

Oplegging TBS wegens het door zijn schuld veroorzaken van een verkeersongeval met zwaar lichamelijk letsel toereikend gemotiveerd.

HR 21-06-2016, ECLI:NL:HR:2016:1240, m.nt. P.A.M. Mevis

Instantie

Hoge Raad (Strafkamer)

Datum

21 juni 2016

Magistraten

Mrs. A.J.A. van Dorst, E.S.G.N.A.I. van de Griend, M.J. Borgers

Zaaknummer

15/01004

Conclusie

A-G mr. W.H. Vellinga

Noot

P.A.M. Mevis

Annotatorprofiel

Redactie

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Materieel strafrecht / Sancties

Bijzonder strafrecht / Verkeersstrafrecht

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2016:1240, Uitspraak, Hoge Raad (Strafkamer), 21â€06â€2016

ECLI:NL:PHR:2016:512, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 26â€04â€2016

Beroepschrift, Hoge Raad, 06â€01â€2016

Wetingang

Art. 6, 175 lid 1 en 3 WVV 1994; art. 37a lid 1, 38e lid1 Sr; art. 359 lid 7 Sv

Essentie

Het hof heeft de TBS-maatregel opgelegd wegens overtreding van art. 6 WVV 1994 met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg. Het middel, dat klaagt over het oordeel van het hof dat art. 6 WVV 1994 een misdrijf is dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen als bedoeld in art. 38e lid 1 Sr en art. 359 lid 7 Sv, waarvoor TBS kan worden opgelegd faalt. De strafbaarstelling van art. 6 WVV 1994 betreft immers een ernstig misdrijf met de dood of (zwaar) lichamelijk letsel als gevolg. Het oordeel van het hof getuigt dus niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk en, gelet op hetgeen het hof heeft vastgesteld omtrent de feiten en omstandigheden waaronder het feit is begaan, toereikend gemotiveerd.

Partij(en)

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 september 2014, nummer 20/003690-13, in de strafzaak tegen: A., adv.: mr. H.M.W. Daamen, te Maastricht.

Voorgaande uitspraak

Cassatiemiddel:

Middel zie 2.1; (*red.*).

Conclusie

Conclusie A-G mr. W.H. Vellinga:

1.

De verdachte is bij arrest van 30 september 2014 door het gerechtshof 's-Hertogenbosch wegens A “overtreding van artikel 6 van de Wegenverkeerswet 1994, terwijl het een ongeval betreft waardoor een ander lichamelijk letsel wordt toegebracht en terwijl de schuldige na het feit niet heeft voldaan aan een bevel, gegeven krachtens artikel 163, zesde, lid van deze wet en terwijl het feit is veroorzaakt doordat de schuldige een krachtens deze wet voorgeschreven maximumsnelheid in ernstige mate heeft overschreden en gevaarlijk heeft ingehaald” veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van twaalf maanden en ontzegging van de bevoegdheid motorrijtuigen te besturen voor de duur van drie jaren. Verder heeft het hof met betrekking tot het onder A bewezenverklarde gelast dat de verdachte ter beschikking wordt gesteld met bevel dat hij van overheidswege zal worden verpleegd. De verdachte is voorts door het hof wegens het onder B bewezenverklarde, “overtreding van artikel 5 van de Wegenverkeerswet 1994”, veroordeeld tot een ontzegging van de bevoegdheid motorrijtuigen te besturen voor de duur van zes maanden. Tot slot heeft het Hof de vordering van de benadeelde partij toegewezen tot een bedrag van € 4.500. Voor dat bedrag is tevens een schadevergoedingsmaatregel opgelegd.

2.

Namens de verdachte heeft mr. H.M.W. Daamen, advocaat te Maastricht, één middel van cassatie voorgesteld.

3.

Het *middel* richt zich tegen het oordeel van het hof “dat de TBS-maatregel wordt opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen, te weten overtreding van artikel 6 van de Wegenverkeerswet 1994.” Volgens de toelichting op het middel geeft deze overweging blijk van een onjuiste uitleg van het begrip “misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen” zoals dat voorkomt in art. 38e lid 1 Sr.

4.

Het hof kon aan de verdachte terbeschikkingstelling met dwangverpleging opleggen omdat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het misdrijf, omschreven in het derde lid in verbinding met het eerste lid, onderdeel b, van art. 175 van de Wegenverkeerswet 1994 (art. 37a lid 1, 10, Sr). Aan het slot van de overwegingen waarin het hof uiteen zet waarom dient te worden gelast dat de verdachte ter beschikking wordt gesteld met bevel dat hij van overheidswege zal worden verpleegd, overweegt het hof:

“Het hof overweegt dat de TBS-maatregel wordt opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen, te weten overtreding van artikel 6 van de Wegenverkeerswet 1994. Dit betekent dat de totale duur van deze TBS-maatregel een periode van vier jaar te boven kan gaan en dus ongemaximeerd is.”

5.

Kennelijk is deze overweging ingegeven door hetgeen de Hoge Raad overwoog in zijn arrest van 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8434:

“4.2.

De Hoge Raad merkt op dat de hiervoor onder 3.3 weergegeven beslissing van het EHRM betrekking had op een zaak waarin de rechter die de maatregel van terbeschikkingstelling met verpleging (hierna: TBS) had opgelegd (de zogenoemde opleggingsrechter) zich niet had uitgelaten over de vraag of sprake was van een misdrijf gericht tegen of gevaar veroorzakend voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen (hierna kortheidshalve samengevat als: geweldsmisdrijf), en waarin de rechter die aanvankelijk op de vordering tot verlenging van die maatregel had beslist (de zogenoemde verlengingsrechter), had geoordeeld dat geen sprake was van zo een geweldsmisdrijf. Pas de rechter die in hoger beroep moest beslissen over verlenging van de TBS oordeelde anders en merkte het feit waarvoor de maatregel was opgelegd wel aan als een geweldsmisdrijf.

De Hoge Raad verstaat deze beslissing van het EHRM (EHRM 31 juli 2012 nr. 21203/10; WHV), waarin het belang van de rechtszekerheid wordt benadrukt als het gaat om vrijheidsberoving, aldus dat de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om een vrijheidsberoving te kunnen aanmerken als rechtmatig ('lawful'/'régulière') in de zin van art. 5, eerste lid, EVRM, duidelijk moeten zijn omschreven en dat de wijze waarop zij worden toegepast in redelijkheid voorzienbaar moet zijn. Dat

brengt mee dat in gevallen als de onderhavige het oordeel van de opleggingsrechter omtrent de vraag of de TBS is opgelegd ter zake van een geweldsmisdrijf, beslissend is voor de vraag of de maatregel op de voet van de art. 38d en 38e Sr vatbaar is voor verlenging door de verlengingsrechter. Het is dus de opleggingsrechter die — kort gezegd — oordeelt dat de door hem opgelegde TBS wel of niet is gemaximeerd.

4.3.

De vaststelling van dat oordeel door de verlengingsrechter zal in de regel betrekkelijk eenvoudig zijn indien de opleggingsrechter in zijn motivering van de opgelegde TBS — bij voorkeur in de bewoordingen van art. 359, zevende lid, Sv — tot uitdrukking heeft gebracht dat de maatregel wel of niet ter zake van een geweldsmisdrijf is opgelegd. Zulks is vooral van belang indien het misdrijf ter zake waarvan de TBS is opgelegd, niet zonder meer kan worden gekarakteriseerd als een geweldsmisdrijf — dus als een misdrijf dat was gericht tegen of gevaar heeft veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen — bijvoorbeeld in geval van bedreiging (art. 285 Sr) of belaging (art. 285b Sr), ter zake waarvan op grond van art. 37a, eerste lid onder 1°, Sr de onderhavige maatregel kan worden opgelegd.”

6.

Met betrekking tot de vraag of onder het begrip “misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen” zoals dat voorkomt in art. 38e lid 1 Sr, ook kan worden begrepen overtreding van art. 6 WVV 1994 in de in art. 175 lid 3 WVV 1994 beschreven strafverzwarende vorm zijn de volgende wettelijke bepalingen van belang:

— art. 37a lid 1 Sr:

“De verdachte bij wie tijdens het begaan van het feit gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens bestond, kan op last van de rechter ter beschikking worden gesteld indien:

1°

het door hem begane feit een misdrijf is waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld dan wel behoort tot een der misdrijven omschreven in de artikelen 132, 285, eerste lid, 285b, en 395 van het Wetboek van Strafrecht, 175, tweede lid, onderdeel b, of derde lid in verbinding met het eerste lid, onderdeel b, van de Wegenverkeerswet 1994, en 11, tweede lid, van de Opiumwet, en

2°

de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen het opleggen van die maatregel eist.”

— art. 37b Sr:

“1.

De rechter kan bevelen dat de ter beschikking gestelde van overheidswege wordt verpleegd, indien de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen de verpleging eist.

2.

Indien de rechter naast de maatregel van terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging van overheidswege een gevangenisstraf heeft opgelegd kan de rechter in zijn uitspraak een advies opnemen omtrent het tijdstip waarop de terbeschikkingstelling met verpleging van overheidswege dient aan te vangen.”

— art. 38e lid 1 (oud) Sr, zoals dat is ingevoerd bij de op 1 september 1988 in werking getreden wet van 19 november 1986, *Stb.* 1986, 587,^[1] houdende Herziening van de bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering, de Beginselenwet gevangeniswezen en enkele andere wetten omtrent de maatregel van terbeschikkingstelling en enige andere onderwerpen die met de berechting van geestelijk gestoorde delinquenten samenhangen:

“Verlenging van de termijn der terbeschikkingstelling is slechts mogelijk voor zover de totale duur van die terbeschikkingstelling daardoor een periode van vier jaar niet te boven gaat, tenzij:

1°

de maatregel van terbeschikkingstelling is toegepast ter zake van een geweldsmisdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor een of meer personen, en tevens

2°

de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen die verlenging eist.”

— art. 38e lid 1 (oud) Sr, zoals dat is ingevoerd bij Wet van 15 december 1993, houdende enkele wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Beginselenwet gevangeniswezen omtrent de terbeschikkingstelling en de observatie (*Stb.* 1994, 13), in werking getreden op 15 januari 1994:

“De totale duur van de maatregel van terbeschikkingstelling gaat een periode van vier jaar niet te boven, tenzij

de terbeschikkingstelling is opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen.”

— art.38e Sr, zoals dat thans luidt:

“1.

De totale duur van de maatregel van terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging van overheidswege gaat een periode van vier jaar niet te boven, tenzij de terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging van overheidswege is opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen.

2.

Behoudens de gevallen waarin een bevel als bedoeld in artikel 37b of artikel 38c is gegeven, gaat de totale duur van de maatregel van terbeschikkingstelling een periode van negen jaar niet te boven.

3.

Indien de totale duur van de terbeschikkingstelling niet in tijd is beperkt, kan de termijn van de terbeschikkingstelling telkens worden verlengd, wanneer de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen die verlenging eist.”

— art. 359, leden 7 en 8 Sv:

“7.

Als de maatregel van terbeschikkingstelling met verpleging is opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen, geeft het vonnis dit onder opgave van redenen aan.8. Alles op straffe van nietigheid.”

— Art 11 Grondwet (hierna: Gw):

“Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.”

7.

Het hiervoor aangehaalde art. 38e (oud) Sr maakte deel uit van een wijziging van het Wetboek van Strafrecht die erop was gericht de duur van de terbeschikkingstelling in beginsel aan een maximum te binden. Art. 38e (oud) Sr bevatte de uitzondering op die regel. De regering had aanvankelijk voorgesteld de duur van de terbeschikkingstelling in beginsel te beperken tot ten hoogste zes jaar.^[2] Gedurende het wetgevingsproces wijzigde de regering haar voorstel en koos voor een duur van ten hoogste vier jaar.^[3]

8.

Het bepaalde in het op 1 september 1988 ingevoerde art. 38e lid 1 (oud) Sr bleek in de praktijk niet te voldoen. Bezwaar van deze bepaling was, dat onder het begrip “geweldsmisdrijf” enkele ernstige zedendelicten niet werden begrepen hoewel het voor sommige veroordeelden ter zake van die delicten niet gewenst werd geacht de terbeschikkingstelling met dwangverpleging aan een maximale duur te binden. Dit leidde in 1994 tot een wetwijziging^[4] waarbij het begrip “geweldsmisdrijf” in art. 38e lid 1 (oud) Sr werd vervangen door “misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen”. Bij Wet van 1 juli 2010 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met de maatregel van terbeschikkingstelling met voorwaarden (Aanpassingen tbs met voorwaarden), in werking getreden op 1 september 2010, werd na “terbeschikkingstelling” ingevoegd: “met bevel tot verpleging van overheidswege”. Voorts werd daarbij het huidige tweede lid ingevoegd onder vernummering van het bestaande tweede lid tot derde lid.

9.

De parlementaire geschiedenis van de wetwijziging van 1994 houdt — met inbegrip van de hier niet vermelde voetnoten — in, voor zover hier van belang:

“In de praktijk zijn bij de verlenging van de maatregel van terbeschikkingstelling problemen gerezen rondom de uitleg van het begrip ‘geweldsmisdrijf’ als bedoeld in artikel 38, onder 1, WvSr. Dit begrip is immers noch in de betekenistitel van het Wetboek van Strafrecht noch in de betekenistitel van het Wetboek van Strafvordering omschreven. Ook de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling biedt niet altijd voldoende aanknopingspunten om met betrekking tot die misdrijven, die niet als expliciet delictsbestanddeel ‘geweld’ bevatten, steeds te voorzien of voldaan kan worden aan de in artikel 38, onder 1, WvSr voor de verlenging van de terbeschikkingstelling gestelde voorwaarde.

Artikel 38e WvSr is bij nota van wijzigingen opgenomen in het wetsvoorstel 11 932. De voorgestelde maximumduur van zes

jaar is nadien bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer bij amendement teruggebracht tot vier jaar. Uitgaande van de verdeling van ter beschikking gestelden, met een looptijd van de maatregel langer dan zes jaar, naar delict is in de memorie van antwoord een opsomming gegeven van de delicten waarvoor in de toekomst de maximumduur niet van toepassing zou zijn. Daaronder vielen de volgende misdrijven uit het Wetboek van Strafrecht:

- brandstichting indien daaraan levensgevaar voor een ander te duchten is (art. 157, onder 2);
- brandstichting met dood tot gevolg (art. 157, onder 3);
- mishandeling met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg (art. 300, tweede lid);
- zware mishandeling (art. 302);
- doodslag (art. 287);
- moord (art. 289);
- diefstal met geweld (art. 312);
- aanranding der eerbaarheid (art. 246);
- verkrachting (art. 242).

Onder de misdrijven in het Wetboek van Strafrecht waarvoor de maximumduur van toepassing zou zijn, werden gerekend:

- brandstichting met gevaar voor goederen (art. 157, onder 1);
- eenvoudige en gekwalificeerde diefstal (artt. 310, 311);
- ontucht met persoon beneden de zestien jaar (art. 247)
- vleselijke gemeenschap met meisje beneden de twaalf jaar (art. 244).

In de nota naar aanleiding van het eindverslag stelden de toenmalige bewindslieden het navolgende:

‘Voorts verzochten de leden om een nadere omschrijving van het begrip geweldsmisdrijf en vroegen zij waarom het delict van artikel 244 WvSr (vleselijke gemeenschap met een meisje beneden de leeftijd van 12 jaar) in de tabel op p. 11 van de memorie van antwoord niet was ingedeeld bij de categorie geweldsmisdrijven. Het begrip geweldsmisdrijf heeft betrekking op een misdrijf waardoor gevaar voor een of meer personen wordt veroorzaakt. Dit gevaar kan ontstaan ten gevolge van misdrijven die worden omschreven in de titels V (misdrijven tegen de openbare orde, VII (gemeengevaarlijke misdrijven), VIII (misdrijven tegen het openbaar gezag) en XIV (zedemisdrijven) van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht. Voorts behoren tot de geweldsmisdrijven de delicten omschreven in titel XVIII (misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid), XIX (misdrijven tegen het leven gericht) en XX (mishandeling) van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht. Het delict vervat in artikel 244 WvSr is in de memorie van antwoord ten onrechte niet bij de geweldsmisdrijven ingedeeld’.

De opvattingen omtrent de reikwijdte van het begrip ‘geweld’ wijzigen zich. Te wijzen valt op de Regeringsnota met betrekking tot het beleid ter bestrijding van seksueel geweld tegen vrouwen en meisjes. Seksueel geweld wordt in de nota in verschillende uitingsvormen beschreven. Uitgangspunt is de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam en de vrijheid tot seksuele zelfbeschikking. Op p. 18 van deze nota wordt onder meer gesteld: ‘In het Wetboek van Strafrecht worden onder seksuele geweldsmisdrijven verstaan aanranding en verkrachting, seksueel verkeer met minderjarigen en/of afhankelijke of bewusteloze personen’. Ook misdrijven die geen toepassing van fysiek geweld veronderstellen, zoals het plegen van ontucht, worden als seksuele geweldsmisdrijven gekenschetst. In de voortgangsrapportage seksueel geweld en het WVC-beleid (p. 3) wordt als seksueel geweld aangemerkt ‘iedere situatie waarin iemand er onder dwang toe wordt gebracht seksuele handelingen te ondergaan’. Volgens de voortgangsrapportage wordt hierbij de ‘fysieke en/of psychische integriteit van het slachtoffer geschonden en wel op een wijze die betrekking heeft op haar of zijn geslachtskenmerken’.

In het nader gewijzigd voorstel van wet tot wijziging van de artikelen 242 tot en met 249 van het Wetboek van Strafrecht wordt voorgesteld deze strafbepalingen aan te scherpen ten einde betere bescherming te bieden tegen bepaalde vormen van seksueel geweld. Blijkens de memorie van toelichting wordt aangesloten bij de omschrijving van het begrip ‘seksueel geweld’ in voormelde Regeringsnota ‘Bestrijding seksueel geweld tegen vrouwen en meisjes’. Op 1 december 1991 zijn de gewijzigde artikelen 242 tot en met 249 WvSr in werking getreden. Het voorgaande is ook voor de uitleg van het begrip ‘geweldsmisdrijf’ als bedoeld in artikel 38e, onder 1, WvSr niet zonder betekenis. Indien de executieve en de rechtspraak zich uitsluitend zouden laten leiden door de wetshistorische interpretatie, dan staat alleen vast dat het de bedoeling van de wetgever is geweest het misdrijf van artikel 247 WvSr niet en de misdrijven omschreven in de artikelen 242, 244 en 246 WvSr wél als geweldsmisdrijf aan te merken. Met betrekking tot het misdrijf omschreven in artikel 244 WvSr is uitdrukkelijk in de nota naar aanleiding van het eindverslag gesteld dat dit misdrijf ten onrechte niet bij de geweldsmisdrijven is ingedeeld. Dit standpunt is bij de verdere behandeling van wetsvoorstel 11 932 onweersproken gebleven. Met betrekking tot het misdrijf omschreven in artikel 247 WvSr hebben de toenmalige bewindslieden in de memorie van antwoord gesteld dat het geen geweldsmisdrijf betreft. Met betrekking tot de misdrijven omschreven in de artikelen 242 en 246 WvSr is in de memorie van antwoord gesteld dat zij als geweldsmisdrijven aangemerkt dienen te worden. Dit standpunt is eveneens onweersproken gebleven. De misdrijven omschreven in de artikelen 242 en 244 bevatten als delictsbestanddeel ‘geweld of bedreiging met geweld’. Het misdrijf omschreven in artikel 247 WvSr bevat dit delictsbestanddeel niet. De wetsgeschiedenis biedt geen aanknopingspunten bij de beantwoording van de vraag of de misdrijven omschreven in de bestaande artikelen 243, 245, 249 en 250ter WvSr onder het toepassingsbereik van artikel 38e, onder 1, WvSr vallen. Het valt niet te verwachten dat in de rechtspraak spoedig een algemene definitie omtrent dit begrip zal worden gegeven, evenmin als dat het geval was met betrekking tot het begrip ‘geweldsmisdrijf’. De rechter beperkt zich in de regel tot de

beoordeling van het concrete geval zoals hem dat is voorgelegd. Met betrekking tot dat concrete geval zal hij zich afvragen of er al dan niet sprake was van een geweldsmisdrijf. Voor de ontwikkeling van jurisprudentie omtrent de rubricering van verschillende delicten als geweldsmisdrijven is voorts de medewerking van het openbaar ministerie nodig. Als het openbaar ministerie zou besluiten om ter zake van bepaalde delicten na vier jaar geen verlenging te vorderen, omdat het desbetreffende delict door het openbaar ministerie niet als geweldsmisdrijf wordt aangemerkt, zal hieromtrent nooit het rechterlijk oordeel kunnen worden gevraagd. Voorts bestaat onzekerheid over de vraag of de voldoening van de in artikel 38e, onder 1, WvSr gestelde voorwaarde moet worden beoordeeld aan de hand van de bewezenverklaring en de kwalificatie of dat ook de bewijsmiddelen bij de oordeelsvorming betrokken mogen worden. Kortom verwacht moet worden dat de onzekerheid over de uitleg van het begrip 'geweldsmisdrijf' niet onmiddellijk en voor altijd kan worden opgelost. De onzekerheid over de uitleg van het begrip 'geweldsmisdrijf' in artikel 38e, onder 1, WvSr is niet alleen merkbaar bij de behandeling van ter beschikking gestelden. Ook de rechter die met de oplegging van de straf of maatregel is belast, kan hier problemen door ondervinden. Juist vanwege de onduidelijkheid omtrent de uitleg van dit begrip en dientengevolge ook omtrent de maximering van de op te leggen terbeschikkingstelling kan de rechter er om die reden toe overgaan over te stappen naar de (lange) gevangenisstraf.

Het lijkt mij thans gewenst dat aan de onzekerheid omtrent de vraag welke seksuele misdrijven als geweldsmisdrijven moeten worden beschouwd een einde wordt gemaakt en dat voorts het dubieuze onderscheid tussen het misdrijf omschreven in artikel 244 enerzijds en het misdrijf omschreven in artikel 247 anderzijds eveneens tot het verleden gaat behoren. Hieraan bestaat te meer behoefte, nu de wettelijke regeling inzake de zedendelicten ingrijpend wordt gewijzigd en het door de toenmalige bewindslieden gemaakte onderscheid tussen de zedendelicten, die wel en niet als geweldsmisdrijven moeten worden aangemerkt, zijn betekenis goeddeels heeft verloren. Voorts wijs ik er op dat ongeveer een derde van de terbeschikkingstellingen (mede) wordt opgelegd ter zake van het begaan van een seksueel delict. De behandeling van sommige seksuele delinkwenten kan langdurig van aard zijn en de periode van vier jaar te boven gaan. Ik stel daarom voor het begrip 'geweldsmisdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor een of meer personen' te vervangen door het begrip: misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen. Deze omschrijving sluit aan bij het bepaalde in artikel 11 van de Grondwet. Voor een verlenging van de terbeschikkingstelling met verpleging na vier jaar komen behalve de seksuele delicten, waarin het bestanddeel 'geweld' is opgenomen zoals de misdrijven omschreven in de artikelen 242 en 246 WvSr, ook de misdrijven omschreven in de artikelen 243, 244, 245, 247, 248ter, 249, 250, eerste lid, aanhef en onder 1, of 250, eerste lid, aanhef en onder 2, en tweede lid, WvSr in aanmerking. Voorts vallen onder het bereik van de nieuwe omschrijving ook de reeds hiervoor genoemde misdrijven die blijkens de memorie van antwoord behorende bij het wetsvoorstel 11 932 thans als geweldsmisdrijven moeten worden aangemerkt.

