

**Overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige
gedragingen van tbs-gestelden**

Naam: K.G.J. Heesackers
Administratienummer: 30 78 23
Afstudeerrichting: **Privaatrecht: aansprakelijkheidsrecht**
Datum: 24 November 2005
Begeleider: Mw. mr. M.J. van Laarhoven
Afstudeercommissie: Mw. mr. M.J. van Laarhoven &
Mw. mr. M.W. de Hoon

Het noodlot van een geestelijke stoornis kan eenieder van ons treffen...¹

¹ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, conclusie A-G Spier, onder 3.2.

Inhoudsopgave

Inleiding	7
Hoofdstuk 1 Het arrest HR Staat/K. (HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78)	11
§ 1 Inleiding	11
§ 2 Casus	11
§ 3 Rechtbank	11
§ 4 Hof	12
§ 4.1 Aanvulling van eisen	12
§ 4.2 Vordering op grond van onzorgvuldig handelen	13
§ 4.3 Vordering op grond van het égalité-beginsel	13
§ 5 Cassatiemiddelen	14
§ 5.1 Principaal cassatiemiddel	14
§ 5.2 Incidenteel cassatiemiddel	14
§ 6 Conclusie van advocaat-generaal Spier	15
§ 6.1 Inleiding	15
§ 6.2 Vordering op grond van onzorgvuldig handelen	16
§ 6.3 Vordering op grond van het égalité-beginsel	16
§ 6.4 Gezichtspunten bij de aansprakelijkheid van de Staat in gevallen als de onderhavige	17
§ 7 De Hoge Raad	17
Hoofdstuk 2 De tbs-maatregel	20
§ 1 Inleiding	20
§ 2 Doelstelling van de maatregel	20
§ 3 De procedure	21
§ 3.1 Oplegging van de maatregel van tbs	21
§ 3.2 Vormen van tbs	22
§ 3.2.1 Tbs met dwangverpleging	22
§ 3.2.2 Tbs met voorwaarden	23
§ 3.3 Duur van de maatregel van tbs	24
§ 3.4 Long stay	24
§ 4 De rol van verlof	25
§ 4.1 Inleiding	25
§ 4.2 Het oude verlofstelsel	25
§ 4.3 Het nieuwe (aangescherpte) verlofbeleid	26
§ 5 Ongeoorloofde afwezigheid	28

§ 6 De tbs-inrichting	29
§ 6.1 Dienst Justitiële Inrichtingen	29
§ 6.2 Justitiële inrichtingen en niet-justitiële inrichtingen	30
§ 6.3 Rijksinrichtingen en particuliere inrichtingen	30
§ 6.4 De juridische positie van tbs-inrichtingen ten opzichte van de Staat	32
Hoofdstuk 3 Recidive	33
§ 1 Inleiding	33
§ 2 Onderzoek naar recidive	33
§ 3 Trends	34
§ 4 Recidive na tbs	35
§ 5 Recidive tijdens tbs	36
§ 6 Een vergelijking	36
§ 7 Conclusie	37
Hoofdstuk 4 Grondslagen voor aansprakelijkheid	39
§ 1 Inleiding	39
§ 2 Algemeen	40
§ 2.1 Het begrip “overheid”	40
§ 2.2 Beleidsvrijheid en rechterlijke toetsing	40
§ 3 Onrechtmatige daad op grond van onzorgvuldig handelen	42
§ 3.1 Algemeen	42
§ 3.2 Vereisten waaraan dient te zijn voldaan	43
§ 3.2.1 Inleiding	43
§ 3.2.2 “Hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt”	43
§ 3.2.2.1 Algemeen	43
§ 3.2.2.2 Beleidsvrijheid	45
§ 3.2.2.3 Voorzienbaarheid	46
§ 3.2.2.4 Invulling van de zorgvuldigheidsnorm	47
§ 3.2.3 Andere vormen van onrechtmatige daad	51
§ 3.2.4 Toerekening: schuld, wet of verkeersopvatting	51
§ 3.2.4.1 Algemeen	51
§ 3.2.4.2 Toerekening op grond van schuld	52
§ 3.2.4.3 Toerekening op grond van verkeersopvattingen	52
§ 3.2.5 Het relativiteitsvereiste	55
§ 3.2.6 Causaal verband	56
§ 3.3 Tussenconclusie	59
§ 4 Onrechtmatige daad op grond van het égalité-beginsel	61
§ 4.1 Algemeen: Rechtmatige overheidsdaad, toch schadevergoeding	61
§ 4.2 Egalité-beginsel	64
§ 4.3 Jurisprudentie	65
§ 4.3.1 HR Leffers/Staat	65
§ 4.3.2 HR Meiland/Staat	66

§ 4.3.3 HR Staat/Lavrijsen	67
§ 4.3.4 HR Oudenbosch/Staat	67
§ 4.3.5 HR Staat/Harrida	68
§ 4.4 Wat is de algemene regel die uit deze arresten kan worden afgeleid?	69
§ 4.4.1 Inleiding	69
§ 4.4.2 Schade die buiten het normale maatschappelijke risico valt	70
§ 4.4.3 Beperkte groep	70
§ 4.5 Aansprakelijkheid op grond van het égalité-beginsel	70
§ 5 Conclusie	77
Hoofdstuk 5 Een gevalsvergelijking	80
§ 1 Inleiding	80
§ 2 Psychiatrische instellingen	81
§ 2.1 Inleiding	81
§ 2.2 HR 't Ruige Veld/Univé	81
§ 2.2.1 De casus	81
§ 2.2.2 De beslissing	82
§ 2.2.3 Een vergelijking	82
§ 2.3 HR Sint Willibrord	87
§ 2.3.1 De casus	87
§ 2.3.2 De beslissing	88
§ 2.3.3 Een vergelijking	88
§ 2.4 Rb Reesink/Hulp voor Onbehuisden	91
§ 2.4.1 De casus	91
§ 2.4.2 De beslissing	91
§ 2.4.3 Een vergelijking	92
§ 2.5 Hof Stichting Hoeve Boschoord/Nationale Nederlanden	93
§ 2.5.1 De casus	93
§ 2.5.2 De beslissing	94
§ 2.5.3 Een vergelijking	95
§ 3 HR Oudejaarsrellen Groningen	97
§ 3.1 De casus	97
§ 3.2 De beslissing	98
§ 3.3 Een vergelijking	99
§ 4 Europees Hof voor de Rechten van de Mens	101
§ 4.1 EHRM Edwards/Verenigd Koninkrijk	101
§ 4.1.1 De casus	101
§ 4.1.2 De beslissing	102
§ 4.1.3 Een vergelijking	103
§ 4.2 EHRM Mastromatteo/Italië	103
§ 4.2.1 De casus	103
§ 4.2.2 De beslissing	104
§ 4.2.3 Een vergelijking	104
§ 5 Conclusies	107
Samenvatting en conclusies	110
Lijst van gebruikte afkortingen	114
Lijst van geraadpleegde literatuur	115

Jurisprudentielijst	118
Bijlage 1	119
Bijlage 2	120
Bijlage 3	121

Inleiding

Groot nieuws had Nederland in haar ban kort voordat HR Staat/K werd gewezen. Op 23 mei 2004 werd een 13-jarig meisje, Wei Wei Hu uit Eibergen, ontvoerd. Onder bedreiging van een mes heeft een man haar gedwongen in zijn auto te stappen. Twee dagen later werd hij door de politie van Münster aangehouden en na lange tijd onderhandelen, waarbij de man regelmatig een mes op de keel van het meisje zette, liet hij het meisje gaan. De opluchting in het hele land was groot, gelukkig, ze was weer heelhuids thuisgekomen. Groot was dan ook de schok toen bleek dat zij seksueel misbruikt was. Verontwaardiging en verbijstering speelde onder de bevolking toen bleek dat het ging om een tbsgestelde die op 11 mei niet terugkeerde van een afspraak tijdens zijn ongeleide verlof. Later bleek hij ook nog eens te hebben geprobeerd twee meisjes in Duitsland te ontvoeren en bleek dat hij daarnaast werd verdacht van het misbruik van een 14-jarig meisje in de buurt van Leiden in februari 2004. Hiervan is echter pas na de ontvoering in Eibergen aangifte gedaan.

Hoe actueel het onderwerp van deze scriptie is bleek tijdens het schrijven ervan. Op 7 juni 2005 ontsnapt Wilhelm Schippers aan zijn begeleiders tijdens een begeleid verlof. Hij zat al 15 jaar vast voor onder andere het plegen van een zedendelict. Bekend was dat hij vooral onder invloed van alcohol gevaarlijk kon zijn en opnieuw zedendelicten kon plegen. De politie startte daarom een grootscheepse zoekactie, waarbij zelfs een foto van Schippers in de media werd vertoond. Een ieder in Nederland die Schippers signaleerde, werd verzocht contact op te nemen met de politie. Gewaarschuwd werd daarbij zelf geen actie te ondernemen gezien het gevaar dat Schippers kon vormen. Dit alles mocht niet baten. Schippers werd niet gesignaleerd en de politie kon hem pas oppakken nadat hij een bejaarde man had vermoord. Op het moment van de arrestatie zelf was echter niet bekend dat het Schippers betrof, dit bleek later pas. Hij is opgepakt omdat hij zich verdacht gedroeg in de buurt van het huis van de vermoorde man.

Slechts een greep uit de vele ingrijpende incidenten die de laatste tijd in de media naar voren lijken te komen waarbij een tbs-gestelde tijdens zijn proefverlof onrechtmatig handelt en daarmee schade toebrengt aan derden. In de maatschappij wordt hierop geschokt, verbijsterd en woedend gereageerd. “Dit kan toch niet?!” Men vraagt zich af hoe het zover heeft kunnen komen. Hoe de overheid deze mensen vrij heeft kunnen laten lopen rondlopen, wetende welk risico dit met zich meebracht. Ze kunnen de maatschappij toch niet als proefkonijn gebruiken? Velen zijn van mening dat deze mensen levenslang zouden moeten worden opgesloten en de sleutel zou moeten worden weggegooid. Op de vraag of zij van mening zijn dat de Staat voor de schade die de slachtoffers van tbs-gestelden lijden, aansprakelijk is of zou moeten zijn, antwoorden zij met een volmondig: “ja!”. Immers, de Staat heeft een fout gemaakt door deze mensen vrij rond te laten lopen. Dit blijkt alleen al uit de vreselijke misdaden die zij hebben begaan tijdens hun proefverlof of wanneer zij niet terugkeren van dit verlof. De Staat had hen nooit mogen laten gaan en door dit wel te doen, is hij uiteraard aansprakelijk voor de

schade. Voor een groot deel komen deze reacties voort uit angst. Al dan niet bewust houden mensen er rekening mee dat zij zelf of een naaste het slachtoffer hadden kunnen zijn. Tevens zal meespelen dat wanneer er niets gedaan wordt, zij de volgende zouden kunnen zijn. Deze emotionele reactie is alleszins begrijpelijk. Wanneer ikzelf dit soort verhalen in de media hoor of lees denk ik ook: “Hoe heeft zoiets kunnen gebeuren, dit moet toch niet kunnen?!”. Dan komt echter ook de jurist in mij naar boven en vraag ik mij af: “Is het wel zo vanzelfsprekend dat de Staat voor deze schade aansprakelijk is?” Het is immers schade die ontstaat door onrechtmatig gedrag van de tbs-gestelde. Op welke grond zou de overheid dan aansprakelijk zijn? Heeft zij onrechtmatig gehandeld in het concrete geval? Heeft zij een zorgvuldige belangenafweging gemaakt? Welke andere grondslag kan er zijn voor aansprakelijkheid of schadevergoeding? Is het beginsel van *égalité devant les charges publiques* hier van toepassing? Met welke gevallen zou een vergelijking kunnen worden gemaakt aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of aansprakelijkheid dan wel schadevergoeding hier op zijn plaats is? Deze en vele andere vragen komen bij mij boven en opeens is het niet meer zo vanzelfsprekend dat de overheid aansprakelijk is. Er zijn vele vragen die eerst beantwoord dienen te worden voordat ik, als jurist, een antwoord op deze vraag kan geven en mijn oordeel kan vormen.

Naast emotionele en juridische argumenten en reacties, dient men ook rekening te houden met de economische, sociale en medische argumenten. Wat is namelijk het alternatief voor proefverlof, eeuwige tbs? Dit zou enorme kosten met zich meebrengen en is economisch gezien dan ook zeer onaantrekkelijk. Een alternatief zou zijn levenslang opsluiten, dit is echter niet mogelijk. Men kan namelijk niet meer dan de maximale gevangenisstraf opleggen en een dader zou daarna zonder enige behandeling vrijkomen, of dit een beter alternatief is, valt dus te betwijfelen. Bovendien heeft tbs een tweeledig doel, het dient niet alleen ter bescherming van de maatschappij tegen dit soort mensen, het dient er tevens voor te zorgen dat de tbs-gestelden de behandeling krijgen die zij nodig hebben en deze behandeling is gericht op resocialisatie. Een belangrijk onderdeel van de behandeling is dan ook het (proef)verlof. Door middel van dit verlof wordt de overgang van inrichting naar totale vrijheid niet te groot, het is een instrument waarmee de tbs-gestelden geleidelijk kan wennen aan de vrijheid en waarmee de behandelend arts kan oordelen hoever de tbs-gestelden gevorderd is in zijn behandeling. Men kan dus niet alleen maar kijken naar de belangen van de maatschappij als geheel, maar dient tevens te kijken naar de grondslag en doelstelling van de tbs-maatregel, de belangen van de individuele tbs-gestelde en de behandeling van deze tbs-gestelde.

In deze scriptie wil ik, onder andere aan de hand van een gevalvergelijking, ingaan op de vraag in hoeverre de overheid aansprakelijk is voor onrechtmatig gedrag van tbs-gestelden op (proef)verlof en tijdens ongeoorloofde afwezigheid. In hoeverre is een dergelijke aansprakelijkheid wenselijk?

Er dient een afweging te worden gemaakt, een zeer moeilijk afweging waarbij rekening moet worden gehouden met kosten, vrijheid en het feit dat, zoals Spier in zijn conclusie aangeeft, “eenieder het noodlot kan treffen van een geestelijke afwijking of stoornis”. Van belang is de vrijheid die hier op het spel staat. Vrijheid is in onze maatschappij een zeer belangrijk en hoogstaand goed en daarin mag niet zomaar worden ingegrepen. In deze situatie gebeurt dit echter wel, of men nu wil of niet, er wordt zowieso ingegrepen in de vrijheid van bepaalde personen. Enerzijds hebben wij namelijk te maken met de vrijheid van de tbs-gestelde, je kunt een geestelijk gestoord persoon niet zonder meer wegstoppen in een inrichting zonder ooit nog naar hem om te kijken. Voor een vrijheidsbenemende maatregel moet een goede grond aanwezig zijn en zij kan niet eeuwig duren. Anderzijds brengt de te vroege vrijlating van de tbs-gestelde een beperking mee voor de vrijheid van de andere leden van de samenleving. Door een te vroege vrijlating kunnen tbs-gestelden terugvallen in hun oude patroon en hiermee schade toebrengen aan anderen. Deze anderen dienen hiertegen zo goed mogelijk beschermd te worden, zij hebben het recht ongestoord van hun vrijheid te genieten.

In hoeverre is de overheid aansprakelijk voor onrechtmatige gedragingen van tbs-gestelden op (proef)verlof en tijdens ongeoorloofde afwezigheid? En in hoeverre is een dergelijke aansprakelijkheid gewenst? Om tot een antwoord op deze vraag te komen, zal ik een aantal punten gaan bespreken. Allereerst zal ik ingaan op het arrest Staat/K. Wat is de casus die in dit arrest centraal staat? Welke problemen spelen daarbij? Hoe zijn de rechtbank, het hof, de advocaat-generaal en de Hoge Raad hiermee omgegaan, wat hebben zij overwogen en wat hebben zij uiteindelijk beslist? Vervolgens zal ik in hoofdstuk twee ingaan op de tbs-maatregel in het algemeen. Wil men namelijk een oordeel kunnen vellen over het arrest en de daarin spelende problematiek, dan is het van belang te weten in welke context deze problematiek moet worden geplaatst. Wat houdt de tbs-maatregel exact in? Welke rol speelt verlof hierbij? En misschien wel de belangrijkste vraag, welke rol speelt de Staat in dit alles? In hoofdstuk 3 zal ik vervolgens ingaan op de recidive. Zijn er cijfers met betrekking tot recidive tijdens en na tbs? Wat kan hieruit worden afgeleid? Deze informatie zal in hoofdstuk 4 en 5 van groot belang blijken te zijn, met name bij het bepalen van de voorzienbaarheid. In hoofdstuk 4 worden de grondslagen voor aansprakelijkheid besproken. Allereerst de onrechtmatige daad op grond van onzorgvuldig handelen en daarna de onrechtmatige daad op grond van het égalité-beginsel. Welke vereisten zijn hier van toepassing? Welke factoren spelen bij de invulling daarvan een rol? Welke problemen kunnen zich daarbij voordoen? En natuurlijk, of de overheid aansprakelijk kan worden gehouden in dit soort gevallen en zo ja, op welke grondslag en onder welke voorwaarden? Hoofdstuk 5 is een gevalsvergelijking. Aan de hand van een aantal vergelijkingspunten wordt een vergelijking gemaakt tussen HR Staat/K en diverse andere jurisprudentie. Hoe verhoudt HR Staat/K zich tot andere uitspraken, niet alleen van de Hoge Raad, maar ook van de rechtbank, het hof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Daarbij komen zaken aan de orde waarvan de casus in grote mate overeenkomt, maar ook waarin die absoluut niet op elkaar lijken, maar waar een vergelijking

desalniettemin interessant zal kunnen zijn. Tot slot zal ik concluderen in hoeverre de Staat aansprakelijk is, op welke grondslag en onder welke voorwaarden. Daarnaast zal ik aangeven in hoeverre een dergelijke aansprakelijkheid naar mijn mening gewenst is en hoe het nu verder moet na HR Staat/K.

Hoofdstuk 1 Het arrest HR Staat/K. (HR 28 mei 2004, RvdW 2004,78)

§ 1 Inleiding

HR Staat/K vormt het uitgangspunt van deze scriptie. Ik zal dan ook beginnen door in dit hoofdstuk aan te geven wat de casus was, wat de rechtbank, het hof, de advocaat-generaal en de Hoge Raad hebben overwogen en beslist. Daarbij zal naar voren komen wat partijen hebben aangevoerd en betoogd en welke problemen tijdens de procedure door de verschillende instanties zijn geconstateerd.

§ 2 Casus

In april 1996 heeft een tbs-gestelde, V., tijdens een onbegeleid verlof twee vrouwen gegijzeld, onzedelijk betast en geld afgeperst. De tbs-gestelde is hiervoor in 1997, door het Hof te Leeuwarden, veroordeeld tot een gevangenisstraf van twee jaar. Het slachtoffer heeft in verband met deze gebeurtenissen een vergoeding toegekend gekregen door het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Voor de haar resterende schade heeft het slachtoffer de overheid aansprakelijk gesteld. Grondslag voor deze vordering was (in eerste aanleg) dat de Staat jegens het slachtoffer onrechtmatig zou hebben gehandeld, door de tbs-gestelde op onbegeleid verlof te laten gaan.

V. verbleef in de Van Mesdagkliniek in Groningen. Op het moment waarop dit alles gebeurde liep de tbs van V. reeds ongeveer tien jaar. In overleg met zijn behandelaars was besloten dat V. toe was aan resocialisatie. Het doel van het onbegeleid verlof was V. de gelegenheid te geven vrijwilligerswerk te gaan verrichten bij de stichting Mamamini te Groningen, waar hij vanaf januari 1996 twee dagdelen per week werkzaam was. In plaats van daarheen te gaan heeft hij (zonder resultaat) geprobeerd geld op te nemen of anderszins te verkrijgen en een aantal pilsjes gedronken. Ten slotte is hij weten binnen te dringen in de woning van K. te Groningen, nadat hij haar en haar vriendin was gevolgd vanaf een cafetaria waar hij hen had gezien. Hierop hebben de feiten plaatsgevonden waarvoor hij is veroordeeld.

§ 3 Rechtbank

De Rechtbank begint² door te benadrukken dat met de maatregel van tbs een tweeledig doel wordt nagestreefd. Allereerst de beveiliging van de maatschappij en de rechtsorde tegen personen die een ernstig delict hebben gepleegd dat hen niet of verminderd kan worden toegerekend. Daarnaast verpleging en behandeling van deze personen, zodat zij weer terug kunnen keren in de maatschappij,

² HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 5.1.

wanneer gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat zij niet langer delictgevaarlijk zijn. Bij de beantwoording van de vraag of een tbs-gestelde in vrijheid kan worden gesteld of in voorbereiding daarvan met onbegeleid verlof kan worden gestuurd zonder dat dit onaanvaardbare risico's voor de samenleving meebrengt, dient te worden gekeken welke verwachting er bestaat ten aanzien van de mogelijkheid van ernstige ontsporingen. Hieromtrent kan nooit zekerheid worden verkregen, daarom dient noodgedwongen een waardering plaats te vinden van de mate van waarschijnlijkheid dat de betrokkene ernstige schade aan de maatschappij zal toebrengen. De belangen die hierbij op het spel staan zijn groot en de waardering dient dan ook uitermate zorgvuldig plaats te vinden.

Bij het verlenen van verlof, dan wel het in vrijheid stellen van een tbs-gestelde kan niet gegarandeerd worden dat zich geen problemen zullen voordoen. Indien zulke problemen optreden, zijn de tbs-inrichting en de Staat *slechts aansprakelijk voor de schade voor zover er evidente fouten zijn gemaakt*, met andere woorden, indien blijkt dat hun beslissing om de betrokkene met verlof te laten gaan *kennelijk onverantwoord en onzorgvuldig* was.³

Het slachtoffer heeft in deze zaak bij de rechtbank aangevoerd dat de Staat jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld doordat zij onvoldoende toezicht heeft gehouden en haar beslissing tot verlening van het onbegeleid verlof onverantwoord was.

Gezien de aangevoerde verwachtingen van de artsen van de kliniek, acht de rechtbank het besluit om betrokkene met onbegeleid verlof te laten gaan verdedigbaar. De rechtbank heeft de vordering van het slachtoffer afgewezen, omdat niet is gebleken dat de tbs-kliniek c.q. de Staat bij het nemen van de beslissing tot het verlenen van onbegeleid verlof kennelijk onzorgvuldig heeft gehandeld.

§ 4 Hof

§ 4.1 Aanvulling van eisen

Tegen het vonnis van de rechtbank is K. in hoger beroep gegaan. In hoger beroep heeft zij wederom gesteld dat de tbs-kliniek, danwel de Staat, jegens haar kennelijk onzorgvuldig heeft gehandeld. Zowel door het onvoldoende uitoefenen van toezicht als door het onverantwoord verlenen van onbegeleid verlof aan V. Daarnaast heeft zij haar stelling bij slotakte aangevuld. Zij heeft gesteld dat, ook al zou blijken dat de Staat niet onrechtmatig zou hebben gehandeld door V. met onbegeleid verlof te laten gaan, de belangen van K. door het verlenen van het verlof zó kennelijk onevenredig zijn geschonden dat de Staat de daardoor aan haar berokkende schade voor zijn rekening heeft te nemen. Haar schade

³ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 5.2.

zou niet behoren tot het normale maatschappelijke risico van een burger, die in de nabijheid van de Van Mesdagkliniek woont, aldus K., bij wie dit laatste het geval was. De Staat heeft aansprakelijkheid op deze grondslag bestreden.

§ 4.2 Vordering op grond van onzorgvuldig handelen

Het Hof geeft in zijn overwegingen⁴ aan, dat centraal staat de vraag of de Minister van Justitie (de directie van de Van Mesdagkliniek te Groningen) onzorgvuldig jegens K. heeft gehandeld door ongeleid verlof te verlenen, tijdens welk verlof V. zich heeft schuldig gemaakt aan ernstige strafbare feiten, waarvoor hij nadien tot twee jaar gevangenisstraf is veroordeeld.

Onbetwist is volgens het Hof,⁵ dat als maatstaf voor het handelen dan wel nalaten van de Staat heeft te gelden of het, gelet op het verloop van zijn behandeling/verpleging, *al dan niet kennelijk onverantwoord* was, betrokkene op 9 april 1996 met ongeleid verlof te laten gaan.

Het Hof benadrukt, evenals de rechtbank,⁶ dat bij de beantwoording van deze vraag de tweeledige strekking van de tbs-maatregel niet uit het oog mag worden verloren. Zij geeft hierbij aan dat het de taak van de Staat is om een balans te vinden tussen de twee belangen/doelen. Het Hof⁷ oordeelt dat op grond van hetgeen door partijen is aangevoerd niet kan worden gesteld dat de Staat (de Van Mesdagkliniek) kennelijk onverantwoord heeft gehandeld door V. met ongeleid verlof te laten gaan, zodat *de centraal staande vraag ontkennend moet worden beantwoord*. Van uit deze hoofde onrechtmatig handelen van de Staat jegens K. is derhalve niets gebleken, zodat de grieven falen.

§ 4.3 Vordering op grond van het égalité-beginsel

Vervolgens gaat het Hof in op de aanvullende/subsidiaire grondslag welke door K. is aangevoerd. (zie § 3.1) Het hof overweegt als volgt⁸: “Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige –dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van de beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld (aldus HR 30 maart 2001, nr. C00/083 HR)⁹. Uit deze regel vloeit voort dat het veroorzaken van zodanige onevenredige schade

⁴ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 2.

⁵ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 3.

⁶ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 4.

⁷ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 9.

⁸ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 11.

⁹ Het hier genoemde arrest is HR Staat/Lavrijsen, welke is gepubliceerd in NJ 2003, 615.

bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling als het besluit V. op 9 april 1996 met ongebeleid verlof te laten gaan jegens K. als de getroffene onrechtmatig is. In zoverre levert deze handeling geen rechtvaardigingsgrond op voor het veroorzaken van schade, zodat deze schade in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt, nu het hier kennelijk om bovenbedoelde onevenredige schade gaat.”

Het Hof bepaalt in zijn eindarrest van 29 augustus 2002 dat het bestreden vonnis van de rechtbank wordt vernietigd en veroordeelt de Staat tot betaling aan K. van een schadevergoeding ad € 4.435,25. Het Hof acht een smartengeld van f 15.000,- passend, dit bedrag is niet toegewezen, omdat er reeds een vergoeding is ontvangen van het Schadefonds Geweldsmisdrijven.

§ 5 *Cassatiemiddelen*

§ 5.1 *Principaal cassatiemiddel*

Tegen dit vonnis is door zowel de Staat als K. cassatie ingesteld. Het principale beroep bestrijdt de aanvaarding van het Hof van de subsidiaire grondslag van de vordering, te weten het égalité-beginsel. De Staat is van mening dat het handelen van V. niet kan worden aangemerkt als een *gevolg* van het besluit om V. met ongebeleid verlof te laten gaan, *als bedoeld in de regel die het Hof bij zijn oordeel toepast*. Het enkele bestaan van een conditio sine qua non-verband tussen het verlof en het handelen is daarvoor niet voldoende. Daarvoor zou vereist zijn dat het gevolg redelijkerwijs voorzienbaar was. Bij de regel die het Hof heeft toegepast gaat het namelijk om de gevolgen die de overheid ten tijde van haar handelen c.q. besluit redelijkerwijze kon en behoorde te voorzien en bij haar beslissing diende te betrekken.

Althans zou de Staat niet aansprakelijk zijn voor het handelen van V. indien het geven van ongebeleid verlof een verantwoorde en daarom rechtmatige beslissing was.

§ 5.2 *Incidenteel cassatiemiddel*

Het incidentele cassatiemiddel komt op tegen de verwerping van de primaire grondslag van de vordering, te weten de onrechtmatige daad op grond van kennelijk onzorgvuldig handelen door ongebeleid verlof te verlenen.

Maatstaf zou volgens K. niet moeten zijn of het besluit tot het verlenen van het verlof *kennelijk onverantwoord* was, maar of dit *verantwoord* was. Dit vloeit voort uit het bepaalde in art. 50a¹⁰ van de

¹⁰ Nu artt. 50 en 51 BVT, maar daarin is dezelfde norm opgenomen.

Beginselenwet Verpleging Terbeschikkinggestelden, waarin is bepaald dat voor een verlof zich buiten de inrichting te begeven vereist is, dat de uit de stoornis voortvloeiende gevaarlijkheid van de tbs-gestelde dusdanig is teruggebracht dat het verantwoord is hem tijdelijk de inrichting te doen verlaten. Wanneer, zoals in dit geval, blijkt dat het gevaar niet dusdanig was teruggebracht dat het verlof verantwoord was, doet dat het verlenen van het verlof onrechtmatig zijn en is de Staat gehouden tot schadeloosstelling. De schade dient immers als door schuld van de Staat veroorzaakt te worden aangemerkt, aangezien de Staat er rekening mee had moeten houden dat zijn besluit dat het verlof verantwoord was, doordat de gevaarlijkheid van de tbs-gestelde voldoende was teruggebracht, onjuist zou kunnen blijken en die onjuistheid voor risico van de Staat is en hem als schuld kan worden toegerekend.

§ 6 Conclusie van advocaat-generaal Spier

§ 6.1 Inleiding

Spier heeft in deze zaak een zéér uitgebreide en grondige conclusie geschreven. Uit zijn inleiding blijkt reeds duidelijk dat hij zich bewust is van de tegenstrijdige, maar beide zeer zwaarwegende en ingrijpende belangen. Vanuit menselijk oogpunt is het naar zijn mening begrijpelijk dat wordt getracht tbs-gestelden weer een zo normaal mogelijke plaats in de samenleving te geven. Daar staat echter tegenover dat zéér schrijnende gebeurtenissen kunnen plaatsvinden, zoals het geval is in deze zaak, wanneer men een poging daartoe doet.

Het uitgangspunt van Spier, evenals van de rechtbank en het Hof, is dat voorkomen moet worden dat geestelijk gestoorden levenslang in een inrichting moeten blijven. Hiervoor noemt hij een aantal argumenten, te weten de immense kosten, het recht op vrijheid en het feit dat eenieder het noodlot kan treffen van een geestelijk afwijking of stoornis. Bij vrijheid moet hier zowel aan het recht van de tbs-gestelde daarop worden gedacht, als aan die van het slachtoffer, welke een recht heeft beschermd te worden tegen aantastingen van lijf, leven of goed.

Na deze inleidende opmerkingen stelt Spier dat het wenselijk is de zaak op zijn eigen merites te beoordelen en een zoveel mogelijke op het geval van deze zaak toegespitste regel te formuleren. Het beste zou zijn deze zaak af te handelen zonder principiële uitspraken te doen.

§ 6.2 *Vordering op grond van onzorgvuldig handelen*

Spier¹¹ is van mening dat het klassieke onrechtmatige daadsrecht voldoende mogelijkheden biedt om in gevallen als deze te (kunnen) oordelen dat er sprake is van onbetamelijk handelen. Het kan zijn dat hiervoor een kleine kunstgreep noodzakelijk is. Ter ondersteuning van dit standpunt verwijst hij naar een weliswaar niet geheel vergelijkbare uitspraak van de het Hof uit 1991¹² en van de Hoge Raad uit 1995.¹³ Deze benadering heeft bovendien, naar zijn mening, het voordeel dat de wetgever, desgewenst, enige tijd krijgt om deze kwestie op de door hem gewenste wijze te regelen, terwijl het maatschappelijk en juridisch debat op gang kan komen.

§ 6.3 *Vordering op grond van het égalité-beginsel*

De Staat beroept zich op het feit dat *niet te voorzien* was dat V. “strafbare feiten (van de onderhavige aard) zou plegen.”¹⁴ Hetgeen noodzakelijk zou zijn voor een vordering op grond van de regel die voortvloeit uit het arrest Staat/Lavrijssen. Deze klacht is, zoals Spier zegt, op drijfzand gebouwd en zakt daarin weg. Het Hof is niet uitdrukkelijk ingegaan op de voorzienbaarheid, maar er zijn voldoende aanknopingspunten om aan te nemen dat het Hof de voorzienbaarheid heeft onderkend. Daarnaast blijkt uit stellingen van de Staat en uit de door hem in het geding gebrachte stukken dat redelijkerwijs geen andere conclusie kan worden getrokken, dan dat het voorzienbaar was dat V. zich schuldig zou kunnen maken aan strafbare feiten. Hij wijst hierbij op (medische) adviezen, verslagen en het rapport ‘Recidive na ontslag uit tbs’. In zijn conclusie van dupliek heeft de Staat op basis van dit rapport opgemerkt: “Aan het verlenen van verloven is een voor de hand liggend risico verbonden.” Ook uit publiekelijk toegankelijke cijfers blijkt dat er statistisch gezien, zeker in een geval waarin de tbs al tien jaar duurt, sprake is van een voldoende reële kans op het plegen van ernstige misdrijven tijdens ongebeleid verlot. Uit het voorgaande kan dan ook niet anders worden afgeleid, dan dat *in redelijkheid voorzienbaar* was dat V. strafbare feiten zou kunnen plegen. Uit de stukken is naar zijn mening geen, laat staan een overtuigende, conclusie te trekken over de precieze omvang van de kans dat V. weer één of meerder misdrijven zou plegen. ‘Zonneklaar’ is dat deze kans relevant meer dan verwaarloosbaar was. Niet van belang is of voorzienbaar was dat V. déze strafbare feiten zou plegen, voldoende is dat het plegen van ernstige misdrijven te voorzien was.

Daarnaast beroept de Staat zich op het feit dat hij niet aansprakelijk is voor een gedraging van een tbs-gestelde, indien het geven van ongebeleid verlot een verantwoorde en daarom rechtmatige beslissing was. De Staat licht hierbij toe dat bestuurscompensatie ziet op schade die op de koop toe wordt

¹¹ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, conclusie A-G Spier, onder 6.

¹² Hof Leeuwarden 5 juni 1991, NJ 1992/78.

¹³ HR 12 mei 1995, NJ 1996/118.

¹⁴ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, conclusie A-G Spier, onder 4.

genomen, of anders gezegd, ingecalculeerde schade die voor lief wordt genomen. In dit soort gevallen is schade echter uitdrukkelijk niet gewild en bedoeld. Spier wijst erop dat de Staat vreest dat hij aansprakelijk zou kunnen zijn in situaties waarin van voorzienbaarheid geen sprake is. Hij geeft aan hier begrip voor te hebben. Deze klacht is volgens Spier echter ongegrond, nu uit de uitspraak van het Hof zou kunnen worden opgemaakt dat de schade voorzienbaar was. Hij geeft aan dat een andere lezing van de uitspraak mogelijk is, maar dat deze lezing niet dwingend is.

§ 6.4 Gezichtspunten bij de aansprakelijkheid van de Staat in gevallen als de onderhavige

Spier¹⁵ vervolgt (het grootste deel van) zijn conclusie met het bespreken van een aantal gezichtspunten die naar zijn mening van belang zijn bij het nemen van een juiste beslissing. Hij gaat in op een aantal, zoals hij zelf zegt, argumenten van wetgevende dan wel rechtsprekende aard. Op dit punt zal ik volstaan met het noemen van de door hem besproken punten. Voor zover noodzakelijk zal ik later bij de specifieke hoofdstukken tevens ingaan op deze door Spier aangedragen gezichtspunten. Hij gaat in op de feitelijke constellatie; het algemene perspectief van de *égalité devant les charges publiques*; de causaliteitsmaatstaf in gevallen als de onderhavige; de voor- en nadelen van benadering vanuit de invalshoek van enerzijds aansprakelijkheid op grond van schending van de genoemde *égalité* en anderzijds de in art. 6:162 lid 2 BW bedoelde maatschappelijke betamelijkheid; het “eigene” van tbs ten opzichte van aanpalende situaties; andermaal een gevalsvergelijking en tot slot op de betekenis van het Schadefonds Geweldsmisdrijven.

§ 7 Hoge Raad

De vraag die in cassatie moest worden beantwoord¹⁶ was, of de Staat tot het vergoeden van de schade van K. ook rechtens verplicht is. Bij de beantwoording van zowel het principale als het incidentele beroep heeft de Hoge Raad voorop gesteld¹⁷ dat de schade die K. heeft geleden het gevolg is van het onrechtmatig handelen van V. V. had volgens de destijds geldende regels in zekere mate aanspraak op onbegeleid verlof indien en zodra het uit de stoornis van zijn geestvermogens voortvloeiende gevaar zodanig was teruggebracht dat het verantwoord was om hem tijdelijk de inrichting te doen verlaten, dit in het kader van zijn terugkeer in de samenleving. De Hoge Raad stelt verder nog dat aan de beslissing tot het verlenen van verlof een zorgvuldige beoordeling van de nog bestaande ernst van de stoornis, met een inschatting van de daaruit eventueel voortvloeiende gevaarlijkheid, vooraf diende te gaan. Er dient een afweging te worden gemaakt. Er kan echter *geen zekerheid* worden verlangd dat de tbs-gestelde, die in het kader van zijn nog lopende behandeling verlof wordt verleend, geen gevaar voor

¹⁵ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, conclusie A-G Spier, onder 5.

¹⁶ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 3.3.

¹⁷ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 3.4.

anderen zal kunnen betekenen. Wel dient er een gefundeerde en redelijke verwachting te bestaan dat dit gevaar zodanig is beperkt dat het verlenen van verlof met het oog op de veiligheid van anderen verantwoord is.

“Dit een en ander brengt mee dat alleen indien komt vast te staan dat de Staat niet tot het verlenen van onbegeleid verlof had mogen besluiten in verband met het, gelet op de hiervoor vermelde maatstaf, nog steeds bestaande en onaanvaardbare risico dat V. door zijn stoornis gevaar voor de persoon of de goederen van anderen zou kunnen opleveren, van onzorgvuldigheid kan worden gesproken die moet leiden tot aansprakelijkheid van de Staat voor de schade die V. heeft aangericht en die de Staat redelijkerwijze had behoren te voorzien en te voorkomen. Voor het overige moet worden uitgegaan van de rechtmatigheid van het besluit, dat ook geen verdere rechtvaardiging behoefde.”¹⁸

Het enkele feit dat achteraf blijkt dat de tbs-gestelde die verlof is verleend toch een gevaar voor de samenleving heeft gevormd, is onvoldoende om aan te nemen dat het besluit onrechtmatig was. Het incidentele beroep faalt derhalve.¹⁹

Het principale beroep daarentegen slaagt. De Hoge Raad benadrukt dat de schade uitdrukkelijk het *gevolg van het onrechtmatig handelen van V. is en niet rechtstreeks van het verlenen van onbegeleid verlof*.²⁰ “Het leerstuk van de onevenredige schade past alleen bij op zichzelf rechtmatig optreden van de overheid dat tot redelijkerwijs voorzienbaar gevolg heeft dat derden daardoor schade lijden waardoor zij in vergelijking met andere burgers of instellingen onevenredig worden getroffen. Daarvan is hier geen sprake ...”²¹

De Hoge Raad geeft vervolgens aan²² dat “de Staat in dit geval niet had kunnen en moeten voorzien dat de uit de stoornis van de geestvermogens van V. voortvloeiende gevaarlijkheid niet zodanig was teruggebracht dat nog het onaanvaardbare risico bestond dat deze zich opnieuw aan het plegen van een geweldsmisdrijf of een soortgelijk delict zou schuldig maken ... het hier niet gaat om een geval waarin de Staat met het oog op het algemeen belang een besluit heeft genomen dat tot redelijkerwijs voorzienbaar gevolg had dat de nadelige gevolgen daarvan op onevenredig wijze ten laste van een beperkt aantal betrokkenen komen. Dat het verlenen van onbegeleid verlof tot gevolg heeft dat een persoon door de onderbreking van zijn detentie de mogelijkheid verkrijgt aan een ander ernstige schade toe te brengen, is een risico dat in het maatschappelijk verkeer in het algemeen door ieder die met hem in aanraking kan komen, wordt gelopen. Indien het risico zich heeft verwezenlijkt, betreft het

¹⁸ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 3.4.

¹⁹ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 3.5.

²⁰ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 3.7.1.

²¹ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 3.7.1.

²² HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 3.7.2-3.7.4.

meestal, zoals hier, een individuele burger die daardoor (ernstig) nadeel lijdt, terwijl anderen dit lot bespaard blijft. Deze ongelijkheid vloeit voort uit het feit dat K. het slachtoffer is geworden van de misdrijvingen van V. en niet uit het feit dat de verlening van het verlof aan V. meebrengt dat K. onevenredig getroffen wordt in vergelijking met andere, niet getroffen burgers.”

Hoofdstuk 2 De tbs-maatregel²³

§ 1 Inleiding

Het Nederlandse tbs-systeem is uniek in de wereld.²⁴ Door zijn hoge kwaliteit van beveiliging en zorg wordt het veelal als voorbeeld gezien door deskundigen uit andere landen en zij gebruiken hun bevindingen met betrekking tot de tbs zelfs in aanbevelingen voor toekomstig beleid in hun eigen land.²⁵ Hoe is het tbs-beleid in Nederland echter vormgegeven? Wat zijn de regels met betrekking tot het verloop? Wat is de juridische positie van tbs-inrichtingen ten opzichte van de Staat? Over deze en andere vragen dient duidelijkheid te bestaan voordat kan worden overgegaan tot de aansprakelijkheidsvraag. Hoe kan immers worden geoordeeld over de aansprakelijkheid indien men niet volledig op de hoogte is van de context waarin deze moet worden beantwoord? Het belangrijkste bij dit alles is de vraag welke rol de Staat in het gehele tbs-beleid speelt en in welke hoedanigheid hij aansprakelijk kan worden gesteld.

