



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Onjuiste opvatting dat de rechter bij ambtshalve oplegging van maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking, moet beschikken over een recent opgemaakt reclasseringsrapport met risicotaxatie
Voorde, J.M. ten

Citation

Voorde, J. M. ten. (2023). Onjuiste opvatting dat de rechter bij ambtshalve oplegging van maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking, moet beschikken over een recent opgemaakt reclasseringsrapport met risicotaxatie. *Nederlandse Jurisprudentie*, 2023(8), 1321-1330. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3577190>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3577190>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

zenverklaring en is in het geheel van de bewijsvoering van onvoldoende belang.

11. Het hof heeft de afwijzing niet in de sleutel van de onmiskenbare overbodigheid gezet. Dat was een 'Europeser' benadering geweest dan de toepassing van het noodzaakcriterium. Dit criterium is – zo lang als het nog duurt (zie NJ 2023/71, m.nt. N. Jörg) – verbonden aan de fase van het proces waarin het getuigenverzoek wordt gedaan, en leidt daarmee af van waar het toch in essentie om gaat: moet het belang van de verdediging bij het horen worden voorondersteld omdat het een belastende en betwiste verklaring is van een getuige die nog niet eerder door de verdediging kon worden ondervraagd. En zo die getuige niet is opgeroepen en gehoord: hoe cruciaal is dan zijn verklaring voor het bewijs?

12. De Hoge Raad blijft weg van het noodzaakcriterium en concentreert zich – evenals de A-G – op de vraag of de verklaring van de getuige betrekking heeft op feiten en omstandigheden die door de verdachte worden betwist. Gelet op de proceshouding van de verdachte – een van de drie gezichtspunten die in r.o. 2.4.2 van het voorgaande arrest worden genoemd – heeft het verhoor van de getuige geen enkel belang of toegevoegde waarde: de verdachte geeft zelf aan dat hij vrijwel dagelijks bij de desbetreffende woning is geweest, zoals de getuige ook verklaart. Evenals in de vorige zaak zijn ook hier de feiten of omstandigheden niet op grond van andere bewijsmiddelen dan die van de getuige buiten redelijke twijfel komen vast te staan. Maar onmiskenbaar overbodig is haar verhoor wel ten aanzien van het niet-betwiste punt van verdachtes vrijwel dagelijkse aanwezigheid bij de desbetreffende woning. Zo kan ook worden gezegd dat onder de categorie van 'manifestly redundant witnesses' die getuigen ressorteren die kunnen verklaren over feiten of omstandigheden die niet worden betwist door de verdediging.

N. Jörg

NJ 2023/82

HOGE RAAD (STRAFKAMER)

13 december 2022, nr. 21/03186

(Mrs. V. van den Brink, A.L.J. van Strien, T. Kooijmans; A-G mr. B.F. Keulen)
m.nt. J.M. ten Voorde

Art. 6:6:23a lid 1, art. 6:6:23c lid 3 Sv; art. 38v, 38z Sr

NJB 2023/31

RvdW 2023/45

ECLI:NL:PHR:2022:1172

ECLI:NL:HR:2022:1860

De opvatting dat de rechter in dit geval, waarin de maatregel ambtshalve werd opgelegd, verplicht was zich een reclasseringsrapport als bedoeld in art. 38z lid 2 Sr te doen overleggen is – hoewel de rechter doorgaans om zo'n rapport zal vragen – onjuist.

Gelet op het mogelijk ingrijpende karakter en de potentieel lange duur van het toezicht vergt oplegging van de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking steeds een beoordeling van de individuele feiten en omstandigheden van voorliggend geval. Blijkens de wetsgeschiedenis bij art. 38z Sr moet de rechter daarbij het toekomstige recidiverisico inschatten, waarbij hij rekening houdt met het type delict (met name of mogelijk sprake is van een verhoogd recidiverisico), de omstandigheden waaronder dat is begaan en eventuele eerdere strafbare feiten (vgl. NJ 2021/220). Hoewel de wetgever het belangrijk achtte dat de rechter bij deze beoordeling over een recent opgemaakt gemotiveerd reclasseringsadvies met een risicotaxatie beschikt, stelt de wet niet de eis dat de rechter – als hij ambtshalve de oplegging van deze maatregel overweegt – zich zo'n advies doet overleggen. Dit biedt de rechter de mogelijkheid om bij de oplegging zijn inschatting van het toekomstige recidiverisico op andere rapporten of gegevens te baseren. Van belang daarbij is dat conform art. 6:6:23a lid 1 Sv juncto art. 6:6:23c lid 3 Sv wel altijd een recent opgemaakt, met redenen omkleed en ondertekend reclasseringsrapport aan de rechter moet zijn overgelegd als deze op een later moment de tenuitvoerlegging van de maatregel gelast.

Gelet hierop is de opvatting dat de rechter in dit geval, waarin de maatregel ambtshalve werd opgelegd, verplicht was zich een reclasseringsrapport als bedoeld in art. 38z lid 2 Sr te doen overleggen – hoewel de rechter doorgaans om zo'n rapport zal vragen – onjuist. Het oordeel van het hof dat het zich voldoende voorgelicht achtte om de maatregel te kunnen opleggen is niet onbegrijpelijk.

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 27 juli 2021, nummer 21-000821-20, in de strafzaak tegen [verdachte], adv.: mr. E.E.W.J. Maessen, te Maas-tricht.

Cassatiemiddel:

Middel II, zie 3.1; (red.).

Conclusie A-G mr. B.F. Keulen:

1. De verdachte is bij arrest van 27 juli 2021 door het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wegens 'poging tot moord' veroordeeld tot tien jaren gevangenisstraf, met aftrek van voorarrest als bedoeld in art. 27, eerste lid, Sr. Tevens is aan de verdachte de maatregel strekkende tot beperking van de vrijheid opgelegd, inhoudende dat de veroordeelde voor de duur van 5 jaren op geen enkele wijze – direct of indirect – contact zal opnemen, zoeken of hebben met [slachtoffer], alsmede de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking als bedoeld in art. 38z Sr. Het hof heeft de vordering van de benadeelde partij (gedeeltelijk) toegewezen en een schadevergoedingsmaatregel opgelegd. En het

hof heeft de teruggave aan de verdachte van een in beslag genomen telefoon gelast.

2. Het cassatieberoep is ingesteld namens de verdachte. E.E.W.J. Maessen, advocaat te Maastricht, heeft drie middelen van cassatie voorgesteld.

(...)

Bespreking van het tweede middel

16. Het tweede middel bevat de klacht dat het hof de maatregel als bedoeld in art. 38z Sr heeft opgelegd zonder te beschikken over een recent opgemaakt, met redenen omkleed en ondertekend advies van een reclasseringsinstelling.

17. Het hof heeft het volgende overwogen met betrekking tot het opleggen van de maatregel als bedoeld in art. 38z Sr:

“Standpunt van de raadvrouw

De raadvrouw heeft het hof verzocht de maatregel als bedoeld in artikel 38z van het Wetboek van Strafrecht niet op te leggen, nu het dossier geen recent opgemaakt reclasseringsadvies bevat en het risico op recidive niet kan worden ingeschat. (...)

Oordeel van het hof

(...)

