

# **Straftoemetingsvrijheid en de invoering van bijzondere minimumstraffen in het Nederlandse sanctierecht**

*Een onderzoek naar de gevolgen van de invoering van bijzondere  
minimumstraffen in geval van recidive bij zware misdrijven voor de  
straftoemetingsvrijheid van de strafrechter*

Scriptie in de strafrechtswetenschappen  
te verdedigen tegenover de Examencommissie van de Faculteit  
Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Tilburg  
(mevrouw mr. M.E.W. Muskens en mr. E.E. de Feijter)  
op  
21 november 2011, om 11:00 uur

Auteur: S.J.C. van Keulen  
ANR: 650866  
Opleiding: Master Rechtsgeleerdheid, accent Strafrecht  
Begeleidster: mevrouw mr. M.E.W. Muskens  
Tweede lezer: mevrouw mr. E.E. de Feijter

## Voorwoord

Met de voltooiing van deze scriptie komt een einde aan mijn studie en studententijd. Enerzijds een spannend en leuk moment, anderzijds een moeilijk moment. Hoewel ik benieuwd ben naar wat er komen gaat, zal ik een hoop leuke dingen achter me moeten laten. Ik heb dan ook veel tegenstrijdige gevoelens gehad, tijdens het schrijven van deze scriptie. Uiteindelijk overheerst een voldaan, blij gevoel. Een voldaan gevoel als ik kijk naar het uiteindelijke resultaat en verloop van de afgelopen jaren. Een blij gevoel als ik denk aan alles wat nog komen gaat.

Een scriptie schrijven is niet mogelijk zonder goede begeleiding en ondersteuning. Allereerst gaat mijn dank uit naar mevrouw Muskens. Als begeleidster van mijn scriptie, heeft zij met haar feedback en motiverende houding een belangrijke bijdrage geleverd aan dit eindproduct. Tevens wil ik mijn familie, vriendinnen en vriend bedanken voor de steun die ik heb mogen ontvangen tijdens mijn afstudeerperiode. In het bijzonder wil ik mijn moeder bedanken. Niet alleen voor haar steun gedurende mijn gehele studie, maar ook voor het onvoorwaardelijke vertrouwen dat zij in mij stelt. Mijn prestaties tijdens deze studie, zijn tevens haar prestaties. Bedankt!

Valkenswaard, 2011

# Inhoudsopgave

<b>1. Inleiding</b>	<b>4</b>
1.1 De huidige situatie	4
1.2 De aanleiding van de discussie: de wetsvoorstellen	5
1.3 Juridisch Nederland reageert	6
1.4 Probleemstelling en de centrale onderzoeksvraag	7
1.5 Theoretisch kader	8
1.6 Indeling van het onderzoeksverslag	8
<b>2. De keuze voor straftoematingsvrijheid</b>	<b>10</b>
2.1 De keuze voor straftoematingsvrijheid: de wetgever toen en nu	10
2.3 Tussenconclusie	12
<b>3. De omvang van de straftoematingsvrijheid</b>	<b>14</b>
<b>4. Mogelijke begrenzendende factor 1: de wet</b>	<b>15</b>
4.1 Algemene opmerkingen: strafsoort, strafmaat en strafmodaliteit	16
4.1.1 Strafsoort	17
4.1.2 Strafmaat	18
4.1.3 Strafmodaliteit	20
4.1.4 Tussenconclusie	20
4.2 Straftoematingsregels	21
4.2.1 Straftoematingsvrijheid in relatie met strafdoelen	21
4.2.2 Algemene straftoematingsregels	24
4.2.3 Indirect algemene strafbeïnvloedende omstandigheden	26
4.2.4 Direct algemene strafbeïnvloedende omstandigheden	28
4.2.5 Poging, voorbereiding en medeplichtigheid	32
4.2.6 Bijzondere straftoematingsregels	36
4.2.7 Het rechterlijk pardon	41
4.2.8 Tussenconclusie	44

4.3 De strafbeslissing	45
4.3.1 Het beslissingsmodel	45
4.3.2 Waarde van artikel 351 WvSv	49
4.3.3 Motivering en straftoemeting	49
4.3.4 Tussenconclusie	50
4.4 Grenzen aan straftoematingsvrijheid door de wet?	50
<b>5. Mogelijke begrenzende factoren 2 en 3: het beleid van de rechterlijke macht en het Openbaar Ministerie</b>	<b>52</b>
5.1 Oriëntatiepunten straftoemeting	52
5.2 Databank consistente straftoemeting	53
5.3 Het beleid en de strafeis van het Openbaar Ministerie	54
5.4 Tussenconclusie	55
<b>6. Mogelijke begrenzende factor 4: de jurisprudentie van de Hoge Raad</b>	<b>56</b>
6.1 De cassatierechter en de strafbeslissing	56
6.2 Invloed van de cassatierechter door middel van rechtsregels	57
6.3 De invloed van de heersende leer op de minimumstraf	58
6.4 Tussenconclusie	58
<b>7. Terug naar de discussie: een tussenbalans</b>	<b>59</b>
<b>8. Hoofdpijnen en achtergrond van het wetsvoorstel</b>	<b>60</b>
8.1 Hoofdpijnen van het wetsvoorstel	60
8.2 Het wetsvoorstel bezien in het licht van een veranderende politieke invalshoek	61
8.3 Is gevangenisstraf de oplossing?	65
8.4 De maatschappelijke opvatting	66
8.5 Wat zegt het wetsvoorstel over de straftoematingsvrijheid?	66
8.6 Tussenconclusie	68

<b>9. Vergroting, relativering en rechtvaardiging van de inbreuk</b>	<b>69</b>
9.1 Hoe raakt het wetsvoorstel de straftoematingsvrijheid in een concrete strafzaak?	69
9.2 Tussenconclusie	71
9.3 Straftoematingsvrijheid en recidive	71
9.3.1 Achtergrond en strekking huidige recidiveregeling	72
9.3.2 Hoe gaat de rechter in de praktijk om met recidive?	73
9.4 Tussenconclusie	79
9.5 Het cijfermatige aspect: hoeveel zaken worden geraakt door het wetsvoorstel?	80
9.6 Tussenconclusie	81
9.7 Ontsnappingsmogelijkheden en kunstgrepen	82
9.7.1 Het vereiste van de ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer	83
9.7.2 Verhouding algemene recidiveregeling en bijzondere recidiveregeling	84
9.7.3 Ontsnappingsmogelijkheid voor de officier van justitie	85
9.7.4 De heersende leer en de rechterlijke overtuiging	85
9.7.5 De hardheidsclausule	87
<b>10. Samenvatting en conclusies</b>	<b>96</b>

## **Bronnenlijst**

# 1. Inleiding

De mogelijke invoering van bijzondere minimumstraffen is een veelbesproken onderwerp in de media, de politiek en de literatuur.<sup>1</sup> De meningen over de eventuele invoering zijn uiteenlopend en hebben geleid tot een jarenlange discussie tussen de politiek en juridisch Nederland. Binnen deze discussie staat één onderwerp centraal: de straftoemettingsvrijheid van de rechter. Om inzichtelijk te maken waarom dit onderwerp zich leent voor diepgaander onderzoek, worden in dit eerste hoofdstuk de discussie, de hieruit voortvloeiende probleemstelling en de centrale onderzoeksvraag beschreven.

## 1.1 De huidige situatie

Het Nederlandse sanctierecht kent al geruime tijd algemene strafminima. Deze algemene strafminima gelden voor alle delicten en zijn per hoofdstraf vastgesteld.<sup>2</sup> In artikel 10 lid 1 Wetboek van Strafrecht (verder: WvSr) is bijvoorbeeld bepaald dat een tijdelijke gevangenisstraf minimaal één dag moet duren en wordt in artikel 23 lid 2 WvSr bepaald dat het bedrag van een geldboete minimaal twee euro moet zijn. De conclusie dat de algemene strafminima momenteel een lege huls zijn, lijkt met deze wetenschap dan ook niet geheel uit de lucht gegrepen. Naast het systeem van algemene minimumstraffen, bestaat een systeem van bijzondere minimumstraffen. Dit zijn strafminima die worden gerelateerd aan een delict. Duitsland kent een dergelijk systeem. Indien de Duitse rechter bijvoorbeeld het delict ‘Mord’ aanneemt moet hij volgens de Duitse wet een levenslange gevangenisstraf opleggen (‘Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstraffe bestraft’).<sup>3</sup> Binnen dit systeem kan de wetgever limitatief bepaalde bijzondere gevallen omschrijven, waarin de rechter bij wijze van uitzondering onder het geldende minimum mag straffen.<sup>4</sup> Nederland kent op dit moment geen systeem van bijzondere minimumstraffen.

---

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld: H. de Doelder, ‘Minimumstraffen zijn volksverlakkerij’, *Trouw* 6 oktober 2010 en M. van Leeuwen, ‘Rechters tegen minimumstraf’, *De Pers* 20 september 2010.

