

ONTSLAGVERZOEKEN UIT DE TBS

G.P. Hamer en T. de Bont

Mr. G.P. Hamer is advocaat te Amsterdam en T. de Bont is wetenschappelijk medewerker bij Cleerdin&Hamer Advocaten. Met dank aan Jonneke van Poelgeest, student-stagiaire, en mr. Sander Janssen, voor de inspiratie.

1. Inleiding

Recentelijk heeft het gerechtshof Arnhem, in de zaak N., geconcludeerd dat de wet niet voorziet in de mogelijkheid voor een terbeschikkinggestelde om, buiten de procedure van verlenging van de terbeschikkingstelling (TBS), een verzoek te doen tot beëindiging van de TBS.¹ Zo een verzoek was door de terbeschikkinggestelde gedaan waarbij hij voor zijn ontvankelijkheid een beroep heeft gedaan op artikel 5 lid 4 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

De vraag die het arrest van het hof Arnhem opwerpt is of het Nederlandse rechtstelsel, gezien de eisen voortvloeiende uit artikel 5 lid 1 en lid 4 van het evrm, voor de terbeschikkinggestelde niet de mogelijkheid zou moeten kennen tot het tussentijds doen toetsen van de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming door de rechter en het indienen van een ontslagverzoek bij de rechter. Om deze vraag te kunnen beantwoorden dient ten eerste het nationale wettelijke systeem omtrent de tbs-maatregel in ogenschouw te worden genomen. Daarna zal enige Europese jurisprudentie worden belicht. Vervolgens zal worden bezien of er een Nederlandse procedure is die voldoet aan de eisen die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (ehrm) stelt aan de mogelijkheden om de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming te kunnen doen toetsen. Tot slot zal worden gekeken of er een mogelijkheid tot het doen van een ontslagverzoek in de Nederlandse wet moet worden gecreëerd. Alvorens hiertoe over te gaan zal de zaak N. worden besproken.

2. De zaak N.

Verzoeker, nader te noemen N., verblijft reeds sedert lange tijd in een TBS-instituut. N. is bij vonnis van 10 oktober 1994 door de rechtbank Breda wegens poging tot doodslag veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van één jaar, terwijl tevens door de rechtbank een last tot terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging was opgelegd. De TBS is op 1 oktober 1996 ingegaan nadat de Hoge Raad het cassatieberoep van N. had afgewezen.

Na eerdere verlengingen van de tbs is door het hof Arnhem bij beslissing d.d. 17 februari 2003 het hoger beroep tegen de beslissing om de terbeschikkingstelling wederom te verlengen voor de duur van twee jaar, afgewezen.² Op grond van artikel 509o lid 4 Sv had het openbaar ministerie bij de vordering tot verlenging een gezamenlijk advies, dan wel een tweetal aparte adviezen, van twee onafhankelijke gedragsdeskundigen, waaronder een psychiater, moeten overleggen. In casu vormde de rapportage van een onafhankelijke psychiater echter een problematisch punt. Het ministerie van Justitie had na enige perikelen een voor N. aanvaardbare psychiater benoemd. Deze psychiater heeft gepoogd N. te bezoeken in de inrichting doch hem werd, zo stelt deze psychiater, een bezoek aan N. geweigerd en dus had hij N. nimmer gezien. In zijn desondanks toch uitgebrachte rapport geeft de psychiater aan waarom hij N. nooit in persoon onderzocht had. Bovendien stelt hij kanttekeningen bij eerdere rapportages over N. en stelt hij voor dat, wil men N. nader onderzoeken in het licht van het gevaarscriterium, hij overgebracht behoort te worden naar het Pieter Baan Centrum.

1 Hof Arnhem 2 augustus 2004, Nieuwsbrief Strafrecht 2004, 328.

2 Hof Arnhem 17 februari 2003, rolnummer tbs/2002/198. De bestreden beslissing van de rechtbank Breda dateert van 30 september 2002.

