

ANNOTATIE

De strafrechter, de Wet BOPZ en artikel 5 EVRM.

mr. J.M. de Vries

Inleiding

Op 31 juli 2015 heeft de meervoudige strafkamer van de Rechtbank Midden-Nederland een opmerkelijk vonnis gewezen. In dit vonnis is een 23-jarige man uit Utrecht een gevangenisstraf opgelegd en wordt tevens melding gemaakt van een door de rechtbank afgegeven beschikking. In deze beschikking, die op hetzelfde moment en door dezelfde rechters is afgegeven, is de man een maatregel op grond van de Wet Bijzondere Opnemingen Psychiatrische Ziekenhuizen ('Wet BOPZ' en 'BOPZ-maatregel') opgelegd. Met deze beschikking kon de man verplicht worden opgenomen in een psychiatrische instelling.

De vraag die naar aanleiding van het bedoelde vonnis kan worden gesteld, is of het opleggen van de BOPZ-maatregel op basis van de huidige wet- en regelgeving wel mogelijk is. Hiertoe wordt hieronder eerst ingegaan op de relevante feiten. Daarna komt aan de orde wat de strafrechter op basis van het Wetboek van Strafrecht kan doen indien hij te maken krijgt met een verdachte die verminderd of niet toerekeningsvatbaar is (wat wordt gedefinieerd als de situatie waarin een stoornis van het denken, voelen, willen, oordelen en doelgericht handelen zo ingrijpend is, dat betrokkene het veroorzaakte gevaar als het ware niet kan worden toegerekend. Vgl. *Kamerstukken II 1979/80, 11270, 12, p. 13*). Hier wordt duidelijk wat de grenzen van een strafrechter in dit opzicht zijn. Als vervolg op het vaststellen van die grenzen wordt stilgestaan bij jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en wordt daarna een voor de toepassing van de Europese rechtspraak relevant arrest van de Hoge Raad behandeld. Hierop volgt, tot slot, een conclusie.

De feiten

De verdachte in deze zaak stond terecht voor een bedreiging van een aantal hulpverleners van een GGZ-instelling, waar hij reeds op basis van een BOPZ-maatregel verbleef. De man werd

ervan beschuldigd dat hij op 17 februari 2015 geprobeerd had brand te stichten, dat hij op 5 maart 2015 het behandelend personeel bedreigd had en zijn matras vernield had en dat hij op 11 april 2015 opnieuw personeel bedreigd had. De tijdens zijn verblijf in de GGZ-instelling geldende BOPZ-maatregel werd tijdens de voorlopige hechtenis opgeheven.

De rechtbank achtte niet bewezen dat sprake was van opzettelijke brandstichting, maar verklaarde wel al het andere ten laste gelegde bewezen. Hiervoor werd de verdachte een gevangenisstraf van 120 dagen opgelegd, waarbij de rechtbank overwoog dat het bewezen verklaarde handelen de verdachte zeer kwalijk te nemen was en dat het niet de eerste keer was dat de verdachte voor bedreiging en vernieling terechtstond. De rechtbank ging voorts in op onder meer verklaringen van een deskundige. De deskundige had aangegeven dat de verdachte een langdurige en intensieve klinische psychotherapeutische behandeling binnen een gespecialiseerde forensische setting nodig had.

De rechtbank was ervan overtuigd dat de psychiatrische problematiek en niet zo zeer de relatieve jeugdigheid van de verdachte hier het zwaarst woog. Dit was de reden waarom het volwassenenstrafrecht werd toegepast. Vervolgens werd overwogen dat er een passende strafrechtelijke reactie diende komen. Met die reactie moest volgens de rechtbank een balans worden gevonden tussen de ernst van het bewezenverklaarde enerzijds en de gewenste interventies, (ook) in het belang van de verdachte en de samenleving, anderzijds. De inschatting van de deskundige werd om die reden gevolgd. Zonder interventie van buitenaf was het gevaar op een nieuw geweldsdelict matig tot hoog, aldus de rechtbank.