§ 2 Doelstelling van de maatregel

Zoals reeds enige malen naar voren is gekomen, heeft de maatregel van tbs een tweeledig doel, te weten beveiliging en behandeling. Deze twee belangen kunnen met elkaar conflicteren en er dient dan ook een belangenafweging plaats te vinden. Beide belangen moeten worden nagestreefd, maar dit is niet altijd in gelijke mate mogelijk. Bij de oplegging en beëindiging van de maatregel wordt met name het eerst genoemde belang nagestreefd. De nota naar aanleiding van het Eindverslag zegt hierover: “Ook in onze visie staat de preventieve functie van de maatregel van terbeschikkingstelling voorop. Het ingrijpen van de overheid heeft tot doel het beveiligen van de samenleving tegen onaanvaardbare risico’s die het gedrag van de betrokkenen, zolang het zich niet gewijzigd heeft, oplevert en het teweegbrengen van zodanige gedragsveranderingen, dat hij in de toekomst geen ernstige strafbare feiten meer begaat.”²⁶ De met de uitvoering belaste organen, te weten de justitiële en niet-justitiële inrichtingen, hebben daarentegen juist als hoofddoel de verpleging en behandeling van de tbs-gestelde. Opgemerkt moet worden dat de behandeling zoveel mogelijk gericht is op de voorbereiding van de terugkeer van de tbs-gestelde in de maatschappij, maar dat deze wordt begrensd door het belang van beveiliging van de samenleving. Dit zorgt er voor dat de behandelingsmethoden beperkt worden. De behandeling is er op gericht de uit de geestelijke stoornis voortvloeiende gevaarlijkheid voor anderen

²³ Voor een korte en eenvoudige beschrijving van de oplegging en uitvoering van de tbs maatregel verwijst ik naar de brochures van het DJI waarin aan de hand van een voorbeeld een en ander wordt beschreven. M.n. de brochures ‘Terbeschikkingstelling’ en ‘Dienst Justitiële Inrichtingen’ welke kunnen worden opgevraagd bij het dji en te vinden zijn op www.dji.nl.

²⁴ Hoeve e.a. 2004, p. 18-29.

²⁵ Hoeve e.a. 2004, p. 18.

²⁶ Kamerstukken II 1982/83, 11 932, nr. 10, p. 6.

dan de tbs-gestelde of de algemene veiligheid van personen of goederen zodanig terug te brengen, dat het terugkeren van de tbs-gestelde in het maatschappelijk verkeer verantwoord is.²⁷

§ 3 De procedure

§ 3.1 Oplegging van de maatregel van tbs

De rechter kan overgaan tot het opleggen van een tbs-maatregel, indien een verdachte ontoerekeningsvatbaar, dan wel verminderd toerekeningsvatbaar, is. Voordat een rechter een tbs-maatregel op kan leggen, moet echter aan een aantal vereisten zijn voldaan.²⁸ Allereerst moet bij de verdachte tijdens het begaan van het feit een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens bestaan. Daarnaast moet het gaan om een misdrijf waarop een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld, dan wel een misdrijf dat specifiek in lid 1 onder 1 van artikel 37a van het Wetboek van Strafrecht wordt genoemd. Tot slot moet de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen, het opleggen van de maatregel eisen.²⁹

Wanneer een verdachte geheel ontoerekeningsvatbaar is, kan hem geen gevangenisstraf worden opgelegd, hij dient van alle rechtsvervolging te worden ontslagen, aldus artikel 39 van het Wetboek van Strafrecht. De verdachte kan wel in een psychiatrisch ziekenhuis worden geplaatst of er kan plaatsing in een tbs-inrichting volgen. In geval van verminderde toerekeningsvatbaarheid kan naast een tbs-maatregel ook een straf worden opgelegd, de rechter is echter niet verplicht tot het opleggen van tevens een straf (artikel 37a lid 2 Wetboek van Strafrecht).³⁰

Voordat de rechter over kan gaan tot het opleggen van een tbs-maatregel, dient hij het advies in te winnen van ten minste twee gedragsdeskundigen van verschillende disciplines (waaronder een psychiater), die de betrokkene hebben onderzocht. Dit advies dient met reden omkleed, gedagtekend en ondertekend te zijn. Zodanig advies dient door de gedragsdeskundigen gezamenlijk dan wel door ieder van hen afzonderlijk te zijn uitgebracht.³¹ Wanneer de betrokkene weigert mee te werken aan een onderzoek ten behoeve van het voornoemde advies, maken de gedragsdeskundigen gezamenlijk dan wel ieder afzonderlijk een rapport op over de reden van de weigering. De rechter dient dan zo veel mogelijk uit te gaan van andere rapporten of adviezen, die hem over de wenselijkheid of

²⁷ De Boer e.a. 2001/2002, p. 71.

²⁸ Art. 37a WvSr

²⁹ Hofstee 2003, p. 73-90.

³⁰ Kelk 2003, p. 331 en 332.

³¹ Art. 37a lid 3 jo art. 37 lid 2 WvSr en Hofstee 2003, p. 86-89.

noodzakelijkheid van het opleggen van een tbs-maatregel voorlichten, waaraan de betrokkene wel bereid is mee te werken.³²

De gedragsdeskundigen kunnen uiteraard geen zekerheid verschaffen over de vraag of de verdachte in de toekomst ernstig zal recidiveren of niet. Het uiterste dat redelijkerwijs van hen gevraagd kan worden is een 'waarschijnlijkheidsprognose'.³³ Het is uiteindelijk de rechter die een beslissing neemt over de vraag of het getaxeerde recidivegevaar al dan niet aanvaardbaar is voor de maatschappij en die beslist of de tbs een gepaste maatregel is. Bij deze beslissing kan hij zich ook laten leiden door veranderde maatschappelijke inzichten.³⁴

Tbs wordt jaarlijks ongeveer 200 keer door de rechter opgelegd en slechts ongeveer 80 keer wordt een dergelijke maatregel beëindigd. De vraag naar tbs-plaatsen groeit dan ook enorm en verwacht wordt dat in 2008 de capaciteitsvraag zal zijn toegenomen tot ongeveer 1700 plaatsen.³⁵

*§ 3.2 Vormen van tbs*³⁶

§ 3.2.1 Tbs met dwangverpleging

Er zijn twee vormen van tbs te onderscheiden, de zeer ingrijpende tbs met dwangverpleging en de veel minder vergaande tbs met voorwaarden. De tbs met dwangverpleging zou weer kunnen worden onderverdeeld in twee categorieën, te weten die waarbij het gaat om een geweldsmisdrijf dat is gericht tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van één of meer personen en die waarbij dit niet het geval is. Het onderscheid is daarin gelegen dat in het laatste geval de maatregel beperkt is in zijn duur, te weten tot maximaal vier jaar. Dit volgt uit het bepaalde in artikel 38e van het Wetboek van Strafrecht. Verlenging kan slechts plaatsvinden indien er een gevaar voor de onaantastbaarheid van het lichaam van één of meerdere personen dreigt.

Er dient juridisch gezien een onderscheid te worden gemaakt tussen dwangverpleging en dwangbehandeling. Bij dwangverpleging gaat het slechts om een meer of minder passieve verzorging van de betrokkene, bij behandeling daarentegen gaat het aanmerkelijk verder, hier wordt een actieve gedragsbeïnvloeding, die de betrokkene duidelijk raakt, geïmpliceerd. Dwangverpleging is altijd geoorloofd, dwangbehandeling kan juridisch echter niet los worden gezien van het grondrecht van onaantastbaarheid van het lichaam en het daaruit voortvloeiende zelfbeschikkingsrecht.

³² Art. 37a lid 3 jo art. 37 lid 3 WvS en Hofstee 2003, p. 90-91.

³³ Hofstee 2003, p. 81.

³⁴ Hofstee 2003, p. 81 en 89.

³⁵ Wartna e.a. 2005, p. 9.

³⁶ Hofstee 2003, p. 91-105.

Dwangbehandeling kan in beginsel dan ook door de tbs-gestelde worden geweigerd, tenzij ernstig gevaar voor hetzij de gezondheid van de betrokkene, hetzij de veiligheid van medeverpleegden of van het personeel kan worden aangenomen.³⁷ Dit onderscheid is voor het verdere vervolg van deze scriptie niet van belang, aangezien verlop en dergelijke pas worden toegekend, indien de behandeling van de tbs-gestelde het gewenste effect heeft gehad. Wanneer een tbs-gestelde niet wordt behandeld, vermindert het gevaar dat hij voor de samenleving vormt niet en komt hij derhalve niet in aanmerking voor verlop. De kans dat de tbs-gestelde een willekeurige derde buiten de inrichting schade toe zal brengen bestaat dan niet, tenzij hij ontsnapt uit de inrichting. In die gevallen geldt echter een andere zorgvuldigheidsnorm dan in gevallen waarin verlop wordt verleend. Voor zover dit van belang is, zal ik hier in hoofdstuk 4 en 5 verder op in gaan.

§ 3.2.2 Tbs met voorwaarden

De tbs-maatregel met voorwaarden is geregeld in artikel 37a en 38 van het Wetboek van Strafrecht. Ook hier is sprake van een beveiligingsmaatregel, het gevaar voor de samenleving is echter, anders dan in het geval van tbs met dwangverpleging, aanvaardbaar of acceptabel. Zonder dwangverpleging zijn er voldoende waarborgen voor de bescherming van de samenleving. Verder is van belang dat de verdachte geen te ernstig misdrijf heeft begaan en tot slot, misschien wel het belangrijkste, een betrouwbare bereidheid tot medewerking toont.³⁸ Voor de tbs met voorwaarden is noodzakelijk dat de tbs-gestelde bereid is mee te werken, aangezien voor de uitvoering van de voorwaarden vereist is dat de tbs-gestelde ermee instemt. In lid 1 van artikel 38a van het Wetboek van Strafrecht worden enkele voorbeelden genoemd van voorwaarden die kunnen worden verbonden aan de tbs-maatregel. Gedacht moet worden aan onder andere: opname in een door de rechter aangewezen inrichting; onder behandeling stellen van een in de uitspraak aangewezen deskundig; innemen van medicijnen die door de behandelend arts zijn voorgeschreven; en het gedogen van toediening van deze geneesmiddelen door de behandelend arts.

De voorwaarden die aan de tbs zijn gesteld, kunnen worden gewijzigd, aangevuld of opgeheven op grond van artikel 38b van het Wetboek van Strafrecht. Dit gebeurt door de rechter, op vordering van het openbaar ministerie, de tbs-gestelde of diens raadsman. In uiterste gevallen kan de tbs met voorwaarden worden omgezet in tbs met dwangverpleging. Dit is als het ware een stok achter de deur, die er voor dient te zorgen dat de tbs-gestelde de voorwaarden naleeft. Deze regeling is opgenomen in artikel 38c van het Wetboek van Strafrecht. Hierin wordt tevens een tweede reden genoemd om de tbs met voorwaarden om te zetten in tbs met dwangverpleging, namelijk indien het belang van de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen dit eist.

³⁷ Hofstee 2003, p. 95 en BVT en art. 1t en 1u RVT.

³⁸ Hofstee 2003, p. 98.

§ 3.3 Duur van de maatregel van tbs

Tbs wordt opgelegd voor een periode van twee jaar, te rekenen van de dag waarop de rechterlijke uitspraak waarbij zij is opgelegd onherroepelijk is geworden, bepaalt artikel 38d van het Wetboek van Strafrecht. De termijn kan telkens hetzij met één jaar, hetzij met twee jaar worden verlengd, indien de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen die verlenging eist. Deze verlenging geschiedt op vordering van het openbaar ministerie. De voorwaarden waaraan dient te zijn voldaan om dit te kunnen doen worden genoemd in artikel 38c van het Wetboek van Strafrecht. Voor de tweede verlenging gelden dezelfde vereisten als voor de eerste, zij het dat daarbij een maximering van belang is. Zo is de tbs met voorwaarden niet voor een tweede keer verlengbaar. Gevolg is dan ook dat deze maximaal drie dan wel vier jaar kan duren, afhankelijk van de termijn waarmee de tbs bij de verlenging is verlengd. Zoals gezegd kan ook de tbs met dwangverpleging in duur gemaximaliseerd zijn, de duur bedraagt maximaal vier jaar indien het misdrijf geen geweld oplevert dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen.³⁹ Bij de beslissing tot verlenging van de tbs kan de tbs, op vordering van het openbaar ministerie, op verzoek van de ter beschikking gestelde of diens raadsman, dan wel door de rechter ambtshalve, tevens voorwaardelijk worden beëindigd. Deze voorwaardelijke tbs kan telkens met één jaar worden verlengd, met dien verstande dat er een maximale duur van drie jaar geldt.

§ 3.4 Long stay

Sinds de jaren negentig bestaan er ook zogenaamde long stay-plaatsen. Deze plaatsen worden gekenmerkt door het hoge niveau van beveiliging en zijn bestemd voor ‘chronisch ter beschikking gestelden’. Onder deze categorie vallen die personen bij wie van de behandeling redelijkerwijs nauwelijks succes te verwachten is. Zij zijn nog altijd delictgevaarlijk en in de toekomst is geen uitzicht op resocialisatie. Zij zullen dan ook voor een lange periode, zo niet voor altijd, in de tbs-kliniek moeten verblijven. Het aantal ‘chronisch ter beschikking gestelden’ is in de laatste jaren ernstig toegenomen, hetgeen een zorgelijke ontwikkeling is.⁴⁰

Voordat tbs-gestelden op een long stay-afdeling worden geplaatst, dient te zijn voldaan aan een drietal indicatiecriteria, zij moeten reeds minimaal 6 jaar lang tbs-behandeling ondergaan, er dient bij voorkeur sprake te zijn geweest van meer dan één behandelingspoging, met inbegrip van een herselectie en de kans op succesvolle behandeling is zeer klein tot nagenoeg uitgesloten.⁴¹ Men zal de long stay-

³⁹ Hofstee 2004, art. 38e, aant. 4.

⁴⁰ Hofstee 2003, p. 51-52.

⁴¹ Hofstee 2003, p. 52 en Kelk 2003, p. 338.

afdeling pas weer verlaten indien men door zijn leeftijd niet langer delictgevaarlijk is of als de tbs-gestelde voor een andere vorm van behandeling rijp raakt.⁴²

§ 4 De rol van verlof

§ 4.1 Inleiding

Uitgangspunt van de tbs-maatregel is dat de tbs-gestelde terugkeert in de maatschappij. Tijdens zijn behandeling zal de tbs-gestelde op een bepaald moment dan ook moeten worden voorbereid op zijn terugkeer. De tbs-gestelde wordt niet van het ene op het andere moment in de maatschappij teruggeplaatst. Hier gaat een lang traject aan vooraf. De bedoeling hiervan is dat de tbs-gestelde kan bewijzen dat hij zich aan de afspraken kan houden, ook wanneer hij zich buiten de kliniek bevindt. Om dit te oefenen wordt hem verlof verleend. Verlof is om deze reden een essentieel onderdeel van de behandeling.

Voorafgaand aan dit verlof dienen de behandelaars een afweging te maken, zij moeten inschatten of de tbs-gestelde de vrijheid, die een verlof met zich mee brengt, aan zal kunnen. Wanneer zij van mening zijn dat de uit de stoornis van de geestvermogens voortvloeiende gevaarlijkheid van de ter beschikkinggestelde voor anderen of voor de algemene veiligheid van personen of goederen dusdanig is teruggebracht dat het verantwoord is hem tijdelijk de inrichting te doen verlaten, krijgt de tbs-gestelde de kans te bewijzen dat hij controle over zichzelf heeft en niet opnieuw de fout in gaat. Voordat het verlof kan worden verleend is echter een schriftelijke machtiging van de Minister van Justitie vereist. Deze verleent eerst toestemming aan de hand van een individueel verlofplan dat bij de aanvraag dient te worden overlegd. Dit verlofplan wordt opgesteld op basis van het verplegings- en behandelingsplan en vormt het uitgangspunt voor alle aan de tbs-gestelde te verlenen verloven.⁴³

§ 4.2 Het oude verlofstelsel

Voorheen bestond er een groot scala aan verloven⁴⁴, deze werden genoemd in lid 1 van artikel 53 van het Reglement Verpleging Ter beschikking gestelden. Deze bepaling is echter per 3 augustus 2005 gewijzigd, er heeft een aanscherping van de verlofregeling plaatsgevonden. Voorheen vielen er zes vormen van verlof te onderscheiden, tegenwoordig zijn dat er nog maar drie. Ik zal in deze paragraaf eerst ingaan op het oude verlofstelsel, in de volgende paragraaf zal ik het nieuwe verlofstelsel

⁴² Kelk 2003, p. 338.

⁴³ Kelk 2003, p. 374-376.

⁴⁴ Kelk 2003, p. 375.

bespreken. Op deze manier kan een vergelijking worden gemaakt tussen het oude en nieuwe stelsel en kan worden bekeken in hoeverre er daadwerkelijk sprake is van een verscherping van het verlofstelsel.

De eerste vorm van verlof was het zogenaamde *begeleide verlof*, dit verlof vond plaats onder voortdurend toezicht van personeel van de kliniek. Het verlof duurde meestal slechts enkele uren en kon gebruikt worden voor bijvoorbeeld het doen van boodschappen, het bezoeken van familie en dergelijke. Vervolgens kon er *semi-begeleid verlof* worden verleend, de tbs-gestelde werd dan naar zijn verlotadres gebracht en/of daar weer opgehaald. Ook mogelijk was het zogenaamde *groepsverlof*, waarbij meerdere tbs-gestelden gezamenlijk naar een plaats gingen voor een verlof van één of meerdere dagen. Bij dit verlof was slechts één begeleider per minimaal drie tbs-gestelden beschikbaar, voorwaarde was dan ook dat de betrokkenen allemaal ook in aanmerking kwamen voor individueel onbegeleid verlof. *Onbegeleid verlof* bestond in drie varianten, te weten onbegeleid verlof zonder overnachting, onbegeleid verlof met overnachting en onbegeleid verlof met meer dan twee overnachtingen. De hiervoor genoemde verloven gingen telkens een stap verder, steeds werd er meer verantwoordelijkheid bij de tbs-gestelde gelegd en werd gekeken hoe deze met die groeiende vrijheid wist om te gaan.

§ 4.3 Het nieuwe (aangescherpte) verlofbeleid

Minister Donner heeft eind juni 2005 het verlofbeleid met betrekking tot tbs aangescherpt. Dit was wenselijk gezien de actuele inzichten rond veiligheid, risico en risicomanagement in de forensische psychiatrie.⁴⁵ Onderdeel van deze verscherping was het terugbrengen van de zes bestaande vormen van verlof naar drie, met als doel dat het kader overzichtelijker en helderder zou worden. Voor iedere fase van de behandeling is er een verlofvorm. Verder is eveneens een basis gelegd voor de proef Elektronisch volgsysteem als voorwaarde bij verlof en de proef forensisch psychiatrisch toezicht als vorm van proefverlof. Tot slot is de procedure betreffende de machtigingen tot het verlenen van verlof en proefverlof verscherpt.⁴⁶

De drie nieuwe vormen van verlof zijn, het *begeleid verlof*, welke vorm van verlof kan plaatsvinden in de eerste fase van opname en stabilisatie. In deze fase kan uitsluitend begeleid verlof na verloop van tijd plaats vinden.⁴⁷ Gedurende dit verlof wordt er constant toezicht uitgeoefend op de tbs-gestelde. In beginsel is het verlof eendaags, maar het kan in uitzonderingsgevallen meerdaags zijn. Het verlof wordt niet verleend eer de gehele voorgeschiedenis van de tbs-gestelde bekend is en er een

⁴⁵ Nota van toelichting op het besluit tot wijziging van het RVT, Stb. 2005, 400.

⁴⁶ Nota van toelichting op het besluit tot wijziging van het RVT, Stb. 2005, 400.

⁴⁷ Nota van toelichting op het besluit tot wijziging van het RVT, Stb. 2005, 400, p. 4.

gestandaardiseerde risicoanalyse heeft plaatsgevonden.⁴⁸ Daarnaast is er het zogenaamde *onbegeleid verlof*, gedurende deze fase vindt onbegeleid verlof buiten de beveiligde zone van de kliniek gefaseerd plaats en worden prognoses voor de toekomst en het verder behandelverloop opgesteld op veiligheidsgebied en klinisch gebied.⁴⁹ Tijdens dit verlof is er geen begeleiding door het personeel van de inrichting. Het verlof wordt opgebouwd van een verlof van enige momenten naar meerdaagse verloven met één of meerder overnachtingen, met een maximum van zes nachten. Voorafgaand hieraan worden duidelijke afspraken gemaakt en voorwaarden gesteld. Door middel van dit verlof kan worden bekeken in hoeverre de tbs-gestelde kan omgaan met zijn vrijheid en in hoeverre hij zelf in staat is verantwoordelijkheid te dragen voor een afsprakenstelsel dat is gericht op het voorkomen van gevaar voor de samenleving.⁵⁰ En tot slot *het transmuraal verlof*, in deze transmurale fase van de behandeling worden reïntegratiemogelijkheden in de maatschappij beproefd en wordt geoefend onder toezicht van de tbs-kliniek.⁵¹ Deze vorm van verlof is gelijk aan het voorgaande woonverlof, het vormt een overgang tussen de inrichting en het proefverlof. Voor dit verlof geldt geen maximum termijn meer.

Naast de hiervoor genoemde verloven kan er ook incidenteel verlof worden verleend, dit gebeurt om humanitaire redenen, na machtiging van de Minister van Justitie. Bij redenen om tot het verlenen van dit verlof over te gaan kan worden gedacht aan bijvoorbeeld een begrafenis van een familielid. Deze mogelijkheid van verlof bestond reeds voor de wijziging en is ook onder de nieuwe bepaling mogelijk.

Van de hierboven genoemde verloven dient uitdrukkelijk het proefverlof te worden onderscheiden, welk verlof ook reeds voor de wijziging bestond en is blijven bestaan. Proefverlof houdt in dat de tbs-gestelde bij wijze van proef terugkeert in de maatschappij. Dit gebeurt eerst nadat hij de voornoemde verloven succesvol heeft doorlopen. Tijdens dit proefverlof dient de betrokkene te bewijzen dat zijn gedrag zodanig is veranderd, dat hij zich in de samenleving duurzaam staande kan houden zonder gevaar voor anderen of voor goederen op te leveren. Dit verlof wordt vooraf gegaan door een inschatting van het recidivegevaar, maar niet alle risico's kunnen worden uitgesloten. Het komt dan ook voor dat een tbs-gestelde, tijdens een (proef)verlof, in herhaling valt. Het zeer voorzichtige en prudente (proef)verlofbeleid dat Nederland kent, waar het tbs-gestelden betreft, brengt deze risico's echter terug tot een minimum.⁵²

Bij het Elektronisch volgsysteem, kan de positie van de tbs-gestelde worden bepaald door middel van GPS. Indien de tbs-gestelde buiten een bepaald gebied komt of van een bepaalde route afwijkt, kan de

⁴⁸ Nota van toelichting op het besluit tot wijziging van het RVT, Stb. 2005, 400, p. 5 en 6.

⁴⁹ Nota van toelichting op het besluit tot wijziging van het RVT, Stb. 2005, 400, p. 4.

⁵⁰ Nota van toelichting op het besluit tot wijziging van het RVT, Stb. 2005, 400, p. 6-7.

⁵¹ Nota van toelichting op het besluit tot wijziging van het RVT, Stb. 2005, 400, p. 5 en 7.

⁵² Kelk 2003, p. 376.

inrichting worden gewaarschuwd. In juni 2005 is een proef hiermee gestart en deze proef zal in september 2005 worden uitgebreid. Gebleken is echter dat het systeem niet feilloos is, aangezien in drukke gebieden, zoals bijvoorbeeld treinstations, het signaal kan wegvallen.

Voor wat betreft de procedure betreffende machtigingen dient ten minste jaarlijks de risicotaxatie te worden heroverwogen, met als doel dat de verlofmachtigingen worden geëvalueerd en heroverwogen en teruggekoppeld naar de Minister van Justitie.

§ 5 Ongeoorloofde afwezigheid

Helaas komt het (meer dan eens) voor dat een tbs-gestelde ontsnapt uit de tbs-inrichting of dat hij niet terugkeert van verlof. In deze gevallen wordt gesproken van ongeoorloofde afwezigheid. De kans bestaat dan dat de tbs-gestelde wederom tot het plegen van strafbare feiten over zal gaan. Van belang is daarom dat er een procedure bestaat waarmee de tbs-gestelde zo snel mogelijk wordt opgespoord en teruggeplaatst in de inrichting, zodat zijn behandeling kan worden voortgezet. Hoe in gevallen als deze dient te worden gehandeld, is geregeld in artikel 7a BVT en artikel 23 RVT. Het hoofd van de inrichting is verplicht de politie te verzoeken de tbs-gestelde te signaleren en stelt de Minister van Justitie hiervan direct op de hoogte. De minister kan vervolgens aanwijzingen geven ten aanzien van dit verzoek, alsmede omtrent de intrekking daarvan. Ook wanneer het hoofd van de inrichting overgaat tot intrekking van het verzoek om signalering stelt hij de minister daar direct van op de hoogte. De ongeoorloofde afwezigheid vangt aan op het moment dat de tbs-gestelde zich aan de tenuitvoerlegging van de vrijheidsbenemende straf of maatregel heeft onttrokken en eindigt op de dag dat de tbs-gestelde zich meldt, wordt aangehouden of door intrekking van het verzoek om signalering. Van de ongeoorloofde afwezigheid wordt aantekening gemaakt in een daartoe bestemd register.

De laatste maanden is de samenleving steeds meer betrokken bij de signalering van ongeoorloofd afwezige tbs-gestelden. Zo werd in juni 2005 via de media bekend gemaakt dat Wilhelm Schippers was ontsnapt tijdens een begeleid verlof. Daarbij werd mede zijn foto verspreid. Reden voor deze aandacht was dat Schippers gevaarlijk zou worden indien hij niet langer zijn medicijnen zou slikken en indien hij onder invloed zou zijn van alcohol. Ook in augustus 2005 werd de hulp van de burgers ingeroepen, toen Marciano Ernst was ontsnapt uit een inrichting in Halsteren. Ook in zijn geval was de reden dat hij, indien hij zijn medicijnen niet tijdig zou innemen, extreem gevaarlijk kon zijn.

Voorheen is nooit zo openlijk gezocht naar ongeoorloofd afwezige tbs-gestelden, de reden dat het in bovengenoemde gevallen wel zo was, kan zijn gelegen in hun extreme gevaarlijkheid, maar ook in de onrust in de samenleving. Na vele recente opschuddingen van de maatschappij door ongeoorloofd

afwezige tbs-gestelden die misdaden pleegden, is er veel kritiek geweest op zowel het verloffbeleid als het opsporen van de ongeoorloofd afwezigen en de rol van de minister daarin.

Of kan worden gesproken van een ‘nieuwe’ manier van opsporen of dat het gaat om een incidentele manier van opsporen is niet duidelijk. De geslaagdheid van deze methode ook niet. Zo is het geval met Schippers zeer tragisch geëindigd, met de moord op een bejaarde man. Hetgeen volgens sommigen het gevolg zou zijn geweest van het feit dat Schippers zich opgejaagd zou hebben gevoeld door de actieve opsporing. Bovendien is Schippers niet gevonden doordat hij werd herkend, maar doordat hij zich verdacht gedroeg in de buurt van de woning van de vermoorde man. Marciano Ernst is ook niet herkend en daardoor opgespoord, hij heeft zichzelf gemeld.

§ 6 De tbs-inrichting

§ 6.1 Dienst Justitiële Inrichtingen

De Dienst Justitiële Inrichtingen⁵³ is de overheidsdienst die zorg draagt voor het ten uitvoer leggen van vrijheidsbepalende straffen en maatregelen. Zij is een onderdeel van het Ministerie van Justitie. Het DJI bestaat uit vier verschillende onderdelen, te weten de sector Gevangeniswezen, de sector Justitiële Jeugdinrichtingen, de sector TBS en tot slot de Tijdelijke Directie Bijzondere Voorzieningen. De belangrijkste taak van de DJI is de insluiting van mensen om hun vrijheidsbenemende straf of maatregel te ondergaan. Deze insluiting dient zowel ter vergelding, als ter bescherming van de maatschappij. Hiervoor beschikt het DJI over een groot aantal inrichtingen, zowel rijksinrichtingen als particuliere inrichtingen. De DJI heeft gekozen voor een gedecentraliseerde aansturing van al deze inrichtingen, de inrichtingen hebben dan ook ruime verantwoordelijkheden en bevoegdheden om zelf vorm te geven aan de interne bedrijfsvoering.⁵⁴

Van belang in deze scriptie zijn met name de Justitiële jeugdinrichtingen en de tbs-inrichtingen. Op de tbs-inrichtingen is hiervoor reeds uitgebreid ingegaan. Justitiële jeugdinrichtingen zijn bedoeld om jongeren van twaalf tot ongeveer achttien jaar te plaatsen die wachten op een uitspraak van de rechter of die zijn veroordeeld tot jeugddetentie. In deze inrichtingen worden de jeugdigen als het ware opgevoed. De rechter kan ook besluiten jeugdigen hier te plaatsen indien hij van mening is dat een ontwikkelingsstoornis heeft geleid tot het plegen van een misdrijf.⁵⁵

⁵³ Folder ‘DJI Dienst Justitiële Inrichtingen’, verkrijgbaar via www.dji.nl.

⁵⁴ Zie voor uitgebreidere beschrijving site dji en folder dji (zie noot 35).

⁵⁵ Folder ‘DJI Dienst Justitiële Inrichtingen’, p 10.

§ 6.2 Justitiële inrichtingen en niet-justitiële inrichtingen

Wanneer men de tbs-inrichtingen nader bekijkt, kan men een onderscheid maken tussen justitiële en niet-justitiële inrichtingen. Als justitiële inrichtingen worden aangemerkt de rijksinrichtingen waarvan de algehele exploitatiekosten ten laste van het Ministerie van Justitie komen en de particulier inrichtingen waarvan de verpleegkosten vanwege de Minister van Justitie worden vergoed op grond van een door hem goedgekeurde inrichtingsbegroting.⁵⁶

De niet-justitiële inrichtingen vallen binnen het circuit van de tot de algemeen geestelijke volksgezondheid horende en als zodanig onder verantwoordelijkheid van het Ministerie van WVC ressorterende (algemene) psychiatrische ziekenhuizen, die voor verpleging en behandeling van terbeschikkinggestelden een (onder verantwoordelijkheid van het Ministerie van Justitie vallende) Forensisch Psychiatrische Kliniek hebben ingericht. Deze inrichtingen zijn 'Hoeve Boschoord' in Vledder, 'De Grote Beek' in Eindhoven, de 'Forensisch Psychiatrische Kliniek' in Assen en tot slot 'De Meren' in Amsterdam. Zij kunnen deze taak slechts uitvoeren wanneer zij daarvoor door de Minister van Justitie zijn aangewezen. De interne rechtspositie van tbs-gestelden is binnen deze klinieken anders dan binnen de justitiële inrichtingen, aangezien hierop andere regelgeving van toepassing is, zoals onder andere de wet BOPZ.^{57 58} Voor zover van belang voor deze scriptie, zal ik in hoofdstuk 4 en 5 terugkomen op het belang van het onderscheid tussen justitiële en niet-justitiële inrichtingen.

§ 6.3 Rijksinrichtingen en particuliere inrichtingen

Binnen de justitiële inrichtingen valt ook weer een onderscheid te maken, in enerzijds particuliere inrichtingen en anderzijds rijksinrichtingen. De inrichtingen kenden traditioneel ieder hun eigen behandelingsmethoden, faciliteiten en hun eigen beveiligingsniveau. Tbs-gestelden werden dan ook op grond van hun individuele problematiek geplaatst en zonodig herplaatst. Daarnaast waren er echter ook veel overeenkomsten en was in de praktijk het onderscheid niet zeer groot. Momenteel is het beleid veranderd en wordt er gestreefd naar een a-selecte wijze van plaatsing. Dit beleid is gewijzigd om te voorkomen dat inrichtingen onnodig onderbezet zijn, juist in een tijd waarin er een groot tekort is aan behandelplaatsen, gezien de enorme toename van het aantal tbs-gestelden. Een uitzondering op deze a-selecte wijze van plaatsing wordt gemaakt op grond van geslacht, aangezien vrouwen slechts in enkele inrichtingen kunnen worden geplaatst⁵⁹, maar ook zwakbegaafdheid of extreem beheers- en

⁵⁶ Hofstee 2004, onder 2 bij artikel 37d en artikel 90 quinquies WvSr.

⁵⁷ Hofstee 2004, aant. 3 bij artikel 37d Sr.

⁵⁸ Kelk 2003, p. 336 en 337.

⁵⁹ Kelk 2003, p. 337 en 338.

vluchtgevaarlijkheid kunnen een reden vormen om van de a-selecte wijze van plaatsing af te wijken.⁶⁰ Het onderscheid tussen deze twee typen inrichtingen is dan ook lang niet meer zo groot als vroeger.⁶¹ Beide vallen zij onder de werking van de BVT en het RVT, terwijl hun huisregels moeten voldoen aan de Regeling model-huisregels justitiële inrichtingen van 21 oktober 1998⁶². Ook voor wat betreft de behandelingsmethoden zijn er geen noemenswaardige verschillen, wat nog meer zal verminderen nu het beleid is veranderd en plaatsing van tbs-gestelden a-select plaatsvindt. Wat wel verschilt is de bestuursvorm en een aantal administratieve aspecten. Het hoofdbeheer van de rijksinrichtingen ligt bij de Minister van Justitie, terwijl dit bij de particuliere inrichtingen bij een eigen stichtingsbestuur ligt, welke rijksinrichtingen niet hebben. Wel wordt er door de Minister van Justitie toezicht uitgeoefend op de tbs-gestelden in particuliere inrichtingen⁶³. Particuliere inrichtingen dienen aan een aantal regels en voorwaarden te voldoen om te mogen fungeren als justitiële tbs-inrichting, zo bepaalt artikel 5 BVT. Deze regels en voorwaarden zijn genoemd in het RVT. Hierbij kan onder andere worden gedacht aan het overleggen van bepaalde stukken, zoals statuten, reglementen, bouwkundige voorzieningen met betrekking tot de veiligheid binnen en buiten de inrichting en personele en materiële toerusting. Voorzover dit van belang is voor het vervolg van deze scriptie, zal ik in hoofdstuk 4 en 5 terugkomen op het onderscheid tussen rijksinrichtingen en particuliere inrichtingen.

Op dit moment bestaan er 3 rijksinrichtingen en 5 particuliere inrichtingen. Als justitiële rijksinrichting kunnen worden aangemerkt de Van Mesdagkliniek in Groningen, Veldzicht in Balkburg en het Meijersinstituut in Utrecht. De justitiële particuliere inrichtingen zijn de Van Der Hoevenkliniek in Utrecht, de Pompekliniek in Nijmegen, de Kijvenlanden in Poortugaal, de Oldenkotte in Rekken en tot slot de Rooyse Wissel in Venray.

Uit verschillende onderzoeken uit de jaren '90 is gebleken dat een eenduidige aansturing van alle tbs-inrichtingen wenselijk is. Daarbij moest een keuze worden gemaakt, óf allemaal rijksinrichtingen óf allemaal particuliere inrichtingen. Uit oogpunt van doeltreffendheid en doelmatigheid is besloten dat de voorkeur ligt bij verzelfstandiging van de rijksklinieken. Naar aanleiding van dit besluit heeft Minister Donner bij besluit van 29 maart 2005 bepaald dat de Van Mesdagkliniek in 2006 dient te zijn verzelfstandigd tot een particuliere tbs-kliniek. Het streven is dat op termijn alle tbs-inrichtingen die nu nog rijksinrichtingen zijn zullen zijn verzelfstandigd en zullen zijn omgezet in particuliere inrichtingen. Ook vóór dit besluit bleek de voorkeur al uit te gaan naar particuliere inrichtingen, zo blijkt reeds uit het bepaalde in lid 2 van artikel 37d van het Wetboek van Strafrecht.

⁶⁰ Hofstee 2004, aant. 2b bij art 37d Sr.

⁶¹ Kelk 2003, p. 336.

⁶² Regeling van de Minister van Justitie van 21 oktober 1998, nr. 715634/98/DJI.

⁶³ Art. 8 lid 1 BVT.

§ 6.4 Juridische positie van tbs-inrichtingen ten opzichte van de Staat

Zoals ik hiervoor reeds heb aangegeven kan niet worden gesproken van dé tbs-inrichting, aangezien er zowel particuliere als rijksinrichtingen zijn. De regelgeving die op beide soorten inrichtingen van toepassing is is echter gelijk. In deze regelgeving zijn bepaalde bevoegdheden aan de Staat voorbehouden. Wanneer men de verhouding tussen de Staat en de tbs-inrichtingen gaat bekijken, valt dan ook met name de enorme invloed van de Minister van Justitie op. Voor een groot aantal beslissingen is de toestemming of machtiging van de minister noodzakelijk. Daarnaast neemt de minister beslissingen omtrent aanwijzing van de inrichtingen en dergelijke en heeft hij in vele gevallen het laatste woord.

Bij de verantwoordelijkheden van de Minister van Justitie moet onder andere worden gedacht aan het volgende: de Minister van Justitie wijst inrichtingen aan die de tbs-maatregel ten uitvoer mogen brengen en kan deze aanwijzing intrekken; de minister heeft het opperbeheer over rijksinrichtingen; de minister houdt toezicht op de verpleging van personen in particuliere inrichtingen; de minister kan aanwijzingen geven m.b.t. de huisregels; de minister stelt bij elke inrichting een commissie van toezicht in; de minister heeft een doorslaggevende stem bij het verlenen van verlof en proefverlof, doordat voor dit verlof een machtiging van de minister is vereist; de minister kan het verlof tevens intrekken; de minister wordt direct op de hoogte gesteld van ongeoorloofde afwezigheid of andere bijzondere omstandigheden en ontvangt alle daaromtrent relevante informatie; de minister wordt op de hoogte gesteld van verzoek om signalering en intrekking daarvan; de minister kan aanwijzingen geven met betrekking tot het verzoek tot signaleren alsmede omtrent het intrekken hiervan; en de minister verstrekt subsidie aan particulier inrichtingen voor de exploitatie van de inrichtingen.

Hoofdstuk 3 Recidive

§ 1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik ingaan op de recidive onder (ex)tbs-gestelden. In hoeverre zijn er gegevens met betrekking tot recidive tijdens en na tbs beschikbaar? Zijn daarover concrete cijfers gepubliceerd? In welk perspectief dienen deze cijfers te worden geplaatst? Welke conclusies kunnen uit deze cijfers worden getrokken? De relevantie van deze vragen en misschien zelfs van dit hele hoofdstuk lijkt in eerste instantie gering. Het is echter een evident onderdeel van deze scriptie. Voor het bepalen van aansprakelijkheid, of dit nu op grond van onzorgvuldig handelen of op grond van schending van het égalité-beginsel is, is de voorzienbaarheid een cruciaal element. Het belang van de factor voorzienbaarheid en de rol van de recidivecijfers daarbij, zullen in hoofdstuk 4 uitgebreid aan de orde komen. Bij eventueel onzorgvuldig handelen kunnen vragen opkomen zoals: indien blijkt dat het recidivepercentage hoog is, had de Staat dan moeten voorzien dat de tbs-gestelde zou recidiveren en had dit hem ervan moeten weerhouden verlop te verlenen? Of: indien het recidivepercentage laag is, kan dan geconcludeerd worden dat niet te voorzien was dat de tbs-gestelde zou recidiveren? En welke rol spelen daarbij de persoonlijke omstandigheden van de tbs-gestelde? Kunnen er factoren genoemd worden die een rol kunnen spelen bij de inschatting van de recidive voor het verlenen van verlop? Met andere woorden: kunnen uit de cijfers kenmerken van tbs-gestelden worden afgeleid die typerend zijn voor tbs-gestelden die recidiveren? Daarnaast kunnen ook bij de eventuele schending van het égalité-beginsel vragen rijzen, zoals: indien uit de cijfers blijkt dat een x percentage van de tbs-gestelden recidiveert, maar de overheid mogelijke schade hierdoor aan derden accepteert, omdat het in het algemeen belang is dit tbs-beleid te voeren, kan dan worden gesteld dat een toepassing van het égalité-beginsel op zijn plaats is? Dat een verdeling van openbare lasten op zijn plaats is? In hoeverre maakt het hierbij verschil of het recidivepercentage hoog of laag is? Kan dit bijvoorbeeld van invloed zijn op de vraag of het slachtoffer in onredelijke mate wordt getroffen of op de vraag of de schade tot het normale maatschappelijke risico behoort? Aan een antwoord op de meeste van deze vragen zal ik in dit hoofdstuk niet toekomen, hiervoor verwijs ik naar hoofdstuk 4. Ik zal mij in dit hoofdstuk beperken tot het bespreken van gegevens met betrekking tot recidive die later in deze scriptie van belang zijn voor de bepaling van een eventuele aansprakelijkheid van de overheid. Er wordt uitdrukkelijk geen volledige en diepgaande beschrijving van de recidiveproblematiek beoogd, dit zou het onderwerp van deze scriptie te buiten gaan.