De in artikel 38e, onder 1, WvSr gestelde voorwaarde, zowel in de huidige tekst als in de door mij voorgestelde tekst, betreft een additionele voorwaarde voor de verlenging van de terbeschikkingstelling met verpleging. Voor alle verlengingen geldt immers de voorwaarde dat de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen die verlenging moet eisen. Zie de huidige artikelen 38d, tweede lid, en 38e, onder 2, WvSr. Laatstgenoemde voorwaarde vraagt om een prognostisch oordeel van de rechter op het moment dat over de verlenging van de terbeschikkingstelling beslist moet worden. Eerstgenoemde voorwaarde daarentegen betreft de vaststelling van een feit dat zich in het verleden heeft afgespeeld, namelijk of de ter beschikkingstelling is toegepast ter zake van een (gewelds)misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor (de onaantastbaarheid van het lichaam van) een of meer personen. De uitkomst van de beraadslaging door de rechter over de voldoening aan deze voorwaarde op het moment van de oplegging van de terbeschikkingstelling of op het moment van de verlenging van de terbeschikkingstelling behoort in principe dezelfde te zijn. Het gaat hier om een zuivere rechtsvraag waarvoor geen nader feitenonderzoek noodzakelijk is. Van de verlengingsrechter wordt niet geëist dat hij nagaat in hoeverre de ernstige inbreuk op de rechtsorde ten gevolge van het desbetreffende misdrijf is verbleekt en voorts retrospectief onderzoekt of dat misdrijf thans nog een terbeschikkingstelling rechtvaardigt. [\[5\]](#)

De leden van de SGP-fractie vroegen tegen de achtergrond van hun zorg voor de veiligheid van de samenleving naar de effecten van de nieuwe regeling op de veiligheidsrisico's. Ik verwacht dat de voorgestelde regeling een positieve uitwerking zal hebben; het doel van het wetsvoorstel is immers een verbetering van de besluitvorming bij het opleggen van de terbeschikkingstelling en een verduidelijking van de gevallen waarin een terbeschikkingstelling van onbepaalde duur kan worden opgelegd. De rechter die de maatregel oplegt bepaalt tevens tegelijkertijd of deze van al dan niet beperkte duur zal zijn. De rechter die moet beoordelen of de maatregel moet worden verlengd hoeft die keuze niet meer te maken. Ten tweede voorziet het wetsvoorstel erin dat degene die hetzij reeds meteen medewerking weigert aan een onderzoek naar de aanwezigheid van een geestelijke stoornis hetzij nieuwe medewerking in het verdere verloop van de procedure afwijst, daarmee niet kan bereiken dat er derhalve geen terbeschikkingstelling kan worden opgelegd. In de derde plaats merk ik op dat het aantal gevallen, waarin de beperking van de maximale duur van de terbeschikkingstelling kan worden opgeheven, wordt verruimd, namelijk door een vervanging van het bestaande begrip 'geweldsmisdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor een of meer personen' te vervangen door de omschrijving 'misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen'. Hiermee komt een einde aan de onzekerheid welke seksuele delicten als zo'n geweldsmisdrijf kunnen worden aangemerkt. Deze leden hadden kennis

genomen van het artikel van D.J.F. Hoekstra 'Eeuwig' proefverlof voor tbs-gestelden (*Nederlands Juristenblad* 1993, p. 141-142) en informeerden naar mijn reactie daarop.

Ik stel voorop dat de door de heer Hoekstra aan de orde gestelde problematiek niet ten gronde in dit wetsvoorstel aan de orde komt; dat zal wel het geval zijn in de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden en overige verpleegden strafrechtstoepassing, die voor advies aan de Raad van State is toegezonden.

Voor zover de heer Hoekstra ingaat op de mogelijke discrepantie tussen het strafrechtelijke proportionaliteitsbeginsel (straf naar de — begrensde — mate van schuld) en de lange of soms onbegrensde duur van de tbs-maatregel, verwijs ik andermaal naar de verduidelijking van het hiervoor weergegeven criterium in artikel 38e Sr.: de rechter die de maatregel oplegt bepaalt tevens of het delict van die aard was dat een ongemaximeerde terbeschikkingstelling is aangewezen. Bovendien is zoals hiervoor uiteengezet ook verduidelijkt in welke gevallen een tbs-maatregel van onbepaalde duur kan worden opgelegd, zodat beter rekening kan worden gehouden met de noodzaak om een aangevangen behandeling te voltooien. Ik wijs voorts op het rapport van de z.g. commissie Fokkens Sancties op maat, dat op 28 juni 1993 aan mij is aangeboden, en waarin aan deze problematiek aandacht wordt besteed. Zij stelt voor de mogelijkheid tot voorwaardelijke beëindiging van verpleging door de rechter in te voeren, waarbij bijzondere voorwaarden kunnen worden gesteld, als opname in een algemeen psychiatrisch ziekenhuis, een beschermde woonvorm, het volgen van bepaalde therapieën of het nemen van medicatie." [\[6.\]](#)

10.

Voor de hier aan de orde zijnde vraag is voor alles van belang of culpoze delicten onder het oorspronkelijk in art. 38e lid 1 Sr opgenomen begrip "geweldsmisdrijf" begrepen worden. Is dat het geval dan betekent dit dat culpoze delicten ook worden omvat door "misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen", een begrip dat immers is ingevoerd om de gevallen waarin de terbeschikkingstelling niet is gemaximeerd, uit te breiden.

11.

De wet kent geen beschrijving van het begrip "geweldsmisdrijf". Van Dale beschrijft het synoniem van geweldsmisdrijf, geweldsdelict, als delict dat bestaat uit of gepaard gaat met lichamelijk geweld. Blijkens de hiervoor weergegeven parlementaire geschiedenis begreep de wetgever onder "geweldsmisdrijf" uitsluitend dodelijke delicten. Deze gaan niet allemaal gepaard met lichamelijk geweld, zoals brandstichting. Maar de wetgever is niet zover gegaan onder "geweldsmisdrijf" ook te begrijpen dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld in het verkeer onder strafverzwarende omstandigheden (art. 6 jo 175, leden 1 en 3, WVV 1994), hoewel het bij de invoering van het hiervoor aangehaalde, in 1988 ingevoerde art. 38e (oud) Sr [\[7.\]](#) mogelijk bleef ter zake daarvan (toen nog art. 36 lid 3 WVV oud) terbeschikkingstelling met dwangverpleging op te leggen (art. 37a oud en 37b oud Sr [\[8.\]](#)).

12.

De wijziging van "geweldsmisdrijf" in "misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen" is niet ingegeven door de behoefte ook dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld in het verkeer onder strafverzwarende omstandigheden (art. 6 jo 175, leden 1 en 3, WVV 1994) onder het bepaalde in art. 38e lid 1 Sr te begrijpen, maar om buiten twijfel te stellen dat ook de in de memorie van toelichting genoemde zedendelicten vallen onder het bereik van het bepaalde in art. 38e lid 1 Sr. [\[9.\]](#)

13.

Bij de wijziging van "geweldsmisdrijf" in "een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen" is voor wat de gebezigde terminologie betreft aansluiting gezocht bij het bepaalde in art. 11 Gw voor wat betreft de term "onaantastbaarheid van het lichaam". Daarmee is nog niet gezegd dat ieder misdrijf dat bestaat in aantasting van het lichaam van een persoon valt onder het begrip "misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen". Het misdrijf, vervat in art. 6 jo. 175, leden 1 en 3, WVV 1994, bestaat wel in het inbreuk maken op de onaantastbaarheid van het lichaam maar is daar als culpoos delict niet op gericht. Het kan wel worden gezien als een misdrijf waardoor gevaar voor een of meer personen wordt veroorzaakt.

14.

De term "een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen" komt terug in het voorstel van wet tot Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de introductie van de bevoegdheid tot het bevelen van een middelenonderzoek bij geweldplegers en enige daarmee samenhangende wijzigingen van de Wegenverkeerswet 1994 (33 799). Dit voorstel bevatte oorspronkelijk de mogelijkheid tot middelenonderzoek in geval van verdenking van "een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de

onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen” (art. 55d nieuw Sv):

“1.

De opsporingsambtenaren, bedoeld in artikel 141, onderdelen a tot en met c, kunnen in het belang van het onderzoek bevelen dat een aangehouden verdachte van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen, medewerking verleent aan:

- a. een voorlopig onderzoek van uitgedemde lucht ter vaststelling van gebruik van alcohol;
- b. een onderzoek van speeksel of een onderzoek naar de psychomotorische functies en de oog- en spraakfuncties ter vaststelling van gebruik van middelen ten aanzien waarvan is vastgesteld dat die tot gewelddadig gedrag kunnen leiden, als bedoeld in het vierde lid.” [\[10.\]](#)

15.

Op grond van het door haar gewonnen inzicht, dat de voorgestelde bevoegdheid te ruim was, [\[11.\]](#) wijzigde de regering het wetsvoorstel in die zin dat “misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen” werd vervangen door “geweldsmisdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten”. Zij achtte het gewenst aan te sluiten bij andere bevoegdheden uit het Wetboek van Strafvordering die een inbreuk maken op de lichamelijke integriteit van de verdachte. Deze kunnen ook alleen maar worden toegepast in geval van verdenking van een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. [\[12.\]](#) Daarmee is overigens niet de vraag beantwoord waarom “misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen” moest worden vervangen door “geweldsmisdrijf”, een term die het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering alleen kennen in art. 14c en 77c Sr en in art. 257a Sv: “schadefonds geweldsmisdrijven”.

16.

Over de vraag of de door de regering nader voorgestelde mogelijkheid tot middelenonderzoek ruim genoeg was, bevat de nota naar aanleiding van het verslag het volgende:

“De leden van de CDA-fractie merken op dat dit wetsvoorstel ziet op toepassing van onderzoeken naar alcohol- of drugsgebruik bij een verdenking van een geweldsdelict waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan. Deze leden vragen waarom in het wetsvoorstel door het hanteren van dit criterium een aantal strafbaarstellingen van die onderzoeken uitgesloten zijn, bijvoorbeeld artikel 307, eerste lid, Sr (dood door schuld) en 308, eerste lid, Sr (zwaar lichamenlijk letsel door schuld). Zij vragen of uitsluiting van deze twee artikelen niet opmerkelijk is in het licht van de veronderstelling dat alcohol- en drugsgebruik ook van invloed kan zijn op het begaan van die delicten.

Aanleiding voor de beperking van de inzet van het middelenonderzoek tot geweldsmisdrijven waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is, zijn de adviezen van de Raad voor de rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten geweest. Deze organisaties vonden het oorspronkelijk gekozen criterium waarbij die beperking niet gold, te ruim. In het licht van de toepassingsvoorwaarden voor andere bevoegdheden uit het Wetboek van Strafvordering die een inbreuk maken op de lichamelijke integriteit van de verdachte, heeft hun kritiek mij doen beseffen dat dat inderdaad het geval was. De andere bevoegdheden kunnen ook alleen maar worden toegepast in geval van verdenking van een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. De bevoegdheid tot het inzetten van een middelenonderzoek grijpt niet minder in op de lichamelijke integriteit van betrokkene dan die andere bevoegdheden. Het is dan ook vanuit het oogpunt van consistentie logisch dat daarvoor dezelfde of vergelijkbare toepassingsvoorwaarden gelden. Door in dit wetsvoorstel aan te sluiten bij dat criterium is toepassing van een middelenonderzoek bij dezelfde strafbare feiten mogelijk als waarbij bijvoorbeeld tegen de wil van de verdachte celmateriaal ten behoeve van een DNA-onderzoek kan worden afgenomen of een van de onderzoeksmaatregelen uit artikel 61a Sv kan worden toegepast.” [\[13.\]](#)

17.

Het valt op dat de leden van de CDA-fractie het misdrijf van art. 307 lid 2 Sr (dood door schuld bestaande in roekeloosheid) kennelijk wel onder het begrip “geweldsmisdrijf” begrijpen. Zij klagen immers alleen dat door de bevoegdheid tot middelenonderzoek te beperken tot geweldsmisdrijven waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan in geval van misdrijven als bijvoorbeeld 307, eerste lid, Sr (dood door schuld) en 308, eerste lid, Sr (zwaar lichamenlijk letsel door schuld) geen middelenonderzoek kan worden toegepast. Dit laatste vindt bevestiging in het — door de Tweede Kamer aangenomen — amendement Toorenburg:

“De ondergetekende stelt het volgende amendement voor:

In artikel I, onderdeel A, wordt in artikel 55d, eerste lid, na ‘dat bij algemene maatregel van bestuur is aangewezen’ ingevoegd: of een aangehouden verdachte van een misdrijf als bedoeld in de artikelen 307, eerste lid, en 308, eerste en tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht.

Toelichting

Dit amendement regelt dat opsporingsambtenaren in het belang van het onderzoek eveneens een aangehouden verdachte

van een misdrijf als bedoeld in de artikelen 307, eerste lid, en 308, eerste en tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht kunnen bevelen medewerking te verlenen aan een voorlopig middelenonderzoek.

In het oorspronkelijk conceptwetsvoorstel kende onderhavig wetsvoorstel een bredere toepassing. Enkele geconsulteerde partijen vonden het gekozen criterium te ruim en naar aanleiding daarvan maakt de regering nu de voorgestelde middelentest enkel mogelijk bij geweldsmisdrijven waarbij voorlopige hechtenis (artikel 67 van het Wetboek van Strafvordering) kan worden toegepast. De regering motiveert dat door de lichamelijke integriteit van de verdachte te verkiezen boven algemene toepassing van een middelentest, ook bij relatief lichtere misdrijven.

Hoewel veel gepleegde misdrijven geen verband houden met het gebruik van alcohol en/of drugs (vooraf) en de mogelijkheid van een middelentest daarbij dan ook niet nodig is, zou die mogelijkheid bij een aantal misdrijven wellicht toch nuttig kunnen zijn, zo meent de indiener. Indien naar aanleiding van een middelentest vervolgens een hogere straf kan worden opgelegd en/of een bijzondere voorwaarde kan worden opgelegd kan dat wel degelijk een nuttige bijdrage leveren aan de algemene doelen van rechtspleging.

Indiener begrijpt de grens die door de regering nu wordt gelegd bij het plegen van 'geweldsmisdrijven' waarvoor de toepassing van voorlopige hechtenis is vereist. Op verzoek van de fractie van de indiener heeft de regering er bij nota van wijziging voor gekozen om het aantal geweldsmisdrijven uit te breiden die onder toepassing van dit wetsvoorstel vallen. Het gaat dan volgens de regering om de misdrijven als omschreven in de artikelen 282, 282a, 285a, 285b, 287, 288, 290, 291, 300 tot en met 303, 307, tweede lid, 312, 317, 350, 385a, 385b en 385d van het Wetboek van Strafrecht. Hierdoor is het mogelijk dat ook bij gepleegde strafbare feiten die vallen onder titel XXVII 'Vernieling of beschadiging' in het Wetboek van Strafrecht, een middelentest wordt ingezet.

Indiener is content dat dit verzoek is ingewilligd. Echter, er missen nog drie cruciale misdrijven die vanwege het strikte criterium van voorlopige hechtenis niet onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen. Het betreft de artikelen 307, eerste lid (dood door schuld in de vorm van nalatigheid), en 308, eerste lid (zwaar lichamenlijk letsel door schuld in de vorm van nalatigheid) en tweede lid (zwaar lichamenlijk letsel door schuld in de vorm van roekeloosheid), van het Wetboek van Strafrecht.

Indiener meent dat ook bij verdenking van deze misdrijven een middelentest zou moeten worden ingezet indien daar aanleiding toe bestaat. Het is zo dat dit een uitzondering op de wetssystematiek betekent omdat bij deze artikelen geen voorlopige hechtenis kan worden toegepast. Volgens indiener wordt dit gerechtvaardigd door de ernst van deze delicten en enorme impact die het kan hebben op slachtoffers en nabestaanden. Dat kan zowel gelden bij geweldspleging in de relationele sfeer als wel in het openbare uitgaansleven.

Is het achteraf aan hen uit te leggen dat geen middelentest is ingezet toen de verdachte werd verdacht van de (gepleegde) misdrijven? Indiener meent van niet.

Toepassing van de middelentest indien sprake is van een verdenking van het plegen van één van deze misdrijven, is volgens indiener dan ook gewenst en hiertoe strekt onderhavig amendement." [\[14.\]](#)

18.

De wetgever vat hier het begrip "geweldsmisdrijf" dus zo ruim op dat daaronder culpoze delicten worden begrepen. Wanneer wordt bedacht dat in de opvatting van de wetgever bij dit wetsontwerp "geweldsmisdrijf" in elk geval niet meer strafbare feiten omvat dan "een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen" dan moet de conclusie zijn dat in de (huidige) ogen van de wetgever "een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen" ook culpoze delicten omvat.

19.

Wordt uitgaande van deze uitleg van "geweldsmisdrijf" bedacht dat de wetgever bij wijziging van art. 38e Sr de opvatting huldigde dat "misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen" meer misdrijven omvat dan "geweldsmisdrijf" dan zou dat tot de conclusie moeten leiden dat onder "misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen" in art. 36e Sr ook culpoze misdrijven zouden moeten worden begrepen. Daar staat echter het volgende tegenover.

20.

De term "geweldsmisdrijf" komt ook voor in de Wet schadefonds geweldsmisdrijven, zij het dat art. 3 lid 1 van deze wet spreekt van "opzettelijk geweldsmisdrijf":

"1.

Uit het fonds kunnen uitkeringen worden gedaan:

- a. aan een ieder die ten gevolge van een in Nederland opzettelijk gepleegd geweldsmisdrijf ernstig lichamenlijk of geestelijk letsel heeft bekomen;
- b. (...)"

21.

Over de term “gewelddsmisdrijven” c.q. “geweldddelicten” merkt de wetgever op:

“Culpoze delicten worden niet door de voorgestelde regeling bestreken. Aangezien het element van (bewuste) agressie bij deze delicten ontbreekt, kunnen zij trouwens moeilijk tot de gewelddsmisdrijven worden gerekend.” [\[15.\]](#)

en

“In de derde plaats is bepleit het fonds open te stellen voor slachtoffers van niet-opzettelijk gepleegde gewelddsmisdrijven. Zoals in de memorie van toelichting (p. 5) bij de wet wordt opgemerkt kunnen deze culpoze delicten moeilijk tot de geweldddelicten worden gerekend omdat het element van (bewuste) agressie bij deze delicten ontbreekt. De consequentie hiervan is dat slachtoffers van deze delicten, hoe vervelend hun positie ook kan zijn, doorgaans niet kunnen worden gerekend tot de categorie van schrijnende gevallen waarvoor de wet in een tegemoetkoming voorziet. Ook hiermee zou het uitgangspunt van de wet — dat het moet gaan om schrijnende gevallen — worden verlaten.” [\[16.\]](#)

22.

In tegenstelling tot het voorstel van wet tot Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de introductie van de bevoegdheid tot het bevelen van een middelenonderzoek bij geweldplegers en enige daarmee samenhangende wijzigingen van de Wegenverkeerswet 1994 (33 799), zoals dat thans luidt, omvat het begrip “gewelddsmisdrijf” in de Wet schadefonds gewelddsmisdrijven juist niet culpoze delicten.

23.

Het voorgaande laat zien dat de wetgever een verre van eenduidige uitleg hanteert van de term “gewelddsmisdrijf”. Het moge zo zijn dat in een recent wetsvoorstel onder “gewelddsmisdrijf” culpoze delicten mede worden begrepen, dit lijkt een breuk te zijn met de uitleg die tot dan toe aan dat begrip werd gegeven, te weten niet omvattende culpoze delicten. Daarom zie ik in de meeste recente invulling van het begrip “gewelddsmisdrijf” onvoldoende reden om onder het oorspronkelijk in art. 38e Sr gebezigde begrip “gewelddsmisdrijf” culpoze delicten mede te begrijpen. Het komt dus aan op de vraag of de wetgever met de uitbreiding van “gewelddsmisdrijf” naar “misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen” beoogde te bereiken dat ook in geval van veroordeling voor het misdrijf vervat in art. 175, tweede lid, onderdeel b, of derde lid in verbinding met het eerste lid, onderdeel b, van de Wegenverkeerswet 1994 de terbeschikkingstelling met dwangverpleging niet aan een maximumduur zou worden gebonden.

24.

Zoals hiervoor onder 9-12 reeds aan de orde is geweest, biedt de parlementaire geschiedenis geen aanknopingspunten voor de opvatting dat de uitbreiding van gevallen waarin de terbeschikkingstelling niet is gemaximeerd (mede) is ingegeven door de behoefte om onder het in art. 38e lid 1 Sr opgenomen begrip “misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen” het misdrijf vervat in art. 175, tweede lid, onderdeel b, of derde lid in verbinding met het eerste lid, onderdeel b, van de Wegenverkeerswet 1994 te begrijpen. Daarom dient het in art. 38e lid 1 Sr opgenomen begrip “misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen” aldus te worden verstaan dat daaronder culpoze delicten, waaronder het misdrijf vervat in art. 175, tweede lid, onderdeel b, of derde lid in verbinding met het eerste lid, onderdeel b, van de Wegenverkeerswet 1994, niet worden begrepen. Daarbij weeg ik mee dat een andere uitleg ingrijpende gevolgen heeft voor een verdachte, omdat deze de maximering van de terbeschikkingstelling buiten werking stelt en als uitzondering op de regel dus duidelijk door de wetgever moet zijn beoogd, ook uit een oogpunt van voorzienbaarheid [\[17.\]](#) voor de verdachte.

25.

Het middel slaagt.

Uitspraak

Hoge Raad:

2. Beoordeling van het middel

2.1.

Het middel richt zich tegen het oordeel van het Hof dat de maatregel van TBS wordt opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen als bedoeld in art. 38e, eerste lid, Sr en art. 359, zevende lid, Sv.

2.2.1.

Ten laste van de verdachte is, voor zover voor de beoordeling van het middel van belang, bewezenverklaard dat:

“hij op 6 mei 2013 te Etten-Leur als verkeersdeelnemer, namelijk als bestuurder van een motorrijtuig, daarmee rijdende over de Liesbosweg, welke weg bestond uit een rijbaan met twee weghelften, zich zodanig heeft gedragen dat een aan zijn schuld te wijten verkeersongeval heeft plaatsgevonden door zeer onvoorzichtig te rijden, immers heeft hij:

- als beginnend bestuurder en
- terwijl aan hem, verdachte, geen geldig rijbewijs als bedoeld in artikel 107 van de Wegenverkeerswet 1994 was afgegeven, daar zijn rijbewijs ongeldig was verklaard en
- terwijl hij, verdachte, na het feit niet heeft voldaan aan een bevel gegeven krachtens artikel 163, zesde lid, van de Wegenverkeerswet 1994 en
- een rood uitstralend verkeerslicht genegeerd en
- gereden met een snelheid van minimaal 78 en maximaal 87 kilometer per uur, althans een — gelet op de verkeerssituatie — te hoge snelheid en
- op gevaarlijke wijze meerdere voertuigen ingehaald door op de rijbaan voor het tegemoetkomende verkeer te gaan rijden, waarbij hij, verdachte, een vrachtwagen en twee personenauto's achter elkaar heeft ingehaald, zeer kort voordat de Liesbosweg een scherpe bocht naar links maakt, welke bocht hij, verdachte, met onverminderde snelheid heeft genaderd en
- net voor die bocht plotseling naar rechts heeft gestuurd ten gevolge waarvan de personenauto in een slip is geraakt, althans ten gevolge waarvan hij, verdachte, de macht over het stuur is verloren,

waardoor hij, verdachte, met zijn personenauto tegen E. is aangereden waardoor aan haar zwaar lichamelijk letsel, te weten een schedeldak impressiefractuur en een tibiachachtfractuur, is toegebracht.”

