde(n) (art. 38 lid 3 Sr). Deze bereidverklaring fungeert als een *conditio sine qua non* voor het opleggen van tbs met voorwaarden door de rechter.¹⁷ Met andere woorden: een verdachte die niet verklaart bereid te zijn zich aan de voorwaarden te houden, riskeert een tbs met dwangverpleging. Overtreedt de terbeschikkinggestelde een voorwaarde, dan kan de rechter, op vordering van het OM, besluiten dat de terbeschikkinggestelde alsnog gedwongen wordt verpleegd in een tbs-kliniek (art. 38c Sr jo. 509j Sv). Daarmee fungeert de tbs met dwangverpleging als directe 'stok achter de deur'. De wet voorziet evenwel ook in een minder vergaand middel bij overtreding van de voorwaarden: de gestelde voorwaarden kunnen op basis van art. 38b Sr worden gewijzigd.

Tbs met voorwaarden wordt opgelegd voor de duur van twee jaar en kan eenmalig met één of twee jaar worden verlengd indien de veiligheid van personen of goederen verlenging vereist (art. 38d Sr).

2.2 Wat kan 'toezicht' inhouden?

In art. 38a lid 3 Sr is bepaald dat het openbaar ministerie formeel toezicht houdt op de naleving van de gestelde voorwaarden. In de Aanwijzing tbs met voorwaarden¹⁸ staat dat de executie-officier van justitie of de tbs-officier van justitie van het executerend parket toezicht houdt op de naleving van de gestelde voorwaarden. Op grond van art. 38 lid 1 Sr wijst de rechter een instelling aan die de betrokken terbeschikkinggestelde 'hulp en steun' verleent bij het naleven van de voorwaarde(n). In de praktijk impliceert deze 'hulp en steun' toezicht door de reclassering.¹⁹

In een recent onderzoeksrapport van de Inspectie voor de Sanctietoepassing worden in verband met de maatregel tbs met voorwaarden de volgende 'toezichthoudende instrumenten' genoemd: face-to-face contacten met de cliënt; inschakelen van het sociaal netwerk (familie, buurt, werkgever) en het zorgnetwerk; onder behandeling stellen; inschakelen van de wijkagent; huisbezoek bij de cliënt en het uitvoeren van urinecontroles.²⁰ De Inspectie noemt het toezicht ook wel 'controle'.²¹ Volgens de Inspectie worden cliënten met tbs met voorwaarden bijna in alle gevallen ook (d.w.z.

-
- 16 In de toekomst wordt dat mogelijk vijf jaar. Zie: 'Plan van aanpak Terbeschikkingstelling en Forensische zorg in strafrechtelijk kader, eerste voortgangsrapportage', bijlage bij *Kamerstukken II*, 29 452, 70.
- 17 *Kamerstukken II*, 1994-1995, 24 256, nr. 3, p. 9 en 10 (Memorie van Toelichting). Zie ook art. 8 en hoofdstuk 6 (artt. 33-36) van de Reclasseringsregeling 1995, zij het dat van de term 'toezicht' in deze regeling geen definitie wordt gegeven.
- 18 Aanwijzing TBS met voorwaarden en voorwaardelijke beëindiging dwangverpleging, Parket Generaal, 11-09-2006 Reg.nr. 2006A010.
- 19 Vergelijk C. Brouwer en H.K. Elzinga, De TBS met voorwaarden en de rol van de reclassering, *Ontmoetingen: voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap*, nr. 9 (2003), p. 45.
- 20 Inspectie voor de Sanctietoepassing, *Reclasseringstoezicht op veroordeelden tot tbs met voorwaarden*. Den Haag, Ministerie van Justitie: 2006, p. 19 e.v.
- 21 Inspectie voor de Sanctietoepassing, a.w., p. 13.

naast toezicht door de reclassering in de vorm van gesprekken en/of huisbezoeken), ambulantly of klinisch onder behandeling gesteld.²²

Toezicht (of controle) kan dus diverse vormen aannemen en een meer of minder intensief karakter hebben, maar is nooit zodanig dat uitgesloten kan worden dat een onder toezicht gestelde (ernstige) strafbare feiten pleegt in de vrije maatschappij. Daarvoor is opsluiting noodzakelijk.

2.3 Zaken met tbs met voorwaarden

In de jaren 2002 tot en met 2006 is in eerste aanleg in totaal bij 298 zaken tbs met voorwaarden (al dan niet in combinatie met (een) andere sanctie(s)) opgelegd (zie tabel 2.1). Dit komt neer op gemiddeld 60 maal per jaar. Op een totaal van ruim 200.000 afdoeningen door de strafsectoren van rechtbanken per jaar²³ is dit minder dan één promille. In achttien van de 298 gevallen is tegen de uitspraak hoger beroep aangetekend, veertien maal door de verdachte en vier maal door de officier van justitie. Van deze achttien zaken is er in hoger beroep in vijftien gevallen geen tbs met voorwaarden meer opgelegd.^{24,25}

Tabel 2.1 Aantal opleggingen van tbs met voorwaarden (in eerste aanleg) per jaar

	aantal	aantal gevallen waarin hoger beroep is ingesteld
2002	48	0
2003	48	4
2004	77	5
2005	60	6
2006	65	3
	298	18

Het aantal zaken waarbij pas in hoger beroep tbs met voorwaarden is opgelegd, bedraagt negentien voor de periode van 2004 t/m 2006, waarvan acht keer in 2004, zes keer in 2005 en vijf keer in 2006. Het werkelijke aantal in 2004 kan nog iets hoger liggen, omdat pas eind 2004 in alle arrondissementen het landelijke registratiesysteem operationeel was.

22 Inspectie voor de Sanctietoepassing, a.w., p. 20.

23 Bron: Raad voor de Rechtspraak, jaarverslag 2006.

24 In drie gevallen is tbs met dwangverpleging opgelegd (in combinatie met (een) andere sanctie(s)) en in veertien gevallen een gevangenisstraf (veelal in combinatie met (een) andere sanctie(s), voornamelijk een maatregel tot schadevergoeding); van één zaak ontbreken gegevens.

25 Deze zaken vallen echter wel onder het bereik van het onderzoek omdat het hier gaat om de periode vóór het onherroepelijk worden van het vonnis. Dat er op een later tijdstip een andere sanctie wordt opgelegd neemt niet weg dat, voordat er een uitspraak in hoger beroep is, een situatie kan bestaan die valt onder de hier gehanteerde definitie van toezichtloze periode, te weten het eindigen van de voorlopige hechtenis terwijl de veroordeling tot de maatregel tbs met voorwaarden in eerste aanleg nog niet onherroepelijk was geworden.

In tabel 2.2 staan enkele kenmerken van de zaken waarin in eerste respectievelijk in tweede aanleg tbs met voorwaarden is opgelegd.

Tabel 2.2 Kenmerken van zaken waarvoor in eerste aanleg (jaren 2002-2006) of pas in hoger beroep (jaren 2004-2006) tbs met voorwaarden is opgelegd

	tbs met voorwaarden in eerste aanleg		tbs met voorwaarden pas in hoger beroep	
	aantal	%	aantal	%
<i>Feit met hoogste strafmaximum in desbetreffende strafzaak</i>			n.b.*	n.b.*
Brandstichting (art. 157 Sr)	57	19,1		
Zedenmisdrijf (art. 242-249 Sr)	68	22,8		
Bedreiging met geweldpleging (art. 285 Sr)	12	4,0		
Doodslag (art. 287 Sr)	3	1,0		
- poging	48	16,1		
Moord (art. 289 Sr)	1	0,4		
- poging	24	8,1		
Mishandeling (art. 300-302 Sr)	25	8,4		
Diefstal met geweld (art. 310-312 Sr)	33	11,1		
Afpersing onder bedreiging (art. 317 Sr)	11	3,7		
Overige ²⁶	13	4,4		
Onbekend	3	1,0		
<i>In eerste aanleg opgelegde onvoorwaardelijke gevangenisstraf</i>				
geen	26	8,7	0	0
Minder dan 6 maanden	39	13,1	1	5,3
6 maanden tot 1 jaar	82	27,5	5	26,3
1 tot 2,5 jaar	124	41,6	2	10,5
2,5 -3 jaar	27	9,1	7	36,8
meer dan 3 jaar	-	-	2	10,5
onbekend	-	-	2	10,5
	298	100	19	100

* niet als zodanig geregistreerd bij de hoven

Ten eerste is voor de zaken waarin in eerste aanleg tbs met voorwaarden is opgelegd²⁷ gekeken naar het zwaarste van alle bewezenverklarde feiten²⁸ waarvoor tbs met voorwaarden is opgelegd.²⁹ Er blijkt dat in bijna een kwart van de zaken (22,8%) sprake was van een zedenmisdrijf (verkrachting, ontucht, aanranding). Brandstichting komt op de tweede plaats (19,1%), gevolgd door poging tot doodslag (16,1%). Ande-

26 Beschadiging goederen (art. 350 Sr): vier keer; opzettelijke vrijheidsbeneming (art. 282 Sr): vier keer; oplichting (art. 326 Sr): drie keer; bezit kinderporno (art. 240 Sr): één keer; heling (art. 416/1/a Sr): één keer.

27 Dit gegeven is niet als zodanig geregistreerd in het bestand van de gerechtshoven.

28 Dit in verband met cumulatieve tenlasteleggingen en gelijktijdig behandelde zaken.

29 Het zwaarste feit is soms een delict waarvoor op zichzelf geen tbs met voorwaarden opgelegd kan worden. Er is in deze (en ook in veel ander gevallen) sprake van een combinatie met andere delicten, voor welke samen wel tbs met voorwaarden opgelegd kan worden.

re feiten waarvoor relatief vaak tbs met voorwaarden wordt opgelegd zijn diefstal met geweld (11,1%), mishandeling (8,4%) en poging tot moord (8,1%). Veelal (bij twee van de drie zaken) is er sprake van meer dan één feit waarvoor de betrokkene tot tbs met voorwaarden wordt veroordeeld; in ruim een kwart van de gevallen gaat het om vier of meer (tot maximaal elf) feiten.

Wanneer gekeken wordt naar de omvang van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf die wordt opgelegd, dan blijkt deze bij de zaken waarbij in eerste aanleg tbs met voorwaarden is opgelegd in de helft (50,7%) van de gevallen meer dan een jaar te bedragen. Bij 40,6% van de gevallen is deze minder dan één jaar en bij 8,7% van de zaken wordt geen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf opgelegd. Bij de zaken waarbij in hoger beroep tbs met voorwaarden is opgelegd is de gemiddeld opgelegde vrijheidsstraf van een langere duur: in bijna de helft van negentien zaken meer dan 2,5 jaar. Opvallend is dat in twee gevallen meer dan drie jaar onvoorwaardelijke gevangenisstraf lijkt³⁰ te zijn opgelegd.

30 Tbs met voorwaarden kan alleen in combinatie met een gevangenisstraf van maximaal drie jaar opgelegd worden, maar uit de registratie van het Parket Generaal blijkt dat er in twee gevallen meer dan drie jaar gevangenisstraf is opgelegd.

3 Toezichtloze perioden

3.1 Aantal zaken met een toezichtloze periode

Voor het vaststellen van het aantal zaken waarbij sprake is geweest van een toezichtloze periode (volgens de in § 1.3.1 gehanteerde definitie) is het in de eerste plaats van belang te achterhalen of een verdachte in voorlopige hechtenis verbleef op de datum waarop de uitspraak 'tbs met voorwaarden' werd gedaan. Bij degenen die niet in voorlopige hechtenis verbleven op die datum is in principe sprake van een toezichtloze periode, die start op de datum van de uitspraak en die voortduurt tot het moment waarop de uitspraak onherroepelijk wordt.

Uit tabel 3.1 blijkt dat 233 van de 317 verdachten in voorlopige hechtenis³¹ verbleven op de datum van de uitspraak 'tbs met voorwaarden'.

Van de overige 84 was bij 45 personen de voorlopige hechtenis beëindigd vóór de datum van de uitspraak, bij 30 personen was de voorlopige hechtenis geschorst op de datum van de uitspraak en bij negen personen was er geen voorlopige hechtenis bevolen.

Tabel 3.1 Status voorlopige hechtenis op datum uitspraak tbs met voorwaarden in de periode 2002-2006

	tbs met voorwaarden in eerste aanleg	tbs met voorwaarden pas in hoger beroep	totaal
in voorlopige hechtenis	219*	14	233
voorlopige hechtenis beëindigd	40	5	45
voorlopige hechtenis voordien geschorst	30		30
geen voorlopige hechtenis bevolen	9		9
	298	19	317

* waarvan er twee een gevangenisstraf uitzaten vanwege een eerdere veroordeling.

Van deze vier groepen kan het volgende vastgesteld worden met betrekking tot het optreden van een toezichtloze periode.

Bij de 45 verdachten van wie de voorlopige hechtenis was beëindigd vóór de datum van de uitspraak is er sprake van een toezichtloze periode.

Ook bij de negen zaken waarin geen voorlopige hechtenis is bevolen, is er in principe sprake van een toezichtloze periode. Er moet echter een voorbehoud gemaakt worden. Het is mogelijk dat de reden voor het niet bevelen (of een zeer korte periode) van voorlopige hechtenis is dat de verdachte in behandeling is bij een kliniek. Dit bleek het geval bij twee zaken waarbij dit in het dossier is nagegaan (bij één van de

31 Twee waren in detentie vanwege een eerdere veroordeling.

twee zaken was de duur van de voorlopige hechtenis één dag). Het gaat in deze gevallen echter om een vrijwillige behandeling die de verdachte op elk moment kan staken. Daar komt bij dat de verdachte weliswaar in behandeling was op het moment dat over het starten van de voorlopige hechtenis moest worden besloten, maar deze datum ligt in het algemeen geruime tijd vóór de datum van de uitspraak. Het is onzeker of de behandeling op de datum van de uitspraak nog steeds werd ondergaan.

Bij de 233 verdachten die in voorlopige hechtenis verbleven op de datum van de uitspraak 'tbs met voorwaarden' dient voor het vaststellen van het bestaan van een toezichtloze periode de onvoorwaardelijk opgelegde vrijheidsstraf vergeleken te worden met de duur van het voorarrest. Zodra het moment is bereikt dat de in voorarrest doorgebrachte tijd even lang is als het aantal dagen opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf, ontstaat een toezichtloze periode (zolang de uitspraak nog niet onherroepelijk is). Van de 233 verdachten die in voorlopige hechtenis verbleven op de datum van de uitspraak 'tbs met voorwaarden' blijkt er bij 53 sprake te zijn van een toezichtloze periode:

- voor twaalf personen geldt dat op de datum van de uitspraak de duur van het voorarrest al langer was dan de duur van de opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf;
- bij 32 personen was de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf minder dan veertien dagen langer dan de duur van het voorarrest op de datum van de uitspraak (bij 31 was dit een uitspraak in eerste aanleg en bij één in hoger beroep). Omdat men twee weken de tijd heeft om hoger beroep of cassatie in te stellen (en geen van de 32 betrokken personen afstand van dit recht heeft gedaan) ontstond bij deze 32 personen gedurende deze beroepstermijn een periode van toezichtloosheid;
- bij negen personen die in hoger beroep zijn gegaan evenaarde de duur van de in voorarrest doorgebrachte tijd de opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf op een moment dat lag voordat de uitspraak in hoger beroep onherroepelijk was.

Bij de resterende 30 verdachten, de laatste groep, was de voorlopige hechtenis geschorst op de datum van de uitspraak. Schorsing vindt plaats onder bepaalde voorwaarden (art. 80 lid 1 en lid 2 Sv). De wettelijke regeling staat toe dat de voorwaarden een vorm van toezicht inhouden. Voor alle 30 verdachten van wie op de datum van de uitspraak de voorlopige hechtenis was geschorst onder voorwaarden, geldt dat zij niet in hoger beroep zijn gegaan tegen de uitspraak. Dit betekent dat een toezichtloze periode bij hen maximaal de twee weken na de datum van de uitspraak 'tbs met voorwaarden' omvat. Wanneer de schorsing van de voorlopige hechtenis bij deze verdachten is verlengd tot twee weken na de uitspraak en de voorwaarden waaronder is geschorst een bepaalde vorm van toezicht inhouden dan is er bij deze personen geen sprake van een toezichtloze periode. Op de registratiekaarten van de DJI (beschikbaar bij 28 van de 30 verdachten) staat bij slechts één van deze 28 verdachten een einddatum van de schorsing.³² Deze datum is één week na de datum van de uitspraak, waarna detentie volgt. Bij deze verdachte is er dus mogelijk sprake van een toezichtloze periode van een week. Bij 27 verdachten is geen einddatum

32 Zoals beschreven in paragraaf 1.3 is deze informatie niet betrouwbaar genoeg opgenomen in de door ons ontvangen databestanden voor de analyses.

van de schorsing vermeld, maar kan op basis van de registratiekaarten wel worden vastgesteld dat zij de twee weken na de datum van de uitspraak niet in detentie hebben doorgebracht. De enige vorm van toezicht die bij deze verdachten kan hebben bestaan gedurende de twee weken beroepstermijn is het eventuele toezicht dat als voorwaarde bij de schorsing is opgelegd. Informatie over de voorwaarden waaronder deze zaken zijn geschorst is echter niet uit de databestanden noch uit de DJI-gegevens te halen.³³

Op grond van het bovenstaande kan vastgesteld worden dat er bij minimaal 107 van de in totaal 317 zaken waarbij tbs met voorwaarden is opgelegd sprake is van een toezichtloze periode.³⁴ Dit is 33,8% van alle zaken. Wanneer de 30 zaken³⁵ waarbij het bestaan van een toezichtloze periode niet zeker is, daarbij opgeteld worden komt het aantal op 137. Dit is 43,2% van alle zaken waarin tbs met voorwaarden is opgelegd.

Aangezien over de laatstgenoemde 30 zaken onvoldoende informatie voorhanden is om het bestaan van een toezichtloze periode vast te stellen, worden deze in het vervolg van dit hoofdstuk buiten de analyses gelaten. Er resteren dan 287 zaken waarvan 107 met een toezichtloze periode. Het percentage met een toezichtloze periode komt dan op 37,3%.

In tabel 3.2 staat voor de zaken waarbij in eerste aanleg tbs met voorwaarden is opgelegd het aantal en aandeel (in percentages) toezichtloze perioden per jaar. Het percentage toezichtloze perioden varieert van 29,8% (in 2006) tot 41,3% (in 2003).

Tabel 3.2 Aantal zaken met toezichtloze periode, per jaar: zaken waarin tbs met voorwaarden in eerste aanleg werd opgelegd

jaar van uitspraak in eerste aanleg	aantal zaken met tbs met voorwaarden	toezichtloze perioden	
		aantal	%
2002	43	16	37,2
2003	46	19	41,3
2004	69	23	27,2
2005	53	23	33,3
2006	57	17	29,8
Totaal	268	98	36,6

In tabel 3.3 staat het aantal toezichtloze perioden bij de negentien zaken waarbij tbs met voorwaarden pas in hoger beroep is opgelegd. Er blijkt bij negen zaken sprake

33 Hiervoor is dossieranalyse nodig, hetgeen buiten het bestek van dit onderzoek valt.

34 De 45 zaken waarin de voorlopige hechtenis was beëindigd voor de datum van de uitspraak + de 53 zaken waarbij sprake was van een voorlopige hechtenis op de uitspraakdatum, maar waarbij de duur van de opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf het voorarrest evenaarde voordat de uitspraak onherroepelijk was + de negen zaken waarin geen voorlopige hechtenis is bevolen.

35 De 30 zaken waarvan niet zeker is of de voorlopige hechtenis nog was geschorst op de datum van de uitspraak.

te zijn van een toezichtloze periode. Over zaken waarbij in tweede aanleg tbs met voorwaarden is opgelegd waren alleen gegevens beschikbaar voor de jaren 2004 (mogelijk niet volledig), 2005 en 2006. Per jaar is in de jaren 2004 tot en met 2006 in hoger beroep gemiddeld zes tot zeven maal tbs met voorwaarden opgelegd. Wanneer ook voor de jaren 2002 en 2003 uitgegaan wordt van zes tot zeven tbs met voorwaarden per jaar en nog enkele extra voor 2004, dan zal het totaal aantal zaken waarin tbs met voorwaarden is opgelegd in de periode 2002-2006 circa vijftien meer zijn dan de genoemde 317. In totaal komt het gemiddelde aantal tbs met voorwaarden (in eerste aanleg of in hoger beroep) per jaar in de periode 2002-2006 dan uit op ongeveer 66.