Hij refereert zich verder aan het oordeel van de behandelende inrichting nu hij N. nooit in persoon heeft kunnen onderzoeken.

In de bewuste verlengingprocedure heeft N. verzocht om deze onafhankelijke psychiater op te roepen als deskundige en om een nader onderzoek door deze deskundige te gelasten, met name omdat N. deze deskundige nimmer gezien had. Die verzoeken werden afgewezen omdat het hof zich voldoende voorgelicht achtte.³

Na de laatste beslissing van het hof heeft N. zelf een psychiater gevonden die bereid was over hem te rapporteren. Deze psychiater heeft, na bestudering van de reeds aanwezige rapportages en na langdurig met N. te hebben gesproken, een rapport uitgebracht. In dit rapport schrijft de psychiater dat de destijds over N. gestelde diagnoses door hem nauwelijks houdbaar worden geacht en dat de tbs beëindigd moet worden. Op grond van deze rapportage heeft N. een verzoek bij de rechtbank Breda ingediend om (mede) gegeven de inhoud van dat rapport de tbs op te heffen. N. heeft zich voor zijn ontvankelijkheid beroepen op artikel 5 lid 4 evrm.

De rechtbank heeft in haar uitspraak van 10 maart 2004 overwogen:

“Artikel 5 lid 4 van het (TdB) EVRM bepaalt dat een ieder, wie door arrestatie of detentie zijn vrijheid is ontnomen, het recht heeft voorziening te vragen bij het gerecht opdat deze spoedig beslist over de rechtmatigheid van zijn detentie en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de detentie onrechtmatig is. Blijkens jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is niet uit deze bepaling af te leiden dat zulk een toegang tot de rechter zich voordoet indien eerder, als uitkomst van de juridische procedure, tot vrijheidsbeneming is besloten. Indien er evenwel gelet op de aard van de vrijheidsbeneming, zoals in geval van detentie op grond van een geestesziekte, er lopende de vrijheidsbeneming in die toestand zich een verandering kan voordoen, zou er, binnen redelijke intervallen, wel een beroep op de rechter mogelijk moeten zijn om rechtmatigheid van de detentie te toetsen (zie par. 55 uit het arrest Winterwerp, ehm 24 oktober 1979). Bij eerdere rechterlijke beslissingen aangaande de terbeschikkingstelling van betrokkene, initieel en later bij periodieke tweejaarlijkse verlengingsbeslissingen en ook overigens in hoger beroep, is tot –voortzetting van– vrijheidsbeneming in het kader van de terbeschikkingstelling met dwangverpleging besloten. Aldus is naar het oordeel van de rechtbank voldaan aan de voorwaarden, als hiervoor genoemd, namelijk regelmatige, binnen redelijke intervallen, toetsingen door een onafhankelijk rechterlijke instantie, zodat artikel 5 evrm geen grondslag kan bieden voor het onderhavige verzoek. (...) Met de officier van justitie is de rechtbank van mening dat de wet in deze in een regeling heeft voorzien. Bij gelegenheid van de regelmatige (twee-) jaarlijkse verlengingszitting kan de terbeschikkinggestelde verzoeken in vrijheid te worden gesteld, zodat van strijd met voormeld beginsel geen sprake is. Voor een buitenwettelijke procedure zoals de raadsman thans verzoekt is naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen plaats.”⁴

In hoger beroep heeft het hof Arnhem N. niet-ontvankelijk geacht in zijn beroep. Het hof Arnhem overwoog:

“De wet voorziet niet in de mogelijkheid voor de terbeschikkinggestelde om buiten de procedure van verlenging van de terbeschikkingstelling een verzoek te doen tot beëindiging van de terbeschikkingstelling. Indien dit al in strijd zou zijn met artikel 5, vierde lid van het evrm, zoals betoogd door de terbeschikkinggestelde, dan valt het buiten de rechtsvormende taak van de rechter een dergelijke rechtsgang te erkennen of in het leven te roepen.