De deskundige had in zijn advies de (in optiek van de rechtbank: on-)mogelijkheden in het strafrechtelijk kader beschreven. Die mogelijkheden zouden kunnen bestaan uit het opleggen van bijzondere voorwaarden of, in het kader van het jeugdstrafrecht, een gedragsbeïnvloedende maatregel. Een alternatief hiervoor zou een behandeling in een zogenoemde Kliniek voor Intensieve Behandeling zijn. Die behandeling zou dan moeten plaatsvinden op grond van een rechterlijke machtiging, op basis van artikel 2 Wet BOPZ (een 'artikel 2-machtiging'). Blijkens het vonnis en de beschikking was de officier van justitie er bij het formuleren van zijn eis ook van uitgegaan dat die machtiging zou worden verleend, omdat hij ook een verzoek tot het verlenen van die machtiging had gedaan.

De rechtbank volgde de deskundige in waar die had geoordeeld dat een behandeling in het kader van een artikel 2-machtiging het meest wenselijk en haalbaar zou zijn. Zodoende verleende de rechtbank uiteindelijk, wel in een aparte beschikking, toch een artikel 2-machtiging. Blijkens het vonnis en de beschikking hebben de rechters, die het strafrechtelijk vonnis hebben gewezen, ook de artikel 2-machtiging verleend.

De Wet BOPZ en het strafrecht

De gegevens in het vonnis en de beschikking wijzen erop dat de rechters van de strafkamer, die de verdachte de gevangenisstraf hebben opgelegd, tegelijkertijd ook de artikel 2-machtiging hebben gegeven. De vraag is uiteraard of dit handelen – gelet op het feit dat doorgaans wordt aangenomen dat de artikel 2-machtiging een civielrechtelijke beschikking betreft – wel op de weg van de meervoudige strafkamer van de Rechtbank Midden-Nederland lag.

Dat een strafrechter een maatregel oplegt die verband houdt met een opname in een psychiatrische instelling, is op zich geen vreemde gang van zaken. Artikel 14c van het Wetboek van Strafrecht (Sr) bepaalt immers dat bij het opleggen van een voorwaardelijke straf (art. 14a Sr) bijzondere voorwaarden kunnen worden gesteld. Dit is ook een mogelijkheid die de reclassering in bovengenoemde zaak heeft geopperd (rechtsoverweging 8.3). De strafrechter legt dan een voorwaardelijke straf op waarbij een bijzondere voorwaarde geldt. Die voorwaarde zou er in deze zaak dan uit kunnen bestaan dat de veroordeelde zich laat opnemen in een GGZ-instelling (art. 14 c lid 2 onder 11 en 12 Sr). Hij zou er dan alleen wel op een 'vrijwillige' basis verblijven (het verblijf zou dan (kunnen) worden beheerst door een geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:446 BW)). Alle bepalingen en regimes uit en van de Wet BOPZ zijn in een dergelijk geval niet van toepassing. Een veroordeelde kan in dit laatste geval dus ook zonder meer weer uit de instelling vertrekken. Omdat hij zich in die situatie niet aan de gestelde voorwaarde heeft gehouden, zal hij zich wel weer bij de strafrechter moeten melden en volgt alsnog een tenuitvoerlegging van de voorwaardelijk opgelegde straf. Het omzetten van een vrijwillig verblijf naar een onvrijwillig verblijf is in dit geval overigens wel ook gewoon mogelijk, maar daarvoor is dan weer een artikel 2-machtiging vereist.

Naast artikel 14c Sr bestaat artikel 37 Sr: een strafrechter kan 'in het geval iemand aan wie een strafbaar feit wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens niet kan worden toegerekend, gelasten dat die persoon voor de duur van een jaar in een psychiatrisch ziekenhuis zal worden geplaatst'. Volgens artikel 51 Wet BOPZ zijn in de gevallen die artikel 37 Sr bestrijkt juist wél ook de bepalingen inzake het voortgezet verblijf, de regeling inzake de interne rechtspositie en de regeling inzake het vastleggen van gegevens van de Wet BOPZ van toepassing. Artikel 37 Sr kan echter alleen worden toegepast als iemand *niet* toerekeningsvatbaar is (alleen degene die een strafbaar feit niet – dus ook niet ten dele – kan worden toegerekend, kan op grond van artikel 37 Sr in een psychiatrische instelling worden geplaatst. De plaatsing in een psychiatrische instelling kan (daarom) bovendien niet tezamen met een gevangenisstraf worden gelast. Vgl. *Kamerstukken II*, 1922/23, 88, 1 en 3. Zie ook Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht, artikel 37 Sr, aant. 7. In de parlementaire