§ 2 Onderzoek naar recidive

Onderdeel van het Ministerie van Justitie is het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC). Het WODC heeft een reeks onderzoeksrapporten gepubliceerd met

betrekking tot recidive gepleegd door personen van wie de tbs is geëindigd. Vanaf 1974 is elke vijf jaar een rapport verschenen, vanaf 2005 zal dit jaarlijks gebeuren. In het nieuwste rapport van het WODC, welk is gepubliceerd in 2005, zijn alle personen gevolgd van wie de tbs-maatregel tussen 1974 en 1998 is beëindigd. Bestudeerd is, hoeveel procent van hen, in de periode na beëindiging van de tbs, opnieuw met justitie in aanraking is gekomen naar aanleiding van het plegen van een (ernstig) delict.⁶⁴

In de WODC-onderzoeken wordt benadrukt dat het doel van het onderzoek niet is de effectiviteit van de maatregel vast te stellen, maar het leveren van een beschrijving van de uitstroomresultaten in de tbs-sector. Het rapport biedt dan ook geen verklaring voor het optreden of uitblijven van recidive.⁶⁵ Het rapport geeft slechts een cijfermatig overzicht. De vragen die daarbij worden beantwoord, zijn de volgende: de prevalentie, welk deel van de (sub)groep heeft gerecidiveerd? de snelheid waarmee men recidiveerde, op welk moment vond de recidive plaats? de frequentie van de recidive, hoeveel nieuwe justitiecontacten heeft de recidivist na de uitgangszaak opgebouwd? de aard en ernst van de recidivedelicten, welk type delict werd gepleegd en hoe werd de nieuwe strafzaak afgedaan? de omvang van de recidive, hoe omvangrijk is de totale recidive in de (sub)groep?

Het onderzoek is onderdeel van de WODC-Recidivemonitor, een doorlopend project waarin gestandaardiseerde metingen worden verricht onder uiteenlopende dadergroepen.⁶⁶ Voor deze metingen wordt gebruikgemaakt van gegevens uit de onderzoeks- en beleidsdatabase justitiële documentatie (OBJD). De OBJD is een geanonimiseerde versie van het justitiële documentatiesysteem (JDS) en bevat informatie over de criminaliteit die door het OM wordt vervolgd. De Recidivemonitor gaat bij het berekenen van recidive uit van vaste criteria.⁶⁷

§ 3 Trends

Uit de rapporten die door het WODC zijn gepubliceerd kunnen een aantal 'trends' worden afgeleid. Zo zijn er steeds meer 'ernstige' geweldsdelinquenten in de tbs en duurt de behandeling van de tbs-gestelden steeds langer. Daarnaast wordt de tbs minder vaak beëindigd vanuit het proefverlof en vindt er steeds vaker contraire beëindiging van de tbs door de rechter plaats.⁶⁸

⁶⁴ Wartna e.a. 2005a, p. 5.

⁶⁵ Wartna e.a. 2005a, p. 9 en 10.

⁶⁶ Wartna e.a. 2005a, p. 10.

⁶⁷ Wartna e.a. 2005a, p. 10.

⁶⁸ Leuw e.a. 1999, p. 2.

§ 4 Recidive na tbs

Tragisch genoeg komt het voor dat ex-terbeschikkinggestelden na beëindiging van de tbs-maatregel recidiveren. De laatste jaren is echter een positieve ontwikkeling waar te nemen, zowel de algemene recidive als de ernstige recidive vertoont een afname. Dit kan een gevolg zijn van⁶⁹ demografische veranderingen, verbeterde behandeling, maar ook van selectie-effecten die optreden tijdens de uitvoering van de maatregel. Bovendien is de duur van de behandeling sinds de jaren zeventig toegenomen en wellicht slaagt men er tegenwoordig gewoon beter in het risico in te schatten.

De kans op recidive na beëindiging van de tbs-maatregel blijkt samen te hangen met een aantal kenmerken.⁷⁰ Zo is de kans op recidive groter naarmate de tbs-gestelde voor de oplegging van de tbs vaker in contact is gekomen met justitie; recidiveren mannen vaker dan vrouwen; is de recidive hoger onder personen die in Nederland geboren zijn; en hoe jonger men bij de beëindiging van de maatregel is, hoe groter ook hier de kans op recidive is. Naast deze persoonlijke kenmerken zijn er ook verblijfskenmerken aan te wijzen die van invloed zijn op de kans op recidive. Zo is de kans op recidive groter indien tijdens de behandeling sprake is geweest van ongeoorloofde afwezigheid. Daarnaast zijn de vooruitzichten beter indien de maatregel vanuit proefverlof wordt beëindigd. De duur en wijze van beëindiging lijken daarentegen geen verschil te maken. Ook maakt het niet uit of maatregel contrair of conform het advies werd beëindigd, zolang de andere kenmerken gelijk bleven. Wel van belang is het type uitgangsdeldict, de resultaten met hen die gewelds- of zedendelicten pleegden zijn het beste.

Uit onderzoek is eveneens gebleken dat de meeste ex-terbeschikkinggestelden binnen acht jaar recidiveren. Na de periode is de kans dat een ex-terbeschikkinggestelde recidive pleegt gering.⁷¹

Zoals gezegd is er sprake van een afname van recidive onder ex-terbeschikkinggestelden. Van de tbs-gestelden wiens tbs tussen 1994 en 1998 is beëindigd, is 10 jaar na beëindiging van de maatregel 41 % van hen opnieuw vervolgd wegens het plegen van enig misdrijf. Tussen 1989 en 1993 bedroeg dit 57 % en in de periodes daarvoor tussen de 66 en 73%. Voor ernstige recidive bedroegen deze percentages respectievelijk 35 %, 49 % en tussen de 57 en 61 %. Voor een totaaloverzicht verwijs ik naar bijlage 1 bij deze scriptie waarin een aantal relevante tabellen uit het WODC-rapport 2005 zijn opgenomen.

⁶⁹ Wartna e.a. 2005a, p 50.

⁷⁰ Wartna e.a. 2005, p 49.

⁷¹ Leuw e.a. 1999, p 4.

§ 5 Recidive tijdens tbs

Niet alleen na het beëindigen van de tbs-maatregel recidiveren tbs-gestelden, dit kan ook gebeuren tijdens de tbs-maatregel. Gedacht moet hierbij worden aan tbs-gestelden die overgaan tot het plegen van delicten tijdens verlof, proefverlof, ongeoorloofde afwezigheid of na harde ontsnappingen uit de tbs-inrichting.

In het meest recente onderzoeksrapport van het WODC wordt niet ingegaan op recidive van tbs-gestelden tijdens de tbs-maatregel. Voor deze gegevens moet ik dan ook uitgaan van het in 1999 verschenen rapport.⁷² Uit onderzoek is gebleken dat ook recidive tijdens de tbs een sterk afnemende trend vertoont.⁷³ In de periode 1989-1993 recidiveerde 29 % van de tbs-gestelde tijdens de tbs-behandeling. Dit is een hele verbetering, ten opzicht van de periode van 1984-1988 en van 1979-1984, toen dit percentage nog 32 respectievelijk 42 % bedroeg.⁷⁴ Voor een totaal overzicht verwijs ik naar bijlage 2 bij deze scriptie waarin een tabel uit het WODC-rapport van 1999 is opgenomen.

Aan deze positieve ontwikkeling kan een aantal interpretaties worden gegeven.⁷⁵ Een verklaring voor de verminderde recidive kan gelegen zijn in een effectiever toezicht en een effectievere behandeling. Dit effectievere toezicht zou onder meer kunnen worden afgeleid uit de verminderde ongeoorloofde afwezigheid. Daarnaast kan de recidive heel goed zijn afgenomen doordat er minder snel wordt overgegaan tot het verlenen van proefverlof. De hiervoor genoemde positieve ontwikkeling heeft echter ook een minder positieve kant, zo is de recidive tijdens tbs steeds problematischer van aard. In 47 % van de gevallen gaat het om geweldsdelicten.

§ 6 Een vergelijking

Bij de beantwoording van de vraag of de tbs-maatregel succesvol is geweest, is doorslaggevend de mate van (gewelds)recidive na beëindiging van de maatregel.⁷⁶ Uiteindelijk gaat het echter niet om de vraag of de tbs-gestelde opnieuw in contact is gekomen met justitie, maar om de vraag of ze nog een fysiek gevaar voor de maatschappij opleveren.⁷⁷

Een indicatie bij het bepalen van de effectiviteit van de tbs-maatregel kan een vergelijking worden gemaakt met 'gewone' gedetineerden. Een dergelijke vergelijking is mogelijk, omdat metingen in het

⁷² Leuw e.a. 1999.

⁷³ Leuw e.a. 1999, p. 2 en 3.

⁷⁴ Leuw e.a. 1999, p. 34.

⁷⁵ Leuw e.a. 1999, p. 34.

⁷⁶ Leuw e.a. 1999, p. 33.

⁷⁷ Leuw e.a. 1999, p. 33.

kader van de WODC-Recidivemonitor altijd op dezelfde manier worden uitgevoerd. Bij een vergelijking tussen deze twee groepen is een opvallend verschil zichtbaar, bedraagt de algemene recidive bij ex-gedetineerden na 6 jaar maar liefst 71 %, bij ex-terbeschikkinggestelden⁷⁸ bedraagt dit percentage slechts 36 %.⁷⁹ Bij beide percentages is uitgegaan van algemene recidive. Gedacht kan worden dat hierdoor geen realistische vergelijking kan worden gemaakt, aangezien dus ook elke kleine vorm van criminaliteit meetelt. Hierdoor zou een vertekend beeld kunnen ontstaan, doordat verwacht wordt dat tbs-gestelden ernstigere delicten zouden plegen. Dit is echter onjuist, in de onderzoeken is tevens onderzocht hoe hoog deze percentages zijn bij ernstige recidive. Onder ernstige recidive wordt verstaan nieuw justitiecontact na aanleiding van een delict met een strafdreiging van vier jaar of meer. Bij de ernstige recidive bedragen de percentages respectievelijk 57⁸⁰ en 28⁸¹ %. Voor een volledig overzicht van de cijfers met betrekking tot 'gewone' gevangenen verwijs ik naar bijlage 3 bij deze scriptie waarin een aantal tabellen is opgenomen uit het WODC-rapport. Geconcludeerd kan worden dat ex-terbeschikkinggestelden minder vaak recidiveren dan 'gewone' gedetineerden, hetgeen een rol kan spelen bij de beoordeling van de effectiviteit van de tbs-maatregel. Dit kan van belang zijn bij de bepaling van de aansprakelijkheid. De behandeling is immers duidelijk effectief. Kan nu worden gezegd dat indien een tbs-maatregel wordt opgelegd, in plaats van een gewone celstraf en de dader recidiveert, de overheid daarvoor aansprakelijk is? Zij zou dit niet zijn indien de dader na een gewone celstraf vrijkomt en weer recidiveert. Is het redelijk dat zij dit wel is, indien zij probeert de dader te behandelen om zo te voorkomen dat wederom slachtoffers vallen en de dader dan wederom de fout in gaat? Dit is een aspect waarmee bij de bepaling van de aansprakelijkheid rekening kan worden gehouden.

§ 7 Conclusie

Uit de door het WODC gepubliceerde cijfers blijkt dat de recidive tijdens en na tbs in de laatste jaren sterk is afgenomen. Of dit een trend is die zich in de loop der jaren voort zal zetten, is niet met zekerheid te zeggen. Op dit moment is het echter een feit dat een bepaald percentage van de tbs-gestelden zowel tijdens als na tbs recidiveert. Dit blijkt uit die zelfde cijfers. De Staat kan dan ook niet beweren dat hij niet op de hoogte is van het feit dat een deel van de tbs-gestelden, zowel tijdens als na tbs, recidiveert. Uit de statistieken blijkt namelijk dat die kans tijdens de tbs nog altijd bijna 29 % en na de tbs binnen 10 jaar nog altijd 41 % bedraagt. Voorgaande jaren was deze kans zelfs nog groter.

Het WODC doet niet alleen onderzoek naar recidive onder tbs-gestelden, maar ook onder 'gewone' gedetineerden. Uit een vergelijking tussen deze beide groepen blijkt dat de recidive onder tbs-

⁷⁸ Wartna e.a. 2005b, p. 80.

⁷⁹ Wartna e.a. 2005, p. 29.

⁸⁰ Wartna e.a. 2005b, p. 80.

⁸¹ Wartna 2005, p. 79.

gestelden beduidend lager is dan die onder gewone gedetineerden. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat tbs effectieve maatregel is. Daarnaast moet men niet uit oog verliezen dat een tbs-gestelde niet eeuwig in een kliniek kan worden vastgehouden. Met name indien de straf die op het gepleegde delict staat in verhouding vrij laag is, kan een tbs-gestelde niet levenslang worden opgenomen. Er komt een moment dat de tbs zal moeten eindigen en het is voor de maatschappij wenselijk dat de tbs-gestelde dan niet plotseling terugkeert in de maatschappij. Indien hieraan verlopen en proefverlof vooraf gaan is de kans op recidive immers kleiner. Men zou kunnen nadenken over de vraag of het risico op het plegen van delicten tijdens deze verlopen opweegt tegen het risico dat de maatschappij loopt indien vóór beëindiging van de tbs niet eerst verlopen plaatsvinden. Gaat het immers fout tijdens deze verlopen, dan is de beëindiging nog niet in zicht en kan de behandeling voort worden gezet. Gaat het goed, dan kan de tbs-gestelde langzaam wennen aan zijn vrijheid, waardoor de kans dat hij wederom de fout in gaat beduidend kleiner is.

Zoals ik in de inleiding van dit hoofdstuk reeds heb aangegeven speelt de mate van recidive een grote rol bij het bepalen van de voorzienbaarheid. De voorzienbaarheid is een belangrijke factor bij het bepalen van aansprakelijkheid. Ik heb daarbij tevens aangegeven dat ik hier eerst in hoofdstuk 4 op in zal gaan, dat zal ik ook doen. Er is echter één punt dat uit de WODC-rapporten naar voren kwam dat ik hier reeds wil benadrukken. Aangegeven wordt dat er een aantal kenmerken zijn die samenhangen met recidive na tbs. Ik ben van mening dat de meeste van deze factoren ook een rol kunnen spelen bij recidive tijdens tbs. Genoemd worden: eerder justitieel contact, geslacht, geboorteland, leeftijd, eventuele ongeoorloofde afwezigheid tijdens de behandeling, beëindiging vanuit proefverlof en het uitgangsdeldict. Daarnaast worden een aantal kenmerken genoemd die geen verschil lijken te maken: duur, wijze van beëindiging, contraire of conforme beëindiging. In hoofdstuk 4 en 5 zullen factoren aan de orde komen die relevant zijn bij het beantwoorden van de vraag of kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord is gehandeld. Het zal interessant zijn deze met de hier genoemde kenmerken te vergelijken. Ik zal hier in mijn eindconclusie op terugkomen.

Hoofdstuk 4 Grondslagen voor aansprakelijkheid

§ 1 Inleiding

In Staat/K komen twee grondslagen naar voren waarop de vordering is gebaseerd. Allereerst is in eerste aanleg aangevoerd dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld, omdat zij onvoldoende toezicht zou hebben gehouden en haar beslissing tot het verlenen van ongebeleid verlof niet verantwoord was. Hierdoor heeft zij gehandeld in strijd met de betaamde zorgvuldigheid. De tweede grondslag is eerst, zoals reeds in hoofdstuk 2 beschreven, in tweede aanleg aangevoerd. Ook al zou de overheid niet onrechtmatig hebben gehandeld door tot het verlenen van verlof over te gaan, is haar handelen evengoed onrechtmatig, aangezien geen schadevergoeding aan K. is aangeboden. Hiermee zou de overheid in strijd met het *égalité*-beginsel hebben gehandeld.

In dit hoofdstuk zal ik ingaan op beide bovengenoemde grondslagen. Ik zal aan de hand van de algemene leerstukken gaan kijken óf en in hoeverre, in een zaak als deze, plaats is voor overheidsaansprakelijkheid. Welke vereisten kunnen problemen of discussie opleveren? Welke standpunten kunnen daarbij verdedigd worden en welke verdienen de voorkeur? Daarbij kan men niet ontkomen aan het feit dat er diverse conflicterende belangen spelen, waartussen een afweging dient te worden gemaakt. Tot slot zal ik concluderen in hoeverre aansprakelijkheid op grond van de beide grondslagen mogelijk is en zal ik aangeven hoe mijn opvatting zich verhoudt tot die van de Hoge Raad.

Bij voorbaat merk ik op dat ik mij zal beperken tot de civielrechtelijk aansprakelijkheid. De mogelijkheden tot bestuursrechtelijke aansprakelijkheid zal ik geheel buiten beschouwing laten.⁸² Ook het bespreken van de bevoegdheid en ontvankelijkheid van de burgerlijke rechter gaat de reikwijdte van deze scriptie te buiten en zullen daarom niet aan de orde komen. Uitgangspunt dat ik hanteer, is dat de burgerlijke rechter bevoegd en ontvankelijk is.

⁸² Voor een uitgebreide behandeling van deze problematiek verwijs ik naar onder andere Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 268-271, Spier e.a. 2003, nr. 169-172, Van Maanen 2005, p. 33-42 en Van Wijk/Konijnenbelt 2002, p.659-742.

§ 2 Algemeen

§ 2.1 Het begrip “overheid”

Onder het begrip “overheid” vallen alle organen die in de Grondwet geregeld worden en genoemd worden in art. 1:1 AWB en de in art. 2:1 BW genoemde rechtspersonen.⁸³ De Staat, provincies, gemeenten, waterschappen, veenschappen en veenpolders en daarnaast de in art. 134 Grondwet genoemde rechtspersonen. Ofwel, het geheel van organen met publiekrechtelijke bevoegdheden, om het even welke functie zij uitoefenen.

In deze scriptie wordt met het begrip “de overheid”, al deze organen en rechtspersonen bedoeld. Daarvan dient te worden onderscheiden het begrip “de Staat”. De Staat is slechts een onderdeel van de hiervoor genoemde overheid. De Staat is degene die toezicht houdt op het tbs-systeem en de doorslaggevende stem heeft bij verlovverlening en de beslissing tot het al dan niet opsporen van ongeoorloofd afwezige tbs-gestelden. Voor een uitgebreide beschrijving van zijn taken verwijs ik naar § 6.4 van hoofdstuk 2. In hoofdstuk 5 zal, naast de Staat, ook de gemeente als overheid in beeld komen.

§ 2.2 Beleidsvrijheid en rechterlijke toetsing

Zoals ik hiervoor reeds heb aangegeven zal ik mij uitsluitend richten op de civielrechtelijk aansprakelijkheid van de overheid. Voor de bepaling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid is van groot belang nader in te gaan op de beleidsvrijheid en de rechterlijke toetsing. Het is belangrijk te weten in hoeverre de overheid bepaalde vrijheden heeft en in hoeverre de rechter deze mag toetsen, omdat het in strijd met de trias politica zou zijn indien de rechter op de stoel van de bestuurder ging zitten. Om deze reden zal ik dit onderwerp dan ook kort behandelen.

De overheid heeft te maken met vele verschillende belangen, zij dient een afweging tussen deze maatschappelijke belangen te maken en tot een keuze te komen. Deze keuze kan veelal politiek van aard zijn, waarbij de belangen van de éne groep of persoon worden afgewogen tegen de belangen van een ándere groep of persoon. Door middel van deze afwegingen en keuzes vormt de overheid een beleid en zij dient dit beleid zorgvuldig uit te voeren.⁸⁴

De beleidsvrijheid die de overheid in bepaalde gevallen heeft, kan variëren van zeer groot tot vrijwel nihil. De mate van vrijheid vloeit voort uit de wettelijke regeling waarop de bestuursbevoegdheid is

⁸³ Van Maanen 2005, p. 11.

⁸⁴ Van Maanen 2005, p. 45 en Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 281.

gebaseerd of uit de aard van de overheidstaak in kwestie. De rechter gaat van geval tot geval na hoe groot de beleidsvrijheid is en in hoeverre ruimte dient te worden gegeven aan het bestuur. Hij baseert zich hierbij op interpretatie van de wettelijke voorschriften waaraan het bestuur zijn bevoegdheden of taken ontleent, de aard van de taak en de specifieke omstandigheden van het geval.⁸⁵

De rechter kan wel de wijze van uitvoering van het beleid toetsen, het is echter in beginsel niet mogelijk dat de rechter overgaat tot een beoordeling van de politieke afweging. Kort gezegd: de rechter mag wel de rechtmatigheid, maar niet de doelmatigheid van het beleid toetsen.⁸⁶ In gevallen waarin een grote beleidsvrijheid is, zal de rechter terughoudend moeten zijn in zijn toetsing. Is de beleidsvrijheid echter nihil, dan zal de rechter mogen overgaan tot een veel grondigere toetsing.

Uit het voorgaande kan niet worden afgeleid dat de overheid ongestoord zijn gang kan gaan, zonder op de vingers te worden getikt wanneer zij een fout maakt.⁸⁷ Enerzijds wordt bij de overheid minder snel aansprakelijkheid aangenomen, omdat zij een bepaalde beleidsvrijheid heeft en toetsing slechts marginaal kan plaatsvinden. Anderzijds is de overheid juist eerder aansprakelijk dan een willekeurige burger, aangezien handelen van de overheid soms eerder de grens tussen onfatsoenlijk of onbehoorlijk handelen en onrechtmatigheid zal overschrijden. Dit blijkt onder andere uit het feit dat ook de burgerlijke rechter tegenwoordig rechtstreeks kan toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁸⁸ De rechter kon reeds toetsen aan het zorgvuldigheidsbeginsel c.q. de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm door middel van artikel 6:162 BW. Dit beginsel is verder uitgekristalliseerd in verschillende algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij beginselen die in dit geval van belang zouden kunnen zijn kan onder andere worden gedacht aan het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het gebod van belangenafweging en de materiële zorgvuldigheid. Dit laatste beginsel kan weer worden onderverdeeld in het beginsel van de minste pijn, het evenredigheidsbeginsel en het *égalité devant les charges publiques*-beginsel. In het oordeel over de zorgvuldigheid van het gedrag van de overheid kan tegelijkertijd rekening worden gehouden met het feit dat de overheid enige mate van beleidsvrijheid beschikt.⁸⁹ De rechter neemt op deze manier in het bepalen van de vereiste zorgvuldigheid mee dat de overheid over een bepaalde beleidsvrijheid beschikt en zal daar bij de beoordeling van de zorgvuldigheid dan ook rekening mee houden.

Uit het voorgaande kan slechts worden geconcludeerd dat geen eenduidig antwoord mogelijk is op de vraag in hoeverre de rechter bevoegd is het handelen van de overheid te beoordelen. Lange tijd heeft de rechter slechts een marginale toetsing mogen toepassen. Hierin is echter verandering gekomen

⁸⁵ Van Wijk/Konijnenbelt 2002, p. 689-692 en Van Maanen 2005, p. 46.

⁸⁶ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 290 b en c en nr. 269 en Van Maanen 2005, p. 45.

⁸⁷ Giesen 2005, p. 161.

⁸⁸ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 290 a en Van Maanen 2005, p. 3 en 4.

⁸⁹ Van Maanen 2005, p. 44 en 45 en Giesen 2005, p. 161.

doordat de rechter sinds het Ikon-arrest⁹⁰ rechtstreeks mag toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hierdoor is een verdergaande toetsing mogelijk geworden.

§ 3 Onrechtmatige daad op grond van onzorgvuldig handelen

§ 3.1 Algemeen

Voor het aansprakelijk stellen van de overheid bestaat geen aparte regeling. Dit is een bewuste keuze van de wetgever geweest, die de ontwikkelingen van de rechtspraak wilde openlaten, zodat deze zich aan zou kunnen passen aan de wijzigende omstandigheden.⁹¹ De overheid is daarom op dezelfde wijze aansprakelijk als een willekeurige particuliere persoon voor de schade die zij veroorzaakt.⁹² Wil men de overheid aansprakelijk stellen, dan zal men dit daarom moeten doen met behulp van de gewone bepalingen in het burgerlijk wetboek.

Toch kan worden gesteld dat men te maken heeft met een bijzonder leerstuk. Voor de overheid gelden namelijk ten dele andere maatstaven dan voor de gewone burger, wanneer men overgaat tot de beoordeling van het onrechtmatige karakter van haar daden.⁹³ De oorzaak hiervan is gelegen in het feit dat de overheid te maken heeft met andere drijfveren dan burgers. Waar de burger wordt gedreven door het eigen belang, heeft de overheid te maken met het algemeen belang. Om het algemeen belang te kunnen behartigen worden afwegingen en keuzes gemaakt en soms moeten daarvoor de belangen van bepaalde personen of groepen wijken voor die van anderen.⁹⁴ De overheid geniet bij het afwegen van deze belangen een zekere mate van vrijheid, deze vrijheid dient door de rechter bij het bepalen van de onrechtmatigheid van haar handelen, zoals in § 2 reeds is aangegeven, te worden gerespecteerd. Daarnaast is de overheid bij haar handelen gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Hiervoor heb ik reeds meerdere malen aangegeven dat de overheid te maken heeft met andere belangen dan een gewone burger. Om een beeld te geven van deze belangen, zal ik aangegeven met welke belangen de overheid in een geval als dit onder andere rekening dient te houden. De algemene veiligheid; de therapie en het genezingsproces van de tbs-gestelde; het doel en de achterliggende gedachte van de tbs-maatregel: reïntegratie; het recht van de tbs-gestelde op verlof; de kosten van tbs-plaatsen en eventuele schadevergoedingen; het feit dat bij gewone detentie ook een maximum straf

⁹⁰ HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727.

⁹¹ K II PG boek 6, p. 604.

⁹² Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 280.

⁹³ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 280 en Van Maanen 2005, p. 2.

⁹⁴ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 281 en Van Maanen 2005, p. 45.

bestaat en men tbs-gestelden dus niet zonder meer levenslang kan opsluiten voor een zelfde delict; het belang van mogelijke slachtoffers; etc.

§ 3.2 Vereisten waaraan dient te zijn voldaan

§ 3.2.1 Inleiding

Aansprakelijkheid van de overheid komt pas vast te staan indien aan alle voorwaarden van onrechtmatige daad is voldaan. In deze paragraaf zal ik ingaan op die vereisten van onrechtmatige daad die in een geval als dit, waarbij onzorgvuldig handelen wordt verweten, mogelijkterwijs twistpunten kunnen vormen. Allereerst de onrechtmatigheid, die gelegen kan zijn in een inbreuk op een recht of een handelen in strijd met een wettelijke plicht of hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Daarnaast ook de toerekening, relativiteit en het causale verband. Bij deze punten zal ik aangeven in hoeverre wel of niet is voldaan aan deze vereisten en waar de mogelijke problemen zitten. Tot slot zal ik in mijn tussenconclusie aangeven waarom aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad wel of niet mogelijk is.

§ 3.2.2 “Hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt”

§ 3.2.2.1 Algemeen

Zoals gezegd zijn er drie vormen van onrechtmatig handelen. Als onrechtmatige daad kan onder andere worden aangemerkt een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁹⁵ Op deze vorm zal ik als eerste ingaan, daar het in concreto de belangrijkste is en daar hetgeen ik hieromtrent beschrijf voor een groot deel ook op de andere vormen van toepassing is. Het is een norm die met opzet zeer vaag en ruim is geformuleerd en waaraan aan de hand van de omstandigheden van het geval invulling dient te worden gegeven. Bij de bepaling van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt wordt gebruik gemaakt van zogenaamde betamelijkheids- of zorgvuldigheidsnormen. Gekeken moet worden of de aangesproken persoon, of in dit geval de overheid, anders handelde dan hij met het oog op de belangen van de benadeelde had behoren te doen.

Naar mijn mening kan in het een geval als dit sprake zijn van een gevaarstellingssituatie. De overheid voert een tbs-beleid en onderdeel van dit beleid vormt het verlenen van verlof. Aan dit beleid kleeft een risico dat grote gevolgen kan hebben. Het kan voorkomen dat tbs-gestelden tijdens dit verlof

⁹⁵ Art. 6:162 lid 2 BW

recidiveren en dat (willekeurige) andere burgers hierdoor schade oplopen. Gesteld kan worden dat de overheid door het toestaan en verlenen van het verlof een gevaar in het leven roept: door de tbs-gestelde verlof te verlenen, wordt deze in de gelegenheid gesteld te recidiveren. Weliswaar verwacht de overheid dat het gevaar zich in dit concrete geval niet zal verwezenlijken, anders had zij geen verlof verleend. Er is echter geen enkele garantie mogelijk dat de tbs-gestelde niet zal recidiveren, zij kan enkel oordelen dat het gevaar in voldoende mate is teruggedrongen, waardoor verlof verantwoord is, 100 % zekerheid kan zij daarbij niet geven. Naar mijn mening creëert de overheid hiermee een gevaarstellingssituatie, waarbij weliswaar niet bekend is of het gevaar zich zal verwezenlijken, maar het gevaar wel degelijk aanwezig is. Factor die daarbij van belang is is de vraag of de aangesprokene het gevaar kende of behoorde te kennen, met andere woorden of sprake is van gevaarstelling. Dit kan niet worden ontkend. De overheid weet uit ervaring dat tbs-gestelden tijdens verlof kunnen recidiveren. Dit blijkt immers overduidelijk uit de onderzoeken en cijfers die het WODC heeft gepubliceerd. Zij weet ook, dat zij niet met zekerheid kan zeggen of een bepaalde tbs-gestelde tijdens zijn verlof niet zal recidiveren. Kortom, zij is op de hoogte van het mogelijke gevaar.

Daarnaast moet worden nagegaan of aan de zogenaamde ‘kelderluik-criteria’⁹⁶ is voldaan. In dit welbekende arrest zijn een aantal factoren genoemd die als gezichtspunt dienen bij de beoordeling van een gevaarstellingssituatie. Wat was de aard en ernst van het gevaar, hoe groot was de kans op het ontstaan van de schade en in hoeverre was de schade voorzienbaar, hoe ernstig zou de mogelijke schade kunnen zijn en tot slot, hoe bezwaarlijk was het voor de ‘dader’ om maatregelen te nemen om het ‘ongeval’ te voorkomen, waarbij moet worden gedacht aan kosten, tijd en moeite.⁹⁷ In dit geval is het afhankelijk van de tbs-gestelde wat de aard en ernst van het gevaar is. Gekeken kan worden naar zijn strafblad, dit kan echter geen uitsluitsel bieden, ook andere strafbare feiten kunnen door hem gepleegd worden. Over de kans op het ontstaan van de schade in dit geval kan weinig gezegd worden, maar gekeken kan worden naar de algemene recidivecijfers. Waarbij opvalt dat de kans weliswaar steeds kleiner is geworden, maar dat deze nog steeds in bepaalde mate aanwezig is. Ook voor wat betreft de voorzienbaarheid zouden de recidivecijfers een aanknopingspunt kunnen vormen. De ernst van de schade valt niet in te schatten, omdat niet bekend is welke feiten de tbs-gestelde zou kunnen gaan plegen. De schade kan variëren van minder ernstig tot zeer ernstig, waarbij moet worden gedacht aan psychisch letsel, lichamelijk letsel of zelf het overlijden van personen. Tot slot is van belang hoe de overheid deze schade kan voorkomen. Het antwoord lijkt simpel, door geen verlof te verlenen. Immers, geen verlof, betekent geen kans om te recidiveren. Dit is echter onmogelijk, tbs-gestelden hebben in bepaalde mate recht op verlof, indien de behandeling aanslaat en voldoende verbetering in de geestelijke gesteldheid optreedt. Ook hebben zij, hoe moeilijk dat ook kan zijn om te aanvaarden en

⁹⁶ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.

⁹⁷ Onder andere Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 45, Giesen 2005, p. 115, Spier e.a. 2003, nr. 47 en Brahn/Reehuis 1999, nr. 606.

hoe ernstig de gevolgen ook kunnen zijn, recht op vrijheid. Andere, minder drastische maatregelen kunnen door de overheid worden genomen. Daarbij kan worden gedacht aan betere begeleiding en controle. Als voorbeeld kan hierbij worden gewezen op de proef Elektronisch Volgstelsel die momenteel loopt.

§ 3.2.2.2 Beleidsvrijheid

Kan in het onderhavige geval worden gesteld dat de overheid niet zorgvuldig en daarom onrechtmatig heeft gehandeld? Het slachtoffer heeft dit gedaan. Door niet voldoende toezicht te houden en door het niet verantwoord verlenen van ongebeleid verlof zou de overheid onzorgvuldig hebben gehandeld. Zowel de rechtbank als het Hof en de Hoge Raad hebben deze stelling verworpen. Dit heb ik in hoofdstuk 1 reeds uitgebreid besproken en ik zal hier verder dan ook niet meer op ingaan.

De Hoge Raad stelt dat enkel het verwezenlijken van het risico het besluit niet onrechtmatig maakt. Maatstaf is kort gezegd of de overheid kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord heeft gehandeld. Deze maatstaf is door K. bestreden.

Hier komen de beleidsvrijheid van de overheid en de toetsingsmogelijkheid van de rechter om de hoek kijken. Voor het verlenen van verlof dient te worden beoordeeld of het verantwoord is de tbs-gestelde tijdelijk terug te laten keren in de maatschappij. Om tot dit besluit te komen dient een afweging te worden gemaakt. Aan de hand van de vorderingen van de behandeling van de tbs-gestelde dient een inschatting te worden gemaakt, de Minister van Justitie heeft in deze het laatste woord. Er bestaat hier duidelijk een bepaalde beleidsvrijheid en deze dient, zoals reeds meerdere malen gezegd, door de rechter te worden gerespecteerd. Daarom is het ook verklaarbaar dat de Hoge Raad als maatstaf gebruikt of kennelijk onverantwoord is gehandeld. De rechter is niet bevoegd de gehele besluitvorming over te doen en te kijken of zij tot hetzelfde besluit zou zijn gekomen. Zou zij dit doen, dan zou zij op de stoel van de bestuurder gaan zitten en handelen in strijd met de trias politica, de basis van ons rechtsstelsel. Zij mag slechts overgaan tot een beoordeling waarin zij bepaalt of de overheid in redelijkheid tot dit besluit heeft kunnen komen. In dit kader past veel beter een maatstaf die uitgaat van kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord handelen, dan een maatstaf die uitgaat van verantwoord handelen. Om dit laatste te kunnen bepalen zou de Hoge Raad namelijk de hele besluitvorming hebben moeten overdoen. A-G Spier geeft aan dat bij de beoordeling of de Staat in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid heeft gehandeld, slechts marginaal zou mogen worden getoetst. Het Hof is naar zijn mening ook van een zodanige marginale toetsing uit gegaan.⁹⁸ De Hoge Raad is van

⁹⁸ HR 28 mei 2004, Conclusie A-G Spier, onder 4.17.

mening dat het Hof zich klaarblijkelijk niet heeft beperkt tot een zuiver marginale toetsing.⁹⁹ Daarbij wordt niet aangegeven dat dit onjuist was. Dit bevestigt nogmaals mijn conclusie in § 2 dat geen eenduidig antwoord mogelijk is op de vraag in hoeverre de rechter bevoegd is het handelen van de overheid te beoordelen.

Naar mijn mening is de rechter bevoegd tot een toetsing die verder gaat dan een zuiver marginale toetsing. Hij is bevoegd na te gaan of de overheid in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen, waarbij als maatstaf heeft te gelden of het besluit kennelijk onredelijk was. De rechter is echter ook bevoegd rechtstreeks te toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In die zin kan hij verder gaan dan enkel te kijken of het besluit redelijk was. Hij is echter niet bevoegd over te gaan tot het volledig overdoen van de besluitvormingsprocedure. Gekeken mag worden of het besluit in redelijkheid genomen heeft kunnen worden en of er geen algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn geschonden, niet of de rechter het inhoudelijk eens is met het besluit.¹⁰⁰ De visie komt in grote lijnen overeen met de opvatting van de Hoge Raad.

§ 3.2.2.3 Voorzienbaarheid

Komt men terug op de vraag of de Staat in dit geval kennelijk onzorgvuldig of kennelijk onverantwoord en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. Eén van de kelderluikcriteria speelt hierbij een essentiële rol, namelijk de voorzienbaarheid. In het Zwiepende tak arrest¹⁰¹ heeft de Hoge Raad bepaald dat handelen slechts onrechtmatig is “indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval (...) als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich van dat gedrag had moeten onthouden.” Deze regel wordt in het onderhavige arrest bevestigd, de Hoge Raad geeft aan dat enkel het feit dat het risico zich heeft verwezenlijkt, onvoldoende is voor het aannemen van aansprakelijkheid. Van groot belang is dan ook de vraag in hoeverre voorzienbaar is dat een tbs-gestelde tijdens zijn verlof wederom de fout in gaat. Hoe groot is deze kans en in hoeverre kan van de overheid worden verwacht dat zij dit risico kende dan wel behoorde te kennen?

Onder meer om die reden is hoofdstuk 3 in deze scriptie opgenomen. De cijfers die het resultaat zijn van de jarenlange onderzoeken naar recidive onder tbs-gestelden tijdens en na hun behandeling, kunnen een grote rol spelen bij de vraag naar de voorzienbaarheid. Voor de exacte cijfers verwijs ik naar paragraaf 4 van hoofdstuk 3 en bijlage 1 tot en met 3. Uit die gegevens blijkt dat de recidive na tbs in de laatste jaren sterk is afgenomen, in de voorgaande jaren vertoonde recidive tijdens tbs een zelfde verloop. Niet onaannemelijk is dan ook dat ook de kans op recidive tijdens tbs in de laatste

⁹⁹ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 3.5.

¹⁰⁰ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 290 c.

¹⁰¹ HR 9 december 1994, NJ 1996, 403.

jaren eveneens is afgenomen en nu zelfs minder dan 29% bedraagt. Voor het verlov van deze scriptie zal ik uitgaan van deze 29 %, daarbij moet echter niet uit het oog worden verloren dat dit percentage tegenwoordig waarschijnlijk lager ligt.

De hiervoor genoemde onderzoeken en cijfers zijn afkomstig van de WODC, welk deel uitmaakt van het Ministerie van Justitie. Er kan dan ook van uit worden gegaan dat de overheid deze cijfers kende, dan wel zeker behoorde te kennen en niet gezegd kan worden dat de Staat niet op de hoogte was van de recidivepercentages. Kan nu ook worden gesteld dat de overheid dús wist dat de kans op recidive in het concrete geval bestond, omdat een bepaald percentage van de tbs-gestelden tijdens en na tbs recidiveert, de Staat had kunnen weten dat de kans ook in dit geval (groot) was? En had deze kennis hem moeten weerhouden tot het verlenen van verlov over te gaan?

Enerzijds kan worden beweerd dat de Staat aan de hand van de recidivecijfers weet dat er in elk concreet geval van verlovverlening een bepaalde kans bestaat dat de tbs-gestelde zal recidiveren. Wanneer dit risico zich daadwerkelijk verwezenlijkt, was de schade voorzienbaar en heeft de overheid dat risico geaccepteerd door verlov te verlenen. Wanneer men het zo bekijkt lijkt het onbetwistbaar dat in dit geval onrechtmatig is gehandeld, door ondanks deze wetenschap toch verlov te verlenen. Dit is echter wel erg kort door de bocht. Kan op basis van de cijfers waarmee de overheid bekend was worden gesteld dat zij wist wat de kans op recidive in dít concrete geval was? Nee, de cijfers zeggen iets over recidive in het algemeen, maar niets over de kans dat deze concrete tbs-gestelde zal recidiveren. De mogelijkheid dat een tbs-gestelde zal recidiveren kan niet geheel worden uitgesloten. Deze kans kan alleen worden ingeschat door naar de betreffende persoon zelf te kijken. Hoe is de behandeling verlopen, hoe gedraagt of misdraagt de tbs-gestelde zich, hoe stelt de tbs-gestelde zich op, is hij bereid te veranderen, werkt hij mee, enzovoorts. Om de kans in dít geval te kunnen inschatten dient naar deze tbs-gestelde worden gekeken en dient een risico-inschatting te worden gemaakt. Dit gebeurt in ons tbs-systeem, de behandelaars en de Minister van Justitie proberen aan de hand van verslagen, rapporten, verplegingsplannen, behandelingsplannen en verlovplannen te beoordelen of het risico voldoende is teruggebracht. Zijn zij van mening dat verlov verantwoord is, dan kunnen zij verlov verlenen. Door zich bij de verlovbeoordeling uitsluitend te laten leiden door cijfers die zijn gebaseerd op het gedrag van andere tbs-gestelden, zou de overheid onrechtvaardig (en wellicht zelfs onrechtmatig) handelen ten opzichte van de tbs-gestelde.

