

Meewerken of weigeren gedragskundig onderzoek: een duivels dilemma

Sancties 2018/51

1. Inleiding

Met de rechtszaak van Michael P. barstte de discussie over de weigerende observandus opnieuw maar nu in alle hevigheid los. Samen met collega Abdel Ytsma heb ik in januari 2018 in *NRC Handelsblad* voorgesteld om de TBS met verpleging voor geweldsdelicten aan een maximumduur te binden, zodat potentiële weigeraars worden gemotiveerd om mee te werken aan gedragsdeskundig onderzoek.² Verdachten zijn er namelijk erg bang voor om voor onbepaalde duur te worden opgeborgen in een TBS-kliniek. Dit voorstel heb ik in het *Advocatenblad* van april 2018 nader uitgewerkt waarbij ik ben ingegaan op de kritieken.³ De vorige editie van *Sancties* was een themanummer dat volledig in het teken stond van de weigerende observandus en de rol van respectievelijk de gedragskundige, de officier van justitie en de rechter. Het bevatte een analyse van recente jurisprudentie met de vraag wat de rechter met de weigeraar wil en waarom,⁴ alsook een bijdrage die was gebaseerd op onderzoek onder gedragskundigen met de vraag wat een gedragskundige nog kan adviseren bij een weigeraar.⁵ Het opende met een bewerking⁶ van een volledig hoofdstuk van de kort tevoren gepubliceerde rapportage *Vijftien jaar weigerende verdachten in het Pro Justitia onderzoek*.⁷ In dat WODC-onderzoek werd nagegaan hoe vaak verdachten gedragskundig onderzoek weigeren, wat de informatiebehoefte is van rechters en officieren van justitie en op welke wijze de rechter zaken van weigerende verdachten afdoet. Die informatiebehoefte werd in kaart gebracht door het afnemen van interviews met ervaren strafrechters en officieren van justitie.

Wat in al deze publicaties onbesproken bleef, is de belangrijke rol van de advocaat in zijn advies aan de cliënt over het al dan niet meewerken of weigeren van gedragskundig onderzoek. Het is mijn inziens relevant in het zoeken naar een passende oplossing voor de weigerproblematiek om te weten waarom en in welke situaties een advocaat zijn cliënt adviseert om wel of niet mee te werken aan gedragskundig onderzoek.

Aan de hand van met name mijn ervaringen in de praktijk, het recent gepubliceerde onderzoek van het WODC en de publicaties uit de vorige editie van dit tijdschrift, zal ik eerst de recente praktijk en de beeldvorming over de weigerende verdachte en het advies van de advocaat bespreken. Vervolgens zal ik via zes stelregels inzichtelijk maken waarom en in welke situaties de advocaat zijn cliënt adviseert om wel of niet mee te werken aan gedragskundig onderzoek. Hierbij zal ik de adviezen van de advocaten in de huidige strafzaak en de

1 Mr. J.-J. (Jan-Jesse) Liefink is strafrechtadvocaat en bestuurslid van de Vereniging van TBS-advocaten.

2 J.-J. Liefink & A. Ytsma, 'TBS met einddatum zorgt voor minder TBS-weigeraars', *NRC Handelsblad*, 11 januari 2018.

3 J.-J. Liefink, 'Aanpak TBS-weigeraars zorgt voor verdeeldheid', *Advocatenblad*, april 2018, p. 57-59.

4 M.J.F. van der Wolf, N. Gielesen & F.J. Kaat, 'Wat wil de rechter met de weigeraar en waarom?', *Sancties* 2018/42.

5 M. Kempes & M.J.F. van der Wolf, 'Wat kan een gedragskundige nog adviseren bij een weigeraar? Een vignetstudie', *Sancties* 2018/41.

6 M.H. Nagtegaal & D. Janssen, 'Weigerende verdachten en afdoeningen door de rechter: welke beslissing is gebruikelijk?', *Sancties* 2018/40.

7 M.H. Nagtegaal, *Vijftien jaar weigerende verdachten in het Pro Justitia onderzoek, prevalentie, afdoeningen door de rechter en informatiebehoefte Openbaar Ministerie en Rechterlijke Macht*, WODC, Den Haag: Cahier 2018-15.

eerdere strafzaak uit 2011 tegen Michael P. als voorbeeld gebruiken. Ik zal eindigen met het bespreken van het voorstel om de TBS met verpleging aan een maximumduur te binden.