Maatregel ex artikel 38z van het Wetboek van Strafrecht

Gelet op de omstandigheid dat gedurende de detentie de duur van de op te leggen 38v-maatregel goeddeels zal zijn verstreken, en dat met een in het kader van een 38z opgelegde maatregel ook na ommeekomst van die termijn dezelfde dan wel een vergelijkbare maatregel kan worden opgelegd en juist noodzaak lijkt te bestaan tot bescherming van de veiligheid van aangeefster nádat verdachte niet langer is gedetineerd, ziet het hof aanleiding om ook een maatregel als bedoeld in artikel 38z van het Wetboek van Strafrecht op te leggen.

Het hof heeft bij de beoordeling acht geslagen op het feit dat verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan een poging tot moord, een misdrijf dat gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van personen, waarop in de wet een gevangenisstraf is gesteld van vier jaren of meer. Tevens is de oplegging van de maatregel in het belang van de bescherming van de veiligheid van anderen, gezien de impact van dit delict op aangeefster en haar kinderen. Verdachte heeft ontkend dat hij zich aan het bewezen-verklaarde feit heeft schuldig gemaakt. Gelet daarop was het voor de reclassering niet mogelijk om het recidiverisico in te schatten. Bij een nieuw reclasseringsadvies zal dat niet anders zijn, nu verdachte ook nu nog volhardt in zijn ontkenning. Het hof zal daarom zelf een inschatting maken van het toekomstig recidiverisico. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat verdachte en aangeefster al jaren verwickeld zijn in een conflict over de kinderen, dat verdachte het niet kon verkroppen dat de kinderen bij aangeef-

ster verbleven en dat niet is gebleken dat aan dit conflict een einde is gekomen. Ook neemt het hof in aanmerking dat verdachte aangeefster heeft dood gewenst en getracht zijn wens tot uitvoer te brengen en dat uit niets is gebleken dat verdachte nu anders denkt over aangeefster en over het verblijf van de kinderen bij aangeefster. Het hof heeft voorts acht geslagen op de Rapportage (mogelijk) eer gerelateerd geweld. Dat rapport houdt onder meer in dat het feit dat aangeefster telkens weer een relatie met een andere man had en het feit dat verdachte zijn kinderen helemaal niet meer kon zien, direct de mannelijke trots van verdachte aantast. Verdachte had onder deze omstandigheden in elk geval een eer-gerelateerd motief om te handelen met als doel het herstellen van de eer. Het is het hof niet duidelijk of eerherstel een motief was voor verdachte, nu hij geen enkel inzicht heeft gegeven in zijn beweegredenen. Dit maakt dat het hof niet anders kan dan ook de omstandigheid dat het eerherstel niet is voltooid en dus mogelijk nog leeft bij verdachte, bij de risicotaxatie in aanmerking te nemen. Alles afwegend is het hof van oordeel dat ook het toekomstig recidiverisico als hoog moet worden ingeschat. Het hof ziet daarom aanleiding om aan verdachte een maatregel als bedoeld in artikel 38z Wetboek van Strafrecht opleggen.”

18. Artikel 38z Sr is met ingang van 1 januari 2018 ingevoerd door de Wet langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking.⁴ De formulering van het artikel is op 1 juli 2018 op twee ondergeschikte punten gewijzigd.⁵ Het artikel luidt sindsdien als volgt:

“1. Ter bescherming van de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen kan de rechter, ambtshalve of op vordering van het openbaar ministerie, een verdachte een maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking opleggen indien die verdachte bij die rechterlijke uitspraak:

a. ter beschikking wordt gesteld als bedoeld in de artikelen 37a, 37b of 38;

b. wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf, of een gevangenisstraf waarvan een gedeelte niet zal worden ten uitvoer gelegd, wegens een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen en waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld;

c. wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf, of een gevangenisstraf waarvan een gedeelte niet zal worden ten uitvoer gelegd, wegens een mis-

⁴ Wet van 25 november 2015, *Stb.* 2015, 460, inwerkingtreddingsbesluit *Stb.* 2016, 493.

⁵ Wet van 31 januari 2018, *Stb.* 2018, 30, inwerkingtreddingsbesluit *Stb.* 2018, 168.

drijf als omschreven in de artikelen 240b, 248c, 248d, 248e, 250, 273f, 317, eerste lid.

2. Bij de vordering tot oplegging van de maatregel legt de officier van justitie een recent opgemaakt, met redenen omkleed en ondertekend advies over van een reclasseringsinstelling.”

19. De verhouding tussen de bevoegdheid van de rechter, de vordering van het openbaar ministerie en al dan niet verplichte advisering is bij de in het Wetboek van Strafrecht opgenomen maatregelen verschillend geregeld. Bij de terbeschikkingstelling dient een advies van twee gedragsdeskundigen te worden overgelegd; een uitzondering geldt indien de betrokkene weigert medewerking te verlenen aan het onderzoek dat ten behoeve van het advies moet worden verricht (art. 37a Sr). De maatregel tot plaatsing van een verdachte in een inrichting voor stelselmatige daders kan alleen op vordering van het openbaar ministerie worden opgelegd, nadat de rechter een advies over de wenselijkheid of noodzakelijkheid van de maatregel heeft doen overleggen (art. 38m Sr). De rechter kan een maatregel strekkende tot beperking van de vrijheid zonder vordering van het openbaar ministerie of advies opleggen (art. 38v Sr).

20. Bij de zorgmachtiging is weer een andere constructie gekozen. De strafrechter kan deze zorgmachtiging ambtshalve of na een verzoekschrift van de officier van justitie afgeven (art. 2.3 Wfz). Indien de officier van justitie een verzoekschrift voor een zorgmachtiging voorbereidt, is hoofdstuk 5 van de Wvvgz – op enkele uitzonderingen na – van overeenkomstige toepassing (art. 5:19, eerste lid, Wvvgz). Dat hoofdstuk verplicht onder meer tot inschakeling van de geneesheer-directeur (art. 5.4 Wvvgz). Indien de rechter ambtshalve afgifte van een zorgmachtiging overweegt, verzoekt hij de officier van justitie aan het bepaalde in dit artikel toepassing te geven (art. 5:19, tweede lid, Wvvgz). De civiele kamer van Uw Raad heeft beslist dat de rechter ook ambtshalve een zorgmachtiging kan afgeven indien de officier van justitie geen verzoekschrift voor een zorgmachtiging indient.⁶ Ik begrijp daaruit dat het achterwege blijven van de voorbereiding van een verzoekschrift niet aan het ambtshalve afgeven van een zorgmachtiging in de weg staat.

21. De wettelijke regeling van de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking in de zin van art. 38z Sr komt in die zin met de regeling van de zorgmachtiging overeen dat de eis van een advies van een reclasseringsinstelling aan de vordering van het openbaar ministerie is gekoppeld. Anders dan in die regeling is in de wet evenwel geen verplichting opgenomen die op de rechter rust ingeval hij het ambtshalve opleggen van de maatregel overweegt. De wet verplicht de rechter niet om (al dan niet via het openbaar ministerie) advies van de reclassering in te winnen.