Tabel 3.3 Aantal zaken met toezichtloze periode, per jaar: zaken waarin tbs met voorwaarden pas in hoger beroep werd opgelegd

	aantal zaken met tbs met voorwaarden	toezichtloze perioden	
		aantal	%
2004	8	3	37,5
2005	6	4	66,7
2006	5	2	40,0
	19	9	47,4

3.2 Duur van de toezichtloze periode

De duur van de toezichtloze periode (zie tabel 3.4) is in 63,6% van de gevallen twee weken, bij 29,0% minder dan twee weken en bij acht zaken (7,5%) meer dan twee weken, waarbij het in één geval gaat om 105 dagen en in de andere gevallen om meer dan 250 dagen. In deze laatste acht gevallen gaat het om zaken waarin hoger beroep is aangetekend.

Tabel 3.4 Duur toezichtloze periode

	aantal	%
1 t/m 13 dagen	31	29,0
14 dagen	68	63,6
meer dan 14* dagen	8	7,5
	107	100

* één keer 105 dagen en zeven keer meer dan 250 dagen

3.3 Delicten in de toezichtloze perioden

Uit de politiebestanden is naar voren gekomen dat in vier van de 107 toezichtloze perioden nieuwe strafbare feiten³⁶ zijn gepleegd.³⁷ Eén van de vier gevallen betreft het voorval dat mede de aanleiding vormde voor dit onderzoek: de Doetinchemse doodslagzaak (zie ook § 1.1). Hier werd in een toezichtloze periode van twee weken (namelijk de termijn die de verdachte en het OM hadden om in cassatie te gaan) door de verdachte een doodslag gepleegd. Deze verdachte was tot tbs met voorwaarden veroordeeld voor bedreiging met een misdrijf tegen het leven gericht; poging tot zware mishandeling van een ambtenaar, meermalen gepleegd; mishandeling van zijn vader; opzettelijk een goed vernielen en handelen in strijd met art. 27, lid 1 van de Wet wapens en munitie.³⁸

De drie andere gevallen waarin in toezichtloze perioden strafbare feiten werden gepleegd maken alle deel uit van de acht toezichtloze perioden die meer dan twee weken (en zelfs meer dan 100 dagen) duurden, welke ontstonden doordat hoger beroep werd aangetekend. Het gaat om de volgende gevallen:

1. In een toezichtloze periode van 105 dagen stuurde de verdachte vier weken na de uitspraak bedreigende sms'jes naar zijn ex-partner. Hij is hiervoor ook veroordeeld. Het feit waarvoor de verdachte (hoewel nog niet definitief) tot tbs met voorwaarden was veroordeeld, betreft bedreiging met geweld.
2. In een toezichtloze periode van meer dan anderhalf jaar³⁹ pleegde de verdachte volgens de politiebestanden negen maanden en twee dagen na de uitspraak in laatste feitelijke aanleg een gewapende overval. Uit de gegevens van het Parket Generaal blijkt dat de verdachte is veroordeeld voor een poging tot zware mishandeling. De feiten waarvoor de verdachte (nog niet definitief) tot tbs met voorwaarden was veroordeeld, betreffen poging tot doodslag, zware mishandeling en bedreiging met geweld.
3. In een toezichtloze periode van twee jaar en 145 dagen na de uitspraak in laatste feitelijke aanleg heeft de verdachte zich volgens de politiebestanden na 564 dagen (ruim anderhalf jaar) schuldig gemaakt aan geweldpleging (zonder letsel; zonder gebruik van een wapen) en na 668 dagen aan bedreiging. Hiervoor is de verdachte echter niet vervolgd⁴⁰. De feiten waarvoor de verdachte (nog niet defi-

36 Daarnaast is er een vijfde toezichtloze periode (van twee weken) waarin een melding (maar geen aangifte) is gedaan van schoppen en slaan door de verdachte. Deze verdachte heeft in deze periode tevens een zelfmoordpoging gedaan.

37 Bij de 30 zaken waarvan niet vastgesteld kon worden of er sprake is geweest van een toezichtloze periode, is voor de potentieel toezichtloze perioden wel in de politiebestanden nagegaan of er delicten zijn gepleegd in deze perioden. Dit was niet het geval.

38 Gerechtshof Arnhem, 21 oktober 2004, LJN AR5333.

39 De cassatiedatum is na één jaar en 185 dagen. De datum van onherroepelijk worden van de einduitspraak ontbreekt.

40 De politie heeft in haar bestand aangetekend dat de verdachte (een "veelpleger") niet opgepakt kon worden zolang hij in afwachting is van het hoger beroep. Mogelijk is dit de reden geweest om deze, niet zeer zware, delicten niet aan het OM door te geven.

nitief) tot tbs met voorwaarden was veroordeeld, betreffen poging tot doodslag, mishandeling, poging tot zware mishandeling en bedreiging met geweld.

3.4 Conclusies

Van de in totaal 317 zaken waarbij in de periode 2002 tot en met 2006⁴¹ tbs met voorwaarden is opgelegd, kan voor 287 zaken vastgesteld worden of er zich een toezichtloze periode heeft voorgedaan. Dit blijkt bij 107 het geval, hetgeen neerkomt op 37,3%, of bijna vier op de tien, van de gevallen.

Er blijkt een schisma te bestaan tussen kortdurende toezichtloze perioden en langdurende toezichtloze perioden. Kortdurende toezichtloze perioden bedragen maximaal twee weken en vertegenwoordigen een grote meerderheid van de gevallen, namelijk 93% (99 van de 107 gevallen). Langdurende toezichtloze perioden komen zelden voor (8 van de 107 gevallen) en alleen als er hoger beroep of cassatie is aangetekend. Deze langdurige toezichtloze perioden blijken in de onderzochte periode te variëren in duur van 105 dagen (minimaal) tot twee jaar en 145 dagen (maximaal).

In slechts één van de 99 kortdurende toezichtloze perioden (van ten hoogste twee weken) is een strafbaar feit gepleegd, namelijk de Doetinchemse doodslag. Er lijkt derhalve sprake te zijn geweest van een incident.

Bij de acht langdurige toezichtloze perioden zijn in drie ervan wél een of meer strafbare feiten gepleegd. In alle drie de gevallen ging het om eenzelfde soort delict waarvoor de verdachte ook tot tbs met voorwaarden was veroordeeld, waarbij het in twee gevallen lichtere vormen van het delict betrof. In één geval heeft geen vervolging plaatsgevonden.

41 Exclusief de jaren 2002 en 2003 voor zaken waarbij pas in hoger beroep tbs met voorwaarden is opgelegd.

4 Analyse wet- en regelgeving

4.1 Inleiding

Als na uitspraak door de rechtbank binnen veertien dagen geen hoger beroep wordt ingesteld, kan begonnen worden met de tenuitvoerlegging van de maatregel tbs met voorwaarden. In de periode tussen de beëindiging van een voorlopige hechtenis en de tenuitvoerlegging van de maatregel tbs met voorwaarden kan het voorkomen dat het OM geen 'juridische titel' voor het uitoefenen van toezicht heeft (namelijk wanneer de duur van het voorarrest langer is dan of gelijk is aan de duur van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf waartoe de verdachte is veroordeeld en hem geen maatregel is opgelegd die vrijheidsbeneming meebrengt of kan meebrengen én bovendien de voorlopige hechtenis is beëindigd). De executie van de maatregel kan nog geen aanvang nemen. De veroordeelde is gedurende die periode in beginsel op vrije voeten, oftewel bevindt zich in een 'toezichtloze periode'.⁴² De periode kan veertien dagen zijn (de wettelijke beroepstermijn waarin de veroordeelde en het OM de mogelijkheid hebben hoger beroep aan te tekenen) of langer, als de veroordeelde en/of het OM in hoger beroep gaat. De toezichtloze periode kan ook korter zijn dan veertien dagen, namelijk in het geval waarin binnen een aantal dagen hoger beroep wordt ingesteld en het hof (opnieuw) de voorlopige hechtenis beveelt (art. 75 lid 2 Sv), dan wel afstand is gedaan van dit rechtsmiddel.

In theorie zijn er vier mogelijkheden om de toezichtloze periode die in dit onderzoek centraal staat met een vorm van toezicht te 'vullen', te weten door het verlengen (of niet beëindigen) van de voorlopige hechtenis en/of die te schorsen onder voorwaarden (4.2), door het opleggen van een langere onvoorwaardelijke gevangenisstraf dan de duur van de reeds in hechtenis doorgebrachte periode (4.3), door het vroegtijdig starten van de tbs met voorwaarden (4.4) en door het inzetten van een tijdelijke vorm van toezicht gedurende de toezichtloze periode (4.5). De vraag is in hoeverre deze mogelijkheden bij de huidige stand van de wetgeving een oplossing kunnen bieden, zowel in theorie als in de praktijk. Door analyse van bestaande wet- en regelgeving dient deze vraag beantwoord te worden. De regelingen die hiervoor in beschouwing worden genomen zijn die met betrekking tot de voorlopige hechtenis (art. 63 t/m 88 Sv), die met betrekking tot de duur van de op te leggen gevangenisstraf (Tweede en Derde boek Sr), die met betrekking tot het opleggen van en het ten uitvoerleggen van de tbs met voorwaarden (art. 38 Sr,⁴³ art. 509f – 509x Sr) en de wet BOPZ. Bij deze wettelijke regelingen worden betrokken de relevante jurisprudentie, handboeken en onderzoeksrapporten op het terrein van de tbs met voorwaarden. In het vervolg van dit hoofdstuk worden de vier mogelijkheden één voor één geanalyseerd. In de voorlaatste paragraaf wordt het wetsvoorstel met betrekking tot de aanpassing van de tbs

⁴² Zie voor de operationalisering van dit begrip § 1.3.1.

⁴³ Uitgewerkt in de Aanwijzing TBS met voorwaarden en voorwaardelijke beëindiging dwangverpleging van het parket-generaal, 11-09-2006 Reg.nr. 2006A010.

met voorwaarden⁴⁴ in beschouwing genomen. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

4.2 Verlengen en/of schorsen van de voorlopige hechtenis

Het dwangmiddel van de voorlopige hechtenis maakt inbreuk op het recht op fysieke vrijheid van de persoon, het recht om te gaan en te staan waar men wil. Dit is een fundamenteel grondrecht (zie art. 5 EVRM, alsmede art. 15 lid 1 GW), waarop in het geval van voorlopige hechtenis een inbreuk wordt gemaakt, terwijl de schuld van de verdachte aan het ten laste gelegde feit nog niet definitief is vastgesteld. Er ontstaat met andere woorden een spanning tussen de onschuldpresumptie en de voorlopige hechtenis, vooral omdat de voorlopige hechtenis achteraf niet ongedaan kan worden gemaakt. De toepassing van de voorlopige hechtenis is dan ook in het Wetboek van Strafvordering aan vele voorwaarden gebonden. Die voorwaarden dienen ter bescherming van de verdachte, die niet licht van zijn vrijheid mag worden beroofd, maar uitsluitend indien daar dringende redenen voor aan te voeren zijn.⁴⁵ Als de vrijheidsbeneming al wordt bevolen door de rechter, dan is daar altijd een termijn aan verbonden. De wetgever beoogt daarmee grenzen te stellen aan het bereik van dit dwangmiddel. Vandaar dat Corstens in zijn handboek over de Nederlandse strafvordering de aan de wetgeschiedenis ontleende zinsnede 'het kwaad van de voorlopige hechtenis' aanhaalt.⁴⁶ Een voorbeeld van het uitgangspunt het dwangmiddel van de voorlopige hechtenis met terughoudendheid toe te passen is het zogenoemde anticipatiegebod dat is neergelegd in art. 67a lid 3 Sv. Het anticipatiegebod strekt ertoe dat de rechter bij het overwegen van het bevelen van de voorlopige hechtenis rekening houdt met de vermoedelijke uitkomst van de strafzaak. Als ernstig rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de verdachte bij veroordeling geen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf of maatregel die vrijheidsberoving meebrengt of kan meebrengen zal worden opgelegd, dan wel dat een dergelijke vrijheidsstraf of maatregel de duur van het voorarrest niet zal overstijgen, dan mag de rechter de voorlopige hechtenis niet bevelen.

Artikel 72 lid 3 en 4 Sv: maatregel die vrijheidsbeneming meebrengt of kan meebrengen

Een verdachte kan na een rechterlijke eindspraak in voorlopige hechtenis worden gehouden als er een vrijheidsbenemende straf of maatregel die vrijheidsbeneming meebrengt of kan meebrengen is opgelegd van een langere duur dan de in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd (art. 72 lid 3 Sv). De vraag rijst of de maatregel tbs met voorwaarden kan worden opgevat als een maatregel die vrijheidsbeneming meebrengt of kan meebrengen. Als dat zo is, dan zou een veroordeling tot tbs met voorwaarden een reden zijn om het bevel voorlopige hechtenis bij de uitspraak in

44 Concept wetsvoorstel aanpassing tbs met voorwaarden. Op het moment van schrijven ter advisering naar de Raad van State gezonden. Zie *Kamerstukken II*, 2007-2008, 31 444 VI, nr. 6, p. 18.

45 Zie bijvoorbeeld Wemhoff tegen Duitsland, EHRM 27 juni 1968, no. 2122/64, § 4-17 en Smirnova tegen Rusland, EHRM 24 juli 2003, no. 46133/99 en 48183/99, § 58 e.v.

46 G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*. Zesde druk. Deventer: Kluwer, 2008, p. 397.

eerste aanleg niet op te heffen en kan de verdachte in hechtenis blijven tot er een aanvang kan worden gemaakt met de tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden. Daarbij geldt dan wel dat de duur van de behandeling op basis van de tbs met voorwaarden langer moet zijn dan de periode die al in voorarrest is doorgebracht, conform art. 72 lid 3 Sv. Art. 38d Sr schrijft voor dat de duur van de tbs met voorwaarden twee jaar is, die met maximaal twee keer een jaar kan worden verlengd. De totale duur van de maatregel is dus twee, drie of vier jaar. Het is aan de rechter om te bepalen wat de lengte van de maatregel zal zijn, maar hij kan niet afwijken van de termijnen die in de wet genoemd worden, en bijvoorbeeld bepalen dat de duur van de maatregel zes maanden is. Hetzelfde geldt, mutatis mutandis, voor de gevallen waarop het vierde lid van art. 72 Sv ziet: die situaties waarin de verdachte is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf die de duur van het voorarrest met minder dan zestig dagen overschrijdt. Op het moment dat de duur van het voorarrest gelijk wordt aan de duur van de opgelegde vrijheidsstraf, moet de verdachte op vrije voeten worden gesteld. Dan kan (wederom) een toezichtloze periode ontstaan, namelijk wanneer de verdachte (of het OM) heeft besloten in hoger beroep te gaan. Deze periode zou kunnen worden afgedekt door een nieuw bevel tot voorlopige hechtenis te vorderen, maar daar kunnen praktische en principiële bezwaren tegen worden geformuleerd (zie hieronder – art. 75 Sv).

De maatregel tbs met voorwaarden is volgens wetscommentaar waarin de wetsgeschiedenis wordt aangehaald niet een maatregel die vrijheidsbeneming meebrengt of kan meebrengen.⁴⁷ Toch kan de maatregel, indien ze ten uitvoer wordt gelegd in een intramurale, klinische setting een sterk vrijheidsbeperkend, of mogelijk vrijheidsbenemend, karakter hebben. Uitgaande van de hedendaagse interpretatie van wat een vrijheidsbenemende maatregel is, sluiten wij aan bij de definiëring van de vrijheidsbenemende maatregelen in art. 1, onder t van de Penitentiaire Beginselenwet (PBW). Het betreft voorlopige hechtenis, vreemdelingenbewaring, gijzeling, lijfsdwang, tbs met dwangverpleging, plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders en vrijheidsbeneming die op andere dan de in artikel 1, onder s PBW genoemde gronden plaatsvindt. In art. 1 onder s wordt de vrijheidsstraf gedefinieerd. De memorie van toelichting bij art. 1 PBW geeft geen definitie van wat vrijheidsbenemend is en wat niet, maar noemt het wezen van de vrijheidsbeneming de “onttrekking van justitiabelen aan het vrije maatschappelijke verkeer”.⁴⁸ De kwalificatie ‘vrijheidsbeperking’ zou dan kunnen worden gereserveerd voor (punitieve en/of pedagogische) gedragsinterventies die plaatsvinden in het kader van de alternatieve straffen zoals de taakstraf en/of de voorwaardelijke veroordeling onder bijzondere voorwaarden.⁴⁹ Het antwoord op de vraag of de maatregel tbs met voorwaarden kan worden aangemerkt als een maatregel die vrijheidsbeneming meebrengt of kan meebrengen, is dus afhankelijk van hoe ‘vrijheidsbeneming’ wordt uitgelegd.

47 A.L. Melai en M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het wetboek van strafvordering* – Suppl. 149 (september 2005), art. 72-25, aant. 8. Deventer: Kluwer (losbladig).

48 Zie *Kamerstukken II*, 1994-1995, 24 263, nr. 3, p. 12.

49 Vergelijk het rapport van de Commissie-Vrijheidsbeperking *Vrijheidsbeperking door Voorwaarden*. 's-Gravenhage: Sdu, 2003 en J.P. Balkema & F.W. Bleichrodt, 1995-2005; het sanctiestelsel rond de eeuwwisseling, in A. Harteveld, D.H. de Jong en E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling. Liber Amicorum G. Knigge*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005, p. 23-37.

De veroordeelde moet zich bereid verklaren tot het navolgen van de voorwaarden (art. 38 lid 3 Sr), wat een reden zou kunnen zijn om te stellen dat de maatregel tbs met voorwaarden niet vrijheidsbenemend is (want dat veronderstelt dat de betrokkene van overheidswege, en niet 'uit zichzelf' aan het vrije maatschappelijke verkeer wordt onttrokken), maar eventueel wel vrijheidsbeperkend. Die vrijheidsbeperking kan een vergaand karakter hebben, namelijk wanneer er sprake is van een klinische, intramurale behandeling van de betrokkene. Op deze vaststelling zijn twee nuanceringen aan te brengen. In de eerste plaats zou betoogd kunnen worden dat het feit dat bij overtreding van de voorwaarde de tbs met voorwaarden kan worden omgezet in een tbs met dwangverpleging (art. 38c Sr) de maatregel tbs met voorwaarden om die reden toch kan worden gedefinieerd als een maatregel die vrijheidsbeneming kan meebrengen. Deze zinsnede slaat echter, zo menen verschillende commentatoren, op de oude maatregel tbs met aanwijzingen en zou ten onrechte in de wet zijn blijven staan.⁵⁰ Bovendien zou een dergelijke redenering (de maatregel tbs met voorwaarden kan vrijheidsbeneming meebrengen omdat ze in de toekomst kan worden omgezet in een tbs met dwangverpleging) doorwerken op andere terreinen dan de tbs met voorwaarden, nu er in het Nederlandse sanctiesysteem meerdere (voorwaardelijke) straf- en maatregelmodaliteiten bestaan die worden bedreigd met een (vervangende) vrijheidsbeneming. Voorbeelden zijn de voorwaardelijke veroordeling (art. 14a jo 14g Sr), de voorwaardelijke ISD maatregel (art. 38p jo 38r Sr) en de taakstraf (art. 22c jo 22d Sr). Het definiëren van de maatregel tbs met voorwaarden als vrijheidsbenemende maatregel of maatregel die vrijheidsbeneming kan meebrengen, vanwege de mogelijke omzetting in tbs met bevel tot verpleging, zou betekenen dat ook andere voorwaardelijke sancties binnen het bereik van art. 72 Sv komen. Om die reden lijkt het ons in dit geval aangewezen dat de wetgever expliciet (in art. 72 lid 3 Sv) aangeeft of de maatregel tbs met voorwaarden vrijheidsbenemend is of kan zijn.