2. De recente praktijk en beeldvorming over de weigerende verdachte

De recente discussie over het weigeren door verdachten van gedragskundig onderzoek is niet nieuw. Al zolang de TBS-maatregel bestaat adviseren advocaten hun cliënten onderzoeken van gedragskundigen al dan niet te weigeren. Verdachten hebben op basis van artikel 6 EVRM het recht om niet mee te werken aan hun eigen veroordeling en dus ook niet aan gedragskundig onderzoek. Een inperking van dit nemo-tenetur-beginsel via nationale wetgeving is niet mogelijk. Er wordt in de media vaak gesuggereerd dat advocaten in het merendeel van de gevallen hun cliënten adviseren om niet mee te werken aan gedragskundig onderzoek om zo TBS te ontlopen.⁸ Ook kan daarbij de indruk bestaan dat het voor rechters in de praktijk niet mogelijk is om TBS op te leggen aan weigerende verdachten. Het zou met andere woorden voor verdachten van ernstige delicten dus lonen om niet mee te werken aan gedragskundig onderzoek. Voorts kan de indruk bestaan dat het voor verdachten makkelijk zou zijn om gedragskundig onderzoek, in bijzonder in het PBC, te weigeren. Ten slotte kan het idee bestaan dat het PBC of ambulante gedragskundigen niet in staat zouden zijn om over weigeraars diagnostische uitspraken te doen. Deze beeldvorming en indrukken behoeven mijn inziens een behoorlijke nuancering.

Uit het recente onderzoek van het WODC blijkt dat over de periode 2002-2016 verdachten in slechts 11% van de gevallen ambulant gedragskundig onderzoek weigeren.⁹ Voor onderzoeken in het PBC geldt over de periode 2002-2017 dat gemiddeld 39% van de verdachten dit onderzoek weigert.¹⁰ Ook in absolute aantallen gezien werkt verreweg het merendeel van de verdachten mee aan gedragskundig onderzoek. Per jaar worden er namelijk ongeveer 3.500 verdachten¹¹ ambulant onderzocht tegenover ongeveer 230 verdachten¹² door het PBC. Daar komt bij dat een bevel tot observatie in het PBC door een rechter pas wordt afgegeven als een onderzoek niet op een andere wijze (lees: ambulant) kan plaatsvinden.¹³ Voor een groot deel van de verdachten die PBC-onderzoek weigeren, geldt dus dat zij eerst medewerking aan ambulant onderzoek hebben geweigerd. Geen wonder ook dat het weigerpercentage in PBC-onderzoeken veel hoger ligt dan in ambulante onderzoeken. Niettemin leid ik uit deze bevindingen af dat verdachten in de meeste gevallen dus gewoon meewerken aan gedragskundig onderzoek.

Uit het recente onderzoek van het WODC blijkt dat in zaken waarin de verdachte onderzoek weigert, in 24% van de zaken in eerste aanleg en 43% van de zaken in hoger beroep door de rechter TBS wordt opgelegd.¹⁴ Voor weigeraars geldt dat de rechter de materiële criteria voor oplegging van TBS moet kunnen vaststellen. Dit zijn een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens ten tijde van het delict en de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen moet oplegging van de TBS-maatregel eisen.¹⁵ De eis van een recent multidisciplinair onderzoek geldt bij een weigeraar echter niet.¹⁶ De rechter dient zich bij een weigeraar voor oplegging van de

8 Zoals bijvoorbeeld het geval was in de eerdere strafzaak uit 2011 tegen Michael P.

9 Nagtegaal, Cahier 2018-5, p. 7.

10 Nagtegaal, Cahier 2018-5, p. 7.

11 Nagtegaal, Cahier 2018-5, p. 31, Tabel 1.

12 Nagtegaal, Cahier 2018-5, p. 39, figuur 1.

13 Zie artikel 196 Sv.

14 Nagtegaal 2018, p. 12.

15 Zie artikel 37a Sr.

16 Zie artikel 37a jo 37, derde lid Sr.

TBS-maatregel zoveel mogelijk te laten voorlichten door een ander (gedragkundig) advies of rapport.¹⁷ In veel strafzaken zijn oude gedragskundige rapportages beschikbaar die vaak zinvolle diagnostische informatie bevatten. In de praktijk maken rechters om een TBS-oplegging te motiveren ook regelmatig gebruik van in de binnen de wettelijke termijn ingediende rapportages waarin oude gedragskundige rapportages worden aangehaald. Uit de jurisprudentieanalyse van Van der Wolf, Gielesen en Kaat in de vorige editie van *Sancties* blijkt dat de meest aangetroffen conclusie die op basis van eerdere rapportages door rechters wordt getrokken, is dat door een gebrek aan behandeling een chronische aandoening, zoals zwakbegaafdheid of een persoonlijkheidsstoornis, op het moment van het tenlastegelegde nog steeds aanwezig wordt geacht.¹⁸