22. Uit de parlementaire behandeling komt naar voren dat de wetgever ervan is uitgegaan dat de rechter de maatregel ook ambtshalve slechts oplegt in geval de reclassering advies heeft uitgebracht. De memorie van toelichting bevat de volgende passage:⁷

“Het belang dat gehecht wordt aan de voorzienbaarheid brengt met zich dat de rechter de zelfstandige de maatregel reeds in het vonnis dient op te leggen. Op dat moment zal het voor de rechter lastig zijn om een inschatting te maken van de toekomstige persoonlijke omstandigheden van betrokkene en van de mate van succes van een mogelijke (tbs-)behandeling. De beoordeling van het toekomstige recidiverisico die de rechter bij het opleggen van de maatregel dient te maken rust niet zozeer op deze factoren, als wel op het type delict, waaraan mogelijk een verhoogd recidiverisico kleeft, de omstandigheden waaronder dat is begaan en eventuele eerdere strafbare feiten. Ten behoeve van deze beoordeling beschikt de rechter daarnaast over een recent opgemaakt gemotiveerd reclasseringsadvies dat naast een diagnose ook een risicotaxatie omvat” (p. 15)

23. De nota naar aanleiding van het verslag bevat de volgende passages:⁸

“Voorafgaand aan de rechterlijke beoordeling inzake de oplegging, tenuitvoerlegging en verlening van de zelfstandige maatregel wordt door de reclassering een risico-inventarisatie gemaakt, waardoor het advies is afgestemd op de actuele situatie/toestand van de betrokkene en de voortgang van het toezicht.” (p. 8)

“De leden van de PvdA-fractie willen weten bij welke gewelds- of zedenmisdrijven het recidiverisico dusdanig hoog is dat dit, los van de aard van de veroordeelde, een zelfstandige aanleiding tot het opleggen van de maatregel kan zijn. Gelet op het mogelijk ingrijpende karakter van de zelfstandige maatregel en de potentieel zeer lange duur van het toezicht, acht ik het niet wenselijk dat rechters bij bepaalde zeden- of geweldsmisdrijven als het ware automatisch een zelfstandige maatregel opleggen. Het opleggen van de zelfstandige maatregel vergt steeds een afweging van de individuele feiten en omstandigheden van het voorliggende geval. Naast het type delict, waaraan al dan niet een verhoogd recidiverisico kleeft, dienen daarbij onder meer de omstandigheden waaronder het delict is begaan, de persoon van de dader, de impact die het delict heeft gehad op het slachtoffer en mogelijk ontstane maatschappelijke onrust te worden betrokken. Ten behoeve van de beoordeling van het toekomstige recidiverisico beschikt de rechter daarnaast over een recent opgemaakt gemotiveerd reclasseringsadvies dat naast een diagnose ook een risicotaxatie omvat.” (p. 22)

6 HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:534, NJ 2021/256, m.nt. Mevis, rov. 4.1.2.

7 Kamerstukken II 2013/14, 33 816, nr. 3.

8 Kamerstukken II 2013/14, 33 816, nr. 6.

24. De memorie van antwoord aan de Eerste Kamer bevat naar aanleiding van een opmerking van leden van de fractie van de ChristenUnie de volgende passage:⁹

“Tot slot wijzen deze leden erop dat de officier van justitie op grond van het tweede lid van artikel 38z verplicht is om bij zijn vordering tot oplegging van de zelfstandige maatregel een reclasseringsadvies over te leggen en zij willen weten of deze verplichting niet voor de rechter geldt, indien deze ambtshalve oplegging van de maatregel overweegt. Indien er geen reclasseringsadvies voorhanden is en de rechter overweegt ambtshalve een zelfstandige maatregel op te leggen, zal hij alsnog een reclasseringsadvies opvragen. De uiteindelijke beslissing over het al dan niet opleggen van de zelfstandige maatregel is echter aan de rechter en een daartoe strekkend positief reclasseringsadvies is daarvoor niet vereist, net zo min als dat voor het kunnen opleggen van de tbs-maatregel vereist is dat het NIFP-advies strekt tot oplegging van die maatregel.” (p. 32)

25. Uw Raad heeft zich op 1 juni 2021 uitgelaten over een middel dat opkwam tegen de oplegging van een maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking als bedoeld in art. 38z Sr. Aangevoerd was onder meer dat het hof had miskend dat deze maatregel slechts kon worden opgelegd als een reclasseringsrapport de oplegging van de maatregel daadwerkelijk adviseerde.¹⁰ Uw Raad overwoog:

“2.4.1 Gelet op het mogelijk ingrijpende karakter en de potentieel lange duur van het toezicht vergt de oplegging van de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking steeds een beoordeling van de individuele feiten en de omstandigheden van het voorliggende geval. Blijkens de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis dient de rechter die de maatregel oplegt onder meer een inschatting te maken van het toekomstige recidiverisico, waarbij hij rekening houdt met het type delict (in het bijzonder of aan dat delict mogelijk een verhoogd recidiverisico kleeft), de omstandigheden waaronder dat is begaan en eventuele eerdere strafbare feiten. De wetgever achtte het daarbij van belang dat de rechter ten behoeve van deze beoordeling over een recent opgemaakt gemotiveerd reclasseringsadvies beschikt dat ook een risicotaxatie omvat.

2.4.2 Geen rechtsregel vereist dat de maatregel slechts kan worden opgelegd indien en voor zover in de rapportage van de reclassering de oplegging van die maatregel wordt geadviseerd. Voor zover het cassatiemiddel uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt het.”

26. Uw Raad leest in de parlementaire stukken, zo begrijp ik, slechts dat de wetgever het ‘van be-

lang’ achtte dat de rechter over een recent opgemaakt gemotiveerd reclasseringsadvies beschikt dat ook een risicotaxatie omvat. Dat een dergelijk advies voor het opleggen van de maatregel vereist is, overweegt Uw Raad niet. De conclusie van A-G Paridaens ligt in dezelfde lijn. Zij merkt op dat de wet niet eist dat de rechter een reclasseringsadvies doet overleggen indien hij de maatregel ambtshalve oplegt, en verwijst daarbij naar Bleichrodt en Vegter.¹¹ Paridaens meent dat dit de rechter de mogelijkheid biedt ‘om – indien hij op basis van (ook andere) beschikbare rapporten of adviezen van oordeel is dat gevreesd moet worden voor een toekomstig veiligheidsrisico – (...) de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking op te leggen’ (randnummer 3.4.5).

27. Uitgaande van deze lezing, die mij juist voorkomt, volgt uit de geciteerde passages in de parlementaire stukken dat de wetgever ervan uitgaat dat de rechter indien hij ambtshalve oplegging van de maatregel overweegt (in de regel) een reclasseringsadvies zal opvragen indien geen reclasseringsadvies voorhanden is. Uit wet en toelichting volgt niet dat de rechter de maatregel slechts kan opleggen in het geval een recent reclasseringsadvies voorhanden is. Bij de vraag of een nieuw reclasseringsadvies noodzakelijk is, heeft de rechter een zekere ruimte om in te schatten in hoeverre gelet op de (proces)opstelling van de verdachte mag worden verwacht dat een nieuw rapport relevante aanvullende informatie zal opleveren. En hij kan bij zijn beslissing ook de (duur van de) opgelegde vrijheidsbenemende straffen en maatregelen betrekken.

