

PASSANTENPERIKELEN. A CONTINUING STORY

T. de Bont en G.P. Hamer*

De passantentermijn. Een omstrede en veel besproken onderwerp. Dat de meeste terbeschikkinggestelden zeer lange tijd op een plek in een TBS-inrichting moeten wachten is inmiddels genoegzaam bekend.¹ Uit de gegevens zoals die te vinden zijn op de internetsite van de Dienst Justitiële Inrichtingen blijkt dat het aantal wachtenden sedert de eeuwwisseling is toegenomen, ondanks dat de formele capaciteit in de periode van 1994 tot en met 2003 fors is uitgebreid.² De wachttijd op een plek in een TBS-kliniek daarentegen is sinds 1997 gedaald tot 229 dagen in 2003. Alhoewel dit laatste gegeven enigszins hoopvol is komt het er nog steeds op neer dat er een tekort aan TBS-plaatsen is en dat een groot aantal passanten (te) lang op een plek moet wachten.

De problematiek omtrent de passantentermijn is het afgelopen jaar op scherp gezet. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft in zeer duidelijke taal verstaan gegeven dat de Nederlandse praktijk niet voldoet aan de rechten die voortvloeien uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). De Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ) heeft dit oordeel uitdrukkelijk tot het hare gemaakt. De vraag is echter; wat nu? Welke opties zijn er voor de terbeschikkinggestelde die te lang als passant in een huis van bewaring doorbrengt? In onderstaand stuk worden eerst kort de uitspraken van het Europees Hof inzake Brand en Morsink³ en een uitspraak van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming besproken. Vervolgens bespreken wij de opties die de passant heeft om zijn passantentermijn te doen beëindigen.

Brand en Morsink

Uitgangspunt van het Europees Hof is dat iemand die op grond van zijn geestestoestand (*unsound mind*) is gedetineerd, zijn detentie moet doorbrengen in een daarvoor geschikte instelling.⁴ Het verblijf in een huis van bewaring waar de passant op plaatsing wacht voldoet niet aan deze eis. Er mag echter enige discrepantie bestaan tussen de tijd waarop de TBS gaat lopen en het moment waarop de terbeschikkinggestelde wordt geplaatst in een TBS-kliniek.⁵

Bij Brand en Morsink was deze discrepantie dermate groot dat de passantentermijn in strijd met het Europese recht werd geacht. Volgens het Europees Hof was er geen sprake van “*a reasonable balance*” tussen de betrokken belangen van de terbeschikkinggestelde enerzijds (bescherming tegen willekeurige detentie) en de belangen van de maatschappij (de maatschappelijke veiligheid) anderzijds. Het ‘habe nichts’ verweer dat door de Nederlandse Staat werd gevoerd vond geen gehoor bij de Europese rechter. Het EHRM wees er op dat Nederland al sedert 1986 bekend is met het capaciteitstekort en niet werd geconfronteerd met een onvoorziene en exceptionele situatie.

* Wetenschappelijk medewerker resp. advocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten te Amsterdam.

1 Zie voor een mooi overzicht omtrent de geschiedenis van de passantenproblematiek: M. Boone & M. Dane, ‘De normatieve grondslag voor schadevergoeding aan tbs-passanten’, in: M. Moerings, C.M. Pelsers & C.H. Brants, *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 319-339. Dat de er al sinds 1986 een structureel tekort aan TBS-plaatsen is wordt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ook in de na te bespreken uitspraken Brand vs Nederland (para. 65) en Morsink vs Nederland (para. 69) aangegeven. Zie tevens het jaarverslag over 2003 van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (www.rsj.nl).

2 www.dji.nl (geraadpleegd op 9 maart 2005). Overigens vertonen deze cijfers wat betreft de capaciteit en het aantal passanten enige discrepantie met de cijfers als genoemd in de brief van de Minister van Justitie d.d. 01 maart 2004 (Kamerstukken II 2003/04, 29 452, nr. 1). Waarschijnlijk wordt dit veroorzaakt door een verschil in meetmethode. In ieder geval blijkt uit beide bronnen dat de capaciteit is toegenomen en dat het aantal passanten sedert de eeuwwisseling eveneens is gegroeid. De toename van het aantal wachtenden wordt onder meer veroorzaakt doordat de instroom van terbeschikkinggestelden (sedert de eeuwwisseling) is toegenomen, evenals de gemiddelde duur van de behandeling.