Wet en jurisprudentie creëren voor de rechter bij een weigeraar veelal voldoende speelruimte om de TBS-maatregel op te kunnen leggen. Zo is het wettelijk stoornisbegrip een open en ruim geformuleerd begrip, waarbij de rechter niet gebonden is aan adviezen van gedragskundigen en hoeft er geen sprake te zijn van een geclassificeerde stoornis uit de DSM V.¹⁹ Ook hoeft de rechter geen causaal verband vast te stellen tussen stoornis en delict of stoornis en gevaar. Een gelijktijdigheidsverband volstaat.²⁰ In veel gevallen bestaat voor de rechter de mogelijkheid om bij een weigerende verdachte een TBS-maatregel op te leggen.

Het weigeren van gedragskundig onderzoek is voor een verdachte vaak niet zonder risico's. Zo riskeert de weigerende verdachte in veel gevallen oplegging van een langdurige gevangenisstraf. Dat kan bij levensdelicten zelfs een levenslange gevangenisstraf zijn.²¹ Ook het opleggen van een TBS met voorwaarden is bij een weigeraar uitgesloten, omdat er dan geen sprake is van instemming met de voorwaarden door de verdachte.²² Dat een weigeraar de deksel van twee kanten op zijn neus kan krijgen, blijkt wel uit het volgende voorbeeld. De verdachte werd door de rechtbank in Almelo veroordeeld voor doodslag. Hij weigerde zijn medewerking aan PBC-onderzoek. Desondanks kon de rechtbank op basis van een eerder PBC-onderzoek waaraan de verdachte wel had meegewerkt, een stoornis ten tijde van het delict vaststellen. Ook was volgens de rechtbank de kans op herhaling aanwezig, waarna oplegging van een TBS met verpleging volgde. De rechtbank legde naast die TBS de maximale gevangenisstraf van vijftien jaar op. Daarbij overwoog de rechtbank dat zij de mate van toerekenbaarheid niet heeft kunnen vaststellen door verdachtes eigen toedoen, en dat daarom met een eventuele verminderde toerekenbaarheid bij de strafoplegging geen rekening kan worden gehouden.²³

Mijn ervaring is dat veel verdachten met vermoedelijk ernstige psychische problematiek helemaal niet in staat zijn om gedragskundig onderzoek te weigeren. In het geval er bij de verdachte vermoedelijk sprake is van ernstige psychiatrische problematiek als psychoses, wanen, depressies of achterdocht zal weigeren over het algemeen ook weinig zin hebben. Dergelijke stoornissen komen zeker in een klinische setting van het PBC toch wel aan het licht. De categorie van harde weigeraars bestaat dus vaak uit verdachten met vermoedelijke persoonlijkheidsproblematiek. Echter, ook in die gevallen is het PBC regelmatig in staat om

17 Zie artikel 37a jo 37, derde lid Sr, laatste zin.

18 M.J.F. van der Wolf e.a., *Sancties* 2018/42 (p. 239).

19 Zie voor een opsomming van de eisen die wet en jurisprudentie stellen o.a. M.J.F. van der Wolf e.a., *Sancties* 2018/42 (p. 236).

20 HR 22 januari 2008, *NJ* 2008, 193; HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 112.

21 Zie o.a. Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC5105 dat een levenslange gevangenisstraf oplegde voor moord aan de verdachte Constantia in de *Hoogerheide*-zaak.