28. Met het opleggen van de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking is de kous namelijk niet af. De maatregel kan slechts ten uitvoer worden gelegd indien het openbaar ministerie tijdig een vordering tot tenuitvoerlegging indient bij de rechter die in eerste aanleg kennis heeft genomen van het misdrijf ter zake waarvan de maatregel is opgelegd. Bij die vordering dient een ‘recent opgemaakt, met redenen omkleed en ondertekend advies’ van een reclasseringsinstelling te worden overgelegd (art. 6:6:23a Sv). En de tenuitvoerlegging kan slechts worden gelast indien de rechter vaststelt dat aan nader omschreven voorwaarden is voldaan (art. 6:6:23b Sv). De termijn van de maatregel kan telkens op vordering van het openbaar ministerie worden verlengd, ook bij die vordering dient telkens een recent reclasseringsadvies te worden overgelegd (art. 6:6:23c Sv).

29. Uitgaande van deze interpretatie van de wettelijke regeling faalt de klacht dat het hof de maatregel heeft opgelegd zonder te beschikken over een recent advies van de reclassering. Voor het geval Uw Raad uit (de toelichting op) de wettelijke regeling toch zou afleiden dat de maatregel slechts kan worden opgelegd indien de rechter over een re-

9 Kamerstukken II 2015/16, 33 816, D.

10 HR 1 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:770, NJ 2021/220.

11 F.W. Bleichrodt en P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 364.

cent advies van de reclassering beschikt merk ik het volgende op.

30. De steller van het middel voert aan dat het hof kennelijk heeft geoordeeld dat het reclasseringsadvies van 15 januari 2020 niet (meer) recent was. Het hof zou vervolgens hebben overwogen dat het laten opstellen van een nieuw (dus wel recent) advies zinloos zou zijn, aangezien de verdachte volhardde in zijn ontkenning. Deze handelwijze van het hof zou niet conform het bepaalde in art. 38z, tweede lid, Sr en de wetsgeschiedenis zijn. Daarbij zou de motivering van het hof om niet over te gaan tot het laten opstellen van een nieuw reclasseringsadvies te beperkt zijn. Dat de reclassering in het advies van 15 januari 2020 heeft geconcludeerd dat het recidiverisico niet kon worden ingeschat met behulp van het risicotaxatie-instrument OXREC zou onverlet laten dat op andere wijzen mogelijkere wijs wel iets geconcludeerd had kunnen worden ten aanzien van het recidiverisico.

31. Anders dan de steller van het middel meen ik dat uit 's hofs overwegingen niet valt af te leiden dat het hof van oordeel is dat het reclasseringsrapport van 15 januari 2020 niet meer recent was. Het hof heeft slechts aangegeven dat het voor de reclassering niet mogelijk was om het recidiverisico in te schatten en dat dit bij een nieuw reclasseringsadvies niet anders zal zijn. Daarmee heeft het hof duidelijk gemaakt waarom het geen nieuw reclasseringsadvies heeft laten opmaken.

32. Tussen het advies en het wijzen van het bestreden arrest is een periode van iets meer dan achttien maanden verlopen. Dat is langer dan de periode van een jaar die bij de terbeschikkingstelling en de maatregel tot plaatsing van een verdachte in een inrichting voor stelselmatige daders het uitgangspunt is. De wet spreekt bij het advies dat de officier van justitie in verband met de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking als bedoeld in art. 38z Sr dient te overleggen evenwel – naar valt aan te nemen: bewust – slechts over een 'recent opgemaakt' rapport en noemt geen exacte periode. Anders dan bij de terbeschikkingstelling en de maatregel tot plaatsing van een verdachte in een inrichting voor stelselmatige daders is ook niet voorzien in een regeling die oudere adviezen bij instemming van openbaar ministerie en verdachte bruikbaar maakt. En er is evenmin voorzien in een regeling voor het geval de betrokkene medewerking aan het onderzoek weigert. Een en ander wijst erop dat de wetgever, ervan uitgaand dat de eis van recente rapportage ook voor het kunnen opleggen van de maatregel door de rechter van belang is, de rechter ruimte heeft gelaten bij het oordeel of van voldoende recente rapportage sprake is. Daarvan uitgaand meen ik dat van een advies dat iets meer dan achttien maanden eerder is opgemaakt niet gezegd kan worden dat het niet voldoende recent is.

33. Ook 's hofs overwegingen inzake de (on)mogelijkheden voor de reclassering om het recidiverisico in te schatten komen mij niet onbegrijpelijk voor. Het hof heeft zich niet gebaseerd op

de mogelijkheden om met behulp van het risicotaxatie-instrument OXREC tot een inschatting te komen maar heeft zijn oordeel over die (on)mogelijkheden gebaseerd op de omstandigheid dat de verdachte volhardt in zijn ontkenning.

34. Het tweede middel faalt.

Hoge Raad:

3 *Beoordeling van het tweede cassatiemiddel*

3.1 Het cassatiemiddel klaagt over de oplegging van de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking. Het voert daartoe aan dat het hof ten onrechte niet beschikte over een 'recent opgemaakt' advies van een reclasseringsinstelling, zoals bedoeld in artikel 38z lid 2 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr).

3.2.1 Het hof heeft de verdachte wegens poging tot moord veroordeeld tot een gevangenisstraf van tien jaren. Ook heeft het hof een vrijheidsbeperkende maatregel als bedoeld in artikel 38v Sr opgelegd en een maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking als bedoeld in artikel 38z Sr.

3.2.2 Het arrest van het hof houdt onder meer het volgende in:

“Oplegging van straf en/of maatregel

Standpunt van de advocaat-generaal

De advocaat-generaal heeft gevorderd dat aan verdachte een gevangenisstraf voor de duur van tien jaren en, naast een contactverbod, tevens een locatieverbod voor de [plaats] voor de duur van 5 jaren zal worden opgelegd.

Standpunt van de raadsvrouw

De raadsvrouw heeft het hof verzocht de maatregel als bedoeld in artikel 38z van het Wetboek van Strafrecht niet op te leggen, nu het dossier geen recent opgemaakt reclasseringsadvies bevat en het risico op recidive niet kan worden ingeschat. (...)

Oordeel van het hof

Het hof overweegt, grotendeels overeenkomstig de overwegingen van de rechtbank, hiertoe als volgt.

(...)

Maatregel ex artikel 38v van het Wetboek van Strafrecht

Uit het reclasseringsrapport d.d. 15 januari 2020 en de rapportage eer gerelateerd geweld d.d. 22 november 2019 blijkt dat verdachte en aangeefster al enkele jaren verwickeld zijn in een conflict over de kinderen. Uit laatstgenoemde rapportage blijkt dat verdachte onder omstandigheden een eer gerelateerd motief kan hebben om zijn eer te herstellen, waarbij een uiterste vorm hiervan kan zijn dat hij het slachtoffer doodt. Het hof is van oordeel dat voornoemde bevindingen van de rapportage nog steeds opgeld doen, nu verdachte sinds de dag van het incident in voorarrest zit en geen nieuwe feiten en omstandigheden bekend zijn geworden. Gelet op het voorgaande en het

feit dat verdachte en aangeefster elkaar tot aan de dag van het incident al ruim 2 jaar niet hadden gezien en verdachte desalniettemin tot het bewezenverklarde handelen is overgegaan, acht het hof het ter bescherming van de veiligheid van aangeefster noodzakelijk om verdachte een contactverbod met aangeefster op te leggen. Dit verbod geldt voor de duur van 5 jaren. Voor iedere keer dat verdachte dit verbod overtreedt, zal vervangende hechtenis van de hierna bepaalde duur worden opgelegd.