2.2.2.

Deze bewezenverklaring steunt, voor zover voor de beoordeling van het middel van belang, op de volgende bewijsvoering:

“Op grond van het verhandelde ter terechtzitting in hoger beroep gaat het hof uit van de navolgende feiten en omstandigheden.

Op 6 mei 2013, omstreeks 10.50 uur, vond er tussen verdachte en J. een vechtpartij plaats in de nabijheid van de kruising van de Liesbosweg en het Schoonhout binnen de bebouwde kom van Etten-Leur. De toevallig ter plaatse zijnde verbalisant verbalisant 1 is hierop afgegaan en heeft beide vechtende mannen uit elkaar gehaald en tegen verdachte gezegd dat hij nog een verklaring van hem wilde afnemen. Verdachte heeft vervolgens plaats genomen achter het stuur van zijn auto, welke auto zich bevond op een parkeerterrein aan de Liesbosweg. Verdachte heeft de auto gestart en is achteruit van het parkeerterrein de Liesbosweg opgereden om vervolgens met hoge snelheid vooruit richting de kruising met het Schoonhout te rijden. Verdachte heeft verklaard dat hij niet in aanraking wilde komen met de politie. Op het kruispunt heeft verdachte een rood uitstralend verkeerslicht genegeerd en heeft zijn weg vervolgd en — in strijd met de ter plaatse geldende maximumsnelheid van 50 km/h — met een hoge snelheid van minimaal 78 en maximaal 87 kilometer per uur gereden. Toen verdachte zag dat de politie achter hem aankwam, heeft hij een vrachtwagen en twee personenauto's ingehaald.

Verdachte heeft alvorens hij inhaalde, gekeken of er geen tegenliggers aankwamen. Om deze voorliggers te kunnen inhalen heeft verdachte moeten rijden op de rijbaan voor het tegemoetkomende verkeer. Eén en ander vond plaats kort voordat de Liesbosweg een scherpe bocht naar links maakt, met aldaar een middengeleider, alsmede een verkeersdrempel in de weg gelegen. Verdachte heeft deze bocht met onverminderde snelheid genaderd.

Vervolgens heeft verdachte net voor die bocht een plotselinge stuurbeweging naar rechts gemaakt om, naar eigen zeggen, uit te wijken voor een tegemoetkomende vrachtwagen. Ten gevolge van deze plotselinge stuurbeweging is zijn auto in een slip geraakt en is verdachte de macht over het stuur kwijtgeraakt. De auto is gaan driften en tegen een trottoirband gekomen. De auto van verdachte is, na te zijn geroteerd en haaks op zijn oorspronkelijke rijrichting door de rechts van de rijbaan van de Liesbosweg gelegen grasberm te zijn geslipt, ter hoogte van de voetganger- en fietsoversteekplaats tot stilstand gekomen in de bosjes gelegen tussen het voetpad en het fietspad. Daar heeft de achterkant van de auto van verdachte twee jonge meisjes geraakt, te weten E. en I., die daar met hun moeder liepen te wandelen. Nadat het voertuig tot stilstand was gekomen, is verdachte gas blijven geven, maar is het hem niet gelukt om weg te komen. De meisjes werden door de moeder van E. onder het voertuig uit getrokken. (...)

Verdachte was op de datum van het ongeval aan te merken als een beginnend bestuurder, nu hem voor het eerst op 9 februari 2009 een geldig rijbewijs was afgegeven. Bij besluit van 1 november 2012 is dit rijbewijs van verdachte — althans categorie B van dit rijbewijs — ongeldig verklaard, omdat verdachte onvoldoende had meegewerkt aan een alcoholslotprogramma.

Verdachte heeft geweigerd mee te werken aan een bloedonderzoek in de zin van artikel 163, zesde lid, van de Wegenverkeerswet 1994.”

2.2.3.

Het Hof heeft het bewezenverklaarde als volgt gekwalificeerd:

“overtreding van artikel 6 van de Wegenverkeerswet 1994, terwijl het een ongeval betreft waardoor een ander lichamelijk letsel wordt toegebracht en terwijl de schuldige na het feit niet heeft voldaan aan een bevel, gegeven krachtens artikel 163, zesde, lid van deze wet en terwijl het feit is veroorzaakt doordat de schuldige een krachtens deze wet voorgeschreven maximumsnelheid in ernstige mate heeft overschreden en gevaarlijk heeft ingehaald.”

2.2.4.

Het Hof heeft de verdachte te dier zake veroordeeld tot een gevangenisstraf van twaalf maanden met een ontzegging van de bevoegdheid tot het besturen van motorrijtuigen voor de duur van drie jaren. Voorts heeft het Hof bevolen dat de verdachte ter beschikking zal worden gesteld met bevel tot verpleging van overheidswege. Met betrekking tot de sanctieoplegging heeft het Hof het volgende overwogen:

“Bij de bepaling van de op te leggen straf heeft het hof gelet op de aard en de ernst van hetgeen bewezen is verklaard, op de omstandigheden waaronder het bewezen verklaarde is begaan en op de persoon van de verdachte, zoals een en ander bij het onderzoek ter terechtzitting naar voren is gekomen.

Volgens de landelijke oriëntatiepunten straftoemeting, waarin het gebruikelijke rechterlijke straftoemittingsbeleid zijn neerslag heeft gevonden, wordt bij de straftoemeting van de overtreding van artikel 163 van de Wegenverkeerswet in beginsel uitgegaan van een promillage van tussen de 866 en 945 Ugl. Nu verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan de overtreding van voornoemd artikel, zal het hof derhalve bij het bepalen van de strafoplegging een promillage van tussen de 866 en 945 Ugl als uitgangspunt nemen.

Volgens voornoemde oriëntatiepunten zou voor een overtreding van artikel 6 van de Wegenverkeerswet 1994, waarbij sprake is van een grove verkeersfout met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg en met een alcoholpromillages boven de 570 Ugl, een onvoorwaardelijk gevangenisstraf voor de duur van 7 maanden en een ontzegging van de rijbevoegdheid voor de duur van 3 jaren als passend kunnen worden beschouwd, waarbij is gelet op de aard en de ernst van hetgeen bewezen is verklaard in verhouding met andere strafbare feiten, zoals onder meer tot uitdrukking komt in het hierop gestelde wettelijk strafmaximum.

Het hof is echter van oordeel dat met deze straf niet kan worden volstaan en houdt hierbij in strafverzwarende zin in het bijzonder rekening met:

- de strafverzwarende omstandigheden dat verdachte niet heeft voldaan aan een bevel medewerking te verlenen aan een bloedonderzoek, de ter plaatse geldende maximumsnelheid in ernstige mate heeft overschreden en gevaarlijk heeft ingehaald;
- de omstandigheid dat verdachte blijkens het hem betreffende uitgebreide Uittreksel Justitiële Documentatie van 7 augustus 2014 voorafgaande aan het bewezen verklaarde ten aanzien van Wegenverkeerswetfeiten tweemaal eerder, onder meer voor overtreding van de artikelen 5 en 8 van de Wegenverkeerswet 1994 onherroepelijk is veroordeeld. Ook is verdachte voorafgaande aan het bewezen verklaarde meerdere malen (in 2007, 2008, 2010 en 2011) ten aanzien van ernstige geweldsdelicten onherroepelijk veroordeeld. In 2003 is ter zake van een geweldsfeit een PIJ-maatregel opgelegd en in 2002 een voorwaardelijke PIJ-maatregel. Deze eerdere veroordelingen hebben verdachte blijkbaar het laakbare van zijn handelen niet doen inzien;
- de omstandigheid dat het bewezen verklaarde, blijkens onder meer de slachtofferverklaring die de moeder van het slachtoffer E. heeft afgelegd ter terechtzitting in hoger beroep, een enorme impact heeft gehad op de slachtoffers en hun familie en zij nog dagelijks met de gevolgen er van worden geconfronteerd.

Ten voordele van verdachte houdt het hof rekening met de omstandigheid dat — gelet op de hierna te noemen rapporten — verdachte ten tijde van het ten laste gelegde verminderd toerekeningsvatbaar was.

Gelet op het vorenstaande is het hof van oordeel dat niet kan worden volstaan met een andere of lichtere sanctie dan een straf die onvoorwaardelijke vrijheidsbeneming met zich brengt. Het hof acht de oplegging van een gevangenisstraf voor de duur van 12 maanden passend bij de persoon van verdachte en de ernst van en de omstandigheden waaronder het subsidiair onder A bewezen verklaarde is begaan.

Mede ter bescherming van de verkeersveiligheid zal het hof zowel ter zake van het subsidiair onder A, alsmede het onder B bewezen verklaarde, aan de verdachte de bevoegdheid ontzeggen om motorrijtuigen te besturen.

(...)

Bij de straftoemeting en bij het opleggen van na te melden maatregel heeft het hof voorts gelet op de inhoud van de volgende rapporten:

1.

Het op 9 oktober 2013 opgemaakte psychiatrisch rapport van H. Kondakçi, psychiater en geregistreerd gerechtelijk deskundige, welk rapport — kort en zakelijk weergegeven — onder meer inhoudt als conclusie en advies van de rapporteur: ‘Betrokkene weigerde zijn medewerking. (p. 4)

De risicoprognose wordt als ongunstig beschouwd. Op basis van de historische en klinische feiten en de opstelling ten tijde van het huidige onderzoek dient te worden geconcludeerd, dat de kans op terugval in agressief delictsgedrag aanwezig is.

Beschermende factoren die de recidivekans in positieve zin zouden beïnvloeden (zinvolle en gestructureerde daginvulling, waardering verschaffend sociaal netwerk, accepteren van passende intensieve begeleiding) lijken er niet of nauwelijks te zijn. Met name het beperkte zelfinzicht, de externaliserende houding en de afwijzende en wantrouwige opstelling naar de hulpverlening zijn prognostisch sterk ongunstige factoren. (p. 27)

Het nemen van verantwoordelijkheid voor zijn daden en het tonen van schuld lijken hem niet makkelijk af te gaan. Het gebrek aan probleembesef en zelfinzicht baart zorgen. Er zijn geen overtuigende aanwijzingen dat in de afgelopen jaren deze aspecten zijn veranderd. In de meest recente behandelingen, zoals bijvoorbeeld bij 't Dok, blijken deze negatieve factoren een belemmerende rol te hebben gespeeld in de behandeling. Behandeling vindt hij blijkbaar onzin. Hij houdt zich niet aan behandelafspraken en ontloopt urinecontroles. Opvallend is dat betrokkene nauwelijks heeft kunnen profiteren van een vier jaar durende PIJ-maatregel, blijkens de terugkomende justitiële contacten en veroordelingen na deze intensieve behandeling. (p. 28)

De weigering heeft het doen van maximaal gefundeerde diagnostische uitspraken bemoeilijkt, immers eigen onderzoek was niet mogelijk. Op basis van alle informatie in het dossier, de justitiële voorgeschiedenis, de aanvullende informatie uit het milieuonderzoek, het overleg met mede-rapporteurs, meent ondergetekende dat het mogelijk is om tot een (voorlopige) diagnostische classificatie te komen. Verondersteld wordt dat er bij betrokkene sprake is van alcoholmisbruik en een antisociale persoonlijkheidsstoornis. (p. 29)

Aangenomen wordt dat voornoemde stoornissen ook ten tijde van het ten laste gelegde aanwezig waren.

Het is waarschijnlijk dat er een verband bestaat tussen bovengenoemde stoornissen en het delict. Immers betrokkene blijkt langere tijd bekend te zijn met een alcoholprobleem. De antisociale persoonlijkheidsstoornis kent een duurzaam patroon van problematisch gedrag, beginnend reeds in jeugdijaren. De diagnose van een gedragsstoornis is bij betrokkene middels diverse onderzoeken bevestigd. Het is aannemelijk te veronderstellen dat deze stoornissen (antisociale persoonlijkheidsstoornis en alcoholmisbruik) ook voorafgaand aan en ten tijde van het delict aanwezig waren. Gerelateerd aan de antisociale persoonlijkheidsstoornis is het aannemelijk te veronderstellen dat betrokkene impulsief, agressief en grensoverschrijdend kan handelen, juist wanneer hij meent zich in een voor hem bedreigende situatie te bevinden. Vanwege de geringe draagkracht, de beperkte frustratietolerantie en impulscontroleproblemen zal hij (vermoedelijk) onder stress en spanning zijn agressieve impulsen minder goed kunnen beheersen. Daarbij zal hij (vermoedelijk) zich weinig (tot geen) rekenschap kunnen geven wat de effecten van zijn gedrag en handelen voor derden betekenen. Hij zal (vermoedelijk) de effecten van zijn handelen onvoldoende kunnen overzien. De veiligheid van anderen zal dan (vermoedelijk) niet of nauwelijks een punt van overweging zijn. Het eigen belang zal dan (vermoedelijk) prevaleren boven het belang van anderen. (p. 30)

Verminderd toerekeningsvatbaar kan worden geadviseerd met betrekking tot de hem ten laste gelegde feiten.

Om de recidive kans te verkleinen is een klinische behandeling geïndiceerd. Deze zou gericht moeten zijn op enerzijds de verslavingsproblematiek en anderzijds de persoonlijkheidsstoornis. Gezien de ernst van de feiten, de geschatte ernst van de problematiek, de uitgebreide justitiële voorgeschiedenis, het feit dat behandelingen tot op heden terugval in delictsgedrag niet hebben kunnen voorkomen en het geschatte recidivegevaar, waarbij de veiligheid van de samenleving in het geding komt, zou het kader van een voorwaardelijke TBS overwogen kunnen worden. Echter, mocht betrokkene geen medewerking willen verlenen, wordt uw College een TBS met dwangverpleging, als ultieme middel, om de veiligheid van de samenleving te waarborgen en betrokkene een kans op behandeling te bieden, ter overweging gegeven. (p. 31)

2.

Het op 9 oktober 2013 opgemaakte psychologisch rapport van F. van Nunen, klinisch psycholoog en gerechtelijk deskundige, welk rapport — kort en zakelijk weergegeven — onder meer inhoudt als conclusie en advies van de rapporteur: 'Betrokkene werkte niet aan het onderzoek mee. (p. 12)

Het blijkt dat er over een langere periode van ongeveer 15 jaar steeds dezelfde persoonlijkheidskenmerken naar voren komen, mede waardoor hij met geweldsmisdrijven recidiveert. Daarnaast blijkt hij bij herhaling onvoldoende gemotiveerd te zijn voor (ambulante) begeleiding/behandeling.

De persoonlijkheidskenmerken die in de berichtgeving van de deskundigen steeds terugkomen zijn:

- het niet in staat zijn zich te conformeren aan de maatschappelijke norm dat men zich aan de wet moet houden, zoals blijkt uit het bij herhaling tot handelingen komen die een reden voor arrestatie kunnen zijn;
- oneerlijkheid, bezwendelen ten behoeve van eigen voordeel;
- agressiviteit, zoals blijkt uit het bij herhaling komen tot vechtpartijen of geweldpleging;
- roekeloze onverschilligheid voor de veiligheid van anderen;
- ontbreken van spijtgevoelens, zoals blijkt uit de ongevoeligheid voor of het rationaliseren van het feit anderen mishandeld te hebben;
- gebrekkige gewetensfunctie;
- onverantwoordelijkheid.

Verder is er een diepgaand patroon van gebrek aan achtung voor en schending van rechten van anderen vanaf het vijftiende jaar aanwezig en zijn er aanwijzingen voor een gedragsstoornis.

De voorgaande zijn antisociale persoonlijkheidskenmerken, die wijzen in de richting van een antisociale persoonlijkheidsstoornis.

Verdere persoonlijkheidskenmerken die in de berichtgeving steeds terugkomen zijn:

- sterke ik-gerichtheid;
 - onverstoorbaarheid;
 - snelle egokrenking;
 - gebrek aan empathie;
 - kan anderen exploiteren om eigen voordeel te bereiken,
- die als narcistische persoonlijkheidskenmerken aangemerkt kunnen worden.

Voorgaande persoonlijkheidskenmerken, waarvan uit de dossierinformatie over de jaren heen niet blijkt dat daarin verandering is gekomen, zijn redenen om te kunnen concluderen dat er sterke aanwijzingen zijn voor een persoonlijkheidsstoornis met antisociale/agressieve en narcistische kenmerken. (p. 19)

De kans op recidive van gewelddadig en/of risicovol gedrag lijkt aanwezig. De kans op recidive van gewelddadig gedrag zou als matig tot hoog op een schaal van laag-matig-hoog verondersteld kunnen worden.

De zorgprognose is somber. Uit de dossierinformatie blijkt dat betrokkene zeer moeilijk te beïnvloeden is. (p. 20)

Ondanks dat betrokkene weigerde aan het onderzoek mee te werken was er voldoende (dossier) informatie aanwezig om op de hieronder gestelde vragen te reageren.

Er zijn sterke aanwijzingen dat onderzochte lijdende is aan een ziekelijke stoornis/gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens. Een ziekelijke stoornis/gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens in de zin van een persoonlijkheidsstoornis met antisociale en narcistische kenmerken.

Hiervan was sprake ten tijde van het plegen van het ten laste gelegde.

Er zijn sterke aanwijzingen dat de eventuele ziekelijke stoornis/gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens onderzochte's gedragskeuzes c.q. zijn gedragingen ten tijde van het ten laste gelegde zodanig beïnvloedde dat het ten laste gelegde daaruit (mede) verklaard kan worden. (p. 21)

Er zijn sterke aanwijzingen dat er bij betrokkene sprake is van een persoonlijkheidsstoornis en het verband daarmee met het ten laste gelegde delict voldoende redenen om een verminderde toerekeningsvatbaarheid te mogen veronderstellen. Met name de roekeloze onverschilligheid voor de veiligheid van anderen en het gebrek aan empathisch vermogen zijn factoren voortkomend uit de stoornis van betrokkene die van belang zijn voor de kans op recidive. Andere factoren die hierbij in ogenschouw moeten worden genomen zijn het eventueel drankmisbruik en het zich bevinden in een criminogeen getint sociaal netwerk.

Er zijn voldoende aanwijzingen dat om recidive van soortgelijke strafbare zaken te voorkomen plaatsing binnen een beschermde, sterk gestructureerde intramurale (behandelings/begeleidings-) setting nodig is. Als juridische kaders voor een dergelijke plaatsing kunnen achtereenvolgens genoemd worden: de (deels) voorwaardelijke vrijheidsstraf, de TBS met voorwaarden en de TBS met verpleging. Daarbij dient vermeld te worden dat in verband met de haalbaarheid van de eerste twee opties er naar mening van de onderzoeker bij betrokkene te weinig begeleiding/behandelings motivatie aanwezig is. (p. 22)

Het hof heeft tevens kennis genomen van een rapport van de reclassering van 27 augustus 2013. Uit dit rapport blijkt dat er in het verleden meermalen over A. pro justitia is gerapporteerd. Vanaf 2010 heeft hij volgens de reclassering steeds zijn medewerking geweigerd. De reclassering komt tot de conclusie dat er sprake is van een hoge recidivekans. Ook het risico op onttrekken aan voorwaarden schat de reclassering in als hoog. Ook schat de reclassering in dat er risico op letselschade is. Voorts concludeert de reclassering dat betrokkene wederom geen probleembesef laat zien. Hij bagatelliseert de feiten hetgeen een terugkerend patroon is. In het toezicht is duidelijk geworden hoe belangrijk structuur voor betrokkene is. Op het moment dat dit wegvalt, lijkt hij in een neerwaartse spiraal terecht te komen. Op dat moment lijkt ambulante begeleiding c.q. behandeling weinig effectief te zijn. Zowel rapporteur als de toezichthouder vinden betrokkenes situatie zorgwekkend. Laatstgenoemde spreekt uit dat betrokkene in feite bij de hand genomen moet worden en dagelijks begeleiding nodig heeft. Een klinische behandeling lijkt derhalve geïndiceerd, aldus de reclassering.

Het hof neemt de inhoud en de conclusies van voornoemde rapporten over en maakt het tot de zijne.

Verdachte heeft ter terechtzitting in hoger beroep verklaard dat hij behandeling niet nodig acht. Voorts heeft verdachte verklaard dat hij pertinent niet bereid is om mee te werken aan behandeling wanneer dit in een verplichte setting zou plaatsvinden en hij alleen hiertoe bereid is indien het een vrijwillig karakter heeft. Eerst nadat verdachte — na een korte onderbreking van het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep — overleg had gehad met zijn raadvrouw heeft hij zich bereid verklaard mee te werken aan een behandeling.

Verdachte heeft niet alleen ter terechtzitting in hoger beroep, maar ook in het recente verleden aangegeven dat hij niet wenst te worden behandeld. Zo valt in het forensisch milieurapport van W. de Kruijf (d.d. 21 juni 2013 en 10 juli 2013) te lezen dat verdachte tegenover een reclasseringsmedewerker van het Dok te Breda (waar de behandeling van verdachte op 11 juni 2012 werd beëindigd) heeft verklaard dat hij de behandeling 'onzin' vond. (p. 5) Ook in een gesprek met de rapporteur van de reclassering (Reclasseringsadvies d.d. 27 augustus 2013) heeft verdachte 'duidelijk kenbaar gemaakt dat hij niet meer openstaat voor hulpverlening. Hij is in de veronderstelling dat hij het zelf veel beter kan.' (p. 8)

Gelet op genoemde inhoud van het milieuraapport en het Reclasseringsadvies en verdachtes verklaring, die hij heeft afgelegd ter terechtzitting in hoger beroep voordat hij overleg met zijn raadvrouw had gehad, is naar het oordeel van het hof bij verdachte geen sprake van een waarachtige en betrouwbare gemotiveerdheid en bereidheid om zich te onderwerpen aan bijzondere voorwaarden in het kader van een voorwaardelijke gevangenisstraf, dan wel een terbeschikkingstelling met voorwaarden. Het hof gaat dan ook aan verdachtes bereidheid om alsnog mee te werken voorbij. Met de rechtbank ziet het hof dan ook geen ruimte voor genoemde vormen van behandeling, mede gezien in het licht van de inhoud van voornoemde rapporten, eerdere interventies in het verleden niet het gewenste effect hebben gehad en verdachte nadien wederom in de fout is gegaan.

Gelet op vorenstaande, de inhoud van de genoemde rapportages, de ernst van het gepleegde feit en ook het strafblad en de justitiële voorgeschiedenis van verdachte is het hof van oordeel dat een TBS-maatregel noodzakelijk is. Het hof stelt vast dat aan de voorwaarden voor het opleggen van de maatregel van terbeschikkingstelling is voldaan. Immers er bestond ten tijde van het begaan van het bewezen verklaarde bij verdachte een ziekelijke stoornis/gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens, zoals door de deskundigen is beschreven, en is het subsidiair onder A bewezen verklaarde feit een misdrijf als omschreven in artikel 175, derde lid in verbinding met het eerste lid, onderdeel b, van de Wegenverkeerswet 1994, terwijl de veiligheid van anderen alsmede de algemene veiligheid van personen het opleggen van de maatregel van terbeschikkingstelling van verdachte eist.

Het hof neemt daarbij in aanmerking de inhoud van voornoemde rapporten over de verdachte alsmede de ernst van het bewezen verklaarde en de omstandigheid dat verdachte eerder meermalen wegens het plegen van misdrijven (waaronder geweldsmisdrijven) onherroepelijk is veroordeeld.