<sup>2</sup> De Jong & Knigge, 2003 p. 304.

<sup>3</sup> Zie par. 211 Strafgesetzbuch.

<sup>4</sup> De Jong & Knigge, 2003 p. 304.

## 1.2 De aanleiding van de discussie: de wetsvoorstellen

Rond het begin van deze eeuw werd in de politiek de vraag opgeworpen of het niet eens tijd werd voor de invoering van een dergelijk systeem. Toenmalig minister van Justitie Korthals gaf een negatief antwoord op deze vraag.<sup>5</sup> Toch heeft zich de laatste jaren een kentering in de politiek voorgedaan wat betreft dit onderwerp. Deze kentering neemt een vlucht in 2002. In dat jaar dienden de toenmalige LPF-Kamerleden Eerdmans en Stuger een wetsvoorstel in betreffende de invoering van bijzondere minimumstraffen voor bepaalde geweldsdelicten.<sup>6</sup> Naar aanleiding van een negatief advies over dit wetsvoorstel van de Raad van State, trokken Eerdmans en Stuger het wetsvoorstel op 26 juni 2006 in.<sup>7</sup> Op 9 augustus 2006 diende het Kamerlid Eerdmans een nieuw wetsvoorstel in. Het wetsvoorstel strekte ertoe af te stappen van het huidige systeem van algemene strafminima en pleitte voor een systeem van bijzondere strafminima voor een viertal zware delicten: moord, doodslag, gekwalificeerde doodslag en doodslag met een terroristisch oogmerk.<sup>8</sup> Eerdmans stelde in zijn wetsvoorstel dat bijzondere minimumstraffen tegemoet komen aan ‘gevoelens van grote onveiligheid en angst’. Deze gevoelens zouden het gevolg zijn van het feit dat rechters te laag straffen. Vervolgens zouden de burgers, naar aanleiding dan deze (te) lage straffen, minder vertrouwen krijgen in de rechtspraak.<sup>9</sup> De oorzaak van deze lage straffen zou volgens Eerdmans te wijten zijn aan de grote vrijheid die de rechter bezit bij het bepalen en opleggen van de straf. De oplossing zou dan ook gevonden moeten worden in het beperken van deze vrijheid door middel van bijzondere minimumstraffen.<sup>10</sup> Kamerlid De Roon nam het wetsvoorstel over in verband met het vertrek van Eerdmans uit de Tweede Kamer en diende in 2009 zijn eigen versie van het wetsvoorstel in.<sup>11</sup> De Roon legde aan zijn wetsvoorstel hetzelfde probleem en dezelfde oorzaak ten grondslag als Eerdmans, namelijk de opvatting dat rechters te laag straffen. De kern van het wetsvoorstel kwam overeen met het wetsvoorstel van Eerdmans in die zin dat het voornaamste doel de invoering van bijzondere minimumstraffen voor bepaalde delicten was. Het wetsvoorstel onderscheidde zich echter op twee punten: de minimumstraffen zoals voorgesteld door De Roon kenden een zwaarder karakter dan de minimumstraffen uit het voorstel van Eerdmans én de bijzondere minimumstraffen moesten volgens De Roon bij

---

<sup>5</sup> *Kamerstukken II*, 2000/01 27 419, nr. 4, p. 23.

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 28 640, nr. 2.

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 28 640, nr. 4.

<sup>8</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 659, nr. 1-4.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 659, nr. 3.

<sup>10</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 30 659, nr. 3, p. 6.

<sup>11</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 938, nr. 3.

meerdere delicten worden ingevoerd (ongeveer 200 delicten meer).<sup>12</sup> Hoewel de ingediende wetsvoorstellen niet hebben geleid tot de daadwerkelijke invoering van een stelsel van bijzondere minimumstraffen, heeft het kabinet Rutte I de knoop definitief doorgehakt. In het regeerakkoord ‘Vrede en Veiligheid’ gaf het huidige kabinet aan dat zij voornemens was om bijzondere minimumstraffen op te nemen voor gevallen van recidive van zware misdrijven.<sup>13</sup> Op 23 maart 2011 verscheen vervolgens een concept-wetsvoorstel waarin dit voornemen van het kabinet verder is uitgewerkt.<sup>14</sup> Het wetsvoorstel strekt ertoe bijzondere minimumstraffen in te voeren voor de gevallen waarin een persoon binnen tien jaar na een eerdere veroordeling opnieuw wordt veroordeeld voor een misdrijf waarop wettelijk een maximumstraf van twaalf jaren gevangenisstraf of meer is gesteld.<sup>15</sup> Verder wordt de rechter de mogelijkheid geboden om in individuele, zeer specifieke omstandigheden van het geval gemotiveerd af te wijken van de minimumstraf. Inmiddels heeft de ministerraad ingestemd met een verscherping van het concept-wetsvoorstel. Deze verscherping strekt ertoe om meerdere delicten binnen het bereik van het wetsvoorstel te doen vallen.

### **1.3 Juridisch Nederland reageert**

In tegenstelling tot de politiek, is juridisch Nederland onvermurwbaar wat betreft de invoering van bijzondere minimumstraffen. De eerder besproken wetsvoorstellen leidden steevast tot felle kritiek waarin één argument de boventoon voerde: de ruime straftoemingsvrijheid van de rechter.<sup>16</sup> Zo stelden De Roos en Schoep dat bijzondere minimumstraffen niet zouden passen in de bewuste keuze voor een ruime straftoemingsvrijheid voor de rechter die de wetgever in het verleden heeft gemaakt.<sup>17</sup> Mevis stelde vervolgens dat door deze inbreuk op de straftoemingsvrijheid, de positie van de verdachte wordt geraakt door een stelsel van bijzondere strafminima; de rechter kan immers geen recht meer doen aan de concrete omstandigheden van het geval. Mevis sprak in zijn betoog van ‘correcte straftoemering’ door de rechter, waarmee wordt bedoeld op een straf die evenredig is aan het delict en de dader. De straftoemingsvrijheid is op die manier als fundamenteel recht verbonden met de positie van de verdachte in de strafzaak.<sup>18</sup> Jansen omschreef de invoering van bijzondere

---

<sup>12</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 938, nr. 3, p. 4-5.

<sup>13</sup> *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 417, nr. 14, p. 33.

<sup>14</sup> Digitaal gepubliceerd en te raadplegen op <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/regelingen/2011/03/23/wetsvoorstel-invoering-van-minimumstraffen.html>>

<sup>15</sup> *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 417, nr.14 pag. 33.

<sup>16</sup> Zie bijvoorbeeld De Roos & Schoep 2003, Mevis 2003 en Klip 2010.

<sup>17</sup> De Roos & Schoep 2003, p. 36.

<sup>18</sup> Mevis 2003, p. 29.



minimumstraffen zelfs als een ‘fundamentele trendbreuk’.<sup>19</sup> De mening van juridisch Nederland lijkt duidelijk: bijzondere minimumstraffen doorkruisen op onaanvaardbare wijze de ruime straftoemingsvrijheid van de rechter, zeker indien hierbij weinig ruimte wordt gelaten voor de specifieke omstandigheden van het geval. De literatuur laat op dit punt geen twijfel bestaan. De straftoemingsvrijheid is sinds jaar en dag één van de hoekstenen van het Nederlandse sanctierecht en dient daarom ook geëerbiedigd te worden. Invoering van bijzondere minimumstraffen zou dan ook haaks op de keuze voor een ruime straftoemingsvrijheid staan.

#### **1.4 Probleemstelling en de centrale onderzoeksvraag**

De kritiek op de invoering van de bijzondere minimumstraffen richt zich voornamelijk op eerder ingediende wetsvoorstellen. De strekking van deze wetsvoorstellen was voornamelijk om bijzondere minimumstraffen in te voeren voor gevallen waarbij zware misdrijven door een persoon voor de eerste keer werden begaan. Het concept-wetsvoorstel naar aanleiding van het regeerakkoord ‘Vrede en Veiligheid’ ziet echter toe op de invoering van de bijzondere minimumstraf in geval van recidive, waarbij tevens een zogenaamde ‘hardheidsclausule’ is opgenomen. De vraag rijst of de invoering van bijzondere minimumstraffen *in deze vorm* resulteert in een onrechtvaardige aantasting van de straftoemingsvrijheid. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is het noodzakelijk inzicht te krijgen in de straftoemingsvrijheid zoals deze vandaag de dag bestaat. Klopt de aanname dat de strafrechter in Nederland een zeer ruime straftoemingsvrijheid geniet, zoals in de literatuur wordt gepretendeerd? Zijn er factoren die de straftoemingsvrijheid beïnvloeden dan wel begrenzen? En welke gevolgen hebben deze begrenzingsvoor de omvang van de straftoemingsvrijheid? Daarnaast moet worden vastgesteld in welke mate de bijzondere minimumstraffen deze straftoemingsvrijheid beperken. Hiervoor dient te worden onderzocht welke ruimte er binnen de aangekondigde wetswijziging bestaat voor de strafrechter om zijn straf toe te meten. Tevens moet worden onderzocht of er wellicht rechtvaardiging voor deze wetswijziging bestaat. Rechtvaardiging van deze wetswijziging zou bijvoorbeeld gevonden kunnen worden in het onderliggende – juridische – probleem dat opgelost wordt middels dit wetsvoorstel of de huidige straftoemingspraktijk in gevallen van recidive. Antwoorden op de hierboven gestelde vragen zijn de stukjes die lijken te ontbreken in de puzzel van de bijzondere minimumstraf. Door het beantwoorden van deze vragen krijgt de