³ Hof Arnhem 17 februari 2003, rolnummer tbs/2002/198. Het genoemde rapport van de psychiater is door het hof mede gebruikt om de verlenging van de tbs te motiveren. Hoe zich dat laat rijmen met Varbanov vs Bulgarije, ehm 5 oktober 2000, nr. 31365/96 par. 45 e.v. waarin het ehm een onderzoek in persoon, indien mogelijk, een minimum eis acht, is op voorhand niet duidelijk. De Hoge Raad is diezelfde mening toegedaan zoals blijkt uit een arrest van 21 februari 2003, nj 2003, 484. Zie over het belang deskundigen te kunnen oproepen tevens P.A.M. Mevis, 'Jurisprudentie van de Penitentiaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem inzake verlenging TBS', rubriek Rechtspraak dd 2004, 67, p. 885/886.

⁴ Rechtbank Breda 10 maart 2004, nj 2004, 369 (abusievelijk door de nj gedateerd op 17 mei 2004).

Er zijn immers verschillende keuzes denkbaar, waarbij uiteenlopende belangen van praktische en meer principiële aard betrokken zijn en die moeten voldoen aan de eisen die aan een samenhangend stelsel kunnen worden gesteld, bijvoorbeeld met betrekking tot de voorwaarden, de gronden, de termijnen, de bevoegde rechter en de rechtsmiddelen voor beide partijen. Zoals bepaald in artikel 445 Sv, is tegen de beslissing van de rechtbank te Breda van 10 maart 2004 geen hoger beroep of beroep in cassatie toegelaten, nu de mogelijkheid daartoe niet elders in dat wetboek is gegeven. Een en ander betekent dat de terbeschikkinggestelde niet ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn verzoek.⁵

De beslissingen van de rechtbank en het hof doen –op zijn zachtst gesteld– wrang aan. Waar N. eerst niet door een psychiater van buiten de inrichting is onderzocht en de gang van zaken omtrent de verlenging van de TBS op zijn minst –zeker in de ogen van N.– dubieus genoemd kan worden, moet het voor N. lastig zijn te aanvaarden dat, op het moment dat hij wel beschikt over een voor hem gunstig rapport van een niet-behandelend psychiater, hij in zijn verzoek niet ontvangen kan worden.

De vraag is dan ook of de beslissingen van de rechtbank en het hof juist zijn, zulks in het licht van artikel 5 lid 1 en 5 lid 4 van het evrm en of de Nederlandse wet niet de mogelijkheid zou moeten kennen dat een terbeschikkinggestelde tussentijds de rechtmatigheid van zijn detentie kan doen toeten en een ontslagverzoek kan voorleggen aan de rechter.

3. Huidige wettelijke regeling omtrent de tbs-maatregel

De tbs kan worden opgelegd aan de verdachte bij wie tijdens het begaan van het feit een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens bestond (artikel 37a Sr). Een tbs-maatregel wordt in beginsel opgelegd voor de duur van twee jaar (artikel 38d Sr).

Van belang is de mogelijkheid om de tbs iedere twee jaar te verlengen. Deze mogelijkheid bestaat indien er sprake is van tbs met verpleging, opgelegd vanwege een gepleegd geweldsdelict. De tbs kan dus oneindig lang duren, en op voorhand kan de terbeschikkinggestelde die termijn niet voorzien.

De rechter kan, in elk geval iedere twee jaar (op vordering van het openbaar ministerie), beoordelen of de tbs al dan niet moet worden verlengd. Een verlenging vindt plaats voor de duur van één of twee jaar.⁶ Tegen de beslissing tot verlenging van de tbs kan in principe hoger beroep worden ingesteld.⁷ De terbeschikkinggestelde heeft, op een gedeeltelijke uitzondering na, tussen deze beoordelingsmomenten door geen mogelijkheden om zelf een verzoek tot beëindiging van (de verpleging krachtens) de tbs aan een rechter voor te leggen.⁸

4. Het EVRM

Artikel 5 lid 4 van het EVRM bepaalt dat een ieder wiens vrijheid door arrestatie of detentie is ontnomen, het recht heeft een voorziening te vragen bij het gerecht opdat deze spoedig beslist over de rechtmatigheid van zijn detentie en zijn invrijheidstelling beveelt indien de detentie onrechtmatig is.