§ 3.2.2.4 Invulling van de zorgvuldigheidsnorm

Hoe dient de zorgvuldigheidsnorm die in concreto geldt te worden ingevuld? In dit geval hebben we te maken met de overheid, deze kan worden gezien als toezichthouder. De Minister van Justitie heeft immers vele ingrijpende taken en bevoegdheden gedacht kan daarbij worden aan het volgende: ten

aanzien van rijksinrichtingen berust het opperbeheer bij de Minister van Justitie;¹⁰² Bij particulier inrichtingen is de Minister van Justitie belast met het toezicht op de verpleging van personen die daar behandeld worden;¹⁰³ (Zoals in hoofdstuk 2 reeds is aangegeven, is het streven dat alle tbs-inrichtingen in de toekomst geprivatiseerd zijn.) Daarnaast heeft de Minister van Justitie een doorslaggevende stem bij het verlenen en intrekken van (proef)verlof; Bovendien beschikt de Minister van Justitie over alle informatie bij ongeoorloofde afwezigheid of andere bijzonderheden en kan hij aanwijzingen geven omtrent de signalering of intrekking van signalering. Zowel uit de tekst van de wettelijke bepalingen, als uit zijn bevoegdheden, blijkt duidelijk dat de Minister van Justitie, en daarmee de Staat, is belast met het toezicht in gevallen als deze. De problematiek van aansprakelijkheid bij toezichthouders is daarom in concreto aan de orde. Het is een problematiek die de laatste tijd hevig ter discussie staat en waaromtrent veel gepubliceerd wordt. Ik zal mij hier beperken tot die onderdelen die voor deze scriptie van belang zijn. (Een groot deel van de discussie spitst zich namelijk toe op marktautoriteiten en dergelijke.) Giesen¹⁰⁴ gaat in zijn boek in op de invulling van de zorgvuldigheidnorm bij toezichthouders. Een maatstaf die in vele gevallen wordt aangelegd, is de beoordeling wat een redelijk handelend persoon in een bepaalde situatie zou hebben gedaan.¹⁰⁵ Denk hierbij bijvoorbeeld aan een redelijk handelend arts, advocaat, etc. Deze zelfde norm kan in een geval als het onderhavige worden aangelegd, aldus Giesen.¹⁰⁶ Hoe heeft een redelijk handelend toezichthouder zich te gedragen? Hij geeft echter aan dat de Hoge Raad van een andere, minder snel tot onzorgvuldigheid leidende maatstaf, is uitgegaan. Giesen wijst er op dat de Hoge Raad in dit geval ook niet anders kon, omdat de norm het “kennelijk onverantwoord handelen” niet was bestreden. Giesen sluit zich verder aan bij A-G Spier, welke van mening is dat aansprakelijkheid op grond van een gewone onrechtmatige daadsactie wel degelijk mogelijk is.¹⁰⁷ A-G Spier verwijst hierbij naar vergelijkbare jurisprudentie, waarin weliswaar niet geheel gelijke gevallen aan de orde waren.¹⁰⁸ Deze en andere jurisprudentie zal in hoofdstuk 5 aan de orde komen. Waarbij ik een gevalsvergelijking zal gaan maken en zal gaan kijken in hoeverre deze jurisprudentie voor het onderhavige geval van belang kan zijn. Eerst dient de volgende vraag te worden beantwoord: Hoe heeft een redelijk handelend toezichthouder zich te gedragen?

Achteraf is het altijd eenvoudig om te bepalen of onjuist is gehandeld. Dat geldt zeker in dit soort zaken. Wanneer de tbs-gestelde recideveert, is dit het bewijs van het feit dat de Staat een beoordelingsfout heeft gemaakt. (Let wel, een beoordelingsfout is niet per definitie een onjuist

¹⁰² Art. 6 lid 2 BVT.

¹⁰³ Art. 8 lid 1 BVT.

¹⁰⁴ Giesen 2005, p. 106 en 107.

¹⁰⁵ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 43 en Giesen 2005 p. 107.

¹⁰⁶ Giesen 2005, p. 107 en 108.

Anders oordeelt met name Van Rossum, in Van Rossum 2001, p. 13-14.

¹⁰⁷ Giesen 2005, p. 131 en 132, m.n. noot 91.

¹⁰⁸ HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118, met noot van J. de Boer m.n. rov. 3.7 en 3.9 en Hof Leeuwarden 5 juni 1991, NJ 1992, 78.

besluit.) Deze kennis bestond op het moment van het nemen van het besluit nog niet. Daar moet met de beoordeling van het besluit rekening mee worden gehouden. De rechter dient de uitkomst in concreto niet mee te laten wegen, maar uit te gaan van de kennis die de Staat op dát moment had.¹⁰⁹ De vraag is dan ook, of de Staat, met de kennis die hij op het moment van het nemen van het besluit had, heeft gehandeld zoals een redelijk handelend toezichthouder heeft te handelen.

Van Rossum heeft in het verleden¹¹⁰ kritiek gehad op deze norm van redelijk handelend toezichthouder. Zij vond dat bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm bij toezichthouders niet moest worden uitgegaan van een redelijk handelend toezichthouder. Dat zou in deze gevallen te vaag zijn, aangezien er vaak niemand is met wie kan worden vergeleken. Bij de bepaling van de invulling van de zorgvuldigheidsnorm diende te worden uitgegaan van vijf gezichtspunten en de beginselen van behoorlijk toezicht.¹¹¹ Op deze opvatting lijkt zij te zijn teruggekomen, waarschijnlijk doordat in de jurisprudentie wel van deze norm wordt uitgegaan. In het preadvies van de NJV¹¹² geeft zij dan ook aan dat, hoe de norm ook luidt, de norm van redelijk handelend toezichthouder nader dient te worden ingevuld door vijf gezichtspunten en de beginselen van behoorlijk toezicht. Deze punten zijn 1) de aard en 2) het doel van het toezicht. Daarnaast 3) de bevoegdheden waarover de toezichthouder beschikt. 4) De vraag of de toezichthouder zijn instrumentarium voldoende heeft benut. En tot slot, 5) de vraag of de toezichthouder aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan. Ook Giesen¹¹³ heeft zich op het standpunt gesteld dat deze gezichtspunten zijn norm van redelijk handelend toezichthouder nader vorm kunnen geven, maar dat de norm wel gehanteerd moet blijven worden. Ik sluit mij hierbij aan. Deze gezichtspunten verduidelijken hoe de norm kan worden ingevuld. Telkens zal de norm van de redelijk handelend toezichthouder aan de hand van de omstandigheden van het geval dienen te worden ingevuld. De gezichtspunten kunnen daarbij een helpende hand vormen, maar zij moeten niet worden gezien als een limitatieve opsomming. Op de vraag of de gezichtspunten in dit geval van belang zijn, zal ik niet ingaan omdat ik over onvoldoende feitelijke gegevens beschik om hierover een oordeel te kunnen vormen.

Geconcludeerd kan worden dat bij de beoordeling van de Staat als toezichthouder geen andere beoordelingscriteria hoeven te worden gebruikt dan bij het gewone aansprakelijkheidsrecht. Men kan uitstekend uit de voeten met de gewone aansprakelijkheidsnormen. Dit is ook de conclusie die de NJV trekt in haar recente preadvies over toezicht.¹¹⁴ Ook bij een redelijk handelend toezichthouder zijn de hiervoor behandelde beleidsruimte, algemene beginselen van behoorlijk bestuur en kelderluik-

¹⁰⁹ Giesen 2005 p. 109 en Boom/Barendrecht 2000, p. 45 e.v.

¹¹⁰ Van Rossum 2001, p. 13-14.

¹¹¹ Van Rossum 2001, p. 14.

¹¹² Van Rossum 2005, p. 25-26.

¹¹³ Giesen 2005, p. 108-110.

¹¹⁴ Polak 2005, p. 1345.

criteria doorslaggevend, waarbij tevens de gezichtspunten van Van Rossum een rol kunnen spelen. Er dient geen andere maatstaf te worden aangelegd.

Naar aanleiding van het voorgaande ben ik van mening dat, net zoals de Hoge Raad heeft aangegeven, zolang de beoordeling van het verlof niet kennelijk onzorgvuldig heeft plaatsgevonden, de Staat niet onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. Een uitgebreidere toetsing zou in strijd met de trias politica zijn. Het enkele feit dat het risico zich geeft verwezenlijk is onvoldoende voor het aannemen van de onrechtmatigheid van het besluit. Aan de hand van het verloop van de behandeling en de omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of in het concrete geval kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord is gehandeld. Dat hierop geen vaststaand en vastomlijnd antwoord bestaat, blijkt reeds doordat de A-G aangeeft van mening te zijn dat in het onderhavige geval de gepleegde delicten voorzienbaar waren, terwijl de Hoge Raad juist de tegenovergestelde mening was toegedaan. Over de concrete omstandigheden zijn te weinig gegevens bekend en ik zal mij dan ook niet uitlaten over de vraag of in dít geval sprake was van voorzienbaarheid en of kennelijk onzorgvuldig was gehandeld. In welke situaties zou hiervan echter sprake kunnen zijn? Gedacht zou kunnen worden aan de situatie dat een tbs-gestelde tijdens zijn behandeling of tijdens een eerder verlof reeds de fout in is gegaan. Hoewel dit niet allesbeslissend kan zijn, een tbs-gestelde kan niet het recht op verlof worden ontzegd, doordat hij eenmaal (eventueel aan het begin van de behandeling) een fout heeft begaan. Indien een tbs-gestelde alsnog voldoende vooruitgang heeft geboekt, heeft ook hij recht op verlof. Voor te stellen is echter wel dat in zulke gevallen, met name indien het verlof niet al te lange tijd na het begaan van de fout plaatsvindt, sprake is van een bepaalde mate van voorzienbaarheid en van kennelijke onzorgvuldigheid zou kunnen worden gesproken. Daarnaast kan worden gedacht aan een geval waarin een tbs-gestelde kort voor het verlof, of in elk geval niet al te lang daarvoor, bij een behandelaar heeft aangegeven zelf te twijfelen aan de vraag of hij toe is aan verlof. Of indien hij heeft aangegeven een bepaalde behoefte te voelen tot het plegen van strafbare feiten. Maar ook indien deze heeft laten blijken (sterke) haatgevoelens of wrok jegens bepaalde personen te koesteren, waarvan onduidelijk is of hij deze gevoelens kan beheersen. Een ander voorbeeld zou zijn het geval waarin de overheid tegen het advies van de behandelaars in verlof verleent. Of indien zij op grond van een onvolledig dossier een beslissing nemen, voorzover zij daarvan op de hoogte zijn. Een heel ander geval waarin sprake kan zijn van onzorgvuldig handelen is, indien de Staat, nadat bekend is geworden dat een tbs-gestelde een gevaar vormt of ongeoorloofd afwezig is, onvoldoende maatregelen treft om deze te signaleren en weer op te nemen. Vast staat in elk geval dat niet elke tbs-behandeling eeuwig kan duren, één van de doelen van de maatregel is immers reïntegratie. Om de overgang tussen kliniek en maatschappij minder extreem te maken is verlof het uitgelezen middel. Bovendien is bewezen dat verlof van essentieel belang is voor de behandeling van de tbs-gestelde, het is een kans het geleerde in praktijk te brengen en zichzelf te bewijzen. Daar komt nog bij dat verlof tijdens de behandeling de kans op recidive na de behandeling vermindert. Het verdient dan ook de voorkeur tbs-gestelden

geleidelijk terug te laten keren in de maatschappij. Daarnaast heeft de overheid natuurlijk niet alleen rekening te houden met de mogelijke slachtoffers, maar ook met kosten, politieke belangen, het recht van de tbs-gestelde op verlof, enzovoorts. Op deze meer politieke belangen zal ik niet ingaan, daar dit deze scriptie te buiten gaat. Ik volsta dan ook met het enkel wijzen op enkele van deze belangen, om aan te geven dat de keuze die de overheid moet maken niet zo eenvoudig is als hij zou kunnen lijken.

§ 3.2.3 Andere vormen van onrechtmatige daad

Onrechtmatig handelen op grond van een inbreuk op een recht, zal in dit geval niet snel aanwezig zijn. Aangezien in dit geval goed verdedigd kan worden dat niet de Staat, maar V. een inbreuk op een recht van K. heeft gepleegd. Op deze vorm zal ik dan ook niet ingaan.

Onrechtmatig handelen op grond van een doen of nalaten in strijd met een wettelijk plicht kan in dit geval wel aan de orde zijn. Ik behandel deze grondslag pas na het handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid, omdat voor een groot deel van dezelfde norm kan worden uitgegaan. Artikel 50 en 51 van de Beginselenwet Verpleging Terbeschikkinggestelden, welke betrekking hebben op het verlenen van verlof en proefverlof, bepalen: “Indien de uit de stoornis van de geestvermogens voortvloeiende gevaarlijkheid van de ter beschikking gestelde voor de veiligheid van anderen dan de ter beschikking gestelde of de algemene veiligheid van personen of goederen dusdanig is teruggebracht dat het verantwoord is hem tijdelijk de inrichting te doen verlaten...”. De norm is dus dat het verlenen van het verlof verantwoord dient te zijn. Dit is ook de norm die bij de maatschappelijke zorgvuldigheid dient te worden aangelegd, is er onzorgvuldig of onverantwoord gehandeld. Ook bij deze grondslag zal de beleidsvrijheid van de overheid de toetsing door de rechter beperken en kan slechts worden beoordeeld of de overheid in redelijkheid tot dit besluit heeft kunnen komen, met andere woorden, was het besluit *kennelijk* onzorgvuldig of onverantwoord. Hiervoor verwijs ik naar § 3.2.2.2.

Mocht aansprakelijkheid op grond van schending van de norm in artikel 50 of 51 BVT stranden, dan is altijd nog een vordering op grond van onzorgvuldig handelen mogelijk, zoals hierboven uitgebreid is beschreven.

§ 3.2.4 Toerekening: schuld, wet of verkeersopvattingen

§ 3.2.4.1 Algemeen

Eerder heb ik aangegeven dat naar mijn mening geen sprake is van onrechtmatig handelen op grond van kennelijke onzorgvuldigheid, enkel doordat de tbs-gestelde wederom de fout in is gegaan.

Wanneer echter vast komt te staan dat de Staat kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord heeft gehandeld, staat de aansprakelijkheid nog niet vast. Daarvoor moet ook aan de overige vereisten van onrechtmatige daad zijn voldaan.¹¹⁵

Zo moet een onrechtmatige daad aan de dader kunnen worden toegerekend. Dit kan op drie gronden, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. De tweede grond kan in dit geval direct worden uitgesloten, aangezien er in de wet niets is geregeld ten aanzien van dit geval.

§ 3.2.4.2 Toerekening op grond van schuld

Toerekening op grond van schuld kan niet op dezelfde manier geschieden als bij een natuurlijk persoon. Bij schuld gaat het namelijk om persoonlijk verwijtbaarheid en aangezien de overheid een rechtspersoon is, die geen psyche of geweten heeft, kan zij geen schuld hebben in dezelfde zin als een natuurlijke persoon.¹¹⁶ Het is echter wel mogelijk een onrechtmatige daad op grond van schuld aan de overheid toe te rekenen. Gedacht moet daarbij bijvoorbeeld worden aan gevallen waarin de wet onjuist is uitgelegd¹¹⁷ of een besluit dat is vernietigd omdat het onrechtmatig was.¹¹⁸ Het is niet meer dan redelijk dat de overheid het risico draagt van verkeerde wetsuitlegging, omdat de overheid en niet de burger verantwoordelijk is voor wetshandhaving en wetstoepassing.¹¹⁹ Wanneer in een geval als het onderhavige komt vast te staan dat het besluit tot verlening van het verlof onjuist was, of met andere woorden, wanneer blijkt dat het besluit kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord was, zou de onrechtmatige daad wellicht op grond van schuld aan de overheid kunnen worden toegerekend. Eveneens wanneer zou blijken dat “verantwoord” in artikel 50 en 51 van de Beginselenwet Verpleging Terbeschikkinggestelden, niet als “kennelijk onverantwoord” moet worden uitgelegd, maar gewoon als “onverantwoord”. Dit laatste is naar mijn mening echter niet het geval.

§ 3.2.4.3 Toerekening op grond van verkeersopvattingen

Voor toerekening aan de overheid is de laatste toerekeningsgrond de belangrijkste, toerekening op grond van de in het verkeer geldende opvattingen. Deze toerekeningsgrond wordt gebruikt, indien persoonlijke verwijtbaarheid ontbreekt, terwijl aansprakelijkheid desondanks gewenst is.¹²⁰ Deze norm

¹¹⁵ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 290 e.

¹¹⁶ Van Maanen 2005, p. 76.

¹¹⁷ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 290 e, Van Maanen 2005, p. 77 en HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165.

¹¹⁸ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 290 e en Van Maanen 2005, p. 77 en 78.

¹¹⁹ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 290 e en Van Maanen 2005, p. 78.

¹²⁰ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 91 en Spier e.a. 2003, nr. 72.

kan door de rechter vrij worden uitgelegd, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹²¹ Van Maanen¹²² geeft hierbij een voorbeeld dat goed vergeleken kan worden met het onderhavige geval. Ook schadetoebrengen vanwege het feit dat afgegaan is op onjuist gebleken deskundige adviezen, kan een situatie opleveren die, ondanks het ontbreken van concrete verwijtbaarheid, toch voor iemands rekening hoort te komen. Men zou kunnen zeggen dat indien, in een geval als het onderhavige, komt vast te staan dat het besluit kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord was, maar men niet vindt dat kan worden toegerekend op grond van schuld, kan worden toegerekend op grond van verkeersopvattingen. Het besluit dat genomen moest worden is een belangenafweging en een beoordeling van een persoon, waarbij de Minister van Justitie afgaat op verslagen en adviezen van de behandelaars. Deze verslagen en adviezen zijn mensenwerk en er kunnen beoordelingsfouten worden gemaakt. Achteraf kan dan worden vastgesteld dat het besluit kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord was. De Staat kan naar mijn mening de verantwoordelijkheid voor het foute besluit dan niet naar de behandelaars verschuiven. De Staat neemt het besluit, en het zou onredelijk en naar mijn mening ook onwenselijk zijn, indien uitsluitend de behandelende instantie de schade daarvoor zou moeten dragen. De Staat, die in deze gevallen als een soort toezichthouder optreedt en die, het laatste doorslaggevende woord heeft, heeft hierin een eigen verantwoordelijkheid. Consequentie hier van is, en dat is ook niet meer dan redelijk, dat de schade ook voor rekening van de Staat komt.

De overheid heeft in het tbs-systeem zoals gezegd een toezichthoudende taak.¹²³ Zij waakt over verschillende belangen en om haar taak te kunnen uitvoeren heeft zij verschillende bevoegdheden en instrumenten tot haar beschikking staan. Indien later blijkt dat een derde schade lijdt en zij dit niet heeft tegengegaan of voorkomen, dan kan hieruit volgens Giesen¹²⁴ worden afgeleid dat zij de haar ter beschikking staande mogelijkheden om de situatie te controleren en te beheersen niet of onvoldoende heeft benut, ongeacht of dat in dat geval dan ook meteen verwijtbaar was. Hier komt het vierde gezichtpunt van Van Rossum naar voren, welke reeds in § 3.2.2.4 is genoemd. Aan de orde is hier, of dit verwijt ook aan de Staat kan worden toegerekend. Het probleem is dat anderen, derden, er op hebben vertrouwd en dat ook mochten, dat de toezichthouder zijn of haar werk zou verrichten en bepaalde schade dus zou voorkomen. Dat vertrouwen is terecht aanwezig, automatisch met het instellen van het toezicht. Giesen geeft daarbij aan dat het argument van beschaamd vertrouwen nog sterker is, indien het gaat om situaties waarbij alleen private partijen zijn betrokken.¹²⁵ Indien de overheid immers overgaat tot het uitvaardigen van regels, wekt zij meteen ook het vertrouwen dat deze regels gehandhaafd zullen worden.¹²⁶ Gebeurt dit niet of in onvoldoende mate, dan dient de schade, die

¹²¹ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 92.

¹²² Spier e.a. 2003, nr. 72.

¹²³ Zie § 3.2.2.4.

¹²⁴ Giesen 2005, p. 149.

¹²⁵ Giesen 2005, p. 149.

¹²⁶ Giesen 2005, p. 150.

als gevolg daarvan optreedt, naar verkeersopvattingen aan de overheid te worden toegerekend. Ook Hartlief¹²⁷ is van mening dat vertrouwen het toverwoord is. Toezicht beoogt een bijdrage te leveren aan het vertrouwen in het functioneren van hetgeen waarop toezicht wordt uitgeoefend. “Voor het bepalen van de positie van de toezichthouder lijkt het dan ook van groot belang te bepalen wat men van hem mocht verwachten en wat niet.”¹²⁸

Op dit punt is discussie mogelijk, heeft het slachtoffer gewoon pech gehad, of is het een risico dat door de overheid dient te worden gedragen? De Hoge Raad gaat uit van het eerste, niet het besluit, maar de tbs-gestelde heeft het slachtoffer geschaad. Het is gewoon pech dat het deze burger is overkomen, maar het had iedere willekeurige burger kunnen overkomen. Zoals Damen¹²⁹ in zijn bijdrage in “Voor risico van de overheid?” aangeeft, kan worden betoogd dat pech moet blijven. Wie toevallig bij een zwakke dijk woont heeft pech; wie als boer afhankelijk is van de natuur, moet rekening houden met af en toe een slechte oogst, pech moet blijven; wie een bepaalde productiewijze hanteert, zoals swill, heeft pech als ten gevolge van de varkenspest swill-gebruik verboden wordt; en zo gaat hij nog een aantal pagina's door. Hier kan echter tegenin worden gebracht dat het onredelijk zou zijn indien het slachtoffer voor de volledige schade zou moeten opdraaien, enkel omdat zij pech heeft gehad. Gepleit zou kunnen worden voor een vorm van solidariteit.¹³⁰ Indien de overheid aansprakelijk is, worden de kosten van de schadevergoeding door middel van verzekeringen en belasting verspreid over ons allemaal. Dit zou volgens een reden kunnen zijn die pleit voor aansprakelijkheid. Hier zou echter tegenin kunnen worden ingebracht dat het aan de overheid en niet aan de rechter is om te beslissen hoe het belastinggeld wordt besteed. Dit argument is niet al te sterk, omdat in alle gevallen van aansprakelijkheid een spreiding van de lasten plaatsvindt. De vraag die beantwoord moet worden is of pech moet blijven of dat pech weg moet? Pech voor het individu of solidariteit? Het kan natuurlijk niet zo zijn, dat de overheid voor elke vorm van schade opdraait, ongeacht het feit of zij daaraan schuld heeft. Een bepaalde mate van pech moet blijven,¹³¹ een bepaalde mate van solidariteit is echter ook gewenst. In elk individueel geval zal moeten worden gekeken of solidariteit op zijn plaats is, of dat dit te ver gaat, waardoor de overheid opdraait voor schade waar zij niets mee te maken heeft.

Het tbs-beleid wordt gevoerd in het algemeen belang. Het dient de veiligheid van ons allen, doordat tbs-gestelden worden opgesloten, maar ook doordat zij worden behandeld en de kans op recidive na ontslag daardoor kleiner is. Het alternatief zou zijn gewone gevangenisstraf en gevolg daarvan zou zijn dat vrijwel elke tbs-gestelde zou recidiveren. Ons tbs-beleid is daarom te prefereren boven die situatie. Het beleid brengt echter ook risico's met zich mee. Deze risico's dienen naar mijn mening door ons

¹²⁷ Hartlief 2005, p. 1126.

¹²⁸ Hartlief 2005, p. 1128.

¹²⁹ Damen 1996, p. 17-42.

¹³⁰ Giesen 2005, p. 158 en 159 en Damen 1996, p. 17-42.

¹³¹ Damen 1996, p. 31.

allen te worden gedragen, het beleid wordt uiteindelijk ook in ons aller belang gevoerd. Tijdens verlof of ongeoorloofde afwezigheid toegebrachte schade dient de overheid te dragen, na beëindiging van het verlof is dit echter anders, dan dienen deze personen te worden beschouwd als gewone gedetineerden. Pleegt een gewone gedetineerde immers een strafbaar feit, nadat hij zijn straf heeft uitgezeten, dan is de Staat daar niet voor aansprakelijk. Dit zou niet anders moeten zijn na beëindiging van tbs. Deze maatregel is namelijk in het algemeen belang opgelegd, de overheid probeert de tbs-gestelde te genezen, blijkt dit niet gelukt te zijn, dan is dat pech. Het alternatief, gevangenisstraf zou geen beter effect hebben gehad. Ik wil hierbij wel nadrukkelijk vermelden dat het niet zo is dat ik vind dat na beëindiging van de maatregel de overheid nooit aansprakelijk is. Zij is dit wel indien geoordeeld wordt dat de beëindiging van de maatregel onrechtmatig was. Bijvoorbeeld omdat zij onzorgvuldig heeft plaatsgevonden. Dit is echter een geheel ander onderwerp, wat de reikwijdte van deze scriptie te buiten gaat.

§ 3.2.5 Het relativiteitsvereiste

Een ander vereiste dat mogelijkwerwijs problemen zou kunnen opleveren is het relativiteitsvereiste.¹³² Dit vereiste kan er toe leiden dat ondanks het overtreden van de norm, in dit geval de in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm, toch geen aansprakelijkheid wordt aangenomen. De overheid is niet aansprakelijk, indien de overtreden norm niet geacht wordt de belangen te beschermen die in concrete geschonden zijn.¹³³ “Bij de beantwoording van de vraag of voldaan is aan het in art. 6:163 BW neergelegde vereiste dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, komt het aan op het doel en de strekking van de norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.”¹³⁴

Essentieel hierbij is het kort voor het onderhavige arrest gewezen Duwbak Linda-arrest.¹³⁵ In deze zaak ging het om een duwbak, genaamd Linda. 's Nachts is het vaartuig gekapseisd en gezonken. Zowel aan de Linda zelf, als aan andere vaartuigen is hierdoor schade ontstaan. De Linda beschikte over een vanwege de Staat afgegeven certificaat van onderzoek. Voor de verlening van dit certificaat was de Linda gekeurd door een door de Staat erkend expertisebureau en tevens bezichtigd door de Scheepvaartinspectie. De eigenaar van de beschadigde schepen spreekt naast de eigenaar van de Linda ook de Staat en de keuringsinstanties aan. Vast stond dat de Linda in beginsel schuld had aan het kapseizen en dat zij in slechte staat van onderhoud verkeerde.

¹³² Art. 6:163 BW

¹³³ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 95, 97, 103 en 104 en Spier e.a. 2003, nr. 19.

¹³⁴ HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67, rov. 3.4.1.

¹³⁵ HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67.

In deze zaak ging het om de uitlegging van een aantal zeer specifieke regelingen en bepalingen die van toepassing waren op de scheepsvaart op de Rijn. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest: "... de uit de algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen. Aan de omstandigheid dat de keuring onvoldoende zorgvuldig heeft plaatsgevonden, kunnen derden dan ook niet een aanspraak tot vergoeding van vermogensschade jegens de Staat of de voor het verrichten van de keuring ingeschakelde particuliere onderzoeksbureaus ontlenen."¹³⁶ Dit arrest heeft veel reacties losgemaakt, waarvan de meeste kritisch stonden ten opzichte van de uitspraak van de Hoge Raad. Feit is echter dat de uitspraak er ligt, daar kan men niet omheen.

Dit arrest vertoont gelijkenis met het onderhavige geval en zou dan ook van invloed kunnen zijn. Allereerst zal ik enkele overeenkomsten noemen die beide zaken vertonen. Het gaat in beide gevallen om overheidsaansprakelijkheid en het Duwbak Linda-arrest is één van de eerste arresten waarin overheidsaansprakelijkheid afstuit op het relativiteitsvereiste. Daarnaast functioneerde de overheid in beide gevallen als toezichthouder, in het Duwbak Linda-arrest had zij als toezichthouder onzorgvuldig gehandeld en ditzelfde kan naar de omstandigheden van het geval genomen in zaken als de onderhavige het geval zijn. Eveneens is het in beide gevallen een onafhankelijke derde die schade lijdt door het handelen van de dader en het onzorgvuldige toezicht van de overheid. Deze derde spreekt in beide gevallen de secundaire dader, de overheid, aan. Zou men, op grond van deze grote overeenkomsten, de lijn uit het Duwbak Linda-arrest doortrekken naar gevallen als het onderhavige, dan kan dit ingrijpende consequenties hebben. Geredeneerd kan worden dat de plicht van de overheid, om de verlofverlening zorgvuldig plaats te laten vinden, strekt ter bescherming van het algemeen belang. Maar dat deze niet strekt tot de bescherming van een in beginsel onbeperkte groep van derden die schade kunnen lijden, die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat onzorgvuldig toezicht is gehouden.

Naar mijn mening zou het te ver gaan om de lijn van het Duwbak Linda-arrest in gevallen als deze door te trekken. Ik denk dat niet uit het oog moet worden verloren dat het in het Duwbak Linda-arrest ging om een situatie waarin zeer specifieke regelingen en bepalingen uit de scheepvaart van toepassing waren. Het zou te ver gaan deze lijn door te trekken naar het hele gebied van de overheidsaansprakelijkheid, met name aangezien de het beschermen van de algemene veiligheid één

¹³⁶ HR 7 mei 2004, RvdW 2004, 67, rov. 3.4.3.

van dé taken van de overheid is. Dat algemeen belang bestaat uit dat van alle individuen tezamen. Zou een individu de Staat nooit aan kunnen spreken, wat heeft dit dan voor gevolgen voor het algemeen belang dat de Staat nastreeft? In de bepalingen die in dit geval aan de orde zijn, artikel 50 en 51 BVT, wordt bepaald: “Indien de uit de stoornis van de geestvermogens voortvloeiende gevaarlijkheid van de ter beschikking gestelde voor de veiligheid van anderen dan de ter beschikking gestelde of de algemene veiligheid van personen of goederen dusdanig is teruggebracht dat het verantwoord is hem tijdelijk de inrichting te doen verlaten...”. Uit de tekst van de bepaling zelf blijkt ontegenzeggelijk, dat de norm strekt ter bescherming van bepaalde personen, dan wel ter bescherming van de algemene veiligheid van personen en goederen. Kortweg, óók de schade van een enkel willekeurig individu. Niet te verdedigen is dan ook dat het onderhavige geval zou vast lopen op het relativiteitsvereiste, aangezien de norm uitdrukkelijk vermeldt ten behoeve van wie zij strekt.

Opgemerkt moet worden dat zelfs indien niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste en dus niet sprake kan zijn van strijd met een wettelijke plicht, nog altijd aansprakelijkheid op grond van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen mogelijk is. Hetgeen in dit geval kan zijn indien de overheid handelde in strijd met de op haar rustende zorgvuldigheid ten opzichte van het slachtoffer. Was het besluit kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord? En had zij met het oog op het slachtoffer anders behoren te handelen? Ook in dat geval moet aan het relativiteitsvereiste zijn voldaan, maar in de meeste gevallen is deze in de zorgvuldigheidsnorm opgenomen. De norm is immers geformuleerd naar de omstandigheden van het geval.¹³⁷

§ 3.2.6 Causaal verband

Bij het causale verband moeten twee fasen worden onderscheiden,¹³⁸ eerst de vestiging van de aansprakelijkheid en later de omvang van de aansprakelijkheid. Voor wat betreft de eerste fase, óf er aansprakelijkheid is, dient er uit te worden gegaan van een *conditio sine qua non*-verband.¹³⁹ Artikel 6:162 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt namelijk dat de schade die de ander *dientengevolge lijdt* voor vergoeding in aanmerking komt. Bij de bepaling van de omvang van aansprakelijkheid, de tweede fase, wordt uitgegaan van de leer van de redelijke toerekening. Slechts die schade komt voor vergoeding in aanmerking die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid

¹³⁷ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 90, Hartkamp wijst er op dat dit niet altijd het geval is. De norm dient, ook indien het om een zorgvuldigheidsnorm gaat, aan het vereiste te worden getoetst. Hij noemt daarbij tevens enkele voorbeelden waarbij niet aan het vereiste was voldaan.

¹³⁸ Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 425.

¹³⁹ Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 425 en Spier e.a. 2003, nr. 214.

en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.¹⁴⁰ Dit is bepaald in artikel 6:98 van het Burgerlijk Wetboek.

Voor wat betreft de eerste fase kan men kort zijn. Zou het verlot niet verleend zijn, dan zou de schade niet zijn opgetreden, daar de tbs-gestelde dan niet in de gelegenheid hiertoe zou zijn geweest. Aan het *conditio sine qua non*-verband is daarmee voldaan.

Bij de tweede fase is meer discussie mogelijk. Bij de omvang van de aansprakelijkheid, dient te worden gekeken welke gevolgen wel nog kunnen worden toegerekend en welke niet meer. Dit wordt bepaald aan de hand van objectieve factoren, zoals de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade, de mate van objectieve voorzienbaarheid, de aard van de gedraging en andere relevante factoren.¹⁴¹ Zo zal schade eerder toegerekend worden indien de onrechtmatige daad wordt toegerekend op grond van schuld, dan buiten schuld; die uit de wet eerder dan die uit overeenkomst; en die van menselijk handelen eerder dan die schade die is veroorzaakt door dieren of zaken. Ook de aard van de overtreden norm kan relevant zijn, zo wordt eerder toegerekend indien verkeers- en veiligheidsnormen zijn overschreden. Voor wat betreft de schade wordt overlijdens- en letselschade eerder toegerekend dan zaaksschade en zaaksschade eerder dan zuivere vermogensschade. De derde factor die van belang kan zijn is, zoals gezegd, de voorzienbaarheid van de schade. De wet eist een zodanig verband tussen de gebeurtenis en de schade, dat deze hem als gevolg van de gebeurtenis kan worden toegerekend. Hierbij is doorslaggevend het moment waarop de gebeurtenis plaatsvond en dat het voorzienbaar moest zijn voor de aansprakelijkgestelde.¹⁴² Met name het voorzienbaarheids criterium is van groot belang. Waren deze gevolgen redelijkerwijs te verwachten? Maar ook belangrijk is, in hoeverre de schade van het schadeveroorzakend handelen verwijderd is.¹⁴³ Wanneer naar al deze factoren is gekeken, zal aan de hand van al deze factoren tezamen moeten worden gekeken of in dit geval kan worden toegerekend en is voldaan aan de vereisten in de tweede fase van het causale verband. Het is een afweging aan de hand van de omstandigheden van het geval en een algemeen antwoord is niet mogelijk. Wel kunnen enkele punten worden genoemd die altijd van belang kunnen zijn.

Eenzijds kan worden gezegd dat de schade die is ingetreden het gevolg is van het optreden van de tbs-gestelde en dat dit los staat van het besluit van de Staat. De Hoge Raad komt niet aan het causale verband toe, maar gaat ten aanzien van de toerekening wel van deze opvatting uit. Anderzijds kan worden betoogd dat het een risico is, dat onvermijdelijk samengaat met het besluit dat de Staat heeft genomen. En dat het verwezenlijken van dit risico voor rekening van de overheid moet komen. Op deze manier draagt niet een willekeurig slachtoffer alle schade, maar komt de solidariteit naar voren en

¹⁴⁰ Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 452 en 429 en Spier e.a. 2003, nr. 216.

¹⁴¹ Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 429.

¹⁴² Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 435-436.

¹⁴³ Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 434.

wordt de schade verspreid over de gehele bevolking. Dit zou met name gerechtvaardigd kunnen zijn, aangezien de norm die is overtreden een veiligheidsnorm was. Zorgvuldigheid bij de besluitvorming was vereist, omdat een onjuiste beslissing een gevaar zou kunnen opleveren voor zowel individuele burgers, als de algemene veiligheid. Bovendien gaat het in gevallen als deze vaak om lichamelijke en psychische schade die wordt geleden en in mindere mate om zuivere vermogensschade. Ook om die reden zou toerekening van de schade aan de overheid eerder voor de hand liggen. Voor wat betreft de voorzienbaarheid verwijst ik naar § 3.2.2.3. Met betrekking tot de overige factoren kan ik slechts verwijzen naar de omstandigheden van het geval. Per geval zal moeten worden beoordeeld of de schade voorzienbaar was, wat de aard van de gedraging en de aansprakelijkheid was en wat de aard van de schade was. Naar mijn mening kan, indien is voldaan aan de overige vereisten van onrechtmatige daad, zoals de onrechtmatigheid, de toerekening en de relativiteit, ook het causale verband snel worden aangenomen. Weliswaar is er geen sprake van een direct gevolg van het besluit, maar het verband zal in de meeste gevallen zo sterk zijn, mede gezien de schade en de verantwoordelijkheid van de Staat, dat het causale verband geen probleem zal opleveren. Natuurlijk kan het antwoord in bepaalde gevallen anders uitvallen, want zoals reeds aangegeven is de uitkomst sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

§ 3.3 Tussenconclusie

Voordat ik verder ga met de tweede grondslag die in het arrest naar voren is gekomen, is het zinvol tot een tussenconclusie te komen. Waarom is aansprakelijkheid op deze grondslag naar mijn mening wel of niet mogelijk?

Allereerst is duidelijk geworden dat geen eenduidig antwoord mogelijk is op de vraag in hoeverre de rechter het handelen van de overheid mag toetsen. Naar mijn mening is deze niet beperkt tot een marginale toetsing, waarbij alleen kan worden gekeken of binnen de beleidsvrijheid is gebleven. Heeft de Staat in redelijkheid tot dit besluit kunnen komen?¹⁴⁴ De rechter is bevoegd tot het toetsen van de rechtmatigheid van het beleid, maar mag niet overgaan tot het toetsen van de doelmatigheid van het beleid. Deze toets kan naar mijn mening verder gaan dan een marginale, aangezien de rechter het handelen van de overheid direct aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan toetsen. Hij kan echter niet de gehele besluitvorming overdoen. Gekeken moet worden of het besluit in redelijkheid genomen heeft kunnen worden en of niet in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is gehandeld. Of de rechter zelf tot hetzelfde besluit zou zijn gekomen is niet van belang. In grote lijnen sluit ik mij wat dit betreft dan ook aan bij het oordeel van de Hoge Raad.

¹⁴⁴ Spier e.a. 2003, nr. 176.

Er is slechts dan onrechtmatig gehandeld, indien het besluit tot het verlenen van verlof kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord was. Deze norm is zowel van toepassing bij handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid als bij handelen in strijd met een wettelijke norm. In het laatste geval moet worden gekeken of het besluit tot het verlenen van verlof “verantwoord” was in de zin van artikel 50 en 51 BVT. Getoetst moet worden of het kennelijk onverantwoord was het verlof te verlenen, een verdere toetsing zou de bevoegdheid van de rechter te buiten gaan. Bij de beoordeling van de maatschappelijke betamelijkheid kan dezelfde maatstaf worden aangelegd. De rechter kan hierbij direct toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, één daarvan is het zorgvuldigheidsbeginsel. Hieraan kon de rechter op grond van artikel 6:162 BW al toetsen, daarom is met name interessant aan welke andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan worden getoetst. Gedacht kan daarbij worden aan onder andere het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Heeft de Staat in dit geval gehandeld in strijd met de betaamde zorgvuldigheid? Hier dient zoals gezegd, naar mijn mening, uit te worden gegaan van de vraag of kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord is gehandeld. Essentieel is de voorzienbaarheid hierbij. Op basis van de recidivecijfers kan wel worden gesteld dat in het algemeen een bepaalde kans op recidive bestaat, maar niet hoe groot deze kans in dit geval is. De kans op recidive is nooit met zekerheid uit te sluiten, slechts ingeschat kan worden of de gevaarlijkheid voldoende is beperkt, zodat verlof verantwoord is. Dit zal moeten worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval. Kan op basis hiervan worden gezegd dat het besluit kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord was, omdat het gevaar in dít geval voorzienbaar was, dan was het handelen van de overheid onrechtmatig.

Verder ben ik nagegaan of voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm in dit geval andere eisen gelden, omdat men te maken heeft met de Staat als toezichthouder. Dit is niet het geval. Uitgegaan kan worden van een gelijke norm: “Heeft de Staat als een redelijk handelend toezichthouder gehandeld?” Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval. Waarbij de gezichtspunten van Van Rossum een rol spelen, maar ook de beleidsvrijheid, de kelderluik-criteria en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Indien het besluit uit gaat van een verkeerde wetsuitlegging (“verantwoord” in artikel 50 en 51 BVT) of indien het besluit onrechtmatig was, kan de onrechtmatige daad op grond van schuld aan de overheid worden toegerekend. Daarnaast kan op grond van verkeersopvatting kan aan de overheid worden toegerekend. Vast staat dat nooit 100 % zekerheid kan bestaan dat een tbs-gestelde niet over zal gaan tot recidive. Gebeurt dit wel, dan dient dit voor rekening en risico van de overheid te komen. De overheid moet, dit is de gedachte achter ons tbs-systeem, beoordelen of een tbs-gestelde toe is aan verlof en er aan toe is langzaam terug te keren in de maatschappij. Maakt zij hierbij een verkeerde inschatting, dan dient de schade die hierdoor ontstaat niet door een willekeurige burger, die het toevallige slachtoffer was, te worden gedragen. Solidariteit dient dat voorop te staan en de schade

dient door ons allen te worden gedragen. Immers, met de keuze voor het voeren van dit tbs-beleid, heeft de Staat tevens de risico's die daarmee gepaard gaan geaccepteerd.

Ook het relativiteitsvereiste levert in mijn opinie geen probleem op. De norm in artikel 50 en 51 BVT wijst uitdrukkelijk op het gevaar dat voor een ander of het algemeen belang kan bestaan. De norm strekt dan ook tot bescherming van zowel het algemeen belang, als dat van een individueel slachtoffer. Daarnaast kan ook op grond van de maatschappelijk betamelijke onrechtmatigheid worden aangenomen en daarbij levert de relativiteit geen enkel probleem, deze is immers in de zorgvuldigheidsnorm opgenomen. Het verschijnen van het Duwbak Linda-arrest verandert niets aan het voorgaande. Het arrest kan niet los worden gezien van de zeer specifieke eisen die golden ten aanzien van de scheepvaart op de Rijn.

Zoals hierboven in § 3.2.6 is betoogd, levert het causale verband in dit geval geen problemen op. Een vordering op grond van het gewone leerstuk van de onrechtmatige daad, namelijk door handelen in strijd met een wettelijke plicht of maatschappelijke zorgvuldigheid, is zeer zeker mogelijk. De vraag die daarbij speelt is of het gezien de omstandigheden van het geval, kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord was het verlof te verlenen. Is dit het geval, dan kan men zich op dit leerstuk beroepen. Is dit echter niet het geval, dan kan de tweede grondslag een mogelijkheid bieden, hierop zal ik in de volgende paragraaf dan ook in gaan.