---

<sup>19</sup> Jansen 2007 p. 261.

straftoemingsvrijheid inhoud en kan worden geoordeeld of er echt sprake is van een onevenredige schending van dit fundament zoals vele malen in de literatuur betoogd. Het onderzoek richt zich op de vragen die hierboven zijn geformuleerd en hebben geleid tot de volgende centrale onderzoeksvraag:

*Waardoor en hoe wordt de straftoemingsvrijheid van de strafrechter begrensd en vormt de invoering van bijzondere minimumstraffen in het geval van recidive zoals voorgesteld in het concept-wetsvoorstel van 23 maart 2011 een ongerechtvaardigde inbreuk op deze vrijheid?*

Het doel van dit onderzoek is tweeledig. Allereerst tracht het onderzoek inzicht te verschaffen in de factoren waardoor de straftoemingsvrijheid wordt begrensd of beïnvloed, om zo een oordeel te kunnen geven over de gepretendeerde omvang van de straftoemingsvrijheid van de rechter. Hierbij staan factoren zoals de wet en jurisprudentie centraal. Daarnaast dient dit onderzoek antwoord te geven op de vraag of de invoering van bijzondere minimumstraffen zoals voorgesteld in het concept-wetsvoorstel van 23 maart 2011 een ongerechtvaardigde inbreuk vormt op de straftoemingsvrijheid.

### **1.5 Theoretisch kader**

Het rechtsgebied dat in dit onderzoek centraal staat is het strafprocesrecht, meer in bijzonder het sanctierecht. Binnen dit sanctierecht wordt de straftoemingsvrijheid van de strafrechter beschouwd als een zeer groot goed en als een van de fundamentele uitgangspunten van ons strafrecht. Bijzondere minimumstraffen zouden dit fundament van het Nederlandse sanctierecht kunnen gaan raken. Het onderzoek richt zich op het hoofdargument tegen de invoering van de bijzondere minimumstraf: de straftoemingsvrijheid van de strafrechter.

### **1.6 Indeling van het onderzoeksverslag**

Om een inzichtelijk en volledig antwoord te kunnen geven op de centrale onderzoeksvraag, is het onderzoek opgesplitst in twee deelonderzoeken. In het eerste deelonderzoek is onderzocht hoe omvangrijk de straftoemingsvrijheid van de rechter vandaag de dag is, aan de hand van een uitgebreide analyse van factoren die de straftoemingsvrijheid zouden kunnen begrenzen. Het eerste deelonderzoek is terug te vinden in de hoofdstukken twee tot en met zeven. Vervolgens is in het tweede deelonderzoek onderzocht of het invoeren van bijzondere minimumstraffen zoals voorgesteld in het concept-wetsvoorstel van 23 maart 2011, een ongerechtvaardigde inbreuk op de straftoemingsvrijheid vormt. Hiertoe zijn allereerst de

hoofdpijnen en de achtergrond van het wetsvoorstel geanalyseerd. Deze analyse is terug te vinden in hoofdstuk acht. Naar aanleiding van deze analyse wordt in hoofdstuk negen een voorlopig oordeel gegeven over de inbreuk die het concept-wetsvoorstel maakt op de straftoemettingsvrijheid. Vervolgens wordt in hoofdstuk negen een aantal aspecten onderzocht die de inbreuk zouden kunnen vergroten, relativeren of rechtvaardigen, zoals het aantal zaken dat daadwerkelijk wordt geraakt door het concept-wetsvoorstel en de huidige straftoemettingspraktijk in gevallen van recidive. In hoofdstuk tien volgen ten slotte de conclusies. Uit deze conclusies zal uiteindelijk het antwoord op de centrale vraagstelling worden gedestilleerd.

## **2. De keuze voor straftoematingsvrijheid**

Om het leerstuk van de straftoematingsvrijheid te kunnen doorgronden en begrijpen, is het van belang kennis te nemen van de beweegredenen die uiteindelijk hebben geleid tot de toekenning van deze vrijheid. In dit hoofdstuk wordt daarom allereerst de achtergrond van de keuze voor de straftoematingsvrijheid beschreven. Waarom is in het verleden gekozen voor een ruime straftoematingsvrijheid?

### **2.1 De keuze voor straftoematingsvrijheid: de wetgever toen en nu**

De ruime straftoematingsvrijheid waarover de rechter beschikt, is vanzelfsprekend niet uit de lucht komen vallen. De wetgever heeft ooit voor deze vrijheid gekozen. Om het concept van de straftoematingsvrijheid goed te kunnen begrijpen, is het noodzakelijk de keuze voor de toekenning van deze vrijheid te bestuderen. Ten overvloede wordt erop gewezen dat met het begrip ‘de wetgever’ wordt bedoeld op de organen – de regering en de beide kamers van de Staten-Generaal<sup>20</sup> – die de bevoegdheid hebben de Nederlandse wet te wijzigen en wetten uit te vaardigen. Omdat de samenstelling van deze organen steeds verandert, kan niet worden gesproken van één toonaangevende wetgever met één leidend standpunt. Het argument dat de invoering van bijzondere minimumstraffen tegen het standpunt van de wetgever zou ingaan, is daarmee ook ontkracht gezien er feitelijk niet kan worden gesproken van één wetgever. Er kan hoogstens worden bedoeld op de toenmalige opstelling ten aanzien van bijzondere minimumstraffen van de wetgever die niet in overeenstemming is met de voorgenomen plannen om bijzondere minimumstraffen in te voeren. In dit opzicht moet dan ook worden gesproken van meerdere wetgevers in verschillende tijdsgewrichten.

Vóór de inwerkingtreding van het huidige Wetboek van Strafrecht gold in Nederland de – op het Franse recht gebaseerde – Code Pénal. Dit wetboek kende een systeem van bijzondere strafminima per delict. De Code Pénal moet worden gezien in het licht van de Franse revolutie. Het vertrouwen van het Franse volk in de rechter ontbrak na deze periode volledig en verder machtsmisbruik door de rechter moest in de toekomst voorkomen worden. De wetgever stelde daarom de hoogte van de straf per delict vast, waarvan de rechter niet kon afwijken. Het accent lag in dit systeem voornamelijk op de daad. Er bestond immers geen ruimte om de straf aan te passen aan de omstandigheden van het geval of bijzonderheden ten

---

<sup>20</sup> Zie artikel 81 Grondwet

aanzien van de dader. De rechter werd letterlijk ‘la bouche de la loi’ en mocht alleen datgene uitspreken wat in de wet beschreven stond.<sup>21</sup> Het systeem van bijzondere strafminima werd echter in de loop der jaren vele malen aangepast en gecorrigeerd door de rechter, met name op humanitaire gronden. Naast de absolute strafbedreigingen ontstond er een stelsel van verzachtende omstandigheden, waardoor de rechter in staat was het systeem van minimumstraffen te omzeilen en alternatieve straffen op te leggen waarin het wetboek niet voorzag.<sup>22</sup> In een tweetal preadviezen werd vervolgens de vraag gesteld of de bijzondere strafminima verlaagd dienden te worden in combinatie met afschaffing van het stelsel van verzachtende omstandigheden.<sup>23</sup> Het voornaamste argument dat in de preadviezen naar voren werd gebracht is dat de rechters door een streng strafrecht zich tegen de wet gingen keren althans oneigenlijk gebruik maakten van de wet.<sup>24</sup> Deze houding van de rechterlijke macht zou samenhangen met de ‘onvolmaaktheid’ en de ‘theoretische inconsistentie’ van het stelsel van verzachtende omstandigheden. Verder stelde de indieners van de preadviezen dat een wettelijk minimum voor een bepaald delict moet toezien op het lichtst denkbare geval van dat delict.<sup>25</sup> Hiervan was in het wetboek vóór 1886 geen sprake. Indien een minimumstraf toeziet op het lichtst denkbare geval, is een stelsel van verzachtende omstandigheden overbodig. Ook in de lichtste gevallen wordt immers voorzien met als gevolg dat de rechter niet hoeft terug te vallen op buitenwettelijke, alternatieve straffen. Deze argumenten brachten de wetgever er in 1886 toe om het stelsel van bijzondere strafminima af te schaffen en over te stappen op een ander sanctiestelsel.<sup>26</sup>

De wetgever in 1886 had de wens de rechter veel ruimte te laten in de straftoemeting in een concrete zaak.<sup>27</sup> Om een rechter deze ruimte te kunnen bieden, moest de wetgever een stap terug doen en volstaan met een aantal wettelijke aanknopingspunten die een soort kader vormen waarbinnen de rechter een straf kan vaststellen. Hierin werd door de wetgever in 1886 voorzien door de formulering van algemene strafminima en –maxima per strafsoort en bijzondere strafmaxima per delict. Het ‘daadgerichte’ sanctiestelsel van de Code Pénal werd vervangen door een meer ‘dadergericht’ sanctiestelsel. Het ‘dadergericht’ sanctiestelsel kenmerkte zich door het toenemende vertrouwen dat de wetgever in 1886 in de rechter stelde,

---

<sup>21</sup> Schuyt 2010, p. 30-31 en Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 819.