Anders dan het standpunt van de advocaat-generaal acht het hof een locatieverbod niet op zijn plaats, gelet op de duur van de opgelegde gevangenisstraf.

Het hof zal bepalen dat de maatregel ex artikel 38v dadelijk uitvoerbaar is, nu er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte zich opnieuw belastend zal gedragen jegens aangeefster.

Maatregel ex artikel 38z van het Wetboek van Strafrecht

Gelet op de omstandigheid dat gedurende de detentie de duur van de op te leggen 38v maatregel goeddeels zal zijn verstreken, en dat met een in het kader van een 38z opgelegde maatregel ook na ommekomst van die termijn dezelfde dan wel een vergelijkbare maatregel kan worden opgelegd en juist noodzaak lijkt te bestaan tot bescherming van de veiligheid van aangeefster nadat verdachte niet langer is gedetineerd, ziet het hof aanleiding om ook een maatregel als bedoeld in artikel 38z van het Wetboek van Strafrecht op te leggen.

Het hof heeft bij de beoordeling acht geslagen op het feit dat verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan een poging tot moord, een misdrijf dat gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van personen, waarop in de wet een gevangenisstraf is gesteld van vier jaren of meer. Tevens is de oplegging van de maatregel in het belang van de bescherming van de veiligheid van anderen, gezien de impact van dit delict op aangeefster en haar kinderen. Verdachte heeft ontkend dat hij zich aan het bewezenverklarde feit heeft schuldig gemaakt. Gelet daarop was het voor de reclassering niet mogelijk om het recidiverisico in te schatten. Bij een nieuw reclasseringsadvies zal dat niet anders zijn, nu verdachte ook nu nog volhardt in zijn ontkenning. Het hof zal daarom zelf een inschatting maken van het toekomstig recidiverisico. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat verdachte en aangeefster al jaren verwikkeld zijn in een conflict over de kinderen, dat verdachte het niet kon verkroppen dat de kinderen bij aangeefster verbleven en dat niet is gebleken dat aan dit conflict een einde is gekomen. Ook neemt het hof in aanmerking dat verdachte aangeefster heeft dood gewenst en getracht zijn wens tot uitvoer te brengen en dat uit niets is gebleken dat verdachte nu anders denkt over aangeefster

en over het verblijf van de kinderen bij aangeefster. Het hof heeft voorts acht geslagen op de Rapportage (mogelijk) eer gerelateerd geweld. Dat rapport houdt onder meer in dat het feit dat aangeefster telkens weer een relatie met een andere man had en het feit dat verdachte zijn kinderen helemaal niet meer kon zien, direct de mannelijke trots van verdachte aantast. Verdachte had onder deze omstandigheden in elk geval een eer-gerelateerd motief om te handelen met als doel het herstellen van de eer. Het is het hof niet duidelijk of eerherstel een motief was voor verdachte, nu hij geen enkel inzicht heeft gegeven in zijn beweegredenen. Dit maakt dat het hof niet anders kan dan ook de omstandigheid dat het eerherstel niet is voltooid en dus mogelijk nog leeft bij verdachte, bij de risicotaxatie in aanmerking te nemen. Alles afwezend is het hof van oordeel dat ook het toekomstig recidiverisico als hoog moet worden ingeschat. Het hof ziet daarom aanleiding om aan verdachte een maatregel als bedoeld in artikel 38z Wetboek van Strafrecht opleggen.”

3.3.1 Artikel 38z Sr luidt:

“1. Ter bescherming van de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen kan de rechter, ambtshalve of op vordering van het openbaar ministerie, een verdachte een maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking opleggen indien die verdachte bij die rechterlijke uitspraak:

a. ter beschikking wordt gesteld als bedoeld in de artikelen 37a, 37b of 38;

b. wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf, of een gevangenisstraf waarvan een gedeelte niet zal worden ten uitvoer gelegd, wegens een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen en waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld;

c. wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf, of een gevangenisstraf waarvan een gedeelte niet zal worden ten uitvoer gelegd, wegens een misdrijf als omschreven in de artikelen 240b, 248c, 248d, 248e, 250, 273f, 317, eerste lid.

2. Bij de vordering tot oplegging van de maatregel legt de officier van justitie een recent opgemaakt, met redenen omkleed en ondertekend advies over van een reclasseringsinstelling.”

3.3.2 De geschiedenis van de wet van 25 november 2015, *Stb.* 2015, 460, die heeft geleid tot de totstandkoming van artikel 38z Sr, houdt onder meer het volgende in:

- de memorie van toelichting:

“Ook bij de zelfstandige maatregel beslist de rechter pas op het moment waarop dit feitelijk aan de orde komt, voorafgaand aan de eindigen van de tbs, gevangenisstraf of v.i., of de maatregel ten uitvoer dient te worden gelegd. Eerst op dat moment stelt hij ook de voorwaarden vast

die aan de maatregel worden verbonden en bepaalt hij de duur van de maatregel. Aldus is geborgd, dat de maatregel enkel ten uitvoer wordt gelegd wanneer dat op het moment van de feitelijke tenuitvoerlegging noodzakelijk is en dat de maatregel ook niet verder strekt dan noodzakelijk. Deze constructie, waarbij de maatregel wordt ingevuld op het moment van de tenuitvoerlegging, voorkomt dat de rechter gedetailleerd ver vooruit moet kijken. Dat de rechter in het veroordelend vonnis de maatregel reeds dient op te leggen, acht ik van belang in verband met de rechtszekerheid en voorzienbaarheid. Voor betrokkene is dan van meet af aan duidelijk dat hij er rekening mee dient te houden dat hij aansluitend aan zijn detentie, v.i. of tbs kan worden onderworpen aan de toezichthoudende maatregel en hij kan zijn gedrag daarop afstemmen. Het belang dat gehecht wordt aan de voorzienbaarheid brengt met zich dat de rechter de zelfstandige maatregel reeds in het vonnis dient op te leggen. Op dat moment zal het voor de rechter lastig zijn om een inschatting te maken van de toekomstige persoonlijke omstandigheden van betrokkene en van de mate van succes van een mogelijke (tbs-)behandeling. De beoordeling van het toekomstige recidiverisico die de rechter bij het opleggen van de maatregel dient te maken rust niet zozeer op deze factoren, als wel op het type delict, waaraan mogelijk een verhoogd recidiverisico kleeft, de omstandigheden waaronder dat is begaan en eventuele eerdere strafbare feiten. Ten behoeve van deze beoordeling beschikt de rechter daarnaast over een recent opgemaakt gemotiveerd reclasseringsadvies dat naast een diagnose ook een risicotaxatie omvat.”

(*Kamerstukken II* 2013/14, 33816, nr. 3, p. 15.)