De vraag is of het EVRM ertoe dwingt dat een verzoek van de terbeschikkinggestelde tot beëindiging

5 Hof Arnhem 2 augustus 2004, Nieuwsbrief Strafrecht 2004/328. Zie ook P.A.M. Mevis, 'Jurisprudentie van de Penitentiaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem inzake verlenging TBS', rubriek Rechtspraak, dd 2004, 67, tbs 2004/079. Recentelijk heeft de rechtbank Amsterdam een soortgelijke uitspraak gedaan; rechtbank Amsterdam 14 oktober 2004, Nieuwsbrief Strafrecht 2004, 414.

6 Een verlenging voor een kortere periode dan een jaar is niet mogelijk; zie hof Arnhem 23 januari 1989, pi nr. 2, p. 56.

7 Indien het gaat om een eerste verlenging waarbij de verlenging wordt gegeven voor de duur van een jaar is hoger beroep echter niet mogelijk (artikel 509v lid 1, tweede volzin Sv).

8 De uitzondering betreft het sinds 1997 ingevoerde artikel 38h Sr en ziet kort gezegd op voorwaardelijke beëindiging van de maatregel na een langdurig proefverlof. Zie voor de reden van invoering: E.J. Hofstee, tbs, Studiepockets Strafrecht 18, Deventer: Kluwer 2003, p. 150.

van de TBS wordt behandeld. Hiertoe zijn een aantal uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van belang.

In Benjamin en Wilson vs. Verenigd Koninkrijk stelde het ehm dat artikel 5 lid 4 van het evrm een garantie vormt tegen willekeurigheid van detentie. De gedetineerde moet bij een vrijheidsbeneming van onbeperkte duur *'where new issues of lawfulness are capable of arising, periodically thereafter'*⁹ een mogelijkheid hebben om de rechtmatigheid van de voortdurende detentie te laten toetsen.¹⁰ Deze toetsing is naar de mening van het ehm een essentiële garantie en moet kunnen plaatsvinden op verzoek van de *'person of unsound mind'* zelf.¹¹ Bovendien dient de rechter bij de bedoelde toetsing tot een spoedige beslissing te komen.¹²

Dat een toetsing van de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming op verzoek van iemand die (mede) op grond van zijn psychische gesteldheid van zijn vrijheid is beroofd naar mening van het ehm essentieel is, wordt eveneens benadrukt in Tam vs. Slowakije:

*"Under Article 5 § 4, an arrested or detained person is entitled to bring proceedings for the review by a court of the procedural and substantive conditions which are essential for the "lawfulness" of his or her deprivation of liberty."*¹³

Uit de rechtspraak van het EHRM is dus af te leiden dat op grond van artikel 5 lid 4 EVRM een persoon *'of unsound mind'* het recht moet hebben de *'procedural and substantive conditions'* die noodzakelijk zijn voor de rechtmatigheid van zijn vrijheidsberoving door een rechter te doen toetsen.

Daarnaast moet uit een aantal uitspraken van het Hof afgeleid worden dat slechts één toetsingsmoment per twee jaar te weinig kan zijn. Zo overwoog het ehm in Oldham vs Verenigd Koninkrijk:

*"It is true that the question of whether periods comply with the requirement must (...) be determined in the light of the circumstances of each case. (...) In previous cases, the Convention organs have accepted periods of less than a year between reviews and rejected periods of more than one year. In the case of A. T. v. the United Kingdom, the Commission found that a period of almost two years before a review of the detention of a discretionary life prisoner was not justified, where the DLP had recommended that his case should be reviewed within one year (...). The Court in the Herczegfalvy judgment (...) found that periods between reviews of fifteen months and two years were not reasonable in the case of a person detained on grounds of mental illness."*¹⁴

9 Dat deze mogelijkheid zich in geval van een tbs-maatregel voordoet blijkt onder meer uit het opgenomen citaat van de uitspraak van de rechtbank Breda d.d. 10 maart 2004.