<sup>22</sup> De Roos & Schoep 2003, p. 35.

<sup>23</sup> Van der Hoeven 1875, p. 34-62 en S. Fockema Andreae 1875, p. 63-87.

<sup>24</sup> Van der Hoeven 1875, p. 37.

<sup>25</sup> Van der Hoeven 1875, p. 37-38.

<sup>26</sup> De Roos & Schoep 2003, p. 36 en Smidt dl 1 1881, p. 47 en 143.

<sup>27</sup> Mevis 2003, p. 26.

in tegenstelling tot de periode vóór 1886. Bij de totstandkoming van het wetboek werd door toenmalig minister van Justitie Modderman dan ook expliciet naar dit vertrouwen in de rechter als reden voor een grote straftoematingsvrijheid verwezen.<sup>28</sup> Het werd zelfs genoemd als één van de vier hoofdbeginselen waardoor dit wetboek zich zou onderscheiden van de Code Pénal.<sup>29</sup>

Het wettelijk kader wat betreft straftoemeting is in de loop der jaren vrijwel onveranderd gebleven. Het strafrecht kent vandaag de dag nog steeds een ‘dadergericht’ sanctiestelsel waarbij de rechter veel ruimte heeft om de bijzondere omstandigheden van het geval en de persoonlijke omstandigheden van de dader te laten meewegen bij de toemeting van de straf. Met de komst van de bijzondere minimumstraffen, lijkt Nederland de eerste stap te zetten om terug te keren naar een ‘daadgericht’ stelsel. Opvallend genoeg lijkt het argument hiervoor hetzelfde te zijn als het argument dat werd genoemd bij de overgang van de Code Pénal naar het huidige Wetboek van Strafrecht, namelijk negatieve ervaringen met het sanctiestelsel zoals op dat moment geldend. Eerdmans en De Roon haalden beiden bijvoorbeeld aan, dat de rechter in Nederland te laag zou straffen en dat het stelsel in die zin disfunctioneert. Het gevaar bestaat echter dat de problemen die in het verleden ontstonden bij een systeem van bijzondere strafminima – rechters die oneigenlijk gebruik maken van de wet om zo aan de minimumstraf te ontkomen – opnieuw kunnen voorkomen. De wetgever zou hieruit dan ook lering moeten trekken. Er is immers geen reden om aan te nemen dat dergelijke problemen zich in het huidige tijdsgewricht niet kunnen of zullen voordoen.

## **2.2 Tussenconclusie**

De ruime straftoematingsvrijheid waarover de rechter momenteel beschikt, is geen vaststaand element van het Nederlandse sanctiestelsel. Zo heeft bijvoorbeeld de bijzondere minimumstraf in het verleden onderdeel uitgemaakt van het Nederlandse sanctierecht waardoor de rechter in zijn straftoematingsvrijheid werd beperkt. Mede dankzij creatieve rechters die onder de bijzondere minimumstraffen uit wisten te komen enerzijds, en het toenemende vertrouwen in de rechter anderzijds, heeft de wetgever er in 1886 uiteindelijk voor gekozen om het stelsel van bijzondere strafminima te laten varen en een stelsel met algemene strafminima en –maxima en bijzondere strafmaxima per delict in te voeren. Het huidige sanctiestelsel waarin dit systeem nagenoeg onveranderd is gebleven, richt zich dan

---

<sup>28</sup> Smidt dl I 1891, p. 53.

<sup>29</sup> Smidt dl I 1891, p. 90.

ook meer op de dader dan op de daad. De huidige wetgever lijkt echter terug te willen naar een meer ‘daadgericht’ stelsel met de (her)invoering van de bijzondere minimumstraf. De geschiedenis leert niet alleen dat een dergelijke kentering mogelijk is, maar ook dat bijzondere minimumstraffen de nodige problemen met zich mee kunnen brengen.

### 3. De omvang van de straftoematingsvrijheid

In de discussie zoals beschreven in de inleiding, komt duidelijk naar voren dat gevreesd wordt voor de aantasting van de ruime straftoematingsvrijheid van de rechter.<sup>30</sup> Om te bepalen of er daadwerkelijk sprake is van een onrechtvaardige aantasting, moet eerst een oordeel worden gegeven over de omvang van hetgeen aangetast wordt, in dit geval de straftoematingsvrijheid van de rechter. Zo wordt het saldo van een bankrekening aangetast door de aanschaf van een studieboek Strafprocesrecht. Het saldo van de bankrekening en het aankoopbedrag bepalen uiteindelijk de mate van aantasting. Om te bepalen hoe groot de aantasting van het saldo is, moeten twee zaken worden vastgesteld. Enerzijds het saldo van de bankrekening, anderzijds de hoogte van het aankoopbedrag. Met de vaststelling van beide elementen, kan uiteindelijk worden bepaald of de aantasting groot of klein is.

In dit onderzoek gaat het echter om een vrijheid, een zekere ruimte die de rechter is gelaten bij het bepalen van een straf. De omvang van een ruimte of vrijheid kan slechts worden bepaald door de beperkingen hierop te beschrijven. De rechter wordt in Nederland mogelijk door bepaalde factoren beïnvloed of begrensd, die maken dat de vrijheid wat betreft straftoemeting kleiner wordt. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de wet, waarbinnen de wetgever de kaders vaststelt waarbinnen de rechter vrij is om bepaalde afwegingen te maken. Om een oordeel te geven over de omvang van de straftoematingsvrijheid, worden in de volgende hoofdstukken de beperkingen op de straftoematingsvrijheid beschreven, in de vorm van mogelijke begrenzendende factoren. Hierbij wordt gekeken of en in welke mate de rechter ook daadwerkelijk gebonden wordt door de beschreven factor. Zo wordt in hoofdstuk vier gezien op welke wijzen de wetgever middels de wet de straftoemeting van de rechter beïnvloedt en in welke mate de straftoematingsvrijheid hierdoor wordt begrensd. Vervolgens wordt in hoofdstuk zeven een globale inschatting gegeven van de grootte van de vrijheid die de strafrechter geniet. Om in de geest van het eerder besproken voorbeeld te spreken: hier zal het saldo van de bankrekening worden bepaald. In hoofdstuk acht en negen zal de aantasting – de bijzondere minimumstraf in geval van recidive – besproken worden. Hierna kan de afweging worden gemaakt wat betreft de vraag in welke mate de straftoematingsvrijheid van de rechter daadwerkelijk aangetast wordt.

---

<sup>30</sup> Zie de inleiding van dit onderzoeksverslag



#### 4. Mogelijke begrenzende factor 1: de wet

Een belangrijke factor waaraan de rechter wordt gebonden, is de wet. Dat de wet een belangrijke rol speelt, blijkt uit de eerste artikelen van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering waarin de strafrechtelijke en strafvorderlijke legaliteitsbeginselen zijn neergelegd. Artikel 1 WvSr bepaalt bijvoorbeeld dat feiten die niet strafbaar zijn gesteld in een wettelijke strafbepaling, niet als strafbare feiten kunnen worden aangemerkt.<sup>31</sup> Hiermee wordt de eerste begrenzing ten aanzien van de straftoemingsvrijheid weergegeven. De rechter mag immers geen feiten strafbaar verklaren, die niet strafbaar zijn gesteld bij wet. Naast een begrenzing, biedt artikel 1 WvSr tevens een zekere speelruimte. Het is immers de rechter die oordeelt of een bepaalde gedraging onder een strafbaar gesteld feit valt. Deze ruimte binnen de strafbaarstelling ligt voor de hand, nu het in praktische zin onmogelijk is om alle mogelijke strafbare gedragingen op voorhand vast te stellen.<sup>32</sup>

In artikel 1 WvSv is het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel neergelegd, inhoudende dat strafvordering alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien.<sup>33</sup> In dit beginsel ligt besloten dat de rechter dient te handelen binnen de grenzen die de wet stelt. Toch bevat ook deze begrenzing een zekere speelruimte voor de rechter. Deze speelruimte is nader toegelicht door Cleiren. Zij spreekt over het stelsel van strafvordering als een – in beginsel – gesloten stelsel van bevoegdheidsverlenende normen. Echter, omdat het praktisch onmogelijk is om alle handelingen te normeren en te beschrijven, is ook hier sprake van leemtes die ruimte laten voor interpretatie.<sup>34</sup> Zowel het strafrechtelijke als het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel laten zien dat – hoewel de rechter gebonden is aan de wet – er binnen de kaders van deze wet nog een behoorlijke speelruimte voor de rechter bestaat. De volgende paragrafen beogen inzicht te geven in de wijzen waarop middels het materiële en het formele recht de straftoemingsvrijheid van de rechter genormeerd lijkt te worden. Daarbij wordt tevens gezien of de rechter binnen deze wettelijke regelingen nog enige vrijheid heeft of dat er sprake is van een daadwerkelijke binding. Met andere woorden: stelt de wet grenzen aan de straftoemingsvrijheid of geeft de wet slechts aanwijzingen over hoe de rechter met de straftoemingsvrijheid dient om te gaan? Is er slechts sprake van beïnvloeding of is er tevens sprake van begrenzing door de wet?