§ 4 Onrechtmatige daad op grond van het égalité-beginsel

§ 4.1 Algemeen: Rechtmatige overheidsdaad, toch schadevergoeding

De overheid kan ook door haar rechtmatige handelen schade toebrengen aan burgers. Wanneer de overheid een besluit neemt in het algemeen belang, kan het zijn dat bepaalde burgers hierdoor schade ondervinden. De vraag is of deze burger de overheid dan kan aanspreken tot schadevergoeding, ook al was haar gedrag op zichzelf niet onrechtmatig. De overheid dient met hun belangen rekening te houden. Doet zij dit niet, dan handelt zij onrechtmatig en is zij tot schadevergoeding verplicht. Lange tijd is beweerd, en sommige auteurs hangen nog steeds deze opvatting aan, dat men hier een verwrongen constructie creëert om schadevergoeding toe te kunnen kennen. Een rechtmatige daad wordt onrechtmatig, doordat geen schadevergoeding wordt toegekend. De laatste jaren is echter steeds meer betoogd dat géén sprake is van een verwrongen of gekunstelde constructie.¹⁴⁵ Een besluit kan rechtmatig zijn en dit blijft het ook, maar het feit dat de overheid geen rekening houdt met de belangen van bepaalde burgers en hen geen compensatie biedt, dat is onrechtmatig. Niet het primaire

¹⁴⁵ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 18 en 18c, Van Maanen 2005, p. 157-159, Hartlief 2002, p. 70-72.

overheidshandelen is onrechtmatig, maar de schending van de plicht van de overheid zich te ontfemen over hen die bijzonder getroffen worden door zeker op zich niet onrechtmatig handelen.¹⁴⁶ De burgers kunnen dan schadevergoeding vorderen, maar geen verbod van de handeling of het besluit.

Op deze plaats wil ik kort ingaan op de stelling dat men hier een verwrongen of gekunstelde constructie creëert. Met name Bloembergen heeft hier een uitgesproken mening over en deze dient niet onbesproken te blijven.¹⁴⁷ Naar zijn mening is een daad op het moment van handelen of rechtmatig of onrechtmatig. Dit is niet afhankelijk van het al dan niet aanbieden van schadevergoeding achteraf. Schadevergoeding komt pas om de hoek kijken, indien vaststaat of rechtmatig dan wel onrechtmatig is gehandeld. Indien een besluit op het moment van handelen rechtmatig was, moet dit dan achteraf onrechtmatig worden geoordeeld? Dan zou een daad rechtmatig zijn, maar zou men toch onrechtmatig handelen en tot schadevergoeding gehouden zijn, omdat men geen schadevergoeding heeft aangeboden. Het kromme zit daarin, dat schadevergoeding moet worden betaald, omdat geen schadevergoeding is betaald. Het is een manier waarop de rechter bevoegdheid heeft willen creëren en gedacht kan zijn dat dit enkel op grond van onrechtmatige daad mogelijk is. Bloembergen geeft aan dat schadevergoeding op grond van rechtmatige daad ook mogelijk is en zelfs meer wenselijk is. Dit komt overeen met de gedachte dat geen verbod kan worden gevorderd in verband met zwaarwegende maatschappelijke belangen, immers een rechtmatige daad kan niet verboden worden, daar zij rechtmatig is. Daarnaast kan ook bij rechtmatige daad alleen plaats zijn voor schadevergoeding, indien de daad en de schade aan de ‘dader’ kan worden toegerekend. Tot slot zou bij een rechtmatige daad slechts plaats zijn voor vergoeding van de onevenredige schade, terwijl bij onrechtmatige daad alle schade voor vergoeding in aanmerking komt. Dit verschil is echter ook niet zo groot, aangezien bij onrechtmatige daad de schadevergoeding kan worden beperkt door eigen schuld en het causale verband. Gesteld kan worden dat, indien het verschil tussen rechtmatige en onrechtmatige daad zo klein is, alles eenvoudig op één hoop kan worden gegooid. Bloembergen vindt dit onwenselijk, omdat dit in strijd is met de rechtswerkelijkheid. Rechtmatig is iets dat mag en onrechtmatig is iets dat niet is toegestaan, dit kan en moet niet op één hoop worden gegooid. De rechtmatige daad moet volgens hem de plaats krijgen die haar in ons rechtstelsel toekomt.

Dat schadevergoeding enkel mogelijk zou zijn door het geval onder een onrechtmatige daad te schuiven, wordt door Bloembergen ontkend. De burgerlijke rechter zou een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad moeten aanvaarden wanneer zulks past in het stelsel van de wet en aansluit bij de in de wet geregelde gevallen. Hierbij kan eveneens worden gedacht aan in de rechtspraak aanvaarde en in rechtsbeginselen besloten te achten gevallen. “Deze benadering past goed in ons rechtssysteem: zij strookt met het arrest Quint/ te Poel, dat, zoals gezegd ook onder het nieuwe recht zijn waarde blijft

¹⁴⁶ Hartlief 2002, p. 70.

¹⁴⁷ Bloembergen 1992, p. 121-132 en zijn conclusie bij HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794.

behouden; zij strookt ook met de ontwikkelingen in het bestuursrecht, waar op een aantal terreinen de aansprakelijkheid van de overheid ter zake van rechtmatige daden is erkend. Zij behoeft ook niet tot verdergaande aansprakelijkheid te leiden dan thans al in de rechtspraak is aanvaard ... En bovenal kan zij tot theoretische helderheid en zuiverheid leiden, waar die nu, althans naar mijn mening, ontbreekt en daarmee de ogen openen voor de vragen waar het werkelijk om gaat.” Onderscheiden kan aldus worden, de rechtmatige daad, die soms kan verplichten tot schadevergoeding, maar die niet verboden kan worden en daarnaast de onrechtmatige daad, die kan verplichten tot schadevergoeding en die in beginsel verboden kan worden.

De opvatting dat schadevergoeding ook mogelijk is op grond van rechtmatige daad is interessant, maar niet alom geaccepteerd. Uitgangspunt vormt nog steeds dat schadevergoeding op grond van rechtmatige daad slechts mogelijk is, in in de wet geregelde gevallen.¹⁴⁸ Wellicht zou een vordering op grond van rechtmatige daad ook slagen, dit is niet uit te sluiten. Ik ben echter van mening dat het niet van belang is of de vordering wordt ingesteld op grond van onrechtmatige of rechtmatige daad. Het gaat er om dat de overheid gehouden is tot schadevergoeding. Indien zij een rechtmatig besluit heeft genomen en toch gehouden is tot schadevergoeding, maar dit niet doet, dan handelt zij in strijd met een plicht die op haar rust. Het is naar mijn mening noch krom, noch gekunsteld om dan van een onrechtmatige daad te spreken. Door niet aan de verplichting tot schadevergoeding te voldoen, wordt onrechtmatig gehandeld. Het besluit dat is genomen en op dat moment rechtmatig was, blijft dit ook. De handeling daarna, namelijk het nalaten schadevergoeding te betalen is onrechtmatig. Welke naam men het beestje geeft is voor de verdere behandeling van het onderhavige probleem echter niet van belang. De vraag is of de overheid gehouden is tot schadevergoeding. De vereisten voor onrechtmatige en rechtmatige daad verschillen niet of nauwelijks, dit wordt ook door Bloembergen bevestigd. In de rechtspraak is geaccepteerd dat een vordering op grond van onrechtmatige daad mogelijk is, ik zal mij dan verder ook enkel richten op de onrechtmatige daad. Hetgeen ik hierover opmerk, is echter in (vrijwel) gelijke mate toe te passen op een eventuele vordering uit rechtmatige daad. Het is naar mijn mening slechts een naam, die voor de verdere behandeling niet relevant is.

Wanneer men in het onderhavige geval van mening is dat het besluit tot het verlenen van verlof rechtmatig was, kan men naar het bovenstaande gaan kijken. Heeft de overheid voldoende rekening gehouden met de belangen van mogelijke slachtoffers van tbs-gestelden? Is het feit dat zij geen schadevergoeding heeft aangeboden onrechtmatig? Op deze en andere vragen zal ik in dit hoofdstuk ingaan. Daarbij zal het *égalité*-beginsel naar voren komen, een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat de laatste jaren steeds vaker een rol is gaan spelen bij het leerstuk van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad of ook wel nadeelcompensatie genoemd. Dit beginsel komt in de

¹⁴⁸ Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 18-18 e.

jurisprudentie steeds vaker naar voren, eerst impliciet, maar steeds vaker wordt het beginsel expliciet genoemd.

§ 4.2 Egalité-beginsel

Zoals in hoofdstuk 4 reeds is aangegeven kan de burgerlijke rechter in het kader van de maatschappelijke zorgvuldigheid direct toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een belangrijk beginsel dat daarbij naar voren komt is het hiervoor genoemde égalité-beginsel. Dit beginsel is gebaseerd op de gedachte dat de lasten die nu eenmaal voor burgers kunnen voortvloeien uit besluiten die op zichzelf nodig zijn om bepaalde algemene belangen te dienen, niet onevenredig zwaar op sommigen mogen drukken, terwijl anderen er veel minder door worden bezwaard. De ongelijkheid, de onevenredig zware last, kan veelal worden gecompenseerd door de bijzonderlijk getroffen of getroffen een passende schadevergoeding aan te bieden of anderszins tegemoet te komen.¹⁴⁹ Dit is het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, of ook wel, het égalité-beginsel.

Het is heel goed mogelijk dat een handelen of een besluit van de overheid rechtmatig is, maar dat het handelen van de administratie dat aan de vaststelling ervan vooraf is gegaan onrechtmatig moet worden gevonden. Bijvoorbeeld doordat zij zich de belangen van anderen niet voldoende heeft aangetrokken.¹⁵⁰ De overheid dient te onderzoeken of het mogelijk is de schade zoveel mogelijk te vermijden, is dit niet mogelijk, dan dient zij zich de belangen van derden aan te trekken en dient zij na te gaan welke maatregelen kunnen worden genomen om hun belangen zoveel mogelijk veilig te stellen. Lukt dit niet, of onvoldoende, dan dient zij de onevenredige schade te vergoeden.¹⁵¹ Zo nodig achteraf.

In een aantal belangrijke arresten de afgelopen jaren heeft de Hoge Raad het égalité-beginsel steeds verder uitgewerkt en aangescherpt. In de volgende paragraaf zal ik dan ook uitgebreid ingaan op de diverse arresten. Vervolgens zal ik gaan bekijken of de onderhavige uitspraak al dan niet in deze lijn past? En of naar mijn mening een vordering op grond van het égalité-beginsel mogelijk is. Daarbij zal ik tevens ingaan op de gedachte dat er drie vormen van égalité zouden zijn. Dit zou een mogelijke verklaring kunnen vormen voor de uitkomst van dit arrest.

¹⁴⁹ Van Wijk/Konijnenbelt 2002, p. 331-333.

¹⁵⁰ Van Wijk/Konijnenbelt 1999, p. 775-776.

¹⁵¹ Van Wijk/Konijnenbelt 1999, p. 775-776.

§ 4.3 Jurisprudentie

§ 4.3.1 HR *Leffers/Staat*¹⁵²

Leffers is een varkensboer, die zijn gehele varkensmesterij had ingericht op mestrij met swill. Swill is een mengsel van slachtafval en voederafval uit instellingskeukens. Voor het gebruik van swill is een vergunning vereist, over welke Leffers beschikte. In verband met de Afrikaanse varkenspest werd er een verbod op het gebruik van swill uitgevaardigd, aangezien er een onbeheersbaar risico voor de Nederlandse varkenshouderij dreigde. Het was voor Leffers onmogelijk de bedrijfsvoering van de ene op de andere dag aan te passen aan het verbod en hij was genoodzaakt het bedrijf te staken. Hij ontving van de Staat een uiterst geringe vergoeding. Leffers was het hier niet mee eens en vorderde buitenwerking stelling van het verbod en schadevergoeding.

Zijn vordering tot opheffing van het verbod werd verworpen, aangezien “uitvaardiging en onmiddellijke onverkorte uitvoering van de regeling wegens de hiervoor weergegeven **zwaarwegende maatschappelijke belangen** ook door varkensmesters als Leffers behoort te worden geduld.”¹⁵³ (vetgedrukt mijns). De Hoge Raad geeft echter aan dat niet is uitgesloten dat Leffers, indien sprake is van een jegens hem gepleegde onrechtmatige daad, aanspraak heeft op schadevergoeding.¹⁵⁴

De Hoge Raad heeft geoordeeld, dat door het beschermen van zwaarwegende maatschappelijke belangen “**een naar verhouding kleine groep** van bedrijfsmatige varkensmesters die, **anders dan** het overgrote deel van hun concurrenten, hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoeding van swill en niet van de ene dag op de andere op een ander vervoederingsstelsel hebben kunnen overschakelen zonder dat daardoor de winstgevendheid van hun bedrijf verloren zou gaan, **in onevenredige mate in haar belangen getroffen**, en wel in de onderhavige zaak naar de stellingen van Leffers in dier voege dat het bedrijf van Leffers is moeten worden geliquideerd met aanzienlijk vermogensschade. Niet kan worden gezegd dat dit plotseling opgelegd, drastisch verbod als in het onderhavige Regeling vervat, behoort tot **de normale bedrijfsrisico’s** die voor rekening van de ondernemer behoren te blijven. ... **inderdaad jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld** door de voormelde Regeling uit te vaardigen en uit te voeren zonder dat hij daarbij tevens voor de hiervoor bedoelde varkensmesters die hun bedrijf, zoals Leffers, geheel op vervoeding van swill hadden ingericht, een regeling heeft getroffen die het hun financieel mogelijk maakte hun bedrijf aan te passen of, zo zulks onmogelijk zou blijken, hun dier zake op andere wijze in hun economische belangen tegemoet kwam.”¹⁵⁵ (vetgedrukt mijns)

¹⁵² HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638.

¹⁵³ HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638, rov. 3.6.

¹⁵⁴ HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638, rov. 3.6.

¹⁵⁵ HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638, rov. 3.7.

In het arrest komt het égalité-beginsel niet expliciet naar voren, maar het is een overduidelijke toepassing van dit beginsel. Het plotseling opgelegde drastische verbod valt buiten het normale bedrijfsrisico. Door de regeling uit te vaardigen, zonder een (financiële) regeling te treffen voor Leffers, heeft de Staat jegens Leffers onrechtmatig gehandeld.

§ 4.3.2 HR Meiland/Staat¹⁵⁶

Het Meiland-arrest is als het ware een vervolg op het voorgaande arrest. Meiland verkeerde in dezelfde omstandigheden als boer Leffers, met dit verschil dat Meiland naast de varkensmesterij, zich tevens bedrijfsmatig bezighield met de handel in pallets. In het geding is de vraag of Meiland recht heeft op schadevergoeding, waarbij het met name gaat om de vraag of rekening mag worden gehouden met de vermogenspositie en overige bedrijfsmatige activiteiten van de varkensmester.

De Hoge Raad heeft deze vraag ontkennend beantwoord, “het gaat hier om de vraag ten aanzien van welke varkensmesters heeft te gelden dat het onderhavige, plotseling opgelegde en drastische swill-verbod niet behoort tot *de normale bedrijfsrisico's* die voor hun rekening behoren te blijven. **Buiten de eigen risicosfeer van de varkensmester gelegen omstandigheden, zoals de vermogenspositie van de varkensmester en zijn mogelijkheden om uit andersoortige bedrijfsmatige activiteiten inkomsten te behalen, behoren bij de beantwoording van de vraag buiten beschouwing te blijven.** Zou in dat kader wel met dergelijke persoonlijke omstandigheden rekening worden gehouden, dan zou dit leiden tot een niet naar objectieve criteria te rechtvaardigen, slechts op individuele draagkrachtverschillen berustend, onderscheid binnen de groep van ondernemers die hun varkensmesterijbedrijf geheel op vervoeding van swill hadden ingericht en in zoverre in gelijke mate door het plotselinge swill-verbod werden getroffen.”¹⁵⁷ (vetgedrukt mijns)

Daarnaast was de vraag welke omvang de schadevergoeding behoorde te hebben. Alle schade die de varkensmester had geleden door het uitvaardigen van het verbod, of **slechts de schade die welke is veroorzaakt doordat de Staat de Regeling heeft uitgevaardigd en uitgevoerd zonder daarbij een voorziening als aangeduid in het Leffers-arrest te treffen.** De Hoge Raad heeft daaromtrent bepaald dat “Die vraag moet in laatstbedoelde zin worden beantwoord, nu de veronderstelde onrechtmatigheid van het handelen van de Staat jegens Meiland niet gelegen is in het uitvaardigen en uitvoeren van de Regeling als zodanig, maar in dit uitvaardigen en uitvoeren in combinatie met het achterwege laten van een voorziening als evenbedoeld.”¹⁵⁸

¹⁵⁶ HR 3 april 1998, NJ 1998, 726.

¹⁵⁷ HR 3 april 1998, NJ 1998, 726, rov. 3.3.

¹⁵⁸ HR 3 april 1998, NJ 1998, 726, rov. 3.4.

§ 4.3.3 HR Staat/Lavrijsen¹⁵⁹

Wederom een arrest over een varkensmester. In dit geval echter in geheel andere omstandigheden. Lavrijsen huurde van L. een tweetal varkensstallen, waarin hij een mestvarkensbedrijf uitoefende. De verhuurder, L. werd verdacht van overtreding van de Opiumwet. Daarop werd een huiszoeking verricht, waarbij ook de door Lavrijsen gehuurde stallen doorzocht werden. Er werd echter niets in beslag genomen en Lavrijsen is nimmer als verdachte aangemerkt. L. daarentegen is veroordeeld tot zes jaar gevangenisstraf, wegens het overtreden van de Opiumwet. Lavrijsen heeft door het voorgaande schade geleden, ten gevolge van groeivertraging en schade ten gevolge van slechtere voedselconversie. Dit alles is het gevolg van het feit dat tijdens de huiszoeking deuren geopend zijn gelaten die essentieel waren voor het ventilatiesysteem.

De Hoge Raad overweegt allereerst “het enkele feit dat een huiszoeking overeenkomstig de regels van strafvordering is geschied, staat niet in de weg aan het oordeel dat het daarbij toebrengen van zodanige schade onrechtmatig kan zijn.”¹⁶⁰ Even later werkt de Hoge Raad de vraag, of de Staat gehouden is tot schadevergoeding bij op zich rechtmatig overheidshandelen, verder uit. **“Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige, -dat wil zeggen; buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende- gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld. ...** Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zich zelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffen onrechtmatig is. In zoverre levert een door de rechtbank verleend verlof tot het doen van huiszoeking dus geen rechtvaardigingsgrond voor het toebrengen van schade.”¹⁶¹ (vetgedrukt mijns)

§ 4.3.4 HR Oudenbosch/Staat¹⁶²

In dit arrest wordt wederom de regel uit het voorgaande arrest toegepast. De casus is in dit geval niet echt van belang. Het gaat om A en S. Beiden werden verdacht van het overtreden van de Warenwet. Het ging om een partij fruit in blik (partij 1). Beiden waren verdachten en B was de eigenaar. Daarnaast werd A ook verdacht de warenwet te hebben overtreden ten aanzien van partij 2. A was daarbij verdachte en alleen hij werd als eigenaar aangemerkt. A en S werden veroordeeld. A berustte hierin en de partij 2 werd vernietigd. S ging hiertegen in hoger beroep en werd vrijgesproken. Hij

¹⁵⁹ HR 20 maart 2001, NJ 2003, 615.

¹⁶⁰ HR 20 maart 2001, NJ 2003, 615, rov. 3.6.

¹⁶¹ HR 20 maart 2001, NJ 2003, 615, rov. 3.8.

¹⁶² HR 21 maart 2003, NJ 2003, 53.

claimde de eigenaar te zijn van partij 2 en stelde dat de Staat jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld, doordat de Staat ten aanzien van beide partijen fruit een inbreuk heeft gemaakt op het eigendomsrecht van S. door deze in beslag te nemen en te vernietigen en niet heeft voldaan aan de last tot teruggave. (de partijen waren vernietigd omdat binnen 6 weken de houdbaarheidsdatum zou verlopen)

Wat wel van belang is, is dat de regel uit het voorgaande arrest hier letterlijk door de Hoge Raad wordt herhaald.¹⁶³

§ 4.3.5 HR Staat/Harrida¹⁶⁴

Harrida was een kleine goed lopende onderneming, die zich geheel had toegelegd op de import van ossenvlees van hoge kwaliteit dat onder een bepaalde merknaam op de markt werd gebracht. Het vlees werd voornamelijk geïmporteerd uit Noord-Ierland en de Ierse Republiek. De overheid had een import- en handelsverbod van rundvlees afkomstig uit het Verenigd Koninkrijk uitgevaardigd. Daarnaast zijn door politici in de media uitlatingen gedaan, waarin zij mensen adviseerden slechts Nederlands vlees te eten. Dit alles ten gevolge van de dreiging dat BSE bij de mens de ziekte Creutzfeldt-jacob kan veroorzaken. Hierna werden bij Harrida geen orders meer geplaatst en Harrida kon vanwege haar geringe omvang en haar gespecialiseerd zijn in ossenvlees afkomstig uit Ierland, bij gebreke van voldoende tijd en geld in de betrokken (korte) periode niet overschakelen op van elders afkomstig vlees en haar leveranciers- en klantenbestand niet veranderen.

Ook hier wordt het *égalité*-beginsel toegepast, door de Hoge Raad wordt letterlijk dezelfde norm gehanteerd als in de twee voorgaande arresten. Het uitvaardigen van het verbod is rechtmatig. Het is echter onrechtmatig dat daarbij onvoldoende of geen rekening is gehouden met de belangen van bijvoorbeeld Harrida. Door geen schadevergoeding of nadeelcompensatie aan Harrida aan te bieden, heeft de overheid jegens haar onrechtmatig gehandeld.

De Hoge Raad gaat in dit arrest tevens in op de voorzienbaarheid die bij het *égalité*-beginsel een rol speelt. Zij overweegt: “Dit neemt echter niet weg dat bij economische activiteiten met betrekking tot dierlijke producten eerder sprake zal zijn van een objectief voorzienbaar risico van ziekten en van in verband daarmee al dan niet met het oog op de volksgezondheid getroffen overheidsmaatregelen. Indien de betrokken burgers of instellingen ondanks de voorzienbaarheid van dergelijke overheidsmaatregelen hun activiteiten aanvangen of voorzetten zonder het nemen van adequate maatregelen om uit dat overheidsingrijpen voortvloeiende nadelige gevolgen zoveel mogelijk te

¹⁶³ HR 21 maart 2003, NJ 2003, 53, rov. 3.6.

¹⁶⁴ HR 20 juni 2003, JB 2003, 223 en NJ 2003, 115.

voorkomen, bestaat geen grond voor toekenning van een vergoeding van schade, omdat die dan is te beschouwen als normaal maatschappelijk risico of normaal bedrijfsrisico. ... De enkele mogelijkheid van het bestaan van risico's (voor de volksgezondheid) van bekende en soms eerst na verloop van jaren weer voorkomende ziekten, of nog niet eerder bekende ziekten betekent evenwel nog niet dat overheidsmaatregelen die na het uitbreken van zo'n ziekte noodzakelijk blijken, zozeer voorzienbaar zijn dat ondernemer die zich bezighouden met economische activiteiten met betrekking tot dierlijke producten zich daarop in hun normale bedrijfsvoering behoren in te stellen en ervoor zorg dienen te dragen dat zij van de ene op de andere dag op een andere, niet door een dergelijk verbod getroffen wijze van bedrijfsvoering kunnen overschakelen zonder dat de winstgevendheid van hun bedrijf verloren gaat."¹⁶⁵

Bij de voorzienbaarheid waar de Hoge Raad hier op wijst, gaat het om de vraag of het "slachtoffer" of de "benadeelde" de schade had behoren te voorzien. Dit dient te worden onderscheiden van de vraag of de overheid de schade had behoren te voorzien.

§ 4.4 Wat is de algemene regel die uit deze arresten kan worden afgeleid?

§ 4.4.1 Inleiding

In deze arresten valt een duidelijke lijn te ontdekken. Werd in de eerste arresten slechts de norm van het égalité-beginsel toegepast, in de latere wordt het beginsel uitdrukkelijk vermeld. De Hoge Raad heeft in de voorgaande arresten het beginsel steeds verder verruimd en verduidelijkt. De norm die in deze jurisprudentie is ontwikkeld luidt: *Onevenredige nadelige (dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende) gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit, behoren niet ten laste van die beperkte groep te komen, maar dienen gelijkelijk over de gemeenschap te worden verdeeld.*

In deze norm is met name één onderdeel van belang, te weten de onevenredige nadelige gevolgen. Om te kunnen bepalen of het égalité-beginsel is geschonden, is het essentieel te weten hoe dit onderdeel moet worden ingevuld. De Hoge Raad heeft zelf al aangegeven wat er onder onevenredige nadelige gevolgen moet worden verstaan, namelijk de buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende gevolgen.

¹⁶⁵ HR 20 juni 2003, JB 2003, 223, rov. 3.5.3.

§ 4.4.2 Schade die buiten het normale maatschappelijke risico valt

Wat is schade die buiten het normale maatschappelijke risico of buiten het normale bedrijfsrisico valt? Het is een vrij vage norm, die ingevuld kan worden aan de hand van de omstandigheden van het geval. Volgens Van Male¹⁶⁶ gaat het waarschijnlijk om algemene maatschappelijke ontwikkelingen, die nadeel tot gevolg hebben, waarmee eenieder (en dus ook de gelaedeerde) rekening moet houden, ook wanneer niet precies duidelijk is wat de vorm en de omvang van de ontwikkeling zal zijn, of de plaats of het moment waarop zij zich concretiseert, of de omvang van de schade die zij veroorzaakt. In een hoogontwikkelde samenleving, valt het te voorzien dat zich onvoorziene nadelen zullen voordoen. Binnen een gecompliceerde samenleving als de onze moet men nu eenmaal, binnen bepaalde grenzen, hinder, overlast en ingrijpende gebeurtenissen aanvaarden.¹⁶⁷ De schade die sommigen daardoor lijden, behoren tot het normale maatschappelijke risico's, die burgers zelf dienen te dragen. Het is echter evenwel mogelijk dat een schadepost, zo onvoorzienbaar, zo onevenredig of zo onverwacht is, dat daarmee geen rekening behoeft te worden gehouden. In dat soort gevallen kan worden betoogd dat het een risico betreft dat buiten het normale maatschappelijke risico of buiten het normale bedrijfsrisico valt.

§ 4.4.3 Beperkte groep

Onderdeel van de norm is dat de gevolgen rusten op één burger of een specifieke groep, terwijl vergelijkbare anderen niet of in mindere mate met die schade te maken krijgen.¹⁶⁸ Dit wordt aangeduid als het 'specialité'. De vraag die dan ook altijd moet worden beantwoord is, of deze persoon of groep meer schade lijdt, dan andere, vergelijkbare personen of groepen. Met wie dient dit echter te worden vergeleken? Wat zijn vergelijkbare personen of groepen. Dit dient per geval te worden bekeken, er is dan ook geen eenduidig antwoord mogelijk. Problemen kunnen ontstaan indien slechts één persoon het slachtoffer wordt, met wie moet dan worden vergeleken?

§ 4.5 Aansprakelijkheid op grond van het égalité-beginsel

De vraag is of HR Staat/K past in de lijn die in de voorgaande arresten is uitgezet. Is het een logische stap om in dit geval de vordering op grond van het égalité-beginsel af te wijzen? Moet dit worden gezien als een natuurlijke beperking van het beginsel? Of is het een onverwachte en wellicht zelfs onjuiste uitspraak? In de komende paragraaf zal ik gaan kijken is voldaan aan de vereiste

¹⁶⁶ Van Wijk/Konijnenbelt 2002, p. 737-738.

¹⁶⁷ Van Wijk/Konijnenbelt 2002, p. 723-724 en conclusie A-G Spier, onder 5.15.1.

¹⁶⁸ Singh 2004, p. 142.

voorwaarden. Daarnaast zal ik gaan kijken of er een mogelijke verklaring bestaat voor de uitkomst in deze zaak. Tot slot zal ik aangeven in hoeverre ik het al dan niet eens ben met de Hoge Raad.

Allereerst, kan worden gesteld dat het slachtoffer schade lijdt die buiten het normale maatschappelijke risico valt? Verdedigd kan worden dat eenieder weet dat men het slachtoffer kan worden van criminele activiteiten. Iedereen weet dat wanneer hij over straat loopt, hij het risico loopt een crimineel tegen te komen die hem berooft, verkracht, vermoordt, mishandelt, enzovoorts. Wij gaan er van uit dat ons dit niet zal overkomen. De kans dat het ons zal overkomen is ook heel erg klein, maar wil dat zeggen dat wij er daarom geen rekening mee behoorden te houden dat het kon gebeuren? Ontkennen of hopen dat het jou niet overkomt, is immers niet gelijk aan niet weten dat het kán gebeuren. Is het daarbij van belang of de crimineel een 'gewone' crimineel of een tbs-gestelde is? Daar kan instemmend op worden gereageerd. Tbs-gestelden bevinden zich in inrichtingen waar hun ziekte wordt behandeld. De overheid is verantwoordelijk voor deze behandeling en voor de tbs-gestelden zelf. Het is daarom niet onbegrijpelijk dat burgers er op vertrouwen dat de Staat deze taak goed uitoefent. Immers, zij dient het algemeen belang en de algemene veiligheid te beschermen. Burgers zullen er dan ook op vertrouwen dat de Staat deze personen niet eerder vrij laat, dan wanneer zij volledig genezen zijn. In die zin kan worden geantwoord, dat burgers niet hoeven te voorzien het slachtoffer te worden van tbs-gestelden op (proef)verlof. Daar kan echter tegen in worden gebracht, dat het algemeen bekend is dat tbs-gestelden (proef)verlof krijgen en dat het meer dan eens voorkomt dat zij tijdens dit verlof overgaan tot het plegen van strafbare feiten. Dit soort berichten zijn namelijk maar al te vaak in de media te zien. In de media komen echter ook, tegelijker met deze berichten, verklaringen van de overheid dat het hier incidenten zou betreffen. Waarbij wordt aangegeven dat het beleid en toezicht zal worden aangescherpt. De burgers vertrouwen op deze mededelingen en mogen daar naar mijn mening ook op vertrouwen. In elk geval hoeven zij er niet van uit te gaan op elke hoek van de straat te kunnen worden aangevallen door een tbs-gestelde die met verlof is. Zij hoeven hun leven niet aan te passen aan die mogelijkheid, net zo min als Harrida rekening moest houden met een importverbod in verband met het gevaar voor Creutzfeldt-Jacob. Bovendien, is het van belang dat het in deze gevallen een tbs-gestelde op (proef)verlof betreft? Er zijn ook 'gewone' mensen die overgaan tot het plegen van strafbare feiten en iedere burger kan daarvan het slachtoffer worden. Zou het redelijk zijn, in gevallen waar het tbs-gestelden betreft, te zeggen dat het buiten het normale maatschappelijk risico valt, terwijl dit bij 'gewone' criminele niet het geval is? Is dit een essentieel verschil? Is het niet voldoende dat men weet het slachtoffer te kunnen worden van iemand? Moeilijke vragen waarop niet zomaar een antwoord kan worden gegeven, maar waarmee zeker rekening dient te worden gehouden. Enerzijds speelt het vertrouwen in de overheid voor wat betreft het behandelen van en toezicht houden op tbs-gestelden. Anderzijds speelt de wetenschap dat iedereen kan voorzien op enig moment het slachtoffer te kunnen worden van criminele activiteiten, ongeacht de geestelijke gesteldheid van de dader. Naar mijn mening weegt het eerste punt veel zwaarder. Ja, we weten dat criminaliteit voorkomt, maar de overheid wekt

telkens weer de indruk dat tbs-gestelden goed bewaakt worden en dat de gevallen die in de media naar voren komen slechts incidenten zijn. Zij wekt vertrouwen op bij de burgers en de burger mag hier op af gaan en hier naar handelen.

Daarnaast speelt de vraag of het slachtoffer onevenredige gevolgen ondervindt, ten opzicht van andere vergelijkbare personen. Het zogenaamde specialité is hier van belang. Van belang is hier hetgeen Singh¹⁶⁹ overweegt hieromtrent in zijn annotatie bij dit arrest. “De Hoge Raad lijkt een ruime specialité toe te passen in het arrest *Staat/Lavrijsen*. In het arrest *Staat/Harrida* lijkt de Hoge Raad de specialité met het zogenaamde ‘voorzienbaarheids criterium’ in te perken. Het is moeilijk de ‘specialité’ te bepalen bij overheids-handelingen die zijn gericht op een onbepaalde groep burgers en schade veroorzaken bij deze burgers of bij derden. Wanneer de Staat besluiten neemt, zonder voor bepaalde groepen een last te creëren - zoals in casu het geval -, bestaat de referentiegroep niet uit de burgers die directe schade kunnen lijden, maar uit burgers die te maken krijgen met inherente gevolgen van de besluitvorming. Wanneer een overheidsbesluit slechts voor één individu tot schade leidt, is het de vraag of deze last speciaal is, in de zin van het égalité-beginsel.”

Ook hetgeen Van Maanen¹⁷⁰ zegt in zijn annotatie bij het arrest is relevant. De Hoge Raad heeft aangegeven dat niet is voldaan aan de norm van het égalité-beginsel, aangezien de overheid in dit geval niet had kunnen voorzien dat het (onaanvaardbare) risico bestond dat met name K. het slachtoffer van V. zou kunnen worden. Van Maanen geeft aan dit een flauwe redenering te vinden. “Waar het natuurlijk om gaat, is of er sprake was van een serieus risico door V. met onbegeleid verlof te laten gaan. Dat is er zeker. Dat heeft Spier laten zien; het gaat om 30 tot 60% kans op ontsporing (van zeer ernstig tot minder ernstig). Dat vinden we - de psychiaters van de Van Mesdag - niet absoluut onaanvaardbaar, maar we weten wel dat dit risico bestaat. Natuurlijk weten we niet zeker dat V. zal ontsporen en we weten al helemaal niet *wie* daarvan het mogelijke slachtoffer zal zijn (en hoe ernstig het gevolg zal zijn). Het is ook lastig om te zeggen dat hier sprake is van een specifieke groep. Maar met een beetje goede wil zou je wel kunnen zeggen dat het gaat om vrouwen die in de buurt van de Van Mesdagkliniek wonen, althans in de stad Groningen.”

Ook op dit punt, het punt van de specialité, is het de vraag of aan de vereisten is voldaan. Is het mogelijk de schade van het slachtoffer te vergelijken met die van een bepaalde groep? Volgens Van Maanen¹⁷¹ kan worden gekeken naar alle vrouwen die wonen in de buurt van de Van Mesdagkliniek of in de stad Groningen. Dit is een mogelijkheid. Tevens zou kunnen worden gekeken naar de mogelijke doelgroep van de tbs-gestelde, bijvoorbeeld mensen met blond haar, mannen tussen de 20 en 35 jaar,

¹⁶⁹ Singh 2004, p. 142.

¹⁷⁰ Van Maanen 2004, p. 216-217.

¹⁷¹ Van Maanen 2004, p. 216-217.

kinderen met groene ogen, enzovoorts. Dit zijn naar mijn mening echter allemaal vrij vergezochte vergelijkingen, die toch wel tot een zeer krampachtige vergelijking leiden. Zou het niet mogelijk zijn om het slachtoffer te vergelijken met alle andere slachtoffers van tbs-gestelden? Is dit slachtoffer, van deze tbs-gestelde, zwaarder getroffen dan vergelijkbare personen, namelijk andere slachtoffers van deze of andere tbs-gestelden. In die zin betrek je niet alle personen die schade kunnen leiden van dit besluit bij de specialité, maar alle personen die schade leiden door het tbs-beleid dat de Staat voert. Op die manier is evenwel nooit zeker hoe groot de groep van schadegerechtigden zal zijn of worden. Dit zou echter aan de hand van de statistische gegevens met betrekking tot recidive, kunnen worden ingeschat. Een soortgelijk probleem was aan de orde in Staat/Lavrijsen. De Staat wist niet dat er een huurder was die schade zou kunnen lijden. Ook het aantal 'slachtoffers' was vooraf niet bekend. Daarnaast was eveneens de identiteit van het slachtoffer van te voren niet bekend. Eénieder zou de huurder hebben kunnen zijn en daardoor schade hebben kunnen lijden. Net als in het onderhavige geval, waarin de Hoge Raad benadrukt dat éénieder het slachtoffer had kunnen worden van V. In die zin kan, op verschillende gronden, worden gemotiveerd dat het onderhavige geval niet wezenlijk verschilt met dat van Staat/Lavrijsen. Ik kan mij daar wel in vinden, met wat goede wil en wat creativiteit kan inderdaad aansprakelijkheid worden aangenomen, zonder een al te grote verruiming van het égalité-beginsel. De eventuele financiële consequenties zouden kunnen worden beperkt door een bepaald minimum aan schade te eisen. Zodat alleen die gevallen, waarin de schade onevenredig is, boven een bepaald bedrag komt, voor schadevergoeding in aanmerking komen.

Er bestaat echter nog een (héél groot) verschil tussen beide situaties. Dit verschil is gelegen in het feit dat het bij Staat/Lavrijsen ging om schade die door de Staat zelf was toegebracht. De Staat was degene die besloot tot het doen van huiszoeking, de Staat was degene die de huiszoeking uitvoerde en de Staat was degene die de schade direct veroorzaakte. In dit geval was het bij de verlening van het verlot inderdaad de Staat die handelde. Bij het toebrengen van de schade, was dit echter de tbs-gestelde. Zoals de Hoge Raad benadrukt, de schade is niet het gevolg van het verlenen van verlot door de Staat, maar van het handelen van V. Het probleem is dat de schade slechts een indirect gevolg is van het handelen van de Staat. Staat/Lavrijsen hield echter een verruiming van het beginsel in, waarom zou ook in dit geval geen verruiming gewenst en mogelijk zijn? Het beginsel zou kunnen worden verruimd, door niet alleen de directe gevolgen van de handelingen van overheid, maar ook de indirecte gevolgen daarvan, voor vergoeding in aanmerking te laten komen. Waar stopt het dan echter? Hoeveel verruiming volgen? Waar ligt de grens? En hoe groot zullen de (financiële) gevolgen zijn van een dergelijke verruiming? Daarbij moet niet alleen worden gedacht aan het aantal claims van slachtoffers van tbs-gestelden, maar ook aan claims van andere burgers die schade lijden door de indirecte gevolgen van het handelen van de overheid. De Staat heeft bijvoorbeeld aangegeven te vrezen voor claims van slachtoffers van (ex)gedetineerden enzovoorts. De vraag is ook of deze vrees terecht is? Naar mijn mening niet. Zoals ik hiervoor reeds meerdere malen heb betoogd, is het karakter van tbs

geheel verschillend van dat van gewone detentie en daar zou de grens getrokken kunnen worden. Bij detentie staat de straf voorop, het is een vorm van vergelding. Bij tbs daarentegen staan de beveiliging van de maatschappij en een medische behandeling van de tbs-gestelde voorop. Inbreuken van gewone criminelen heeft een burger, hoe triest ook, te verwachten en in zekere mate te dulden. Hiervoor kan de burger de Staat niet aansprakelijk stellen. Bij tbs gaat het, zoals reeds betoogd, om het vertrouwen van de burger in de overheid dat wordt geschonden. Is het echter wel noodzakelijk of wenselijk dat het *égalité*-beginsel in deze zin wordt verruimd? Op deze vraag zal ik later ingaan.

Uit de literatuur, die na het wijzen van het arrest, is verschenen, kan een mogelijke verklaring voor de uitkomst van het arrest worden gevonden. Met name Van Maanen heeft hier uitgebreid over gepubliceerd.¹⁷² Een onderscheid zou kunnen (of moeten) worden gemaakt ten aanzien van verschillende categorieën van rechtmatig overheidsoptreden waar compensatie geboden. De eerste categorie is die van de *klassieke égalitésituaties*. In deze gevallen is het, volgens Van Maanen, noodzakelijk dat de overheid (weloverwogen) optreedt en waarbij veelal onvermijdelijk bepaalde (groepen) van burgers onevenredig benadeeld worden. De overheid dient deze onevenredige benadeling te compenseren door financiële of ander maatregelen. Indien de onevenredige schade op het moment van het uitvaardigen van de noodzakelijk een dus rechtmatige voorziening, bekend zou zijn of zou moeten zijn, kan de overheid onder omstandigheden onrechtmatig handelen door de maatregel door te zetten zonder het treffen van compenserende maatregelen. Ingeval dergelijke onevenredige schade niet te voorzien was, behoort de overheid later maatregelen te treffen om die schade te vergoeden. De tweede categorie die Van Maanen onderscheidt, is die van gevallen waarin de overheid terecht bepaalde *strafvorderlijke bevoegdheden uitoefent* (huiszoeking, aanhouding, al dan niet voorlopige hechtenis), maar waarin achteraf blijkt dat *de verdenking ongegrond is*. In die gevallen is de grondslag voor de verplichting tot vergoeding van het ten onrechte opgelopen nadeel te vinden in het feit dat de inherente onzekerheid die gepaard gaat met maatregelen gebaseerd op *verdenkingen* met zich brengt dat die maatregelen slechts gelegitimeerd zijn op de *bijkomende* (niet-ontbindende) voorwaarde dat de overheid instaat voor gevolgen van het niet bewaarheid worden van deze verdenking. Men kan ook zeggen dat de overheid in dit soort gevallen welbewust het risico heeft aanvaard dat achteraf kan blijken dat de verdenking niet wordt bewaarheid.¹⁷³ De laatste categorie die Van Maanen onderscheidt is die waarin de overheid bij uitoefening van haar (vaak risicovolle) taak bij

¹⁷² Van Maanen 2004, p. 217-218, Van Maanen 2005, p. 164-165 en Van Maanen 2002, p. 68-69.