Het hof is van oordeel dat er — gelet op de inhoud van voornoemde rapporten — sprake is van een dusdanig hoog recidive- en gevaarrisico dat de samenleving daartegen beschermd dient te worden middels behandeling van de problematiek van verdachte. Het hof acht dan ook verpleging van overheidswege geboden nu verdachte geen waarachtige en betrouwbare bereidheid heeft getoond om zich aan voorwaarden te houden.

Het hof zal gelet op al het vorenstaande gelasten dat verdachte ter beschikking wordt gesteld en bevelen dat hij van overheidswege zal worden verpleegd.

Het hof overweegt dat de TBS-maatregel wordt opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen, te weten overtreding van artikel 6 van de Wegenverkeerswet 1994. Dit betekent dat de totale duur van deze TBS-maatregel een periode van vier jaar te boven kan gaan en dus ongemaximeerd is.”

2.3.

Voor de beoordeling van het middel zijn de volgende wettelijke bepalingen van belang.

— Art. 37a, eerste lid, Sr:

“De verdachte bij wie tijdens het begaan van het feit gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens bestond, kan op last van de rechter ter beschikking worden gesteld indien:

1°.

het door hem begane feit een misdrijf is waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld dan wel behoort tot een der misdrijven omschreven in de artikelen (...) 175, (...) derde lid in verbinding met het eerste lid, onderdeel b, van de Wegenverkeerswet 1994, (...) en

2°.

de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen het opleggen van die maatregel eist.”

— Art. 38e, eerste lid, Sr:

“De totale duur van de maatregel van terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging van overheidswege gaat een periode van vier jaar niet te boven, tenzij de terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging van overheidswege is opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen.”

— Art. 359, zevende lid, Sv:

“Als de maatregel van terbeschikkingstelling met verpleging is opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen, geeft het vonnis dit onder opgave van redenen aan.”

— Art. 6 WVV 1994:

“Het is een ieder die aan het verkeer deelneemt verboden zich zodanig te gedragen dat een aan zijn schuld te wijten verkeersongeval plaatsvindt waardoor een ander wordt gedood of waardoor een ander zwaar lichamelijk letsel wordt toegebracht of zodanig lichamelijk letsel dat daaruit tijdelijke ziekte of verhindering in de uitoefening van de normale bezigheden ontstaat.”

— Art. 175, eerste en derde lid, WVV 1994:

“1.

Overtreding van artikel 6 wordt gestraft met:

a.

gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, indien het een ongeval betreft waardoor een ander wordt gedood;

b.

gevangenisstraf van ten hoogste een jaar en zes maanden of geldboete van de vierde categorie, indien het een ongeval betreft waardoor een ander lichamelijk letsel wordt toegebracht.

(...)

3.

Indien de schuldige verkeerde in de toestand, bedoeld in artikel 8, eerste, tweede, derde of vierde lid, dan wel na het feit niet heeft voldaan aan een bevel, gegeven krachtens artikel 163, tweede, zesde, achtste of negende lid, of indien het feit is veroorzaakt of mede is veroorzaakt doordat hij een krachtens deze wet vastgestelde maximumsnelheid in ernstige mate heeft overschreden, dan wel zeer dicht achter een ander voertuig is gaan rijden, geen voorrang heeft verleend of gevaarlijk heeft ingehaald kunnen de in het eerste en tweede lid bepaalde gevangenisstraffen met de helft worden verhoogd.”

2.4.

Ingeval aan de verdachte de maatregel van TBS met verpleging van overheidswege is opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen, dient de rechter zulks — bij voorkeur in de bewoordingen van art. 359, zevende lid, Sv — in zijn motivering van de maatregel van TBS tot uitdrukking te brengen (vgl. HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8434, NJ 2013/161, rov. 4.3).

2.5.

Voor zover het middel klaagt over het oordeel van het Hof dat de maatregel van TBS wordt opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen als bedoeld in art. 38e, eerste lid, Sr en art. 359, zevende lid, Sv, faalt het. De strafbaarstelling van art. 6 WVV 1994 betreft immers — kort gezegd — een ernstig misdrijf met de dood of (zwaar) lichamelijk letsel als gevolg. Het oordeel van het Hof getuigt derhalve niet van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is voorts niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd, gelet op hetgeen het Hof, zoals hiervoor onder 2.2.2 weergegeven, heeft vastgesteld omtrent de feiten en omstandigheden waaronder het feit is begaan.

2.6.

Ook voor het overige kan het middel niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81, eerste lid, RO, geen nadere motivering nu het middel in zoverre niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3. Ambtshalve beoordeling van de bestreden uitspraak

De verdachte bevindt zich in voorlopige hechtenis. De Hoge Raad doet uitspraak nadat meer dan zestien maanden zijn verstreken na het instellen van het cassatieberoep. Dat brengt mee dat de redelijke termijn als bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM is overschreden. Dit moet leiden tot vermindering van de aan de verdachte opgelegde gevangenisstraf van twaalf maanden.

4. Slotsom

Nu het middel niet tot cassatie kan leiden, terwijl de Hoge Raad geen andere dan de hiervoor onder 3 genoemde grond aanwezig oordeelt waarop de bestreden uitspraak ambtshalve zou behoren te worden vernietigd, brengt hetgeen hiervoor is overwogen mee dat als volgt moet worden beslist.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak, maar uitsluitend wat betreft de duur van de opgelegde gevangenisstraf; vermindert deze in die zin dat deze elf maanden en een week belooft; verwerpt het beroep voor het overige.

Noot

1.

De verdachte heeft met roekeloos autorijden een jeugdige voorbijganger geschept en haar zwaar lichamelijk letsel toegebracht. Bovendien was zijn rijbewijs ongeldig verklaard. De door het hof vastgestelde feiten (r.o. 2.2.2.), spreken bepaald voor zich. Het hof heeft aan verdachte ter zake van dit culpoze misdrijf van art. 6 jo. art. 175 WVV met strafverzwarende omstandigheden (ook) tbs met dwangverpleging opgelegd. Dat kan: art. 37a Sr voorziet apart in de mogelijkheid om tbs met dwangverpleging bij dit specifieke culpoze misdrijf in geval van strafverzwarende omstandigheden op te leggen. Voor andere culpoze delicten is tbs niet altijd mogelijk, art. 307 lid 2 Sr (dood door roekeloosheid) uitgezonderd. Het hof heeft voorts bepaald dat sprake is van de nadere, specifiekere categorie van 'een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een meer personen' (gewelddelict) als bedoeld in art. 359 lid 7 Sv en art. 38e Sr. Aan het einde van zijn uitvoerige sanctiemotivering geciteerd in r.o. 2.2.4. geeft het hof zelf de relevantie van die vaststelling aan: 'Dit betekent dat de totale duur van de tbs-maatregel een periode van vier jaar te boven kan gaan en dus ongemaximeerd is'. Daarmee is luid en duidelijk helderheid geschapen. En dan helderheid zowel voor de tbs-gestelde in verband met de EHRM-gerelateerde eis van voorzienbaarheid als aan de verlengingsrechter die in dit kader in casu niets meer zelfstandig alsnog te beslissen heeft. En bovendien helderheid door de oplegingsrechter op een wijze die de Hoge Raad blijkens r.o. 2.4. graag ziet. De Hoge Raad onderstreept dat punt door in die r.o. 2.4. zijn arrest van 12 februari 2013, *NJ* 2013/161, m.nt. Van Kempen in casu overbodig aan te halen. Zie over dit punt nader het hierna opgenomen arrest HR 30 januari 2018, *ECLI:NL:HR:2018:116*, *NJ* 2018/147.

2.

Tegen dit nadere oordeel richt zich het cassatiemiddel langs verschillende ingangen: art. 6 WVV valt niet onder de aanvankelijk beperkte aanduiding van de gewelddelicten van art. 38e Sr noch onder de uitbreiding van de aanduiding van delicten in dat artikel die de wetgever met de Wet van 15 december 1993, *Stb.* 1994, 13 beoogde; in casu is geen sprake van een 'gewelddelict' in de zin van art. 38e Sr omdat er geen opzet is op de geweldscomponent; en sowieso had het bestreden oordeel ter terechtzitting aan de orde moeten worden gesteld. De vraag naar wat onder een gewelddelict moet worden verstaan is daarbij overigens niet langer alleen voor de tbs van belang nu de term ook in andere bepalingen inzake het sanctiestelsel voorkomt. Zie voor een overzicht de noot van Keulen onder HR 28 maart 2017, *NJ* 2017/411 over de toepassing van art. 14b lid 2 en art. 14e Sr aan welk overzicht nog het komende art. 37a lid 5 Sr uit de Wet forensische zorg (*Stb.* 2018, 38) inzake de regeling bij weigerachtige observandus kan worden toegevoegd. Het is daarbij logisch dat dezelfde woorden van de wet in de diverse artikelen ook steeds dezelfde inhoudelijke betekenis hebben. Tegelijk: de modaliteiten waarin het criterium opduikt zijn nogal verschillend; dat kan op den duur ook gaan wringen.

3.

Is ter zake van het in bovenstaande beslissing bewezen, culpoze tbs-indexdelict sprake van een 'gewelddelict' als bedoeld in art. 38e Sr? In een vooral op de parlementaire geschiedenis van verschillende wetwijzigingen met betrekking tot de tbs gebaseerd betoog komt de A-G uiteindelijk tot de conclusie dat die geschiedenis er op duidt dat onder het oorspronkelijk in art. 38e Sr voorkomend begrip 'gewelddelict' culpoze delicten niet zijn begrepen en dat met de uitbreiding van die aanduiding tot 'misdrijven gericht tegen...', enz. in de zin van het huidige art. 38e Sr niet bedoeld is art. 6 jo. art. 175 WVV onder die uitbreiding te doen vallen. Zijn benadering is te begrijpen vanuit het besef dat het culpoze misdrijf van (thans) art. 6 WVV ook reeds onder de oude aanduiding van art. 38e Sr in art. 37a Sr was opgenomen. Tbs opleggen was dus wel mogelijk, maar de afstand tot de aanvankelijke formulering in art. 38e Sr — waarin met zoveel woorden een 'gewelddelict' werd vereist — is inderdaad zo groot dat de conclusie voor de hand ligt dat voor (thans) art. 6 WVV in elk geval aanvankelijk de tbs in duur slechts gemaximeerd kon zijn. Bij zijn oordeel dat deze 'afstand' sindsdien niet door de wetgever blijkens enige wetsgeschiedenis overbrugd is, weegt het belang van de kwestie voor de A-G uitdrukkelijk mee (conclusie onder 24 aan het einde). Dat betekent dat de A-G op zichzelf een redenering via een andere ingang c.q. andere conclusie ook toelaatbaar acht; zijn uiteindelijk oordeel steunt niet op een *expliciete* overweging in enige wetsgeschiedenis. Zie over die wetsgeschiedenis ook de conclusie van A-G Harteveld voor de hierna opgenomen beslissing van 30 januari 2018, *NJ* 2018/147.

4.

De Hoge Raad beslist (desondanks) anders. De vormgeving (uitvoerige citaten van het arrest van het hof en het integraal citeren van de toepasselijke wettelijke voorschriften) duiden op een principiële beslissing. Tegelijkertijd is bovenstaand arrest met drie raadsheren geweest en op het springende punt is dit driemanschap formeel en kort: 'De strafbaarstelling van art. 6 WVV 1994 betreft immers — kort gezegd — een ernstig misdrijf met de dood of (zwaar) lichamelijk letsel als gevolg'. Dat klinkt alsof het, van de A-G afwijkend oordeel betrekkelijk vanzelf spreekt en de wethistorische argumenten uit de conclusie geen betekenis hebben of geen aandacht behoeven. De omstandigheden van het geval spelen voor de

Hoge Raad slechts in zoverre een rol dat zij de beslissing van het hof dat in casu van een geweldsmisdrijf sprake is, niet onbegrijpelijk maken. In samenhang met genoemd arrest HR 28 maart 2017, *NJ* 2017/411, m.nt. Keulen alsmede — voor de tbs — HR 12 februari 2013, *NJ* 2013/161, m.nt. Van Kempen en het hierna opgenomen arrest van 30 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:116, *NJ* 2018/147 ontstaat meer duidelijkheid over het ‘immers’ van de Hoge Raad in casu.

5.

Uit HR 12 februari 2013, *NJ* 2013/161, m.nt. Van Kempen en HR 28 maart 2017, *NJ* 2017/411, m.nt. Keulen komt een zeker onderscheid naar voren tussen misdrijven die reeds naar hun omschrijving en mede gelet op de bewezen omstandigheden waaronder ze in concreto zijn begaan onmiskenbaar gericht zijn tegen of een gevaar vormen voor de rechtsgoederen in art. 38e Sr genoemd, dan wel misdrijven waarvoor dat niet zonder meer geldt. De delictsomschrijving in abstracto zal onmiskenbaar een geweldsdelict zijn als het voorkomen van de dood of lichamelijke letsels als te beschermen rechtsgoed in de delictsomschrijving aanwezig is, hetzij in de vorm van een krenkingsdelict (‘gericht tegen’), hetzij in de vorm van een abstract of concreet gevaarzettingsdelict (‘gevaar veroorzaakt voor’). Dat ‘onmiskenbaar’ komt in bovenstaande beslissing nog niet voor, maar wel in de genoemde beslissingen HR 28 maart 2017, *NJ* 2017/411 en het hierna opgenomen arrest HR 30 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:116, *NJ* 2018/147. Bij delicten die niet zonder meer een geweldsdelict opleveren kan men denken aan bedreiging (zie ter zake de conclusie van de A-G Vegter voor *NJ* 2013/161) en verwerven en bezit van kindporno. Dan is nadere motivering vereist om van een geweldsdelict te kunnen spreken. Zo ziet Keulen in zijn noot onder *NJ* 2017/411 ruimte om (ook) ten aanzien van het bezit, voorhanden hebben, enz. van kindporno, onder bijzondere omstandigheden bij een ‘geweldsdelict’ uit te komen. Ten aanzien van het vervaardigen ervan meent hij dat (reeds) de aard van het delict ‘onmiskenbaar’ gedragingen omvat als bedoeld in de wettelijke omschrijving van ‘geweldsdelict’.

6.

In deze indeling en benadering wordt het kennelijk wat vanzelfsprekende karakter van het in bovenstaande zaak begaan misdrijf als een misdrijf als bedoeld in art. 38e Sr (het ‘immers’ in r.o. 2.5.) begrijpelijker nu in casu zowel naar de delictsomschrijving als naar het ingetreden gevolg van de bewezen gedragingen van de verdachte sprake is van een inbreuk op de onaantastbaarheid van het lichaam; het misdrijf bedoelt daartegen te beschermen. Tegelijkertijd: door deze presentatie van een op zichzelf logische beslissing op basis van een taalkundige (en in zoverre niet onvoorzienbare) interpretatie van de woorden van de wet, ook gericht op eenvormige interpretatie van het nu op meer plaatsen opduikend criterium van ‘misdrijf gericht tegen of gevaar veroorzakend voor de onaantastbaarheid van het lichaam’, gaat bovenstaande beslissing voor de tbs toch wel met een ten opzichte van de wetsgeschiedenis ‘verruiming’ van art. 38e Sr gepaard. Tegen die achtergrond is het ‘immers’ van de Hoge Raad in bovenstaande beslissing wat minder vanzelfsprekend. Het verschil tussen A-G en Hoge Raad maakt bovendien zichtbaar dat de Hoge Raad een keuze had bij de beantwoording van de rechtsvraag, bij welke keuze de wenselijkheid van maximering van de tbs met dwangverpleging en de discussie daarover, een rol kan hebben gespeeld. Toch kan niet worden gezegd dat de wetsgeschiedenis van art. 38e Sr zonder meer dwingt tot de A-G voorgestane, maar door de Hoge Raad niet gevolgde, opvatting. Zoals de A-G in zijn conclusie onder 23 vaststelt, is bij de formulering van het ‘geweldsmisdrijf’ van art. 38e Sr van zowel vóór als na de genoemde wetwijziging van 1993 sprake van een term waaraan de wetgever een ‘verre van eenduidige uitleg’ heeft gegeven. Nota bene ter zake van het voor de wel of niet onbepaalde duur van vrijheidsbeneming cruciaal criterium en dwars door alle rechtsgoederen die het Sr onderscheidt heen, introduceerde de wetgever met art. 38e Sr een meer overkoepelende rechtsgoedecategorie, zonder daaraan echter een eenduidige betekenis toe te kennen. De invoering van hetzelfde begrip in art. 14b lid 2 Sr in 2006 of later elders in de wetgeving, heeft niet voor veel meer opheldering gezorgd. Veel van de vragen die deze stand van zaken oproept, worden door de Hoge Raad als het ware enigszins gemaskeerd door het gebruik van het woord ‘immers’ in r.o. 2.5. Het is vanuit dit perspectief goed te begrijpen dat het cassatiemiddel er ook over klaagt dat de vraag of sprake is van een misdrijf als in art. 38e Sr en art. 359 lid 7 Sv bedoeld, in een geval als het onderhavige, op z’n minst ter zitting aan de orde had moeten worden gesteld. Het oordeel van het hof zit, zeker gegeven het delict in casu dicht tegen ‘zich ter zake door het arrest overvallen voelen’ aan, zoals dat bij rechterlijke waarnemingen die vervolgens voor het bewijs blijken te zijn gebruikt wel voorkomt terwijl bij art. 38e Sr in EVRM-verband nu juist de voorzienbaarheid voor de tbs-gestelde van belang is. Er staat overigens uiteraard niets aan in de weg dat de raadsman van de verdachte zelf het initiatief neemt dit rechterlijk beslispunt ter discussie te stellen, zoals in de hierna onder *NJ* 2018/147 weergegeven strafzaak in het rechtsgeding voor de feitenrechter uitdrukkelijk gebeurd is. Zie nader over dit punt de noot onder dat arrest.

7.

Met het bovenstaande is nog niet zonder meer de vraag beantwoord of het *culpoze* karakter van het indexdelict zich er niet tegen verzet om van een misdrijf gericht tegen of gevaar veroorzakend voor de onaantastbaarheid van het lichaam te spreken. Anders gezegd: de beslissing van de Hoge Raad en de consequentie voor de (grotere) reikwijdte van art. 38e Sr

en de niet-gemaximeerde tbs in bovenstaande zaak zou in een ander daglicht komen te staan als daarmee aan de grondslagen van de maatregel van tbs met dwangverpleging in verband met *culpoze* delicten afbreuk zou zijn gedaan. Dat lijkt me niet het geval. Daarmee zijn we meer materieel bij (de oplegging van) de tbs in abstracto en in casu, in welk kader het goed is dat de Hoge Raad de gehele motivering van het hof ter zake citeert, hoewel het cassatiemiddel niet tegen de oplegging van de tbs gericht is. Gegeven dat art. 37a Sr tbs voor art. 6 WVV mogelijk maakt, is het enkele feit dat sprake is van een culpoos delict geen reden te menen dat niet aan de materiële voorwaarden voor het opleggen van tbs voldaan is of kan zijn. Waar het materieel om gaat is of de veiligheid zoals omschreven in art. 37a lid 1 sub 2 Sr het opleggen van de maatregel eist. Daarvoor is nodig dat sprake is van een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens die leidt tot een zodanig gevaar voor herhaling dat vrijheidsbeneming noodzakelijk, en (een aanbod tot) behandeling mogelijk is. Op dit punt is relevant dat het hof op grond van gedragsdeskundige rapportage heeft vastgesteld — kort gezegd — dat aan de in casu als bestanddeel 'slechts' aanwezige schuld aan (en geen opzet op) het zwaar lichamelijk letsel van het slachtoffer een 'roekeloze onverschilligheid' ten grondslag ligt die terug gaat op — in elk geval — een persoonlijkheidsstoornis met antisociale, agressieve en narcistische kenmerken, waaraan de psychiater nog alcoholverslaving als stoornis toevoegt. Daarmee wordt de 'causa' van de culpa van het in concreto bewezen roekeloos (verkeers)gedrag en de gevolgen daarvan, betekenisvol. De achterliggende persoonlijkheidsstoornis van de verdachte biedt dan toegang tot het opleggen van tbs. De daarvoor vereiste ziekelijke stoornis of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens vloeit niet uit de concrete culpa (gedrag in strijd met verkeersvoorschriften) voort. Evenmin wordt de in de culpa besloten liggende verwijtbaarheid in de (achterliggende) stoornis gezocht (zoals bij culpa in causa). Het zijn de oorzaken van dat bewezen (culpoos) gedrag, de causa van de culpa, die op een stoornis als bedoeld in de wet wijzen ten tijde van het delict. Die stoornis veroorzaakt dat verdachte geen of te weinig oog meer had voor de mogelijke risico's van zijn (verkeers)gedrag en daarin ligt het gevaar. Die, in het verleden bij verdachte al gebleken stoornis, kan ook alcoholverslaving omvatten nu zulks ook tot hersenbeschadigingen aanleiding kan geven. Het is deze achterliggende persoonlijkheidsstoornis bij de verdachte die aldus in casu toegang biedt tot het opleggen van de maatregel van tbs, ook met dwangverpleging, nu het hof vaststelt dat voor de variant met voorwaarden te weinig kan worden gerekend op de bereidheid van de verdachte zich aan dergelijke voorwaarden te houden. In zoverre sluit het opleggen van de maatregel van tbs met dwangverpleging in een zaak als de bovenstaande aan bij het doel en de strekking van de tbs als strafrechtelijke maatregel, ook al is sprake van een culpoos delict. Opmerking verdient wel nog dat de stoornis kennelijk niet elk verwijt aan de verdachte in casu uitsluit. Zou dat wel het geval zijn, dan zou, naar huidige rechtsopvatting, ter zake van het culpoze delict moeten worden vrijgesproken en dan is tbs niet mogelijk omdat dan niet wordt vastgesteld dat de verdachte een strafbaar feit heeft begaan in de zin van art. 37a Sr. Zie Hofstee, T&C Sr, aant. 4c bij art. 37 Sr met een beroep op HR 19 februari 1963, NJ 1963/512 (*Verpleegster*) al zou inmiddels wellicht het aannemen van een soort facetculpa die niet de (on)toerekenbaarheid omvat, te verdedigen zijn, zeker in casu waar een eventuele, uit de stoornis voortvloeiende ontoerekenbaarheid niet de culpa raakt in zin van bij art. 6 jo. 175 WVV typische verkeersschuld. Hoe dat ook zij: op basis van deze achterliggende, door de Hoge Raad uitdrukkelijk geciteerde motivering van de oplegging van de tbs met dwangverpleging, is er (vervolgens) ook minder reden het delict zoals in casu bewezen verklaard, *niet* als een misdrijf in de zin van art. 38e lid 1 Sr te verstaan. Dat het gaat om een culpoos en niet om een opzettelijk (gewelds)delict leidt, zeker in casu, niet tot een 'scheiding' tussen art. 37a Sr en art. 38e Sr. De omschrijving van misdrijf gericht tegen of gevaar veroorzakend voor de onaantastbaarheid van het lichaam is niet alleen bedoeld als objectieve beperking tot opzettelijke delicten (hetgeen de niet-wettelijke term 'gewelddelicten' wellicht suggereert) maar hangt ook samen met de aard van de tbs: beveiliging tegen geweldsmisdrijven als dat op grond van de stoornis aangewezen is, blijkend uit het feit dat die stoornis al een keer tot een dergelijk delict geleid heeft. In zoverre is het geweldsmisdrijf 'neutraal' ten opzichte van opzet of culpa op het indexdelict, zolang de culpa maar niet als de stoornis wordt aangezien. Maar onder de in casu bewezen feitelijke omstandigheden is aan deze verdachte inderdaad de maatregel van tbs met dwangverpleging opgelegd ter zake van gedragingen die als zodanig en naar het misdrijf van de kwalificatie onmiskenbaar gericht zijn tegen of een gevaar opleveren voor de onaantastbaarheid van het lichaam, daargelaten de toets van de noodzaak van de verlenging van de tbs (art. 38e lid 3 Sr). In zoverre is het 'immers' van de Hoge Raad in de korte r.o. 2.5. begrijpelijk.