3 Brand vs Nederland, EHRM 11 mei 2004, application nr. 49902/99 en Morsink vs Nederland, 11 mei 2004, application nr. 48865/99. Zie voor een kritische noot van Mevis onder Brand: NJ 2005/57.

4 Ashingdane vs Verenigd Koninkrijk, EHRM 28 mei 1985, application nr. 8225/78, para. 44 en Aerts vs België, EHRM 30 juli 1998, NJ 2000/416, para 46-50.

5 Brand, para. 64 / Morsink, para. 67.

Het Hof vond een wachttijd van zes (Brand) en van vijftien (Morsink) maanden niet acceptabel. Een andere conclusie zou “a serious weakening of the fundamental right to liberty to the detriment of the person concerned” betekenen en zou zodoende “the very essence of the right protected by article by Article 5 of the Convention” aantasten.⁶ Niet onbelangrijk daarbij was de overweging dat de kans op een succesvolle behandeling in de eerste TBS-periode afneemt naarmate de passantertermijn toeneemt. Hierdoor wordt ook de kans op een verlenging groter.⁷

Wat het Hof als maximum toelaatbare passantertermijn in gedachten heeft, valt niet af te leiden uit de uitspraken. Zes maanden is in elk geval al niet toelaatbaar.

De Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming

Op grond van artikel 12 van de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden (BVT) dient de plaatsing van de terbeschikkinggestelde te geschieden voordat de termijn van de terbeschikkingstelling zes maanden heeft gelopen. De Minister kan deze termijn op grond van het tweede lid telkens met drie maanden verlengen. Tegen deze verlengingsbeslissing kan de terbeschikkinggestelde beroep instellen bij de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (art. 69 BVT).

Omdat in de zaak van E. zijn passantertermijn door de Minister werd verlengd met een periode van drie maanden stelde E. beroep in bij de RSJ. De RSJ kwam in navolging van het Europees Hof tot oordeel dat

“een passantertermijn van zes maanden of meer in strijd is met artikel 5, eerste lid, EVRM. De beroepscommissie is, gelet op het vorenoverwogene, van oordeel dat de bestreden beslissing tot verlenging van de passantertermijn (...) in strijd is met het recht.”

Opmerkelijk is dat met deze uitspraak de RSJ artikel 12 BVT met een pennestreek volstrekt obsoleet maakt.

Op het verzoek van E. de vordering tot verlenging af te wijzen en hem in vrijheid te stellen overwoog de RSJ

“dat haar niet de wettelijke bevoegdheid toekomt om klager in vrijheid te stellen, noch om een bevel te geven tot onmiddellijke plaatsing van klager in een tbs-inrichting of een andere inrichting en uit een h.v.b. Evenmin is de beroepscommissie de rechter tot wie klager zich als van zijn vrijheid beroofde persoon kan wenden om de executie van door de strafrechter opgelegde straffen en maatregelen te doen beëindigen of op te schorten, noch is zij de rechter die de in het kader van het EVRM gegarandeerde toetsing van klagers vrijheidsberoving dient uit te voeren. (...) Omtrent een eventueel vast te stellen tegemoetkoming zal de beroepscommissie beslissen bij afzonderlijke afspraak.”⁸

De RSJ sprak klare taal. De vraag is echter wat de terbeschikkinggestelde met deze klare taal opschiet. De RSJ acht zich immers slechts bevoegd tot het toekennen van financiële compensatie. Een permanente oplossing in de zin van plaatsing in een TBS-kliniek of invrijheidstelling wordt niet aan de terbeschikkinggestelde geboden.

⁶ Brand, para. 66 / Morsink para. 69.

⁷ Brand, para. 65 / Morsink, para. 68. Zie ook de noot van Mevis onder Brand, NJ 2005/57.

⁸ Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming 30 december 2004, nummer: 04/2323/TP. Zie tevens Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming 17 november 2004, nummer: 04/1869/TP.

Het kort geding

Nu de onrechtmatigheid van de (verdere) detentie is gegeven lijkt de rechter in kort geding de aangewezen weg om plaatsing of invrijheidstelling te vorderen.

De kans dat de voorzieningenrechter de invrijheidstelling of de plaatsing van de terbeschikkinggestelde gelast is echter zeer klein te achten. Behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden weigert de rechter in kort geding onderscheid te maken tussen de verschillende terbeschikkinggestelden en aan een bepaalde passant voorrang te verlenen.⁹ Bovendien zou het geven van voorrang er toe leiden dat het ene gat met het andere gat gevuld wordt. De andere passanten moeten in dat geval immers langer wachten. Voorzover dus de rechter in kort geding de Staat überhaupt al zou opdragen een passant op korte termijn in een TBS-kliniek te plaatsen zal dit voor de passantenproblematiek in zijn geheel geen gevolg hebben omdat er nu eenmaal een capaciteitsgebrek is.