behandeling van de Wet BOPZ wordt (tevens) helder uiteengezet wat onder ontoerekeningsvatbaarheid dient te worden verstaan, vgl. bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1979/80, 11270, 12, p. 13). Aan mensen die verminderd toerekeningsvatbaar zijn – zoals in de zaak die aanleiding gaf tot het voormelde vonnis klaarblijkelijk ook het geval was – kan de maatregel daarom niet worden opgelegd.

Het lijkt erop dat de rechters van de strafkamer in dit geval hebben erkend dat de artikel 2-machtiging in vergelijking met de bovengenoemde mogelijkheden de beste optie was, en dat ze zodoende twee vliegen in een klap hebben willen slaan.

In deze uitspraak lijken de rechters, die de beschikking hebben gegeven, alleen niet in 'de juiste hoedanigheid' te hebben bepaald dat de verdachte onvrijwillig in een psychiatrisch ziekenhuis diende te worden opgenomen. Zij hadden op het moment van het afgeven van de beschikking namelijk zitting in hun hoedanigheid van strafrechter. De rechters lijken hun hoedanigheid van strafrechter voor het geven van de beschikking desondanks heel even te hebben 'verwisseld' voor die van civiele rechter. Vervolgens is een (civielrechtelijke) voorlopige machtiging op grond van artikel 2 Wet BOPZ afgegeven. De strafrechters konden deze twee aparte beslissingen hier naar hun oordeel nemen, nu de officier van justitie om de BOPZ-maatregel had verzocht en de verdachte en zijn advocaat medewerking hadden verleend.

De beschreven gang van zaken is opvallend te noemen. Doorgaans is immers het uitgangspunt dat een civiele rechter een artikel 2-machtiging verleent, nu de hiertoe te volgen procedure de verzoekschriftprocedure uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering betreft. Artikel 1 lid 4 Wet BOPZ laat op dit punt weinig vraagtekens bestaan: het bepaalt dat onder 'rechter' wordt verstaan 'de enkelvoudige of meervoudige kamer van de rechtbank voor het behandelen en beslissen van burgerlijke zaken'.

Dat een strafrechter toch een verzoekschrift in de zin van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering behandelt, is echter niet helemaal ongewoon. Als voorbeeld kan artikel 591 Sv worden genoemd: die bepaling handelt over een verzoek tot vergoeding van proceskosten. Ondanks het feit dat het dus niet ongewoon is dat een strafrechter soms een civielrechtelijk verzoek behandelt, is het afgeven van een artikel 2-machtiging toch duidelijk een taak van de civiele rechter (hier wordt bij de parlementaire behandeling ook van uitgegaan. Vgl. bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1970/71, 11270, 3, p. 11. Zie over de toepasselijkheid van de civiele procedure ook W.J.A.M. Dijkers, *Doen en laten in de BOPZ-machtigingsprocedure*, Den Haag: SDU Uitgevers 2003, p. 60-62. Opvallend is dat in het Strafrecht in eerste instantie ook is uitgegaan van de civiele rechter als bevoegde rechter ter zake van de terbeschikkingstelling. Vgl. *Kamerstukken I* 1924/25, 27, 27, p. 2). Een strafrechter is – simpelweg – (nu nog) niet

bevoegd om op een verzoek van de officier van justitie zoals bedoeld in artikel 2 Wet BOPZ te beslissen. Dat lijkt in de toekomst anders te worden: artikel 37 Sr zal worden gewijzigd en zal in een mogelijkheid gaan voorzien dat een strafrechter – op verzoek van het Openbaar Ministerie en indien voldaan is aan de in de Wet BOPZ gestelde voorwaarden – wel een Wet BOPZ-machtiging kan verlenen (artikel 37 Sr moet dan in samenhang met artikel 2.3 van de nieuwe Wet Forensische Zorg worden gelezen. Het wetsvoorstel is thans in behandeling van de Eerste Kamer, vgl. *Kamerstukken I* 2012/13, 32298, D en voor de memorie van toelichting *Kamerstukken II* 2009/10, 32298, 3).