De tweede nuancering is dat, afgezien van een formeel perspectief, gekozen zou kunnen worden voor een materieel perspectief, waarbij de feitelijke tenuitvoerlegging van de maatregel tbs met voorwaarden leidend is. Als een voorwaarde bij de tbs met voorwaarde een klinische, intramurale behandeling is in een psychiatrisch ziekenhuis, dan zou betoogd kunnen worden dat er feitelijk sprake is van vrijheidsbeneming omdat de betrokkene over zeer weinig bewegingsvrijheid beschikt.⁵¹ Op dit punt kan een vergelijking worden gemaakt met het zogenoemde penitentiaire programma: een samenstel van activiteiten waaraan wordt deelgenomen door personen ter verdere tenuitvoerlegging van de aan hen opgelegde vrijheidsstraf of voorlopige hechtenis in aansluiting op hun verblijf in een inrichting. Tijdens het penitentiaire programma kan de gedetineerde onder elektronisch toezicht worden gesteld (art. 4 lid1 PBW). De deelnemer bevindt zich buiten de muren van een penitentiaire inrichting, ter voorbereiding op de terugkeer in de samenleving. Hoewel in deze fase van de detentie de

50 Zie G.J.M. Corstens, a.w., p. 418, voetnoot 231 en het wetscommentaar dat in voetnoot 46 hierboven is opgenomen.

51 Deze beperking maakt duidelijk dat de mogelijke oplossing van het herdefiniëren van wat een vrijheidsbenemende maatregel is, slechts een aantal gevallen een daadwerkelijke oplossing kan zijn. Het gaat dan om de gevallen waarin sprake is van een klinische, intramurale behandeling van de tbs-gestelde. De maatregel tbs met voorwaarden kan evenwel ook een veel 'losser' (niet vrijheidsbenemend) regime inhouden, bijvoorbeeld het voeren van gesprekken met een therapeut of het nemen van medicatie.

deelnemer een 'veelheid van activiteiten' kan ondernemen, zoals arbeid en scholing, definieert de memorie van toelichting bij de PBW het penitentiare programma als vrijheidsbeneming. De betrokken justitiabele is verplicht zich bereid te verklaren gedurende een vastgestelde periode aan de in het programma opgenomen activiteiten deel te nemen. De reclassering heeft tot taak de betrokkene daarbij te ondersteunen. Bij niet of niet behoorlijke deelname wordt de justitiabele teruggeplaatst in een penitentiare inrichting.⁵²

Over de vraag of de maatregel tbs met voorwaarden een vrijheidsbenemende maatregel is of een maatregel die vrijheidsbeneming kan meebrengen, heeft de Nederlandse rechter zich (nog) niet uitgelaten. Om te kunnen komen tot relevante inzichten op dit punt kan ook worden gekeken naar de beoordeling van de term 'vrijheidsbeneming' door het EHRM. De kwestie van vrijheidsbeneming die in dit onderzoek centraal staat, wordt in het EVRM beschermd door artikel 5 (persoonlijke vrijheid en veiligheid), in het bijzonder het eerste lid. Volgens Hartevelt e.a. is de definitie van wat vrijheidsontneming is, niet eenduidig te geven, maar gaat het om een glijdende schaal.⁵³ Uit het arrest Engel e.a. tegen Nederland⁵⁴ blijkt dat de militaire disciplinaire maatregel van 'strict arrest', die inhoudt dat een persoon dag en nacht is opgesloten in een cel en geen mogelijkheid heeft zijn dagelijkse werkzaamheden uit te voeren, volgens het Hof een voorbeeld van vrijheidsontneming is. Het plaatsen onder politietoezicht is volgens het Hof geen vrijheidsontneming, maar vrijheidsbeperking.⁵⁵ Vrijheidsbeneming valt binnen het bereik van art. 5 lid 1 EVRM, maar vrijheidsbeperking niet. In de zaak Guzzardi tegen Italië⁵⁶ heeft het Hof in deze kwestie een nuancering aangebracht, door een tussenpositie te creëren tussen vrijheidsbeneming enerzijds en vrijheidsbeperking anderzijds. In deze zaak was een verdachte *maffioso* tijdens het vooronderzoek onderworpen aan een verplicht verblijf op het kleine eiland Asinari. In de beoordeling van deze zaak brengt het Hof in herinnering dat artikel 5 lid 1 EVRM betrekking heeft op de fysieke vrijheid van een individu. De bedoeling van het voorschrift is dat niemand op willekeurige wijze zijn of haar vrijheid wordt ontnomen. Om te bepalen of iemand onrechtmatig van zijn vrijheid is beroofd, moet volgens het Hof als uitgangspunt worden genomen de concrete situatie waarin de betrokkene zich bevindt. Daarbij moet rekening worden gehouden met het soort, de duur, de gevolgen en de wijze van implementatie van de maatregel. Daarbij dient het verschil tussen *vrijheidsbeneming* en *vrijheidsbeperking* te worden opgevat als een verschil in intensiteit. Het Hof stelt dat het soms niet eenvoudig is te bepalen welke strafzaak in welke categorie hoort, omdat die classificatie 'a matter of pure opinion' kan zijn, zeker in grensgevallen. Om die reden kan het Hof er niet aan ontkomen de selectie te maken welke zaken wel en welke niet in aanmerking komen voor toepassing van artikel 5. Volgens het Hof leidden alle factoren die het leven van Guzzardi op het eiland bepaalden, tot een situatie van ongerechtvaardigde vrijheidsbeneming en een inbreuk op art. 5 lid 1 EVRM. In het geval van Guzzardi stelde het Hof vast dat er

52 *Kamerstukken II*, 1994-1995, 24 263, nr. 3, p. 15 (Memorie van Toelichting).

53 A.E. Hartevelt, J. Hielkema, B.F. Keulen en H.G.M. Krabbe, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*. Deventer: Kluwer, 2003, p. 35.

54 Engel e.a. tegen Nederland, EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71, NJ 1978, 223, § 63.

55 Zie Raimondo tegen Italië, EHRM 22 februari 1994, nr. 12954/87, § 39.

56 Guzzardi tegen Italië, EHRM 6 november 1980, nr. 736/76, § 95.

weliswaar geen sprake was van opsluiting in een cel, maar dat het eiland vrijwel onbewoond en moeilijk bereikbaar was en het Guzzardi verboden was zich te begeven in het enige bewoonde gedeelte van het eiland. Als gevolg daarvan waren er voor hem weinig mogelijkheden tot sociale contacten, behalve met zijn eigen familie, zijn 'medebewoners' en degenen die toezicht op hem hielden. Guzzardi was permanent aan streng toezicht onderworpen. Zo mocht hij zonder voorafgaande toestemming zijn verblijfplaats niet verlaten tussen tien uur 's avonds en zeven uur 's ochtends. Hij moest zich tweemaal daags melden bij de toezichthoudende instantie. Als hij wilde telefoneren, moest hij de naam en het telefoonnummer van de betreffende persoon doorgeven aan de toezichthouder. Hij mocht slechts zeer zelden het eiland verlaten en dan alleen onder begeleiding van de Italiaanse politie en met toestemming van de toezichthouder. Als hij zich niet aan deze voorwaarden hield, kon Guzzardi in hechtenis worden genomen. Volgens het Hof zijn deze omstandigheden op zichzelf beschouwd niet per definitie te bestempelen als vrijheidsbenemend, maar cumulatief en in combinatie komen ze zeker in aanmerking voor een beoordeling op basis van artikel 5 EVRM. Het Hof komt dan ook tot het oordeel dat art. 5 EVRM is geschonden.

In de zaak *Ashingdane* tegen het Verenigd Koninkrijk⁵⁷ werd dezelfde toets toegepast als in de zaak *Guzzardi*. Hier ging het om een patiënt die in een psychiatrisch ziekenhuis verbleef. In deze zaak oordeelde het Hof dat er geen sprake was geweest van een inbreuk op artikel 5 lid 1 EVRM. Vrijwel dezelfde toets als in *Guzzardi* en *Ashingdane* werd toegepast in de zaken *H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk* (schending van art. 5),⁵⁸ *Nielsen tegen Denemarken* (geen schending van art. 5)⁵⁹ en *H.M. tegen Zwitserland* (geen schending van art. 5).⁶⁰ In deze laatste zaak voegde het Hof aan de beoordeling van het vaststellen van een situatie van vrijheidsbeneming toe dat het niet alleen gaat om het objectieve element dat een persoon is opgesloten in een beperkte ruimte voor een niet te verwaarlozen tijdsperiode. Volgens het Hof kan van een persoon uitsluitend worden gezegd dat hem of haar de vrijheid is ontnomen als een subjectief element in de beoordeling wordt betrokken, namelijk of de betrokken persoon op een betrouwbare wijze heeft toegestemd met de opsluiting. Als dat het geval is, kan minder snel worden aangenomen dat er sprake is van een onrechtmatige vrijheidsbeneming. In de zaak *Storck tegen Duitsland*,⁶¹ die betrekking had op een psychiatrische patiënt, voegde het Hof echter aan deze redenering toe dat het enkele feit dat een betrokken persoon zich vrijwillig meldt bij (in dat geval) een kliniek, geen reden is om aan te nemen dat hij of zij niet beschermd wordt door artikel 5 EVRM. Het recht om niet van de vrijheid te worden beroofd is zo belangrijk dat het enkele zelf melden bij de kliniek niet mag worden beschouwd als een instemming met een beperking van de vrijheid en het daarmee verliezen van de bescherming van art. 5 EVRM. Daarbij dient echter bedacht te worden dat wie zich vrijwillig in hechtenis laat nemen, niet per se onrechtmatig zijn vrijheid is ontnomen. In de zogenoemde *landloperijzaken*⁶² oordeelde het EHRM dat de detentie van drie Belgische zwervers,

57 *Ashingdane tegen het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 28 mei 1985, nr. 8225/78, § 41 en 42.

58 *H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 5 oktober 2004, nr. 45508/99, § 89 e.v.

59 *Nielsen tegen Denemarken*, EHRM 28 november 1988, nr. 10929/84, § 67 e.v.

60 *H.M. tegen Zwitserland*, EHRM 26 februari 2002, nr. 39187/98, § 44 e.v.

61 *Storck tegen Duitsland*, EHRM 16 juni 2005, nr. 61603/00, § 75.

62 Zie ook *De Wilde, Ooms en Versyp tegen België*. EHRM 18 juni 1971, nrs. 2832/66; 2835/66; 2899/66, § 70.

die zich vrijwillig hadden gemeld bij de politie om onderdak te verkrijgen, viel binnen de kaders van art. 5 lid 1 sub e EVRM (rechtmatige detentie van o.a. 'landlopers'). In dat geval was er dus geen sprake van onrechtmatige vrijheidsbeneming.

Samenvattend kan gesteld worden dat over het mogelijke vrijheidsbenemende karakter van de maatregel tbs met voorwaarden voor zover ons bekend nog nooit een uitspraak door het EHRM is gedaan. Een belangrijk criterium voor het EHRM - dat toetst op een case-by-case basis - om te bepalen of er in een specifieke (straf)zaak sprake is van vrijheidsbeneming is de concrete situatie waarin de betrokkene zich bevindt. De scheidslijn tussen vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking is daarbij niet op voorhand duidelijk te trekken. Daarbij komt dat het EHRM geen uitspraak doet over een maatregel als zodanig, maar uitsluitend over de toepassing van de betreffende maatregel in een concrete zaak. Om deze redenen is het in zijn algemeenheid niet mogelijk op basis van de jurisprudentie van het Europese Hof vast te stellen of de maatregel tbs met voorwaarden een vrijheidsbenemende maatregel is. Daarvoor dienen alle omstandigheden van het geval in samenhang met elkaar te worden beoordeeld. Een aantal factoren dat van belang is voor het bepalen van vrijheidsbeneming kan evenwel uit de rechtspraak van het Hof worden afgeleid. Ook als er geen sprake is van cellulaire opsluiting, maar de betrokkene onder strikt en voortdurend toezicht is geplaatst, met slechts beperkte mogelijkheden tot contact met de buitenwereld en de verblijfplaats alleen onder begeleiding mag verlaten, kan er sprake zijn van vrijheidsbeneming in de zin van art. 5 lid 1 EVRM. Het is voorstelbaar dat in een intramurale variant van de maatregel tbs met voorwaarden een aantal van deze factoren aanwezig is. Voor andere varianten van de tbs met voorwaarden hoeft dat niet gelden. Immers, als de tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden sterke gelijkenis vertoont met de tenuitvoerlegging van een alternatieve straf, kan het zijn dat er (slechts) gesproken kan worden van vrijheidsbeperking (zie voetnoot 47 hierboven). Als daarentegen de tenuitvoerlegging sterk lijkt op de activiteiten die worden ontplooid in het kader van de zogenoemde penitentiaire programma's, kan er wellicht juist gesproken worden van vrijheidsbeneming. Daarbij is onduidelijk, tegen het licht van de relevante jurisprudentie van het EHRM, wat de betekenis is van de bereidverklaring van de verdachte zich aan de voorwaarden van de tbs maatregel te houden. Houdt die bereidverklaring in dat minder snel gesproken kan worden van vrijheidsbeneming, of heeft ze niet (altijd) deze betekenis? Vanwege deze op dit moment nog onbeantwoorde vragen, lijkt het ons aan de wetgever om, indien gewenst, in deze kwestie duidelijkheid te verschaffen door de tbs met voorwaarden al dan niet aan te wijzen als een maatregel die vrijheidsbeneming meebrengt of kan meebrengen.

Artikel 75 Sv

Artikel 75 Sv biedt de mogelijkheid om *nadat* hoger beroep is ingesteld, de verdachte (opnieuw) in voorlopige hechtenis te nemen. Op deze manier kan de twee weken beroepstermijn met toezicht worden 'gevuld'. Er zijn op grond van dit artikel twee mogelijkheden: de voorlopige hechtenis kan worden verlengd of ze kan opnieuw worden gevorderd en bevolen.

De voorlopige hechtenis kan door de rechter in hoogste feitelijke aanleg worden verlengd indien de verdachte in eerste aanleg een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf of een maatregel die vrijheidsbeneming meebrengt of kan meebrengen is opgelegd van een ten minste even lange duur als de tijd die in de verlengde voorlopige hechtenis is of zal worden doorgebracht. Het is nog maar de vraag of de verdachte die tot een tbs met voorwaarden is veroordeeld, aan dit vereiste voldoet, gelet op hetgeen hierboven is uiteengezet over de onduidelijkheid rondom het mogelijke vrijheidsbenemende karakter van de tbs met voorwaarden. Bovendien is de vrijheidsstraf die in combinatie met de maatregel tbs met voorwaarden kan worden opgelegd van beperkte duur (maximaal drie jaar, zie art. 38 lid 2 Sr), zodat de kans dat de opgelegde vrijheidsstraf even lang is als of korter is dan de tijd die in voorarrest is doorgebracht, en de verdachte om die reden op vrije voeten moet worden gesteld, reëel is. Daar komt bij dat in art. 75 lid 4 en lid 6 Sv grenzen zijn gesteld aan de toepassing van voorlopige hechtenis in hoger beroep: de duur van het voorarrest mag die van de opgelegde vrijheidsstraf niet overschrijden. Dat betekent dat de veroordeelde alsnog op vrije voeten kan komen, zij het dat de veertien dagen beroepstermijn dan mogelijk 'afgedekt' is.

De andere mogelijkheid die art. 75 Sv biedt is dat het bevel tot voorlopige hechtenis niet wordt verlengd, maar dat ze opnieuw wordt gevorderd en bevolen (ongeacht de situatie of er eerder voor het betreffende feit voorlopige hechtenis is bevolen of niet). Voorwaarde is dat er *nieuwe* ernstige bezwaren (conform art. 67 lid 3 Sv) tegen de verdachte zijn gerezen. Een veroordelend vonnis in de vorige feitelijke aanleg kan worden aangemerkt als een ernstig bezwaar (art. 75 lid 2 Sv, tweede volzin) en kan dus voldoende grond zijn voor (hernieuwde) gevangenneming, zelfs in de situatie waarin het eerder gegeven bevel tot voorlopige hechtenis is opgeheven.⁶³ Een complicerende factor hierbij is evenwel dat het gerechtshof zich waarschijnlijk rekenschap geeft van het feit dat de rechtbank heeft geoordeeld dat er een einde diende te komen aan de voorlopige hechtenis. Er kan dan een spanning optreden ten aanzien van het uitgangspunt dat terughoudend met het dwangmiddel van de voorlopige hechtenis moet worden omgesprongen. Bovendien geldt hier, omdat in art. 75 lid 1 Sv wordt bepaald dat art. 67a Sv van overeenkomstige toepassing is, eveneens dat de rechter de voorlopige hechtenis niet mag bevelen indien de verwachting is dat de verdachte bij veroordeling geen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf of maatregel die vrijheidsberoving meebrengt of kan meebrengen zal worden opgelegd, dan wel dat een dergelijke vrijheidsstraf of maatregel de duur van het voorarrest niet zal overstijgen.

Art. 80 Sv: Schorsing van de voorlopige hechtenis onder voorwaarden

Naast de (theoretische) mogelijkheden die art. 72 en 75 Sv bieden is er de mogelijkheid om de voorlopige hechtenis zo snel als mogelijk onder bijzondere voorwaarden te schorsen, conform art. 80 lid 1 Sv. Dit leidt ertoe dat de kans dat de opgelegde vrijheidsstraf even lang is als of korter is dan de tijd die in voorarrest is doorgebracht, en de verdachte om die reden op vrije voeten moet worden gesteld voordat het vonnis onherroepelijk is, kleiner wordt.

63 HR 2 december 2003, NJ 2004, 142, m. nt. JR.

Schorsing van de voorlopige hechtenis maakt geen einde aan de voorlopige hechtenis, maar heeft tot gevolg dat de vrijheidsbeneming wordt onderbroken. Houdt de verdachte zich niet aan de voorwaarden, dan kan de rechter de schorsing van de voorlopige hechtenis opheffen (art. 82 Sv). De vrijheidsbeneming in het huis van bewaring wordt dan hervat. De wetsgeschiedenis stelt een algemene beperking aan de aard en het karakter van de voorwaarden, namelijk dat zij moeten 'strekken tot verwezenlijking van het doel van de voorlopige hechtenis'.⁶⁴ Volgens Bleichrodt betekent deze zinsnede dat in het invullen van de voorwaarden aansluiting moet worden gezocht bij de gronden voor voorlopige hechtenis ex art. 67a Sv.⁶⁵ De verdachte moet zich bereid verklaren zich aan de voorwaarden te houden (art. 80 lid 1 Sv).

Als tijdens het vooronderzoek duidelijk wordt dat aan de verdachte zeer waarschijnlijk een tbs met voorwaarden zal worden opgelegd, zou de voorlopige hechtenis kunnen worden geschorst, onder de voorwaarde dat de verdachte zich onder behandeling stelt van een kliniek, of op andere wijze reeds een start maakt met het traject dat hem zou kunnen worden opgelegd in het kader van de tbs met voorwaarden. Deze oplossing biedt twee voordelen. Het eerste voordeel komt tegemoet aan de wens om op basis van het bestaande wettelijke kader de twee weken beroepstermijn met een vorm van toezicht te 'vullen'. Door al vroeg in de procedure schorsing van de voorlopige hechtenis te bevelen, is de tijd die in voorarrest wordt doorgebracht korter, zodat op het moment van uitspraak de kans kleiner is dat de opgelegde vrijheidsstraf korter is dan of even lang is als de reeds in voorarrest doorgebrachte tijd. Dat biedt de mogelijkheid met het opleggen van de vrijheidsstraf in ieder geval de veertien dagen beroepstermijn af te dekken. Een tweede voordeel is dat als de schorsingvoorwaarden sterk lijken op de voorwaarden die uiteindelijk als tbs met voorwaarden zullen worden opgelegd, de kans op een geslaagde behandeling van de verdachte groter wordt.⁶⁶ Bovendien wordt dan tegemoet gekomen aan het streven om personen van wie evident is dat zij gebaat zijn bij behandeling en niet bij detentie, zo vroeg mogelijk uit een huis van bewaring over te plaatsen naar een behandelplaats. Een en ander vraagt er echter om dat al in een vroeg stadium een inschatting kan worden gemaakt of een verdachte mogelijk tot de maatregel tbs met voorwaarden veroordeeld zal worden. De vraag is of een dergelijke inschatting in de praktijk mogelijk en haalbaar is. Bovendien zal dan ook in een relatief vroeg stadium reeds een behandelplaats voor de verdachte gevonden dienen te worden. De vraag is of dat in de praktijk op een korte termijn mogelijk is.