10 Benjamin and Wilson vs. Verenigd Koninkrijk, ehm 26 september 2002, nr. 28212/95, par. 33.

11 Zie onder meer Rakevich vs. Rusland, ehm 28 oktober 2003, nr. 58973/00, par. 43/44, waar het ehm het volgende overwoog: "The Court notes that the cornerstone guarantee of Article 5 par. 4 is that a detainee must have the right actively to seek judicial review of his detention."

12 Hutchinson Reid vs Verenigd Koninkrijk, ehm 20 februari 2003, nr. 50272/99, par. 66.

13 Tam vs. Slowakije, ehm 22 juni 2003, nr. 50213/99, par. 65. Deze eisen zijn weinig verbazingwekkend sedert Winterwerp vs. Nederland, ehm 24 oktober 1979, nr. 6301/73. Ook de Raad van Europa heeft (recentelijk) in een aanbeveling gewezen op het feit dat de rechtmatigheid van een vrijheidsbeneming op grond van de psychische gesteldheid van de desbetreffende persoon, binnen redelijke intervallen door de rechter moet worden getoetst, zie artikel 25 van de Recommendation rec (2004)10 of the Committee of Ministers to member states concerning the protection of human rights and dignity of persons with mental disorder (Adopted by the committee of ministers on 22 September 2004 at the 896th meeting of the ministers' deputies), WWW <<https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=775685&Lang=en>>.

14 Oldham vs Verenigd Koninkrijk, ehm 26 september 2000, nr. 36273/97, par. 31.

5. Welke procedure?

Op grond van de Europese jurisprudentie kan dus worden vastgesteld dat de terbeschikkinggestelde de mogelijkheid moet hebben de rechtmatigheid van zijn vrijheidsbeneming door een rechter te doen toetsen. Een tijdsbestek van twee jaar tussen dergelijke toetsen, zoals in Nederland veelal het geval is, lijkt naar mening van het EHRM te lang. Er dient dan ook een andere mogelijkheid te zijn voor de terbeschikkinggestelde om de rechtmatigheid van zijn verblijf in de TBS-inrichting door een rechter te doen toetsen.

Overigens behoort er in dit kader wel op gewezen te worden dat de rechter kan besluiten tot een verlenging voor de duur van één jaar, in plaats van twee jaar, opdat op kortere termijn opnieuw kan worden beoordeeld of de terbeschikkinggestelde in aanmerking komt voor (voorwaardelijk) ontslag uit de tbs.¹⁵ In het onderhavige betoog zal de vraag of een termijn van één jaar de toets van het ehm kan doorstaan echter buiten beschouwing blijven en wordt er alleen gekeken naar de situatie waarin er sprake is van een verlenging voor de duur van twee jaar.

De terbeschikkinggestelde heeft naast de verlengingstoetsen de mogelijkheid een gratieverzoek in te dienen en de mogelijkheid een kort geding tegen de Nederlandse staat te voeren.

Op basis van artikel 558 lid 3Sv kan door een terbeschikkinggestelde gratie worden verzocht.¹⁶ De vraag is echter of gratie wel een aangewezen instrument is om de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming op grond van een tbs-maatregel aan te vechten. Gratie is immers geen rechtsmiddel.¹⁷ De gratie wordt niet door de rechter maar door de Kroon verleend en de 'bestreden beslissing' blijft ook na verlening van gratie in stand. Het lijkt dan ook zeer onaannemelijk dat de procedure van gratie een procedure is die voldoet aan de eisen van artikel 5 lid 4 evrm zoals die in dit stuk zijn aangegeven. Bovendien valt te benadrukken dat het verlenen van gratie (slechts) een bevoegdheid is terwijl er ons inziens bij de rechter een plicht rust om de tbs op te heffen in geval de rechtmatigheid daarvan is komen te vervallen.¹⁸