---

<sup>31</sup> Men spreekt hier ook wel van *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Zie Corstens 2008, p. 15.

<sup>32</sup> Schoep 2008, p. 82.

<sup>33</sup> Men spreekt hier ook wel van *nullum iudicium sine lege*. Zie Corstens 2008, p. 15 en 57.

<sup>34</sup> Cleiren 1992, p. 15-16.

#### **4.1 Algemene opmerkingen: strafsoort, strafmaat en strafmodaliteit**

De wet beïnvloedt de straftoemeting momenteel ‘in abstracto’. Strafbepalingen zijn immers niet toegespitst op een concreet geval. De strafbepalingen zijn algemeen geformuleerd. Toch kan de wetgever middels de strafbepalingen een aardige vinger aan de pols houden als het gaat om de straftoemeting. De wetgever kan op twee manieren in meer of mindere mate invloed uitoefenen op de vrijheid van de rechter. Ten eerste door het vastleggen van de strafbedreiging waarbij de wetgever de rechter in meer of mindere mate vrij kan laten bij het nemen van beslissingen aangaande de strafsoort, strafmaat en de strafmodaliteit. Daarnaast kan de wetgever straftoemetingsregels vastleggen.<sup>35</sup>

Een straf wordt gevormd door te beslissen over de invulling van drie componenten die de inhoud vormen van de straf: de strafsoort, de strafmaat en de strafmodaliteit.<sup>36</sup> De wetgever kan via deze drie elementen invloed uitoefenen op de straftoemetingsvrijheid van de rechter. Zo kan een wetgever bijvoorbeeld kiezen voor een absoluut onbepaalde strafbedreiging waarbij de rechter volledig vrij wordt gelaten in zijn beslissingen wat betreft de strafsoort, strafmaat en strafmodaliteit.<sup>37</sup> De tegenhanger van de absoluut onbepaalde strafbedreiging, is de absoluut bepaalde strafbedreiging waarbij de rechter geen enkele vrijheid wordt gelaten in zijn beslissing over deze drie componenten.<sup>38</sup> Een voorbeeld van een wetboek waarin absoluut bepaalde strafbedreigingen waren geformuleerd is de eerder besproken Code Pénal waarbij de rechter fungeerde als ‘la bouche de la loi’. Een meer actueler voorbeeld is het systeem van ‘mandatory sentencing’ in de Verenigde Staten. Binnen dit systeem creëerde de Amerikaanse wetgever een bepaalde ruimte waarbinnen de rechter een straf kon vaststellen. De Amerikaanse wetgever formuleerde hiertoe in eerste instantie een maximumstraf en een verplichte minimumstraf. In de loop der jaren is deze ruimte voor de rechter steeds verder verkleind, waardoor vaste straffen ontstonden.<sup>39</sup> Hierna worden de strafsoort, strafmaat en strafmodaliteit afzonderlijke besproken en wordt aangegeven op welke manier de wetgever middels deze componenten invloed uitoefent op de beslissing van de rechter.

---

<sup>35</sup> Oomen 1970, p. 3.

<sup>36</sup> Schuyt 2010, p. 35.

<sup>37</sup> Oomen 1970, p. 2.

<sup>38</sup> Oomen 1970, p. 3.

<sup>39</sup> Schuyt 2010, p. 37.

### 4.1.1 Strafsoort

In het Wetboek van Strafrecht zijn verschillende soorten straffen beschreven, waaruit de rechter kan kiezen bij het toemeten van de straf.<sup>40</sup> In artikel 9a WvSr verdeelt de wetgever de strafsoorten in hoofdstraffen (gevangenisstraf, hechtenis, taakstraf en geldboete) en bijkomende straffen (ontzetting van bepaalde rechten, verbeurdverklaring, openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak). Sinds 2001 is de categorie hoofdstraffen uitgebreid met de taakstraf.<sup>41</sup> Daarnaast geeft de wetgever per delictsomschrijving aan wat de maximaal op te leggen straf is. Hierbij worden ook strafsoorten voorgeschreven. Hoewel de rechter niet aan deze strafsoorten gebonden is, kunnen ze wel worden beschouwd als een leidraad bij het bepalen van de straf. Verder kent de wet de mogelijkheid om een maatregel op te leggen, zoals de welbekende terbeschikkingstelling – ‘TBS-maatregel’ – en de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis.<sup>42</sup> De bespreking van alle mogelijke maatregelen vindt niet plaats in dit onderzoek, omdat dit onderzoek zich richt op de toemeting van een *straf*. Een maatregel wordt formeel niet als straf beschouwd. Wel is de mogelijkheid om een maatregel op te leggen een duidelijke aanwijzing dat de wetgever de rechter voldoende ruimte heeft willen laten om een reactie te geven die evenredig is aan het gepleegde delict of passend is bij de persoon van de dader.<sup>43</sup> Deze uitbreiding van het sanctiearsenaal impliceert een ruime vrijheid voor de strafrechter.

Naast het voorschrijven van de strafsoorten, kan de wetgever tevens middels het beperken van cumulatiemogelijkheden invloed uitoefenen op de keuze van de rechter voor een strafsoort. De wetgever heeft in de loop der jaren steeds meer mogelijkheden gecreëerd voor de rechter om straffen te kunnen cumuleren. Sinds 27 januari 1995 is bijvoorbeeld het cumuleren van hoofdstraffen toegestaan.<sup>44</sup> Bij deze wetswijziging werd overigens expliciet verwezen naar de vergroting van de straftoemetingvrijheid van de rechter.<sup>45</sup> De wet is – wat betreft cumulatie – niet bepaald leidend te noemen, nu inmiddels bijna alle combinaties van straffen zijn toegestaan. Artikel 9 lid 5 WvSr geeft de rechter bijvoorbeeld de mogelijkheid om de bijkomende straf zowel afzonderlijk als tezamen met hoofdstraffen of andere bijkomende

---

<sup>40</sup> Buiten het Wetboek van Strafrecht is in een aantal bijzondere wetten, deze opsomming uitgebreid met een aantal bijzondere sancties. Deze worden voor dit onderzoek buiten beschouwing gelaten.

<sup>41</sup> Artikel 9 lid 2 WvSr.

<sup>42</sup> Artikel 37 en 37a WvSr.

<sup>43</sup> Overigens is het in uitzonderlijke gevallen ook mogelijk een maatregel op te leggen zonder dat wordt vastgesteld dat er een delict is gepleegd. Hier bijvoorbeeld artikel 13a Opiumwet in samenhang met artikel 36b WvSr.

<sup>44</sup> *Stb.* 1995, 32.

<sup>45</sup> Cleiren & Nijboer 1994, p. 29.

straffen op te leggen. De bijkomende straf mag dus worden opgelegd, zonder dat daarbij een hoofdstraf wordt opgelegd. De wetgever refereerde wederom aan de straftoemingsvrijheid bij het verantwoorden van deze keuze, waarbij een verband werd gelegd met het rechterlijk pardon van artikel 9a WvSr. De wetgever redeneerde dat, indien de rechter de bevoegdheid heeft om geheel af te zien van oplegging van een straf, het voor de hand ligt om een rechter de bevoegdheid te geven om slechts een bijkomende straf op te leggen.<sup>46</sup>

#### **4.1.2 Strafmaat**

De rechter heeft de bevoegdheid om bij de oplegging van een straf tevens de strafmaat vast te stellen. Deze strafmaat komt bij de straftoemeting tot uitdrukking in de hoogte of de duur van de straf die wordt opgelegd. De wetgever geeft richtlijnen voor de bepaling van de strafmaat in de vorm van algemene strafmaxima en –minima en een strafmaximum per delictomschrijving. Met name het algemene strafminimum lijkt weinig tot geen betekenis te hebben voor de strafrechtspraktijk. Artikel 10 lid 2 WvSr geeft bijvoorbeeld aan dat de duur van een tijdelijke gevangenisstraf minimaal één dag moet zijn. Een geldboete moet minimaal 3 euro bedragen, zo leert artikel 23 lid 2 WvSr.