Een principieel bezwaar tegen deze oplossing is te vinden in een advies van de Raad voor de Rechtspraak naar aanleiding van het Rapport van de tijdelijke Kamer-

64 *Kamerstukken II*, 1913-1914, 286, nr. 3, p. 85, aangehaald in Cleiren & Nijboer, 2007, (T&C Sv), art. 80 Sv, aant. 4.

65 F.W. Bleichrodt, *Onder voorwaarde. Een onderzoek naar de voorwaardelijke veroordeling en andere voorwaardelijke modaliteiten*. Deventer: Gouda Quint, 1996, p. 204-211.

66 Als de verdachte veroordeeld wordt tot een (kortdurende) vrijheidsstraf, na ommekomst waarvan met de tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden kan worden begonnen, wordt dit effect kleiner. De kans is immers aanwezig dat de motivatie van de betrokkene afneemt naarmate het langer duurt voordat de behandeling een aanvang neemt.

commissie TBS.⁶⁷ Volgens de Raad ligt een schorsing van de voorlopige hechtenis niet erg voor de hand ten aanzien van verdachten waarbij de tbs (met voorwaarden) als potentiële maatregel in beeld komt. Volgens de Raad wordt het risico op herhaling bij deze personen te groot geacht om tot schorsing te komen. Daarnaast merkt de Raad op dat een geschorst bevel tot voorlopige hechtenis op zichzelf onvoldoende juridische titel is om het ondergaan van een (proef)behandeling af te dwingen. De Raad benoemt het niet met zoveel woorden in het advies, maar deze principiële uitspraak is vermoedelijk gebaseerd op het uitgangspunt dat de voorwaarden waaronder de voorlopige hechtenis geschorst worden, moeten strekken tot verwezenlijking van het doel van de voorlopige hechtenis (zoals ook hierboven is aangegeven). Een proefbehandeling in een kliniek zou teveel het karakter van een bestraffing kunnen hebben en daarmee teveel vooruitlopen op het eindvonnis.⁶⁸ Gelet op het hierboven genoemde uitgangspunt van een terughoudende toepassing van de voorlopige hechtenis kan in de waarschuwing van de Raad gelezen worden dat de wet niet de mogelijkheid biedt om in het kader van de schorsing van de voorlopige hechtenis een dergelijke ingrijpende interventie in het leven van de verdachte af te dwingen. De Raad maakt in dit advies niet duidelijk of hij doelt op de maatregel tbs met dwangverpleging, of (ook) op de maatregel tbs met voorwaarden. Als (ook) wordt gedoeld op de maatregel tbs met voorwaarden, verliest het recidiveargument van de Raad aan kracht, omdat de tbs met voorwaarden juist bedoeld is voor personen van wie het recidiverisico in die zin aanvaardbaar wordt geacht dat dwangverpleging niet aangewezen is.⁶⁹ Mogelijk zou de voorlopige hechtenis geschorst kunnen worden onder de voorwaarde dat de verdachte onder *toezicht* wordt geplaatst, en niet reeds een proefbehandeling ondergaat. Elektronisch toezicht wordt in het kader van de tbs met voorwaarden door de rechter opgelegd, maar het OM heeft daartoe nog geen algemene regels opgesteld.⁷⁰ Een dergelijke vorm van toezicht is mogelijk (evenals een (proef)behandeling) in strijd met het uitgangspunt dat de voorwaarden waaronder de voorlopige hechtenis wordt geschorst niet te zeer mogen vooruitlopen op de einduitspraak, maar wellicht biedt reclasseringstoezicht een mogelijkheid.

Onduidelijk is of het geschorste bevel tot voorlopige hechtenis voortduurt in hoger beroep. Op grond van art. 66 lid 2 Sv blijft het bevel tot voorlopige hechtenis, als het ter terechtzitting is gegeven (we spreken dan van gevangenneming), of als het onderzoek terechtzitting binnen de wettelijke termijn van de voorlopige hechtenis (dus binnen negentig dagen) is aangevangen, in hoger beroep tot zestig dagen na de uitspraak in eerste aanleg van kracht. Volgens wetscommentaar is het hof niet alleen bevoegd bevelen tot voorlopige hechtenis te geven, maar ook om die bevelen te verlengen of op te heffen.⁷¹

Volgens art. 69 lid 1 Sv eindigt de *schorsing* van de voorlopige hechtenis onder andere door het opheffen van het bevel tot voorlopige hechtenis. Dat betekent dat wan-

67 Raad voor de Rechtspraak, 30 mei 2006, TBS-rapport.

68 De voorlopige hechtenis mag in verband met de onschuldpresumptie (art. 6 lid 2 EVRM) niet worden gebruikt om een voorschot te nemen op de te verwachten strafoplegging. Zie bijv. Letellier tegen Frankrijk, EHRM 26 juni 1991, nr. 12369/86, § 51.

69 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.1.

70 College van procureurs-generaal, Aanwijzing Elektronisch toezicht, Staatscourant 2005, 253.

71 Cleiren en Nijboer 2007, (T&C Sv), aant. 1 bij art. 75 Sv.

neer het bevel tot voorlopige hechtenis doorloopt in hoger beroep, conform art. 66 lid 2 Sv, eveneens de (mogelijke) schorsing van de voorlopige hechtenis doorloopt. Volgens wetscommentaar eindigt de schorsing van de voorlopige hechtenis echter ook op het moment dat de rechterlijke einduitspraak onherroepelijk wordt.⁷² Indien dus een verdachte in eerste aanleg wordt veroordeeld tot (een vrijheidsstraf en) de maatregel tbs met voorwaarden, terwijl de voorlopige hechtenis is geschorst, dan eindigt die schorsing op het moment dat het vonnis onherroepelijk wordt. Dat is twee weken na de einduitspraak in eerste aanleg, waardoor de twee weken toezichtloosheid 'ge vuld' zijn met het toezicht dat voortvloeit uit in het (strikte) regime van de onder voorwaarden geschorste voorlopige hechtenis.

Als bij het aanwenden van een gewoon rechtsmiddel wenselijk is dat er nog langer dan de twee weken beroepstermijn toezicht op de veroordeelde wordt uitgeoefend, dus gedurende (een gedeelte van) de tijd dat er gewacht wordt op behandeling van de strafzaak in tweede aanleg, dan zal óf een nieuw bevel tot voorlopige hechtenis moeten worden gegeven (zie hierboven), óf de regel van art. 66 lid 2 Sv moet van toepassing zijn (opheffing van het bevel tot voorlopige hechtenis zestig dagen na de einduitspraak). Voor personen die zijn veroordeeld tot tbs met voorwaarden maar voor wie de executie nog geen aanvang kan nemen, is een dergelijke constructie wellicht een oplossing, maar dan moeten de juridische grenzen (is uitsluitend toezicht mogelijk, of ook een (proef)behandeling?) daarvan (door de wetgever) duidelijk worden aangegeven.

4.3 Opleggen langere gevangenisstraf

Om de twee-weken-beroepstermijn af te dekken zou een rechter bij het opleggen van tbs met voorwaarden standaard twee weken extra vrijheidsstraf kunnen opleggen, bovenop de tijd die reeds in voorarrest is doorgebracht. Deze oplossing stuit evenwel op een aantal fundamentele juridische bezwaren. In het Nederlandse straf(proces)recht komt van oudsher veel vrijheid toe aan de rechter bij het bepalen van de op te leggen straf.⁷³ Ons strafrechtelijke sanctiestelsel kent lage algemene strafminima en bijzondere strafmaxima (art. 10, art. 18 en art. 23 Sr), wat met zich brengt dat binnen kaders (onder andere de zogenoemde oriëntatiepunten straftoemeting⁷⁴ en het proportionaliteitsbeginsel) de rechter vrij is in het bepalen van de duur van de vrijheidsstraf. Het beginsel van proportionaliteit vereist niet alleen dat een straf in een redelijke verhouding staat tot de ernst van het strafbare feit, maar ook dat een straf in evenwicht is met de straffen voor andere strafbare feiten.⁷⁵ Dat kan betekenen dat de rechter straft conform de eis van de officier van justitie, of een lichtere, dan wel een zwaardere straf oplegt. Daarnaast is het de vraag hoe een der-

72 Cleiren en Nijboer 2007, (T&C Sv), Schorsing der voorloopige hechtenis, inleidende opmerkingen, opm. 6.

73 Zie M. Duker, *Legitieme straftoemeting. Een onderzoek naar de legitimiteit van de straftoemeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003, p. 5 e.v.

74 De oriëntatiepunten straftoemeting zijn een instrument voor een consistent landelijk straftoemetingsbeleid. Voor zover ons bekend, zijn er geen oriëntatiepunten voor het opleggen van de maatregel tbs.

75 M. Duker, a.w., p. 28 e.v.

gelijke 'automatische verlenging' van de gevangenisstraf zich verhoudt tot de strafdoelen die zijn geformuleerd in de Nederlandse strafrechtstheorie. Deze doelen zijn: vergelding, generale preventie (normbevestiging en afschrikking) en speciale preventie (beveiliging en resocialisatie) en reparatie (genoegdoening aan het slachtoffer en herstel in de oude situatie).⁷⁶ Het beveiligen van de samenleving (waarop het toepassen van een dergelijke verlenging zou neerkomen) is één doel, maar niet het enige. Om deze redenen is het de vraag hoe de rechter in de praktijk zal oordelen over een langer op te leggen gevangenisstraf, om daarmee een toezichtloze periode af te dekken. Als de verdachte al een aanzienlijke tijd in voorarrest heeft doorgebracht en de vrijheidsstraf die hem wordt opgelegd uiteindelijk van veel beperktere omvang is, dan kan de rechter met het oog op de proportionaliteit besluiten dat de verdachte lang genoeg van zijn vrijheid beroofd is geweest en dat zelfs een vrijheidsstraf van twee weken langer dan de tijd in voorlopige hechtenis doorgebracht disproportioneel is en neerkomt op een oneigenlijk gebruik van de gevangenisstraf.

Afgezien van deze principiële bezwaren, biedt deze oplossing in de praktijk slechts voor een gedeelte van de mogelijke toezichtloze perioden soelaas. Voorwaarde is namelijk dat op de datum van de uitspraak de duur van de voorlopige hechtenis even lang is als de duur van de onvoorwaardelijk opgelegde vrijheidsstraf. Voor die veroordeelden die nog vóór het onderzoek ter terechtzitting, dan wel tijdens het onderzoek ter terechtzitting op vrije voeten zijn gesteld, geldt dat zij in een toezichtloze periode van twee weken beroepstermijn terechtkomen, omdat de (verlengde) gevangenisstraf pas na het verstrijken van die termijn kan worden ten uitvoer gelegd. Hetzelfde geldt voor die verdachten van wie het bevel tot voorlopige hechtenis geschorst is. Daarnaast vormt deze optie geen oplossing voor de zaken waarbij een verdachte in hoger beroep en/of cassatie gaat, omdat de toezichtloze perioden die dan ontstaan langer dan twee weken duren.

Analyse van de data van 2002-2006 laat overigens zien dat er slechts in één geval sprake is van een vrijheidsstraf die precies veertien dagen langer is dan de in voorarrest doorgebrachte tijd. In nog eens zes gevallen is de vrijheidsstraf vijftien tot 29 dagen langer dan de tijd die in voorarrest is doorgebracht. Veel vaker komt het voor dat één tot dertien dagen extra vrijheidsstraf wordt opgelegd (in totaal 31 maal). In deze gevallen ontstaat dus wel een toezichtloze periode. Dit lijkt erop te duiden dat de rechters in de praktijk niet structureel trachten door het opleggen van twee weken extra gevangenisstraf een toezichtloze periode te voorkomen.

4.4 Eerder starten met de tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden

Eén van beginselen van de Nederlandse strafvordering is dat een rechterlijke uitspraak pas ten uitvoer kan worden gelegd als die onherroepelijk is geworden (art. 557 lid 1 Sv). De ratio daarvan is dat de grondslag voor overheidsoptreden ondubbelzinnig door de rechter moet worden vastgesteld. Als die grondslag later niet aanwezig blijkt te zijn, omdat een hogere rechter tot een ander oordeel komt, zijn er niet

76 Zie bijvoorbeeld J. de Hullu, *Recidive en straffoetmeting*. Deventer: Kluwer, 2003, p. 15.

veel mogelijkheden voor het compenseren van het nadeel aan de betrokkene.⁷⁷ Deze regel sluit aan bij wat hierboven is betoogd naar aanleiding van de regeling van de voorlopige hechtenis: overheidsbemoeyenis die vergaand in het leven van de burger ingrijpt, en zeker bemoeyenis die neerkomt op vrijheidsbeneming, moet met terughoudendheid worden toegepast. Daarnaast wordt er door het doorkruisen van de regel van art. 557 lid 1 Sv, reeds een start gemaakt met de executie van een rechterlijke uitspraak, terwijl de schuld van de verdachte nog niet onherroepelijk in rechte is vastgesteld en er dus feitelijk geen 'titel' is voor het van overheidswege ingrijpen in het leven van de burger.

Een mogelijke oplossing voor het ontstaan van ongewenste toezichtloze perioden zou kunnen zijn dat, in weerwil van de regel van art. 557 lid 1 Sv, in de praktijk toch wordt gestart met het ten uitvoer leggen van de maatregel tbs met voorwaarden, ook al staat de beroepstermijn nog open of is de verdachte in hoger beroep gegaan. Een dergelijke uitzondering wordt in het tweede lid van art. 557 Sv gemaakt voor uitspraken die bij verstek zijn gedaan. Ook de bijkomende straf van ontzetting van bepaalde rechten is uitvoerbaar op het moment dat de rechterlijke uitspraak onherroepelijk is geworden (art. 31 lid 2 Sr jo art. 28 lid 1 onder 3 Sr). De huidige praktijk rond het vorderen, opleggen en ten uitvoer leggen van de maatregel tbs met voorwaarden heeft een intensief karakter: er worden rapportages van gedragsdeskundigen aangevraagd, evenals een zogenoemd maatregelrapport van de reclassering, waarin zo concreet mogelijk wordt aangegeven welk behandeltraject voor de verdachte het meest geschikt is.⁷⁸ Eventueel wordt de verdachte in dit stadium al uitgenodigd voor een intakegesprek met een instelling voor geestelijke gezondheidszorg en soms is er zelfs al sprake van een proefopname. Een wijziging van art. 557 Sv zou bij deze (intensieve) praktijk kunnen aansluiten door ook zaken als een toezichtopdracht en een financieringsgarantie voor de reclassering te regelen. Belangrijk voordeel van deze oplossing is dat ze in alle gevallen van toezichtloze perioden kan worden toegepast, terwijl dat bij de andere hierboven genoemde mogelijkheden niet zo is.

Een belangrijk nadeel van deze oplossing is evenwel dat de rechtsmiddelenregeling onderdeel uitmaakt van een zorgvuldige strafrechtspleging. Zoals eerder is aangehaald, kunnen in het strafproces (vergaande) inbreuken op de rechten van burgers worden gemaakt. De rechtsmiddelenregeling geeft de burger een mogelijkheid op te komen tegen (diep in zijn leven ingrijpende) beslissingen die de rechterlijke instanties hebben genomen.⁷⁹ In de situatie dat een uitspraak onmiddellijk uitvoerbaar is, heeft de veroordeelde wel de mogelijkheid tegen een beslissing op te komen, maar gaat desalniettemin de executie van de door hem aangevochten uitspraak van start. Een dergelijke gang van zaken maakt dus, zoals hierboven al aangegeven, een inbreuk op de onschuldpresumptie, doordat de verdachte beschouwd wordt als een veroor-

77 Zie ook de overwegingen van de minister van Justitie naar aanleiding van Kamervragen over de wettelijke mogelijkheden ter voorkoming van incidenten zoals de Doetinchemse doodslagzaak, *Kamerstukken II*, 2004-2005, 29 452, nr. 19.

78 Zie de Aanwijzing TBS met voorwaarden en voorwaardelijke beëindiging dwangverpleging, voetnoot 17 hierboven.

79 Zie G.J.M. Corstens, a.w., p. 750-751. Corstens parafraseert de dissertatie van De Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*. Arnhem: Gouda Quint, 1989.

deelde in plaats van als een verdachte. Onderdeel van de onschuldpresumptie is, zoals ook hierboven bij de voorlopige hechtenis aan de orde is gekomen, dat de verdachte niet wordt onderworpen aan 'irreparabele maatregelen' en dat is nu juist wat er wél gebeurt bij een vonnis dat onmiddellijk uitvoerbaar is. Een zachter argument dat daar tegenover gesteld kan worden is dat het niet ondenkbaar is dat de tot tbs met voorwaarden veroordeelde (al dan niet als gevolg van het intensieve voortraject voorafgaand aan het onderzoek te terechtzitting) zich realiseert dat behandeling van zijn problemen wenselijk is, hetgeen maakt dat het (ver)snel(d) starten van het toezicht door hem als relatief weinig belastend zal worden ervaren.⁸⁰ Bovendien is voor de toepassing van de maatregel tbs met voorwaarden verplicht dat de verdachte instemt met de voorwaarden. De inbreuk op de onschuldpresumptie door alvast een start te maken met de executie van de tbs maatregel is om deze reden dan mogelijk minder ernstig. Bij deze redenering past evenwel de kanttekening dat de verdachte die *niet* instemt met de voorwaarden waaronder de tbs-maatregel ten uitvoer wordt gelegd, een tbs met bevel tot verpleging riskeert. De vraag is dus hoe *authentiek* de instemming van de verdachte is (heeft hij of zij daadwerkelijk iets te kiezen, of gaat het om de beste keuze tussen twee kwaden?) en vervolgens hoe de onschuldpresumptie zich verhoudt tot de (beperkte) keuzevrijheid van de betrokkene.

Een laatste mogelijkheid binnen het kader van straf- en strafprocesrecht is de gedragsdeskundigen of de Reclassering te vragen in hun advies- respectievelijk maatregelrapportage aan te geven of een toezichtloze periode bij de desbetreffende verdachte verantwoord is. Indien de rechter in de rapportage leest dat een toezichtloze periode onverantwoord is en hij tevens weet dat de vrijheidsbenemende straf of maatregel die hij redelijkerwijs kan opleggen niet langer is dan de tijd die de verdachte al in voorlopige hechtenis heeft doorgebracht (anticipatiegebod, art. 67a lid 3 Sv), zou hij af kunnen zien van het opleggen van tbs met voorwaarden en in plaats daarvan een (langere) gevangenisstraf of tbs met dwangverpleging kunnen opleggen. Een bezwaar tegen deze oplossing is dat de keuze voor een sanctie niet (hoofdzakelijk) af dient te hangen van de vraag of een toezichtloze periode verantwoord is. Tbs met voorwaarden dient een ander doel dan 'gewone gevangenisstraf'. De keuze voor tbs wordt gemaakt omdat behandeling van de verdachte van belang wordt geacht. Door in plaats daarvan een langere gevangenisstraf op te leggen, wordt hieraan voorbijgegaan. Het alternatief tbs met dwangverpleging is mogelijk een te zware sanctie in de gevallen waarbij in principe tbs met voorwaarden de meest passende maatregel lijkt.

Ten behoeve van een zo scherp mogelijke selectie van tot tbs met voorwaarden veroordeelden voor wie toezicht op deze wijze georganiseerd kan worden, zou de aanpassing van art 557 lid 1 Sv gepaard dienen te gaan met een nadere regeling (bij amvb) waarin deze maatregel voorbehouden blijft aan die personen bij wie de gedragsdeskundigen of de reclassering een toezichtloze periode niet verantwoord ach-

80 Zie Trouw, 22 april 2008: "Tbs-er eist opname omdat hij een groot gevaar is", over een tot tbs met voorwaarden veroordeelde man die op vrije voeten was en in een civiel geding opname in een forensisch psychiatrische kliniek probeerde af te dwingen.

ten, maar voor wie reclasseringstoezicht juist wel een afdoende middel is om de maatschappelijke veiligheid te garanderen.

4.5 De wet BOPZ

De Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (wet BOPZ) regelt gedwongen opname en behandeling van mensen die lijden aan een geestesstoornis. Er zijn verschillende gronden en instrumenten om iemand gedwongen op te nemen. Zo moet gedwongen opname de laatste mogelijkheid zijn en moet er sprake zijn van gevaar veroorzaakt door een geestesstoornis (het zogenoemde gevaarscriterium). Volgens de wet kan er *gevaar voor zichzelf* bestaan (art. 1 onder f sub 1 wet BOPZ) of *gevaar voor anderen* (art. 1 onder f sub 2 wet BOPZ).