Tevens kan men zich afvragen of de kort geding-rechter de aangewezen rechter is voor de toetsing op het ontslagverzoek. De kort geding-rechter heeft zelf reeds bepaald dat grote terughoudendheid is geboden met het in kort geding geven van een beslissing tot beëindiging van de tbs.¹⁹ Ook Hofstee is omtrent dit punt zeer stellig:

"Thans zal (...) een dergelijk kort geding [een kort geding met als inzet de beëindiging van de tbs, TdB] geen kans van slagen (meer) hebben. Voorop staat dat de wet de lengte van de tbs en de beslissingen omtrent beëindiging geheel en al heeft geregeld, met de procedurele voorziening van beroep bij de penitentiaire kamer van het Arnhemse Hof."²⁰

15 P.A.M. Mevis, 'Jurisprudentie van de Penitentiaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem inzake verlenging TBS' rubriek Rechtspraak dd 2004, 67, onder meer tbs 2004/108 en 2004/99.

16 In het licht van dit stuk is het het meest aannemelijk dat de gratie wordt aangevraagd op grond van de omstandigheid als genoemd in artikel 2 sub b van de Gratiwet.

17 J. de Hullu, Over rechtsmiddelen in strafzaken, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 296.

18 Zie ook J. de Hullu, Over rechtsmiddelen in strafzaken, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 296 en T. Kooijmans, Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel, Rotterdam: Kluwer/Sanders Instituut 2002, p. 169/284-285.

19 Rb. 's Gravenhage 30 maart 1990, sancties 1990, nr. 83; zie ook hof Den Haag 25 juni 1987, pi 1987 nr. 84. Overigens hebben zeer weinig tbs-gestelden de gang naar de kort geding-rechter gemaakt teneinde een ontslag te bewerkstelligen en als dit geschiedde dan lijkt dit voornamelijk ingegeven te zijn vanwege formele problemen, zoals een beweerd te lang houden na een termijnoverschrijding bij het doen van een vordering tot verlenging (HR 29 september 1989, nj 1990, 2) of een te lang houden in het huis van bewaring terwijl de tbs geëxecuteerd moest worden (hof Den Bosch 21 november 1995, nj 1996, 401).

20 E.J. Hofstee, tbs, Studiepockets Strafrecht 18, Deventer: Kluwer 2003, p. 69/ 70 alsmede 169. Iets minder stellig is overigens W. Schenk, Het kort geding B. bijzonder deel, Deventer: Kluwer 2000, p. 289 e.v..

Verder zal de terbeschikkinggestelde in een kort geding moeten aantonen dat voortzetting van de terbeschikkingstelling onrechtmatig is. De bewijslast rust dan ook op hem. Dit is van belang nu het Europees Hof in *Hutchinson Reid vs. Verenigd Koninkrijk* in zijn overwegingen omtrent de “burden of proof” bepaald heeft “that it is (...) for the authorities to prove that an individual satisfies the conditions for compulsory detention, rather than the converse” en dat dit “may be regarded as implicit in the case-law”.²¹ Indien de bewijslast op de terbeschikkinggestelde rust zal een toetsing door de kort geding-rechter niet gemakkelijk kunnen voldoen aan de maatstaven die het EVRM stelt en zal zo een toetsing dan ook relatief snel als een onvoldoende toetsing van de rechtmatigheid van de gecontinueerde vrijheidsbeneming gezien kunnen worden.