¹⁷³ In het artikel "De variërende status van rechtsbetrekkingen in het privaatrecht" (WPNR 97/6278) gaat Van der Kwaak eveneens in op het arrest Staat/Lavrijsen. Ook hij bespreekt de bijkomende voorwaarde dat de verdenking terecht moet blijken te zijn. Hij verzet zich echter tegen het toepassen van het *égalité*-beginsel. Volgens hem wordt door dit beginsel te gebruiken, voorbij gegaan aan de voorvraag, in welke gevallen moet die redelijke verdeling (van het *égalité*-beginsel) worden toegepast? Volgens hem ontbreekt een grondslag voor overheidsaansprakelijkheid in die visie. In zijn artikel gaat hij in op verschillende bezwaren tegen toepassing van het *égalité*-beginsel. Voor een uitgebreide beschrijving verwijs ik naar het artikel zelf. Het belangrijkste punt is dat onduidelijk is, wanneer moet worden verdeeld? Wanneer dient de schade niet voor rekening van een bepaald persoon te komen, maar dient de schade te worden verdeeld?

de handhaving van de openbare orde of bij de uitvoering van strafvorderlijke maatregelen, onbedoeld en niet-noodzakelijk schade toebrengt aan toevallig in de weg lopende derden of ander betrokken (niet zijnde verdachten). Hieronder zou, volgens Van Maanen, ook het tbs-beleid met betrekking tot proefverloven kunnen brengen.

In al deze gevallen is er sprake van rechtmatige overheidsoptreden, waarbij mogelijk schadevergoeding op zijn plaats is. Dit is gebaseerd op het leerstuk van de *égalité*. Van Maanen geeft aan dat het hierbij gaat om *égalité* in ruime zin. Liever zou hij het hebben over de echte klassieke *égalité* en het principe van solidariteit.¹⁷⁴ Waar het echter om gaat is dat dit onderscheid in drie categorieën een verklaring zou kunnen bieden voor de uitspraak in Staat/K. Bij de eerste, ‘echte’ *égalité*, zou schadevergoeding zeker mogelijk zijn. Bij de tweede categorie ook, op grond van *égalité* danwel op grond van solidariteit. En bij de derde zou een schadevergoeding niet op zijn plaats zijn.

Naar mijn mening hoeft het onderscheid tussen ‘echte’ *égalité* en solidariteit niet te worden gemaakt. Het *égalité*-beginsel dient aan de hand van jurisprudentie verder te worden uitgebreid en grenzen moeten worden gesteld. Dat is ook wat de Hoge Raad in dit geval heeft gedaan. Naar mijn mening behoort het onderhavige geval niet tot de derde categorie, in tegenstelling tot wat Van Maanen stelt. Dat om de reden die ik hiervoor reeds heb genoemd. Het gaat er niet om dat in dit geval niet bekend was wie het slachtoffer van V. zou worden. Dat was namelijk ook het geval bij Staat/Lavrijsen. Waar het om gaat is dat in dit geval, in tegenstelling tot bij Staat/Lavrijsen, niet het handelen van de overheid, maar het handelen van V. de schade heeft veroorzaakt. Een essentieel verschil, waar niet te snel aan voorbij mag worden gegaan. Hierin ligt de reden die de Hoge Raad heeft gehad om de vordering op grond van het *égalité*-beginsel af te wijzen.

Dient een vordering op grond van het *égalité*-beginsel naar mijn mening te worden toegewezen? In alle vereisten kan een reden worden gevonden om een dergelijke vordering af te wijzen, maar even zo goed om de vordering toe te wijzen. Betoogd kan worden dat het wel of niet buiten het normale maatschappelijke risico valt, zoals ik hiervoor reeds heb aangeven. Ook de *specialité* kan een probleem vormen, met welke groep of personen dient te worden vergeleken? Singh¹⁷⁵ geeft aan dat wellicht geen toepassing van het *égalité*-beginsel mogelijk is, indien slecht één persoon het slachtoffer is.

Het is goed verdedigbaar een vordering op grond van het *égalité*-beginsel af te wijzen, daarvoor kunnen ongetwijfeld voldoende argumenten worden gevonden. Het is echter even goed mogelijk de vordering toe te wijzen. Het vereiste van *specialité* is al verruimd in het Staat/Lavrijsen-arrest, waarin

¹⁷⁴ Van Maanen 2002, p. 23.

¹⁷⁵ Singh 2004, p. 142-143.

immers ook maar één slachtoffer was en ook geen vergelijkbare groep bestond. Ook Lavrijsen leed onevenredige schade, maar niet in verhouding tot alle andere huurders van zijn verhuurder, hij was immers de enige huurder. Toch was de schade die hij leed onevenredig, hij hoefde immers geen rekening te houden met de mogelijkheid van een huiszoeking bij de verdenking van zijn verhuurder. De Hoge Raad heeft hier zonder problemen de specialité verruimd. Een dergelijke verruiming kan ook in dit geval plaatsvinden. De verruiming zou daaruit bestaan, dat niet alleen de schade die direct door de Staat wordt toegebracht in aanmerking komt voor vergoeding, maar ook de schade die het indirecte gevolg is van zijn handelen. De rechtvaardiging hiervoor kan worden gevonden in de voorzienbaarheid voor de Staat van de schadelijke gevolgen. De Staat weet dat de kans dat er slachtoffers vallen tijdens verloven in het algemeen bijna 30% is. Dit blijkt uit de statistieken, weliswaar kan hij de kans per geval niet exact inschatten, maar hij kan wel weten dat het gevolg van zijn beleid is, dat het in bijna 30% van de verloven fout gaat. De Staat aanvaardt deze kans, door het beleid te blijven voeren. Blijkbaar vindt zij het aantal gevallen waarin het fout gaat aanvaardbaar. Kan hij nu, enkel omdat de slachtoffer bij voorbaat niet bij naam is aan te wijzen en omdat zij niet zelf de schade toebrengt, het slachtoffer wegsturen met de mededeling: “Tja, pech gehad!”? Dit lijkt mij niet, de Staat kiest voor het beleid dat hij voert. Hij aanvaardt daarbij de mogelijke gevolgen en hij dient ook de daarbij behorende schade te dragen. In dit kader zou het onevenredig zijn, het slachtoffer de last te laten dragen van de keuze van de Staat. Het is naar mijn mening een voorbeeld bij uitstek waarin kan worden gesproken van openbare lasten die door ons allen gedragen moeten worden. Immers, het beleid wordt in het algemeen belang gevoerd. Door behandeling neemt de gevaarlijkheid van de tbs-gestelden af en wordt de maatschappij veiliger. Bijkomstig gevolg van dit systeem is dat er slachtoffers kunnen vallen tijdens de verloven. Deze slachtoffers zouden de schade niet alleen moeten dragen. Solidariteit is hier op zijn plaats. Het égalité-beginsel biedt hiertoe de mogelijkheid, het is immers niet beperkt tot Van Maanens klassieke égalité-beginsel. Het is een algemeen beginsel dat steeds verder ingevuld en uitgewerkt dient te worden. En in gevallen als dit, is een verruiming van het beginsel niet alleen mogelijk, maar ook zeer wenselijk. Zolang de wetgever niet overgaat tot het creëren van een risicoaansprakelijkheid, is dit de aangewezen weg voor schadevergoeding. Weliswaar ontvangt een slachtoffer een bedrag van het Schadefonds Geweldsmisdrijven, maar daarmee neemt de overheid niet de verantwoordelijkheid voor haar handelen. Zij zegt A, maar weigert B te zeggen, door de gevolgen van haar handelen niet te dragen. De overheid handelt naar mijn mening onrechtmatig. Niet het besluit tot het verlenen van verlof is onrechtmatig, maar het handelen dat daarop volgt. Namelijk het niet aanbieden van schadevergoeding, terwijl zij van te voren met zekerheid kon weten dat in bijna 30 % van de gevallen waarin verlof wordt verleend slachtoffers zouden vallen. Daarbij zou een beperking kunnen worden ingevoerd, bijvoorbeeld een minimumbedrag aan schade, voordat de Staat gehouden is tot schadevergoeding. Boven dit bedrag zou schade onevenredig op het slachtoffer drukken, terwijl dit niet het geval is, wanneer de schade minder bedraagt dan dat bedrag.

Dat schadevergoeding op zijn plaats is, ziet de Staat zelf ook in. Zo betaalde de Staat een vergoeding van 10.000 euro aan de nabestaanden van Tjirk van Wijk.¹⁷⁶ Tjirk van Wijk werd in 1999 vermoord door een tbs-gestelde. Weliswaar werd bij het gebaar uitdrukkelijk vermeld dat het geen erkenning van aansprakelijkheid inhield, maar het duidt er wel op dat ook de Staat een schadevergoeding in dit soort gevallen wenselijk of op zijn plaats acht.

Mijn conclusie luidt dan ook, dat aansprakelijkheid op grond van het *égalité*-beginsel niet alleen mogelijk, maar ook wenselijk is. Totdat de wetgever een risicoaansprakelijkheid in de wet opneemt, is het de uitgelezen manier om de schade voor rekening van de Staat te laten komen. Hetgeen niet meer dan redelijk is, aangezien hij zelf dit risico heeft aanvaard door het voeren van dit tbs-beleid. Het beginsel sluit een dergelijke ruime uitleg niet uit, het is zeer ruim geformuleerd en het zou niet de eerste keer zijn dat het verruimd wordt, enkel omdat de omstandigheden van het geval hier om vragen. Denk maar aan het Staat/Lavrijsen-arrest.

§5 Conclusie

In paragraaf 3.3 heb ik reeds uitgebreid samengevat in hoeverre op grond van onzorgvuldig handelen kan worden geoordeeld dat onrechtmatig is gehandeld. Ik zal dit hier niet herhalen. In de laatste paragraaf ben ik ingegaan op de tweede mogelijke grondslag, namelijk het *égalité*-beginsel. In hoeverre is een vordering op deze grondslag mogelijk?

Allereerst ben ik ingegaan op het onderscheid tussen onrechtmatige daad en rechtmatige daad. Daarbij heb ik aangegeven dat sommige schrijvers spreken van een gekunstelde constructie wanneer men zich in dit geval baseert op onrechtmatige daad. Met name Bloembergen is van mening dat schadevergoeding op grond van rechtmatige daad ook mogelijk is en zelfs beter is. Ik vind dat men uitstekend uit de voeten kan met de onrechtmatige daad, zonder dat dit tot een verwrongen constructie leidt. Immers, het besluit tot het verlenen van verlof is en blijft rechtmatig, het handelen daarna kan echter onrechtmatig zijn, wanneer men geen schadevergoeding betaalt. Voor welke naam men ook kiest, rechtmatige daad of onrechtmatige daad, hetgeen ik verder overweeg is op beide van toepassing. Ik ga daarbij uit van de onrechtmatige daad.

Uit de diverse arresten is de inhoud van het *égalité*-beginsel af te leiden: *Onevenredige nadelige (dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende) gevolgen van een overheidshandeling of*

¹⁷⁶ NRC 9 juli 2003.

overheidsbesluit, behoren niet ten laste van die beperkte groep te komen, maar dienen gelijkelijk over de gemeenschap te worden verdeeld.

Alle vereisten van het beginsel bieden mogelijkheden om de vordering af te wijzen, dus indien men geen schadevergoeding wil toekennen, dan kan de vordering op allerlei gronden worden afgewezen. Even zo goed kunnen alle punten een argument bieden om de vordering toe te wijzen. Van belang zijn hier het normaal maatschappelijk risico, de specialité en het directe dan wel indirecte gevolg. Het meest reële argument voor afwijzing van de vordering is dat de schade het indirecte gevolg is van het handelen van de overheid. Dit is waar en hier zou de grens getrokken kunnen worden. Naar mijn mening is dat echter niet wenselijk. Een verruiming is mogelijk, dit deed de Hoge Raad ook in HR Staat/ Lavrijsen. De reden voor deze verruiming zou kunnen worden gevonden in het feit dat de overheid dit tbs-beleid heeft gekozen, terwijl zij wist en weet dat in bijna 30% van de gevallen recidive plaatsvindt. Door het beleid toch te voeren, accepteert zij tevens de risico's hiervan. De Staat is dan ook gehouden de schade die hierdoor ontstaat te vergoeden. Het beleid wordt immers gevoerd ten behoeve van ons allen en het zou onredelijk zijn deze gevolgen op één individu te laten rusten. Een ander reëel argument voor afwijzing van de vordering zou kunnen worden gevonden in de specialité, dit is echter niet erg sterk. Met een beetje goede wil is een vergelijking met anderen mogelijk, waardoor de onevenredigheid bepaald kan worden. Gedacht kan daarbij worden aan alle vrouwen in een bepaalde stad, maar ook aan alle slachtoffers van alle tbs-gestelden. Bovendien is het égalité-beginsel in Staat/Lavrijsen verruimd, ook daar was het slachtoffer onbekend en was niet zeker dat er slachtoffers zouden vallen.

Aansprakelijkheid op grond van het égalité-beginsel is mogelijk en wenselijk. Zolang er geen wettelijke aansprakelijkheid is gecreëerd, is een vordering op grond van het égalité-beginsel de uitgelezen manier om schade vergoed te krijgen, wanneer het besluit tot het verlenen van het verlof rechtmatig was. Dat een dergelijke vergoeding op zijn plaats is, blijkt ook wel uit het handelen van de Staat in het geval van Tjirk van Wijk.

Er bestaan relevante verschillen tussen de situatie dat de vordering wordt toegewezen op grond van onzorgvuldig handelen of op grond van het égalité-beginsel.¹⁷⁷ Ik zal de twee meest relevante verschillen hier kort beschrijven. Zo komt bij de eerste vordering de volledig schade voor vergoeding in aanmerking, terwijl bij de tweede slechts die schade voor vergoeding in aanmerking komt, die onevenredig is. Daarnaast heeft in het eerste geval iedere benadeelde een vorderingsrecht, terwijl in het tweede geval dit slechts zo is, indien het risico niet tot het normale maatschappelijk risico behoort en slechts op een beperkte groep drukt.

¹⁷⁷ Conclusie A-G Spier, punt 3.35-3.38

Voor slachtoffers is het dus aantrekkelijker een vordering op grond van onzorgvuldig handelen in te stellen, dan op grond van het égalité-beginsel. De keuze is echter niet aan het slachtoffer, want zoals ik hiervoor reeds heb aangegeven, is een vordering op grond van onzorgvuldig handelen slechts mogelijk indien kennelijk onzorgvuldig of kennelijk onverantwoord is gehandeld. Is dit niet het geval, dan is het handelen van de overheid rechtmatig en resteert alleen een vordering op grond van het égalité-beginsel.

In dit hoofdstuk zijn de factoren die een rol spelen bij het bepalen van de zorgvuldigheidsnorm uitgebreid aan de orde gekomen. Telkens dient aan de hand van de omstandigheden van het geval te worden gekeken of kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord is gehandeld, of dat is gehandeld in strijd met het égalité-beginsel. Hierbij zijn verschillende omstandigheden relevant. In het volgende hoofdstuk wil ik gaan bekijken of er jurisprudentie bestaat die aanleiding geeft tot het hanteren van andere factoren en omstandigheden of die er toe leidt dat bepaalde factoren of omstandigheden juist niet van belang zijn.

Hoofdstuk 5 Een gevalsvergelijking

§ 1 Inleiding

In dit hoofdstuk wil ik het arrest Staat/K gaan vergelijken met andere jurisprudentie. Aan de hand van deze vergelijking ga ik bekijken of de reeds bestaande jurisprudentie aanleiding geeft tot een herziening van mijn conclusie in hoofdstuk 4. Bij deze vergelijking zal ik ingaan op jurisprudentie die grote gelijkenissen vertoont met HR Staat/K, A-G Spier verwijst in zijn conclusie bijvoorbeeld naar twee van dit soort uitspraken. Daarnaast echter ook op minder voor de hand liggende gevallen, zoals de oudejaarsrellen in Groningen.

De verschillende uitspraken zal ik op een vijftal punten gaan vergelijken. Allereerst de factoren die een rol spelen bij de bepaling van de betamende zorgvuldigheid. In hoofdstuk 3 en 4 zijn reeds een groot aantal factoren naar voren gekomen die kunnen relevant zijn. Zonder al te veel in herhaling te willen vallen, zal ik hier de belangrijkste nogmaals noemen. Allereerst de Kelderluik-criteria, was de schade voorzienbaar, hoe groot was de kans op schade, hoe ernstig zou die mogelijke schade zijn en hoe bezwaarlijk was het maatregelen te nemen? Daarnaast de gezichtpunten van Van Rossum, wat was de aard en het doel van het toezicht, over welke bevoegdheden beschikte de toezichthouder, heeft hij zijn instrumentarium voldoende benut en heeft hij aan zijn onderzoeksplicht voldaan? Tot slot spelen ook de mate van beleidsvrijheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke rol. Voor het bepalen van de voorzienbaarheid, kan daarbij worden gekeken naar eerder justitieel contact, geslacht, geboorteland, leeftijd bij het beëindigen van de tbs, eventuele ongeoorloofde afwezigheid, proefverlof voor het eindigen van de tbs en het type uitgangsdelict. Niet van belang zijn daarbij de duur van de maatregel, de wijze van beëindiging en contraire of conforme beëindiging. Leveren de gevalsvergelijkingen nu nog andere factoren op die van belang kunnen zijn? Of blijkt juist dat de door mij in hoofdstuk 3 en 4 gehanteerde factoren niet van belang zijn? Deze zorgvuldigheidsnorm komt zowel bij het verlenen van verlof, als bij ongeoorloofde afwezigheid in beeld. Hier wordt duidelijk dat ook het punt óf onderscheid bestaat tussen de situatie waarin verlof is verleend en waarin sprake is van ongeoorloofde afwezigheid, van belang is. Waar het bij ongeoorloofde verlof weer van belang kan zijn of het gaat om ontsnapping uit een inrichting of het niet terugkeren van verlof. In hoeverre kunnen in de verschillende genoemde situaties dezelfde zorgvuldigheidseisen worden aangelegd en in hoeverre dient hierin een onderscheid te worden gemaakt? Een derde punt van vergelijking is de speciale juridische verhouding tussen de Staat en de tbs-inrichtingen. In hoeverre is deze relevant? Kan de, in hoofdstuk 2 besproken, redelijk unieke verhouding tussen de Staat en de tbs-inrichtingen aanleiding geven tot bijvoorbeeld een zwaardere zorgvuldigheidsnorm? Of een minder zware toerekening? Daarnaast zal ik ingaan op het causale verband. Hierbij is met name de vergelijking met HR Sint Willibrord van belang. In hoeverre dient het causale verband te worden bewezen? Waarbij de

omkeringsregel naar voren komt. En tot slot, het laatste punt van vergelijking, kunnen uit de jurisprudentie concrete voorbeelden worden afgeleid, waarin sprake zou (kunnen) zijn van kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord handelen?

§ 2 Psychiatrische instellingen

§ 2.1 Inleiding

HR Staat/K is niet de eerste uitspraak die is verschenen met betrekking tot psychiatrische patiënten en ook niet met betrekking tot tbs-gestelden. Een viertal uitspraken wil ik daarom in deze paragraaf met dit arrest willen vergelijken. Deze uitspraken zijn niet allen van de Hoge Raad en evenmin zijn zij allemaal in gelijke mate vergelijkbaar met Staat/K. Ik zal eerst ingaan op HR 't Ruige Veld/Univé, een uitspraak van de Hoge Raad en tevens de zaak die de meeste gelijkenis vertoont met HR Staat/K. Daarna zal ik over gaan tot het arrest HR Sint Willibrord, waarbij alleen met betrekking tot het causale verband de uitspraak van de Hoge Raad van belang is. Voor het overige is het goed ook de uitspraak die het Hof in deze zaak heeft gedaan te bekijken, aangezien hier wordt ingegaan op de zorgvuldigheidnorm. Tot slot zal ik ingaan op twee andere uitspraken, één van de Rechtbank Amsterdam en één van het Hof Leeuwarden. Ook in deze gevallen is de situatie niet gelijk aan die in HR Staat/K, het gaat echter in beide gevallen om tbs-gestelden en beide arresten kunnen interessant zijn bij de invulling van de zorgvuldigheidnorm.

§ 2.1 HR 't Ruige Veld/Univé¹⁷⁸

§ 2.1.1 De casus

Wendelien was een meisje van 13 jaar. Vanwege depressiviteit en onbeheersbaar chaotisch gedrag was zij opgenomen in een jeugdpsychiatrisch ziekenhuis, 't Ruige Veld. Zij was reeds meerdere malen weggelopen en tijdens één van die ontsnappingen had zij reeds schade veroorzaakt. Zij had het hek van de manege opengelaten, waardoor alle paarden konden ontsnappen. De Stichting had géén maatregelen getroffen om te voorkomen dat Wendelien de inrichting wederom (zonder toestemming) zou verlaten. Zij had wel de mogelijkheid toezicht op Wendelien te houden, daarbij hoeft niet direct te worden gedacht aan zeer extreme maatregelen zoals de één op één-benadering of plaatsing in een isoleercel. Minder ingrijpende maatregelen waren mogelijk, maar ook deze heeft de stichting niet getroffen. Evenmin is zij opgenomen in een gesloten inrichting.

¹⁷⁸ HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118.

Op een nacht ontsnapte Wendelien wederom en dit maal had het ernstigere gevolgen tot resultaat. Zij heeft brand gesticht in een woning. (Deze woning was verzekerd door DLG, de rechtsvoorganger van Univé, vandaar dat Univé partij is in dit geding.) De stichting zou in haar jegens derden betaamde zorg tekort zijn geschoten en daarom onrechtmatig gehandeld hebben, wat haar schadeplichtig maakt, zo betoogt Univé. 't Ruige Veld bestrijdt dit en stelt, dat zij geen rekening behoeft te houden met het feit dat Wendelien brand zou kunnen gaan stichten.

§ 2.1.2 De beslissing

De Hoge Raad overweegt: "... de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer is vereist, in verband met de aard van psychisch gestoorde minderjarigen, meebrengt dat degene die in het kader van hun behandeling het toezicht over hen heeft aanvaard, gehouden is zo veel als redelijkerwijs mogelijk erop toe te zien dat zij derden (of zichzelf) geen schade toebrengen. Hoever dit toezicht behoort te gaan en welke maatregelen ter voorkoming van het toebrengen van schade aan derden (of aan het kind zelf) de toezichthouder behoort te nemen, hangt af van de bijzonderheden van het gegeven geval, waarbij van belang zijn enerzijds de grondrechten van het kind en de aan zijn behandeling uit medisch oogpunt te stellen eisen en anderzijds de grootte van de kans dat het derden (of zichzelf) schade zal toebrengen."¹⁷⁹

Even later overweegt de Hoge Raad: "reeds het feit dat aan weglopen van Wendelien verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden was verbonden, de Stichting aanleiding had moeten geven om nadere maatregelen ter voorkoming van weglopen te treffen die verder gingen dan het gebruikelijke toezicht, onverschillig of het al dan niet viel te verwachten tot welke soort schade wederom weglopen van Wendelien zou leiden."¹⁸⁰

Tot slot zegt de Hoge Raad dat indien "met het oog op de verhoogde kans op het door Wendelien toebrengen van schade aan derden voorzorgsmaatregelen geboden en mogelijk waren, het achterwege blijven van deze maatregelen aansprakelijk maakt voor de daaruit voortvloeiende schade, onverschillig de wijze waarop Wendelien deze schade heeft toegebracht."¹⁸¹

§ 2.1.3 Een vergelijking

Vooropgesteld dient te worden dat het oude recht op deze zaak van toepassing is, er bestaat echter in grote lijnen overeenstemming tussen het oude en nieuwe recht. Het is dan ook zinvol deze zaak te

¹⁷⁹ HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118, rov. 3.6.2.

¹⁸⁰ HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118, rov. 3.7

¹⁸¹ HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118, rov. 3.10.

gaan vergelijken met die waarin een tbs-gestelde schade toebrengt aan derden. In hoeverre bestaan op de onderzochte punten verschillen of overeenkomsten? En wat is de relevantie hiervan?

De Hoge Raad stelt voorop dat de zaak moeten worden bekeken tegen de achtergrond, dat de ouders noch het kind onder het oude recht aansprakelijk waren voor de schade. Hierbij komt meteen een groot verschil om te hoek kijken, ten opzichte van HR Staat/K, daar gaat het namelijk niet om een minderjarige. Ik ben van mening dat het feit of men met een minderjarige te maken heeft, niet relevant is in dit geval, aangezien het met name gaat over de in acht te nemen zorgvuldigheid van psychiatrische instellingen ten opzichte van derden. Eén van de factoren die daarbij van belang kunnen zijn is de leeftijd van de patiënt. Cruciaal is deze echter niet. Een volwassen psychisch gestoord persoon kan immers even onvoorspelbaar handelen als een minderjarig psychisch gestoord persoon. Ten gevolge van de geestelijke stoornis zijn zij vaak niet in staat de ernst en de gevolgen van hun handelen in te schatten. In vele opzichten zou zelfs kunnen worden gesteld dat een kind en een geestelijk gestoord persoon in zekere mate overeenkomsten vertonen. Hun gedrag kan onvoorspelbaar en onverantwoord zijn, maar dit zien zij zelf niet in. Dit is de reden waarom zij vaak ook niet zelf aansprakelijk kunnen worden gehouden voor hun handelen en de gevolgen daarvan.

Een ander verschil is dat Wendelien was weggelopen uit de inrichting, terwijl V. in HR Staat/K op verlof was, kortom hij had toestemming om de inrichting te verlaten. Naar mijn mening kan worden gesteld dat de in acht te nemen zorgvuldigheid misschien nog wel zwaarder is indien men iemand de inrichting laat verlaten dan wanneer deze wegloopt. Dan aanvaardt men namelijk niet alleen een kans dat de persoon door een ontsnapping in de maatschappij terecht zou kunnen komen, maar laat men degene bewust vrij in de maatschappij. Verschil kan echter wel bestaan ten aanzien van het toezicht. Bij Wendelien ging het met name om toezicht terwijl zij zich in de inrichting bevond. Bij V. gaat het meer om het toezicht nadat hij, bevoegd, de instelling (tijdelijk) heeft verlaten. Indien aan een tbs-gestelde verlof is verleend, is hij bevoegd zich in de samenleving te bewegen. Het is echter aan de Staat toezicht te houden op deze tbs-gestelden, indien er aanwijzingen zijn dat de tbs-gestelde niet goed reageert op het verlof en mogelijk gevaarlijk dreigt te zijn voor derden of zichzelf, is de Staat gehouden tot ingrijpen. Bij de tbs-maatregel kan zich echter ook een soortgelijke situatie voordoen als in HR 't Ruige Veld, waarbij dit verschil geheel niet bestaat, denk bijvoorbeeld aan een ontsnapte tbs-gestelde of een tbs-gestelde die niet terugkeert van verlof. Tijdens deze zogenaamde ongeoorloofde afwezigheid, is de situatie in grotere mate gelijk aan die van Wendelien. Zij het dat in het geval dat een tbs-gestelde niet terugkeert van verlof, ook de zorgvuldigheid in het toezicht bij het verlenen van verlof een rol speelt.

Een laatste belangrijk verschil, is dat van de juridische positie van de gewone psychiatrische instellingen en die van tbs-inrichtingen. In hoofdstuk 2 ben ik ingegaan op de juridische positie van

tbs-inrichtingen, waarbij ik heb aangegeven dat zowel rijksinrichtingen als particuliere inrichtingen bestaan. Voor beide geldt echter dat de Minister van Justitie het laatste doorslaggevende woord heeft in vele situaties en beslissingen. Hierdoor zijn de tbs-inrichtingen nauw met de Staat verweven, mede gezien het feit dat tbs bij wege van de overheid wordt opgelegd. Gewone psychiatrische instellingen missen deze verwevenheid met de Staat, dit is naar mijn mening echter voor de vergelijking niet van belang. Op de Staat rust misschien nog wel een zwaardere zorgvuldigheid dan op een gewone psychiatrische instelling, aangezien burgers, zoals ik in hoofdstuk 4 reeds uitgebreid heb betoogd, vertrouwen op de overheid en haar zorgvuldigheid. Bovendien is tbs een maatregel die alleen bij echt gevaarlijke psychisch gestoorde personen wordt opgelegd. Ook om die reden moet extra zorgvuldig gehandeld worden, het gevaar indien er iets fout gaat is dan immers vele malen groter. Hier tegenin zou kunnen worden gebracht dat de overheid ook met andere belangen rekening dient te houden. Dit is echter evenmin een erg sterk argument, nu ook in HR 't Ruige Veld wordt gewezen het belang van derden en de grondrechten en behandeling van de patiënt. Ook gewone psychiatrische instellingen hebben dus rekening te houden met meerdere, soms conflicterende, belangen. Zij het natuurlijk in mindere mate dan de overheid.

In beide gevallen gaat het om psychisch gestoorde personen, die zijn opgenomen in een psychiatrische instelling en veroorzaakt deze persoon schade bij derden. Tevens gaat het in beide gevallen om de vraag of degene die verantwoordelijk was voor de psychisch gestoorde, doordat deze was toevertrouwd aan zijn zorg, ook aansprakelijk is voor de schade die door deze wordt veroorzaakt. Het gaat om de vraag in hoeverre zij een bepaalde zorgplicht hebben ten opzichte van derden, mogelijke slachtoffers. Met andere woorden, wat is de in het verkeer betaamde maatschappelijke zorgvuldigheid die door de psychiatrische instellingen in acht moet worden genomen?

In zijn conclusie stelt A-G Hartkamp¹⁸² voorop dat “indien een instelling de taak heeft aanvaard voor patiënten met een geestelijke tekortkoming te zorgen en toezicht op hen te houden, hetgeen onder meer de taak inhoudt erop toe te zien dat zij aan zichzelf of derden geen schade toebrengen, het in de lijn van deze taakstelling ligt dat zij ook de nodige maatregelen treft om de veroorzaking van dergelijke schade te voorkomen.” Ook in het geval van HR Staat/K kan worden gesproken van een dergelijke taakstelling, namelijk doordat de Staat de tbs-maatregel heeft opgelegd en doordat zij eindverantwoordelijk is voor de verlopen, opsporing, enzovoort. A-G Hartkamp vervolgt “Of en in hoeverre op een instelling een zorgverplichting gericht op het treffen van maatregelen te voorkoming van schadeveroorzaking rust, zal afhangen van de omstandigheden van het geval.” Hij geeft daarbij een aantal factoren aan die van belang kunnen zijn, hij baseert zich hierbij met name op het

¹⁸² HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118, conclusie A-G Hartkamp, punt 7.

Kelderluik-arrest¹⁸³ en het Jaguar II-arrest.¹⁸⁴ Hij noemt het gevaar van de geestelijk gestoorde voor derden en de waarschijnlijkheid dat dit gevaar zich zal verwezenlijken. Deze norm dient te worden ingevuld aan de hand van de aard van de (geestes)ziekte, de persoonlijkheid, leeftijd en eerder schadeveroorzakend gedrag van de tbs-gestelde. De tweede factor is de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen. Hierbij kan niet uit het oog worden verloren dat ook de geestelijk gestoorde recht heeft op onder andere bewegingsvrijheid.

De Hoge Raad gaat grotendeels uit van dezelfde normen. Aangegeven wordt: “de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer is vereist, in verband met de aard van psychisch gestoorde minderjarigen, meebrengt dat degene die in het kader van hun behandeling het toezicht over hen heeft aanvaard, gehouden is zo veel als redelijkerwijs mogelijk erop toe te zien dat zij derden (of zichzelf) geen schade toebrengen. Hoever dit toezicht behoort te gaan en welke maatregelen ter voorkoming van het toebrengen van schade aan derden (of aan het kind zelf) de toezichthouder behoort te nemen, hangt af van de bijzonderheden van het gegeven geval, waarbij van belang zijn enerzijds de grondrechten van het kind en de aan zijn behandeling uit medisch oogpunt te stellen eisen en anderzijds de grootte van de kans dat het derden (of zichzelf) schade zal toebrengen.”¹⁸⁵

Niet alleen een geestelijk gestoorde minderjarige heeft grondrechten waarmee rekening dient te worden gehouden, dit geldt voor alle geestelijk gestoorde personen die zijn opgenomen in een psychiatrische instelling. Gedacht kan daarbij worden aan het recht op persoonlijke vrijheid, het recht op bewegingsvrijheid, het recht op respect voor privéleven en het recht gevrijwaard te zijn van onmenselijke en vernederende behandeling.¹⁸⁶ A-G Spier gaat in zijn conclusie bij het Staat/K-arrest ook in op de grondrechten van tbs-gestelden, hij richt zich met name op het recht op vrijheid, waarbij hij aangeeft dat hier het recht op vrijheid van de tbs-gestelde en het slachtoffer met elkaar in conflict kunnen komen.

Naast de grondrechten, dient ook rekening te worden gehouden met de eisen die uit medisch oogpunt aan de behandeling kunnen worden gesteld. Ook dit is bij gevallen als Staat/K van belang, daarbij dient rekening te worden gehouden met het feit dat de tbs-maatregel is gericht op reïntegratie in de maatschappij. Het is bij deze behandeling van groot belang dat tbs-gestelden, wanneer zij daar aan toe zijn, verlof krijgen. Op deze manier is de overgang van de inrichting naar de maatschappij geleidelijker en het verkleint de kans op recidive na beëindiging van de maatregel. Bovendien is het op deze manier eenvoudiger te bepalen of beëindiging van de maatregel op zijn plaats is.

¹⁸³ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.

¹⁸⁴ HR 9 december 1960, NJ 1963, 2.

¹⁸⁵ HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118, rov. 3.6.2.

¹⁸⁶ HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118, noot J. de Boer.

De laatste factor die de Hoge Raad bij name noemt is de grootte van de kans dat de geestelijk gestoorde derden (of zichzelf) schade zal toebrengen. Dit is ook een factor die bij zaken als Staat/K een rol speelt, niet voor niets heb ik immers een geheel hoofdstuk gewijd aan recidive. De cijfers die hieromtrent bekend zijn, zijn van groot belang bij de beoordeling van de voorzienbaarheid. De Hoge Raad geeft even later aan dat niet van belang is of de instelling rekening moest houden met déze schade. Van belang is dat te voorzien was dat de geestelijk gestoorde enige schade zou toebrengen, waarbij evenmin van belang is hóe zij deze zal toebrengen. Hier komt men terug bij de discussie die ik ook al in § 3.2.2.3 van hoofdstuk 4 heb beschreven. Men weet, op grond van statistische gegevens, dat er in het algemeen een bepaalde kans op recidive bestaat. Niet gesteld kan echter worden wat de kans in dít geval was. Voor de gehele discussie, verwijs ik naar de voornoemde paragraaf. Ik heb daarin aangegeven dat het afhankelijk is van de omstandigheden van geval of recidive in dít geval voorzienbaar was. Dit is ook de norm die in HR 't Ruige Veld wordt aangelegd, de Hoge Raad gaat hier bij het bepalen van de voorzienbaarheid uit van de leeftijd van Wendelien, de aard van haar psychische problemen en haar voorgeschiedenis. Wendelien was reeds meerdere malen weggelopen en zij had daarbij al een maal eerder schade aan derden toegebracht. Daarnaast brachten haar leeftijd en haar stoornis (chaotisch gedrag) met zich mee dat zij onverwachte en ondoordachte gedragingen zou kunnen vertonen. Op grond van haar leeftijd, stoornis én voorgeschiedenis was het voorzienbaar dat Wendelien, indien zij weer weg zou lopen, schade zou kunnen toebrengen aan derden.

Daarnaast merkt de Hoge Raad nog op dat het feit dat de psychiatrische instellingen zich tegen een dergelijke aansprakelijkheid kunnen verzekeren. Dit zorgt er voor dat de aansprakelijk van de instellingen niet onredelijk bezwend is.¹⁸⁷ Het punt van de verzekerbareid, komt eveneens in de conclusie van A-G Spier bij het Staat/K-arrest naar voren.¹⁸⁸ Dit is een argument dat tevens een rol speelt bij de solidariteit, waarover ik in hoofdstuk 4 heb gesproken.

Uit het voorgaande blijken een aantal factoren die van belang (kunnen) zijn voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Geacht kan worden aan onder andere de criteria die zijn geformuleerd in het Kelderluik-arrest en het Jaguar II-arrest. Zo zijn van belang de aarde en ernst van de psychische stoornis, de leeftijd, de voorgeschiedenis, eerder schadeveroorzakend handelen, de voorzienbaarheid en de grootte van de kans op schadeveroorzakend handelen, de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen, de grondrechten van betrokkenen en de medische behandeling. Al met al een hele lijst met relevante factoren en belangen die een rol spelen bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Grotendeels komen zij overeen met hetgeen ik in hoofdstuk 4 heb betoogd, in dit opzicht ligt het Staat/K-arrest dan ook in de lijn van HR 't Ruige Veld, waarbij de omstandigheden van het geval doorslaggevend zijn. Ook andere punten van de vergelijking kwamen naar voren.

¹⁸⁷ HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118, conclusie A-G Hartkamp, punt 7.

¹⁸⁸ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, conclusie A-G Spier, onder 5.20.1.

Namelijk het onderscheid tussen verlof en ongeoorloofde afwezigheid, maar ook de juridische positie van de tbs-inrichtingen ten opzichte van de Staat. Zoals ik hierboven echter al heb betoogd, levert dit geen relevante verschillen op die tot een andere benadering van de aansprakelijkheidsvraag nopen. Tot slot biedt het arrest een voorbeeld voor een situatie waarin sprake kan zijn van kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord handelen.

§ 2.2 *HR Sint Willibrord*¹⁸⁹

§ 2.2.1 *De casus*

L. was op 10 september 1982 op vrijwillige basis opgenomen in het door Sint Willibrord geëxploiteerde psychiatrisch centrum. Hij zou op 17 november 1982 worden ontslagen. In de nacht van 16 op 17 november 1982 verbleef L. buiten de inrichting. Hij was die nacht, na een telefonisch contact, naar de inrichting gekomen waar hij met het verpleegkundig nachthoofd en twee andere verpleegkundigen heeft gesproken. Tijdens het telefoongesprek had hij laten weten zelfmoord te willen plegen. Toen hij bij de kliniek aankwam, was L. dronken. Hij gaf te kennen terug te willen naar zijn hotel. De verpleegkundigen hebben vastgesteld dat hij een sleutel van zijn hotelkamer had, alsmede een bewijs van inschrijving en betaling. L. is per taxi vertrokken. Hij is echter niet naar het hotel waar hij zich had ingeschreven gegaan, maar naar een ander hotel. Dit bleek te zijn gesloten. L. heeft daarop aangebeld bij het huis van V. Diens zoon heeft de voordeur geopend, waarop L. het huis is binnengegaan. L. heeft het huis enige tijd later in brand gestoken. V. heeft hierdoor schade geleden die slechts gedeeltelijk door de verzekering was gedekt.

Het Hof heeft overwogen dat de verpleegkundigen in dienst van Sint Willibrord niet hebben gehandeld met de zorgvuldigheid die van redelijk handelende verpleegkundigen in de gegeven omstandigheden mocht worden verwacht. Daarbij was onder andere van belang dat L. in het telefonisch contact had aangegeven zelfmoord te willen plegen en onder invloed van alcohol was. Nog belangrijker, de verpleegkundigen hebben geen psychiater geraadpleegd. Dit was ook niet volgens geschreven regels vereist, maar desalniettemin hebben zij daardoor onzorgvuldig gehandeld.

In cassatie bestrijdt Sint Willibrord slechts het causale verband dat zou bestaan tussen het handelen van de verpleegkundigen en de brand.

¹⁸⁹ HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584.

§ 2.2.2 De beslissing

Sint Willibrord heeft in cassatie aangevoerd dat, “in een geval als het onderhavige, waarin één of meer verplegers van een psychiatrische inrichting een fout op verpleegkundig vlak maken, terwijl niet is uitgesloten dat ook zonder deze fout de later ingetreden schade zou zijn veroorzaakt, rechtens pas tot aansprakelijkheid voor de schade kan worden geconcludeerd, wanneer is aangetoond en vastgesteld dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden, althans dat er sprake is van een aanmerkelijke of gerede kans dat de schade als gevolg van de fout is ingetreden.”¹⁹⁰

De Hoge Raad verwerpt dit verweer, “indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.”¹⁹¹

En tot slot overweegt de Hoge Raad: “de door Sint Willibrord als “hoogst uitzonderlijke en ongewone samenloop van toevalligheden” gekwalificeerde gang van zaken niet zodanig onwaarschijnlijk is dat de schade in redelijkheid niet meer aan Sint Willibrord kan worden toegerekend. Het hof heeft kennelijk aangenomen dat de verpleegkundigen in dienst van Sint Willibrord, door L. te laten gaan, *een verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden in het leven hebben geroepen.*”¹⁹²

§ 2.2.3 Een vergelijking

Met deze uitspraak wordt een vergelijking moeilijker. Vertoonde HR 't Ruige Veld vele overeenkomsten met HR Staat/K, in dit geval komen de overeenkomsten niet zou duidelijk naar voren. Dit arrest is met name van belang waar het het causale verband betreft. Het is een toepassing van de regel over stelplicht en bewijslast ten aanzien van het causaal verband, indien de overtreden norm een zogenaamde verkeers- of veiligheidsnorm is. Dan geldt niet de hoofdregel, dat de gelaedeerde het causaal verband moet bewijzen, maar wordt vermoed dat de schade (mede) is veroorzaakt door de schending van de verkeers- of veiligheidsnorm. Het causale verband is dan in beginsel gegeven, tenzij de ‘dader’ het tegendeel bewijst.¹⁹³ In zaken als Staat/K zou dit er toe leiden dat het aan de Staat is te bewijzen dat het causale verband ontbreekt, aangezien het ook daar veiligheidsnormen betreft die zijn overtreden. Namelijk de betaamde zorgvuldigheid met het oog op het gevaar voor derden. In beginsel

¹⁹⁰ HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584, rov. 3.5.