Op dit moment staan belangrijke wijzigingen van de wet BOPZ op stapel: er is een vereenvoudiging van de procedure rond de voorwaardelijke machtiging in voorbereiding, alsmede een verruiming van de mogelijkheden voor dwangbehandeling.⁸¹ Om deze reden worden in het onderstaande de mogelijkheden die de huidige wet BOPZ biedt om toezichtloze perioden te voorkomen, op hoofdlijnen besproken.

Op basis van art. 2 lid 1 wet BOPZ kan de rechter op verzoek van de officier van justitie een voorlopige machtiging (rm) verlenen om iemand die gestoord is in zijn geestvermogens, in een psychiatrisch ziekenhuis te doen opnemen en te doen verblijven. Het voordeel van deze regeling is dat ze uitvoerbaar bij voorraad is, dus dat ze onmiddellijk kan worden ten uitvoer gelegd (art. 10 lid 1 wet BOPZ). Op deze manier kan interventie op basis van de wet BOPZ ingezet worden om toezicht te organiseren voor een verdachte die in de toezichtloze periode op vrije voeten is maar daarvoor eigenlijk te gevaarlijk wordt geacht. Een dergelijke voorlopige machtiging kan slechts worden verleend indien naar het oordeel van de rechter de stoornis van de geestvermogens de betrokkene gevaar doet veroorzaken en het gevaar niet door tussenkomst van personen of instellingen buiten een psychiatrisch ziekenhuis kan worden afgewend (art. 2 lid 2 wet BOPZ). Daarnaast zal de officier van justitie pas op het moment dat duidelijk wordt dat er een toezichtloze periode ontstaat (waarschijnlijk op de datum van of vlak na de uitspraak in eerste aanleg), een dergelijk verzoek aan de BOPZ-rechter doen. De rechter moet 'zo spoedig mogelijk' op het verzoek beslissen (art. 9 lid 1 wet BOPZ, eerste volzin). Voor personen die op het moment van het verzoek al in een psychiatrisch ziekenhuis verblijven, geldt een beslistermijn van maximaal drie weken (art. 9 lid 1 wet BOPZ, tweede volzin).⁸²

Afgezien van de voorlopige machtiging, kan de officier van justitie een verzoek tot een *voorwaardelijke* machtiging bij de BOPZ-rechter doen (art. 14a wet BOPZ). Voor het moment van verzoek geldt hetzelfde als hierboven is weergegeven bij de voorlopige machtiging: de officier van justitie zal zijn verzoek indienen op het moment dat

81 Zie Kamerstukken II, 2005-2006, 30492, nr. 3 (Memorie van Toelichting).

82 Toegepast op de tbs met voorwaarden gestelden zou deze termijn dan uitsluitend gelden voor diegenen die op het moment van veroordeling tot tbs met voorwaarden reeds in een kliniek verblijven (bijvoorbeeld vanwege de schorsing van de voorlopige hechtenis onder deze bijzondere voorwaarde).

duidelijk wordt dat er een ongewenste toezichtloze periode gaat ontstaan, dus op of kort na het onderzoek ter terechtzitting. Daarnaast is er behalve het algemene vereiste van art. 2 lid 2 wet BOPZ een aantal specifieke vereisten voor de voorwaardelijke machtiging. Er moet een verklaring van een psychiater en een behandelplan zijn, inclusief de garantie van een psychiatrisch ziekenhuis dat de betrokkene zal worden opgenomen bij niet naleving van de voorwaarde(n) of bij acuut gevaar (art. 14a lid 4 en 5 wet BOPZ). Daarnaast moet de betrokkene zich bereid verklaren de voorwaarden na te leven, anders geeft de rechter de voorwaardelijke machtiging niet af (art. 14a lid 8 wet BOPZ). De beslistermijn is gelijk aan die van de voorlopige machtiging.

Op basis van art. 66 wet BOPZ is het openbaar ministerie verantwoordelijk voor de tenuitvoerlegging van BOPZ-rechterlijke beslissingen. Het is dus noodzakelijk dat de verschillende ketenpartners goed met elkaar samenwerken. De vraag is bovendien of deze opnamevorm altijd naadloos kan aansluiten op de detentiesituatie. De Raad voor de Rechtspraak noemt dit punt ook in zijn advies over het conceptwetsvoorstel 'Aanpassing tbs met voorwaarden' bij de tijdelijke crisisopname. Wanneer de rechter een opname in het kader van de BOPZ oplegt heeft de opname-instelling een week om tot opname over te gaan. Pas na deze week gaat de bevoegdheid van de officier van justitie in om opname te bevelen (art. 10 lid 2 wet BOPZ). Deze termijn geldt zowel voor de voorlopige als voor de voorwaardelijke machtiging (zie art. 14a lid 4 wet BOPZ).

Behalve deze praktische bezwaren is er ook een aantal principiële vragen te stellen bij het kiezen voor een BOPZ-oplossing voor de onwenselijke situatie, dat een terbeschikkinggestelde in een toezichtloze periode terecht komt. De BOPZ-praktijk en de forensische geestelijke gezondheidszorg bevinden zich op twee verschillende terreinen. De beide trajecten hebben verschillende doelstellingen en doelgroepen. In die zin zijn een opname in het kader van de wet BOPZ en een behandeling op basis van een terbeschikkingstelling verschillende 'grootheden'.⁸³ Het is op basis van deze principiële verschillen tussen tbs en BOPZ de vraag of een BOPZ-traject (nog) openstaat voor terbeschikkinggestelden, ook de tbs met voorwaarden gestelden. Daarnaast geldt dat als deze oplossing in de praktijk wordt gekozen, de betreffende GGz-instelling feitelijk gaat functioneren als een huis van bewaring voor terbeschikkinggestelden die (nog) niet met hun behandeling kunnen starten. Waar de een deze situatie kan beschouwen als een voorbeeld van een integrale aanpak van de zorg voor personen die lijden aan een psychiatrische ziekte, kan de ander van mening zijn dat deze aanpak getuigt van het 'afschuiven' van problemen die in het strafrechtelijke traject ontstaan, naar een ander rechtsgebied. Bezien vanuit dit laatste standpunt kunnen bij een zodanige rechtsbedeling vraagtekens worden gezet, al was het maar omdat de GGz-instellingen in het algemeen terbeschikkinggestelden niet willen opnemen omdat zij te gevaarlijk worden geacht.

83 Vergelijk T. Kooimans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de normering en de grondslag van de strafrechtelijke maatregel*. Deventer: Kluwer, 2002, p. 153 en 154.

Afsluitend kan worden gesteld dat door gebruik te maken van de mogelijkheden die de wet BOPZ biedt, de toezichtloze periode in theorie wordt verkort tot een week. In de praktijk zal opname ook niet altijd na een week geschieden, onder andere omdat een verklaring betreffende de geestelijke gezondheid van de verdachte die door een psychiater moet worden opgemaakt, moet worden afgewacht evenals een aantal (rechterlijke) beslistermijnen. Daarnaast zal de betreffende GGz-instelling bereid moeten zijn een terbeschikkinggestelde op te nemen, wat betekent dat alleen die personen zullen worden geaccepteerd die door de kliniek niet te gevaarlijk worden geacht. Daar komt bij dat interventie op basis van de wet BOPZ uitsluitend opname in een kliniek kan inhouden, terwijl in het kader van de tbs met voorwaarden ook andere vormen van toezicht mogelijk zijn. Opname zal met andere woorden voor een aantal tot tbs met voorwaarden veroordeelden een te ingrijpende oplossing zijn. Ook de punten waarop de wet BOPZ momenteel wordt herzien leiden niet tot een verkorting van de periode die maximaal verstrijkt tot de opname.

4.6 Het concept wetsvoorstel Aanpassingen tbs met voorwaarden

Het concept wetsvoorstel Aanpassingen tbs met voorwaarden⁸⁴ is een reactie op een rapport van de parlementaire onderzoekscommissie TBS, waarin een aantal aanbevelingen wordt gedaan om de praktische uitvoerbaarheid van de maatregel tbs met voorwaarden te vergroten.⁸⁵ In reactie op deze aanbevelingen is het wetsvoorstel tot stand gekomen. In het voorstel is een aantal aanpassingen van de tbs met voorwaarden opgenomen. Het doel van deze aanpassingen is de maatregel tbs met voorwaarden effectiever te maken (er wordt gesproken van 'maatwerk' en versterking van het beveiligende karakter van de maatregel) en de tbs-klinieken te ontlasten.⁸⁶ De wijzigingen ten opzichte van de huidige regeling houden het volgende in: verhoging van de maximale gevangenisstraf die in combinatie met tbs met voorwaarden kan worden opgelegd van drie naar vijf jaar (nieuw art. 38 lid 2 Sr); verlenging van de maximale duur van de tbs met voorwaarden van vier naar negen jaar (nieuw art. 38e lid 2 Sr); invoering van de mogelijkheid tot het tijdelijk onder dwang opnemen van personen aan wie tbs met voorwaarden is opgelegd, zonder dat deze situatie direct leidt tot omzetting in tbs met dwangverpleging (de zogenoemde tijdelijke crisisopname, nieuw art. 509jbis Sv) en uitbreiding van de wettelijke acceptatieplicht van forensisch psychiatrische instellingen met de categorie tbs met voorwaarden (o.a. nieuw art. 11 lid 1 Beginselenwet verpleging terbeschikkinggestelden). Tot slot wordt in de OM-Aanwijzing TBS met voorwaarden en voorwaardelijke beëindiging dwangverpleging de verplichting opgenomen dat alvorens de officier van justitie ter zitting tbs met voorwaarden eist, advies van de reclassering en de GGz over de uitvoerbaarheid van de maatregel wordt ingewonnen.

De enige wijziging uit het concept wetsvoorstel Aanpassingen tbs met voorwaarden die in beschouwing genomen kan worden bij het zoeken naar mogelijkheden om de toezichtloze periode met toezicht te vullen, is de verhoging van de maximale gevan-

84 Zie voor de status van dit document voetnoot 38 hierboven.

85 *Kamerstukken II, 2005/06, 30 250, nrs. 4-5.*

86 Concept Memorie van Toelichting bij het concept wetsvoorstel Aanpassingen tbs met voorwaarden, p. 1.

genisstraf die kan worden opgelegd in combinatie met de tbs met voorwaarden van drie naar vijf jaar. De mogelijkheid voor een tijdelijke (crisis)opname is inhoudelijk relevant, maar heeft betrekking op de situatie dat de rechterlijke uitspraak reeds onherroepelijk is.⁸⁷ De voorgestelde verhoging van de maximale gevangenisstraf die kan worden opgelegd in combinatie met de tbs met voorwaarden van drie naar vijf jaar heeft primair tot doel dat deze modaliteit bij zwaardere strafbare feiten ingezet kan worden en is niet bedoeld om een zelfde delict zwaarder te kunnen bestraffen.⁸⁸ Bij elk delict is echter een zekere bandbreedte voor de mogelijk op te leggen gevangenisstraf, want alleen de maximumstraf is in de wet vastgelegd. Voor de strafbare feiten waarbij tot op heden drie jaar gevangenisstraf is opgelegd (8,4%), kan deze wijziging wel een oplossing vormen, daar bij deze feiten mogelijk ook meer dan drie jaar gevangenisstraf opgelegd kan worden. Toezichtloze perioden die onder de huidige wet na drie jaar ontstaan kunnen hiermee worden voorkomen. Een toezichtloze periode ontstaat echter zelden pas drie jaar na de uitspraak. Voor die strafbare feiten waarbij het maximum van de bandbreedte op minder dan drie jaar gevangenisstraf ligt, biedt deze voorgenomen wetswijziging geen oplossing. Daar komt bij dat ten aanzien van het opleggen van een langere gevangenisstraf in het kader van het nieuwe wetsvoorstel dezelfde bezwaren kunnen worden geopperd als die hierboven (par. 4.3) zijn weergegeven. Het gegeven dat de rechter een langere gevangenisstraf kán opleggen, betekent niet dat hij dit ook zal doen, aangezien er geen bijzondere minimumstraffen zijn en de rechter binnen kaders van de rechterlijke straftoemingsvrijheid en met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel vrij is in het bepalen van de strafmaat.

4.7 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn op basis van het wetboek van strafrecht en strafvordering, en de wet BOPZ negen opties gevonden die in theorie gebruikt kunnen worden om (een deel van de) toezichtloze perioden te voorkomen.

De opties luiden kort samengevat:

1. het zodanig interpreteren van art. 72 lid 3 Sv, dat de maatregel tbs met voorwaarden als vrijheidsbenemende maatregel gezien kan worden of als een maatregel die 'vrijheidsbeneming kan meebrengen'. Op die manier kan de voorlopige hechtenis langer kan voortduren;

87 Deze crisisopname zou voor de gevallen waarop dit onderzoek betrekking heeft, relevant zijn indien de officier van justitie daartoe zou kunnen verzoeken op het moment dat het vonnis nog niet onherroepelijk is. Uit de concept Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel blijkt evenwel dat de opname niet op die manier bedoeld is, maar als alternatief voor de omzetting van de tbs met voorwaarden in de tbs met dwangverpleging. Zie *Kamerstukken II, 2006-2007, 29 452 en 30 250, nr. 48, p. 12.*

88 Zie de betreffende zinsnede in de concept Memorie van Toelichting: "Hiermee (verhoging van de maximale gevangenisstraf, MvB/MS/MJ) wordt het mogelijk de tbs met voorwaarden ook bij zwaardere delicten op te leggen". *Kamerstukken II, 2006-2007, 29 452 en 30 250, nr. 48, p. 12.*

2. het vorderen van een nieuw bevel tot voorlopige hechtenis indien de verdachte direct na de uitspraak tbs met voorwaarden appèl instelt (art. 75 Sv);
3. de voorlopige hechtenis schorsen met een toezichtsvorm als bijzondere voorwaarde (art. 80 Sv);
4. een onvoorwaardelijke gevangenisstraf opleggen die minstens twee weken langer is dan de tijd doorgebracht in voorlopige hechtenis;
5. starten met het reclasseringstoezicht en/of de behandeling op datum van de uitspraak, ook al staat er nog een rechtsmiddel open of is hoger beroep of cassatie ingesteld (doorkruisen van de regel van art. 557 lid 1 Sv);
6. de gedragsdeskundigen of reclassering vragen in hun rapportage aan te geven of een toezichtloze periode verantwoord is;
7. wet BOPZ 1: als een toezichtloze periode ontstaat: op basis van art. 2 lid 1 wet BOPZ kan het OM de BOPZ-rechter verzoeken om een *voorlopige* machtiging, zodat iemand die gestoord is in zijn geestvermogens in een psychiatrisch ziekenhuis kan worden opgenomen;
8. wet BOPZ 2: als een toezichtloze periode ontstaat: op basis van art. 14a wet BOPZ kan het OM de BOPZ-rechter verzoeken om een *voorwaardelijke* machtiging tot opname in een psychiatrisch ziekenhuis;
9. het opleggen van een gevangenisstraf van (iets) meer dan drie jaar, hetgeen mogelijk wordt wanneer het concept-wetsvoorstel "Aanpassing tbs met voorwaarden" wordt geëffectueerd.

Geen van de opties is vrij van juridische en praktische bezwaren. De juridische bezwaren betreffen met name inbreuk op bepaalde grondbeginselen van het strafrecht, zoals de onschuldpresumptie, het proportionaliteitsbeginsel en het anticipatiegebod. De praktische bezwaren betreffen de soms beperkte reikwijdte van de oplossing en zogenoemde afstemmingsproblemen of organisatorische kwesties, zoals het afwachten van rechterlijke beslissingen of het afhankelijk zijn van beslissingen van een rechter op niet-strafrechtelijk terrein. Deze laatste bezwaren doen zich specifiek voor bij de mogelijke oplossingen binnen het BOPZ-traject.

5 Toezichtloze perioden en oplossingen in de rechtspraak

5.1 Inleiding

Ten behoeve van het kunnen formuleren van een zo volledig mogelijk antwoord op de onderzoeksvragen 2 en 3 (de mogelijkheden binnen de huidige wet- en regelgeving en de verwachtingen aangaande het concept-wetsvoorstel) zijn interviews gehouden met vijftien⁸⁹ experts op het terrein van tbs met voorwaarden. Deze experts waren vijf tbs-officieren van justitie uit de arrondissementen Arnhem, Breda, Den Haag, Groningen en Utrecht, vijf ervaren strafrechters uit dezelfde arrondissementen, de advocaat-generaal bij het hoger beroep van de zaak waarbij in de toezichtloze periode de Doetinchemse doodslag werd gepleegd in combinatie met de sectorvoorzitter strafrecht/strafrechter van de rechtbank te Arnhem, een rechter die betrokken was bij de zojuist genoemde zaak in de fase van de eerste aanleg, een medewerker van Penza (Expertisecentrum Bijzondere Penitentiaire Zaken, onderdeel van het OM), een beleidsmedewerker van Reclassering Nederland en een vertegenwoordiger van de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming.⁹⁰ In de interviews is vooral ingegaan op de (praktijk)ervaringen van de experts met toezichtloze perioden. Daarnaast hebben zij gereflecteerd op de analyse van wet- en regelgeving (zie hoofdstuk 4).

5.2 Tbs met voorwaarden en toezichtloze perioden

Zeven respondenten hebben in hun eigen praktijk te maken gehad met toezichtloze perioden. De andere zeven hebben er geen ervaring mee, maar (her)kennen het probleem, al dan niet na enige toelichting. Door alle respondenten wordt aangegeven dat de maatregel tbs met voorwaarden als zodanig weinig wordt opgelegd en dat de meeste personen die tot de maatregel veroordeeld worden, niet in hoger beroep gaan. Als verklaring voor het weinig opleggen wordt door één tbs-officier gegeven dat de vereiste twee rapportages van gedragsdeskundigen vanwege de tijdrovendheid ervan in de praktijk uitsluitend werden opgemaakt voor de 'ernstige gevallen'; deze krijgen veelal tbs met dwangverpleging opgelegd. Daarnaast noemde één van de geïnterviewden (een officier van justitie) dat verdachten met een tbs-etiket soms geweigerd worden door klinieken en dat er daarom beter een voorwaardelijke veroordeling met opname in een kliniek opgelegd kan worden om verdachten in het gewenste behandeltraject te krijgen. Als verklaring voor het geringe aantal hogerberoepszaken wijzen respondenten op het vaak intensieve traject dat voorafgaand aan het vorderen van de maatregel wordt bewandeld. Er worden verscheidene rapportages over de verdachte opgemaakt en als er sprake is van een intramurale, klinische

89 Waarvan een dubbelinterview. Dit wordt als één mening geteld.

90 Zie Bijlage 3 voor de namen van de geïnterviewde personen.

tbs met voorwaarden moet er voordat de maatregel wordt opgelegd een plaats zijn, een opnamegarantie en een concrete datum van opneming. Daarbij komt dan nog de wettelijk vereiste bereidverklaring van de verdachte om zich aan de voorwaarden van de maatregel te houden. Twee respondenten (een officier van justitie en een rechter) geven aan dat in hun arrondissement regel is dat als de verdachte ontkent, een tbs met voorwaarden niet wordt gevorderd, dan wel niet wordt opgelegd. Die personen kregen dan ook meestal een tbs met bevel tot verpleging opgelegd. Dat alles leidt ertoe dat de kans dat de veroordeelde tegen het opleggen van de maatregel in beroep gaat, klein is.