Met betrekking tot de besproken zaak blijft feit dat de beoogde wijziging van artikel 37 Sr nog geen geldend recht is. Vanuit het principe van de wetgever, om de psychiatrisch patiënt adequate rechtsbescherming te bieden, gedacht, (*Kamerstukken II* 1970/71, 11270, 3, p. 9 (derde alinea): 'De herziening strekt tot verhoging van de rechtsbescherming van in bewaring te stellen personen.')

komt artikel 5 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden ('EVRM') zodoende al gauw om de hoek kijken. Artikel 5 EVRM bepaalt immers dat niemand zijn vrijheid mag worden ontnomen behalve in de in het artikel genoemde gevallen én overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure. Hieronder wordt daarom ingegaan op de 'regels van Straatsburg' in het licht van het hierboven besproken vonnis.

De regels van Straatsburg

Het voornaamste doel van artikel 5 EVRM is te voorkomen dat personen willekeurig of ongerechtvaardigd van hun vrijheid worden beroofd (EHRM 3 oktober 2006, 543/03 (*McKay tegen het Verenigd Koninkrijk*)). Gelet hierop kan uit de eerste zin van het eerste lid van artikel 5 EVRM een positieve verplichting van staten worden afgeleid: niet alleen moeten zij zich onthouden van (willekeurige) actieve inmenging in het recht op vrijheid van justitiabelen, maar moeten zij er ook voor zorgen dat er voor alle onder hun jurisdictie vallende justitiabelen voldoende waarborgen tegen een inmenging van hun recht op vrijheid bestaan (EHRM 13 december 2012, 39630/09 (*El-Masri tegen de voormalig Joegoslavische Republiek van Macedonië*), paragraaf 239). Hierbij moet in het bijzonder ook rekening met kwetsbare groepen worden gehouden, (EHRM 16 juni 2005, 61603/00 (*Storck tegen Duitsland*), paragraaf 102) zoals personen met *an unsound mind*. Voor personen die onder die categorie vallen – en dus ook onder die noemer van hun vrijheid worden beroofd – gelden nadere vereisten inzake een rechtmatige vrijheidsberoving. Die vereisten betreffen dat op basis van een medische expertise (voldoende) vast moet staan dat iemand geestesziek is, dat de ziekte moet rechtvaardigen dat iemand wordt vastgehouden en dat dit gezien de omstandigheden nodig is, en dat de ziekte moet voortduren gedurende de vrijheidsberoving (welk dient te worden gebaseerd op medische informatie) (meest recent: EHRM 17 januari 2012, 36760/06 (*Stanev*

tegen Bulgarije), paragraaf 145; EHRM 14 februari 2012, 13469/06 (*D.D. tegen Litouwen*), paragraaf 156; EHRM 13 januari 2011, 17792/07 (*Kallweit tegen Duitsland*); ouder is EHRM 24 oktober 1979, 6301/73, NJ 1980/114 (*Winterwerp*), paragraaf 39). De genoemde eisen worden hier omwille van de omvang van dit stuk alsmede de relevantie tot de hierboven gestelde vragen echt niet nader behandeld (er zal duidelijk zijn dat de verdachte in de zaak van het vonnis van 31 juli 2015 'geestesziek' in de zin van artikel 5 EVRM was, nu hierover ook door een medicus – conform artikel 2 Wet BOPZ – is verklaard dat sprake was van een ziekte (verslavingsproblematiek) alsook een gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens (borderline persoonlijkheidsstoornis, vgl. onder 7 in de uitspraak)).