¹⁹¹ HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584, rov. 3.5.

¹⁹² HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584, rov. 3.6.

¹⁹³ HR 16 juni 2000, Nj 2000, 584, noot C.J.H. Brunner.

is het causale verband gegeven. Verlof draagt namelijk het risico van recidive in zich, dit blijkt uit de statistieken. Verwezenlijkt dit risico zich, dan staat het causale verband vast, tenzij de Staat het tegendeel bewijst. Zo gezegd een simpele en duidelijke toepassing van de ‘omkeringsregel’. Is dit alles echter wel zo vanzelfsprekend? Wanneer men naar de discussie in de literatuur kijkt die het Sint Willibrord-arrest heeft veroorzaakt niet. Na het arrest is er een golf van kritiek gekomen, met name toen bleek dat de Hoge Raad in latere arresten niet dezelfde uitgebreide toepassing van de regel leek te hanteren. De kritiek richtte zich zowel op de eerste stap van het causale verband, het *conditio sine qua non*-verband, als op de tweede stap, de toerekening. Nu levert het *conditio sine qua non*-verband in gevallen als HR Staat/K weinig problemen op, was het verlof immers niet verleend, dan was de schade niet opgetreden. Hierover is weinig discussie mogelijk. Ik zal hier dan ook niet verder ingaan op deze discussie.

De Hoge Raad hanteerde de norm dat de verpleegkundigen, door het laten gaan van de patiënt, *een verhoogd gevaar voor enigerlei schade aan derden in het leven hebben geroepen*. Op deze norm is veel kritiek geleverd.¹⁹⁴ Hij zou te ruim geformuleerd zijn en niet los kunnen worden gezien van alle omstandigheden van het geval. Déze schade was niet hét voorzienbare en typische gevolg van het handelen, voorzienbaar en typisch was slechts dat énigerlei schade op zou kunnen treden.¹⁹⁵ De reden voor deze formulering zou zijn gelegen in het feit dat op deze manier de toepassing van de omkeringsregel in de uitspraak van het hof kon worden gelezen.¹⁹⁶ De discussie die hierover is gevoerd en nog steeds gaande is zal ik hier verder buiten beschouwing laten. Het zou een scriptieonderwerp op zich zijn om hier op in te gaan. Ik volsta dan ook met het verwijzen naar het bestaan van deze discussie. En met de opmerking dat in geval van overtreding van een verkeers- of veiligheidsnorm in beginsel een ruimere toerekening wordt gehanteerd.¹⁹⁷ Voor zaken als HR Staat/K is de norm die de Hoge Raad aanlegt van belang. Ook in die gevallen is onbekend welke schade zal intreden indien een tbs-gestelde recidiveert. Weliswaar kunnen aanwijzingen worden gevonden in het gedrag in het verleden. Uitsluitsel zal dit echter niet bieden. Tbs-gestelden kunnen immers onvoorspelbaar handelen en kunnen onberekenbaar zijn. Was hun gedrag te voorspellen, dan zouden zij niet recidiveren, zij zouden de inrichting immers nooit verlaten, indien men zeker wist dat zij zouden recidiveren. De Hoge Raad komt in HR Staat/K niet toe aan het toepassen van de omkeringsregel. Overwogen wordt dat het enkele verwezenlijken van het mogelijke risico, namelijk dat een tbs-gestelde tijdens verlof zal recidiveren, onvoldoende is om aan te nemen dat het besluit tot het verlenen van verlof onrechtmatig was.¹⁹⁸ Hier gaat het echter om het vaststellen van de onrechtmatigheid van het handelen, namelijk van het verlenen van het verlof. Geoordeeld wordt dat

¹⁹⁴ Akkermans 2002.

¹⁹⁵ Akkermans 2002, p. 49.

¹⁹⁶ Akkermans 2002, p. 48 en 49.

¹⁹⁷ Akkermans 2002, p. 49.

¹⁹⁸ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, rov. 3.5.

het verlenen van het verlof niet onrechtmatig was, daardoor komt men niet meer toe aan het causale verband. Ik nijd er dan ook toe dat het aan het slachtoffer is *aannemelijk* te maken dat het causale verband aanwezig is. Dit hoeft echter weinig problemen op te leveren, in beginsel wordt een ruime toerekening gehanteerd. In dit soort zaken gaat het namelijk om overtredingen van verkeers- en veiligheidsnormen, is de schade veelal ernstig van aard en betreft het schokkende gedragingen. Aan de hand van de omstandigheden van het geval, zal het bewijzen van het causale verband veelal weinig problemen opleveren. Daarbij kan zeker worden verwezen naar Sint Willibrord, daarbij was immers de gedachte dat niet kon worden gezegd welke schade de tbs-gestelde zou kunnen toebrengen.

Voorzienbaar was slechts dat enigerlei schade het gevolg zou kunnen zijn. Dat is ook zo bij zaken als Staat/K, onbekend is wat de tbs-gestelde zal doen indien hij recidiveert. Enkel bekend is dat als hij recidiveert er schade zal kunnen optreden. Dit is een probleem dat onherroepelijk vastzit aan de tbs-maatregel en dat in alle gevallen met tbs-gestelden naar voren zal gaan. Indien het slachtoffer het causale verband aannemelijk heeft gemaakt, is het aan de Staat het tegenbewijs te leveren. Gezien de gelijkenissen in beide zaken zou kunnen worden betoogd dat in gevallen als Staat/K, evenals in Sint Willibrord, de omkeringsregel van toepassing is. Of deze stelling zal worden aanvaard is niet bekend.

De uitspraak van het Hof kan eveneens belangrijk zijn voor zaken als HR Staat/K. De casus van Sint Willibrord is een goed voorbeeld van een geval waarin sprake kan zijn van kennelijk onzorgvuldig of kennelijk onverantwoord handelen. Weliswaar ging het om een psychiatrisch patiënt, die vrijwillig was opgenomen en gaat het bij tbs-gestelden om personen die gedwongen worden tot verpleging dan wel behandeling, een vergelijking is evenwel mogelijk. Indien een tbs-gestelde bijvoorbeeld voor het verlenen van het verlof aangeeft zelfmoord te willen plegen of een ander iets aan te willen doen. Of indien hij zich schuldig heeft gemaakt aan overmatig alcohol gebruik tijdens eerdere verloven. In dat soort gevallen is het kennelijk onzorgvuldig het verlof te verlenen. Daarnaast zou het onzorgvuldig kunnen zijn het verlof niet in te trekken, indien de tbs-gestelde bijvoorbeeld onder invloed van drugs of alcohol was. Of indien blijkt dat de geestelijke gesteldheid van de persoon achteruit gaat. Evenals het in deze zaak kennelijk onzorgvuldig was om de patiënt in deze toestand, zonder raadpleging van een psychiater, te laten vertrekken. Het Hof gaat daarbij uit van een redelijk handelend verpleegkundige. In gevallen als HR Staat/K kan worden gekeken of de inrichting als redelijk handelende inrichting heeft gehandeld en nog belangrijker, of de Staat als redelijk handelend toezichthouder heeft gehandeld. Dit heeft hij bijvoorbeeld niet, indien hij geen rapporten van psychiaters en behandelaars bestudeert alvorens tot verlofverlening over te gaan.

Een indrukwekkend en hoopgevend arrest voor de slachtoffers van tbs-gestelden, wanneer men het arrest op zich bekijkt. Kijkt men echter verder in de literatuur en de latere jurisprudentie van de Hoge Raad, dan wordt de vreugde toch getemperd. De Hoge Raad lijkt ook in Staat/K de regel van Sint Willibrord niet toe te passen, net zo min als dat is gedaan in verschillende andere arresten die na Sint

Willibrord zijn geweest. Zoals ik reeds heb aangegeven bestaat er grote discussie over de toepassing van de regel uit dit arrest, maar ben ik daar verder niet op ingegaan. De exacte reikwijdte van het arrest is onbekend, maar gezien de grote overeenkomsten, kan het arrest verstrekkende gevolgen hebben voor zaken als Staat/K. Of de Hoge Raad deze lijn voort zal zetten is echter onbekend. Er zal hoe dan ook een ruime toerekening worden gehanteerd, gezien de aard van de geschonden norm, de aard van de schadeveroorzakende gedraging en de aard van de schade.

§ 2.3 Rb Reesink/Hulp voor Onbehuisden¹⁹⁹

§ 2.3.1 De casus

“De Vreede” was een tehuis dat op vrijwillige basis huisvesting bood aan jongeren met de bedoeling deze van tevoren strafrechtelijk veroordeelde jongeren onder deskundige leiding te helpen bij hun overgang naar de maatschappij c.q. bij hun aanpassing aan de maatschappij. Twee van de bewoners waren op verzoek van de Meijersvereniging, onder wiens toezicht zij stonden, opgenomen. Eén van hen genoot proefverlof en de andere was voorwaardelijk ter beschikking gesteld. Op een nacht pleegden zij samen een inbraak, waarbij zij door ontvreemding en vernieling schade aanbrachten.

Er zou gehandeld zijn in strijd met artikel 1403 en 1401 BW (oud). Het tehuis zou op grond van dit eerste artikel aansprakelijk zijn voor het handelen van de twee bewoners. En mocht dit verweer niet slagen dan zou, op grond van het tweede artikel, het tehuis aansprakelijk zijn wegens het tekortschieten in het toezicht.

§ 2.3.2 De beslissing

De rechtbank overwoog omtrent artikel 1403 BW (oud): “Daargelaten de vraag of ged.’s positie tegenover de bij haar gehuisveste jongelui bij toepassing van dit criterium wel ooit tot haar aansprakelijkheid zou kunnen leiden voor de onrechtmatige daad van een dezer jongelui, haar komt dan toch in ieder geval toe een beroep op omstandigheden, makende dat zij de daad niet kon beletten, en de Rb. is van mening dat haar beroep op het karakter van haar tehuis in verband met moderne therapeutische inzichten en het belang der maatschappij, al hetwelk hierna nader zal worden besproken, bevrijdend is, nu afdoende maatregelen tot voorkoming van het gebeurde het karakter van haar tehuis in ontoelaatbare mate zouden hebben aangetast.”

¹⁹⁹ Arr.-rechtbank Amsterdam 16 maart 1965, NJ 1966, 131.

Ten aanzien van artikel 1401 BW (oud) heeft het tehuis aangegeven dat de bewoners door de overheid in staat werden geacht op vrije voeten te verkeren en dat een streng “gevangenis” toezicht zich niet zou verhouden tot moderne opvattingen met betrekking tot therapie. De rechtbank acht dit verweer juist en overweegt: “het openbaar belang vereist ten behoeve van de reclassering het oprichten van tehuizen als het onderhavige als tussenstadium tussen gesloten inrichtingen en de vrije maatschappij, met dien verstande dat de directie zodanige maatregelen treffe ter beveiliging van de omgeving dat het risico zo gering mogelijk blijft. In dit deel van haar taak is ged. niet tekort geschoten en het door eiseres gestelde is, aldus gezien, niet voldoende om aan te kunnen nemen dat ged. de zorgvuldigheidsnorm met betrekking tot de omgeving van haar tehuis heeft overschreden.” De vordering werd dan ook afgewezen.

§ 2.3.3 Een vergelijking

Niet uit het oog mag worden verloren dat het hier slechts een uitspraak van de rechtbank betreft. Ook hier is het niet de Staat die aansprakelijk wordt gesteld voor de schade die door de tbs-gestelden is toegebracht, maar het tehuis waarin zij verbleven. Het is evenwel een interessante uitspraak, aangezien wordt gewezen op het belang van dit soort tehuizen als tussenstation tussen de inrichting en de maatschappij. Weliswaar wordt van deze tehuizen enige mate van toezicht verwacht, het is echter geen gevangenis. Een lichte mate van controle is dan ook voldoende, in dit geval werd een nachtwaker die een bepaalde controle uitvoerde voldoende beoordeeld. In deze zaak waren geen aanwijzingen dat de tbs-gestelden de fout in zouden gaan, zij waren bijvoorbeeld niet al een keer betrapt toen zij strafbare feiten pleegden. Er was dan ook geen reden voor extra streng toezicht.

Wat ik echter het meest interessant vind, is dat het tehuis opmerkt dat de Staat degene is die heeft geoordeeld dat de tbs-gestelden in staat werden geacht op vrije voeten te verkeren, althans in een open inrichting te verkeren. En dat de moderne behandeling geen streng toezicht verdraagt, het is immers geen gevangenis. De rechtbank heeft deze verweren juist geacht. Het is immers de Staat die beoordeelt of de tbs-gestelden toe zijn aan verlof. Niet het tehuis dat beoordeelt of zij toe zijn aan verblijf binnen het tehuis. Het lijkt er op dat de rechtbank van oordeel dat indien iemand aansprakelijk is voor de schade, dit de Staat is, aangezien hij degene is die de beslissing omtrent verlofverlening neemt. Dit is in de lijn van hetgeen ik in hoofdstuk 4 heb betoogd. De Staat is degene met de doorslaggevende stem in het verlenen van verlof, indien dit kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord heeft plaatsgevonden, is hij voor de schade die daardoor ontstaat aansprakelijk. De rechtbank zegt niet dat de Staat per definitie aansprakelijk is in dit soort gevallen, het impliceert echter wel dat hij degene is die hiervoor aansprakelijk zou kunnen zijn. Zoals gezegd is dit naar mijn mening echter alleen het geval indien het besluit kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord was.

Niet uit het oog moet worden verloren dat deze uitspraak uit 1965 stamt. Een uitspraak dus die veertig jaar oud is. In deze tijd kan veel veranderen, gedacht kan daarbij worden aan de behandelingsmethoden, maar ook aan de maatschappelijke opvattingen. Wat toen heel normaal was, kan mensen nu ongelooflijk ouderwets voorkomen. Daar staat tegenover dat de jaren zestig en zeventig bekend staan om de houding van vrijheid blijheid. De tijd van de flower power waarin iedereen geliefd was en alles kon en mocht, vrijheid was het toverwoord. Heel anders dan tegenwoordig, nu is het veel meer ieder voor zich en men is veel minder tolerant dan in de jaren zestig. De samenleving is verhard. In hoeverre is dit alles van belang voor het beoordelen van de relevantie van dit vonnis? Ook in het kader van de huidige behandelingsmethode is verloop van essentieel belang. Het is een mogelijkheid de tbs-gestelde te testen in de praktijk, bovendien verkleint verloop tijdens de behandeling de kans op recidive na beëindiging van de behandeling. In die zin is er weinig veranderd. Wel valt er een tendens te bespeuren dat men steeds minder tolerant wordt en eerder schadevergoeding wil zien. Men merkt het wanneer in de media weer een tbs-gestelde in beeld komt, die een ernstig misdrijf heeft gepleegd. Dan is de reactie niet dat er medelijden bestaat met de geestelijk gestoorde. De reactie is dat had ik of mijn kind kunnen zijn. Enerzijds is de therapeutische methode in dit opzicht dus niet veranderd, anderzijds is de maatschappij wel verhard. Als reactie hierop staat het huidige tbs-beleid de laatste tijd sterk ter discussie. Het verloopbeleid is reeds aangescherpt, elektronisch toezicht uitgebreid en andere maatregelen worden voorbereid. Dit alles wijst op een strenger en strikter tbs-regime. Hierbij passen strengere eisen van toezicht en beveiliging. Daarmee waarschijnlijk ook eerder onzorgvuldig handelen, immers de normen zijn zwaarder geworden en er zal eerder onzorgvuldig gehandeld zijn. Daar komt nog bij het feit dat de overheid als toezichthouder een extra zorgvuldigheid in acht heeft te nemen, aangezien de burgers op haar vertrouwen. Het vonnis is dan ook zeker van belang, ik mijzelf er zelfs na te stellen dat in deze tijd eerder aansprakelijkheid zal worden aangenomen dan toen. Het punt dat hier met name naar voren is gekomen is de rol van het verloop binnen de behandeling, één van de factoren die een rol speelt bij het bepalen van de betaamde zorgvuldigheid.

§ 2.4 Hof Stichting Hoeve Boschoord/Nationale Nederlanden²⁰⁰

§ 2.4.1 De casus

X was een tbs-gestelde. Hij was geplaatst in Hoeve Boschoord, daar verbeterde zijn houding en gedrag in zodanige mate, dat hij kon worden overgeplaatst naar een open afdeling. Hierop volgden begeleide en later onbegeleide verlopen. Daarna werd hem proefverloop verleend, hij werd hiervoor geplaatst in het pension van Rustenburg. Met Rustenburg werden afspraken gemaakt over de begeleiding vanuit de stichting en de reclassering gedurende zijn verblijf in dit pension.

²⁰⁰ Hof Leeuwarden 5 juni 1991, NJ 1992, 78.

Rustenburg is verteld dat X was veroordeeld wegens brandstichting in dronkenschap en dat hij, wanneer hij zich eenzaam voelde, brand zou kunnen stichten. Verder is niet uitgeweid over de achtergrond of het verleden van X. Dit was ook niet noodzakelijk, gezien de verbeteringen in de houding en het gedrag van X in de afgelopen tweeënhalf jaar. (Dit wordt bevestigd door het Hof)

Op een bepaald moment ontstaat er brand. Rustenburg tast in het duister omtrent de oorzaak hiervan, maar stelt wel de stichting op de hoogte. De stichting licht Rustenburg daarop niet in omtrent X, waarop vervolgens weer een brand wordt gesticht (door X).

§ 2.4.2 De beslissing

Het Hof overweegt omtrent de verhoudingen tussen de Staat en de stichting: “Het feit dat geen proefverlof kan worden verleend dan met machtiging van het Ministerie van Justitie, die uiteraard daarvoor een eigen verantwoordelijkheid schept voor de verlening van het proefverlof, brengt nog niet mee dat de stichting in ieder geval ten aanzien van de wijze waarop het proefverlof wordt geëffectueerd geen eigen verantwoordelijkheid draagt uit hoofde waarvan zij in rechte kan worden aangesproken wegens schadevergoeding, indien zij bij die effectuering onzorgvuldig handelt in de zin van art. 1401 BW. ... Voor het geval dat de stichting oordeelt dat Nationale Nederlanden zich “eerst” tot de Staat moet wenden, omdat haar verantwoordelijkheid ten aanzien van de verlening van het proefverlof ten achter staat bij die van de Staat, ziet zij daarbij over het hoofd dat, ook indien dit juist zou zijn, zij niettemin tegenover Nationale Nederlanden voor de schade volledig aansprakelijk is en dat Nationale Nederlanden een op een beweerdelijke gradatie van aansprakelijkheid te stoelen volgorde van aansprakelijkheidstelling niet in acht behoeft te nemen.”²⁰¹

Omtrent het verlenen van het proefverlof overweegt het Hof: “Niet geoordeeld kan worden dat het besluit tot het verlenen van proefverlof X en diens plaatsing ... in het pensioen van Rustenburg kennelijk onverantwoorde en onzorgvuldig is geweest. De in het algemeen aan een verlening van een proefverlof van een terbeschikking gestelde persoon inherente risico's konden, gelet op de hierboven weergegeven uiteenzetting, zo licht worden ingeschat dat toen hiervan geen gevaar te duchten viel.”²⁰²

Tot slot gaat het Hof in op het feit dat de stichting Rustenburg na de eerste brandstichting niet heeft geïnformeerd over X. “Na de brand ... en met name nadat Rustenburg de stichting daarvan in kennis had gesteld had het op de weg van de stichting gelegen om Rustenburg nadere inlichtingen te verschaffen over X. De stichting kon toen in haar relatie met Rustenburg niet meer uitgaan van de

²⁰¹ Hof Leeuwarden 5 juni 1991, NJ 1992, 78, rov. 5.2 en 5.3.

²⁰² Hof Leeuwarden 5 juni 1991, NJ 1992, 78, rov. 7.6.3.

indruk die zij mocht hebben over Xten tijde van de plaatsing in het pension. Zij had met name met het oog op het feit dat de brand kort na die plaatsing was ontstaan rekening moeten houden met de reële mogelijkheid dat X die brand had gesticht en mogelijk wederom handelde vanuit het gedragspatroon die in het psychiatrisch rapport ... werd geschetst hetgeen geleid heeft tot de terbeschikkingstelling. Zij had Rustenburg derhalve nadere op dat rapport berustende informatie en gegevens omtrent het strafrechtelijk verleden over X moeten verschaffen. Hierbij verdient aantekening dat met het oog op de verlening van het proefverlof en plaatsing in het pension een op samenwerking afgestemde relatie tussen haar en Rustenburg was ontstaan, in het kader waarvan zij zich niet alleen de belangen van X maar ook die van Rustenburg en de overige in het pension opgenomen (ex)patienten had aan te trekken. ... is hem de mogelijkheid ontnomen maatregelen te nemen hetzij door de plaatsing van X in het pension te beëindigen of te doen beëindigen hetzij door X intensief onder controle te houden.”²⁰³

§ 2.4.3 Een vergelijking

Deze uitspraak van het hof biedt met betrekking tot verschillende vergelijkingspunten interessante overwegingen. Het hof gaat in deze uitspraak niet alleen in op de factoren die van belang zijn bij de bepaling van de zorgvuldigheidsnorm, maar ook op de norm zelf. Uitgegaan wordt van dezelfde norm als de Hoge Raad bij Staat/K hanteert. Was het verlenen van het verlof in dit geval kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord? In hoofdstuk 4 heb ik betoogd dat dit de juiste norm is.

Verder merkt het Hof op dat zowel de Staat als de inrichting een bepaalde verantwoordelijkheid heeft bij het verlenen van verlof. Het is dan ook aan het slachtoffer om de Staat of de inrichting, dan wel beide aansprakelijk te stellen. Beide kunnen bij het verlenen van verlof of tijdens het verlof onzorgvuldig of onverantwoord handelen. Wanneer sprake is van kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord handelen, dan kunnen beide op grond van artikel 6:162 BW (of toen 1401 (oud) BW) aansprakelijk worden gesteld. Het feit dat beide aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord handelen kan te maken hebben met de onderlinge juridische verhouding tussen de inrichting en de Staat. De Staat is degene die het doorslaggevende woord heeft bij de verlofverlening. Ook tijdens het verlof is hij verplicht toezicht te houden en indien nodig in te grijpen. Deze verplichting rust eveneens op de tbs-inrichting. Ook de inrichting dient zorgvuldig te werk te gaan en indien zij over informatie beschikt waaruit blijkt dat de tbs-gestelde dreigt te recidiveren, dient zij in te grijpen. Interessant hierbij is de juridische positie van de inrichting ten opzichte van de Staat. De inrichting in deze uitspraak, Hoeve Boschoord, was een particuliere inrichting, daarom was zij naast de Staat aansprakelijk. Zoals in hoofdstuk 2 beschreven bestaan er echter ook rijksinrichtingen. In die gevallen zijn de inrichting en de Staat dezelfde. Zo ging het in

²⁰³ Hof Leeuwarden 5 juni 1991, NJ 1992, 78, rov. 7.10.2.

Staat/K om de Van Mesdagkliniek, dit was een rijksinrichting. K stelde daar de inrichting/Staat aansprakelijk, een onderscheid tussen beide was daar niet noodzakelijk, daar het zoals gezegd een rijksinrichting betrof en daardoor de Staat en inrichting dezelfde waren.

Duidelijk is geworden dat niet alleen het besluit tot het verlenen van verlof, maar ook het handelen tijdens het verlof van belang is bij de vraag of kennelijk onzorgvuldig is gehandeld. Ook tijdens het verlof rust op zowel de Staat als de inrichting de plicht zorgvuldig te handelen. Gebeurt dit niet, dan kunnen zij beide aansprakelijk zijn voor de schade die daaruit voortvloeit. Zowel de Staat als de inrichting hebben dus een zorgplicht die zij in acht moeten nemen bij het verlenen van het verlof, tijdens het verlof en tijdens ongeoorloofde afwezigheid. Deze uitspraak biedt een voorbeeld van onzorgvuldig handelen van de inrichting/Staat tijdens verlof.

In dit geval was de pensionhouder het slachtoffer van de tbs-gestelde. Het Hof heeft daarbij geoordeeld, dat de inrichting aansprakelijk is voor de schade die deze daardoor heeft geleden, omdat deze hem onvoldoende informatie heeft verstrekt, toen dit wel geboden was. De inrichting had kunnen en moeten voorzien dat de pensionhouder mogelijk gevaar liep. Dit is een essentieel verschil met Staat/K. Bij Staat/K was het slachtoffer een totaal onbekende van zowel de Staat als de inrichting. Kan dit van belang zijn bij de vraag of de Staat aansprakelijk is? Zou de inrichting in dat geval aansprakelijk zijn? Het Hof geeft aan dat de inrichting gezien de samenwerkingsrelatie rekening had te houden met de pensionhouder en de overige bewoners van het pension. Hoefde zij geen rekening te houden met willekeurige derden? Wat indien de tbs-gestelde buiten het pension schade aan iemand had toegebracht? Had het oordeel dan anders geluid, omdat er geen samenwerkingsrelatie bestond tussen de inrichting en de derde? Of had dan naast de Staat en de inrichting ook het pension kunnen worden aangesproken? Of juist deze laatste niet, omdat zij de informatie niet had en dus geen maatregelen had kunnen treffen?

Op al deze vragen geeft deze uitspraak uiteraard geen antwoord, de situatie was immers niet zo dat een derde schade leed. Het was de pensionhouder die de schade opliep. Naar mijn mening is het in een geval zoals hierboven geschetst niet mogelijk de pensionhouder aan te spreken, deze was immers niet op de hoogte van de buitengewoon hoge dreiging en hoefde daarom ook geen extra beveiligingsmaatregelen te nemen. De inrichting en de Staat kunnen naar mijn mening in een dergelijk geval wel aansprakelijk zijn. Immers zij hadden niet alleen jegens de pensionhouder en de bewoners een zorgplicht, maar jegens alle derden die het mogelijke slachtoffer konden worden van de tbs-gestelden, kortom jegens de gehele samenleving. Het was immers voorzienbaar dat het gevaar zich niet tot het pension beperkte. De tbs-gestelde was bevoegd het pension te verlaten. Het was daardoor voorzienbaar dat hij ook derden buiten de inrichting schade toe zou kunnen brengen. Door de informatie niet aan de pensionhouder te verstrekken of het verlof niet in te trekken, heeft de

Staat/inrichting kennelijk onzorgvuldig gehandeld. Doordat de pensionhouder hierdoor geen extra beveiligingsmaatregelen heeft kunnen trekken en de tbs-gestelde een derde schade heeft kunnen toebrengen. Daarom is zij voor de schade die daardoor ontstaat aansprakelijk. Dit komt overeen met hetgeen ik in hoofdstuk 4 reeds uitgebreid betoogd heb en ik zal daar hier dan ook niet verder op in gaan.

Deze uitspraak van het hof biedt al met al een aantal zeer interessante vergelijkingspunten. Opvallend is allereerst de zorgvuldigheidsnorm die geformuleerd wordt. Deze is gelijk aan die in HR Staat/K. Daarnaast komt de factor van de voorzienbaarheid weer naar voren, eens te meer blijkt hoe belangrijk deze factor is bij het bepalen van de zorgvuldigheidsnorm. Tot slot blijkt uit het vonnis het een en ander over de juridische verhouding tussen de Staat en de tbs-inrichting. Deze uitspraak brengt geen nieuwe of andere inzichten die leiden tot herziening van hetgeen ik in hoofdstuk 4 heb betoogd.

§ 3 HR Oudejaarsrellen Groningen²⁰⁴

§ 3.1 De casus

In de nacht van 30 op 31 december 1997 hebben zich in een straat in Groningen ernstige ongeregelheden voorgedaan waarbij ongeveer 65 jongeren de woning van verweerder en zijn echtgenote, die daarin aanwezig waren, hebben belaagd en onder meer stenen door de ramen ervan hebben gegooid. De jongste zoon van verweerder was niet thuis. Zijn ouders hebben hem telefonisch opgeroepen niet thuis te komen en bij vrienden te gaan slapen. De woning werd driemaal aangevallen: omstreeks 21.50 uur, 22.30 uur en 24.00 uur. Verweerde heeft ten minste vijf maal met de politie gebeld om hulp en bescherming in te roepen. De eerste meldingen hebben de politie omstreeks 21.50 uur bereikt. Omstreeks 22.35 uur werd besloten de dertien beschikbare politieambtenaren van de avonddienst niet de wijk in te laten gaan en nachtploeg van 23.00 uur af te wachten. Om 23.00 uur werd besloten de 43 medewerkers van de avond- en nachtdienst niet in te zetten. Na overleg met de burgemeester, en met diens instemming, is omstreeks 23.55 uur de Mobiele Eenheid (ME) gealarmeerd die rond 2.30 uur in de wijk is verschenen. De woning van verweerder is dichtgespijkerd. En hij en zijn vrouw zijn de volgende ochtend uit de woning vertrokken en daarin niet meer teruggekeerd. De vermogensschade van verweerder is door de Gemeente zonder erkenning van aansprakelijkheid vergoed.

De slachtoffers richten hun vordering zowel tegen de Gemeente als tegen de Politieregio Groningen (verder: politie). Zij willen een verklaring voor recht dat beide aansprakelijk zijn voor de schade en zij

²⁰⁴ HR 9 juli 2004, RvdW 2004, 98.

willen hun immateriële schade vergoed hebben. Daartoe voeren zij aan dat de Gemeente en de politie onrechtmatig jegens hen hebben gehandeld, door op herhaalde verzoeken om bescherming niet of niet adequaat te reageren. De burgemeester van de gemeente heeft volgens hen bovendien zijn wettelijk toebedeelde taak van het handhaven van de openbare orde niet naar behoren uitgevoerd en onvoldoende aandacht geschonken aan de belangen van de getroffen burgers. Personen zijn door het gebeuren in hun persoon aangetast en hebben psychische schade opgelopen doordat zij zonder bescherming zijn gebleven toen zij werden blootgesteld aan bedreiging van lijf en goed. Ten gevolge waarvan zij de woning hebben moeten verlaten en zich elders hebben moeten vestigen.

§ 3.2 De beslissing

De vraag die aan de orde wordt gesteld, is of degene die als gevolg van het (niet) optreden van de politie schade heeft geleden ook de gemeente zonder meer daarvoor aansprakelijk kan stellen, dan wel dit alleen met succes kan doen indien de burgemeester bij het uitoefenen van zijn gezag in verband met de openbare orde onrechtmatig heeft gehandeld.²⁰⁵

De Hoge Raad stelt voorop: “indien de politie in een gemeente optreedt ter handhaving van de openbare orde en ter uitvoering van de hulpverleningstaak, staat zij onder gezag van de burgemeester en indien de politie optreedt ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde dan wel taken verricht ten dienste van justitie, staat zij, tenzij de wet anders bepaalt, onder gezag van de officier van justitie. De burgemeester en de officier van justitie kunnen de betrokken ambtenaren van politie de nodige aanwijzingen geven voor de vervulling van hun in dat kader bedoelde taken.”²⁰⁶ Weliswaar is in de Politiewet bepaald dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor het optreden van deze politieambtenaren ligt bij de politieregio, “er bestaat echter geen aanleiding te veronderstellen dat de wetgever hiermee heeft gekozen voor een exclusieve aansprakelijkheid van de politieregio als beheerder. Niet uitgesloten is dat ook degene die het gezag over de politie heeft, aansprakelijk kan worden gehouden voor fouten van de politie waaronder mede begrepen het niet-optreden van de politie waar dit wel is vereist, en de daardoor ontstane schade.”²⁰⁷

“de aansprakelijkheid van de Gemeente reeds kan bestaan op grond van het feit dat de politieambtenaren in de (niet-)uitoefening van hun werkzaamheden, die in het onderhavige geval klaarblijkelijk mede de handhaving van de openbare orde betroffen, onder het gezag van de burgemeester als orgaan van de Gemeente stonden. De enkele omstandigheid dat dit gezag door de burgemeester als orgaan van de gemeente wordt uitgeoefend, ongeacht of hij daarbij daadwerkelijk

²⁰⁵ HR 9 juli 2004, RvdW 2004, 98, rov. 3.6.

²⁰⁶ HR 9 juli 2004, RvdW 2004, 98, rov. 3.7.

²⁰⁷ HR 9 juli 2004, RvdW 2004, 98, rov. 3.7.

betrokken is, is voldoende om aan te nemen dat is voldaan aan het bepaalde in art. 6:170 BW op grond waarvan de gemeente aansprakelijk is, zij het dat de draagplicht in een geval waarin de burgemeester geen onjuiste aanwijzingen heeft gegeven, in beginsel bij de politieregio zal liggen.”²⁰⁸

Daarnaast wordt het causale verband betwist. De Hoge Raad heeft te kennen gegeven dat weliswaar de schade is toegebracht door het handelen van de relschoppers, maar heeft benadrukt dat het ernstige gevoel van onveiligheid zeer sterk zijn toegenomen doordat zij vijf uur in plaats van anderhalf uur op ingrijpen van de politie hebben moeten wachten. Overwogen wordt dan ook: “Op grond van de aard en de ernst van deze nalatigheid, die naar het kennelijk oordeel van de rechtbank leidde tot een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning, heeft zij kunnen oordelen dat van aantasting van de persoon van (verweerder 1) en zijn echtgenote sprake is geweest.”²⁰⁹ De vordering van de zoon wordt echter afgewezen, aangezien deze niet in de woning aanwezig was op het moment van de rellen.

§ 3.3 Een vergelijking

Hoewel het een zeer interessante zaak is, ligt een vergelijking met HR Staat/ K in eerste instantie niet voor de hand. De politie, noch de gemeente gaat immers over de beslissing tot het al dan niet verlenen van verlof. Waarom dan toch deze vergelijking? Deze vergelijking kan aanknopingspunten bieden voor de invulling van de betaamde zorgvuldigheid bij ongeoorloofde afwezigheid. De Minister van Justitie beslist niet alleen omtrent de verlening van het verlof of intrekking daarvan, maar ook over de opsporing. Indien een tbs-gestelde ontsnapt uit de inrichting, wegloopt tijdens begeleid verlof of niet terugkeert van verlof, geeft de Minister van Justitie aanwijzingen met betrekking tot de opsporing. In geval van deze zogenaamde ongeoorloofde afwezigheid, is het de Minister van Justitie die kan besluiten tot het signaleren van de tbs-gestelde en intrekking daarvan. Daarnaast kan hij ook aanwijzingen geven omtrent de wijze van signalering en dergelijke. Aansprakelijkheid van de Staat zou dan ook gelegen kunnen zijn in het niet of onvoldoende opsporen van ongeoorloofd afwezige tbs-gestelden. Gedacht kan daarbij worden aan gevallen waarbij geen aanstalten wordt gemaakt de tbs-gestelde op te sporen, omdat men verwacht dat deze uit zichzelf terug zal keren; of gevallen waarin het gevaar voor de maatschappij zeer groot is, maar geen extra maatregelen worden getroffen, zoals bijvoorbeeld een nationaal opsporingsbericht in de media. In dit soort gevallen kan worden gesteld dat de politie, dan wel de Staat, onvoldoende haar best heeft gedaan de tbs-gestelde op te sporen. De Staat kan dan via twee wegen aansprakelijk zijn. Ten eerste indien blijkt dat de Minister van Justitie geen of onvoldoende aanwijzingen heeft gegeven met betrekking tot de signalering. In het tweede geval omdat de officier van justitie, zoals de Hoge Raad aangeeft, verantwoordelijk is voor het handelen van de

²⁰⁸ HR 9 juli 2004, RvdW 2004, 98, rov. 3.7.

²⁰⁹ HR 9 juli 2004, RvdW 2004, 98, rov. 3.7.

politie indien deze optreedt in het kader van strafrechtelijke handhaving. In dat laatste geval berust de aansprakelijkheid op het nalaten van de politie.

Wat voor maatregelen zouden kunnen worden getroffen bij de signalering van ongeoorloofd afwezige tbs-gestelden? Dit dient te worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval. Van belang daarbij is de aard en ernst van de geestelijke stoornis van de tbs-gestelde; hoe groot de verwachting is dat hij zal over gaan tot het plegen van strafbare feiten; de aard en ernst van deze mogelijke strafbare feiten; de mate waarin de tbs-gestelde afhankelijk is van bijvoorbeeld medicatie; het stadium van de behandeling, is hij al bijna ‘genezen’ of juist niet. Kortom, vrijwel dezelfde factoren als die een rol spelen bij de invulling van de betaamde zorgvuldigheid bij het verlenen van verlof. Bij mogelijke maatregelen kan worden gedacht aan: het toevoegen aan een algemene lijst met gezochte personen; een vermelding over de specifieke aard van deze gezochte persoon, namelijk het feit dat het een tbs-gestelde betreft, met eventueel een verhoogd gevaar; op de hoogte stellen van familie en vrienden, zodat deze naar hem uit kunnen kijken; een nationaal opsporingsbericht in de media of nog verdergaand een (eventueel internationaal) opsporingsbericht in de media waarbij een foto van de tbs-gestelde wordt vertoond, zodat de gehele maatschappij naar deze persoon kan uitkijken en gewaarschuwd is.

Wat nu indien de politie of Staat geen of onvoldoende maatregelen neemt? In zo’n geval kan een vergelijking met de oudejaarsrellen in Groningen worden gemaakt. Indien de politie, eventueel door onvoldoende instructies van de Minister van Justitie, nalaat de tbs-gestelde op te sporen of dit in onvoldoende mate doet, dan kan de Staat hiervoor aansprakelijk zijn. Het gaat bij de tbs-maatregel en bij de opsporing van deze tbs-gestelden om strafrechtelijke handhaving. In die gevallen staat de politie onder gezag van de officier van justitie en is de Staat voor haar handelen aansprakelijk. De aansprakelijkheid kan tevens bij de politie liggen, daarbij kan worden vergeleken met de oudejaarsrellen. Indien de politie melding heeft gekregen van de extreme gevaarlijkheid of de speciale status van de gezochte persoon, en eventueel aanwijzingen zijn gegeven omtrent de concrete opsporing, maar desalniettemin nalaat daarnaar te handelen, dan kan zij aansprakelijk zijn, op dezelfde grondslag als bij de oudejaarsrellen. Het is echter ook denkbaar dat de politie, naar later blijkt, onvoldoende heeft opgetreden, maar dat dit te wijten is aan het feit dat de Staat onvoldoende informatie of aanwijzingen heeft verstrekt. In het eerste geval zullen zowel de politie als de Staat aansprakelijk zijn. In het laatste geval slechts de Staat, dan valt de politie immers niets te verwijten. Ook hier kan weer dezelfde vraag worden gesteld: heeft de Staat kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord gehandeld? Had hij met het oog op het algemeen belang of dat van mogelijke slachtoffers anders behoren te handelen dan hij heeft gedaan? Ook hier is geen antwoord mogelijk, dit is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hierboven heb ik reeds aangegeven aan wat voor omstandigheden daarbij kan worden gedacht.

Ook hetgeen de Hoge Raad overweegt omtrent het causale verband is interessant voor zaken als HR Staat/K. Bij de oudejaarsrellen was de schade niet toegebracht door het handelen van de politie of gemeente, maar door de relschoppers. Desalniettemin waren beide aansprakelijk en wel omdat door het nalaten te handhaven de aantasting en het gevoel van onveiligheid vele uren langer had geduurd dan noodzakelijk was. Ook bij zaken als HR Staat/K is het niet de Staat of de politie die de schade toebrengt, maar de tbs-gestelde. Wanneer de Staat, indien nodig, niet optreedt tegen tbs-gestelden, kan de schade die in die tijd optreedt voor rekening van de Staat komen. Gedacht kan worden aan gevallen van ongeoorloofde afwezigheid of wangedrag tijdens verlof. Indien de Staat dan onvoldoende doet om de tbs-gestelde op te sporen, is aan het causale verband voldaan. Het is een vergezochte, maar naar mijn mening verdedigbare vergelijking en conclusie.

Al met al een interessante zaak en een vergelijking kan perspectief bieden met betrekking tot de betaamde zorgvuldigheid bij de signalering en het causale verband. Het is een zaak die wordt beheerst door de regels die gelden ten aanzien van de politie, gemeente en Staat, alleen daarom al is een vergelijking interessant. Een concreet antwoord is wederom niet mogelijk, ook hier hangt alles af van de omstandigheden van het geval.

§ 4 Europees Hof voor de Rechten van de Mens

§ 4.1 EHRM Edwards/Verenigd Koninkrijk²¹⁰

§ 4.1.1 De casus

De heer Edwards werd gearresteerd, omdat hij vrouwen op straat oneerbare voorstellen deed. Zijn gedrag riep bij de politie vragen op over zijn psychische gesteldheid. Zij vermoedden dat hij psychisch gestoord is. Een sociaal werker heeft hem bezocht en in overleg met een psychiater werd de conclusie getrokken dat Edwards geen speciale medische zorg nodig heeft, hoewel zij het er over eens waren dat hij schizofrene trekken vertoonde. De ouders van de heer Edwards waarschuwden het politiebureau dat Edwards als schizofreen was gediagnosticeerd en medische zorg nodig had. Edwards werd vervolgens gedetineerd in een gevangenis. Zijn ouders lichtten hierop de reclasseringswerker in over zijn geestelijke stoornis, welke deze informatie doorgaf aan het hoofd van de medische dienst. De informatie bereikte het dienstdoende personeel echter niet. Een sociaal werker screende Edwards en hij werd zonder medische zorg ingesloten.