Door het aangeven van een rangorde in absolute zwaarte van verschillende straffen kan een wetgever de rechter sturen bij het bepalen van de straf.<sup>47</sup> Artikel 61 WvSr geeft een indicatie van deze rangorde. Lid 1 van artikel 61 WvSr geeft aan dat de zwaarte van ongelijksoortige hoofdstraffen wordt bepaald door de volgorde van artikel 9 WvSr. In het geval van gelijksoortige hoofdstraffen wordt de zwaarte van beide bepaald door het maximum van de in de strafbepaling bedreigde hoofdstraf, zo blijkt uit artikel 61 lid 3 WvSr. Verder legt artikel 61 lid 2 WvSr een verband tussen de strafsoort en de strafmaat. Indien de rechter de keuze tussen twee hoofdstraffen heeft, komt alleen de zwaarste straf in aanmerking. Artikel 61 lid 4 WvSr geeft vervolgens een richtlijn wat betreft de duur van de straf. De duur van zowel ongelijksoortige als gelijksoortige hoofdstraffen wordt bepaald door het maximum in de strafbepaling. Deze bepaling lijkt nu weinig praktische betekenis te hebben door het ontbreken van bijzondere strafminima. De rechter is alleen gebonden aan een algemeen minimum. Tussen het algemeen minimum en het strafmaximum zoals bepaald in de strafbepaling, ligt een behoorlijke ruimte waarbinnen de rechter de straf kan vaststellen. Door

---

<sup>46</sup> *Kamerstukken II, 1977/78, 15 012, nr. 3, p. 39.*

<sup>47</sup> Schuyt 2010, p. 39.

de invoering van bijzondere strafminima zou artikel 61 lid 5 WvSr weer betekenis kunnen krijgen.

Illustratief voor de beoogde invloed van het voorgeschreven strafmaximum op de straftoemeting is de toelichting van toenmalig minister van Justitie Korthals op het Wetsvoorstel herijking strafmaxima, dat op 1 februari 2006 in werking trad.<sup>48</sup> Als gevolg van deze wetswijziging werd het strafmaximum van een aantal delicten – geweldsdelicten, culpose delicten en vermogensdelicten – verhoogd. Doel van deze wet was – onder andere – om de strafmaxima in overeenstemming te brengen met de maatschappelijke opvattingen omtrent de strafwaardigheid van bepaald gedrag.<sup>49</sup> De minister overwoog met betrekking tot de verhoging van de strafmaximum bij enkelvoudige mishandeling het volgende:

‘De voorgestelde strafmaatverhoging strekt er niet toe alle gevallen van eenvoudige mishandeling zwaarder te doen bestraffen. De relatie tussen de voorgestelde wettelijke strafmaatverhoging en de strafoplegging in concrete gevallen is minder direct: de verscherping van de maatschappelijke afkeuring blijkt nu al in de hoogte van de opgelegde straffen voor geweldsdelicten, de aanpassing van de strafmaxima spoort daarmee.’

Uit deze toelichting blijkt dat de wetgever met het formuleren van een strafmaximum niet heeft beoogd om de straftoemeting te beïnvloeden. Het is aan de rechter om een straf passend te maken. Uit een onderzoek van De Hullu, Koopmans en De Roos – dat mede de aanleiding vormde voor deze wetswijziging – blijkt overigens wel dat het strafmaximum voor zowel het Openbaar Ministerie, als voor de strafrechter een belangrijke richtsnoer is bij de straftoemeting.<sup>50</sup> Verder concludeerden deze onderzoekers dat de wettelijke strafmaxima in de praktijk niet als knellend worden ervaren, nu het strafmaximum vrijwel nooit wordt opgelegd.<sup>51</sup> Hoewel er geen sprake is van een binding van de rechter aan het wettelijk strafmaximum, kan op grond van het bovenstaande wel worden geconcludeerd dat het strafmaximum een bepaalde – zij het een indirecte – invloed op de straftoemeting heeft.

---

<sup>48</sup> *Stb.* 2006, 11.

<sup>49</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 484, nr. 3, p. 4.

<sup>50</sup> De Hullu, Koopmans en De Roos 1999, p. 68

<sup>51</sup> De Hullu, Koopmans en De Roos 1999, p. 69

### **4.1.3 Strafmodaliteit**

Het Wetboek van Strafrecht kent drie strafmodaliteiten: een geheel voorwaardelijke, een gedeeltelijk voorwaardelijke en een onvoorwaardelijke.<sup>52</sup> De wetgever heeft gekozen voor het formuleren van algemene richtlijnen wat betreft de keuze voor de strafmodaliteit. De kern van deze richtlijnen is artikel 14a WvSr. Lid 1 van dit artikel geeft aan dat wanneer een verdachte wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, tot een hechtenis, tot een taakstraf of tot een geldboete, de rechter kan bepalen dat de straf of een gedeelte daarvan voorwaardelijk wordt opgelegd. Als de rechter een verdachte veroordeelt tot een gevangenisstraf van meer dan twee jaar tot maximaal vier jaar, kan hij besluiten dat een deel van de straf, tot ten hoogste twee jaar, voorwaardelijk wordt opgelegd, zo leert lid 2 van artikel 14a WvSr. Lid 3 van artikel 14a WvSr geeft de rechter vervolgens de bevoegdheid om bijkomende straffen geheel of gedeeltelijk voorwaardelijk op te leggen. Bij een geheel of gedeeltelijk voorwaardelijke veroordeling wordt door de rechter een proeftijd vastgesteld waarbinnen de verdachte zich niet opnieuw schuldig mag maken aan een strafbaar feit.<sup>53</sup> Naast deze algemene voorwaarde, kunnen er bijzondere voorwaarden vastgesteld worden.<sup>54</sup> Binnen de grenzen van deze algemene regeling betreffende de strafmodaliteit, is de rechter geheel vrij om een straf geheel of gedeeltelijk voorwaardelijk op te leggen.

### **4.1.4 Tussenconclusie**

Het Wetboek van Strafrecht kent wel degelijk een aantal regelingen wat betreft de beslissing omtrent de drie elementen strafsoort, strafmaat en strafmodaliteit. Deze regelingen geven wellicht de indruk dat de vrijheid van de rechter aanzienlijk wordt beperkt door de wetgever. Niets lijkt echter minder waar. De regelingen zijn algemeen van aard en vervullen voornamelijk een kaderfunctie. Een sprekend voorbeeld hiervan is de regeling omtrent de cumulatie van straffen. Hierbij haalt de wetgever zijn wens voor een ruime straftoemingsvrijheid van de rechter zelfs expliciet aan om zijn keuze voor de vele cumulatiemogelijkheden te rechtvaardigen.

---

<sup>52</sup> Schuyt 2010, p. 49.

<sup>53</sup> Zie artikel 14c lid 1 WvSr.

<sup>54</sup> Zie artikel 14b en 14c WvSr

## 4.2 Straftoemingsregels

Zoals eerder aangegeven kan de wetgever de straftoemeting mede beïnvloeden door het formuleren van zogenaamde ‘straftoemingsregels’. Oomen onderscheidt drie categorieën van straftoemingsregels. Allereerst een algemene straftoemingsleidraad, waarbij de wetgever algemene beginselen formuleert – bijvoorbeeld speciale of generale preventie – in de geest waarvan de rechter een straf dient toe te meten. Ten tweede kan de wetgever algemene straftoemingsregels formuleren, die voor alle strafbare feiten gelden. Ten slotte kan de wetgever bijzondere straftoemingsregels formuleren. Deze regels gelden voor een speciaal strafbaar feit of voor een bepaalde groepering van strafbare feiten.<sup>55</sup> Zowel in het Wetboek van Strafrecht als in het Wetboek van Strafvordering ontbreekt een algemene straftoemingsleidraad. De wetgever heeft echter wel blijk gegeven van het bestaan van strafdoelen. Hierna zal een globale inventarisatie worden weergegeven van de drie categorieën straftoemingsregels binnen het Nederlandse strafrecht en de invloed van deze straftoemingsregels op de straftoemingsvrijheid.

### 4.2.1 Straftoemingsvrijheid in relatie tot de strafdoelen

Strafrecht is geen doel in zichzelf. Strafrecht heeft voornamelijk een functie.<sup>56</sup> Strafrecht kan als middel worden gebruikt om verschillende doelen te bereiken. Deze doelen worden aangeduid met de term ‘strafdoelen’. Straftoemeting en strafdoelen liggen in elkaars verlengde. Strafpogging veronderstelt adequaat en zinvol te reageren op een delict. Om vast te stellen of een reactie adequaat en zinvol is, zijn strafdoelen noodzakelijk.<sup>57</sup> Door toetsing van de reactie aan de strafdoeleinden, kan immers worden bepaald of de reactie adequaat en zinvol is. In zekere zin normeren strafdoelen daardoor de straftoemeting, waardoor de strafdoelen ook invloed kunnen hebben op de straftoemingsvrijheid. Het is daarom van belang vast te stellen welke strafdoelen er met het Nederlandse strafrecht worden nagestreefd en wat de normerende werking van deze strafdoelen is.