Bij artikel 5 (lid 1) EVRM heeft als uitgangspunt te gelden dat indien er geen sprake is van een geval zoals dat is beschreven in een van de bepalingen van het eerste lid, de detentie zonder meer onwettig – onrechtmatig – is in de zin van het EVRM (EHRM 14 oktober 1999, 37680/97 (*Riera Blume en anderen tegen Spanje*)). Daarnaast moet er bij de detentie zijn gehandeld overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure. Die eis lijkt te wringen met wat de strafrechter(s) in het vonnis van 31 juli 2015 hebben gedaan. Door de Wet BOPZ is immers voorgeschreven dat het verlenen van een artikel 2-machtiging door een civiele rechter moet worden gedaan en dat dit alleen kan gebeuren als de officier van justitie hiertoe heeft verzocht. Een strafrechter wordt in de wet noch in de wetsgeschiedenis genoemd, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat deze hier niet bevoegd zou zijn, ook niet door even een 'andere pet' op te zetten. Maakt dit nu dat er in de strafzaak van 31 juli 2015 geen sprake is van een 'wettelijk voorgeschreven procedure', in de zin van artikel 5 EVRM? En hoe zit het met het verlenen van een artikel 2-machtiging zonder een verzoek van de officier van justitie?

Om te voldoen aan het vereiste van de wettelijk voorgeschreven procedure en dus de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming in de zin van het EVRM, moeten bij de vrijheidsbeneming de materiële en procedurele regels van de nationale wetgeving zijn gevolgd (EHRM 21 oktober 2013, 42750/09 (*Del Río Prada tegen Spanje*), paragraaf 125. Indien toepasselijk ook internationale wet- en regelgeving: vgl. EHRM 26 juni 2012, 44853/10 (*Toniolo tegen San Marino en Italië*), paragraaf 46). De bedoelde wetgeving moet consistent zijn met de gedachte achter artikel 5, namelijk te beschermen tegen willekeurige vrijheidsberoving, (EHRM 26 juni 2012, 44853/10 (*Toniolo tegen San Marino en Italië*), paragraaf 46, alsook EHRM 2 oktober 2012, 41242/08 (*Plesó tegen Hongarije*), paragraaf 59) alsook met de gedachte van het EVRM als geheel (zoals ook het recht op een eerlijk en behoorlijk proces (art. 6 EVRM), vgl. EHRM 24 oktober 1979, 6301/73, NJ 1980, 114 (*Winterwerp*), paragraaf 45). Daarbij moet worden opgemerkt dat ook indien wordt voldaan aan de wettelijk voorgeschreven procedure, er nog steeds sprake kan zijn van willekeur en dus strijd met de bepaling van artikel 5 EVRM (EHRM 10 juni 1996, 19380/92 (*Benham tegen het Verenigd Koninkrijk*),

paragraaf 40; EHRM 19 februari 2009, 3455/05 (*A. en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk*), paragraaf 164).

Een vrijheidsbeneming is in beginsel wetmatig (rechtmatig) indien er sprake is van een rechterlijke uitspraak of rechterlijk bevel tot de opname (of: detentie), gegeven in overeenstemming met de wet (Onder meer EHRM 18 december 1986, 9990/82 (*Bozano tegen Frankrijk*)). Hier kunnen zich echter wel onregelmatigheden voordoen, (EHRM 2 september 1998, 89/1997/873/1085 (en 23807/94) (*Erkalo tegen Nederland*), vanaf paragraaf 55) maar die hoeven vaak niet tot gevolg te hebben dat de vrijheidsbeneming onrechtmatig in de zin van het EVRM is (ter illustratie: EHRM 30 januari 2003, 38884/97 (*Nikolov tegen Bulgarije*), paragraaf 63. In die zaak was sprake van een 'administratieve' fout in een arrestatiebevel, die later door de autoriteiten was hersteld).

Het uitgangspunt van artikel 5 EVRM is en blijft een bescherming tegen willekeur, naast een garantie op rechtszekerheid: alle wetten moeten dermate voldoende precies geformuleerd zijn dat op voorhand al duidelijk kan zijn welke acties welke (mogelijke) gevolgen hebben (EHRM 21 oktober 2013, 42750/09 (*Del Río Prada tegen Spanje*), paragraaf 125, (*Medvedyev en anderen tegen Frankrijk*), paragraaf 80). Een persoon van zijn vrijheid ontnemen zonder specifieke wettelijke basis of alleen op basis van gebruik (in jurisprudentie) is in het licht van artikel 5 lid 1 EVRM onvoldoende (EHRM 28 maart 2000, 28358/95 (*Baranowski tegen Polen*), paragraaf 50 en verder).