5.3 Zijn toezichtloze perioden een probleem?

Uit de interviews blijkt dat de respondenten het verschijnsel “toezichtloze perioden” op twee verschillende manieren benaderen bij het beoordelen over de mate waarin deze een probleem zijn: acht van hen beschouwen toezichtloze perioden als een praktisch probleem, bijvoorbeeld omdat ze er in hun eigen arrondissement mee te maken hebben gehad. Zes respondenten wijzen op het theoretische of principiële probleem van toezichtloze perioden, namelijk dat als de maatregel tbs met voorwaarden niet ten uitvoer wordt gelegd, dat als consequentie kan hebben dat de maatschappij niet is beveiligd tegen de betreffende persoon. De respondenten met een praktische benadering van de kwestie wijzen er evenwel op dat het niet zozeer gaat om de twee weken beroepstermijn die in het onderhavige onderzoek geproblematiseerd is. Zij merken in hun eigen praktijk dat er op diverse momenten in de tenuitvoerlegging van de maatregel tbs met voorwaarden problemen ontstaan die toezichtloosheid tot gevolg kunnen hebben. Omdat het traject vóór het opleggen van de maatregel zo langdurig en intensief is, kan het voorarrest veel tijd in beslag nemen. Daardoor kan het voorkomen dat de uiteindelijk op te leggen vrijheidsstraf korter is dan of even lang is als de tijd die in voorlopige hechtenis is doorgebracht. De veroordeelde komt dan op vrije voeten. Als één van de partijen beroep aantekent, kan met de executie van de maatregel geen start worden gemaakt, waardoor de toezichtloze periode veel langer duurt dan de twee weken beroepstermijn. Als de veroordeelde niet in beroep gaat, kan de behandeling in het kader van de tbs met voorwaarden toch nog lang op zich laten wachten, omdat klinieken hun eigen intakeprocedures hebben en een opname (alsnog) kunnen weigeren. Twee respondenten (een rechter en de vertegenwoordiger van de reclassering) bestempelen de mogelijkheid van het begaan van delicten in de toezichtloze periode als een structureel probleem (een probleem dat veroorzaakt wordt door een lacune in de wetgeving en/of door het slecht functioneren van het Nederlandse strafrechtelijke stelsel), de rest van de respondenten noemt het een incidenteel probleem. Volgens de rechter in kwestie moet de wetgever voorzien in deze lacune. De vertegenwoordiger van Reclassering Nederland gaf aan een vermoeden te hebben van de getalsmatig beperkte omvang van het aantal strafbare feiten dat tijdens een toezichtloze periode wordt gepleegd. Hij redeneerde evenwel vanuit het oogpunt van maatschappelijke verantwoordelijkheid en kwalificeerde om die reden het risico van strafbare feiten in de toezichtloze periode als een structureel probleem, dat volgens hem *mede* wordt veroorzaakt door capaciteitstekorten in het tbs-traject. Het merendeel van de respondenten is van me-

ning dat het ontstaan van toezichtloze perioden, inclusief de mogelijkheid dat de veroordeelde in die periode een strafbaar feit pleegt, een incidenteel of 'marginaal' probleem is. Zij hebben het zelf in de praktijk vrijwel nooit meegemaakt. Eén respondent gaf aan wel eens te hebben meegemaakt dat er strafbare feiten werden gepleegd tijdens een toezichtloze periode (nadat er appèl was aangetekend, dus buiten de twee weken beroepstermijn), maar dat het ging om 'veelplegerij' en niet om ernstige feiten. Bij de respondenten die de toezichtloze perioden geen probleem vinden, heerst het beeld dat toezichtloze perioden vooral ontstaan wanneer veroordeelde in hoger beroep gaat. Een appèl wordt 'tegenintuïtief' genoemd (omdat de verdachte moet instemmen met de voorwaarden die hem bij de maatregel worden opgelegd) en komt volgens de respondenten zeer weinig voor, dus een toezichtloze periode nog minder vaak.

5.4 Principiële afwegingen

Eén respondent (rechter) vraagt zich af of het nodig is dat beleid ontwikkeld wordt op een verschijnsel dat volgens hem incidenteel is. In zijn arrondissement is het uitgangspunt dat voor het opleggen van de maatregel tbs met voorwaarden het stellen van vertrouwen in de verdachte/veroordeelde noodzakelijk is. Dat vertrouwen is inherent aan het karakter van de maatregel en in de praktijk wordt er alles aan gedaan om in samenwerking met de ketenpartners te komen tot een goed vonnis waarin iedereen zich kan vinden. Dat betekent dat bekend moet zijn op welke behandelplek en op welke datum de veroordeelde terecht kan. Daar wordt bij de op te leggen onvoorwaardelijke gevangenisstraf rekening meegehouden (deze duurt, voor zover dit niet strijdig is met het proportionaliteitsbeginsel, dan tot het moment waarop de verdachte op de behandelaars terecht kan). Bovendien wordt vertrouwd op de bereidwilligheid van de veroordeelde, die op meerdere momenten in het strafproces wordt getoetst. Bij acuut recidivegevaar wordt de weg van tbs met voorwaarden niet bewandeld. Volgens deze respondent wordt met deze werkwijze rekening gehouden met de maatschappelijke veiligheid, maar wordt ook het risico op het overtreden van de voorwaarde(n) door de verdachte en het eventueel plegen van een strafbaar feit, geaccepteerd. Dat risico is inherent aan de Nederlandse strafrechtspleging, aldus deze rechter. Andere respondenten dragen een soortgelijke opvatting uit: een respondent vindt dat je moet accepteren 'dat het soms misgaat', omdat nu eenmaal 'niet alles sluitend te maken is'. Acht respondenten wijzen expliciet op de algemene problemen die ontstaan bij de tenuitvoerlegging van de tbs (met voorwaarden), zoals het vereiste van twee gedragskundige rapportages (dubbelrapportage) in het voortraject, capaciteitsproblemen bij klinieken, opnames die geweigerd worden en de langdurigheid van de omzettingprocedure (van tbs met voorwaarden naar de tbs met dwangverpleging). Het grote probleem van de maatregel is, aldus de respondenten, dat tussen de verschillende instanties (justitie en klinieken) niet goed wordt samengewerkt. Dat kan ertoe leiden dat er soms 'geleurd' moet worden met terbeschikkinggestelden. Ook komt er daardoor soms gedurende een lange tijd geen behandeling tot stand. Men acht het vanwege deze algemenere problematiek rondom de tbs onjuist om naar aanleiding van een (groot) incident te suggereren dat de problemen zich voordoen in de toezichtloze periode van veelal niet meer dan twee weken.

5.5 Reactie op mogelijke oplossingen

Optie 1: het zodanig interpreteren van art. 72 lid 3 Sv dat tbs met voorwaarden kan worden gedefinieerd als vrijheidsbenemende maatregel of als een maatregel die 'vrijheidsbeneming kan meebrengen'. In deze situatie kan de voorlopige hechtenis voortduren tot het vonnis onherroepelijk is.

Acht respondenten zien dit als een kansrijke oplossing, enkele anderen twijfelen en enkelen zijn negatief. Tegengeworpen wordt dat tbs met voorwaarden geen maatregel is die vrijheidsbeneming meebrengt of kan meebrengen. De maatregel wordt immers vrijwillig ondergaan door de betrokkene. Het feit dat de maatregel kán worden omgezet in tbs met dwangverpleging betekent nog steeds niet dat de maatregel vrijheidsbeneming kan meebrengen. Daartoe dient er eerst een uitspraak van de rechter te komen en daar kan niet zomaar op worden vooruitgelopen. De respondenten die wel positief staan tegenover deze optie, stellen daaraan de voorwaarde dat de wetgever of de Hoge Raad duidelijk maakt wat verstaan moet worden onder de term 'maatregel die vrijheidsbeneming meebrengt of kan meebrengen'.

Optie 2: het OM zou, als door de verdachte direct na de uitspraak 'tbs met voorwaarden' appèl wordt aangetekend, een nieuw bevel tot voorlopige hechtenis kunnen vorderen, dat de rechter kan toewijzen (art. 75 Sv).

De vertegenwoordiger van Reclassering Nederland heeft een dergelijke constructie eens in de praktijk meegemaakt en één van de officieren denkt dat een veroordeling tot tbs met voorwaarden in eerste aanleg kan worden opgevat als een grond voor voorlopige hechtenis, die dan door het OM in tweede aanleg kan worden gevorderd, gevolgd door een onmiddellijke schorsing onder de bijzondere voorwaarde van behandeling. De andere respondenten vinden deze mogelijkheid geen goede oplossing vanwege praktische bezwaren: het is niet eenvoudig om op een zodanig korte termijn een goede aansluiting te genereren tussen de eerste lijn, de rechtbank en de tweede lijn, het gerechtshof, zodat het uiteindelijk toch lang duurt voordat de verdachte in voorlopige hechtenis kan worden genomen. Daarnaast is circa de helft van mening dat deze oplossing ingaat tegen het anticipatiegebod (art. 67a lid 3 Sv): als de rechter in eerste aanleg van mening was dat een langere vrijheidsstraf gerechtvaardigd of noodzakelijk was, dan had hij die straf opgelegd. Met andere woorden: de rechters in tweede aanleg zijn geneigd de uitspraak van hun collega te respecteren en zullen niet snel 'overrulen' wanneer het vonnis daartoe geen aanleiding geeft (met andere woorden: wanneer de rechters in tweede aanleg van mening zijn dat er in eerste aanleg een rechtvaardig oordeel is geveld).

Optie 3: van alle verdachten (waarbij in de tbs-richting gedacht wordt en waarvan wordt ingeschat dat de opgelegde hechtenis niet langer is dan enkele jaren) de voorlopige hechtenis snel schorsen met voorwaarden (art. 80 Sv).

De voorwaarde zou kunnen zijn dat de verdachte zich onder behandeling van een kliniek stelt, waardoor als het ware wordt gepreludeerd op de tbs met voorwaarden. De tegenargumenten bij deze mogelijkheid zijn dat het starten van een behandeling tijdens de schorsing van de voorlopige hechtenis juridisch moeilijk ligt: er wordt ingrijpend in het leven van de betrokkene ingegrepen, terwijl onduidelijk is of daar een rechterlijke bekrachtiging voor bestaat. Er zijn ook praktische tegenargumenten, in

het bijzonder dat een schorsing van de voorlopige hechtenis onder bijzondere voorwaarde van behandeling pas kan als er een plaats en een opnamegarantie voor de betrokkene is. Het duurt lang om dat voor elkaar te krijgen, en dan zit de betrokkene uiteindelijk toch lang in voorarrest. De negen respondenten die voorstander van deze oplossing zijn (twee zijn zonder meer voor deze oplossing, de anderen maken nog voorbehouden, zoals dat de oplossing uitsluitend voor enkele gevallen kan gelden), redeneren sterk vanuit de gedachte dat (potentieel) terbeschikkinggestelden een *behandeling* behoeven en zo snel mogelijk uit de detentiesituatie (inclusief het voorarrest) gehaald moeten worden. Om die reden is het aan te bevelen de voorlopige hechtenis zo snel mogelijk te schorsen, de betrokkene uit de detentiesituatie te halen en over te plaatsen in een kliniek voor behandeling. De reclassering noemt hierbij uitdrukkelijk de mogelijkheid van elektronisch toezicht als middel om toezicht op de betrokkene te organiseren: niet als vorm van detentie, maar als middel om gemaakte afspraken te kunnen controleren. Drie respondenten zien overigens niets in deze oplossing, met als reden dat ze het onhaalbaar achten om in dit stadium van de strafzaak al een geschikte (behandel)plaats voor de verdachte te vinden.

Optie 4: altijd een onvoorwaardelijke gevangenisstraf opleggen die minstens twee weken langer is dan de voorlopige hechtenis.

Op deze optie zijn de meest gehoorde reacties: deze oplossing gaat in tegen het beginsel van proportioneel straffen en tegen het uitgangspunt dat er geen bijzondere minimumstraffen in ons sanctiestelsel zijn. Twee van de respondenten die afkomstig zijn uit de rechterlijke macht, wijzen er expliciet op dat zij hechten aan de straftoemingsvrijheid die hen als rechter toekomt. De rechter heeft niet alleen veel vrijheid bij het bepalen van de strafmaat en de sanctiesoort, maar bovendien een grote mate van vrijheid bij het bepalen van de factoren die (buiten de in de delictomschrijving genoemde bestanddelen) voor de straf van belang worden geacht (zie wat hierover in §4.3 is opgemerkt). Daarnaast vormt deze optie alleen een oplossing voor de verdachten die niet in hoger beroep gaan. Indien een verdachte wel appèl aantekent kunnen veel langere toezichtloze perioden ontstaan.

Optie 5: in weerwil van de regel van art. 557 Sv (het instellen van een rechtsmiddel heeft opschortende werking) het reclasseringstoezicht eerder starten (meteen op datum uitspraak).

Deze mogelijkheid wordt praktisch niet haalbaar geacht. De reclassering kan pas aan de slag met een toezicht als er een onherroepelijk vonnis is en zij een opdracht krijgt tot toezicht houden. Pas vanaf dat moment krijgt de reclassering financiële middelen om een toezicht uit te voeren. Naast deze praktische bezwaren is er een principiële bezwaar: voor een dergelijk toezicht bestaat, indien er geen wijziging van art. 557 Sv aan te pas komt, geen juridisch kader, waardoor het een zeer vrijblijvend traject is en er geen middel is om de veroordeelde te straffen als hij zich aan het toezicht onttrekt. Een respondent noemt als principiële nadeel dat er op deze manier een grote inbreuk op de privacy van de betrokkene wordt gemaakt omdat zijn vrijheid hem benomen kan worden en/of hij mogelijk een behandeling moet ondergaan. Vier respondenten zien mogelijkheden in deze optie, zij het dat er volgens twee respondenten dan moet zijn voldaan aan een aantal voorwaarden. Eén daarvan is dat de tbs met voorwaarden veroordeelde verdachte vrijwillig meewerkt aan het toezicht. Een

tweede voorwaarde die één van de geïnterviewden noemt is dat, ter bescherming van de rechten van de veroordeelde, een dergelijk toezicht juridisch wordt ingebed in een voorlopige voorziening die uitsluitend door een rechter kan worden toegewezen.

Optie 6: de gedragsdeskundigen of reclassering vragen in haar rapportage aan te geven of een toezichtloze periode verantwoord is. Indien de rechter in de rapportage van de reclassering leest dat een toezichtloze periode onverantwoord is en hij tevens weet dat de vrijheidsstraf die hij redelijkerwijs kan opleggen niet langer is dan de tijd die de verdachte al in voorarrest heeft doorgebracht (anticipatiegebod, art. 67a lid 3 Sv), zou hij af kunnen zien van het opleggen van tbs met voorwaarden en in plaats daarvan een (langere) gevangenisstraf of tbs met bevel tot verpleging kunnen opleggen.

De bezwaren tegen deze oplossing zijn met name terug te voeren op het proportionaliteitsbeginsel. De rechter zal terughoudend zijn in het opleggen van een langere gevangenisstraf uitsluitend vanwege het beveiligen van de samenleving, zeker indien de verdachte al een vrij lange tijd in voorarrest heeft doorgebracht en het gepleegde delict niet al te ernstig van aard is. Daarnaast zal gevangenisstraf (zonder tbs) inhouden dat de veroordeelde geen behandeling ondergaat, terwijl dat voor hem of haar juist geïndiceerd is. Het alternatief is het opleggen van de maatregel tbs met dwangverpleging, maar ook die uitspraak levert mogelijk strijd op met de proportionaliteit, omdat die maatregel een veel zwaarder karakter heeft dan de maatregel tbs met voorwaarden. Dit klemt temeer omdat in het uitgebreide voortraject voorafgaande aan het onderzoek ter terechtzitting is 'voorgesorteerd' voor de maatregel tbs met voorwaarden, die als meest geschikte sanctie wordt gezien.

Opties 7 en 8: het verzoeken om een rechterlijke machtiging conform de wet BOPZ (zowel de voorlopige machtiging als de voorwaardelijke machtiging).

De respondenten voeren aan dat deze oplossingen er op papier aantrekkelijk uitzien, maar dat de praktijk weerbarstig is. Het gaat om een ander juridisch terrein, met andere voorwaarden en andere kaders dan het strafrechtelijke traject. Bovendien heeft de GGz vaak moeite met het opnemen van terbeschikkinggestelden omdat ze die 'te zwaar' vinden. Een respondent geeft aan het bezwaarlijk te vinden om terbeschikkinggestelden die in het strafrechtelijke traject geen geschikte plaats kunnen krijgen, over te hevelen naar het BOPZ traject. Dat komt immers neer op het verschuiven van eigen problemen naar de collega's op een ander juridisch terrein.

Optie 9: de mogelijkheid om op basis van het concept wetsvoorstel Aanpassingen tbs met voorwaarden een vrijheidsstraf op te leggen van (iets) meer dan drie jaar waar tot op heden drie jaar werd opgelegd.

De argumenten tegen deze optie zijn dat de mogelijkheid van een langere straf niet automatisch betekent dat de rechter die ook gaat toepassen: er gelden geen bijzondere strafminima in het Nederlandse stelsel en de rechter komt een zeker mate van straftoemetingenvrijheid toe, zoals hierboven bij de eerste optie is uiteengezet. Respondenten vrezen daarnaast ook hier strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

5.6 Conclusie

Het merendeel van de respondenten (negen) beschouwt de toezichtloze periode zoals deze in dit onderzoek is gedefinieerd als een 'non-issue'.⁹¹ Men vindt de vraag naar het voorkómen van toezichtloze perioden bepaald door één incident, waarbij men concludeert dat toezichtloze perioden nu eenmaal kunnen optreden wanneer de maatregel tbs met voorwaarden wordt opgelegd. Bij deze maatregel hoort tenslotte dat een zekere mate van vrijheid wordt gegeven aan de verdachte. De werkelijke problemen, die neerkomen op gebrekkige samenwerking tussen instanties, weigerachtige klinieken en langdurige procedures en doorlooptijden, treden pas op nadat het vonnis onherroepelijk is geworden.

Van de negen aan hen voorlegde potentiële (deel)oplossingen voor de toezichtloze perioden ziet men de optie van het zo snel mogelijk schorsen van de voorlopige hechtenis onder voorwaarden als de beste. De bezwaren bij deze optie richten zich vooral tegen het al starten met een behandeling als er nog geen onherroepelijke uitspraak is. Enerzijds zijn deze van juridische aard: voor een dergelijk zware invulling van de voorwaarde ontbreekt een juridische titel. Anderzijds is het praktisch probleem dat in de meeste gevallen een tbs met voorwaarden behandeling in een kliniek inhoudt (ambulant of intramuraal) en er vaak niet snel een behandelplaats beschikbaar is. Deze bezwaren gelden niet/in mindere mate indien schorsingsvoorwaarden geen opname/behandeling inhouden maar een toezicht door de reclassering. Daarnaast wordt de optie tot een zodanige interpretatie van art. 72 lid 3 Sv dat tbs met voorwaarden kan worden gedefinieerd als vrijheidsbenemende maatregel of als een maatregel die vrijheidsbeneming kan meebrengen, waardoor de voorlopige hechtenis voortduren tot het vonnis onherroepelijk is, door acht geïnterviewden positief beoordeeld, maar men zou een uitspraak van de Hoge Raad willen of een explicitering van de wetgever voor uitsluitel over de mogelijkheid tot herinterpretatie.

In combinatie met de analyse van de geldende wet- en regelgeving (zie hoofdstuk 4) lijken drie oplossingen theoretisch en praktisch gezien het meest haalbaar. Dit zijn op de eerste plaats de twee hierboven genoemde oplossingen die de voorkeur hebben van de experts: het zodanig interpreteren (of herformuleren) van art. 72 Sv zodat daarin wordt opgenomen dat de maatregel tbs met voorwaarden een vrijheidsbenemende maatregel is en het schorsen van de voorlopige hechtenis onder de bijzondere voorwaarde van reclasseringstoezicht of mogelijk een (proef)behandeling (conform art. 80 Sv). In de analyse van de wet- en regelgeving is bij deze laatste optie wel een aantal principiële bezwaren geconstateerd, onder andere omdat er terughoudend moet worden omgegaan met de voorlopige hechtenis. De schorsing onder voorwaarden van dit dwangmiddel mag niet betekenen dat al wordt vooruitgelopen op de uiteindelijke uitspraak. In de analyse is dan ook geconcludeerd dat een (proef)behandeling vermoedelijk niet te rechtvaardigen is in het kader van de schorsing van de voorlopige hechtenis, reclasseringstoezicht mogelijk wel. Zoals hierboven aangegeven ziet een aantal respondenten in de praktijk klaarblijkelijk meer mo-

91 Dit sprak ook uit het feit dat een deel van de geïnterviewden de neiging had om over de organisatorische problemen van de tbs-maatregel te spreken welke optreden nadat het vonnis onherroepelijk is geworden.

gelijkheden voor schorsing van de voorlopige hechtenis: zij geven aan dat zelfs een proefbehandeling in dit kader gerechtvaardigd is. Een aantal van hen heeft met een dergelijke constructie ervaring in de praktijk. Een praktisch voordeel van het toepassen van schorsing van de voorlopige hechtenis onder de bijzondere voorwaarde van het ondergaan van een (proef)behandeling en/of reclasseringstoezicht, is dat een wetswijziging niet vereist is om aan het vóórkomen van toezichtloze perioden een einde te maken.