- de nota naar aanleiding van het verslag: “Bij een vordering tot tenuitvoerlegging of verlenging adviseert de reclassering over het tenuitvoerleggen of verlengen van de maatregel en de te stellen gedragsbeïnvloedende of vrijheidsbeperkende maatregel. Voorafgaand aan de rechterlijke beoordeling inzake de oplegging, tenuitvoerlegging en verlenging van de zelfstandige maatregel wordt door de reclassering een risico-inventarisatie gemaakt, waardoor het advies is afgestemd op de actuele situatie/toestand van de betrokkene en de voortgang van het toezicht. (...)

Gelet op het mogelijk ingrijpende karakter van de zelfstandige maatregel en de potentieel zeer lange duur van het toezicht, acht ik het niet wenselijk dat rechters bij bepaalde zeden- of geweldsmisdrijven als het ware automatisch een zelfstandige maatregel opleggen. Het opleggen van de zelfstandige maatregel vergt steeds een afweging van de individuele feiten en omstandigheden van het voorliggende geval. Naast het type delict, waaraan al dan niet een verhoogd recidiverisico kleeft, dienen daarbij onder meer

de omstandigheden waaronder het delict is begaan, de persoon van de dader, de impact die het delict heeft gehad op het slachtoffer en mogelijk ontstane maatschappelijke onrust te worden betrokken. Ten behoeve van de beoordeling van het toekomstige recidiverisico beschikt de rechter daarnaast over een recent opgemaakt gemotiveerd reclasseringsadvies dat naast een diagnose ook een risicotaxatie omvat.”

(*Kamerstukken II* 2013/14, 33816, nr. 6, p. 8 en 22.)

- de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer:

“Tot slot wijzen deze leden erop dat de officier van justitie op grond van het tweede lid van artikel 38z verplicht is om bij zijn vordering tot oplegging van de zelfstandige maatregel een reclasseringsadvies over te leggen en zij willen weten of deze verplichting niet voor de rechter geldt, indien deze ambtshalve oplegging van de maatregel overweegt. Indien er geen reclasseringsadvies voorhanden is en de rechter overweegt ambtshalve een zelfstandige maatregel op te leggen, zal hij alsnog een reclasseringsadvies opvragen. De uiteindelijke beslissing over het al dan niet opleggen van de zelfstandige maatregel is echter aan de rechter en een daartoe strekkend positief reclasseringsadvies is daarvoor niet vereist, net zo min als dat voor het kunnen opleggen van de tbs-maatregel vereist is dat het NIFP-advies strekt tot oplegging van die maatregel.”

(*Kamerstukken I* 2015/16, 33816, D, p. 32.)

- 3.4 Gelet op het mogelijk ingrijpende karakter en de potentieel lange duur van het toezicht vergt de oplegging van de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking steeds een beoordeling van de individuele feiten en de omstandigheden van het voorliggende geval. Blijkens de hiervoor weergegeven wetgeschiedenis moet de rechter die de maatregel oplegt onder meer een inschatting maken van het toekomstige recidiverisico, waarbij hij rekening houdt met het type delict (in het bijzonder of aan dat delict mogelijk een verhoogd recidiverisico kleeft), de omstandigheden waaronder dat is begaan en eventuele eerdere strafbare feiten. (Vgl. HR 1 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:770 (*NJ* 2021/220; *red.*)) Hoewel de wetgever het daarbij van belang achtte dat de rechter ten behoeve van deze beoordeling over een recent opgemaakt gemotiveerd reclasseringsadvies beschikt dat ook een risicotaxatie omvat, stelt de wet niet de eis dat de rechter – als hij ambtshalve de oplegging van deze maatregel overweegt – zich zo’n advies doet overleggen. Dit biedt de rechter de mogelijkheid om, bij de oplegging van de maatregel, zijn inschatting van het toekomstige recidiverisico op andere rapporten of gegevens te baseren. Van belang daarbij is dat er op grond van artikel 6:6:23a lid 1 van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) in verbinding met artikel 6:6:23c lid 3 Sv wel altijd een recent opgemaakt, met redenen omkleed en ondertekend reclasseringsrapport aan de rechter moet

zijn overgelegd als deze op een later moment de tenuitvoerlegging van de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking gelast.

3.5.1 Het hof heeft vastgesteld dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan een poging tot moord, een misdrijf dat gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van personen en waarop een gevangenisstraf is gesteld van vier jaren of meer. Het hof heeft bij arrest van 27 juli 2021 ambtshalve de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking opgelegd. Het hof heeft in dat verband overwogen dat uit onder meer het reclasseringsrapport van 15 januari 2020 blijkt dat de verdachte en de aangeefster al enkele jaren verwickeld zijn in een conflict over de kinderen. Verder heeft het hof overwogen dat de oplegging van de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking in het belang is van de bescherming van de veiligheid van anderen, gezien de impact van het bewezenverklaarde feit op de aangeefster en haar kinderen. Het hof heeft daarbij in zijn overwegingen betrokken dat de verdachte het bewezenverklaarde feit heeft ontkend en dat het, gelet daarop, voor de reclassering niet mogelijk was om het recidiverisico in te schatten. Voorts heeft het hof overwogen dat dat bij een nieuw reclasseringsadvies niet anders zal zijn, omdat de verdachte volhardde in zijn ontkening. In het licht hiervan heeft het hof zelf een inschatting gemaakt van het recidiverisico.

3.5.2 Het cassatiemiddel gaat ervan uit dat de rechter in dit geval, waarin de maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking ambtshalve werd opgelegd, verplicht was zich een reclasseringsrapport als bedoeld in artikel 38z lid 2 Sr te doen overleggen. Uit wat hiervoor onder 3.4 is overwogen, volgt dat — hoewel de rechter doorgaans zo'n rapport zal vragen — die opvatting onjuist is. Het kennelijke oordeel van het hof dat het zich onder de in 3.5.1 weergegeven omstandigheden voldoende voorgericht achtte om de maatregel te kunnen opleggen, is niet onbegrijpelijk.

3.6 Het cassatiemiddel faalt.

(...)

5 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de uitspraak van het hof, maar uitsluitend wat betreft de duur van de opgelegde gevangenisstraf;
- vermindert deze in die zin dat deze negen jaren en vijftig weken belooft;
- verwerpt het beroep voor het overige.