Voetnoten

[1.]

[Kamerstukken 11 932.](#)

[2.]

[Kamerstukken II 1980-1981, 11 932, nrs. 5-7](#), p. 57.

[3.]

[Kamerstukken II 1984-1985, 11 932, nr. 32](#), p. 4.

[4.]

Wet van 15 december 1993, houdende enkele wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Beginselenwet

gevangeniswezen omtrent de terbeschikkingstelling en de observatie (*Stb.* 1994, 13), in werking getreden op 15 januari 1994.

[5.]

[Kamerstukken II 1992-1993, 22 909, nr. 3](#), p. 6-9.

[6.]

[Kamerstukken II 1992-1993, 22 909, nr. 6](#), p. 1, 2.

[7.]

Wet van 19 november 1986, *Stb.* 1986, 587, houdende Herziening van de bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering, de Beginselenwet gevangeniswezen en enkele andere wetten omtrent de maatregel van terbeschikkingstelling en enige andere onderwerpen die met de berechting van geestelijk gestoorde delinquenten samenhangen.

[8.]

Zoals ingevoerd bij Wet van 19 november 1986, *Stb.* 1986, 587, houdende Herziening van de bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering, de Beginselenwet gevangeniswezen en enkele andere wetten omtrent de maatregel van terbeschikkingstelling en enige andere onderwerpen die met de berechting van geestelijk gestoorde delinquenten samenhangen. De tekst is het resultaat van een amendement Haas-Berger ([Kamerstukken II 1983-1984, 11 932, nr. 18](#)), erop gericht voor enkele feiten waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk was terbeschikkingstelling met dwangverpleging te schrappen. De regering had oorspronkelijk voorgesteld terbeschikkingstelling met dwangverpleging te beperken tot alle feiten waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk was ([Kamerstukken II 1971-1972, 11 932, nr. 1](#) en 2).

[9.]

Zie over de vraag of bedreiging ook valt onder "een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen" Noyon-Langemeijer-Remmelink, Het Wetboek van Strafrecht, art. 38e, aant. 2 (suppl. 163. april 2014).

[10.]

[Kamerstukken II, 2013-2014, 33 799, nr. 2](#).

[11.]

[Kamerstukken II 2014-2015, 33 799, nr. 6](#), p. 10.

[12.]

[Kamerstukken II 2014-2015, 33 799, nr. 7](#).

[13.]

[Kamerstukken II 2014-2015, 33 799, nr. 6](#), p. 10.

[14.]

[Kamerstukken II 2015-2016, 33 799, nr. 16](#).

[15.]

[Kamerstukken II 1972, 12131, nr. 3](#), p. 5.

[16.]

[Kamerstukken II 1989-1990, 21 345, nr. 3](#), p. 24.

[17.]

Dit punt wordt ook genoemd in de tweede alinea van rov. 4.2 van het onder 5 aangehaalde HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8434.

1. Motiveringsvoorschrift art. 359 lid 7 Sv geldt ook voor TBS met voorwaarden. 2. Bezit en verspreiding kinderporno niet (zonder meer) een geweldsmi...

HR 30-01-2018, ECLI:NL:HR:2018:116, m.nt. P.A.M. Mevis

Instantie

Hoge Raad (Strafkamer)

Datum

30 januari 2018

Magistraten

Mrs. W.A.M. van Schendel, V. van den Brink, A.L.J. van Strien, M.J. Borgers, M.T. Boerlage

Zaaknummer

16/04621

Conclusie

A-G mr. A.E. Hartevelt

Noot

P.A.M. Mevis

Annotatorprofiel

Redactie

[P. Mevis](#)

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Materieel strafrecht / Delicten Wetboek van Strafrecht

Materieel strafrecht / Sancties

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2018:116, Uitspraak, Hoge Raad (Strafkamer), 30â€¹â€²018

ECLI:NL:PHR:2017:1495, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 21â€¹â€²017

Beroepschrift, Hoge Raad, 06â€¹â€²017

Wetingang

Art. 36c, 38 lid 1, art. 38e lid 1 en lid 3, art. 240b lid 1, art. 359 lid 7 Sv

Essentie

1. Motiveringsvoorschrift art. 359 lid 7 Sv geldt ook voor TBS met voorwaarden. 2. Bezit en verspreiding kinderporno niet (zonder meer) een geweldsmisdrijf. 3. Onttrekking aan het verkeer op grond van art. 36c aanhef en onder 5° Sr onvoldoende gemotiveerd.

Ad 1. Met het oog op mogelijke omzetting van TBS met voorwaarden in TBS met verpleging moet thans (anders dan in HR 12 februari 2013, NJ 2013/161) worden aanvaard dat het motiveringsvoorschrift van art. 359 lid 7 Sv ook geldt als TBS met voorwaarden wordt opgelegd.

Ad 2. Het oordeel van het hof dat aan de verdachte de maatregel van TBS met voorwaarden is opgelegd ter zake van een geweldsmisdrijf, is niet begrijpelijk. Het hof heeft geen feiten en omstandigheden vastgesteld waaruit gedragingen kunnen worden afgeleid die onmiskenbaar zijn gericht tegen of gevaar veroorzaken voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen, terwijl de misdrijven — kort gezegd bezit en verspreiding van kinderporno — ook niet zonder meer kunnen worden gekarakteriseerd als geweldsmisdrijven.

Partij(en)

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden, van 26 augustus 2016, nummer 21/000425-16, in de strafzaak tegen: H., adv.: mr. J.W.E. Luiten, te Maastricht.

Voorgaande uitspraak

Cassatiemiddel:

Middel II, zie 3.1; (*red.*).

Conclusie

Conclusie A-G mr. A.E. Hartevelde:

1.

De verdachte is bij arrest van 26 augustus 2016 door het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden, wegens het onder 1 bewezenverklarde “een afbeelding — of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding — van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verwerven en in bezit hebben, en zich daartoe door middel van een geautomatiseerd netwerk de toegang verschaffen, terwijl van dit misdrijf een gewoonte wordt gemaakt” en het onder 2 bewezenverklarde “een afbeelding — of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding — van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreiden, aanbieden en openlijk tentoonstellen, en zich daartoe door middel van een geautomatiseerd netwerk de toegang verschaffen, terwijl van dit misdrijf een gewoonte wordt gemaakt”, veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 15 maanden. Voorts is gelast dat de verdachte onder voorwaarden ter beschikking wordt gesteld, een en ander zoals in het arrest bepaald.

2.

Namens de verdachte is cassatieberoep ingesteld, waartoe mr. J.W.E. Luiten, advocaat te Maastricht, drie middelen van cassatie heeft voorgesteld.

3.

Het hof heeft ten laste van de verdachte bewezen verklaard dat:

“1:

hij in de periode van 5 oktober 2013 tot en met 19 mei 2015 te Nijmegen meermalen, afbeeldingen, te weten foto's en video's en films heeft verworven en in bezit heeft gehad en zich daartoe door middel van een geautomatiseerd werk de toegang heeft verschaft, en gegevensdragers, te weten een USB stick Philips, beslagcode BERG39.01.03.004, en een laptop Acer zwart/zilver, beslagcode BERG39.01.01.004, en een laptop Packard Bell, beslagcode BERG39.01.01.005, en een laptop Acer Aspire, beslagcode BERG39.01.04001, en een externe harde schijf verbatim, beslagcode BERG39.01.04.002) bevattende) afbeeldingen, te weten foto's en video's en films, in bezit heeft gehad, terwijl op die afbeeldingen seksuele gedragingen zichtbaar zijn, waarbij telkens een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken of schijnbaar was betrokken,

welke voornoemde seksuele gedragingen — zakelijk weergegeven — bestonden uit:

het oraal en/of vaginaal en/of anaal penetreren van het lichaam van een persoon die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt, en/of het oraal en/of vaginaal en/of anaal penetreren van het lichaam van een (ander) persoon door een persoon die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt

(0001.jpg, en/of 0002.jpg, en/of 0003.jpg, en/of 0004.jpg, en/of 0005.jpg, en/of 0006.jpg, en/of 0007.jpg, en/of 0008.jpg, en/of 0009.jpg, en/of 0010.jpg, en/of 0011.mpg)

enz. (*red.*)

(...)

2:

hij in de periode van 5 oktober 2013 tot en met 19 mei 2015, te Nijmegen meermalen, afbeeldingen, te weten foto's en video's en films heeft verspreid en aangeboden en openlijk tentoongesteld door die afbeeldingen te plaatsen op het internetforum [...], terwijl op die afbeeldingen seksuele gedragingen zichtbaar zijn, waarbij telkens een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken of schijnbaar was betrokken, welke voornoemde seksuele gedragingen — zakelijk weergegeven — bestonden uit: het oraal en/of vaginaal en/of anaal penetreren van het lichaam van een persoon die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt,

en/of het oraal en/of vaginaal en/of anaal penetreren van het lichaam van een (ander) persoon door een persoon die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt (0027, en/of 0028.jpg) enz.

(...)

(...)

5. Het tweede middel

5.1.

Het tweede middel behelst de klacht dat het hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd, heeft geoordeeld dat de TBS-maatregel is opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van één of meer personen.

5.2.

Het hof heeft overwogen:

“Ten slotte heeft de verdediging uitdrukkelijk betoogd dat er geen sprake is van een delict zoals bedoeld in artikel 38e eerste lid, Wetboek van Strafrecht, gelet waarop de terbeschikkingstelling in het geval van een eventuele omzetting naar een terbeschikkingstelling met dwangverpleging aan een maximum van vier jaren is gebonden. Het hof behandelt de verweren van de verdediging in de navolgende overwegingen.

(...)

Ten slotte heeft de verdediging uitdrukkelijk betoogd dat er geen sprake kan zijn van een ongelimiteerde terbeschikkingstelling, in voorkomend geval dat de terbeschikkingstelling met voorwaarden zou worden omgezet naar een terbeschikkingstelling met verpleging van overheidswege. Het hof beschouwt dit verweer als een beroep op artikel 359, zevende lid van het Wetboek van Strafvordering. Gelet op de systematiek van de wet acht het hof zich gehouden thans — ook al doet deze situatie zich niet voor en heeft het hof geen directe redenen om aan te nemen dat deze situatie zich ooit voor zal doen — als zittingsrechter hieromtrent een beslissing te nemen.

De raadsman heeft betoogd dat er bij de delicten die door verdachte zijn begaan geen sprake is van delicten die zijn gericht tegen of een gevaar veroorzaken voor de onaantastbaarheid van het lichaam van personen en heeft daarbij gerefereerd aan de wetsgeschiedenis bij de totstandkoming van artikel 38e, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht. Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Hoewel bij de parlementaire behandeling [3.1](#) inderdaad sprake is geweest van een limitatieve opsomming van destijds geldende zedendelicten waarop artikel 38e, eerste lid, Wetboek van Strafrecht van toepassing zou zijn, merkt het hof daarop op dat deze parlementaire behandeling speelde in een tijd waarin het strafmaximum op het (een gewoonte maken van het) bezit van kinderporno lager was en er anders tegen de strafwaardigheid van dit delict werd aangekeken. Met de opkomst van het internet heeft ook de verspreiding van kinderporno een enorme vlucht genomen. Afbeeldingen met kinderen in comprimerende posities kunnen thans met een muisklik wereldwijd worden verspreid. Het is maar zeer de vraag of deze afbeeldingen ooit nog in zijn geheel van het internet verdwijnen. De gevolgen voor de slachtoffers van kinderporno zijn hierdoor groter dan voordat verspreiding via het internet mogelijk werd. Het een gewoonte maken van het verwerven, bezitten en, kort gezegd, verspreiden van kinderporno is hiermee in die zin een nog ernstiger delict geworden dan ten tijde van voornoemde parlementaire behandeling hetgeen ook in het huidige strafmaximum van acht jaren gevangenisstraf voor deze delicten ieder voor zich tot uitdrukking is gebracht. Het (een gewoonte maken van het) bezit en verspreiden van kinderporno levert een onmiskenbare bijdrage op aan het in stand houden van de markt voor kinderporno, waarvoor feitelijk en daadwerkelijk kindermisbruik een noodzakelijk gegeven en vereiste is. Door het bezit en verspreiden van kinderporno blijven vele slachtoffers voor onbepaalde duur op een beschamende manier op internet staan en op die manier blijven zij slachtoffer van eerder begane gedragingen. Hiermee wordt door het bezit en verspreiden van kinderporno bijgedragen aan de ernstige inbreuk die is gemaakt op de lichamelijke integriteit van de desbetreffende minderjarigen. Verdachte heeft zich hier schuldig aan gemaakt. Hiermee levert het een gewoonte maken van het verwerven, bezitten, verspreiden aanbieden en openlijk tentoonstellen van kinderporno zoals verdachte heeft gedaan een delict op dat naar het oordeel van het hof een gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van personen. Dit betekent dat — in het geval van omzetting van de terbeschikkingstelling met voorwaarden naar een terbeschikkingstelling met verpleging van overheidswege — er sprake is van een zogenoemde ongelimiteerde terbeschikkingstelling.

Met de advocaat-generaal is het hof van oordeel dat de maximale duur van de opgelegde TBS met voorwaarden indien de voorwaarden worden nageleefd volgens de wet 9 jaren is.”

Ter terechtzitting in hoger beroep op 12 augustus 2016 heeft de verdediging het volgende aangevoerd:

“Geen geweldsdelict

3.53 Mocht u desalniettemin een TBS-maatregel opleggen, dan verzoek ik u in lijn met de rechtbank tot de conclusie te komen dat er geen sprake is van een geweldsdelict.

3.54 De rechtbank overwoog:

‘Ingevolge artikel 38e, eerste lid Sr gaat de totale duur van de terbeschikkingstelling een periode van vier jaar niet te boven, tenzij deze is opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen. De verdachte heeft gedurende langere periode talrijke afbeeldingen en films met kinderporno in zijn bezit gehad en verspreid. Het staat buiten kijf dat het maken van kinderporno de lichamelijke integriteit van de betrokken kinderen (zeer) ernstig schaadt. De verdachte wordt echter niet voor het vervaardigen van kinderporno veroordeeld, maar voor het voorhanden hebben en verspreiden daarvan. Het voorhanden hebben en verspreiden van kinderporno levert op zichzelf, hoe onwenselijk dergelijke gedragingen ook zijn, geen handelen

op dat gericht is tegen of gevaar oplevert voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen. Gelet op de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de huidige tekst van artikel 38e lid 1 van het Wetboek van Strafrecht, op de met inachtneming hiervan sinds 30 mei 2011 (UN: BQ6616) aangescherpte jurisprudentie van het hof aangaande deze bepaling (de zogenaamde maximering van de terbeschikkingstelling) en op het hiervoor overwogene met betrekking tot de in deze zaak opgelegde terbeschikkingstelling, wordt naar het oordeel van de rechtbank aan de verdachte de maatregel van terbeschikkingstelling niet opgelegd ter zake van een misdrijf dat is gericht tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van één of meer personen. Derhalve is de duur van de opgelegde maatregel beperkt tot vier jaar.' (vonnis, p. 15)

3.55 In dat verband verwijs ik kortheidshalve (en om onnodige herhaling te voorkomen) naar hetgeen hierover in eerste aanleg reeds is aangevoerd:

'Ik verwijs naar een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem onder nummer BW6021 ten aanzien van de overweging die ziet op de gemaximeerde TBS. Die uitspraak raakt de problematiek in deze kwestie. Verder verwijs ik naar een andere uitspraken van het Gerechtshof Arnhem onder nummer BX8788 en BY2256 en een uitspraak van de Hoge Raad onder nummer BY8434. Gelet op artikel 359 lid 7 Sv verzoek ik de rechtbank hier reeds een beslissing op te nemen. Ik verwijs in dat kader naar de aanbevelingen uit het onderzoeksrapport Taskforce TBS 2012, bijlage 2 met betrekking tot de onderhavige materie. Aan de hand van de tenlastelegging en de jurisprudentie verzoek ik de rechtbank te bepalen dat er geen sprake is van een geweldsdelict' (pv ottz d.d. 22-12-2015, p. 7)

3.56 Tegen die achtergrond volsta ik met het verzoek te oordelen dat er geen sprake is van een geweldsdelict.

Conclusie:

Bij TBS-maatregel: geen geweldsdelict"

5.3.

Het wettelijk kader — voor zover relevant — luidt:

"Artikel 38 Sr

1. Indien de rechter niet een bevel als bedoeld in artikel 37b geeft, stelt hij ter bescherming van de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen voorwaarden betreffende het gedrag van de ter beschikking gestelde. Als algemene voorwaarde geldt dat de ter beschikking gestelde ten behoeve van het vaststellen van zijn identiteit medewerking verleent aan het nemen van een of meer vingerafdrukken of een identiteitsbewijs als bedoeld in artikel 1 van de Wet op de identificatieplicht ter inzage aanbiedt.

(...)

Art. 38c Sr

De rechter kan, op vordering van het openbaar ministerie, indien een gestelde voorwaarde niet wordt nageleefd of anderszins het belang van de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen zulks eist bevelen dat de ter beschikking gestelde alsnog van overheidswege zal worden verpleegd.

Art. 38d Sr

1. De terbeschikkingstelling geldt voor de tijd van twee jaar, te rekenen van de dag waarop de rechterlijke uitspraak waarbij zij is opgelegd onherroepelijk is geworden.
2. De termijn van de terbeschikkingstelling kan, behoudens het bepaalde in artikel 38e of artikel 38j, door de rechter, op vordering van het openbaar ministerie, telkens hetzij met een jaar hetzij met twee jaar worden verlengd, indien de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen die verlenging eist.

Art. 38e Sr

1. De totale duur van de maatregel van terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging van overheidswege gaat een periode van vier jaar niet te boven, tenzij de terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging van overheidswege is opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen.
2. Behoudens de gevallen waarin een bevel als bedoeld in artikel 37b of artikel 38c is gegeven, gaat de totale duur van de maatregel van terbeschikkingstelling een periode van negen jaar niet te boven.
3. Indien de totale duur van de terbeschikkingstelling niet in tijd is beperkt, kan de termijn van de terbeschikkingstelling telkens worden verlengd, wanneer de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen die verlenging eist.

Art. 359 Sv

(...)

7. Als de maatregel van terbeschikkingstelling met verpleging is opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen, geeft het vonnis dit onder opgave van redenen aan.
8. Alles op straffe van nietigheid."

5.4.

Vooropgesteld dient te worden dat de regeling aangaande TBS twee modaliteiten kent, te weten TBS met voorwaarden (art. 37a jo 38 Sr) en TBS met dwangverpleging (art. 37a jo 37b Sr). De duur van beide modaliteiten is in beginsel gesteld op twee jaar, vanaf het moment dat de uitspraak waarbij zij is opgelegd onherroepelijk is geworden (art. 38d lid 1 Sr). Deze termijn kan telkens met één of twee jaar worden verlengd, mits de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen dit vergt (art. 38d lid 2 Sr). De totale duur van de TBS met voorwaarden is (sinds 1 september 2010)^[4.1] beperkt tot maximaal 9 jaar (art. 38e lid 2 Sr). De termijn van TBS met dwangverpleging is beperkt tot maximaal 4 jaar, tenzij de maatregel is opgelegd ter zake van een misdrijf dat is gericht tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen (38e lid 1 Sr), kort gezegd een 'geweldsmisdrijf'. Dit heeft tot gevolg dat de termijn van TBS met dwangverpleging, indien opgelegd voor een geweldsmisdrijf, in beginsel ongemaximeerd kan worden verlengd. Uit de literatuur kan worden afgeleid dat indien TBS met voorwaarden vanwege een vordering als bedoeld in art. 38c Sr wordt omgezet naar TBS met dwangverpleging, en de TBS is opgelegd voor een geweldsmisdrijf, de termijn niet beperkt is.^[5.1]

5.5.

Zodra de rechter die de maatregel TBS met dwangverpleging oplegt (de opleggingsrechter) oordeelt dat er sprake is van een geweldsmisdrijf in de zin van art. 38e lid 2 Sr, dan geldt op grond van art. 359 lid 7 Sv een bijzondere motiveringsverplichting. De Hoge Raad bepaalde over de invulling van die motiveringsplicht, naar aanleiding van de uitspraak van het EHRM in de zaak *Van der Velden vs. Nederland*,^[6.1] het volgende:

"4.2. De Hoge Raad merkt op dat de hiervoor onder 3.3 weergegeven beslissing van het EHRM betrekking had op een zaak waarin de rechter die de maatregel van terbeschikkingstelling met verpleging (hierna: TBS) had opgelegd (de zogenoemde opleggingsrechter) zich niet had uitgelaten over de vraag of sprake was van een misdrijf gericht tegen of gevaar veroorzakend voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen (hierna kortheidshalve samengevat als: geweldsmisdrijf), en waarin de rechter die aanvankelijk op de vordering tot verlenging van die maatregel had beslist (de zogenoemde verlengingsrechter), had geoordeeld dat geen sprake was van zo een geweldsmisdrijf. Pas de rechter die in hoger beroep moest beslissen over verlenging van de TBS oordeelde anders en merkte het feit waarvoor de maatregel was opgelegd wel aan als een geweldsmisdrijf.

De Hoge Raad verstaat deze beslissing van het EHRM, waarin het belang van de rechtszekerheid wordt benadrukt als het gaat om vrijheidsberoving, aldus dat de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om een vrijheidsberoving te kunnen aanmerken als rechtmatig ('lawful'/'régulière') in de zin van art. 5, eerste lid, EVRM, duidelijk moeten zijn omschreven en dat de wijze waarop zij worden toegepast in redelijkheid voorzienbaar moet zijn. Dat brengt mee dat in gevallen als de onderhavige het oordeel van de opleggingsrechter omtrent de vraag of de TBS is opgelegd ter zake van een geweldsmisdrijf, beslissend is voor de vraag of de maatregel op de voet van de art. 38d en 38e Sr vatbaar is voor verlenging door de verlengingsrechter. Het is dus de opleggingsrechter die — kort gezegd — oordeelt dat de door hem opgelegde TBS wel of niet is gemaximeerd.

4.3. De vaststelling van dat oordeel door de verlengingsrechter zal in de regel betrekkelijk eenvoudig zijn indien de opleggingsrechter in zijn motivering van de opgelegde TBS — bij voorkeur in de bewoordingen van art. 359, zevende lid, Sv — tot uitdrukking heeft gebracht dat de maatregel wel of niet ter zake van een geweldsmisdrijf is opgelegd. Zulks is vooral van belang indien het misdrijf ter zake waarvan de TBS is opgelegd, niet zonder meer kan worden gekarakteriseerd als een geweldsmisdrijf — dus als een misdrijf dat was gericht tegen of gevaar heeft veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen — bijvoorbeeld in geval van bedreiging (art. 285 Sr) of belaging (art. 285b Sr), ter zake waarvan op grond van art. 37a, eerste lid onder 1°, Sr de onderhavige maatregel kan worden opgelegd.