In 2000 verscheen de nota ‘Sancties in perspectief’ van het Ministerie van Justitie met als onderwerp de heroriëntatie op de toepassing van vrijheidsstraffen en vrijheidsbeperkende straffen bij volwassenen.<sup>58</sup> De doelstelling van de nota was het sanctiestelsel eenvoudiger en inzichtelijker te maken. In deze nota werden de hedendaagse strafdoelen beschreven en vervat

---

<sup>55</sup> Oomen 1970, p. 3.

<sup>56</sup> Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 18.

<sup>57</sup> Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 821.

<sup>58</sup> *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 419, nr. 1.

in één theorie: de verenigingstheorie. Deze theorie ‘verenigt’ verschillende theorieën met elkaar met als gevolg dat er meerdere doeleinden binnen deze theorie centraal staan. Dat deze theorie nog steeds het uitgangspunt is binnen het strafrecht wordt onderschreven door Kelk.<sup>59</sup> De nota ‘Sancties in perspectief’ omschrijft de verenigingstheorie als volgt:

‘Dit behelst, kortweg, dat straffen enerzijds dienen tot vergelding van de gepleegde criminaliteit, en anderzijds ter preventie van toekomstige criminaliteit. Die preventie valt weer uiteen in twee delen. Speciale preventie is gericht op de individuele dader; generale preventie richt zich op alle potentiële daders. Daarnaast dient het strafrecht ertoe om slachtoffers van misdrijven genoegdoening te bieden en om de burgers die zich wel aan de regels te houden in hun normen te bevestigen.’<sup>60</sup>

Uit deze omschrijving van de verenigingstheorie zijn drie elementen te onderscheiden: vergelding, genoegdoening en preventie. Met name de speciale preventie is in het kader van de straftoemingsvrijheid interessant. Speciale preventie vraagt volgens de nota om ‘een dadergerichte aanpak waarbij de terugkeer in de samenleving centraal staat’.<sup>61</sup> Een dergelijke ‘dadergerichte aanpak’ vereist maatwerk van de strafrechter. De rechter zal zich bij elke dader die een straf wordt oplegd moeten afvragen of en hoe de straf de speciale preventie ten goede komt. Een grote vrijheid in de keuze tussen strafmaat, -soort en -modaliteit is hierbij noodzakelijk. De generale preventie zou wel gebaat kunnen zijn bij de invoering van bijzondere minimumstraffen. Het vooruitzicht van een gevangenisstraf waarop niets is af te dingen als de potentiële dader daadwerkelijk bestraft wordt voor zijn voorgenomen daden, zal hem er wellicht van weerhouden het delict ook daadwerkelijk te begaan. Aan de andere kant is deze afweging niet altijd onderdeel van de overweging van de dader en zijn er weinig daders die exact weten welke straf er op de – voorgenomen – daad staat.

Ook de doelstelling wat betreft het bevestigen van normen van burgers die zich wel aan de regels houden geeft stof tot nadenken. Het gaat in dit geval om een doelstelling waarin de samenleving als geheel een rol speelt. Samenlevingen zijn aan verandering onderhevig en de inhoud van het pakket van waarden en normen neemt dan ook steeds andere vormen aan.<sup>62</sup> De veronderstelling dat waarden en normen veranderlijk zijn, kan bijvoorbeeld geïllustreerd worden aan de hand van de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde

---

<sup>59</sup> Kelk 2005, p. 25-26.

<sup>60</sup> *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 419, nr. 1, p. 3.

<sup>61</sup> *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 419, nr. 1, p. 3.

<sup>62</sup> Zie voor een uitgebreide beschrijving over hoe maatschappelijke ontwikkelingen invloed hebben op strafwetgeving Groenhuijsen & De Hullu 1994.



geslacht. Gelet op de toenemende acceptatie van liefdesrelaties tussen personen van hetzelfde geslacht binnen de Nederlandse samenleving en het beginsel van gelijke behandeling besloot de regering op 1 april 2001 het huwelijk open te stellen voor personen van hetzelfde geslacht.<sup>63</sup> Deze wetwijziging is een sprekend voorbeeld van een wetwijziging als gevolg van een verandering in de heersende waarden en normen. Vijftig jaar geleden zou een dergelijke wetwijziging ondenkbaar zijn geweest, gelet op bijvoorbeeld de religieuze overtuigingen die toen een dominante rol speelden. Vandaag de dag wordt echter steeds minder waarde gehecht aan religieuze overtuigingen en wordt meer waarde gehecht aan universele beginselen zoals gelijke behandeling. De context waarin waarden en normen moeten worden gezien, is dus aan verandering onderhevig. Als de rechter gehoor wil geven aan dit dynamische aspect van een samenleving, dan zal hij zijn sancties hierop moeten aanpassen. Rummelink spreekt in dit verband over ‘vermaatschappelijking’ van het recht waarbij de rechter moet streven naar afstemming van het strafrecht op de maatschappelijke opvattingen.<sup>64</sup> Vrijheid in het opleggen van sancties is daarbij van belang. Immers, een straf die wordt bepaald door de wetgever en geen ruimte laat tot heroverweging in een concreet geval door de rechter, loopt op termijn het gevaar geen recht meer te doen aan de heersende waarden en normen van de burger. Het bevestigen van normen van de burgers hangt samen met wat Jonkers noemt ‘de ontdaanheid die een delict in de rechtsgemeenschap teweeg kan brengen’.<sup>65</sup> Als een gemeenschap ‘ontdaan’ is door het begaan van een bepaald delict, dan zal de rechter hierop moeten ageren en een signaal moeten afgeven. De ontdaanheid zal dan ook zijn doorwerking hebben in de strafmaat en vaak leiden tot een meer ingrijpende straf. Dat de ontdaanheid van de rechtsorde naar aanleiding van een gepleegd delict in het strafrecht nog steeds een rol speelt, is bijvoorbeeld terug te zien bij de voorlopige hechtenis. De geschokte rechtsorde maakt deel uit van een gewichtige reden op grond waarvan voorlopige hechtenis bevolen kan worden.<sup>66</sup> Verder speelt de geschokte rechtsorde nog steeds mee bij het bepalen van een straf, zo blijkt uit recente jurisprudentie.<sup>67</sup>

Strafdoeleinden zijn overigens zelf ook aan verandering onderhevig, bijvoorbeeld door verschillende wetgevers in verschillende tijdsgewrichten. Elke wetgever kan een eigen kijk op de strafdoeleinden hebben. Zo lijkt de huidige wetgever bijvoorbeeld van mening te zijn dat

---

<sup>63</sup> *Kamerstukken II*, 1998/99, 26 672, nr. 3, p. 3.

<sup>64</sup> Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 23.

<sup>65</sup> Buruma 1999, p. 171.

<sup>66</sup> Artikel 67a lid 2 sub 1 Wetboek van Strafvordering

<sup>67</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 6 mei 2011, *LJN* BQ3601, Hof Leeuwarden 4 mei 2011, *LJN* BQ3496 en Rb. Utrecht 4 mei 2011, *LJN* BQ3464.

vergelding als strafdoel meer op de voorgrond dient te staan. Het voornemen van de huidige wetgever om bijzondere minimumstraffen in te voeren is daarbij een sprekend voorbeeld. Later in dit onderzoek zal het contrast tussen de huidige wetgever en de eerdere wetgevers worden geïllustreerd aan de hand van de bespreking van een aantal wetsartikelen.<sup>68</sup>

#### *De normerende werking van strafdoelen*

In de nota ‘Sancties in perspectief’ liet het Ministerie van Justitie zich duidelijk uit over de strafdoelen die men wil bereiken met de toepassing van het strafrecht. Maar is dit voldoende om te bewerkstelligen dat deze doelstellingen ook daadwerkelijk nagestreefd worden in de praktijk? Met andere woorden: hebben de strafdoelen een normerende werking? Deze vraag lijkt negatief beantwoord te moeten worden, mede doordat de strafdoelen niet zijn opgenomen in de wet. Verder liggen in de verenigingstheorie meerdere doelen besloten. Hierdoor is vrijwel elke straf te rijmen met deze theorie: een forse gevangenisstraf doet recht aan de vergelding, terwijl het opleggen van een taakstraf de speciale preventie ten goede zal komen. De Hullu onderkent deze vaststelling wanneer hij opmerkt dat de verschillende strafdoeleinden geen scherpe begrippen zijn en evenmin duidelijke maatstaven voor straftoemeting opleveren.<sup>69</sup> Daarnaast is de weinig normerende werking van strafdoelen begrijpelijk, gelet op – zo zal ook later in het onderzoek blijken – de vele modaliteiten die de wet in het sanctiestelsel aan de rechter laat, zo stelt Mevis.<sup>70</sup>

De keuze om de strafdoelen niet op te nemen in de wet duidt op de bedoeling van de wetgever om de rechter, zelfs bij het nastreven van de strafdoeleinden, veel ruimte te laten bij de straftoemeting. Hoewel de inhoud van de strafdoeleinden en de keuze om deze doeleinden niet op te nemen in de wet vóór een ruime straftoemetingsvrijheid lijken te pleiten, hebben ze door het ontbreken van normerende werking voor de praktijk, weinig tot geen waarde meer voor de straftoemeting. Strafdelen hebben daardoor dan ook geen begrenzendende werking op de straftoemetingsvrijheid van de rechter.