22 Zie artikel 38, zesde lid Sr.

23 Rechtbank Almelo 30 mei 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BQ6528.

aan de hand van milieuonderzoek, oude rapportages of referentenonderzoek diagnostische conclusies te trekken. Uit het reeds genoemde recente onderzoek van het WODC blijkt dat hoe meer Pro Justitia-vragen het PBC beantwoordt, hoe vaker de rechter besluit om TBS op te leggen.²⁴ Om nog meer informatie over het gedrag en de persoon van de weigeraar te verzamelen heeft het PBC recent een speciale weigerunit opgericht. Met behulp van een team van sociotherapeuten van de naastgelegen Van der Hoevenkliniek werd er een zo gunstig mogelijk leefklimaat gecreëerd, zodat verdachten zich makkelijker zouden laten observeren. Uit een evaluatierapport over het eerste half jaar blijkt dat de resultaten voorzichtig positief te noemen zijn.²⁵ Ook is de wet recent aangepast om de observatietermijn in het PBC te verlengen tot maximaal veertien weken.²⁶ Per 1 januari 2019 zal de nieuwe wet forensische zorg intreden.²⁷ Deze wet zorgt er voor dat de onderzoekende gedragskundigen (lees: het PBC) toegang krijgen tot de medische gegevens van verdachten van zware misdrijven die onderzoek weigeren. Daarbij is de verwachting dat het voor het PBC makkelijker zal worden om diagnostische gegevens van verdachten te verzamelen die een eerdere psychiatrische behandeling hebben ondergaan. Voor verdachten die gedragskundig onderzoek blijven weigeren, betekent dit in de toekomst dat zij steeds vaker het risico lopen om TBS opgelegd te krijgen.

3. De zes stelregels voor advocaten

Net als strafrechters en officieren van justitie hebben de meeste advocaten weinig ervaring met TBS-oplegging, ambulant gedragskundig onderzoek en PBC-onderzoeken.²⁸ Voor veel advocaten zal het in de praktijk lastig zijn om hun cliënt hierover goed te kunnen adviseren. Zo is het bijvoorbeeld al moeilijk te begrijpen waarom de advocaat in de eerdere strafzaak van Michael P., waarin deze onder meer terechtstond voor verkrachtingen van twee minderjarige meisjes, hem adviseerde om niet mee te werken aan PBC-onderzoek,²⁹ terwijl de huidige advocaten van P. hem adviseerden om wel mee te werken aan PBC-onderzoek.³⁰ Wat verklaart nu dit verschil in advies? Aan de hand van zes stelregels zal ik in algemene zin het advies van de advocaat aan zijn cliënt over het wel of niet meewerken aan gedragskundig onderzoek toelichten.³¹ Vervolgens zal ik als voorbeeld de verschillende adviezen van de advocaten in de twee strafzaken tegen Michael P. bespreken.

24 Uit dat onderzoek blijkt dat in geval het PBC een stoornis vaststelt, in 51% van de zaken de rechter een TBS-maatregel oplegt. In die gevallen waarin het PBC de gelijktijdigheid tussen stoornis en delict vaststelt, is dat zelfs 61%.

25 M.H. Nagtegaal, *Weigerende observandi op een speciale afdeling in het Pieter Baan Centrum. Planevaluatie en bevindingen over het eerste halfjaar*, Den Haag: WODC, Cahier 2018-7.

26 Een op 1 juli 2018 ingetreden onderdeel van de Wet procedurele verbeteringen voor de rechtspraak.

27 Wet forensische zorg van 24 januari 2018, *Stb.* 2018, 38.

28 Uit de interviews in het eerder genoemde WODC-onderzoek (Cahier 2018-15) komt naar voren dat rechters en officieren van justitie zelf aangeven weinig te maken te hebben met TBS-oplegging en weigerende verdachten. Dat geldt voor advocaten ook. Het aantal advocaten dat in de praktijk jaarlijks strafzaken behandelt, is namelijk veel groter dan het aantal jaarlijks uitgevoerde PBC-onderzoeken.

29 Michael P. is door de rechtbank Arnhem op 21 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ8628, veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van zestien jaren. In hoger beroep is hij door het Gerechtshof in Arnhem van 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9606, veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 11 jaren. Er is hem geen TBS-maatregel opgelegd.

30 Michael P. is op 17 juli 2018 door de rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:3330, veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van achtentwintig jaar en TBS met verpleging.

31 Dergelijke stelregels voor advocaten voor gedragskundige onderzoeken zijn niet nieuw. Zie Ch.L. van den Puttelaar, 'Verdediging en gedragskundige rapportage, zeven gulden regels', in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Overheid en patiënt. Ontwikkelingen in de forensische psychiatrie*, (De Smit-bundel) Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 127-133.