De andere mogelijkheid is dat de voorzieningenrechter de invrijheidstelling verplicht nadat de Staat vergeefs de mogelijkheid is geboden de passant op zeer korte termijn te plaatsen. Gezien de toenemende roep om beveiliging en de breed in het nieuws uitgemeten zaken van terbeschikkinggestelden die tijdens hun proefverlof zijn gevlucht en vervolgens zeer ernstige misdaden hebben begaan¹⁰, zal de animo bij de voorzieningenrechter om een (onbehandelde!) terbeschikkinggestelde op vrije voeten te stellen niet bijzonder groot zijn.

In het verleden, voor de inwerkingtreding van artikel 69 van de BVT¹¹, heeft de rechter in kort geding echter wel de invrijheidstelling verplicht indien de terbeschikkinggestelde niet binnen een bepaalde periode geplaatst zou zijn. Het Hof 's-Hertogenbosch overwoog in 1995:

“Het voorgaande neemt niet weg dat het niet tijdig ten uitvoer brengen van de maatregel van terbeschikking stelling een buitengewoon onwenselijke zaak is, zoals ook door de Staat wordt erkend. Het feit dat X wellicht anderhalf jaar moet wachten voordat met zijn behandeling in het kader van zijn terbeschikking stelling wordt aangevangen, acht het hof nauwelijks aanvaardbaar. Daarbij komt dat X destijds zelf om behandeling in het kader van terbeschikking stelling heeft verzocht.”

4.5. In het licht van het voorgaande acht het hof termen aanwezig de uiterste datum van plaatsing van X in de TBS-kliniek Veldzicht of een voor hem passende TBS kliniek te fixeren op 1 maart 1996. Het hof verplicht de Staat om X per 1 maart 1996 in vrijheid te stellen indien de behandeling niet op die datum aanvangt¹²

⁹ Zo overwoog de President van de Rechtbank 's-Gravenhage (17 februari 1997, KG 1997/97): “De subsidiaire vordering tot plaatsing op korte termijn in een TBS-kliniek dient eveneens te worden afgewezen. Niet aannemelijk is geworden dat sprake is van bijzondere omstandigheden, die noodzaken tot een voorrangbehandeling van eiser ten opzichte van andere passanten, die al langer op opname wachten.”

¹⁰ Te denken valt o.m. aan de zaak van het meisje dat in Eibergen was ontvoerd en meermalen werd verkracht door een terbeschikkinggestelde die tijdens een proefverlof was gevlucht. Zie: Kamerstukken II 2003/04, nr. 29 452, nr. 6 en Rechtbank Zutphen 15 maart 2005, LJN: AT0311.

¹¹ De Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden is in werking getreden op 1 oktober 1997, Stb. 1997, 295. Artikel 12 BVT is echter al op 11 juli 1997 in werking getreden, blijkbaar had de wetgever haast om de passantenproblematiek enigszins te reguleren. Volgens Boone en Dane werd dit artikel versneld ingevoerd om een einde te maken aan de verwachte ‘hausse’ aan schadeclaims, M. Boone & M. Dane 1999 (zie noot 2).

¹² Hof 's-Hertogenbosch, 21 november 1995, KG 1996/15 (kort geding). Zie tevens een uitspraak van de rechtbank Breda ten tijde van de oude TBR-regeling: “De Pres. beveelt de Staat eiser binnen vier weken na heden te doen opnemen in een inrichting, bestemd voor verpleging van ter beschikking van de regering gestelden.” Rechtbank Breda, 23 juni 1986, KG 1986/306.

Deze uitspraak heeft nadien echter geen bijval gevonden. Zo overwoog de President van de rechtbank Den Haag in 1997:

“De primaire vordering van eiser zijn opname in een TBS-kliniek in vrijheid te mogen afwachten komt niet voor toewijzing in aanmerking, omdat invrijheidstelling van eiser op korte termijn maatschappelijk onverantwoord wordt geacht. De maatregel van TBS met dwangverpleging is juist opgelegd om de maatschappij te beveiligen tegen het gevaar dat eiser voor die maatschappij oplevert. Blijkens voormeld arrest heeft het hof dit gevaar in concreto aanwezig geacht.”¹³

Deze overweging is herhaald in latere vonnissen van de President van de Rechtbank ‘s-Gravenhage.¹⁴

De kans dat de voorzieningenrechter in kort geding uitkomst kan bieden middels een bevel tot plaatsing en zonodige de invrijheidstelling van de passant, moet thans dan ook bijkans nihil worden geacht.