4.4. De enkele omstandigheid dat de opleggingsrechter in zijn motivering niet met zoveel woorden heeft vermeld dat de TBS is opgelegd ter zake van een geweldsmisdrijf, brengt echter nog niet mee dat de maatregel niet meer voor verlenging vatbaar is indien haar totale duur een periode van vier jaren te boven gaat. Art. 38e, eerste lid, Sr stelt als voorwaarde voor verlenging van de TBS enkel dat de maatregel moet zijn opgelegd ter zake van een geweldsmisdrijf. Of daarvan sprake is, kan ook worden afgeleid uit de — al dan niet in onderling verband en samenhang gelezen — overige inhoud van de einduitspraak van de opleggingsrechter, zoals bewezenverklaring, bewijsmiddelen, kwalificatie, motivering van de weerlegging van gevoerde verweren en motivering van de opgelegde sanctie(s). Als op grond daarvan evident is dat sprake is van een geweldsmisdrijf, kan in elk geval niet worden gezegd dat de mogelijkheid van verlenging van de maatregel na vier jaren voor de terbeschikkinggestelde niet voorzienbaar was.

4.5. De opvatting van het Hof dat het, afgezien van gevallen als vorenbedoeld, niet aan de verlengingsrechter is 'door interpretatie van de uitspraak van de opleggingsrechter' alsnog vast te stellen of de TBS al dan niet is opgelegd ter zake van een geweldsmisdrijf, vindt evenwel geen steun in voormelde beslissing van het EHRM en kan ook overigens niet als juist worden aanvaard. Geen rechtsregel verzet zich ertegen dat de verlengingsrechter mede op grond van andere dan de in de einduitspraak vermelde gegevens — bijvoorbeeld het verhandelde ter terechtzitting van de opleggingsrechter zoals daarvan blijkt uit het daarvan opgemaakte proces-verbaal door interpretatie van het oordeel van de opleggingsrechter tot het oordeel komt dat de TBS is opgelegd ter zake van een geweldsmisdrijf, terwijl ook niet kan worden uitgesloten dat

andere processtukken waarover de opleggingsrechter beschikte, daaromtrent uitsluitel geven.

4.6. De raadpleging van deze stukken zal vooral aangewezen zijn indien de einduitspraak niet een voldoende duidelijke motivering bevat als bedoeld als in art. 359, zevende lid, Sv of anderszins niet voldoende aanknopingspunten bevat voor het oordeel dat het feit waarvoor de TBS is opgelegd, zonder meer moet worden gekarakteriseerd als een misdrijf dat was gericht tegen of gevaar heeft veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen, zoals de in de onderhavige zaak bewezenverklaarde bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht. In zo een geval zal de verlengingsrechter zich een oordeel dienen te vormen over de vraag of — gelet op alle feiten en omstandigheden die destijds bekend waren — de bedreiging een dergelijk geweldsmisdrijf oplevert. In dit verband verdient nog opmerking dat — anders dan het Hof tot uitgangspunt lijkt te hebben genomen — de verlengingsrechter alle relevante omstandigheden in aanmerking moet nemen. Daarbij zal hij onder meer kunnen betrekken of de bedreiging werd voorafgegaan, vergezeld of gevolgd door niet-verbaal agressief gedrag ten opzichte van de bedreigde dan wel op enigerlei (andere) wijze werd ondersteund, alsmede of destijds aannemelijk was dat de bedreiging zou worden uitgevoerd.

Geen rechtsregel staat eraan in de weg dat de verlengingsrechter het oordeel dat sprake was van een geweldsmisdrijf, besloten kan achten in de einduitspraak van de opleggingsrechter.

Aldus wordt voorkomen dat in die gevallen waarin de opleggingsrechter heeft verzuimd om op de voet van art. 359, zevende lid, Sv of anderszins in zijn inmiddels onherroepelijk geworden einduitspraak voldoende duidelijkheid te verschaffen betreffende het gemaximeerd zijn van de TBS, dat enkele verzuim tot gevolg heeft dat de maatregel niet verlengd kan worden, ook als het voor alle betrokkenen duidelijk is dat de TBS is opgelegd voor een geweldsmisdrijf en dat het dus slechts gaat om een verzuim van de opleggingsrechter. Waar het in gevallen als de onderhavige op aankomt, is dat het oordeel van de verlengingsrechter dat de TBS destijds is opgelegd ter zake van een misdrijf dat was gericht tegen of gevaar heeft veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen, in redelijkheid voorzienbaar moet zijn en dus voor de terbeschikkinggestelde niet als een verrassing komt.” [\[7\]](#)

5.6.

Blijkens hetgeen hiervoor is vooropgesteld is de “opleggingsrechter” de rechter die TBS met dwangverpleging heeft opgelegd. In het onderhavige geval heeft het hof besloten tot oplegging van TBS met voorwaarden. Art. 359 lid 7 is — strikt genomen — dan niet van toepassing en het hof had evenmin — inhoudelijk — op het verweer, dat geen sprake zou zijn van een “geweldsmisdrijf” hoeven in te gaan. Niettemin achtte het hof zich daartoe kennelijk wel gehouden. Daarmee neemt het hof als het ware een voorschot op het (mogelijke) oordeel van de latere omzettingsrechter en verlengingsrechter. Helemaal onbegrijpelijk is dat niet, omdat het hof in de onderhavige strafzaak de rechter is die de tenlastegelegde — en bewezenverklaarde — feiten, tezamen het indexdelict vormende, het beste kan beoordelen. Wat dat betreft verkeert het hof dus in dezelfde situatie als de eigenlijke opleggingsrechter, in diens verhouding tot de latere verlengingsrechter. Het oordeel van de eerste, rechtstreeks over de feiten oordelende rechter is, ook blijkens de overwegingen van de Hoge Raad in het post-*Van der Velden*-arrest dat hierboven onder 5.5 is geciteerd als het ware preferent te achten. Immers, pas als uit diens oordeel niets blijkt over de aard van het indexdelict is het aan de verlengingsrechter om die aard — wel of geen geweldsmisdrijf — te bepalen. Die systematiek volgend, zou het eigenlijk ook voor de hand liggen om de ‘voorwaardelijke’ opleggingsrechter ook het voortouw te laten nemen bij het bepalen van de aard van het delict dat aanleiding geeft tot een TBS met voorwaarden. De wetgever heeft dat echter — vooralsnog — niet zo ingericht. Dat maakt het beoordelen, in cassatie, van wat onder de vigeur van de geldende wettelijke regeling door het hof is overwogen lastig. Gelet op het voorgaande meen ik in ieder geval dat het middel niet kan slagen. Daarom zou hetgeen door het hof is overwogen omtrent het geweldsmisdrijf als een overweging ten overvloede, hier geheel en al *obiter dictum* zijnde, daarom buiten beschouwing kunnen blijven. Die rubricering sluit echter niet uit dat de Hoge Raad daarover toch een uitspraak zou kunnen (en willen) doen. Het — ten overvloede gegeven — positieve antwoord van het hof op de aangeroerde kwestie van het geweldsmisdrijf roept immers vragen op over de mogelijke duur van de maatregel na omzetting en de voorzienbaarheid daarvan voor de verdachte.

5.7.

Met primair het oog daarop behandel ik in deze conclusie wel de ten overstaan van het hof opgeworpen vraag, waarop tenslotte ook een antwoord door het hof is gegeven. Maar, ook indien de Hoge Raad dit onderdeel van ‘s hofs overwegingen niet zou behandelen, is hoop ik, met het oog op een eventueel en wellicht in de verre toekomst liggend vervolg op de zaak, enig nut aanwezig bij de behandeling van de kwestie — al weet men maar nooit of de conclusies van het parket bij de Hoge Raad met dezelfde intensiteit worden gelezen als het na die conclusie door de Hoge Raad gewezen arrest. Ik wil derhalve, hoewel ik zoals hiervoor heb weergegeven meen dat de klacht in cassatie niet kan slagen, ingaan op de opgeworpen vraag of art. 240b Sr als een “geweldsmisdrijf” in de zin van art. 36e Sr kan worden gekwalificeerd. Dit feit kan immers niet zonder meer worden gekarakteriseerd als een misdrijf dat was gericht tegen of gevaar heeft veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van één of meer personen.

5.8.

Het begrip 'geweldsmisdrijf' is in de wet niet nader gedefinieerd. Blijkens de toelichting op de Wet van 15 december, houdende enkele wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van strafvordering en de Beginselenwet gevangeniswezen omtrent de terbeschikkingstelling en de observatie^[8] was toentertijd onzekerheid ontstaan over de reikwijdte van dit begrip. Die onzekerheid zag onder meer op de vraag of bepaalde zedendelicten ook als geweldsmisdrijf gekwalificeerd kunnen worden, nu in het verleden onderscheid was gemaakt tussen delicten waarin het bestanddeel (bedreiging met) geweld was opgenomen en delicten waarin dat bestanddeel niet voorkwam. Gewijzigde maatschappelijke opvattingen en een ingrijpende veranderingen van de wettelijke regeling aangaande zedendelicten maakten dat de wetgever de betekenis van dit onderscheid verloren had zien gaan.^[9] Hieronder zijn enkele voor de onderhavige zaak relevante passages uit de memorie van toelichting opgenomen.

- [Kamerstukken II 1992/93, 22909, 3](#), p. 6:

"In de praktijk zijn bij de verlenging van de maatregel van terbeschikkingstelling problemen gerezen rondom de uitleg van het begrip 'geweldsmisdrijf' als bedoeld in artikel 38, onder 1, WvSr. Dit begrip is immers noch in de betekenistitel van het Wetboek van Strafrecht noch in de betekenistitel van het Wetboek van Strafvordering omschreven. Ook de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling biedt niet altijd voldoende aanknopingspunten om met betrekking tot die misdrijven, die niet als expliciet delictsbestanddeel 'geweld' bevatten, steeds te voorzien of voldaan kan worden aan de in artikel 38, onder 1, WvSr voor de verlenging van de terbeschikkingstelling gestelde voorwaarde."

- [Kamerstukken II 1992/93, 22909, 3](#), p. 6-7:

"In de nota naar aanleiding van het eindverslag stelden de toenmalige bewindslieden het navolgende:

'Voorts verzochten de leden om een nadere omschrijving van het begrip geweldsmisdrijf en vroegen zij waarom het delict van artikel 244 WvSr (vleselijke gemeenschap met een meisje beneden de leeftijd van 12 jaar) in de tabel op blz. 11 van de memorie van antwoord niet was ingedeeld bij de categorie geweldsmisdrijven. Het begrip geweldsmisdrijf heeft betrekking op een misdrijf waardoor gevaar voor een of meer personen wordt veroorzaakt. Dit gevaar kan ontstaan ten gevolge van misdrijven die worden omschreven in de titels V (misdrijven tegen de openbare orde, VII (gemeengevaarlijke misdrijven), VIII (misdrijven tegen het openbaar gezag) en XIV (zedemisdrijven) van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht. Voorts behoren tot de geweldsmisdrijven de delicten omschreven in titel XVIII (misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid), XIX (misdrijven tegen het leven gericht) en XX (mishandeling) van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht. Het delict vervat in artikel 244 WvSr is in de memorie van antwoord ten onrechte niet bij de geweldsmisdrijven ingedeeld'. De opvattingen omtrent de reikwijdte van het begrip 'geweld' wijzigen zich. Te wijzen valt op de Regeringsnota met betrekking tot het beleid ter bestrijding van seksueel geweld tegen vrouwen en meisjes. Seksueel geweld wordt in de nota in verschillende uitingsvormen beschreven. Uitgangspunt is de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam en de vrijheid tot seksuele zelfbeschikking. Op blz. 18 van deze nota wordt onder meer gesteld: 'In het Wetboek van Strafrecht worden onder seksuele geweldsmisdrijven verstaan aanranding en verkrachting, seksueel verkeer met minderjarigen en/of afhankelijke of bewusteloze personen'.

Ook misdrijven die geen toepassing van fysiek geweld veronderstellen, zoals het plegen van ontucht, worden als seksuele geweldsmisdrijven gekenschetst. In de voortgangsrapportage seksueel geweld en het WVC-beleid (blz. 3) wordt als seksueel geweld aangemerkt 'iedere situatie waarin iemand er onder dwang toe wordt gebracht seksuele handelingen te ondergaan'. Volgens de voortgangsrapportage wordt hierbij de 'fysieke en/of psychische integriteit van het slachtoffer geschonden en wel op een wijze die betrekking heeft op haar of zijn geslachtskenmerken'.

In het nader gewijzigd voorstel van wet tot wijziging van de artikelen 242 tot en met 249 van het Wetboek van Strafrecht wordt voorgesteld deze strafbepalingen aan te scherpen ten einde betere bescherming te bieden tegen bepaalde vormen van seksueel geweld. Blijkens de memorie van toelichting wordt aangesloten bij de omschrijving van het begrip 'seksueel geweld' in voormelde Regeringsnota 'Bestrijding seksueel geweld tegen vrouwen en meisjes'. Op 1 december 1991 zijn de gewijzigde artikelen 242 tot en met 249 WvSr in werking getreden.

Het voorgaande is ook voor de uitleg van het begrip 'geweldsmisdrijf' als bedoeld in artikel 38e, onder 1, WvSr niet zonder betekenis. Indien de executieve en de rechtspraak zich uitsluitend zouden laten leiden door de wethistorische interpretatie, dan staat alleen vast dat het de bedoeling van de wetgever is geweest het misdrijf van artikel 247 WvSr niet en de misdrijven omschreven in de artikelen 242, 244 en 246 WvSr wél als geweldsmisdrijf aan te merken. Met betrekking tot het misdrijf omschreven in artikel 244 WvSr is uitdrukkelijk in de nota naar aanleiding van het eindverslag gesteld dat dit misdrijf ten onrechte niet bij de geweldsmisdrijven is ingedeeld. Dit standpunt is bij de verdere behandeling van wetsvoorstel 11 932 onweersproken gebleven. Met betrekking tot het misdrijf omschreven in artikel 247 WvSr hebben de toenmalige bewindslieden in de memorie van antwoord gesteld dat het geen geweldsmisdrijf betreft. Met betrekking tot de misdrijven omschreven in de artikelen 242 en 246 WvSr is in de memorie van antwoord gesteld dat zij als geweldsmisdrijven aangemerkt dienen te worden. Dit standpunt is eveneens onweersproken gebleven. De misdrijven omschreven in de artikelen 242 en 244 bevatten als delictsbestanddeel 'geweld of bedreiging met geweld'. Het misdrijf omschreven in artikel 247 WvSr bevat dit delictsbestanddeel niet. De wetsgeschiedenis biedt geen aanknopingspunten bij de beantwoording van de vraag of de misdrijven omschreven in de bestaande artikelen 243, 245, 249 en 250ter WvSr onder het toepassingsbereik van artikel 38e, onder 1, WvSr vallen." ^[10]

- [Kamerstukken II 1992/93, 22909, 3](#), p. 8:

“Het lijkt mij thans gewenst dat aan de onzekerheid omtrent de vraag welke seksuele misdrijven als geweldsmisdrijven moeten worden beschouwd een einde wordt gemaakt en dat voorts het dubieuze onderscheid tussen het misdrijf omschreven in artikel 244 enerzijds en het misdrijf omschreven in artikel 247 anderzijds eveneens tot het verleden gaat behoren. Hieraan bestaat te meer behoefte, nu de wettelijke regeling inzake de zedendelicten ingrijpend wordt gewijzigd en het door de toenmalige bewindslieden gemaakte onderscheid tussen de zedendelicten, die wel en niet als geweldsmisdrijven moeten worden aangemerkt, zijn betekenis goeddeels heeft verloren. Voorts wijs ik er op dat ongeveer een derde van de terbeschikkingstellingen (mede) wordt opgelegd ter zake van het begaan van een seksueel delict. De behandeling van sommige seksuele delinkwenten kan langdurig van aard zijn en de periode van vier jaar te boven gaan. Ik stel daarom voor het begrip ‘geweldsmisdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor een of meer personen’ te vervangen door het begrip: misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen. Deze omschrijving sluit aan bij het bepaalde in artikel 11 van de Grondwet. Voor een verlenging van de terbeschikkingstelling met verpleging na vier jaar komen behalve de seksuele delicten, waarin het bestanddeel ‘geweld’ is opgenomen zoals de misdrijven omschreven in de artikelen 242 en 246 WvSr, ook de misdrijven omschreven in de artikelen 243, 244, 245, 247, 248ter, 249, 250, eerste lid, aanhef en onder 1, of 250, eerste lid, aanhef en onder 2, en tweede lid, WvSr in aanmerking.

Voorts vallen onder het bereik van de nieuwe omschrijving ook de reeds hiervoor genoemde misdrijven die blijkens de memorie van antwoord behorende bij het wetsvoorstel 11 932 thans als geweldsmisdrijven moeten worden aangemerkt.”

5.9.

De wetgever heeft, hoewel veel wel duidelijker is geworden, naar de huidige stand van zaken onvoldoende duidelijkheid verschaft over de vraag of de (specifieke) gedragingen die bij art. 240b Sr strafbaar zijn gesteld onder de reikwijdte van het begrip geweldsmisdrijf kunnen vallen. Uit de voorgaande passages kan enerzijds worden afgeleid dat de titel waaronder zedendelicten vallen onder de reikwijdte van ‘geweldsmisdrijf’ worden gebracht, anderzijds noemt de wetgever art. 240b Sr niet expliciet bij de opsomming van de zedenmisdrijven die gericht zijn tegen of gevaar veroorzaken voor de onaantastbaarheid van het lichaam. Begin 2017 heeft mijn ambtgenoot Hofstee in dit verband de betekenis van art. 240b Sr onderzocht. In die zaak werd de vraag aan de orde gesteld of deze strafbaarstelling onder de reikwijdte van art. 14b lid 2 Sr en vergelijkbare regelingen kon worden gebracht. Art. 14 lid 2 Sr bevat het met art. 38e lid 2 Sr bijna één op één vergelijkbare criterium dat “er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen.” ^[11] Hofstee heeft daarvoor onder meer de strekking van het artikel en de wetssystematiek onderzocht alsmede een rechtsvergelijkend onderzoek verricht. ^[12] Voor zover voor de onderhavige zaak relevant verwijs ik naar zijn uitvoerige conclusie. In de onderhavige zaak is van belang dat Hofstee — samengevat — concludeert dat vanwege gewijzigde opvattingen op nationaal en internationaal niveau de reikwijdte van art. 240b Sr is verbreed: “*[h]et gaat niet meer om alleen de bescherming van de afgebeelde persoon, maar in zijn algemeenheid om bescherming van de lichamelijke en seksuele integriteit en het seksuele zelfbeschikkingsrecht van het kind.*” ^[13] Hierbij is van belang dat iedere profiteur van kindermisbruik ook strafwaardig is. Immers, aldus Hofstee, het bezit roept de kans op nieuw misbruik in het leven, ook wel markttheorie genoemd. Niettegenstaande het voorgaande concludeert hij echter dat, met verwijzing naar de wetssystematiek en art. 38e Sr, niet uit iedere overtreding van art. 240b Sr volgt dat sprake is een misdrijf als bedoeld in art. 14b lid 2 Sr. De gedragingen die in art. 240b Sr strafbaar zijn gesteld kunnen, (onder meer) gezien de visie van de wetgever ^[14] en de uitwerking in de straftoemeteringsrichtlijnen, ^[15] niet op één lijn worden gesteld. Met name wat betreft de bezitter van kinderporno is, hoewel deze verwijtbaar bijdraagt aan het in stand houden van de markt, niet gegeven dat deze een misdrijf pleegt dat rechtstreeks gericht is tegen de onaantastbaarheid van het lichaam. ^[16] In het daarop volgende arrest heeft de Hoge Raad zich vervolgens (deels) uitgelaten over de vraag of het feit als bedoeld in art. 240b Sr valt onder de reikwijdte van het in art. 14 lid 2 Sr genoemde criterium:

“2.5.1.

Niet in geding is dat de sinds 1 februari 2006 krachtens art. 14b, tweede lid, Sr geldende mogelijkheid om, indien de in dat artikellid genoemde voorwaarde is vervuld, een proeftijd van ten hoogste tien jaren vast te stellen, bestond met betrekking tot het door het Hof als volgt gekwalificeerde feit: ‘een afbeelding en een gegevensdrager, bevattende een afbeelding van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verwerven en zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaffen, terwijl van het plegen van dit misdrijf een gewoonte wordt gemaakt’, gepleegd in de periode 1 januari 2010 tot en met 3 juli 2013.

2.5.2.

Het Hof heeft geoordeeld dat in dit verband niet is voldaan aan de in art. 14b, tweede lid, Sr genoemde voorwaarde dat ‘er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen’.

2.5.3.

Dat oordeel getuigt, mede in het licht van de in de conclusie van de Advocaat-Generaal weergegeven wetsgeschiedenis, niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk. Daarbij neemt de Hoge Raad mede in aanmerking dat — anders dan het middel betoogt — de bewezenverklaring onder 1 geen gedragingen bevat die onmiskenbaar zijn gericht tegen of gevaar veroorzaken voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen in de zin van art. 14b, tweede lid, Sr, terwijl de misdrijven waaronder het onder 1 bewezenverklaarde is gekwalificeerd — kort gezegd: het verwerven en zich toegang verschaffen tot, alsmede het in bezit en voorraad hebben van, kinderporno — ook niet zonder meer kunnen worden gekarakteriseerd als misdrijven die dergelijke gedragingen omvatten.” [\[17.\]](#)

De Hoge Raad lijkt derhalve voor de toepassing van het op het punt van het geweldsmisdrijf gelijklopend criterium van art. 14b lid 2 Sr in navolging van Hofstee een onderscheid te maken tussen de verschillende in art. 240b Sr strafbaar gestelde gedragingen. Het (een gewoonte maken van) verwerven en zich toegang verschaffen tot, alsmede het in bezit en voorraad hebben van kinderporno levert geen misdrijf op als bedoeld in art. 14b lid 2 Sr. Daar het in art. 38e lid 1 Sr bedoelde criterium met betrekking tot het geweldsmisdrijf gelijklopend is, kom ik op systematische gronden tot de slotsom dat diezelfde gedragingen (ook) niet onder de reikwijdte van het begrip geweldsmisdrijf in de zin van de tbs-regeling zijn te brengen. Daarbij past de kanttekening dat de Hoge Raad in het post-*Van der Velden*-arrest niet slechts heeft gekeken naar de kwalificatie van de gedragingen, maar ook naar de bewezenverklaring van de gedragingen. Voor te stellen valt dat een aan de kwalificatie ten grondslag liggende andere bewezenverklaring en de daartoe redengevende bewijsmiddelen mogelijk wel leiden tot een karakterisering als geweldsmisdrijf. De Hoge Raad heeft zich evenwel niet uitgelaten over de andere gedragingen die zijn strafbaar gesteld in art. 240b Sr, te weten — kort gezegd — het verspreiden, aanbieden, openlijk tentoonstellen, vervaardigen, invoeren doorvoeren of uitvoeren van kinderporno.