Allereerst moet de advocaat zijn cliënt altijd zo volledig mogelijk voorlichten over de voor- en nadelen van het meewerken of weigeren aan gedragskundig onderzoek. Daarbij speelt op de eerste plaats de proceshouding van de cliënt een belangrijke rol. Bij een cliënt die zich op zwijgrecht beroept of ontkent, heeft het weinig zin om hem te adviseren om mee te werken aan gedragskundig onderzoek. Een belangrijk onderdeel van de rapportage van de gedragskundige is immers het gesprek met de verdachte over het ten laste gelegde feit. Ook in de beantwoording van de Pro Justitia-vragen moet de gedragskundige vragen beantwoorden zoals of de geconstateerde stoornis aanwezig was ten tijde van het delict en hoe en in welke mate de stoornis van invloed was op het delict. Een zwijgende proceshouding houdt naar mijn mening in dat een cliënt niet alleen tegenover de politie, Openbaar Ministerie en rechter zwijgt, maar ook tegenover de gedragskundige, al was het alleen al om te voorkomen dat cliënt de gedragskundige mogelijk wel informatie over het delict zou geven. In het geval van een ontkennende verdachte ligt dit gecompliceerder. Hierbij kan het advies om wel of niet mee te werken afhangen van de inhoud van zijn ontkenning. Om een voorbeeld te geven. Een verdachte kan verklaren dat hij de verkrachter niet is, maar hij zou ook kunnen verklaren dat het seksueel contact met wederzijdse instemming heeft plaatsgevonden. In beide gevallen is sprake van een ontkenning. In het eerste geval zou mijn advies zijn om niet mee te werken aan gedragskundig onderzoek, omdat er dan volgens cliënt geen enkel verband is tussen cliënt en het delict. In het tweede geval ligt dat lastiger, omdat er dan ook andere omstandigheden, zoals de betrouwbaarheid van de verklaring van cliënt en de beleving van het vermeende slachtoffer, een rol kunnen spelen voor de bewijslast. Ondanks een ontkenning zal de gedragskundige in de beantwoording van de Pro Justitia-vragen uitgaan van een bewezenverklaring van het delict en daarmee vaak ook de overige Pro Justitia-vragen beantwoorden.³² Daarmee loopt een ontkennende verdachte alsnog het risico op een TBS-advies. Het komt ook in de praktijk voor dat de gedragskundige in het gesprek met die verdachte aanwijzingen vindt voor een verband tussen de ontkenning en de door hem vastgestelde stoornissen. De rechter zou dan op basis van die aanwijzingen tot de overtuiging kunnen komen dat de verdachte het delict heeft gepleegd. De ontkennende verdachte die wordt veroordeeld tot de TBS-maatregel en die ontkenning ook gedurende zijn TBS-behandeling blijft volhouden, kan in de regel rekenen op een langdurig en moeizaam TBS-traject.³³

Ten tweede kan het voorkomen dat de verdediging vindt dat er geen sprake was van opzet op het delict, of hij beroept zich op een strafuitsluitingsgrond zoals noodweerexces, psychische overmacht of ontoerekeningsvatbaarheid. Voor de onderbouwing van een dergelijk verweer kan de mening van de gedragskundige doorslaggevend zijn. Zo kan een door de gedragskundige vastgestelde ernstige geestelijke stoornis er toe leiden dat het opzet op het delict ontbreekt en de verdachte moet worden vrijgesproken.³⁴ Meestal leidt die vastgestelde ernstige stoornis ertoe dat de verdachte een geslaagd beroep kan doen op ontoerekeningsvatbaarheid. In dat geval is oplegging van de TBS-maatregel mogelijk.

Ten derde kunnen er in het geval de verdachte bekend heeft een ernstig delict te hebben gepleegd, vermoedens van een psychische stoornis zijn. De officier van justitie zal dan een

32 De gedragskundige formuleert het altijd onder de woorden: 'indien bewezen'.

33 Zie o.a. over de ontkennende verdachte in de TBS: J. van Aken, 'Geef nou maar toe', *HP De Tijd* 15 september 2009, p. 21-24.

34 Het criterium voor een geslaagd beroep op het ontbreken van opzet bij een ernstige geestelijke stoornis is, dat bij verdachte ten tijde van zijn handelen ieder inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan zou hebben ontbroken. Zie o.a. HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3226.