Noot

1. De gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel (artikel 38z Sr) mag zich verheugen op veel belangstelling. Niet alleen voorafgaand aan de invoering (in 2018) werd de maatregel veelal kritisch onder de loep genomen (Van der

Wolf en Struijk, *Sancties* 2014/50; Broux, *Strafblad* 2017/3), ook nadien is er het nodige over de maatregel geschreven, vaak niet minder kritisch (Struijk, *Sancties* 2018/65; Struijk en Van der Wolf, *Ars Aequi* 2018, p. 938-947; De Vries, *DD* 2022/40). De toepassing van deze maatregel, meer in het algemeen de Wet langdurig toezicht waarvan deze maatregel onderdeel is, wordt door het WODC gemonitord. Recent onderzoek wijst uit dat het aantal opgelegde maatregelen tussen 2018 en 2020 is toegenomen. Datzelfde onderzoek levert ook andere informatie op. De wet biedt de rechter de mogelijkheid de maatregel op vordering van het Openbaar Ministerie of ambtshalve op te leggen (artikel 38z lid 1 Sr). Waar de maatregel is gevorderd, wordt zij veelal door de rechter opgelegd (Nagtegaal, *WODC Cahier* 2021-25, p. 63). Artikel 38z lid 2 Sr bepaalt dat bij de vordering tot oplegging van de maatregel een recent opgemaakt onderbouwd reclasseringsadvies wordt overgelegd. In hoeverre dat ook gebeurt, wordt uit onderzoek niet duidelijk. Van de in 2020 46 keer opgelegde maatregel had de reclassering de maatregel in 8 zaken niet geadviseerd, in 5 zaken alleen subsidiair, terwijl in 2 zaken geen advies is uitgebracht en in 4 zaken in de uitspraak niet naar een advies wordt verwezen (Nagtegaal, *WODC Factsheet* 2022-2, p. 9). Uit dit onderzoek blijkt niet of in die gevallen de rechter telkens tot oplegging van de maatregel is overgegaan op vordering van het Openbaar Ministerie. Duidelijk is wel dat ook zonder reclasseringsadvies de maatregel wordt opgelegd. De Hoge Raad ziet daarin, net als de wetgever (*Kamerstukken I* 2015/16, 33816, D, p. 32), geen bezwaar wanneer de rechter de maatregel ambtshalve oplegt (r.o. 3.4). Dat is een beperking; in de gevallen waarin de rechter op vordering van het Openbaar Ministerie tot oplegging van de maatregel overgaat, moet dat wel een recent opgemaakt advies van een reclasseringsinstelling overleggen.

2. Alvorens de maatregel op te leggen, moet de rechter een inschatting maken van het toekomstige recidiverisico. In de literatuur is daarop kritisch gereflecteerd (Van der Wolf en Struijk, *Ars Aequi* 2018, p. 938-947) en onlangs volgde opnieuw een streng oordeel (De Vries, *DD* 2022/40). Het voorstellen van recidiverisico wordt moeilijker naarmate het risico verder in de toekomst ligt. Bestaande taxatie-instrumenten zijn de rechter niet behulpzaam omdat zij niet zijn bedoeld en ook niet gevalideerd voor het geven van een oordeel over een mogelijk ver in de toekomst gelegen recidiverisico. Daarbij zou het voor de reclassering niet eenvoudig zijn om advies uit te brengen over het recidiverisico, omdat zij niet op de hoogte is van de soort en duur van de sanctie(s) die de rechter zal opleggen. In literatuur wordt opgemerkt dat de rechter hierdoor in een lastige positie wordt gebracht; hij moet een recidiverisico vaststellen om tot het opleggen van de maatregel te kunnen beslissen, maar het ontbreekt de rechter aan feitelijke handvatten om tot een goede beoordeling van het recidiverisico te komen (vgl. Struijk, *Sancties* 2018/65). De signaleerde proble-

men kunnen op twee manieren worden opgelost: door het vaststellen van het risico niet alleen te hoeven laten afhangen van een wetenschappelijk onderbouwde risicotaxatie of door het verlagen van de bewijsdrempel voor het vaststellen van recidiverisico.

3. Met betrekking tot de bewijsdrempel wordt uit sommige feitenrechtspraak een 'baat het niet, dan schaad het niet'-attitude afgeleid (Fechner e.a., *DD 2022/6*; vgl. Nagtegaal, *WODC Cahier 2021-25*, p. 55; Nagtegaal, *WODC Factsheet 2022-2*, p. 7). Een dergelijke attitude zou kunnen worden verklaard door de tweetrapsraket die in de wet is ingebouwd: de tenuitvoerlegging van de maatregel vindt immers niet vanzelfsprekend plaats nadat zij is opgelegd. Over de tenuitvoerlegging moet door de rechter een afzonderlijke beslissing worden genomen op vordering van de officier van justitie na beëindiging van de overige opgelegde sanctie(s). Deze vordering moet zijn vergezeld van een recent opgemaakt, onderbouwd reclasseringsadvies (artikel 6:6:23a lid 3 Sv). Mede op basis daarvan wordt beslist of en zo ja, voor welke duur, de maatregel wordt tenuitvoergelegd. Ook bij de vordering tot verlenging van de tenuitvoerlegging van de maatregel moet een dergelijk advies worden gevoegd (artikel 6:6:23c lid 3 Sv). Het belang van deze adviezen wordt in het onderhavige arrest benadrukt (r.o. 3.4). Daardoor lijkt de Hoge Raad te accepteren dat met betrekking tot het vaststellen van het feitelijke recidiverisico ten tijde van het opleggen van de maatregel, de teugels worden gevierd. Daarmee is niet gezegd dat de feitenrechter geen recidiverisico hoeft vast te stellen, noch dat hij daarbij mag terugvallen op gemeenplaatsen. Het mogelijk ingrijpende karakter en de potentieel lange duur van het toezicht vergt een inschatting van het recidiverisico in het concrete geval, ook bij de beslissing tot het opleggen van de maatregel (r.o. 3.4). Wat precies met inschatting wordt bedoeld, en welke standaard daarbij moet worden gehanteerd blijft in het arrest onbesproken. De vraag komt op of een 'baat het niet, dan schaad het niet'-attitude door de beugel kan. In die gevallen stelt de rechter het oordeel over het recidiverisico feitelijk uit en laat het oordeel daarover aan de rechter die over de vordering tot tenuitvoerlegging een beslissing moet nemen. De rechter die de maatregel oplegt komt met een voorlopig oordeel over het recidiverisico. De Hoge Raad lijkt deze attitude niet onverenigbaar te achten met de wet en toelichting daarop. Een hoge bewijsdrempel valt hier niet uit af te leiden. Dat komt de Hoge Raad kennelijk aanvaardbaar voor. Dat laat zich hierdoor verklaren dat de maatregelopleggende rechter niet de tenuitvoerlegging ervan gelast (het is een andere rechter die met een frisse blik en de dan bekende feiten een oordeel geeft) en de beslissing tot tenuitvoerlegging met meer waarborgen is omgeven, zoals de eis van een recent opgemaakt, onderbouwd reclasseringsadvies.