5.10.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 240b Sr valt af te leiden dat de wetgever voor wat de gedraging ‘vervaardigen’ uit 240b Sr betreft ervan uit lijkt te gaan dat dit wel valt te karakteriseren als geweldsmisdrijf. [\[18.\]](#) De andere in dat artikel genoemde gedragingen blijken, buiten hetgeen hiervoor al is weergegeven, niet of nauwelijks te zijn toegelicht. Uit de door het Openbaar Ministerie opgestelde Richtlijn strafvordering kinderpornografie 2013 [\[19.\]](#) en 2016 [\[20.\]](#) kan wel worden afgeleid dat bepaalde gedragingen uit art. 240b Sr in het kader van die Richtlijn op één lijn worden gesteld. Dit is het geval voor a) ‘bezit/verwerven/toegang verschaffen’ en b) ‘aanbieden/verspreiden/invoeren/uitvoeren/doorvoeren/openlijk tentoonstellen’. Het vervaardigen van kinderporno valt in een aparte categorie, die ook gelijk de zwaarste te vorderen straf kent. Het standpunt dat vervaardigen altijd wordt gezien als een ‘zware categorie’ overtreding van het misdrijf van art. 240b Sr wordt echter ook in de genoemde richtlijnen genuanceerd:

“Het vervaardigen van kinderpornografisch materiaal omvat vele soorten zaken. Van vervaardigen is al sprake als op geheel vrijwillige basis en binnen een relatie minderjarigen erotische opnamen van elkaar maken, maar aan het andere eind van het spectrum bevinden zich de zaken waarin verdachten zelf een (pleeg-, stief-, oppas-) kind seksueel misbruiken en daarvoor commerciële doeleinden beeldmateriaal van produceren. Voorts is sprake van vervaardigen van kinderporno als bijvoorbeeld een verdachte foto’s van kinderhoofdjes op pornografische foto’s van volwassenen plakt, realistische tekeningen of computeranimaties maakt, maar ook als (heimelijk) beeldmateriaal gemaakt wordt van (naakt) spelende kinderen, met een kenbaar seksuele strekking. De Nederlandse verdachte die naar het buitenland reist om daar kinderen te misbruiken en die van dat misbruik afbeeldingen maakt, valt ook onder de categorie ‘vervaardigers’. Er is dus geen standaardstrafmaat voor het enkele gegeven ‘vervaardigen’ te bepalen. Bij het bepalen van een strafeis bij deze verdenkingen spelen de rol en werkwijze van de verdachte, eventueel door de verdachte gemaakt misbruik van omstandigheden van de minderjarige, evenals de aan het slachtoffer toegebrachte schade dan ook een bijzonder grote rol.” [\[21.\]](#)

Mijns inziens is het een juist uitgangspunt dat niet alle gedragingen die als het vervaardigen van kinderporno worden gekwalificeerd als geweldsmisdrijf in de zin van art. 38e Sr kunnen worden gekarakteriseerd. Waar dit niet geldt voor het in dat artikel als zwaarste variant voorkomend delict, dan geldt dat, a fortiori, evenmin zonder meer voor de andere in art. 240b Sr genoemde gedragingen. [\[22.\]](#)

5.11.

Ik kom tot een zekere afronding. Uit hetgeen onder hiervoor besproken leid ik af dat de verschillende gedragingen die strafbaar zijn gesteld onder art. 240b Sr niet zonder meer zijn te karakteriseren als een geweldsmisdrijf als bedoeld in art. 38e lid 1 Sr. Gelet op de verscheidenheid aan mogelijke uitingsvormen in de praktijk, zal de rechter, indien hij van mening is dat een concrete zaak wel aanleiding geeft tot een dergelijke karakterisering, dit moeten motiveren op grond van art. 359 lid 7 Sr. Als ik het juist zie, kan daarvoor niet worden volstaan met het enkele gegeven dat bepaalde gedragingen, hoe kwalijk ook, de markt voor kinderporno in stand houden. De opleggingsrechter zal echter wel kunnen putten uit een eventuele uit de bewezenverklaring en/of de bewijsmiddelen blijkende geweldscomponent.

5.12.

In de onderhavige zaak heeft het hof — kort gezegd — onder feit 1 het verwerven, in het bezit hebben van en het toegang

verschaffen tot kinderporno en onder feit 2 het verspreiden, aanbieden en openlijk tentoonstellen en het toegang verschaffen tot kinderporno bewezen verklaard. Daarenboven heeft het hof gemotiveerd uiteengezet waarom hij het oordeel is toegedaan dat deze gedragingen onder de reikwijdte van 'gewelddsmisdrijf' als bedoeld in art. 38e lid 1 Sr vallen. Hierbij heeft het hof het zwaartepunt gelegd op het feit dat hiermee de markt voor kinderporno in stand wordt gehouden. Gezien hetgeen ik hiervoor onder 6.4 heb overwogen is het oordeel van het hof dat deze gedragingen zijn aan te merken als — kort gezegd — gewelddsmisdrijf in de zin van art. 38e lid 1 Sr onjuist, althans niet toereikend gemotiveerd. Dit behoeft echter niet tot cassatie te leiden, gelet op hetgeen ik hierboven onder 5.6 heb gesteld.

5.13.

Het middel faalt.

Uitspraak

Hoge Raad:

3. Beoordeling van het tweede middel

3.1.

Het middel richt zich tegen (de motivering van) het oordeel van het Hof dat de maatregel van terbeschikkingstelling (hierna: TBS) met voorwaarden betreffende het gedrag van de ter beschikking gestelde wordt opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen als bedoeld in art. 38e, eerste lid, Sr en art. 359, zevende lid, Sv.

3.2.1.

Ten laste van de verdachte is, voor zover hier van belang, bewezenverklaard dat:

"1. hij in de periode van 5 oktober 2013 tot en met 19 mei 2015 te Nijmegen meermalen,

afbeeldingen, te weten foto's en video's en films heeft verworven en in bezit heeft gehad en zich daartoe door middel van een geautomatiseerd werk de toegang heeft verschaft, en

gegevensdragers, te weten een USB stick Philips, beslagcode BERG39.01.03.004, en een laptop Acer zwart/zilver, beslagcode BERG39.01.01.004, en een laptop Packard Bell, beslagcode BERG39.01.01.005, en een laptop Acer Aspire, beslagcode BERG39.01.04001, en een externe harde schijf verbatim, beslagcode BERG39.01.04.002 bevattende afbeeldingen, te weten foto's en video's en films,

in bezit heeft gehad,

terwijl op die afbeeldingen seksuele gedragingen zichtbaar zijn, waarbij telkens een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken of schijnbaar was betrokken, welke voornoemde seksuele gedragingen — zakelijk weergegeven — bestonden uit:

het oraal en/of vaginaal en/of anaal penetreren van het lichaam van een persoon die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt,

(...)

2. hij in de periode van 5 oktober 2013 tot en met 19 mei 2015, te Nijmegen meermalen,

afbeeldingen, te weten foto's en video's en films heeft verspreid en aangeboden en openlijk tentoongesteld door die afbeeldingen te plaatsen op het internetforum [...],

terwijl op die afbeeldingen seksuele gedragingen zichtbaar zijn, waarbij telkens een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken of schijnbaar was betrokken, welke voornoemde seksuele gedragingen — zakelijk weergegeven — bestonden uit:

het oraal en/of vaginaal en/of anaal penetreren van het lichaam van een persoon die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt,

(...)"

3.2.2.

Het Hof heeft het bewezenverklaarde gekwalificeerd als:

"1. een afbeelding — of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding — van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verworven en in bezit hebben, en zich daartoe door middel van een geautomatiseerd netwerk de toegang verschaffen, terwijl van dit misdrijf een

gewoonte wordt gemaakt.

2. een afbeelding — of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding — van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreiden, aanbieden en openlijk tentoonstellen, en zich daartoe door middel van een geautomatiseerd netwerk de toegang verschaffen, terwijl van dit misdrijf een gewoonte wordt gemaakt."

3.2.3.

Het Hof heeft de verdachte te dier zake veroordeeld tot een gevangenisstraf van vijftien maanden. Voorts heeft het Hof gelast dat de verdachte ter beschikking zal worden gesteld met voorwaarden als nader in het arrest omschreven en onttrokken verklaard aan het verkeer onder meer de inbeslaggenomen voorwerpen op de beslaglijst met de nummers 11, 14, 15 en 16. Met betrekking tot de sanctieoplegging heeft het Hof, voor zover hier relevant, het volgende overwogen:

"Oplegging straf

(...)

De verdachte heeft als gewoonte daarvan makend een zeer grote hoeveelheid kinderpornografische afbeeldingen verworven, in zijn bezit gehad en verspreid. Het gaat om 626.818 foto's en 6.551 filmpjes. Onder dat materiaal bevonden zich ook zeer extreme pornografische afbeeldingen van seksuele handelingen, waaronder ook penetratie, bij heel jonge kinderen in de leeftijd van 0 tot 2 jaar. Bij de productie van dergelijk materiaal worden (veelal ook zeer kleine) kinderen op brute, vergaande en aangrijpende wijze seksueel misbruikt door volwassenen. Het behoeft geen betoog dat dergelijk misbruik zeer nadelige gevolgen kan hebben (in de zin van psychische, emotionele en lichamelijke schade) voor de desbetreffende kinderen en dat zij hierdoor ernstig kunnen worden geschaad in hun verdere ontwikkeling. De verdachte heeft door zijn handelen een bijdrage geleverd aan de instandhouding van een markt waarop dergelijk verwerpelijke materiaal wordt aangeboden en voor de productie waarvan kinderen ook feitelijk worden misbruikt.

In het kader van deze strafzaak is over de persoon van de verdachte gerapporteerd door een psycholoog en een psychiater.

De psychiater concludeert in zijn rapportage d.d. 9 oktober 2015 dat de verdachte ten tijde van het ten laste gelegde leed aan een ziekelijke stoornis/gebrekkige ontwikkeling van de geestesvermogens, te weten pedofilie, niet exclusieve type, een parafilie n.a.o. en misbruik van alcohol, in detentie in gedwongen remissie, gefundeerd op een gebrekkige ontwikkeling waarbij een persoonlijkheidsstoornis n.a.o. kan worden geduid met in de differentiaal diagnose een autismespectrum stoornis. Deze stoornis was ten tijde van het plegen van het ten laste gelegde aanwezig. De pedofilie en persoonlijkheidsstoornis beïnvloedden de keuzevrijheid van de verdachte in de zin dat hij afwijkende manieren hanteerde ter lustbevrediging.

De psycholoog concludeert in haar rapportage d.d. 12 oktober 2015 dat er bij de verdachte een ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens kan worden vastgesteld in de zin van een autistische stoornis, pedofilie en alcoholafhankelijkheid, in remissie door het verblijf in geslotenheid. De autistische stoornis en pedofilie zijn dusdanig van invloed op het algeheel functioneren dat er daarom geen diagnose voor persoonlijkheidsstoornissen kan worden vastgesteld. De verdachte heeft vanwege aanhoudende, obsessieve pedoseksuele behoeftes, een beperkt inlevingsvermogen en lacunaire gewetensfuncties, inherent aan pedofilie en autistische stoornis, het ten laste gelegde feit gepleegd, zonder rekening te houden met de slachtoffers. Het heeft de verdachte aan zelfinzicht en probleembesef ontbroken. De verdachte heeft geen adequate controle en remming gehad op het delictgedrag, waardoor er sprake is geweest van fors alcoholgebruik. Hierdoor is de verdachte steeds verder verstrikt geraakt in obsessieve dwangmatige gedragspatronen met het plegen van het delictgedrag als gevolg.

De deskundigen verschillen enigszins van mening voor wat betreft de aanwezigheid van een autistische stoornis. De verdediging heeft een brief d.d. 11 augustus 2016 overgelegd van GGZ Drenthe-beveiligde Psychiatrie De Boeg in Assen waar verdachte sinds 23 mei 2016 verblijft en waar observatie en diagnostiek wordt verricht. Hieruit blijkt dat behandelaars, werkzaam bij De Boeg in hun onderzoek niet hebben vastgesteld dat er sprake is van de diagnose Autisme Spectrum Stoornis. Verdachte heeft zelf aangegeven dat hij zich kan vinden in het oordeel van de deskundigen voor wat betreft de andere aspecten van de diagnose en dat hij zelf ook van oordeel is dat hij behandeld dient te worden en ook in de voornoemde brief van De Boeg staat dit geschreven. Met uitzondering van hetgeen de deskundigen hebben gerapporteerd over de aanwezige autistische stoornis zal het hof de overige conclusies van de deskundigen met betrekking tot de aanwezigheid van een ziekelijke stoornis daarom volgen en neemt deze over. Het hof is van oordeel dat hetgeen de deskundigen daarover rapporteren met betrekking tot de invloed die die stoornis heeft gehad op het handelen van verdachte volgt dat de bewezenverklaarde feiten aan verdachte verminderd toegerekend moeten worden.

Het hof heeft bij de bepaling van de hoogte van de op te leggen straf acht geslagen op het de verdachte betreffende uittreksel uit de justitiële documentatie d.d. 12 juli 2016, waaruit blijkt dat verdachte niet eerder ter zake van soortgelijke feiten met justitie in aanraking is gekomen.

Gelet op het voorgaande, in onderling verband en samenhang bezien, acht het hof een gevangenisstraf voor de duur van 15 maanden passend en geboden. Het hof wijkt bij de strafoplegging ten nadele voor verdachte af van de vordering van de advocaat-generaal die weliswaar dezelfde straf vorderde, maar ten aanzien van drie feiten terwijl het hof vrijspreekt van het

derde ten laste gelegde feit. De vrijspraak heeft betrekking op een zeer gering aantal documenten (in totaal 11) van porno met dieren ten opzichte van de totale hoeveelheid kinderporno van 626.818 foto's en 6.551 filmpjes waar het hier om gaat. Onder deze kinderporno bevindt zich een hoeveelheid kinderporno met penetratie van jonge kinderen in diverse leeftijdsgroepen waaronder kinderen tussen 0 en 2 jaren alsook afbeeldingen met daarop extreem gewelddadige handelingen. Een lichtere strafmodaliteit of gevangenisstraf van kortere duur komt niet meer in aanmerking. (...)

Oplegging maatregel

(...)

Het hof volgt de verdediging om de navolgende redenen niet in het betoog om bijzondere voorwaarden op te leggen bij een voorwaardelijk strafdeel.

Volgens de psychiater is de pedofiele interesse van de verdachte met een gebrekkige impulscontrole van belang bij de kans op recidive. De psychiater adviseert een klinische behandeling gericht op de pedofilie, parafilie, seksualiteit in het algemeen, persoonlijkheidsstoornis en de sociale vaardigheden met daarnaast begeleiding bij het weer opbouwen van zijn leven.

Ambulante behandeling lijkt een gepasseerd station. De eerder doorlopen ambulante behandeling was niet succesvol: verdachte wilde niet meewerken aan noodzakelijk geachte klinische behandeling en wilde zijn computer niet uit huis doen.

Het kader van voorkeur is TBS. Dan is behandeling gewaarborgd. Bij een voorwaardelijke straf zou dat niet het geval zijn.

Het gaat bij betrokkene om een zorgelijke situatie bij iemand die men niet uit het oog zou willen verliezen en die wel behandeling nodig heeft. Er is een complexiteit aan stoornissen. Als optie van lagere voorkeur adviseert de psychiater behandeling als bijzondere voorwaarde bij een voorwaardelijk strafdeel onder een verplicht reclasseringstoezicht met een proeftijd van bijvoorbeeld 10 jaar.

De psycholoog acht een kans op herhaling van soortgelijk delictgedrag hoog vanwege een grote hoeveelheid risicofactoren en weinig beschermende factoren. De risicofactoren die worden gevonden zijn psychosociaal, seksueel gerelateerd en factoren die samenhangen met de toekomst. Een eerdere ambulante behandeling heeft onvoldoende stabilisatie op de lange termijn kunnen bieden waardoor de verdachte teruggevallen is in seksueel delictgedrag. De verdachte wilde zich niet conformeren aan behandelvoorwaarden en heeft de behandeling gestopt. Om de hoge recidivekans te verkleinen adviseert de psycholoog een klinische behandelstart in een forensisch psychiatrische kliniek gespecialiseerd in de behandeling pedofilie waarna de verdachte op indicatie van de kliniek, kan worden doorgeplaatst naar een ambulante behandelsetting in combinatie met een begeleide woonvorm. De noodzakelijke behandeling dient plaats te vinden in het kader van een tbs met voorwaarden. Binnen dit kader kan de verdachte voor lange tijd worden gehouden aan de noodzakelijke behandelvoorwaarden en kan de maximale beïnvloeding en correctie worden geboden die nodig is om recidive te verkleinen. Een voorwaardelijk strafdossier met daaraan gekoppeld een bijzondere voorwaarde wordt onvoldoende stevig en passend gevonden omdat dan geen behandelverplichting aanwezig is op het moment dat de verdachte zich onttrekt aan de voorwaarden.

De reclassering heeft een maatregelenrapport uitgebracht en zij ziet mogelijkheden om de verdachte in het kader van een TBS met voorwaarden onder de door hen opgestelde voorwaarden te begeleiden en toezicht te houden. Uit het rapport komt onder meer naar voren dat de motivatie van de verdachte extern is en dat zijn houding en verantwoordelijkheid ten aanzien van het delict sterk vermijdend/ontkennend is. De verdachte ziet de ernst niet onder ogen. De verdachte heeft behandeling en begeleiding nodig om de risicofactoren omlaag te brengen door middel van een klinische behandeling. De verwachting is dat een intensief behandeltraject nodig is waarvoor de verdachte inmiddels is aangemeld bij de FPK te Assen. Op korte termijn kan een opname plaatsvinden. De reclassering adviseert om een TBS met voorwaarden op te leggen en heeft daarvoor een aantal algemene voorwaarden en specifieke voorwaarden geformuleerd.

(...)

Het hof volgt mede in het licht van de brief van het GGZ waarin ook wordt aangegeven dat op grond van de risicotaxatie er een indicatie is voor een klinische behandeling, de adviezen van de deskundigen en legt aan verdachte de maatregel terbeschikkingstelling met voorwaarden, zoals genoemd in het dictum, op. Bij dit oordeel heeft het hof ook betrokken dat verdachte in het kader van zijn dagbesteding functies heeft gezocht en uitgevoerd waarin hij met kinderen werkte en zal dit ook naast de voorwaarden die de reclassering adviseert deel laten uitmaken van de in het dictum op te nemen voorwaarden. Het verweer van de verdediging om geen TBS met voorwaarden op te leggen wordt verworpen, nu alles afwegend ook door het hof bijzondere voorwaarden bij een voorwaardelijk strafdeel als een onvoldoende stevig kader wordt beoordeeld, zoals hierboven door de deskundigen geadviseerd.

Het hof is met de rechtbank van oordeel dat in alle omstandigheden aanleiding wordt gevonden te oordelen dat de op te leggen terbeschikkingstelling met voorwaarden dadelijk uitvoerbaar moet zijn.

Ten slotte heeft de verdediging uitdrukkelijk betoogd dat er geen sprake kan zijn van een ongelimiteerde terbeschikkingstelling, in voorkomend geval dat de terbeschikkingstelling met voorwaarden zou worden omgezet naar een terbeschikkingstelling met verpleging van overheidswege. Het hof beschouwt dit verweer als een beroep op artikel 359, zevende lid van het Wetboek van Strafvordering. Gelet op de systematiek van de wet acht het hof zich gehouden thans — ook al doet deze situatie zich niet voor en heeft het hof geen directe redenen om aan te nemen dat deze situatie zich ooit voor zal doen — als zittingsrechter hieromtrent een beslissing te nemen.

De raadsman heeft betoogd dat er bij de delicten die door verdachte zijn begaan geen sprake is van delicten die zijn gericht

tegen of een gevaar veroorzaken voor de onaantastbaarheid van het lichaam van personen en heeft daarbij gerefereerd aan de wetsgeschiedenis bij de totstandkoming van artikel 38e, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht. Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Hoewel bij de parlementaire behandeling inderdaad sprake is geweest van een limitatieve opsomming van destijds geldende zedendelicten waarop artikel 38e, eerste lid, Wetboek van Strafrecht van toepassing zou zijn, merkt het hof daarover op dat deze parlementaire behandeling speelde in een tijd waarin het strafmaximum op het (een gewoonte maken van het) bezit van kinderporno lager was en er anders tegen de strafwaardigheid van dit delict werd aangekeken. Met de opkomst van het internet heeft ook de verspreiding van kinderporno een enorme vlucht genomen. Afbeeldingen met kinderen in compromitterende posities kunnen thans met een muisklik wereldwijd worden verspreid. Het is maar zeer de vraag of deze afbeeldingen ooit nog in zijn geheel van het internet verdwijnen. De gevolgen voor de slachtoffers van kinderporno zijn hierdoor groter dan voordat verspreiding via het internet mogelijk werd. Het een gewoonte maken van het verwerven, bezitten en, kort gezegd, verspreiden van kinderporno is hiermee in die zin een nog ernstiger delict geworden dan ten tijde van voornoemde parlementaire behandeling hetgeen ook in het huidige strafmaximum van acht jaren gevangenisstraf voor deze delicten ieder voor zich tot uitdrukking is gebracht. Het (een gewoonte maken van het) bezit en verspreiden van kinderporno levert een onmiskenbare bijdrage op aan het in stand houden van de markt voor kinderporno, waarvoor feitelijk en daadwerkelijk kindermisbruik een noodzakelijk gegeven en vereiste is. Door het bezit en verspreiden van kinderporno blijven vele slachtoffers voor onbepaalde duur op een beschamende manier op internet staan en op die manier blijven zij slachtoffer van eerder begane gedragingen. Hiermee wordt door het bezit en verspreiden van kinderporno bijgedragen aan de ernstige inbreuk die is gemaakt op de lichamelijke integriteit van de desbetreffende minderjarigen. Verdachte heeft zich hier schuldig aan gemaakt. Hiermee levert het een gewoonte maken van het verwerven, bezitten, verspreiden, aanbieden en openlijk tentoonstellen van kinderporno zoals verdachte heeft gedaan een delict op dat naar het oordeel van het hof een gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van personen. Dit betekent dat — in het geval van omzetting van de terbeschikkingstelling met voorwaarden naar een terbeschikkingstelling met verpleging van overheidswege — er sprake is van een zogenoemde ongelimiteerde terbeschikkingstelling."

3.3.1.

Voor de beoordeling van het middel zijn de volgende bepalingen van belang.

- Art. 38, eerste lid, Sr, voor zover hier van belang:

"Indien de rechter niet een bevel als bedoeld in artikel 37b geeft, stelt hij ter bescherming van de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen voorwaarden betreffende het gedrag van de ter beschikking gestelde."

- Art. 38c Sr:

"De rechter kan, op vordering van het openbaar ministerie, indien een gestelde voorwaarde niet wordt nageleefd of anderszins het belang van de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen zulks eist bevelen dat de ter beschikking gestelde alsnog van overheidswege zal worden verpleegd."

- Art. 38e, eerste en derde lid, Sr:

"1. De totale duur van de maatregel van terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging van overheidswege gaat een periode van vier jaar niet te boven, tenzij de terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging van overheidswege is opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen.

3. Indien de totale duur van de terbeschikkingstelling niet in tijd is beperkt, kan de termijn van de terbeschikkingstelling telkens worden verlengd, wanneer de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen die verlenging eist."

- Art. 240b Sr:

"1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding — of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding — van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.

2. Met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt."

- Art. 359, zevende lid, Sv:

"Als de maatregel van terbeschikkingstelling met verpleging is opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen, geeft het vonnis dit onder opgave van redenen aan."

3.3.2.