ambulant gedragskundig onderzoek gelasten of een vordering indienen om de verdachte in het PBC te laten observeren. In dat geval kan een TBS-oplegging mogelijk aan de orde zijn. Van belang is dat de advocaat in zijn advisering zijn cliënt altijd wijst op de voor- en nadelen van de TBS-maatregel. Voordelen van TBS zijn dat de verdachte een behandeling krijgt, hij in een relatief open setting met vrijheden verblijft, in vergelijking met een gevangenisstraf snel op verlof kan en de kans op het plegen van delicten na een TBS-behandeling erg klein is. Nadelen zijn dat er op dit moment ernstige personeelstekorten zijn met steeds wisselende behandelaren en sociotherapeuten, er bij incidenten tijdens verlof dit verlof voor een jaar kan worden ingetrokken, de gemiddelde behandelduur nog altijd te lang is, TBS een negatief imago heeft en de maatregel erg ingrijpend is, omdat er voor geweldsdelicten geen maximumduur aan is verbonden. Als uit gesprekken met cliënt blijkt dat hij gemotiveerd is voor een eventuele behandeling, dan ligt advisering voor medewerking aan een gedragskundig onderzoek voor de hand. De kans op de oplegging van een behandeling in het kader van een voorwaardelijke gevangenisstraf of een TBS met voorwaarden is bij een gemotiveerde en coöperatieve verdachte veel groter dan bij een verdachte die het onderzoek weigert. Zoals ik eerder heb gezegd, is voor oplegging hiervan de instemming met de voorwaarden door de verdachte een belangrijk vereiste. Bij een weigerende verdachte is hier geen sprake van.

Ten vierde is voor het advies aan een cliënt van belang in hoeverre hij in staat wordt geacht om te kunnen weigeren. Voor vaste cliënten geldt dat de advocaat dat vaak wel kan inschatten. Voor nieuwe cliënten zal dit lastiger zijn. De verdachte heeft er weinig aan als blijkt dat hij tijdens het gedragskundig onderzoek merkt dat hij toch wel graag zou willen meewerken. Het onderzoek zal dan in veel gevallen opnieuw moeten aanvangen, met als gevolg dat de rechtszaak ernstige vertraging oploopt. In het geval van een observatie in het PBC speelt in het advies van de advocaat ook een rol in hoeverre cliënt in staat is om zijn weigering gedurende minimaal zes weken vol te houden. Zeker nu er sprake is van een speciale weigerunit in het PBC en er in de wet sinds kort de mogelijkheid is opgenomen om de termijn tot observatie te verlengen tot maximaal veertien weken. Als na overleg met cliënt blijkt dat hij dat niet kan of wil volhouden, dan is het logischer om medewerking aan ambulant gedragskundig onderzoek te adviseren. Dat is een veel minder zware belasting voor cliënt en dan kan de advocaat zelf ook namen van gedragskundigen voordragen aan de officier van justitie of rechter-commissaris.

Ten vijfde spelen oude gedragskundige rapportages voor de rechter steeds vaker een rol bij de oplegging van de TBS-maatregel. Op 1 januari 2019 treedt de nieuwe Wet forensische zorg in werking. Zoals gezegd kunnen via deze wet relevante medische gegevens, middels tussenkomst van de rechter en een multidisciplinaire commissie, aan de onderzoekende gedragskundigen (lees: PBC) worden verstrekt. Op die manier kunnen de gedragskundigen nog meer informatie verzamelen over het psychiatrisch verleden van de verdachte. De advocaat dient voor de bepaling van zijn advies eerst bij zijn cliënt na te gaan of hij in het verleden heeft meegewerkt aan gedragskundige rapportages en vanaf 1 januari 2019 of hij ook eerdere behandelingen heeft gehad. Als dat het geval is, zal de advocaat die oude rapporten bij het Openbaar Ministerie of het NIFP kunnen opvragen. Ook zal het per 1 januari 2019 relevant kunnen zijn om met toestemming van cliënt die eerdere behandel- of medische dossiers op te vragen. Als daaruit (vermoedens van) stoornissen naar voren komen, zou dit aanleiding kunnen geven, zeker bij chronische stoornissen, om cliënt te adviseren mee te werken aan gedragskundig onderzoek.

Ten zesde is van belang dat de advocaat cliënt wijst op de risico's die kleven aan een eventuele weigerende houding, zeker als het gaat om een ernstig delict. Zoals eerder gezegd, speelt bij levensdelicten dan de mogelijke oplegging van een levenslange gevangenisstraf een rol. Uit de rechtspraak en het recente WODC-onderzoek komt een beeld naar voren dat aan weigeraars lange gevangenisstraffen worden opgelegd.³⁵ Belangrijk nadeel voor een weigeraar is ook dat rechters in de strafmaat in beginsel geen rekening zullen houden met een eventuele verminderde toerekeningsvatbaarheid.³⁶