Het ontslagverzoek

Een andere mogelijkheid die in de praktijk is uitgetoetst is de mogelijkheid een tussentijds ontslagverzoek (dus los van een verlengingsprocedure) in te dienen bij de rechter die de TBS heeft opgelegd. Ondanks de zeer uitgebreide motivering van de raadsman dat het EVRM noopte tot de mogelijkheid van een tussentijds ontslagverzoek, oordeelde de rechter dat de Nederlandse wet hiertoe geen plaats bood en achtte de verzoeker niet ontvankelijk.¹⁵

Ook een tussentijds ontslagverzoek blijkt dus een doodlopende weg te zijn voor de TBS-passant in de zoektocht naar een mogelijkheid om een einde te maken aan de onrechtmatigheid van zijn langdurig passantschap.

De gang naar Europa

Op het moment dat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput rest slechts de gang naar Straatsburg. Hier kleven twee bezwaren aan. Het eerste bezwaar is de duur van een dergelijke procedure. Het welbekende spreekwoord “mosterd na de maaltijd” is hierop bij uitstek van toepassing.

Het tweede bezwaar is dat het Europees Hof met het ‘afkoopbeleid’ van de Nederlandse Staat lijkt in te stemmen. In Brand stelde het Europees Hof immers dat Brand voor wat betreft de periode na het verstrijken van de zes-maanden termijn

“can no longer claim to be a victim within the meaning of Article 34 of the Convention in that the domestic courts acknowledged in substance that his right to liberty and security, as guaranteed by Article 5 of the Convention, had been infringed by holding that his pre-placement detention had become unlawful once it exceeded six months. Moreover, the Amsterdam Court of Appeal, on the basis of this finding, afforded redress in the form of financial compensation which, in the circumstances of the case, may be regarded as adequate and sufficient.”¹⁶

¹³ Rechtbank Den Haag, 17 februari 1997, KG 1997/97.

¹⁴ President van de Rechtbank te Den Haag d.d. 13 november 2001, KG 01/1147, President van de Rechtbank te Den Haag d.d. 16 november 2001, KG 01/1146 en President van de Rechtbank te Den Haag d.d. 26 november 2001, KG 01/1249 (allen ongepubliceerd). Zie ook Mevis in zijn noot onder Brand vs Nederland (NJ 2005/57) en hof Arnhem 19 februari 2001, NJ 2001/502.

¹⁵ Hof Arnhem 2 augustus 2004, Nieuwsbrief Strafrecht 2004/328. Zie ook rechtbank Amsterdam 14 oktober 2004, Nieuwsbrief Strafrecht 2004/414.

¹⁶ Brand, para. 44.

Omdat het Europees Hof het 'afkoopbeleid' dus lijkt te accepteren biedt een procedure bij het EHRM voor de passant die een einde wenst te maken aan zijn passantentermijn dan ook geen enkel perspectief.¹⁷ Hij zal hooguit een extra compensatie krijgen.

Wat nu?

De vraag is dan ook: wat nu? De onrechtmatigheid van een passantentermijn van zes maanden of meer staat vast, dit is zonder meer in strijd met het recht. De passant heeft echter geen juridische mogelijkheden om deze termijn te doen stuiten. De Staat koopt de onrechtmatigheid af maar de terbeschikkinggestelde schiet hier weinig mee op, hij blijft onrechtmatig van zijn vrijheid beroofd.

Dat het een taak is van de Staat om de samenleving tegen gevaarlijke personen te beschermen is evident. Dat de Staat hier vervolgens sedert jaar en dag dermate beperkte financiële middelen voor uittrekt dat daardoor de meest elementaire rechten van de terbeschikkinggestelden (het recht gevrijwaard te blijven van een willekeurige detentie, artikel 5 EVRM) op grote voet worden geschonden, is niets minder dan een schandaal.

Behalve dat artikel 5 EVRM wordt geschonden, wordt zo ook het karakter van de TBS-maatregel aangetast. Door de lange passantentermijn brengt de terbeschikkinggestelde het eerste gedeelte van de TBS door in kale detentie. Daarmee verwordt het karakter van de TBS-maatregel. De TBS is immers niet punitief van aard maar beoogt, mede door de verzorging en de behandeling van de terbeschikkinggestelde, de samenleving te beschermen tegen gevaarlijke individuen.