²¹⁰ EHRM 14 juni 2002, NJCM-Bulletin 2003, nr. 5, p. 641-652.

Intussen werd ook Linford opgepakt. Ook hij was schizofreen, maar een stagiaire psychiater oordeelde dat hij geschikt was voor detentie. Ook hij werd (zonder medische zorg) in de gevangenis geplaatst. Eerst in een eigen cel, maar later in dezelfde cel als Edwards.

Tijdens de nacht bleed dat het alarm dat gedetineerde kunnen instellen, indien zij de bewakers willen waarschuwen, niet werkte zoals het hoort, de gevangenisbewaarders ondernamen echter geen actie. Even later ging een alarm af, onbekend was van welke cel het was. Uiteindelijk werd Linford aangetroffen met een bebloede plastic vork en bleek Linford Edwards te hebben doodgeschoten en geslagen. Linford dacht door kwade geesten te zijn bezeten.

In deze zaak ging het om een drietal zaken, de schending van het recht op leven, het verloop van het onderzoek en de mogelijkheid om immateriële schade vergoed te krijgen. Voor de vergelijking met het arrest Staat/K, is alleen de eerste van belang. Hoe interessant de overige twee schendingen ook zijn, ik zal verder slechts op deze eerste schending ingaan.

§ 4.1.2 De beslissing

Het Hof benadrukt dat artikel 2 EVRM de Staat er niet alleen van moet weerhouden om opzettelijk en onrechtmatig leven te ontnemen, maar de Staat ook verplicht adequate maatregelen te nemen om het leven van zijn inwoners te beschermen. Die verplichting geldt niet onverkort. In het hier aan de orde zijnde geval kan de Staat alleen aansprakelijke worden gesteld als vast komt te staan dat de autoriteiten op de hoogte waren van of ervan op de hoogte hadden moeten zijn dat er reëel en onmiddellijk gevaar was voor het leven van specifieke persoon door criminele activiteiten van een derde persoon en dat ze er niet in zijn geslaagd maatregelen te nemen die redelijkerwijs wel binnen hun macht lagen om dat gevaar af te wenden. Het Hof benadrukt wederom dat de positieve verplichting om het leven te beschermen nog zwaarder weegt wanneer het om gevangen gaat, omdat zij zich in een kwetsbare positie bevinden.²¹¹

Het Hof oordeelt dat de overheid wist of had moeten weten dat het leven van Edwards daadwerkelijk bedreigd werd door de acties van Linford.²¹² Gegeven de beschikbare informatie hadden de autoriteiten maatregelen moeten nemen om te voorkomen dat Linford op één cel met Edwards geplaatst werd.²¹³ De Staat is dan ook in meerdere opzichten te kort geschoten, daarmee is artikel 2 van het EVRM geschonden.

²¹¹ EHRM 14 juni 2002, NJCM-Bulletin 2003, nr. 5, p. 643.

²¹² EHRM 14 juni 2002, NJCM-Bulletin 2003, nr. 5, p. 643.

²¹³ EHRM 14 juni 2002, NJCM-Bulletin 2003, nr. 5, p. 644.

§ 4.1.3 Een vergelijking

de casus is niet geheel vergelijkbaar met die van gevallen als Staat/K. Wel biedt het perspectief voor wat betreft de rol die artikel 2 EVRM speelt bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm die voor de overheid geldt. Op de Staat rust een positieve verplichting haar burgers te beschermen indien er gevaar voor hun leven dreigt. In de Edwards-case zijn vele fouten gemaakt. Onder andere de fout dat beide mannen niet waren gezien door een psychiater, terwijl er voldoende aanwijzingen waren die op een psychische stoornis wezen. Gevolg daarvan was dat twee psychisch gestoorde personen bij elkaar in één cel werden geplaatst, zonder de mogelijkheid alarm te kunnen slaan. De Staat kan dan ook veel worden verweten en niet moeilijk te verdedigen is dat zij onzorgvuldig heeft gehandeld. Daarbij weegt heel erg zwaar dat het hier gevangenen betrof. Edwards verkeerde als gevangene in een bijzonder kwetsbare positie. Hij zat ingesloten en kon daardoor geen kant op. Dit maakt dat de Staat ten opzichte van deze personen extra zorgvuldig behoort te handelen. Mede omdat door de insluiting van beiden in één cel bekend en voorzienbaar was wie het slachtoffer zou kunnen worden van Linford, indien deze agressief zou worden ten gevolge van zijn psychische stoornis. In dit concrete geval heeft zij dit nagelaten. Daarmee heeft zij de plicht die op grond van artikel 2 EVRM op haar rust geschonden. Hoe ver reikt deze plicht echter? Is het een absolute plicht, die ook in gevallen als HR Staat/K geldt? Moet de Staat eenieder tegen elk gevaar beschermen? Op deze vragen is het EHRM ingegaan in het volgende arrest dat ik zal gaan vergelijken. Ik zal hier dan ook niet overgegaan tot een verdere vergelijking. De volgende uitspraak is een verfijning van dit arrest en ik zal daarbij dan ook een verdere vergelijking maken.

§ 4.2 EHRM Mastromatteo/Italië²¹⁴

§ 4.2.1 De casus

De heer Mastromatteo heeft zijn zoon verloren. Dit is gebeurd doordat deze is doodgeschoten door een aantal vluchtende bankovervallers, toen hij weigerde zij auto aan hen af te staan. Twee van de overvallers, waaronder degene die geschoten heeft, waren niet van verlof teruggekeerde gevangenen. De derde was in de laatste fase van zijn detentie in een open strafinrichting geplaatst, waarvandaan hij heeft meegedaan aan de overval. De heer Mastromatteo stelt zich op het standpunt dat de overheid de maatschappij tegen gevaarlijke gedetineerden moet beschermen en die niet voortijdig vrij moet laten. Door dit toch te doen, zijn de Italiaanse autoriteiten, naar zijn mening, verantwoordelijk voor het overlijden van zijn zoon en hebben zij daarmee artikel 2 EVRM geschonden. Aangezien zij door het

²¹⁴ EHRM 24 oktober 2002, EHRC 2002, 107.

verlenen van verlof, ter integratie in de maatschappij, de mogelijkheid heeft gecreëerd tot de moord op zijn zoon.

§ 4.2.2 De beslissing

Het Hof heeft geoordeeld dat de Staat in dit geval geen verwijt treft, omdat in artikel 2 EVRM *niet de positieve verplichting besloten ligt om iedereen tegen elk strafbaar geweld te beschermen* en omdat de betrokkene executierechters geen aanwijzingen hadden dat deze gevangenen buiten de muren een bijzonder gevaar voor hun medeburgers zouden opleveren.

“The first sentence of Article 2 par. 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction. ... The State’s obligation extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions. Article 2 may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual. That does not mean, however, that a positive obligation to prevent every possibility of violence can be derived from this provision. ... A positive obligation will arise, the court has held, where it has been established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.”²¹⁵

§ 4.2.3 Een vergelijking

Zoals ik hiervoor heb aangegeven is dit arrest een verfijning van de Edwards-case. Er bestaat echter één groot verschil. Het hof begint dan ook met het noemen van het verschil met de Edwards-case²¹⁶. In dat geval was er sprake van één mogelijk slachtoffer, van wie de identiteit bekend was. Linford werd bij Edwards in de cel geplaatst, waardoor bekend was dat Edwards het mogelijke slachtoffer was. Dit is het verschil met de Mastromatteo-case en HR Staat/K, in deze gevallen was de identiteit van de mogelijke slachtoffers niet bekend en was niet voorzienbaar wie het slachtoffer zou kunnen worden. Waar het hier om gaat is “the obligation to afford general protection to society against the potential

²¹⁵ EHRM 24 oktober 2002, EHRC 2002, 107, rov. 67-68.

²¹⁶ EHRM 24 oktober 2002, EHRC 2002, 107, rov. 69.

acts of one or of several persons serving a prison sentence for a violent crime and the determination of the scope of that protection.”²¹⁷

Voor ik zal overgaan op de vergelijkingspunten dient eerst te worden bepaald of de casuïstieken voldoende overeenkomen. Van belang is dat gevangenisstraf wordt opgelegd ter beveiliging van de maatschappij. Daarnaast is het echter beleid om de gevangenen geleidelijk terug te laten keren in de maatschappij. In Italië was vereist dat de gevangene een minimum periode van zijn straf er op had zitten, afhankelijk van de ernst van het delict waarvoor deze persoon was veroordeeld. Daarnaast kwam men alleen in aanmerking voor verlof in geval van goed gedrag en indien zijn vrijlating geen gevaar voor de maatschappij opleverde. Het Hof merkt nog het een en ander op over de bepaalde omstandigheden die een rol kunnen spelen, zoals verslagen van de gevangenis en bepaalde speciale delicten of criminele banden die een belemmering voor verlof kunnen vormen. Ik zal deze omstandigheden hier niet verder bespreken, aangezien zij voor deze vergelijking niet relevant zijn. Het Hof oordeelt dat het systeem in Italië hiermee voldoende waarborgen biedt voor de maatschappij. Dit wordt bevestigd door de statistische gegevens, die aantonen dat recidive onder delinquenten die op verlof zijn of in een open strafinrichting zitten heel laag is.

Opvallend is dat het doel van het beleid in Italië,²¹⁸ ten aanzien van gedetineerden, sterke gelijkenis vertoont met het in Nederland ten aanzien van tbs-gestelden. Ook bij ons dient de maatregel ter beveiliging van de maatschappij en is deze eveneens gericht op reïntegratie. Ook bij ons is verlofverlening afhankelijk van het gedrag van de tbs-gestelde, zijn medewerking en de beoordeling of hij een gevaar voor de maatschappij vormt. Al met al, een zeer grote gelijkenis. Dit kan dan ook tot de conclusie leiden dat het tbs-systeem in Nederland niet in strijd is met artikel 2 EVRM.²¹⁹ Daar zou tegenin kunnen worden gebracht dat het feit dat men bij de tbs-maatregel te maken heeft met geestelijk gestoorde personen en bij gewone gedetineerden met ‘normale’ mensen. Dit zou er toe kunnen leiden dat andere maatstaven gehanteerd zouden moeten worden. Ik ben van mening dat dit voor de maatstaven niet van belang is. Dezelfde maatstaven kunnen worden aangelegd, zij het dat zij kunnen worden verscherpt. Bij de beoordeling van het gedrag van de tbs-gestelde en het gevaar voor de maatschappij wordt immers automatisch rekening gehouden met de geestelijke gesteldheid van de tbs-gestelde. In zoverre kan dus worden geoordeeld dat het tbs-systeem in Nederland niet in strijd is met artikel 2 EVRM. Niet voor niets wordt het Nederlandse tbs-systeem gezien als een voorbeeld voor het tbs-beleid in andere landen. Gezien het hierboven besprokene zou het vreemd zijn de twee zaken niet met elkaar te vergelijken, er komen griezelig veel overeenkomsten naar voren.

²¹⁷ EHRM 24 oktober 2002, EHRC 2002, 107, rov. 69.

²¹⁸ EHRM 24 oktober 2002, EHRC 2002, 107, rov. 72.

²¹⁹ EHRM 24 oktober 2002, EHRC 2002, 107, rov. 73.

De casus vertoont voldoende aanknopingspunten om verder te gaan met de vergelijking. Wij kunnen dan ook verder gaan, zoals het Hof dit ook doet. Was er bij het besluit, tot het opnemen van de gedetineerden in een open strafinrichting en het verlenen van verlof, sprake van “a breach of the duty of care required in this area by Article 2 of the Convention”?²²⁰ Voor de beoordeling van deze vraag, is het enkele bestaan van een *conditio sine qua non*-verband onvoldoende.²²¹ Het enkele feit dat, indien zij geen verlof hadden gehad, zij Mastromatteo niet hadden kunnen vermoorden is derhalve niet toereikend. Beoordeeld moet worden of de nationale autoriteiten zijn tekortgeschoten in hun taak “to do all that could reasonably be expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they had or ought to have had knowledge.”²²² In dit geval betrof het een gevaar voor de burgers in het algemeen en niet voor één aan te wijzen individu. Dit verschil wordt door het hof zoals gezegd direct voorop gesteld. De rechters hebben zich bij de verlofverlening gebaseerd op de verslagen van de gevangenen, welke ingingen op het gedrag van de gedetineerden, hun herstel en hun bereidheid om mee te werken aan reïntegratie. Deze waren positief over de gevangenen. Het Hof oordeelt, dat in de feiten van het onderhavige geval geen aanwijzing kon worden gevonden dat de gedetineerden “would pose a real and immediate threat to life, still less that it would lead to the tragic death of A. Mastromatteo as a result of the chance sequence of events which occurred in the present case. Nor was there anything to alert them to the need to take additional measures to ensure that, once released, the two did not represent a danger to society.”²²³ Aldus wordt hier een soortgelijke maatstaf aangelegd als de Hoge Raad deed in Staat/K. Was het besluit tot het verlenen van verlof, gezien de omstandigheden van het geval, kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord? En waren er tijdens het verlof aanwijzingen die tot ingrijpen noopten? In zaken met tbs-gestelden oordeelt de Minister van Justitie, evenals de rechters in EHRM Mastromatteo/Italië, of het verlof verantwoord is. Hij baseert zich hierbij op verslagen van de behandelaars van de tbs-gestelden. Beoordeeld wordt of het gevaar dat de tbs-gestelde door zijn geestelijke stoornis vormt voldoende is teruggebracht, waardoor het verantwoord is verlof te verlenen. Bij deze beoordeling achteraf is van groot belang of de schade en het gedrag van de gedetineerde of tbs-gestelde voorzienbaar was. Wanneer tijdens verlof blijkt dat maatregelen vereist zijn, is het aan de Minister van Justitie in te grijpen. Hij kan immers verlof intrekken en aanwijzingen geven met betrekking tot de signalering. Was het besluit kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord, dan is gehandeld in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Dit is echter niet de enige grondslag waarop aansprakelijkheid kan worden aangenomen. Aansprakelijkheid zou ook kunnen worden aangenomen wegens schending van artikel 2 EVRM. Wanneer de Staat zijn plicht ten opzichte van haar burgers heeft verzaakt, kan eveneens sprake zijn van schending van een wettelijke plicht.

²²⁰ EHRM 24 oktober 2002, EHRC 2002, 107, rov. 74.

²²¹ EHRM 24 oktober 2002, EHRC 2002, 107, rov.74.

²²² EHRM 24 oktober 2002, EHRC 2002, 107, rov. 74.

²²³ EHRM 24 oktober 2002, EHRC 2002, 107, rov. 76.

Geconcludeerd zou dan ook kunnen worden dat de Staat niet aansprakelijk is voor de schade die slachtoffers van tbs-gestelden lijden, tenzij het besluit tot het verlenen van verlof kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord was. Of indien de Staat op de hoogte was van het gevaar dat voor een bepaalde geïdentificeerde derde bestond en ondanks die kennis heeft nagelaten in te grijpen. In dat geval kan zowel handelen in strijd met een wettelijke plicht als handelen in strijd met de betaamde zorgvuldigheid worden aangenomen. Dit zou in de lijn van deze uitspraak liggen. Een uitspraak waarvan de casus griezelig op die van Staat/K lijkt. Weliswaar kunnen er zoals gezegd argumenten tegen deze stelling worden gevonden, zoals het onderscheid tussen gewone gedetineerden en tbs-gestelden. Benadrukt moet worden dat het bij tbs-gestelden gaat om geestelijk gestoorde personen. Personen die niet of slechts gedeeltelijk toerekeningsvatbaar zijn en daarvoor nog steeds behandeld worden. Dit argument is echter niet erg sterk, aangezien deze geestelijke gesteldheid kan worden meegenomen in de omstandigheden van het geval en zo kunnen worden meegewogen bij het bepalen van de betaamde zorgvuldigheid. Zoals de Staat een plicht heeft bij gewone gedetineerden, heeft zij deze ook bij tbs-gestelden. Enerzijds dient waar het gaat om tbs-gestelden door de Staat een nog zwaardere zorgvuldigheid in acht te worden genomen. Het gaat dan namelijk om personen die een groter gevaar betekenen, aangezien zij een geestelijk stoornis hebben en niet weten wat zij doen. Dit arrest is voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm en voor handelen in strijd met de wet van belang. Het arrest sluit aansprakelijkheid in gevallen met tbs-gestelden niet uit. De geestelijke gesteldheid en de onberekenbaarheid van de tbs-gestelden nopen tot een grotere zorgvuldigheid van de Staat. Anderzijds kan worden betoogd dat in dergelijke gevallen in minder zware zorgvuldigheidsnorm geldt, omdat de slachtoffers geen gevangenen zijn, die door hun insluiting in een kwetsbare positie verkeren.

§ 5 Conclusies

Bij het vergelijken van de verschillende uitspraken met HR Staat/K viel op dat sommige zaken voor wat betreft de casus enorme overeenkomsten vertoonden. Andere zaken waren in mindere mate gelijk en een vergelijking leek in eerste instantie niet voor de hand te liggen. Wanneer echter naar de vergelijkingspunten werd gekeken waren het toch interessante zaken die veel perspectief konden bieden.

Het eerste vergelijkingspunt betrof de factoren die een rol konden spelen bij het bepalen van de betaamde zorgvuldigheidsnorm. Daarbij viel op dat de norm die de Hoge Raad in Staat/K hanteert niet uit het niets komt. Ook in eerdere uitspraken gold als norm of kennelijk onredelijk of onverantwoord was gehandeld. Hoe die betaamde zorgvuldigheid dient te worden ingevuld is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hiervoor kunnen aanknopingspunten worden gevonden in het Kelderluik-arrest en het Jaguar II-arrest. Gedacht kan daarbij worden aan de grondrechten van het

kind, de behandeling uit medisch oogpunt, de grootte van de kans op schade bij zichzelf of derden, het gevaar en de voorzienbaarheid van de schade. Bij dit laatste kan worden gekeken naar de aard van de geestesziekte, de persoonlijkheid, de leeftijd en eerder schadeveroorzakend gedrag van de tbs-gestelde.

Daarnaast is uit verschillende uitspraken gebleken dat niet enkel bij het verlenen van verlof, maar ook tijdens het verlof en bij ongeoorloofde afwezigheid, de Staat gehouden is tot zorgvuldig handelen. In elke fase kan worden geconcludeerd dat de Staat kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord heeft gehandeld. Daarbij zijn tevens verschillende voorbeelden naar voren gekomen.

Ook voor wat betreft de juridische verhouding tussen de Staat en tbs-inrichtingen hebben de voorgaande vergelijkingen interessante overwegingen opgeleverd. In gevallen waarin het rijksinrichtingen betreft, kunnen zowel de Staat als de inrichting aansprakelijk zijn voor schade, op grond van dezelfde fout. In die gevallen gaat het om één en dezelfde instantie die het handelen verweten kan worden. Gaat het om particuliere inrichtingen, dan is niet telkens zowel de Staat als de inrichting aansprakelijk. In die gevallen dient een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen de Staat en de inrichting. De Staat fungeert dan als toezichthouder, terwijl de inrichting daarnaast haar eigen verantwoordelijkheid blijft behouden. Het is dan mogelijk dat de één wel en de ander niet aansprakelijk is voor de schade. Dit afhankelijk van de vraag of één dan wel beide kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord heeft gehandeld.

Voor wat betreft het causale verband was met name Sint Willibrord van belang. De grote van dit belang is echter niet geheel in te schatten daar het in de literatuur veel discussie heeft doen opwaaien en de Hoge Raad in latere arresten de omkeringsregel niet meer heeft gehanteerd. Naar mijn mening is het voor het onderhavige geval wel van belang, daar het voor wat betreft de omstandigheden grote gelijkens vertoont met Sint Willibrord. Bij tbs-gestelden zal nooit bekend zijn wat de mogelijke gedragingen en schade zullen zijn indien zij recidiveren. En een beroep op de omkeringsregel zou wel eens kunnen slagen. Mocht dit niet het geval zijn, dan bestaat er nog geen groot probleem. Gezien de aard van de schade, geschonden norm en gedraging vindt er namelijk een ruime toerekening plaats.

Tot slot hebben de voorgaande uitspraken, direct en indirect goede voorbeelden gegeven van gevallen waarin sprake zou (kunnen) zijn van kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord handelen. Deze voorbeelden kunnen een aanknopingspunt bieden bij de beoordeling van het handelen van de Staat. Naast voorbeelden met betrekking tot de betaamde zorgvuldigheid, bieden de voorgaande vergelijkingen ook een voorbeeld van het handelen in strijd met een wettelijke plicht. Het kan namelijk zo zijn dat de Staat handelt in strijd met het bepaalde in artikel 2 EVRM. Norm daarbij is of het handelen kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord was. Deze schending zal echter niet snel aan de orde zijn, op de overheid rust namelijk niet de verplichting eenieder tegen elke vorm van strafbaar

handelen door anderen te beschermen. De vergelijkingspunten hebben interessante overwegingen opgeleverd. Er zijn echter geen punten naar voren gekomen die mij er toe hebben doen komen mijn conclusie in hoofdstuk 4 te wijzigen.

Samenvatting en conclusies

In mijn inleiding heb ik aangegeven dat dit soort zaken veel reacties en emoties losmaken. Daarbij kunnen emotionele, juridische, economische, sociale en medische argumenten naar voren komen. Ik heb in deze scriptie geprobeerd van al deze argumenten enkele aan de orde te stellen, maar heb mij daarbij wel laten leiden door juridische argumenten. Medici en economen zullen waarschijnlijk een geheel ander invalshoek hebben en tot andere conclusies komen. Dit maakt het onderwerp zeer complex en zorgt er voor dat het altijd open zal blijven staan voor discussie. Tijdens het schrijven van deze scriptie bleek ook hoe actueel het onderwerp is. Wilhelm Schippers ontsnapte tijdens begeleid verlot, Marciano Ernst ontsnapte uit een inrichting, de proef met het Elektronisch Volgstelsel werd uitgebreid en het verlotbeleid aangescherpt. Al met al is en blijft er dus veel discussie mogelijk met betrekking tot overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen van tbs-gestelden op (proef)verlot of tijdens ongeoorloofde afwezigheid. Dit komt ook in de gehele scriptie naar voren, op alle discussiepunten zijn voor en tegenargumenten te noemen, waarvoor in beide gevallen iets gezegd kan worden. Telkens komt het er op aan een afweging te maken, waarbij één enkele andere opvatting de hele uitkomst kan veranderen. Ik zal in deze conclusie proberen aan te geven wat mijn opvatting omtrent dit probleem is.

Allereerst zal ik de eerste grondslag die ik heb behandeld bespreken, te weten dat de Staat onrechtmatig zou hebben gehandeld, doordat hij onzorgvuldig of onverantwoord te werk zou zijn gegaan. Ik heb in hoofdstuk 4 uitgebreid betoogd dat sprake is van een gevaarzettingsituatie waarin de Staat als toezichthouder fungeert. De norm daarbij was of de Staat kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord had gehandeld en of hij als een redelijk handelend toezichthouder had gehandeld. Deze norm moet worden ingevuld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Zoals in hoofdstuk 3 tot en met 5 is gebleken, kunnen hierbij vele factoren van belang zijn. Ik zal mij hier beperken tot de meest relevante factoren. Rekening moet worden gehouden met de medische behandeling, grondrechten, het gevaar van de tbs-gestelde voor derden en de waarschijnlijkheid dat dit gevaar zich zal verwezenlijken. Voor de invulling van dit laatste moet met name worden gekeken naar de aard van de geestelijke stoornis en eerder handelen van de tbs-gestelde, zowel voor als tijdens de behandeling. De recidivecijfers kunnen hierbij weliswaar een indicatie geven van het gevaar, over het concrete gevaar van deze tbs-gestelde zeggen zij niets, daarvoor dient naar de omstandigheden van deze tbs-gestelde te worden gekeken.

Naast de maatschappelijke zorgvuldigheid, kan ook strijd met een wettelijke plicht een grond voor onrechtmatig handelen opleveren. Daarbij kan worden gedacht aan artikel 50 en 51 BVT en artikel 2 EVRM. Norm daarbij is eveneens of kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord is gehandeld door de Staat, is dit niet het geval, dan zal de vordering stranden.

Toerekening kan geschieden op grond van schuld of verkeersopvattingen. Daarbij is van groot belang dat de burger voor wat betreft het tbs-beleid vertrouwt op de zorgvuldigheid van het handelen van de Staat. Dit vertrouwen is naar mijn mening terecht, aangezien de Staat in gevallen als Staat/K telkens weer benadrukt dat het incidenten betreft en dat maatregelen getroffen zullen worden ter voorkoming van soortgelijke gebeurtenissen in de toekomst. Opgemerkt moet worden dat op de Staat niet een absolute zorgplicht rust om elke burger tegen elk mogelijk gevaar te beschermen. Bovendien zouden mensen steeds vaker de neiging hebben de overheid voor alles aansprakelijk te willen stellen, ook indien de dader onbekend is, of indien de dader over onvoldoende middelen beschikt. Burgers zouden op zoek zijn naar de deepest pockets. Hier kunnen argumenten voor worden gevonden, deze gaan in gevallen met tbs-gestelden naar mijn mening niet op. Op deze plaats is solidariteit gewenst, het beleid wordt in ons ieder belang gevoerd en het zou onredelijk zijn de gevolgen hiervan op één enkele willekeurig burger te laten rusten.

Het relativiteitsvereiste is opnieuw tot leven gewekt door het Duwbak Linda-arrest. Voorheen werd overheidsaansprakelijkheid nooit afgewezen op grond van het ontbreken van relativiteit. Gezien de grote gelijkenissen zou kunnen worden gevreesd dat ook bij zaken als Staat/K problemen kunnen ontstaan. Dit is echter hoogst onwaarschijnlijk, aangezien het in die zaak ging om zeer specifieke in de scheepvaart geldende bepalingen. Het arrest kan niet los worden gezien van die omstandigheden.

Eveneens punt voor discussie is het causale verband in dit geval. Op grond van het Sint Willibrord-arrest zou kunnen worden betoogd dat het causale verband in dit soort gevallen in beginsel vaststaat, tenzij de Staat het tegendeel bewijst. Dit zou kunnen worden aangenomen gezien de grote gelijkenissen die beide arresten vertonen. Men spreekt hier van het toepassen van de omkeringsregel. Deze omkeringsregel heeft echter voor veel discussie gezorgd in de literatuur en is in latere arresten niet meer bevestigd. Het zou kunnen dat, gezien de specifieke omstandigheden, ook in gevallen als Staat/K de omkeringsregel van toepassing is, dit zou verstrekkende gevolgen kunnen hebben. De reikwijdte van deze regel is echter onbekend en of de Hoge Raad de uitgezette lijn zal volgen is de vraag. Maar ook indien de omkeringsregel niet van toepassing is hoeft het causale verband weinig problemen op te leveren. Indien komt vast te staan dat de Staat kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord heeft gehandeld en het aannemelijk is dat de schade het gevolg van dit handelen is, is het aan de Staat het tegendeel te bewijzen. Het grootste bewijsprobleem zal dus niet liggen bij het causale verband, maar bij het vaststellen van de kennelijke onzorgvuldigheid.

Aansprakelijkheid op deze grondslag is dus zeker mogelijk. Bewezen moet echter wel worden dat de Staat kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord heeft gehandeld. Dit kan gebeuren aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij kan worden gekeken naar behandelingsplannen, rapporten, adviezen en dergelijke. Kan dit worden bewezen, dan zullen de overige vereisten weinig problemen

opleveren. Kan dit niet bewezen worden, dan is het besluit rechtmatig. Een beroep op de tweede grondslag behoort dan tot de mogelijkheden. Dit is echter minder ‘voordelig’ voor het slachtoffer, omdat dan slechts een gedeelte van de schade voor vergoeding in aanmerking komt.

Het égalité-beginsel is een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur waar nog maar relatief weinig over is geschreven. De inhoud van het beginsel kan met name worden afgeleid uit een groot aantal arresten. Deze arresten heb ik in hoofdstuk 4 behandeld. Hoewel het hof de vordering op grond van het égalité-beginsel had toegewezen, heeft de Hoge Raad hem verworpen. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat de schade niet het directe gevolg was van het handelen van de Staat, maar van het handelen van de tbs-gestelde. Werd in eerdere arresten, zoals Staat/Lavrijsen het beginsel uitgebreid, in Staat/K lijkt de Hoge Raad een grens te trekken. Alleen directe schade van het handelen van de Staat komt voor vergoeding in aanmerking. Deze benadering is naar mijn mening onjuist. De Staat voert een tbs-beleid waarvan hij weet dat er forse risico’s aan zijn verbonden, dit blijkt immers uit de recidivecijfers. Ondanks deze wetenschap blijft hij dit beleid voeren, daarmee accepteert de Staat de eventuele slachtoffers die daardoor vallen. Zij weten daarbij dat niet zeker is of er slachtoffers zullen vallen en als zij vallen, is niet zeker wie het slachtoffer zal zijn. Dit is naar mijn mening een voorbeeld bij uitstek van gevallen waarin openbare lasten door ons allen dienen te worden gedragen in plaats van door één willekeurige burger. De Staat lijkt dezelfde mening te zijn toegedaan, dit blijkt uit het feit dat in de zaak Tjirk van Wijk een bedrag aan schadevergoeding is betaald en ook in deze zaak heeft de Staat in cassatie slechts een uitspraak geëist. De reeds betaalde schadevergoeding mocht K houden, ongeacht de uitkomst in cassatie.

Zoals gezegd heeft de Hoge Raad de vordering op beide grondslagen afgewezen. Bij de eerste grondslag was dit het gevolg van de omstandigheden van het geval, niet bewezen was dat de Staat kennelijk onzorgvuldig of onverantwoord gehandeld had. Bij de tweede grondslag is een grens getrokken op een plaats waar deze niet gewenst is. In gevallen als Staat/K zou het in de lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad kunnen liggen schadevergoeding toe te wijzen. Het égalité-beginsel is immers in Staat/Lavrijsen ook al uitgebreid. Dit is een geval waarin een verdere uitbreiding op zijn plaats zou zijn geweest. Op die manier zou het slachtoffer zijn (onevenredig) schade kunnen verhalen en zou de wetgever gemotiveerd worden een wettelijke regeling te creëren. Nu de vordering is afgewezen is er voor de overheid geen reden enige vaart achter het creëren van een dergelijke regeling te zetten. Het zou dan ook beter zijn geweest wanneer de vordering was toegewezen. Totdat de wettelijke bepaling zou bestaan, zou het slachtoffer dan via die weg zijn schade vergoed kunnen krijgen. Daarna zou hij zich moeten kunnen beroepen op een wettelijke risicoaansprakelijkheid. Daarbij zou eventueel een minimumbedrag aan schade kunnen worden verlangd om voor vergoeding in aanmerking te kunnen komen. Op die manier zouden de kosten niet extreem hoog worden, niet elke kleine overtreding die schade veroorzaakt zou aanleiding geven tot het vorderen van

schadevergoeding. Dit zou ook niet gewenst zijn. Dan zou bijvoorbeeld het slachtoffer van een zakkenroller, die toevallig een tbs-gestelde was, al schadevergoeding kunnen vorderen voor een gering bedrag aan schade. Dit zou onredelijk veel kosten en procedures met zich meebrengen. Een andere manier om de kosten van een dergelijke risicoaansprakelijkheid te drukken zou kunnen zijn door alleen die schade te vergoeden die door bepaalde delicten is toegebracht. De eerste optie geniet echter mijn voorkeur.

Een dergelijke risicoaansprakelijkheid bestaat echter niet en nu is gebleken dat ook een vordering op het égalité-beginsel niet wordt toegewezen. Dit is een zeer onwenselijke situatie, het zou er zelfs toe kunnen leiden dat in toekomstige gevallen eerder kennelijk onzorgvuldig handelen zal worden aangenomen, om op die manier tot een schadevergoeding te kunnen komen. Onwenselijk, omdat op die manier correct handelen wordt bestempeld als oncorrect handelen, enkel om schade vergoed te kunnen krijgen. Betoogd zou echter kunnen worden dat het er enkel toe kan leiden dat de Staat nog zorgvuldiger te werk zal gaan om dergelijke zaken te voorkomen. Erg sterk is dit argument niet, wanneer de rechter wil, zullen er vrijwel altijd aanwijzingen voor kennelijk onzorgvuldig handelen kunnen worden gevonden. Gelukkig stond het slachtoffer in deze zaak niet geheel met lege handen, zij heeft een deel van haar schade vergoed gekregen via het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Een ‘eerlijke’ uitkomst? Het slachtoffer heeft wel haar schade vergoed gekregen, maar er is geen aansprakelijkheid vastgesteld en zij zal dan ook onbevredigd achterblijven. Ook juridisch gezien is het onbevredigend, de Staat is niet aansprakelijk voor de onvermijdelijk schadelijke gevolgen van haar handelen en evenmin wordt hij gemotiveerd tot het creëren van een nieuwe wettelijke regeling.

In zijn conclusie zei A-G Spier: “Daarbij valt nog te bedenken dat een ieder het noodlot kan treffen van een geestelijke afwijking of stoornis.”²²⁴ Met een dergelijke opmerking ben ik in deze scriptie begonnen en het lijkt mij ook een goede opmerking om mee af te sluiten. Het is de conclusie waartoe de Hoge Raad en de Staat zijn gekomen, eenieder kan het slachtoffer worden van een geestelijke stoornis, hetzij door te lijden aan een dergelijke stoornis, hetzij door het slachtoffer te worden van een persoon die aan een geestelijke stoornis lijdt.

²²⁴ HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78, conclusie A-G Spier, onder 3.2.

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	advocaat-generaal
Art.	artikel
BVT	Beginselenwet Verpleging Terbeschikkinggestelden
BW	Burgerlijk Wetboek
DJI	Dienst Justitiële Inrichtingen
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
e.a.	en andere
HR	Hoge Raad der Nederlanden
K II	Tweede Kamerstukken
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJV	Nederlandsche Juristen Vereniging
nr.	nummer
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NvT	Nota van Toelichting
OBJD	onderzoeks- en beleidsdatabase justitiële documentatie
p.	pagina
PG	Parlementaire geschiedenis
Rb	rechtbank
rov.	rechtsoverweging
RvdW	Rechtspraak van de Week
RVT	Reglement Verpleging Terbeschikkinggestelden
tbs	terbeschikking
Wet BOPZ	Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WSr	Wetboek van Strafrecht
WSv	Wetboek van Strafvordering

Lijst van geraadpleegde literatuur

Akkersmans 2002

A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2002.

Asser/Hartkamp 2002 (4-III)

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4 Verbintenissenrecht. Deel III. Verbintenissen uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.

Asser/Hartkamp 2004 (4-I)

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4 Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenissen in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.

Bloembergen 1992

A.R. Bloembergen, 'Centauren in 6.3? Iets over rechtmatige en onrechtmatige daden', in: *Als een goed huisvader*. (Nieuwenhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1992.

De Boer 2001/2002

De Boer e.a., *Handboek rechtspositie tbs-gestelden 2001/2002*, 's Gravenhage: Sdu Uitgevers 2001.

Boom/Barendrecht 2000

W.H. van Boom & J.M. Barendrecht, 'Gedrag van toen, normen van nu?', in: I. Brandt e.a., *Tijd en onzekerheid. BW-Krant Jaarboek 16*, Deventer: Kluwer 2000, p. 45 e.v.

Brahn/Reehuis 1999

O.K. Brahn/ W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Gouda: Quint 1999.

Van Dijk 2003

H. van Dijk, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht op banken en verzekeraars', *NTBR* 2003, p. 188 e.v.

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005.

Hartlief 2005

T. Harlief, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders: vertrouwen is goed, controle beter? Bespreking van het preadvies van A.A. van Rossum', *NJB* 2005, p. 1126-1130.

Hoekzema 2003

J.W. Hoekzema, 'De plaats van de 'omkeringsregel' in het bewijsrecht', *NTBR* 2003-5, p. 232-241.

Hoeve e.a. 2004

M. Hoeve, E. Blaauw & H. van Marle, 'De tbs vanuit internationaal perspectief. Een vergelijking tussen systemen van omgang met psychisch gestoorde delinquenten in verschillende Westerse landen.', *Proces* 2004-1, p. 18-29.

Hofstee 2003

E.J. Hofstee, *TBS (studiepockets strafrecht 18)*, Deventer: Kluwer 2003.

- Hofstee 2004
E.J. Hofstee, in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer, *Strafrecht: de tekst van het wetboek van strafrecht en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2004.
- Kelk 2003
C. Kelk, *Nederlands detentierecht*, Deventer: Kluwer 2003.
- Kwaak 1997
Van der Kwaak, 'De variërende status van rechtsbetrekkingen in het privaatrecht', *WPNR* 1997-627, p. 482 e.v.
- Leuw e.a. 1999
E. Leuw, M. Brouwers & J. Smit, *Recidive na tbs. Patronen, trends en processen en de inschatting van gevaar*(WODC: *Onderzoek en beleid* 182) 1999.
- Lindenbergh 2004
S.D. Lindenbergh, 'De betrekkelijkheid van de omkeringsregel', *WPNR* 2004, p. 433-435.
- Van Maanen 2005
G.E. van Maanen, *Onrechtmatige overheidsdaad: rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer: Kluwer 2005.
- Van Maanen 2004
G.E. van Maanen, 'Aansprakelijkheid Staat voor schade toegebracht door TBS-er tijdens onbegeleid verlof. Égalité of onrechtmatige daad?', *AV&S* 2004-5, p. 214-218.
- Van Maanen 2002
G.E. van Maanen, 'De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter: zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel', in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2002.
- Polak 2005
J.M. Polak, 'De Nederlandse Juristen-Vereniging over "Toezicht". Een verslag van de beraadslaging', *NJB* 2005, p. 1343-1346.
- Van Rossum 2001
A.A. van Rossum, *Falend toezicht. De aansprakelijkheid van de economische en de financiële toezichthouder*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2001.
- Van Rossum 2005
A.A. van Rossum, 'Civielrechtelijk aansprakelijkheid voor overheidstoezicht', in: *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005-1), Deventer: Kluwer 2005.
- Singh 2004
S.M. Singh, 'TBS-verlof en aansprakelijkheid bij (rechtmatige) overheidsdaad', *Bb* 2004, p. 140-143.
- Spier 2003
J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003.
- Tjong Tjin Tai 2004
T.R.E. Tjong Tjin Tai, 'De omkeringsregel op herhaling', *Bb* 2004, p. 215-217.

Tjong Tjin Tai 2005

T.R.E. Tjong Tjin Tai, 'Omkeringsregel en bewijsrecht', *Bb* 2005, p. 8-11.

Wartna e.a. 2005a

B.S.J. Wartna, S. el Harbachi & L.M. van der Knaap, *Buiten behandeling. Een cijfermatig overzicht van de strafrechtelijke recidive van ex-terbeschikkinggestelden (WODC: Onderzoek en beleid 230)*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2005.

Wartna e.a. 2005b

B.S.J. Wartna, N. Tollenaar & A.A.M. Essers, *Door na de gevangenis: een cijfermatig overzicht van de strafrechtelijke recidive onder ex-gedetineerden (WODC: Onderzoek en beleid 228)*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2005.

Van Wijk/Konijnenbelt 1999

H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 1999.

Van Wijk/Konijnenbelt 2002

H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 2002.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

HR 9 december 1960, NJ 1963, 2	(Jaguar II)
HR 5 november 1965, NJ 1966, 136	(Kelderluik)
HR 12 maart 1987, NJ 1987, 727	(Ikon)
HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794	
HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638	(Leffers/Staat)
HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165	
HR 9 december 1994, NJ 1996, 403	(Zwiependende tak)
HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118	('t Ruige Veld/Univé)
HR 30 april 1998, NJ 1998, 726	(Meiland/Staat)
HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584	(Sint Willibrord)
HR 30 maart 2001, NJ 2003, 615	(Staat/Lavrijsen)
HR 21 maart 2003, NJ 2003, 53	(Oudenbosch/Staat)
HR 20 juni 2003, NJ 2003, 223	(Staat/Harrida)
HR 7 mei 2004, RvdW, 2004, 67	(Duwbak Linda)
HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 78	(Staat/K)
HR 9 juli 2004, RvdW 2004, 98	(Oudejaarsrellen Groningen)

Hof

Hof Leeuwarden 5 juni 1991, NJ 1992, 78	(Stichting Hoeve Boschoord)
---	-----------------------------

Rechtbank

Rechtbank Amsterdam 16 maart 1965, NJ 1966, 131	(Reesink/Hulp voor onbehuisden)
---	---------------------------------

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 14 juni 2002, NJCM-bulletin 2003, 5	(Edwards/Verenigd Koninkrijk)
EHRM 24 oktober 2002, EHRC 2002, 107	(Mastromatteo/Italië)

Bijlage 1

De tabellen die hieronder zijn opgenomen, zijn afkomstig uit bijlage 5 van: B.S.J. Wartna, S. el Harbachi & L.M. van der Knaap, *Buiten behandeling. Een cijfermatig overzicht van de strafrechtelijke recidive van ex-terbeschikkinggestelden (WODC: Onderzoek en beleid 230)*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2005.

Bijlage 2

De tabel die hieronder is opgenomen is afkomstig uit: E. Leuw, M. Brouwers & J. Smit, *Recidive na tbs. Patronen, trends en processen en de inschatting van gevaar*(WODC: Onderzoek en beleid 182) 1999, p. 34.

Bijlage 3

De tabellen die hieronder zijn opgenomen, zijn afkomstig uit bijlage 5 van: B.S.J. Wartna, N. Tollenaar & A.A.M. Essers, *Door na de gevangenis: een cijfermatig overzicht van de strafrechtelijke recidive onder ex-gedetineerden (WODC: Onderzoek en beleid 228)*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2005.