Aan de hand van deze stelregels zal ik als voorbeeld de adviezen van de advocaten in de beide strafzaken tegen Michael P. bespreken.³⁷ In de strafzaak uit 2011, waarbij P. werd verdacht van onder meer twee verkrachtingen en overvallen, had hij deze feiten grotendeels bekend. Ook speelden er voor zover ik kan afleiden uit het vonnis van de rechtbank en het arrest van het Hof geen bijzondere juridische verweren waar de medewerking aan een rapportage essentieel voor zou zijn.³⁸ Uit een interview met zijn toenmalige advocaat blijkt dat P. absoluut geen TBS wilde.³⁹ P. bleek ook in staat te zijn om PBC-onderzoek te weigeren. Er lagen ook geen oude gedragskundige rapportages en referenten weigerden mee te werken aan milieuonderzoek. Het betrof hier weliswaar ernstige delicten, maar een levenslange gevangenisstraf was niet aan de orde. De rechtbank veroordeelde P. tot de maximale gevangenisstraf voor de duur van 16 jaren. In hoger beroep heeft het gerechtshof P. een gevangenisstraf van 11 jaren opgelegd.

In de huidige strafzaak heeft Michael P. de beschuldigingen van verkrachting en doodslag op Anne Faber bekend. Ook speelden er in dit geval geen juridische verweren, waarvoor de medewerking aan een rapportage essentieel zou zijn. De oplegging van een mogelijke levenslange gevangenisstraf was hier, gelet op de ernst van de delicten (moord of gekwalificeerde doodslag), wel aan de orde. Ook was sprake van een veroordeling voor meerdere soortgelijke verkrachtingen en was hij notabene tijdens een behandeling in de FPA in Den Dolder opnieuw ernstig in de fout gegaan. Uit een interview met een van de advocaten van P. blijkt dat hij nu wel gemotiveerd is voor TBS-behandeling.⁴⁰ P. hoopte dat de rechtbank hem verminderd toerekeningsvatbaar zou verklaren zodat hij een lagere gevangenisstraf gecombineerd met TBS zou krijgen. De rechtbank legde P. 28 jaar gevangenisstraf en TBS met verpleging op.⁴¹ P. heeft tegen deze straf hoger beroep ingesteld.

4. TBS met einddatum

Zelfs voor een ervaren strafrechtadvocaat is het tegenwoordig niet eenvoudig om een cliënt nog deugdelijk te adviseren over het wel of niet meewerken aan gedragskundig onderzoek. Ook in het geval het een cliënt lukt om niet mee te werken aan PBC-onderzoek loopt hij het risico op een TBS-oplegging, blijkt wel uit het recente onderzoek van het WODC. Mocht de

35 Zie in het bijzonder Nagtegaal, a.w., Cahier 2018-15, p. 51.

36 Eerder heb ik hiervan het voorbeeld gegeven van de zaak die speelde bij de rechtbank Almelo 30 mei 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BQ6528.

37 In beide zaken heb ik het dossier niet kunnen bestuderen, dus baseer ik mijn opvattingen over het wel of niet meewerken op de vonnissen en arrest van rechtbanken en hoven en op hetgeen ik hierover uit de media heb vernomen.

38 Rechtbank Arnhem 21 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ8628 en Gerechtshof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9606.

39 Peter Groenendijk, Advocaat Michael P.: 'Hij wilde absoluut geen TBS', *Algemeen Dagblad*, 11 oktober 2017.

40 Yelle Tielemans en Ivar Penris, Advocaten verdachte moord Anne Faber: 'Geef hem TBS', *Algemeen Dagblad*, 9 juni 2018.

41 Rechtbank Midden-Nederland 17 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3330.

rechter hiertoe toch niet in staat zijn, dan riskeert de verdachte een lange gevangenisstraf. De advocaat staat regelmatig voor een duivels dilemma. Hij is zelf jurist en geen gedragskundige en kan in het algemeen niet de uitkomst van een gedragskundig onderzoek voorstellen. Iets dat cliënten wel heel erg graag zouden willen.

De in het kader van het eerder genoemde WODC-onderzoek geïnterviewde strafrechters en officieren van justitie geven ook aan weinig ervaring met en kennis van TBS-oplegging en weigerende verdachten te hebben. De meeste rechters vinden het in de praktijk erg lastig om aan weigerende verdachten TBS op te leggen. Het is voor hen in de regel veel makkelijker om een gevangenisstraf op te leggen. Een aantal rechters vindt dat de TBS-maatregel, met name vanwege de onbepaalde duur, een ingrijpende maatregel is waarmee voorzichtig moet worden omgegaan. Als de TBS-maatregel minder ingrijpend zou zijn, zouden zij er minder moeite mee hebben om deze op te leggen.