Een derde oplossing die in aanmerking komt is het wijzigen van art. 557 lid 1 Sv zodat de tenuitvoerlegging van de maatregel tbs met voorwaarden onmiddellijk uitvoerbaar wordt en de reclassering snel kan starten met het uitoefenen van toezicht. Met een wetswijziging gaat een deel van de bezwaren van de experts tegen deze oplossing niet meer op. Deze betroffen het onder de huidige wet ontbreken van een juridisch kader voor het starten van reclasseringstoezicht als het vonnis nog niet onherroepelijk is en (daaraan gekoppeld) het ontbreken van de financiering van het toezicht. Het bezwaar tegen het op gespannen voet staan van deze oplossing met de onschuldpresumptie blijft overeind. Daar staat tegenover dat het niet ondenkbaar is dat de tot tbs met voorwaarden veroordeelde (al dan niet als gevolg van het intensieve voortraject voorafgaand aan het onderzoek te terechtzitting) zich realiseert dat behandeling van zijn problemen wenselijk is, hetgeen maakt dat het (ver)snel(d) starten van het toezicht door hem als relatief weinig belastend zal worden ervaren.

6 Slotbeschouwing en conclusies

Dit onderzoek heeft tot doel inzicht te bieden in:

- de omvang van het vóórkomen van toezichtloze perioden tussen de opheffing van de voorlopige hechtenis en de tenuitvoerlegging van de tbs met voorwaarden welke ontstaan doordat een verdachte nog de mogelijkheid heeft om hoger beroep of cassatie in te stellen;
- de mate waarin tijdens toezichtloze perioden delicten worden gepleegd;
- de bestaande mogelijkheden binnen relevante wet- en regelgeving en in de praktijk om toezichtloze perioden te voorkomen, ten einde te kunnen besluiten of wettelijke regelingen op dit punt dienen te worden aangepast.

In de voorgaande hoofdstukken is uitgebreid ingegaan op deze doelstelling. In dit hoofdstuk worden de bevindingen samengevat en wordt gereflecteerd op de vraag in hoeverre het voorkómen van toezichtloze perioden noodzakelijk is.

Toezichtloze perioden

Onder toezicht wordt verstaan ‘hulp en steun verlenen’ zoals bepaald in art. 38 lid 1 Sr: “de rechter geeft (...) een in de uitspraak aangewezen instelling (...) opdracht de ter beschikking gestelde bij de naleving van de voorwaarden hulp en steun te verlenen”.

De toezichtloze periode waarnaar in dit onderzoek is gekeken is een periode die ligt tussen het moment waarop de maatregel tbs met voorwaarden wordt opgelegd en het moment waarop deze uitspraak onherroepelijk wordt. De toezichtloze periode treedt op wanneer er geen sprake (meer) is van voorlopige hechtenis, terwijl de tbs met voorwaarden nog niet ten uitvoer kan worden gelegd omdat de uitspraak nog niet onherroepelijk is. Een dergelijke toezichtloze periode blijkt van enkele dagen tot enkele jaren te kunnen duren.

In de periode van 2002 tot en met 2006 werd in totaal 298 maal de maatregel tbs met voorwaarden in eerste aanleg opgelegd. Daar komen in de jaren 2004 tot en met 2006 19 pas in hoger beroep opgelegde maatregelen tbs met voorwaarden bij. Dat betekent dat de maatregel gemiddeld circa 66 maal per jaar wordt opgelegd. Tegen de achtergrond van het aantal strafzaken dat jaarlijks door rechtbanken wordt afgedaan, is het aantal keren dat tbs met voorwaarden wordt opgelegd zeer beperkt te noemen, namelijk minder dan één promille.

Bij ruim een derde van de zaken (107 van 287⁹² zaken= 37,3%) waarin tbs met voorwaarden is opgelegd, is sprake van een toezichtloze periode. In een grote meer-

92 Bij 30 zaken van de 317 kon het al dan niet bestaan van een toezichtloze periode niet vastgesteld worden.

derheid van deze gevallen (99 van de 107 zaken= 93%) gaat het om een kortdurende toezichtloze periode, namelijk van twee weken of minder. In de overige 7% (8 zaken) gaat het om langdurige toezichtloze perioden, variërend van 105 dagen (minimaal) tot twee jaar en 145 dagen (maximaal).

Gedurende de kortdurende toezichtloze perioden (van ten hoogste twee weken) die in het kader van het onderzoek zijn bestudeerd, is één maal een strafbaar feit gepleegd, te weten de Doetinchemse doodslag. Er lijkt derhalve sprake van een incident.

In drie van de acht langdurige toezichtloze perioden zijn een of meer delicten gepleegd. In één geval is sprake van (ernstige) recidive van een geweldsdelict, gepleegd 9 maanden na de veroordeling in eerste aanleg. De twee andere gevallen betreffen lichtere vormen van geweldpleging en/of bedreiging, die wel van dezelfde soort zijn als de delicten waarvoor men tot tbs met voorwaarden is veroordeeld.

Mogelijkheden ter voorkoming van toezichtloze perioden

Los van de vraag of het noodzakelijk moet worden geacht om toezichtloze perioden bij de maatregel tbs met voorwaarden te allen tijde te voorkomen, is een negental opties onderzocht die *in theorie* in aanmerking zouden kunnen komen om (een deel van) de toezichtloze perioden te vermijden.

De opties luiden (verkort weergegeven):

1. het interpreteren art. 72 lid 3 Sv: tbs met voorwaarden als vrijheidsbenemende maatregel zien of als een maatregel die 'vrijheidsbeneming kan meebrengen', zodat de voorlopige hechtenis langer kan voortduren;
2. als door de verdachte direct na de uitspraak tbs met voorwaarden appèl wordt ingesteld, ter zitting een nieuw bevel tot voorlopige hechtenis voorderen;
3. de voorlopige hechtenis schorsen met een toezichtsvorm als voorwaarde (art. 80 Sv);
4. een onvoorwaardelijke gevangenisstraf opleggen die minstens twee weken langer is dan de tijd doorgebracht in voorlopige hechtenis;
5. starten met het reclasseringstoezicht en/of de behandeling op datum van de uitspraak, ook al staat er nog een rechtsmiddel open of is hoger beroep of cassatie ingesteld;
6. de gedragsdeskundigen of reclassering vragen in hun rapportage aan te geven of een toezichtloze periode verantwoord is;
7. wet BOPZ 1: op basis van art. 2, lid 1 Wet BOPZ kan de rechter op verzoek van de officier van justitie een voorlopige machtiging verlenen om iemand

die gestoord is in zijn geestvermogens in een psychiatrisch ziekenhuis te doen opnemen en te doen verblijven;

8. wet BOPZ 2: het opleggen van een voorwaardelijke machtiging tot opname door de rechter (art. 14a wet BOPZ).
9. het opleggen van een gevangenisstraf van iets meer dan drie jaar, hetgeen mogelijk wordt wanneer het concept-wetsvoorstel "Aanpassing tbs met voorwaarden" wordt geëffectueerd.

Voor- en nadelen van deze negen opties zijn geïnventariseerd en behandeld in hoofdstuk 4. Vervolgens zijn de opties voorgelegd aan vijftien experts uit de strafrechtspraktijk. Na combinatie van de uitkomsten van de wetsanalyse met de reacties van de experts bleven er drie opties over die in aanmerking kunnen komen om (een deel van de) toezichtloze perioden te voorkomen. Deze zijn de vroegtijdige schorsing van de voorlopige hechtenis onder de voorwaarde van toezicht; een dusdanige interpretatie (of herformulering) van art. 72 lid 3 Sv (zo) dat tbs met voorwaarden kan worden gedefinieerd als vrijheidsbenemende maatregel of als een maatregel die 'vrijheidsbeneming kan meebrengen', en het maken van een uitzondering op artikel 557 lid 1 Sv, waardoor met de tenuitvoerlegging van tbs met voorwaarden altijd onmiddellijk zou kunnen worden begonnen.

De vraag of het bestaan van toezichtloze perioden als probleem moet worden gezien of niet wordt enerzijds beantwoord door de kwantitatieve gegevens over het fenomeen, anderzijds door de opinie van de ter zake geïnterviewden.

Afgaande op de prevalentie van delicten die tijdens toezichtloze periode worden gepleegd, lijkt er geen sprake van een omvangrijk probleem. Bij de kortdurende toezichtloze periode (maximaal twee weken), die 99 maal voorkwam in de periode 2002-2006, is slechts één, weliswaar ernstig, strafbaar feit gepleegd, te weten de Doetinchemse doodslag. Bij de zeldzaam optredende langer durende toezichtloze perioden (8 in de periode 2002-2006) komen strafbare feiten vaker voor (in 3 van de 8 gevallen).

In de rechtspraktijk vormen de kortdurende toezichtloze perioden en het voorkómen ervan geen issue. Het merendeel van de hiernaar gevraagde rechters en officieren van justitie is van mening dat toezichtloze perioden passen bij de aard van de maatregel tbs met voorwaarden. De maatregel tbs met voorwaarden is een sanctie die bedoeld is voor mensen die behandeling behoeven en daartoe ook gemotiveerd zijn. Zij komen, na zorgvuldige analyse en rapportage door de reclassering, niet in aanmerking voor tbs met dwangverpleging. Kortere perioden van op vrije voeten zijn, moeten bij de afweging ten aanzien van het adviseren over het opleggen van tbs met voorwaarden nadrukkelijk onderdeel van de risico-inschatting zijn.

Het feit dat langdurende toezichtloze perioden soms lang kunnen duren wordt wel als probleem onderkend. Verdachten die tot tbs met voorwaarden zijn veroordeeld, heb-

ben behandeling nodig. Het is niet in het belang van wie dan ook om met de start van die behandeling onnodig lang te wachten.

Toezichtloze perioden voorkómen?

Op grond van deze bevindingen lijkt de conclusie gerechtvaardigd, dat vooral langdurige toezichtloze perioden dienen te worden vermeden. Het voorkómen van kortdurende toezichtloze perioden heeft geen prioriteit. Voor het bekorten van de langdurige toezichtloze perioden zouden in dit soort strafzaken de onderzoeken ter terechtzitting in hoger beroep en in cassatie sneller moeten volgen op de uitspraak in eerste of tweede aanleg. Hiertoe zou het hoger beroep bij zaken waarin in eerste aanleg tbs met voorwaarden is opgelegd eventueel expliciet met voorrang kunnen dienen, en evenzo de cassatie volgend op het hoger beroep.

Indien het niet mogelijk is om voldoende waarborgen te creëren voor het tijdig afhandelen van hoger beroepen en cassaties dan zou een oplossing gevonden kunnen worden bij de negen opties die zijn onderzocht.

Een bruikbare oplossing dient daarbij aan drie criteria te voldoen:

1. deze moet een oplossing zijn voor alle langdurige toezichtloze perioden;
2. de oplossing dient zo min mogelijk in strijd te zijn met de beginselen van het straf(proces)recht;
3. de oplossing dient praktisch/organisatorisch zo eenvoudig mogelijk uitvoerbaar te zijn.

De negen opties zijn in hoofdstukken 4 en 5 al getoetst aan criterium 2 en 3. Er bleken toen drie oplossingen te zijn die op basis van de wetsanalyse en de mening van de experts de voorkeur kregen. Van deze drie voldoet alleen het maken van een uitzondering op artikel 557 lid 1 Sv, waardoor met de tenuitvoerlegging van tbs met voorwaarden altijd onmiddellijk zou kunnen worden begonnen, aan het eerst criterium (het vormen van een oplossing voor (alle) langdurige toezichtloze perioden). De twee andere, te weten het schorsen van de voorlopige hechtenis onder voorwaarden en het zodanig interpreteren of herformuleren van art. 72 lid 3 Sv (zo)dat tbs met voorwaarden kan worden gedefinieerd als vrijheidsbenemende maatregel of als een maatregel die 'vrijheidsbeneming kan meebrengen', bieden niet in alle gevallen een oplossing voor de langdurige toezichtloze perioden (criterium 1; zie ook tabel 6.1) en vallen daarom af.

Omdat, ten eerste, ook aan het wijzigen van artikel 557 lid 1 Sv, waardoor al vóór het onherroepelijk worden van het vonnis met reclasseringstoezicht kan worden gestart, het grote bezwaar kleeft dat gestart wordt met de tenuitvoerlegging van een sanctie terwijl de verdachte nog niet veroordeeld is; ten tweede de experts van mening zijn dat de toezichtloze periode (zoals hier bedoeld) een kwestie van zeer beperkte betekenis is en ten derde de cijfers uitwijzen dat minder dan één maal per jaar in een toezichtloze periode een delict wordt gepleegd, zou ook overwogen kunnen worden de huidige praktijk rondom de oplegging en executie van de maatregel tbs met voorwaarden te laten zoals deze nu is.

Uiteraard is er nog de mogelijkheid om naar een oplossing te zoeken buiten de bestaande wet- en regelgeving. Het gaat dan om oplossingen waarvoor een wetswijziging nodig is. Het zoeken naar dergelijke oplossingen viel buiten het bereik van dit onderzoek.

Tot slot: bij het afwegen van bovengenoemde mogelijkheden is het van belang zich te realiseren dat geen enkele vorm van toezicht, anders dan opsluiting, een waarborg biedt (of kan bieden) voor het achterwege blijven van het plegen van delicten door tot tbs met voorwaarden veroordeelde personen in de vrije maatschappij. Andere toezichtsvormen bieden geen garantie omdat veroordeelden zich eraan kunnen onttrekken. Meegewogen moet worden dat het op vrije voeten zijn, althans het vrijelijk in de maatschappij kunnen verkeren, een kenmerk is dat hoort bij de maatregel tbs met voorwaarden. Of iedere tot tbs met voorwaarden veroordeelde even goed en verantwoord daarmee om zal weten te gaan, is een vraag waarmee steeds opnieuw met grote zorgvuldigheid door alle in het strafproces betrokken deskundigen moet worden omgegaan.

Tabel 6.1 Samenvatting potentiële oplossingen voor de toezichtloze periode (binnen bestaande wet- en regelgeving)

Oplossing	Reikwijdte	Soort toezicht	Bespreking van voor- en nadelen
<p>1 (Her)interpreteren art. 72 lid 3 Sv:</p> <p>1. Tbs met voorwaarden zou, indien de voorwaarden een opname in een instelling behelzen, evenals de dwangverpleging, als vrijheidsbenemende maatregel gezien kunnen worden. In deze situatie kan de voorlopige hechtenis voortduren tot het vonnis onherroepelijk is zolang de duur van de voorlopige hechtenis de duur van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf niet overstijgt.</p> <p>2. Tbs met voorwaarden zou beschouwd kunnen worden als een maatregel die 'vrijheidsbeneming kan meebrengen', omdat wanneer de veroordeelde zich niet aan de voorwaarden houdt deze wordt omgezet in tbs met dwangverpleging. In deze situatie kan de voorlopige hechtenis voortduren tot het vonnis onherroepelijk is.</p>	<p>1. Gevallen waarin de voorwaarden bij de tbs een opname betreffen; alleen verdachten in voorarrest op datum uitspraak; gehele toezichtloze periode tot de duur van de voorlopige hechtenis de duur van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf overstijgt</p> <p>2. Verdachten in voorlopige hechtenis op datum uitspraak</p>	<p>Zowel in geval 1) als 2) detentie (voorlopige hechtenis)</p>	<p>Paragraaf 4.2</p>
<p>2 Het OM zou, als door verdachte direct na de direct na de uitspraak 'tbs met voorwaarden' appèl wordt ingesteld, ter zitting een nieuw bevel tot voorlopige hechtenis kunnen vorderen, dat de rechter kan toewijzen. Het gegeven dat er tbs met voorwaarden (= toezicht) is opgelegd in eerste aanleg (= 'veroordelende vonnis') zou dan geïnterpreteerd moeten worden als een (nieuw) ernstig bezwaar tegen de verdachte (art 75 lid 2 tweede volzin jo 67 lid 3 Sv).</p>	<p>Die gevallen waarbij op datum uitspraak al in beroep wordt gegaan; gehele toezichtloze periode</p>	<p>Detentie (voorlopige hechtenis)</p>	<p>Paragraaf 4.2</p>
<p>3 Van alle verdachten (waarbij in de tbs-richting gedacht wordt en waarvan wordt ingeschat dat de opgelegde hechtenis niet langer is dan enkele jaren) de voorlopige hechtenis snel schorsen met voorwaarden (art. 80 Sv). De voorwaarde zou kunnen zijn dat de verdachte zich onder behandeling door een kliniek stelt, waardoor als het ware wordt gepreludeerd op de tbs met voorwaarden, of een zich kunnen beperken tot een toezicht (door de reclassering)</p>	<p>Alle gevallen met voorlopige hechtenis, gehele toezichtloze periode tot de duur van de voorlopige hechtenis de duur van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf overstijgt</p>	<p>Reclasseringstoezicht of opname in een (psychiatrische) kliniek</p>	<p>Paragraaf 4.2</p>
<p>4 Altijd een onvoorwaardelijke gevangenisstraf opleggen die minstens twee weken langer is dan de voorlopige hechtenis.</p>	<p>De twee weken om in beroep/cassatie te gaan, mits verdachte in voorarrest zit op datum uitspraak</p>	<p>Detentie (voorlopige hechtenis)</p>	<p>Paragraaf 4.3</p>

Vervolg tabel 6.1

Oplossing	Reikwijdte	Soort toezicht	Bespreking van voor- en nadelen
5 In weerwil van de regel van art. 557 Sv (het instellen van een rechtsmiddel heeft opschortende werking) het reclasseringstoezicht eerder starten (meteen op datum uitspraak).	Alle gevallen, gehele toezichtloze periode, alleen op basis van vrijwilligheid	Reclasseringstoezicht	Paragraaf 4.4
6 De gedragsdeskundigen of reclassering vragen in hun rapportage aan te geven of een toezichtloze periode verantwoord is. Indien de rechter in de rapportage leest dat een toezichtloze periode onverantwoord is en hij tevens weet dat de hechtenis die hij redelijkerwijs kan opleggen niet langer is dan de tijd die de verdachte al in voorlopige hechtenis heeft doorgebracht (anticipatiegebod, art. 67a lid 3 Sv), zou hij af kunnen zien van het opleggen van tbs met voorwaarden en in plaats daarvan een (langere) gevangenisstraf of tbs met dwangverpleging kunnen opleggen.	Alle gevallen, gehele toezichtloze periode	Detentie (voor een deel van de gevallen omdat wordt afgezien van het opleggen van tbs met voorwaarden)	Paragraaf 4.4
7 Wet BOPZ 1: Op basis van art. 2, lid 1 Wet BOPZ kan de rechter op verzoek van de officier van justitie een voorlopige machtiging (rm) verlenen om iemand die gestoord is in zijn geestvermogens, in een psychiatrisch ziekenhuis te doen opnemen en te doen verblijven. Hierbij wordt dus gebruik gemaakt van de reguliere GGz en niet van de forensische psychiatrische klinieken.	De langere toezichtloze perioden (bij beroep en/of cassatie)	Opname in een psychiatrisch ziekenhuis (reguliere GGz-instelling)	Paragraaf 4.5
8 Wet BOPZ 2: het opleggen van een voorwaardelijke machtiging tot opname door de rechter (art. 14a wet BOPZ). Deze oplossing lijkt op de tbs met voorwaarden omdat de betrokkene moet instemmen met de voorwaarden waaronder hij wordt opgenomen.	De langere toezichtloze perioden (bij beroep en/of cassatie)	Opname in een psychiatrisch ziekenhuis (reguliere GGz-instelling)	Paragraaf 4.5
9 Wetsvoorstel 'Aanpassing Tbs met voorwaarden': verhoging maximum gevangenisstraf van 3 naar 5 jaar. Bij zaken waar tot nu toe met 3 jaar gevangenisstraf werd opgelegd zou een iets langer gevangenisstraf opgelegd kunnen worden (binnen de bandbreedte die bestaat voor de op te leggen gevangenisstraf bij een delict), waardoor de kans afneemt dat de duur van de in voorarrest doorgebrachte tijd even lang is als of langer is dan de opgelegde gevangenisstraf.	Bij zaken waar tot nu toe 3 jaar gevangenisstraf werd opgelegd en waarbij tevens na 3 jaar de uitspraak nog niet onherroepelijk is	Detentie (vrijheidsstraf)	Paragraaf 4.6

Summary

Reason and research questions

When an accused is sentenced, for example to a conditional hospital order, he is at liberty within certain limits to institute appeal to the court of appeal or Supreme Court against the court's decision. The conditional hospital order may not be enforced as long as no ordinary remedy is open against it and, if such a remedy is used, until it has been withdrawn or a decision has been taken on it (Art. 557 (1) Dutch Code of Penal Procedure (Sv), hereinafter CPP). This means that the accused will be released and not subject to any form of supervision, unless he has been detained on a certain basis, for example in pre-trial detention. That pre-trial detention must be lifted immediately if the accused has been placed in pre-trial detention and no prison sentence has been imposed or if a prison sentence has been imposed, the duration of which is equal to or shorter than the duration of the time the accused has spent on remand. At that time, there will be a period without (court-ordered) supervision which lasts until the judgment in the fact-finding instance has become final. In such an unsupervised period, a case occurred in 2004 in which the accused committed homicide. This serious case, which has come to be known as 'the Doetinchem Murder Case', was the reason for this study, in which a number of questions concerning the unsupervised period are answered.