Een ander probleem bij een toetsing door de kort geding-rechter is dat de kort geding-procedure niet een procedure is waarin het horen van getuigen en deskundigen tot de normale gang van zaken behoort. Het Europees Hof heeft echter overwogen dat een *court* in de zin van artikel 5 lid 4 de mogelijkheid moet hebben getuigen (waaronder deskundigen in dit verband mede begrepen moeten worden) op te roepen en te horen.²²

Tevens kan worden gewezen op het kostenaspect dat het voeren van een kort geding voor de terbeschikkinggestelde met zich mee zou brengen.

Bovendien valt het systematisch niet uit te leggen dat waar de toetsing op verzoek van de officier (de vordering tot verlenging) plaats zou moeten vinden door de rechtbank, dit met de mogelijkheid van een appèl bij de penitentiaire kamer, een toetsing op verzoek van de terbeschikkinggestelde plaats zou moeten vinden voor een geheel ander type rechter, zonder een appèlmogelijkheid bij de penitentiaire kamer, dit terwijl de wezenlijke rechtsvraag in feite dezelfde is.

Er moet dan ook worden geconcludeerd dat een kort geding niet het meest passende rechtsmiddel is voor een ontslagverzoek. Het kort geding lijkt niet een geschikt middel om de rechtmatigheid van verblijf in een tbs-inrichting te doen toetsen gezien het feit dat enkele door het ehm vereiste ‘waarborgen’ niet voldoende aanwezig zijn in deze procedure. Ook de mogelijkheid tot het doen van een gratieverzoek kan niet als een passend middel worden beschouwd aangezien dit geen rechtsmiddel is. Nu tevens een (andere) mogelijkheid tot het indienen van een ontslagverzoek in de Nederlandse wet ontbreekt en een toetsing van de rechtmatigheid van het verblijf in de tbs-inrichting om de twee jaar in het licht van de Europese jurisprudentie niet afdoende lijkt te zijn, lijkt de tijd rijp voor een wetwijziging.

Een en ander klemt des te meer daar het ehm onlangs nog op pijnlijke wijze aan Nederland duidelijk heeft gemaakt dat het ontzeggen van toegang tot een rechter vanwege het gesloten systeem van rechtsmiddelen een schending van het evrm op kan leveren.²³

6. Op naar nieuwe wetgeving?

Het EVRM dwingt zoals gezegd tot het scheppen van een voorziening voor de terbeschikkinggestelde om de rechtmatigheid van zijn verblijf door de rechter te doen toetsen. De meest voor de hand liggende mogelijkheid om aan deze eis te voldoen is ons inziens het creëren van een verzoekschriftprocedure bij de rechter die in eerste aanleg heeft geoordeeld over het misdrijf terzake waarvan de terbeschikkingstelling is gelast, zodat deze rechter kan oordelen over de noodzaak van een gecontinueerde vrijheidsbeneming. Dit past bij de huidige procedures tot verlenging nu deze rechter toch al minimaal iedere twee jaar op grond van artikel 509p Sv de voortzetting van de tbs moet toetsen.

21 *Hutchinson Reid vs. Verenigd Koninkrijk*, ehm 20 februari 2003, nr. 50272/99, par. 71. Recentelijk heeft het ehm deze overweging herhaald in de beoordeling van de “admissibility” in de zaak *N. vs. Nederland*, ehm 6 januari 2005, nr. 5379/02.

22 Zie onder meer *Waite vs. Verenigd Koninkrijk*, ehm 10 december 2002, nr. 53236/99, par. 59.

23 *Marpa Zeeland B.V. en Metal Welding B.V. vs. Nederland*, ehm 9 november 2004, nr. 46300/99.