Uit onderzoek blijkt ook dat gedragskundigen moeite hebben met en niet eenduidig zijn in de beoordeling van een weigerende observandus. Uit het onderzoek van Kempes en Van der Wolf onder 48 ervaren rapporteurs aan wie een casus van een weigeraar is voorgelegd, blijkt dat er veel verschillende uitkomsten zijn in de beantwoording van de Pro Justitia-vragen.⁴² Bij weigeraars is het probleem van het gebrek aan overeenstemming tussen gedragskundigen groter, omdat er naast de discussie over de inhoud van de stoornis ook meningsverschillen bestaan over de vraag wat men wel betrouwbaar kan en mag vaststellen en wat niet.⁴³

Voor veel advocaten, officieren van justitie, rechters en gedragskundigen is het dus erg lastig, om te gaan met weigerende observandi. Uit de genoemde recente onderzoeken en publicaties is gebleken dat gedragskundigen bij een weigeraar tot verschillende antwoorden komen van de Pro Justitia-vragen. Terwijl ook bij rechters en officieren van justitie de beslissing of vordering afhankelijk is van de ervaring en kennis die zij van TBS en de weigeraar hebben. Zo blijkt uit het WODC-onderzoek dat sommige geïnterviewde rechters er niet van op de hoogte zijn dat zij zelf een stoornis kunnen vaststellen en daarvoor niet afhankelijk zijn van het oordeel van de gedragskundigen.⁴⁴

Veel cliënten zijn als gezegd bevreesd om in de onzekerheid van de TBS te verdwijnen. Bij een gevangenisstraf weten ze in ieder geval hun einddatum. Om veel cliënten toch gemotiveerd te krijgen om mee te werken aan gedragskundig onderzoek en een eventuele TBS-behandeling, stelden Ytsma en ik in ons NRC-artikel voor om een maximumduur te verbinden aan TBS met verpleging voor geweldsdelicten. Kern van het voorstel is dat de TBS met verpleging door de rechter voor een periode van twee jaar wordt opgelegd. Daarna is verlenging van de verpleging mogelijk op basis van het gevaarscriterium, tot maximaal de einddatum die door de opleggingsrechter in het vonnis is opgenomen. Die einddatum is vastgesteld aan de hand van de prognose van de gedragskundigen, de strafwaardigheid van de geweldsdelicten, de ernst van de stoornis en de hoogte van het recidivegevaar. Daarbij zal er voor de maximumduur aansluiting moeten worden gezocht bij het op het delict staande strafmaximum. Bij TBS-gestelden bij wie de behandeling voorspoedig verloopt, kan TBS met verpleging altijd eerder (onder voorwaarden) worden beëindigd. Na het verstrijken van die termijn zal de behandelcontext blijven bestaan via een behandeling onder begeleiding van de reclassering in het kader van de voorwaardelijke beëindiging. Die behandeling geldt evenwel voor onbepaalde duur, waarbij de rechter periodiek toetst of de

42 Kempes & Van der Wolf.

43 Kempes & Van der Wolf, p. 233.

44 Nagtegaal, Cahier 2018-15, p. 47.

TBS beëindigd kan worden. Als iemand gedurende die behandeling opnieuw in de fout gaat of voorwaarden schendt (bijvoorbeeld door drugs of alcohol te gebruiken), kan de rechter de TBS-gestelde terugsturen naar de TBS-kliniek, maar dan voor onbepaalde duur. Met ons voorstel wordt het voor de verdachte aantrekkelijker om mee te werken aan gedragskundig onderzoek, omdat hij weet dat zijn verblijf in een TBS-kliniek eindig zal zijn. Of hij zich vervolgens ook aan de voorwaarden houdt, is daarbij volledig afhankelijk van de motivatie van de TBS-gestelde zelf. Hij krijgt in ieder geval een eerlijke kans om zichzelf (onder voorwaarden) opnieuw in de maatschappij te bewijzen. De TBS met verpleging komt met dit voorstel als een veilig en evenwichtig alternatief naast de gevangenisstraf te staan. Mocht daarbij onverhoopt toch blijken dat een verdachte zou besluiten om niet mee te werken aan gedragskundig onderzoek, dan zal de rechter er in ieder geval minder moeite mee hebben om hem een TBS-maatregel op te leggen.