De geschiedenis van de totstandkoming van art. 359, zevende lid, Sv, dat is ingevoerd bij de Wet van 15 december 1993, *Stb.* 1994, 13, houdende enkele wijzigingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Beginselenwet Gevangeniswezen omtrent de terbeschikkingstelling en de observatie houdt, voor zover hier van belang het volgende in:

"De in artikel 38e, onder 1, WvSr gestelde voorwaarde, zowel in de huidige tekst als in de door mij voorgestelde tekst, betreft een additionele voorwaarde voor de verlenging van de terbeschikkingstelling met verpleging. Voor alle verlengingen geldt immers de voorwaarde dat de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen die verlenging moet eisen. Zie de huidige artikelen 38d, tweede lid, en 38e, onder 2, WvSr. Laatstgenoemde voorwaarde vraagt om een prognostisch oordeel van de rechter op het moment dat over de verlenging van de terbeschikkingstelling beslist moet worden. Eerstgenoemde voorwaarde daarentegen betreft de vaststelling van een feit dat zich in het verleden heeft afgespeeld, namelijk of de ter beschikkingstelling is toegepast ter zake van een (gewelds)misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor (de onaantastbaarheid van het lichaam van) een of meer personen. De uitkomst van de beraadslaging door de rechter over de voldoening aan deze voorwaarde op het moment van de oplegging van de terbeschikkingstelling of op het moment van de verlenging van de terbeschikkingstelling behoort in principe dezelfde te zijn. Het gaat hier om een zuivere rechtsvraag waarvoor geen nader feitenonderzoek noodzakelijk is. Van de verlengingsrechter wordt niet geëist dat hij nagaat in hoeverre de ernstige inbreuk op de rechtsorde ten gevolge van het desbetreffende misdrijf is verbleekt en voorts retrospectief onderzoekt of dat misdrijf thans nog een terbeschikkingstelling rechtvaardigt. Gelet op het voorgaande stel ik voor de rechter die de maatregel van terbeschikkingstelling met verpleging oplegt, te laten beslissen of de terbeschikkingstelling met verpleging al of niet gemaximeerd is. Hij kent het procesdossier goed en kan zich het beste een beeld vormen over het daad-dadercomplex. Vanaf het begin van de tenuitvoerlegging van de terbeschikkingstelling staat dan vast of deze al dan niet gemaximeerd is. Voorts lijkt het zowel vanuit het behandelingsperspectief als vanuit de rechtspositie van de ter beschikking gestelde bezien gewenst dat op het moment dat de terbeschikkingstelling wordt opgelegd, te voorzien is of het een gemaximeerde dan wel een niet-gemaximeerde terbeschikkingstelling betreft. Het behandelingsplan kan daarop afgestemd worden. De ter beschikking gestelde weet immers in geval van een gemaximeerde terbeschikkingstelling hoe lang deze maximaal kan duren. In het voorgestelde eerste lid van artikel 38e WvSr is daarom het woord "toegepast" vervangen door het woord: opgelegd. Of vervolgens ook voldaan is aan de voorwaarde dat de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen de verlenging van de terbeschikkingstelling met verpleging eist, blijft ter beoordeling van de verlengingsrechter. Zie hiertoe het voorgestelde tweede lid van artikel 38e WvSr.

De rechter die de maatregel van terbeschikkingstelling met verpleging oplegt zal gemotiveerd moeten beslissen of er sprake is van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen. (...) Bij de gekozen oplossing zal op de koop toe genomen moeten worden dat in een aantal gevallen de niet-maximering inzet van procedures in hoger beroep en cassatie wordt. Ik verwacht evenwel dat dit aantal beperkt zal zijn. Bovendien zal het bezwaar van de verdachte zich veelal ook tegen de oplegging van de maatregel van terbeschikkingstelling richten. Als een voordeel van de voorgestelde regeling beschouw ik dat uiteindelijk de uitleg van het begrip 'misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen' aan het oordeel van de cassatierechter kan worden onderworpen."

([Kamerstukken II 1992/93, 22909, 3](#), p. 9)

3.3.3.

De geschiedenis van de totstandkoming van art. 38e Sr is, voor zover voor de beoordeling van het middel van belang, weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.8 en 5.9. Omtrent het in art. 38e, eerste lid, Sr voorkomende begrip "misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen" houdt voorts de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking van 25 november 2015 (*Stb.* 2015, 460) het volgende in:

"De tbs-maatregel is immers slechts ongemaximeerd wanneer deze is opgelegd ter zake van een zogeheten 'geweldsmisdrijf', een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor het lichaam van een of meer personen. Wanneer geen sprake is van een geweldsmisdrijf, bedraagt de totale duur van de tbs-maatregel ten hoogste vier jaar (artikel 38e, eerste lid, Sr). Voor zeden- of geweldsdelinquenten die tbs met verpleging krijgen opgelegd geldt dat vaak sprake zal zijn van een geweldsmisdrijf, maar dat is niet altijd het geval. Het voorhanden hebben van kinderporno is — in tegenstelling tot het vervaardigen ervan — bijvoorbeeld niet aan te merken als een geweldsmisdrijf."

([Kamerstukken II 2013/14, 33816, 3](#), p. 26.)

3.3.4.

Uit art. 38c Sr in verbinding met art. 38e, eerste en derde lid, Sr volgt dat indien de TBS met voorwaarden wordt omgezet in TBS met verpleging, de duur van deze TBS niet in tijd is beperkt ingeval sprake is van een misdrijf dat was gericht tegen of

gevaar heeft veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen (hierna ook: geweldsmisdrijf).

3.4.1.

Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Ingeval aan de verdachte de maatregel van TBS met verpleging van overheidswege is opgelegd, dient de rechter — bij voorkeur in de bewoordingen van art. 359, zevende lid, Sv — in zijn motivering van de maatregel tot uitdrukking te brengen dat deze wel of niet is opgelegd ter zake van een geweldsmisdrijf. (Vgl. HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8434, NJ 2013/161, rov. 4.3).

Deze motiveringsverplichting strekte zich blijkens rechtsoverweging 4.10 van genoemd arrest niet uit tot gevallen waarin een TBS is opgelegd doch zonder dat tevens een bevel tot verpleging van overheidswege is gegeven. Met het oog op de mogelijke, in art. 38c Sr voorziene, omzetting van een TBS zonder zo een bevel in een TBS met zo een bevel en vervolgens de verlenging daarvan, moet evenwel thans worden aanvaard dat, in het geval dat TBS met voorwaarden is opgelegd, eenzelfde motiveringsvoorschrift geldt.

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

3.4.2.

Blijkens hetgeen hiervoor onder 3.2.3 is weergegeven heeft het Hof geoordeeld dat aan de verdachte de maatregel van TBS met voorwaarden is opgelegd ter zake van een geweldsmisdrijf. Dat oordeel is niet begrijpelijk aangezien het Hof geen feiten en omstandigheden heeft vastgesteld waaruit gedragingen van de verdachte kunnen worden afgeleid die onmiskenbaar zijn gericht tegen of gevaar veroorzaken voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen in de zin van art. 38e, eerste lid, Sr, terwijl de misdrijven waaronder het bewezenverklaarde is gekwalificeerd — kort gezegd: een gewoonte maken van (i) het verwerven, in bezit hebben en zich toegang verschaffen en (ii) het verspreiden, aanbieden en openlijk tentoonstellen van kinderporno — ook niet zonder meer kunnen worden gekarakteriseerd als misdrijven die dergelijke gedragingen omvatten. (Vgl. HR 28 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:524). Hetgeen het Hof heeft overwogen ten aanzien van — samengevat — de instandhouding van de markt voor kinderporno en over de gevolgen die het bezit en de verspreiding van kinderporno in het algemeen hebben voor de slachtoffers daarvan, maakt dit niet anders.

3.4.3.

Het middel is terecht voorgesteld.

(...)

5. Slotsom

Nu de Hoge Raad geen grond aanwezig oordeelt waarop de bestreden uitspraak ambtshalve zou behoren te worden vernietigd, brengt hetgeen hiervoor is overwogen mee dat als volgt moet worden beslist.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak maar uitsluitend wat betreft de strafoplegging, waaronder begrepen de onttrekking aan het verkeer;

wijst de zaak terug naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Leeuwarden, opdat de zaak in zoverre op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan;

verwerpt het beroep voor het overige.

Noot

Auteur: P.A.M. Mevis

1.

In geval tbs *met verpleging* wordt opgelegd ter zake van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van één of meer personen (hierna: geweldsmisdrijf) dient zulks op grond van art. 359 lid 7 Sv en 'onder opgave van redenen' in het vonnis te worden vermeld. Het artikel is positief geformuleerd; als niet van een

dergelijk misdrijf sprake is of de tbs niet met verpleging wordt opgelegd, hoeft het vonnis dat niet te vermelden. In zijn arrest van HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8434, *NJ* 2013/161, m.nt. Van Kempen maakte de Hoge Raad daar al van dat de opleggingsrechter tot uitdrukking moet brengen of de maatregel 'wel of niet' ter zake van een geweldsdelict is opgelegd. De opleggingsrechter moet duidelijkheid scheppen, volgens de Hoge Raad het liefst daarom in de bewoordingen van art. 359 lid 7 Sv. Het vonnis is dan in elk geval tegen nietigheid (art. 359 lid 8 Sv) beschermd en de omschrijving is inhoudelijk ook vaag genoeg om van de feitenrechter te vragen zich (desnoods uiteindelijk concluderend na de vereiste 'opgave van redenen') in de woorden van de wet uit te drukken. Die 'uitbreidende' interpretatie, volgens welke het vonnis ook heeft te vermelden dat de tbs met verpleging niet wegens een geweldsmisdrijf wordt opgelegd, herhaalt de Hoge Raad in r.o. 3.4.1. van bovenstaande beslissing. De Hoge Raad gaat vervolgens een stap verder en verlangt voortaan dat ook de rechter die tbs met voorwaarden oplegt, bij die beslissing reeds heeft te beslissen of naar zijn oordeel van een dergelijk misdrijf sprake is, zoals het hof in casu deed. Ook dit deel van bovenstaand arrest moet deels in samenhang worden gelezen met genoemd arrest *NJ* 2013/161 en met de hiervoor opgenomen beslissing van de Hoge Raad van 21 juni 2016, *NJ* 2016/146 en de noot onder dat arrest. Dat de in casu bewezen omgang met kinderporno geen geweldsdelict oplevert was al beslist in HR 28 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:524, *NJ* 2017/411, m.nt. Keulen.

2.

De motiveringsplicht van art. 359 lid 7 Sv met de beperking tot tbs met verpleging is ingevoerd per 15 januari 1994. De wetgever lijkt zich niet te hebben gerealiseerd dat tbs met voorwaarden kan worden omgezet in tbs met verpleging waardoor alsnog, met het oog op art. 38e Sr, van belang is of het indexdelict een geweldsdelict is. Dat is enigszins merkwaardig omdat bij de genoemde wet de daarvoor bestaande tbs met aanwijzingen is afgeschaft en de eis van dubbele gedragskundige rapportage (weer) gebonden is aan de tbs-oplegging sec en niet eerst pas aan de beslissing dat de tbs-gestelde zal worden verpleegd. Met de wetwijziging uit 1994 is de beslissing tot oplegging van tbs sec door de sanctionerende rechter versterkt ten opzichte van de beslissing van de rechter tot omzetting in tbs met verpleging c.q. van de rechter die over de verlenging van de tbs beslist. In voorkomende gevallen van vóór 1994 is geen oordeel van de zittingsrechter voorhanden en beslist tot op de dag van vandaag de verlengingsrechter of van een misdrijf als bedoeld in art. 357 lid 7 Sv en art. 38e Sr sprake is.

3.

Sinds 1994 is er echter veel gebeurd in tbs-land, ook in de wetgeving en in de toepassing ervan. Voor bovenstaande beslissing is in het bijzonder de beslissing van het EHRM van 31 juli 2012, ECLI:NL:XX:2012:BX9093, *NJ* 2013/160, m.nt. Van Kempen (*Van der Velden/ Nederland*) van belang. In die zaak was door de feitenrechter art. 359 lid 7 Sv niet nageleefd. Het ging, in een korte en beperkte beslissing, het EHRM te ver dat in dat geval de rechter die in hoger beroep over de verlenging beslist (de penitentiare kamer) alsnog zou kunnen besluiten dat wel van een geweldsdelict sprake is. De Hoge Raad interpreteert *Van der Velden* in *NJ* 2013/161 aldus, dat het oordeel dat van een geweldsmisdrijf sprake is voor de tbs-gestelde 'in redelijkheid voorzienbaar' moet zijn en voor hem niet als een verrassing moet komen. Dat impliceert volgens de Hoge Raad dat het primaat van vaststelling bij de opleggingsrechter ligt; als dat college voldoende duidelijk beslist dat wel of juist niet van een geweldsdelict sprake is, heeft de verlengingsrechter daarvan uit te gaan. De procedure en beslissing tot verlenging kan niet een soort verkapte herziening van de beslissing van de opleggingsrechter zijn want dat zou jegens de tbs-gestelde in verband met de redelijke voorzienbaarheid een schending van art. 5 EVRM opleveren. Tegelijk: dat primaat van de zittingsrechter sluit volgens de Hoge Raad niet uit dat, in geval de opleggingsrechter in gebreke blijft, de verlengingsrechter alsnog vaststelt dat van een geweldsdelict sprake is, bijvoorbeeld en met name omdat 'evident' is dat het indexdelict 'zonder meer' als geweldsdelict moet worden aangemerkt, dan wel dat de verlengingsrechter zodanige vaststelling door interpretatie van de inhoud van de einduitspraak, besloten kan achten in het oordeel van de opleggingsrechter. Lukt dat niet, dan kan de verlengingsrechter — uiteindelijk — zelf een oordeel ter zake geven, gelet op alle relevante feiten en omstandigheden en voorhanden informatie. Dat alles dient plaats te vinden binnen de grenzen van de redelijke voorzienbaarheid, die bij de laatste variant wel enigszins in de knel komt; vgl. Van Kempen onder *NJ* 2013/161.

4.

In die lijn is bovenstaande beslissing waarschijnlijk het best te begrijpen. De Hoge Raad wijst er in r.o. 3.4.1. op dat zijn arrest van 12 februari 2013 zich niet uitstrekt over het geval dat tbs is opgelegd 'doch zonder bevel tot verpleging' (tbs met voorwaarden). Hij vervolgt dat 'evenwel thans (moet) worden aanvaard' dat in geval tbs met voorwaarden wordt opgelegd voor de opleggingsrechter 'een zelfde motiveringsvoorschrift geldt' (als in geval van tbs met verpleging op grond van art. 359 lid 7 Sv bestaat). De gekozen formulering is in de eerste plaats interessant omdat de Hoge Raad niet op eigen gezag zomaar de woorden van art. 359 lid 7 Sv opzij kan zetten, tenzij het EVRM hem daartoe zou dwingen. Dat laatste is kennelijk niet het geval hoewel de Hoge Raad aan het slot van r.o. 3.4.1. hetzelfde belang (rechtszekerheid voor de tbs-gestelde) in het geweer brengt als het EHRM deed. Maar met zijn bewoordingen wijkt de Hoge Raad in feite ook niet af van

art. 359 lid 7 Sv aangezien hij spreekt van 'eenzelfde motiveringsvoorschrift'. Men zou kunnen zeggen dat hij voor de tbs met voorwaarden de algemenere motiveringsvoorschriften van art. 359 lid 2 eerste volzin lid 5 en lid 6 Sv nader invult, zij het dat 'hetzelfde motiveringsvoorschrift' waarin de Hoge Raad voorziet niet een nadere motivering is waarom deze maatregel (tbs) in deze modaliteit (met voorwaarden) is opgelegd in de zin van die artikelleden, maar slechts een kwalificerend oordeel inhoudt dat van belang is voor de duur van de tbs. In elk geval maakt de Hoge Raad van de beperkte tekst van art. 359 lid 7 Sv nu dus: als de rechter tbs oplegt, hetzij met voorwaarden, hetzij met verpleging, geeft het vonnis aan of die maatregel wel of niet is opgelegd ter zake van een geweldsdelict. Laten we het voor de legitimering maar houden op een verdragsconforme interpretatie. Meer inhoudelijk: tegen de achtergrond van de aangehaalde jurisprudentie is de introductie van 'eenzelfde motiveringsvoorschrift' voor de rechter die tbs met voorwaarden oplegt weliswaar te begrijpen, maar toch niet zonder meer vanzelfsprekend. De aarzeling schuilt in verschillende facetten.

5.

De voornaamste vraag die rijst is of de verhouding tussen de omzettingsrechter en de opleggingsrechter gelijk is aan die tussen de verlengingsrechter en de opleggingsrechter, zoals door de Hoge Raad in zijn arrest van 12 februari 2013 uiteengezet, in die zin dat ook in eerstgenoemde verhouding uit een oogpunt van redelijke voorzienbaarheid primair de opleggingsrechter heeft te beslissen of het indexdelict een geweldsdelict is. Of zou, bij tbs met voorwaarden, de omzettingsrechter in zoverre het primaat kunnen worden gelaten zodat er geen reden is voor de opleggingsrechter van tbs met voorwaarden 'eenzelfde motiveringsvoorschrift' te formuleren als de Hoge Raad in bovenstaande zaak doet? Men kan daarover enige aarzelingen hebben. Of sprake is van een geweldsdelict is alleen relevant voor de duur van de tbs met verpleging. Dat de opleggingsrechter bij tbs met voorwaarden zich ter zake niet uitlaat, kan daarmee geen verwachtingen wekken bij de tbs-gestelde. De beslissing van het EHRM in *Van der Velden/Nederland* lijkt niet te verbieden dat de vaststelling of sprake is van een geweldsmisdrijf aan de omzettingsrechter wordt gelaten. Men kan voorts verdedigen dat het vrijwillig, met overtuiging naleven van de voorwaarden niet meteen wordt bevorderd als de tbs-gestelde weet dat niet alleen omzetting dreigt als hij zich niet aan de voorwaarden houdt, maar ook omzetting ter zake van een geweldsdelict, met alle consequenties voor de duur van de maatregel van dien. Tegelijkertijd: het kan voorkomen dat sprake is van een evident geweldsdelict en het desondanks verantwoord is om de tbs in elk geval aanvankelijk als tbs met voorwaarden op te leggen. Wat evident is, mag gezegd worden, ook in het vonnis. Voorts bestaat rechtszekerheid als de opleggingsrechter vastlegt dat *geen* sprake is van een geweldsdelict. (Dan zal de verpleging na omzetting wegens het niet naleven van de voorwaarden maximaal vier jaren duren; een 'rem' op de omzetting nu de tbs met voorwaarden in zo'n geval langer kan duren.) Voorts: als volgens de opleggingsrechter sprake is van een geweldsdelict, is dat op zichzelf niet voldoende reden voor de omzettingsrechter om automatisch alsnog de verpleging te bevelen in geval de voorwaarden niet zijn nageleefd. Bovendien: als (eerst) de omzettingsrechter beslist, staat tegen het oordeel dat (niet) van een geweldsdelict sprake is wel hoger beroep open, maar geen cassatie (behoudens cassatie in het belang der wet waarvan *NJ* 2013/161 een voorbeeld is). En ten slotte: de ruimte die de Hoge Raad eerder moest maken voor de verlengingsrechter in geval de opleggingsrechter over de aard van het indexdelict te veel onduidelijkheid heeft gelaten, duidt niet op een gemakkelijk toe te passen beslissingsmodel. Zoiets kan zich voor de omzettingsrechter ook voordoen. Dan ligt het inderdaad voor de hand om in elk geval voor de tbs één lijn te trekken en ook van de opleggingsrechter voor de tbs met voorwaarden reeds en steeds een oordeel te vragen of van een geweldsdelict sprake is.

6.

Wel is het zo, een tweede aarzeling, dat het criterium van dat geweldsdelict inmiddels op verschillende plekken in het sanctiestelsel voorkomt (zie voor een overzicht de noot van Keulen onder *NJ* 2017/411 en inmiddels ook art. 37a lid 5 Sr uit de Wet forensische zorg (*Stb.* 2018, 38)) terwijl de uitdrukkelijke motiveringsplicht van art. 359 lid 7 Sv zoals door de Hoge Raad gemodelleerd, alleen voor de maatregel van tbs geldt. Moet bijvoorbeeld voor de toepassing van het criterium in art. 15c Sr inzake de voorwaardelijke invrijheidstelling uit de Wet van 25 november 2015, *Stb.* 2015, 460 (gevaar dat de veroordeelde wederom een geweldsmisdrijf zal begaan) het indexdelict niet ook van een oordeel van de strafopleggende rechter worden voorzien?

7.

Hoe dit laatste ook zij: zeker met de uitbreiding van de motiveringsplicht of wel of niet van een geweldsdelict sprake is, is het op grond van bovenstaande beslissing des te meer van belang dat ter terechtzitting in voorkomende gevallen apart aandacht wordt besteed aan dit beslispunt, zoals de raadsman van de verdachte in bovenstaande zaak, blijkens het door de Hoge Raad geciteerd deel van het arrest van het hof, ook gedaan heeft. In de hiervoor opgenomen beslissing van 21 juni 2016 lag dat mogelijk anders. Voorkomen moet worden dat de verdachte achteraf te zeer door een dergelijke beslissing in vonnis of arrest verrast wordt. Voor zover vaststellingen ter zake aan stukken worden ontleend, in het bijzonder dat van een geweldsdelict sprake is, zullen die stukken ingevolge art. 301 Sv ter zitting besproken moeten zijn.

[3.]

[Kamerstukken II 1992/93, 22909, 3.](#)

[4.]

Wet van 1 juli 2010, *Stb.* 2010, 270. Voorheen was de maximale duur beperkt tot 3 of 4 jaar.

[5.]

Dit leid ik, maar dan *a contrario* af uit Bleichrodt/Vegter 2017, p. 180 en Noyon/Langemeijer/Rommelink, *Strafrecht*, commentaar op art. 38c Sr, aantekening 1. De auteurs van beide publicaties wijzen erop dat als TBS met voorwaarden wordt omgezet naar TBS met dwangverpleging voor een misdrijf dat geen geweldscomponent heeft de ongemakkelijke aandoende situatie ontstaat dat de duur van de maatregel van 9 jaar naar 4 jaar kan worden teruggebracht. Uit het voorgaande leid ik af dat als de omzetting plaatsvindt voor een feit dat wel onder de reikwijdte van 'geweldsmisdrijf' als bedoeld in art. 38e lid 1 Sr valt, de na omzetting tot stand gebrachte TBS met dwangverpleging in beginsel ongemaximeerd is. Zo ook Hofstee in T&C *Strafrecht*, aant. 4 bij art. 38c, die daarbij meldt dat uit de wetsgeschiedenis over dit belangrijke punt niets valt af te leiden.

[6.]

EHRM 31 juli 2012, 21203/10, ECLI:NL:XX:2012:BX9093, *NJ* 2013/160.

[7.]

HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8434. Zie tevens HR 6 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1240.

[8.]

Stb. 1994, 13.

[9.]

[Kamerstukken II 1992/93 22909, 3](#), p. 6-9. Zie voor een uitgebreide toelichting de vordering tot cassatie in het belang der wet van mijn ambtgenoot Vegter bij HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8434.

[10.]

In deze passage wordt verwezen naar [Kamerstukken II 1982/83, 11932, 10](#), p. 17 (nota naar aanleiding van het eindverslag).

[11.]

Vlg. [Kamerstukken II 2004/05, 28484, 50](#).

[12.]

ECLI:NL:PHR:2017:195.

[13.]

ECLI:NL:PHR:2017:195 onder 55.

[14.]

[Kamerstukken II 1993/94, 23682, 3](#), p. 1-3 en [Kamerstukken II 2013/14, 33816, 3](#), p. 37.

[15.]

Stcrt. 2013, 29674 en *Stcrt.* 2016, nr. 48810.

[16.]

ECLI:NL:PHR:2017:195 onder 60-61.

[17.]

HR 28 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:524.

[18.]

[Kamerstukken II 2013/14, 33816, 3](#), p. 29.

[19.]

Stcrt. 2013, 29674.

[20.]

Stcrt. 2016, 48810.

[21.]

Stcrt. 2013, 29674 en in vergelijkbare zin *Stcrt.* 2016, 48810.

[22.]

Vg. Ook hier de OM-richtlijnen. De enige andere in die richtlijnen nader toegelichte gedraging 'verspreiden', geeft net zoals de gedraging 'vervaardigen' een breed spectrum weer. *Stcrt.* 2013, 29674 en *Stcrt.* 2016, 48810.