4. Uit de door de Hoge Raad aangehaalde wetsgeschiedenis komt het voorlopige karakter van

het inschatten van het recidiverisico bij het opleggen van de maatregel ook naar voren. Dat de rechter die een gevangenisstraf of maatregel tot terbeschikkingstelling oplegt ook de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbenemende maatregel moet opleggen, houdt verband met eisen van rechtszekerheid en voorzienbaarheid, niet met de gedachte dat deze rechter in staat zou zijn om bij zijn beslissing ook een toekomstig recidiverisico vast te stellen. De wetgever is daarover vrij duidelijk: het is 'lastig om een inschatting te maken van de toekomstige persoonlijke omstandigheden van betrokkene en de mate van succes van een mogelijke (tbs-)behandeling' (*Kamerstukken II 2013/14*, 33816, nr. 3, p. 15). Het door de maatregelopleggende rechter te bepalen recidivegevaar kan volgen uit het 'type delict, waaraan mogelijk een verhoogd recidiverisico kleefde, de omstandigheden waaronder dat is begaan en eventuele eerdere strafbare feiten', alsmede 'de persoon van de dader, de impact die het delict heeft gehad op het slachtoffer en mogelijk ontstane maatschappelijke onrust' (*Kamerstukken II 2013/14*, 33816, nr. 6, p. 22). De Hoge Raad neemt deze argumenten ten dele in het arrest over; hij wijst op het type delict (vooral of daaraan mogelijk een verhoogd recidiverisico kleefde), de omstandigheden waaronder het delict is begaan en eventuele eerdere strafbare feiten. Het reclasseringsadvies kan informatie daaromtrent bevatten en het is om die reden dat de wetgever een dergelijk advies gewenst achtte, maar niet noodzakelijk voor het opleggen van de maatregel (zie ook HR 1 juni 2021, *NJ 2021/220*). De rechter kan informatie over de persoon van de verdachte, het type delict en dergelijke ook uit andere bronnen afleiden (r.o. 3.4) en uit het verhandelde ter zitting. De wet verzet zich daar niet tegen. Wel neemt de Hoge Raad aan dat de rechter een dergelijk advies doorgaans zal vragen (r.o. 3.5.2). Naar het lijkt is de Hoge Raad hier minder strikt dan de wetgever, die aanneemt dat de rechter bij het ontbreken van een reclasseringsadvies er alsnog één aan opvragen (*Kamerstukken I 2015/16*, 33816, D, p. 32). Het wordt dus aan de rechter overgelaten de reclassering op te dragen een advies op te stellen over het recidiverisico en daarbij gebruik te maken van een wetenschappelijk onderbouwde risicotaxatie. Op die manier, zo lijkt ook de boodschap, wordt voorkomen de reclassering een opdracht te geven waaraan zij eigenlijk niet goed kan voldoen.

5. Bij het arrest kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst. Zo verbaast het dat de rechter die ambtshalve beslist tot het opleggen van de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel zich niet een reclasseringsadvies hoeft te doen overleggen en een dergelijk advies wel moet zijn overgelegd als de maatregel door het Openbaar Ministerie wordt gevorderd. Het wekt de indruk dat de rechter wel in staat is om zonder advies het recidiverisico in te schatten en het Openbaar Ministerie niet. Waarom de rechter daartoe beter in staat moet worden geacht, wordt niet duidelijk gemaakt. In dit verband moet erop worden gewezen dat uit

de parlementaire stukken kan worden afgeleid dat lange tijd ervan is uitgegaan dat de rechter over een dergelijk advies beschikt. Pas in antwoord op vragen vanuit de Eerste Kamer wordt een minder stellige positie ingenomen, althans voor zover het gaat om de vraag of de rechter alleen bij een positief advies tot oplegging van de maatregel mag overgaan. Het antwoord daarop luidt negatief. Over de vraag of de maatregel ook zonder reclasseringsadvies mag worden opgelegd, lijkt de wetsgeschiedenis mij minder eenduidig. De wetgever ging ervan uit dat de rechter beschikt over een reclasseringsadvies en er één op vraagt als het ontbreekt.

De vraag kan echter opkomen wat de toegevoegde waarde van een dergelijk advies is, als ten aanzien van het recidiverisico het ook voor de reclassering 'lastig' is om te bepalen of daarvan ook in de (verre) toekomst sprake zal zijn. De argumenten die de wetgever formuleert en door de Hoge Raad deels worden overgenomen ter onderbouwing van het recidiverisico verëisen niet zonder meer een reclasseringsadvies: het type delict, de omstandigheden waaronder het is begaan en eventuele eerdere strafbare feiten kan de rechter ook op andere manieren achterhalen. Hiervoor werd opgemerkt dat het niet vragen om een advies kan voorkomen dat de reclassering in een lastig parket geraakt: ze wordt gevraagd advies te geven, terwijl het niet goed mogelijk is om een advies over het recidiverisico op te stellen. Dat argument roept vragen op; het zou ook kunnen worden gelezen als ontkenning van het belang van wetenschappelijk onderbouwde risicotaxaties. Risico wordt dan een normatief in plaats van een feitelijk begrip. Ik kom daarop onder 6 nog even terug.

Over de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden vallen ook enkele opmerkingen te maken. Zo is de vraag aan welke delicten een verhoogd recidiverisico kleeft. En kleven die er altijd aan, of alleen in de gegeven omstandigheden van het geval? En betekent dat dat alleen een verhoogd recidiverisico voldoende is voor het opleggen van deze maatregel? En gaat het dan om een verhoogd recidiverisico in het concrete geval (wat je zou verwachten, gelet op de openingszin van r.o. 3.4), of kan het ook gaan om een generiek oordeel? Interessant is dat de Hoge Raad in algemene zin verwijst naar eerdere strafbare feiten, niet naar soortgelijke strafbare feiten. Waarom niet? Niet onbenoemd mag blijven dat de Hoge Raad in r.o. 3.4 niet expliciet verwijst naar de persoon van de dader bij het inschatten van het recidiverisico. Er wordt alleen naar de omstandigheden waaronder het delict is begaan verwezen. Die factoren kunnen kennelijk voldoende zijn voor het bepalen van het recidiverisico. Wellicht moet de opsomming van factoren in het licht van het onderhavige geval worden gezien, nu over de persoon van de verdachte geen inzicht kon worden verschaft door zijn ontkenkende houding (r.o. 3.5.2). In andere gevallen komt het mij voor dat voor het inschatten van het recidiverisico ook acht moet worden geslagen op de persoon van de verdachte. Uit feitenrechtspraak

blijkt in ieder geval dat ook die factoren worden meegewogen (vgl. o.a. Nagtegaal, *WODC Cahier* 2021-25, p. 6-7).

6. Het kunnen inschatten van het recidiverisico op basis van factoren, anders dan de persoon van de verdachte, en zonder dat gebruik wordt gemaakt van wetenschappelijk gevalideerde risicotaxatie-instrumenten heeft in de literatuur tot de nodige kritiek geleid (respectievelijk De Jong *DD* 2021/53 en De Vries, *DD* 2022/6). Het zou een bepaald mensbeeld bevestigen. Er zouden gevaarlijke personen zijn waartegen de samenleving moet worden beschermd. Gevaar is daarbij een gegeven. Daartegen komen verschillende auteurs op, waaronder Bijlsma die een ongevaarlijkheidspresumptie introduceerde waarmee moet worden voorkomen dat risico of gevaar onder bepaalde omstandigheden min of meer wordt aangenomen (*RMThemis* 2021, p. 81-91). Duidelijk is dat de Hoge Raad de ongevaarlijkheidspresumptie in het onderhavige arrest niet omarmt. Dat houdt vermoedelijk verband met de structuur van de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel. De maatregelopleggende rechter geeft vooral een voorlopig oordeel waarmee lijkt te worden aangenomen dat als in detentie of tijdens de behandeling in tbs het gevaar tot aanvaardbare proporties wordt teruggebracht, tenuitvoerlegging van de maatregel niet aan de orde is. Dan wordt er onder meer wel vanuit gegaan dat de onderbouwing van de beoordeling van het recidiverisico bij de beslissing tot tenuitvoerlegging beter is aan de hand van een hogere bewijsdrempel. Of dat zo is, moet worden afgewacht.

J.M. ten Voorde