The objective of the study is threefold:

- To provide insight into the extent to which unsupervised periods occur between the end of pre-trial detention and enforcement of the conditional hospital order, which arise because there is still a possibility for appeal to the court of appeal or Supreme Court.
- To provide insight into the extent to which crimes are committed during unsupervised periods.
- To provide insight into the existing possibilities to prevent unsupervised periods within the present legal framework, in order to be able to decide whether statutory rules on this issue should be amended.

The research questions read:

- 1a. How often in the period from 2002 to 2006 did it occur that pre-trial detention ended while the sentence to a conditional hospital order (in the first instance or on appeal) could not yet be enforced because the judgment was not yet final?

- 1b. In the cases in which the above-mentioned situation occurred: how long was the period between the time pre-trial detention ended until the time the conditional hospital order could be enforced?
- 1c. In the cases in which the above-mentioned situation occurred: was an offence committed during this period, as far as the judicial authorities know, and what offence or offences were concerned?
2. What possibilities are available to the Public Prosecution Service and the judiciary within the current system of laws and regulations to prevent enforcement of the conditional hospital order from not immediately following pre-trial detention?
3. Can the proposed legislative amendment relating to the conditional hospital order be expected to have an effect on the connection between pre-trial detention and enforcement of the conditional hospital order. If so, in what sense?

In order to answer these questions, information on all cases in which a conditional hospital order was imposed in 2002 to 2006 was analysed. In addition, laws and regulations were subjected to an analysis and fifteen experts from legal practice were consulted.

Number of unsupervised periods and crimes

In 2002 to 2006, a conditional hospital order (whether or not combined with another penalty/other penalties) was imposed in the first instance in 298 cases in total. Nineteen times in the period from 2004 to 2006, a conditional hospital order was imposed only on appeal. This establishes that in the five-year period between 2002 and 2006, the conditional hospital order was imposed in 317 cases.

Of those 317 cases, it was possible to establish in 287 cases whether or not an unsupervised period had occurred. This appears to have been the case in 107, which amounts to 37% of the cases.

There appears to be a schism between short unsupervised periods and prolonged unsupervised periods. Short unsupervised periods last two weeks at most and represent a vast majority of the cases, namely 93% (99 of the 107 cases). Prolonged unsupervised periods rarely occur (8 of the 107 cases) and only if appeal to the court of appeal or Supreme Court was instituted. In the period studied, these proved to vary in length from 105 days (minimum) to two years and 145 days (maximum).

During the 99 short unsupervised periods (of two weeks at most), no crimes were committed except for the Doetinchem homicide. This appears to have been a single incident.

In three of the eight prolonged unsupervised periods, one or more offences were committed. In all three cases, the same type of offence was concerned as that for which the accused had been sentenced to a conditional hospital order. Two cases

involved less serious forms of the offence. In one of the three cases, no prosecution took place.

Analysis of laws and regulations

During the search for possibilities in laws and regulations to prevent unsupervised periods, four schemes were studied: pre-trial detention, sentencing, the execution of sentences and non-punitive orders and the Psychiatric Hospitals (Compulsory Admission) Act (BOPZ). The draft legislative proposal 'Adjustment of the conditional hospital order' was also included in the analysis. Nine options were found which are theoretically capable of preventing (some of the) unsupervised periods. The main aspects of the pros and cons of these options are discussed below.

Within the rules governing pre-trial detention, two possibilities were studied: extension of the time on remand (in accordance with Art. 72 and 75 CPP) and conditional suspension of the pre-trial detention order (on the basis of Art. 80 CPP). Extension of the time on remand to prevent the occurrence of an unsupervised period is possible only if the accused has been sentenced to non-suspended imprisonment, a custodial measure or a non-custodial measure that could entail deprivation of liberty. This sentence and/or measure must also be of a longer duration than the time already spent on remand. Because the maximum custodial sentence to be imposed with the conditional hospital order is three years, at the time of the final judgment, it might appear that the sentence had a shorter duration than that of the time on remand. The pre-trial detention order will then be lifted at the time of the final judgment or shortly afterwards, which means that the convicted person will be released without a final judgment having been delivered on the basis of which execution of the conditional hospital order could start. A solution for this problem is to define the conditional hospital order as a custodial order or as an order that could entail custodial punishment. After all, if the person subject to a conditional hospital order violates the condition(s), the conditional hospital order can be converted into a hospital order with compulsory treatment. In addition, in practice, the conditional hospital order can be in the nature of a custodial punishment, for example if it is enforced in an intramural, clinical setting. The result of this (re)definition would be that detention on remand could continue during the period in which an ordinary remedy can be applied, so that no unsupervised period occurs. In general, it cannot be established on the basis of legal history and the relevant case law whether the conditional hospital order is a custodial order or an order that could entail custodial punishment. Clarity could be created in this situation if the legislature were to make this more explicit.

The other possibility offered by Art. 75 CPP (for cases in which appeal has been instituted) is that the pre-trial detention order is not extended, but that it is demanded and ordered once again. A convicting judgment in the last fact-finding instance can be considered as a (new) serious objection (Art. 75 (2) second sentence CPP) and can be a sufficient ground for (renewed) imprisonment, even in the situation in which the previously given pre-trial detention order has been lifted. This possible solution, however, could be at odds with the starting point that restraint should be exercised in dealing with the coercive measure of pre-trial detention. Moreover, the anticipation

requirement applies in this case (Art. 67a (3) CPP). This means that a court may not order pre-trial detention if it anticipates that upon sentencing, no non-suspended prison sentence or a measure entailing or that could entail deprivation of liberty will be imposed on the accused, or that the duration of such a prison sentence or measure will not exceed the duration of the pre-trial detention.

A second possibility within the pre-trial detention regime is conditional suspension of the pre-trial detention order (Art. 80 CPP). That could entail that the accused will have to place himself under treatment, for example at a mental healthcare institution. In that way, the suspension of pre-trial detention could, as it were, anticipate the ultimate imposition of the conditional hospital order. This solution is seamlessly in line with the current statutory rules and does not require a legislative amendment. An objection remains, however, that basing a (trial) *treatment* on suspended pre-trial detention is problematic in terms of the law, because it already anticipates the final conviction and punishment. Pre-trial detention could perhaps be suspended under the special condition of *supervision* by the probation service or a type of technical supervision. An important limitation of this solution is that it can apply only to accused persons who state that they are willing to cooperate in this type of supervision. Ignoring or violating the condition can then be a reason to place the accused in custody again.

An unsupervised period could occur if the convicted person is released during the period in which appeal is instituted because the pre-trial detention order has been lifted. A solution for this unsupervised period is that the court imposes a longer custodial punishment. An advantage of this solution is that in such cases the pre-trial detention order continues to run until sixty days from the judgment. In this way, the convicted person remains longer on remand. An objection against this solution is that it does not (always) withstand testing against the proportionality principle. The second disadvantage of this solution is, in cases in which appeal has been instituted, that the problem of the unsupervised period is shifted to the future. In that case, the convicted person will (still) be released when the time spent on remand is equal to the duration of the prison sentence imposed (Art. 72 (4) CPP). That can be dealt with by demanding a new (or extended) pre-trial detention order in the second instance, possibly followed by immediate suspension of the order under the special condition of supervision by the probation service or treatment. A requirement for this is, however, that the conditions for imposing pre-trial detention must be met once again. Furthermore, appeal must have been instituted and that is the case in only a small part of the total conditional hospital orders imposed.

A solution that can be found in the execution stage is that Art. 557 (1) CPP is amended in the sense that the probation service can already start executing the conditional hospital order. The amendment of that article could entail, for example that the conditional hospital order can be enforced with immediate effect so that, despite the possibility to appeal, the probation service will have a basis for supervision and there is a guarantee of financing and a specific assignment for the probation service. An objection is that this solution is at odds with the presumption of innocence. For the purpose of the strictest possible selection of persons sentenced to a conditional hospital order for whom supervision can be organised in this way, the amend-

ment of Art. 557 (1) CPP should be linked to a further provision (e.g. a governmental decree) in which this measure remains reserved for those persons for whom behavioural experts or the probation service do not consider an unsupervised period responsible, but for whom the probation service is indeed an adequate way to guarantee public safety.

A final possible solution within the criminal law system is to ask behavioural experts or the Probation and Aftercare Service to indicate in their advice or report on measures whether an unsupervised period is responsible for the accused person in question. If the rapporteur's judgment is that an unsupervised period is irresponsible, the court may decide not to impose a conditional hospital order and impose a (longer) prison sentence or a hospital order with compulsory treatment instead. An objection to the (longer) prison sentence is that it ignores the fact that the choice of a hospital order is made because *treatment* of the accused – possibly after punishment – is considered important. Imposition of a hospital order with compulsory treatment could mean a violation of the proportionality principle because the hospital order with compulsory treatment might be too heavy a sanction in cases in which a conditional hospital order seems in principle to be the most appropriate measure.

A solution outside the framework of criminal law is placement in a mental healthcare institution by way of the Psychiatric Hospitals (Compulsory Admissions) Act (BOPZ). The advantage of such placement is that it can theoretically be executed quickly. This solution, however, is also subject to practical and fundamental objections. The BOPZ appears to provide a solution for a limited number of cases at most. In addition, from a legal point of view, the regimes of the hospital order and BOPZ are separate and it is not clear whether a BOPZ process can be started at the time that a hospital order process cannot yet be started. Furthermore, this solution can succeed only if BOPZ supervision can be provided quickly and if BOPZ institutions are willing to admit persons placed under a hospital order. On the basis of the analysis, both expectations have to be termed negative.

In conclusion, the new legislative proposal relating to conditional hospital orders was examined, which is intended to remove several bottlenecks in practice. This proposal, however, hardly provides any remedy for the unsupervised periods referred to in this study, because it is based on the situation in which there is a final court judgment. The proposed extension of the maximum prison sentence that can be imposed in combination with a conditional hospital order (from three to five years) offers a marginal solution in the sense that with a longer prison sentence, there will be less of a chance that too much time will already have been spent on remand. If the proportionality principle is not violated, there will only be some room to impose somewhat more than three years imprisonment in cases in which to date three years non-suspended imprisonment has been imposed in combination with a conditional hospital order. This could prevent unsupervised periods which occur after three years under the current law because pre-trial detention has to be lifted. In the period studied, however, an unsupervised period appeared to occur rarely only three years from the judgment, which means that this amendment will not play any meaningful role as a solution for the current unsupervised periods.

Reviewing all options, it can be concluded that not one of these automatically constitutes a solution for the unsupervised periods. There are legal as well as (sometimes) organisational objections to all options and/or the problem of a limited scope.

Opinion of the experts

The majority of respondents (nine out of fourteen) consider the unsupervised period as defined in this study as a 'non-issue'. They consider the question of the occurrence of unsupervised periods as determined by a single incident, concluding that unsupervised periods can simply occur when a conditional hospital order is imposed. This measure is supposed to give the accused a certain degree of freedom. The actual problems, which come down to a lack of cooperation among agencies, recalcitrant clinics and long-lasting procedures and processing times, occur only after the judgment has become final, according to the experts.

Of the nine potential (partial) solutions presented to them for the unsupervised periods, the experts considered the option of conditional suspension of pre-trial detention as quickly as possible as the best. The objections to this option are directed mainly against already starting treatment when a final judgment has not yet been delivered. On the one hand, these are legal in nature: there is no legal basis for such a heavy substance to the condition. On the other hand, there is the practical problem that in most cases a conditional hospital order entails treatment in a clinic (ambulatory or intramural) and a treatment place is often not readily available. These objections do not apply or apply to a lesser extent if conditions for suspension do not entail admission/treatment but supervision by the probation service. In addition, the option to interpret Art. 72 (3) CPP in such a way that the conditional hospital order can be viewed as a custodial measure or a measure that could entail deprivation of liberty entailing that pre-trial detention lasts until the judgment is final was assessed positively by eight of the respondents. In that case, however, they would want a ruling by the Supreme Court (Hoge Raad) or a more explicit explanation by the legislature for a definite answer regarding the possibility of this interpretation. A third solution under consideration is the amendment of Art. 557 (1) CPP in order that the conditional hospital order can become enforceable with immediate effect and the probation service can start its supervision quickly. The objection remains, however, that this solution is at odds with the presumption of innocence.

Conclusion

Judging by the prevalence of crimes committed during unsupervised periods, there seems to be no question of a large-scale problem. During the short unsupervised periods (two weeks at most), which occurred 99 times in the period from 2002 to 2006, only one, although serious, offence was committed, namely the homicide in Doetinchem. In the rarely occurring longer lasting unsupervised periods (8 in the period from 2002 to 2006), crimes appear to occur more often (in 3 of the 8 cases).

On the basis of these findings, the conclusion seems justified that mainly prolonged unsupervised periods should be avoided. Priority need not be given to the prevention

of short unsupervised periods. In order to shorten the prolonged unsupervised periods, in these types of cases hearings in courts of appeal and at the Supreme Court should follow more quickly on the judgment in the first or second instance. For this purpose, appeal in cases in which a conditional hospital order was imposed in the first instance could be heard explicitly with priority, as well as appeal to the Supreme Court following on appeal to the court of appeal.

If it is not possible to create enough guarantees for the timely settlement of appeals to the court of appeal and to the Supreme Court, a solution could be found in the nine options studied.

A practicable solution should satisfy three criteria:

1. it should be a solution for all prolonged unsupervised periods;
2. the solution should conflict as little as possible with the principles of criminal law;
3. the solution should be as simple as possible to implement in a practical and organisational sense.

Only making an exception to Article 557(1) CPP, which would always enable the enforcement of a conditional hospital order to start immediately, withstands this review to a reasonable extent.

Nevertheless, because the serious objection also applies to this solution that a punishment is started while the accused has not yet been convicted, secondly, the experts are of the opinion that the unsupervised period (as referred to here) is an issue of very limited significance and, thirdly, the figures show that a crime is committed less than once a year in an unsupervised period, leaving the situation regarding the imposition and execution of the conditional hospital order as it is now could also be considered.

Finally, there is still a possibility to search for a solution outside the existing laws and regulations. These would then be solutions for which a legislative amendment would be necessary. Searching for such solutions was outside the scope of this study.

In weighing the above-mentioned possibilities, it is important to realise that no single form of supervision other than imprisonment provides (or can provide) a solution for the prevention of the commission of crimes by persons sentenced to a conditional hospital order in free society. Other types of supervision do not provide any guarantee because convicted persons can evade them. It should also be considered that being released, at any rate being able to move about freely in society, is a characteristic appropriate to the conditional hospital order. Whether all persons sentenced to a conditional hospital order are able to deal with it properly and responsibly is a question which has to be dealt time and again with great care by all experts involved in the sentencing process.

Bijlage 1 Samenstelling begeleidingscommissie

Voorzitter:

Prof. mr. F. G. H. Kristen
Hoogleraar straf(proces)recht
Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen
Universiteit Utrecht

Leden:

Prof. mr. G. de Jonge
Bijzonder hoogleraar detentierecht
Universiteit Maastricht

Mw. Dr. H.K. Elzinga
Universitair hoofddocent strafrecht
Rijksuniversiteit Groningen

Mr. C.H. Bangma
Ministerie van Justitie
Directie Wetgeving

Mw. Dr. N.H. Tenneij
Ministerie van Justitie
Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum (WODC)
Afdeling Extern Wetenschappelijke Betrekkingen

Bijlage 2 Operationalisering toezichtloze periode

De toezichtloze periode ontstaat in de volgende situaties.

1. Verdachte is op vrije voeten op de datum van de uitspraak.

De begindatum van de toezichtloze periode is de datum van de uitspraak.

De einddatum van de toezichtloze periode is afhankelijk van of er al dan niet appel wordt aangetekend tegen de uitspraak:

- a. Wanneer tbs met voorwaarden in eerste aanleg wordt opgelegd:
 - i. Indien verdachte noch het OM in hoger beroep gaat: twee weken na de uitspraak. Indien er door beide partijen binnen twee weken afstand wordt gedaan van het rechtsmiddel: de datum waarop de laatste van de twee partijen hiervan afstand doet.
 - ii. Indien verdachte of het OM in hoger beroep gaat, duurt de periode voort tot de uitspraak in hoger beroep in die gevallen, waarin het hof niet opnieuw de gevangenneming beveelt of waarin in hoger beroep geen tbs met voorwaarden meer wordt opgelegd. Indien ook in hoger beroep tbs met voorwaarden wordt opgelegd en het hof geen nieuwe gevangenneming beveelt, is de einddatum van de toezichtloze periode:
 1. Indien de verdachte niet in cassatie gaat: twee weken na de uitspraak. Indien er door beide partijen binnen twee weken afstand wordt gedaan van het rechtsmiddel: de datum waarop de laatste van de twee partijen hier afstand van doet.
 2. Indien de verdachte wel in cassatie gaat duurt de periode voort tot de uitspraak van de Hoge Raad.
 - b. Wanneer tbs met voorwaarden voor het eerst in hoger beroep wordt opgelegd geldt hetgeen hierboven staat bij de punten ii.1 en ii.2.
2. De verdachte verblijft in voorlopige hechtenis op de datum van de uitspraak.

De begindatum van de toezichtloze periode is:

- a. indien op de datum van de uitspraak de duur van de opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf korter is dan of even lang is als de in voorarrest doorgebrachte tijd, inclusief wanneer er geen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf wordt opgelegd: de datum van de uitspraak.

- b. indien op de datum van de uitspraak de duur van de opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf langer is dan de in voorarrest doorgebrachte tijd: de datum waarop de duur van de hechtenis gelijk wordt aan de duur van de opgelegde onvoorwaardelijke vrijheidsstraf (en de uitspraak op dat moment nog niet onherroepelijk is)

Voor de einddatum van de toezichtloze periode geldt hetzelfde als bij verdachten die op de datum van de uitspraak op vrije voeten zijn.

Bijlage 3 Geïnterviewden

- Mr. J.J. Beliën (tbs-officier van justitie), arrondissementsparket 's-Gravenhage
- Mr. O. van der Burg (rechter en vice-president), rechtbank 's-Gravenhage
- Mr. J.A. Coster van Voorhout (raadsheer), gerechtshof Arnhem en mr. P.C. Vegter (rechter en sectorvoorzitter strafrecht), rechtbank Arnhem (dubbel-interview)
- Mw. Mr. drs. I.E.W. Gonzalez (Advocaat-generaal), ressortsparket Arnhem
- Mw. mr. J.F.C. Janssen (tbs-officier van justitie), arrondissementsparket Breda
- Mr. D. van Kralingen (rechter en vice-president), rechtbank Breda
- Mr. M. van Leent (tbs-officier van justitie), arrondissementsparket Utrecht
- Mw. mr. M.J.M. van der Mark (tbs-officier van justitie), arrondissementsparket Arnhem
- Mw. mr. G. van Roermund, beleidssecretaris TBS/PIJ/ISD (PENZA), arrondissementsparket Arnhem
- Dhr. J.J.M. ter Voert, unitmanager toezicht en interventie TBS en elektronisch toezicht van Reclassering Nederland
- Mr. R. Weenink (raadsheer), gerechtshof Leeuwarden en lid RSJ
- Mr. E.W. van Weringh (rechter), rechtbank Groningen
- Mr. J.H.M. Westenbroek (rechter), rechtbank Arnhem
- Mr. M. Wolters (tbs-officier van justitie), arrondissementsparket Groningen