Daarbij komt dat de Staat enige kortzichtigheid kan worden verweten. Het afkopen van de overschrijdingen van de redelijke passantentermijn resulteert niet in een duurzame oplossing van het probleem. Sterker nog, het veroorzaakt op de langere duur alleen maar een aanzienlijk hogere kostenpost dan wanneer de Staat eenmalig een relatief groot bedrag zou investeren in het opzetten van TBS-klinieken en het opleiden van gespecialiseerd personeel.¹⁸ Tevens is de kans groot dat naar mate het verblijf van een passant in een HVB langer duurt, ook de duur van de TBS toeneemt en zo eveneens leidt tot grotere uitgaven.

De passantenproblematiek is veelvuldig onder de aandacht van de Staat gebracht. De Staat ziet de problemen ook onder ogen en tracht deze op te lossen.¹⁹ Het feit dat de Staat aangeeft bezig te zijn om het passantenprobleem op te lossen verliest echter duidelijk aan overtuigingskracht als men in het achterhoofd houdt dat het Europees Hof heeft aangegeven dat het capaciteitstekort in ieder geval sedert 1986 speelt (Boone en Dane geven aan dat er zelfs al in de jaren dertig een capaciteitsprobleem was!).²⁰

Op korte termijn moet er iets fundamenteels veranderen in het beleid van de overheid. De overheid kan niet nog langer blijven roepen bezig te zijn met het oplossen van het probleem maar moet het daadwerkelijk oplossen. Een (tenminste) twintig jaar durend capaciteitstekort valt in redelijkheid niet meer te verantwoorden. Indien er niet op korte termijn een oplossing komt is het niet uitgesloten dat de voorzieningenrechter zich op een gegeven moment toch gedwongen voelt om aan de noodrem te trekken en de Staat op straffe van invrijheidstelling te verplichten de passant te plaatsen in een TBS-kliniek. Van de voorzieningenrechter kan niet worden verwacht dat hij nog jarenlang genoeg neemt met het 'habe nichts' verweer van de Staat, zeker niet gezien de uitspraken inzake Brand en Morsink. Wellicht dat dit weinig aantrekkelijke perspectief de Staat tot het doen van grote investeringen kan aansporen en tot spoed kan manen.

¹⁷ Vergelijk Knigge in zijn noot onder *Erkalo vs Nederland*, EHRM 2 september 1998, NJ 1999/624.

¹⁸ Een aantal TBS-plaatsen is leeg gebleven vanwege personeelstekort. E.J. Hofstee, TBS, Deventer: Kluwer 2003, p. 45. Bovendien valt het moeilijk aan de (nabestaanden van) slachtoffers te verkopen dat de dader een relatief groot geldbedrag opstrijkt door zijn verblijf in een huis van bewaring.

¹⁹ Kamerstukken II 2003/04, 29 452, nr. 1. Zie ook de noot van Mevis onder *Brand vs Nederland*.

²⁰ *Brand*, para. 65 en *Morsink*, para. 69. M. Boone & M. Dane 1999 (zie noot 2).

Om de periode tot aan het moment dat er sprake is van voldoende capaciteit (als deze periode er inderdaad ooit komt) te overbruggen is een noodoplossing denkbaar. Zo zou een aantal passanten in afwachting van een plaatsing in een TBS-kliniek kunnen worden geplaatst in een BOPZ-kliniek, nu de opnamecriteria vrij gelijksoortig zijn. In elk geval zou de behandeling dan in een aantal gevallen op veel kortere termijn kunnen aanvangen. In een recent vonnis heeft de voorzieningenrechter gewezen op de mogelijkheid om op grond van art. 14 BVT aan de minister van justitie overplaatsing naar een psychiatrisch ziekenhuis te verzoeken. Tegen de beslissing van de minister staat beroep open bij de RSJ.²¹ Vooralsnog blijft het de vraag hoe de minister en/of de RSJ op een dergelijk verzoek zal beslissen. Gezien de geringere beveiliging van BOPZ-klinieken en de ook daar spelende hoge bezettingsgraad, kunnen geen overspannen verwachtingen ten aanzien van deze mogelijkheid worden gekoesterd. Als noodoplossing kan deze mogelijkheid wellicht echter enig soelaas brengen. Wat hier ook van zij; een snelle en adequate aanpak van het passantenprobleem is hoognodig geboden.

²¹ Rechtbank 's-Gravenhage 10 mei 2005, rolnummer KG 05/184.