Zo een verzoekschriftprocedure zou ook aansluiten bij andere wettelijke regelingen op grond waarvan strafrechtelijke, vrijheidsbenemende maatregelen kunnen worden uitgevaardigd. In (vrijwel) alle andere gevallen waar op grond van een beslissing van de strafrechter een vrijheidsbenemende maatregel is opgelegd, zijn er wél ‘tussentijdse’ procedures waarbij de toegang tot de rechter gewaarborgd is. Te denken valt aan artikel 38s Sr (plaatsing in een Inrichting voor Stelselmatige Daders, isd) en artikel 49 van de Wet Bijzondere Opnemingen in Psychiatrische Ziekenhuizen (bopz) in geval van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis ex artikel 37 Sr.²⁴

Niet valt in te zien wat zo speciaal is aan de terbeschikkingstelling dat aan de terbeschikkinggestelde die voorziening zou moeten worden onthouden. Het doel van de tbs, maatschappijbeveiliging, kan hiervoor niet redengevend worden geacht nu dit doel impliciet of expliciet eveneens geldt de voor isd-maatregel en de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis. De eventuele beweerde gestoordheid van de terbeschikkinggestelde kan hiervoor eveneens niet als redengevend worden beschouwd nu dit gegeven ook bij de oplegging van de isd-maatregel een rol kan spelen en bij de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis zelfs een *conditio sine qua non* is.

7. Conclusie

Het Arnhemse hof heeft in de zaak N., in tegenstelling tot de rechtbank, in het midden gelaten of en in hoeverre het in strijd is met het EVRM om de terbeschikkinggestelde de mogelijkheid te onthouden bij een rechter om ontslag uit de TBS te vragen. Het hof heeft duidelijk gesteld dat de bal wat dat betreft bij de wetgever ligt. Dat het hof N. vervolgens niet-ontvankelijk verklaart op basis van het oordeel dat het gesloten systeem van rechtsmiddelen daarvoor geen ruimte biedt, lijkt strijdig met het EVRM.

Gezien de jurisprudentie van het Europees Hof kan verwacht worden dat de huidige Nederlandse praktijk naar de mening van het ehm, te beperkte mogelijkheden kent voor de terbeschikkinggestelde om de rechtmatigheid van zijn vrijheidsbeneming te doen toetsen door een rechter en een ontslagverzoek in te kunnen dienen. In de Nederlandse praktijk vindt er immers in veel gevallen slechts om de twee jaar een toets plaats. Op grond van uitspraken van het ehm lijkt echter de conclusie te kunnen worden getrokken dat een termijn van twee jaar een te ruime termijn is.

Tevens kent de Nederlandse praktijk niet een andere geschikte procedure om de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming te doen toetsen. Het voeren van een kort geding tegen de Nederlandse Staat vormt vanwege de aard van die procedure en op grond van wetsystematische argumenten niet de aangewezen weg voor een dergelijke toets. Ook het indienen van een gratieverzoek biedt niet een afdoende mogelijkheid nu het indienen van een gratieverzoek geen rechtsmiddel is.

Het ligt dus voor de hand dat de wet gewijzigd wordt en dat er voor de terbeschikkinggestelde een mogelijkheid wordt geschapen om een ontslagverzoek in te kunnen dienen. De meest voor de hand liggende mogelijkheid hiervoor is het creëren van een verzoekschriftprocedure bij de rechter die in eerste instantie tot oplegging van de tbs-maatregel heeft besloten. Een dergelijke procedure zou aansluiten bij de reeds bestaande verlengingsprocedure en bij de wettelijke regelingen omtrent andere strafrechtelijke, vrijheidsbenemende maatregelen.

24 Bij deze procedure kan de van zijn vrijheid beroofde niet rechtstreeks een beroep op de rechter doen vanwege het in die wet geldende verzoekmonopolie van de officier van Justitie. De patiënt zal eerst ontslag aan de geneesheer-directeur moeten verzoeken en kan zich bij een afwijzende beslissing tot de officier van Justitie wenden, die dan in beginsel verplicht is het ontslagverzoek aan de rechtbank voor te leggen, zie artikel 49 Wet bopz. De toegang tot de rechter is in elk geval wel verzekerd. Zie verder: W.J.A.M. Dijkers, Doen en laten in de Bopz-machtigingsprocedure. Een onderzoek naar juridische posities, Den Haag: Koninklijke Vermande 2003, p. 352.