Terug naar Nederland

De laatstgenoemde regel uit Straatsburg is – gelukkig – ook terug te vinden in de Nederlandse jurisprudentie. Te bespreken is hier de casus die aanleiding gaf voor het wijzen van de beschikking van 14 april 2006 door de Hoge Raad (HR 14 april 2006, *NJ* 2008/436 (ECLI:NL:HR:2006:AV6085), m.nt. Legemaate. Ook later heeft de Hoge Raad bevestigd dat ambtshalve een andere machtiging verlenen niet is toegestaan: zie HR 12 juni 2009, *RvdW* 2009, 735 (ECLI:NL:HR:2009:BI3455)). In die zaak heeft het OM in eerste instantie verzocht een voorwaardelijke machtiging (art. 14a Wet BOPZ) te verlenen. Bij de zitting is, na een bespreking en met instemming van alle aanwezigen, mondeling door de rechter besloten een voorlopige machtiging – een artikel 2-machtiging – te verstrekken. Uit de beschikking komt naar voren dat hiervoor overwegend praktische redenen bestonden (dat klinkt bekend!) (zie hieromtrent de conclusie van A-G Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2006:AV6085) en specifiek overweging 2.4). De machtiging werd echter wel verleend onder de ontbindende voorwaarde dat alsnog een verzoek tot een voorlopige machtiging zou worden ingediend. Dat gebeurde ook wel, maar de procedure is uiteindelijk toch bij de Hoge Raad beland (blijkens de beschrijving van het procesverloop toch op het initiatief van de betrokken patiënt, waarvan uit

de beschikking blijkt dat die het er in eerste instantie mee eens was).

Een eerste belangrijke overweging van de Hoge Raad betreft dat het op zich al in strijd is met artikel 2 Wet BOPZ dat er op het moment dat onder een ontbindende voorwaarde een voorlopige machtiging wordt verleend geen verzoekschrift is. Een rechter is niet bevoegd ambtshalve een (andere) machtiging te verlenen dan waarom is gevraagd. Is een andere machtiging dan de verzochte toch passender, dan is er artikel 8a Wet BOPZ: (zie rechtsoverweging 3.2.2 en 3.2.3, waar door de Hoge Raad ook wordt verwezen naar HR 29 april 2005 *RvdW* 2005, 67) dit artikel voorziet in de mogelijkheid voor de officier van justitie zijn verzoek aan te passen (het amendement dat is ingediend via *Kamerstukken II* 2001/02, 27298, 22 heeft ervoor gezorgd dat de rechter – gelet op het feit dat hij niet ambtshalve andere machtigingen mag verlenen dan waarom is verzocht – de officier zijn verzoek kan laten heroverwegen nadat de rechter hem met zijn gedachten over het verzoek heeft geconfronteerd). Daarnaast geldt, in de woorden van de A-G: instemming van een betrokkene – en diens advocaat – kan de bepaling van artikel 2 Wet BOPZ niet opzij zetten (overweging 2.5 van de conclusie).

Als motivering voor zijn beslissing verwijst de Hoge Raad naar artikel 5 EVRM, alsook artikel 15 lid 1 van de Grondwet. Volgens de Hoge Raad heeft de door de rechter gestelde (ontbindende) voorwaarde rechtens geen effect kunnen sorteren, omdat de Wet BOPZ niet in de mogelijkheid om die voorwaarde te stellen voorziet. Ook acht de Hoge Raad een dergelijke voorwaarde niet aanvaardbaar. Reden hiervoor is (simpelweg!) de rechtszekerheid die artikel 5 EVRM en artikel 15 Grondwet eisen. In dit geval verdraagt het voorlopige of voorwaardelijke karakter van de in deze zaak gegeven beschikking zich daar volgens de Hoge Raad absoluut niet mee. Er kan en mag geen onduidelijkheid bestaan omtrent de rechtskracht van een beschikking waarbij een machtiging ingevolge de Wet BOPZ wordt verleend.