#### **4.2.2 Algemene straftoemetingsregels**

De wetgever heeft in het Wetboek van Strafrecht een aantal algemene straftoemetingsregels geformuleerd in de vorm van algemene strafbeïnvloedende omstandigheden. Schoep spreekt

---

<sup>68</sup> Zie de bespreking van het draagkrachtbeginsel en het rechterlijk pardon.

<sup>69</sup> De Hullu 2009, p. 5.

<sup>70</sup> Mevis 2006, p. 729.

in dit verband ook wel van objectieve omstandigheden.<sup>71</sup> Zoals eerder gesteld hebben deze omstandigheden betrekking op alle strafbare feiten in het Wetboek van Strafrecht. Deze algemene werking wordt bevestigd door de vindplaats van een groot deel van deze regels: het algemene deel van het Wetboek van Strafrecht. Het algemene karakter wordt daarnaast versterkt doordat de strafbeïnvloedende omstandigheden die zijn opgenomen in het algemene deel van het Wetboek van Strafrecht, tevens van toepassing zijn op strafbare feiten uit andere wetten en verordeningen.<sup>72</sup> Voor de bespreking in dit hoofdstuk van deze algemene strafbeïnvloedende omstandigheden, is gebruik gemaakt van een inventarisatie uit een onderzoek betreffende straftoemeting, uitgevoerd door Schuyt.<sup>73</sup> Zij onderscheidt acht algemene strafbeïnvloedende omstandigheden die zijn opgenomen in het Wetboek van Strafrecht, te weten de voorwaardelijke invrijheidstelling, het draagkrachtbeginsel, de aftrek wegens reeds ondergane vrijheidsbeneming, herhaling van een misdrijf, schending van een bijzondere ambtsplicht, strafvermindering in ruil voor getuigenverklaringen, samenloop en vormverzuimen in het vooronderzoek. In aanvulling op het onderzoek van Schuyt wordt binnen deze inventarisatie in het kader van dit onderzoek een nader onderscheid gemaakt tussen *direct* en *indirect* algemene strafbeïnvloedende omstandigheden. Onder de *direct* algemene strafbeïnvloedende omstandigheden worden de omstandigheden verstaan waarmee de wetgever een directe aanwijzing tracht te geven wat betreft de invloed die de omstandigheid dient te hebben op de straftoemeting. Een duidelijk voorbeeld hiervan is het draagkrachtbeginsel. Onder de *indirect* algemene strafbeïnvloedende omstandigheden worden de omstandigheden verstaan waarmee de wetgever geen directe aanwijzing tracht te geven wat betreft de invloed die de omstandigheid dient te hebben op de straftoemeting. Een voorbeeld hiervan is de voorwaardelijke invrijheidstelling. De wetgever heeft met de formulering van deze omstandigheden niet primair *de bedoeling* gehad om de rechter een aanwijzing te geven wat betreft de straftoemeting. Deze omstandigheden kunnen echter wel degelijk invloed uitoefenen op de straftoemeting.

Buiten de algemene strafbeïnvloedende omstandigheden die zijn opgenomen in het Wetboek van Strafrecht, besteedt Schuyt tevens aandacht aan de omstandigheid waarbij sprake is van een overschrijding van de redelijke termijn. Het vereiste dat een strafprocedure binnen een redelijke termijn moet zijn doorlopen, vloeit voort uit artikel 6 lid 1 EVRM. Schending van

---

<sup>71</sup> Schoep 2008, p. 110.

<sup>72</sup> Zie artikel 91 WvSr

<sup>73</sup> Schuyt 2010, p. 101 t/m 134.

deze eis kan sinds 1987 leiden tot strafvermindering, afhankelijk van de ernst van de schending.<sup>74</sup> Omdat deze strafbeïnvloedende omstandigheid niet is opgenomen in de Nederlandse wet en niet afkomstig is van een Nederlandse wetgever, wordt deze eis in het kader van deze paragraaf niet verder behandeld. Het gaat in dit hoofdstuk immers om de invloed van de Nederlandse wet op de straftoemeting. Later in het onderzoek komt de invloed van dit vereiste aan bod bij de bespreking van de invloed van jurisprudentie.

Hierna worden alle algemene strafbeïnvloedende omstandigheden kort besproken. Doelstelling van deze bespreking is te onderzoeken of algemene strafbeïnvloedende omstandigheden de rechter binden of wellicht slechts sturen. Hoewel de indirect strafbeïnvloedende omstandigheden duidelijk geen bindend karakter hebben, worden zij – gelet op de mogelijke invloed op de straftoemeting – tevens in dit hoofdstuk besproken.

#### **4.2.3 Indirect algemene strafbeïnvloedende omstandigheden**

In deze subparagraaf worden de twee indirect algemene strafbeïnvloedende omstandigheden die het Wetboek van Strafrecht kent nader toegelicht, te weten de voorwaardelijke invrijheidstelling en de aftrek wegens reeds ondergane vrijheidsbeneming.

##### *Voorwaardelijke invrijheidstelling*

In artikel 15 WvSr is de regeling omtrent de voorwaardelijke invrijheidstelling opgenomen. De regeling is in 2008 drastisch aangepast waarbij oude regeling van de vervroegde invrijheidsstelling werd vervangen door de huidige regeling van de voorwaardelijke invrijheidsstelling.<sup>75</sup> De oude regeling voorzag niet in de mogelijkheid om voorwaarden te verbinden aan de invrijheidsstelling. Daarnaast ontbrak de mogelijkheid om de invrijheidsstelling te herzien. De belangrijkste doelstelling van de wetswijziging was het vergroten van de maatschappelijke veiligheid door het verkleinen van de kans op recidive doordat een veroordeelde onder toezicht van Justitie staat.<sup>76</sup> Deze regeling is met deze doelstelling illustratief voor de ontwikkeling van een politieke trend waarbij het argument van de maatschappelijke veiligheid de fundering vormt voor ingrijpende wetswijzigingen. Later in het onderzoek wordt dieper ingegaan op deze trend. Nu wordt volstaan met de vaststelling dat de maatschappelijk veiligheid steeds vaker de aanleiding vormt voor – ingrijpende –

---

<sup>74</sup> HR 7 april 1987, NJ 1987, 587.

<sup>75</sup> Stb. 2007, 500.

<sup>76</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 513, nr. 3, p 1.

wetswijzigingen waarbij de positie van de dader steeds zwakker wordt. Het oorspronkelijke doel van de vervroegde invrijheidstelling was om het gedetineerden eenvoudiger te maken om terug te keren in de maatschappij. Daarnaast stelde de wetgever destijds dat de straf feitelijk kon worden ingekort zonder gevaar voor de openbare orde en veiligheid.<sup>77</sup> De wetgever ten tijde van de inwerkingtreding van de nieuwe regeling lijkt hierover een andere mening te hebben, gelet op het steeds terugkerende argument betreffende de maatschappelijke veiligheid. Deze wetswijziging is daarmee een sprekend voorbeeld van hoe verschillende visies van verschillende wetgevers de wetgeving kunnen beïnvloeden.

De voorwaardelijke invrijheidsstelling geeft de mogelijkheid om een veroordeelde vervroegd in vrijheid te stellen wanneer een onvoorwaardelijke vrijheidsbenemende straf van minimaal een jaar is opgelegd en waarvan minimaal zes maanden ten uitvoer zijn gelegd. De invrijheidstelling kan worden herroepen als de veroordeelde zich niet houdt aan voorwaarden die aan de invrijheidstelling zijn gesteld. Hoewel de regeling in eerste instantie weinig met straftoemeting van doen heeft, kan de rechter wel degelijk rekening houden met het gevolg van deze regeling bij de straftoemeting. Een veroordeelde brengt uiteindelijk minder tijd in detentie door, waardoor de opgelegde straf deels zijn waarde lijkt te verliezen. Met de komst van de voorwaardelijke invrijheidsstelling is deze ‘waardedaling’ verminderd, waardoor de invloed op de straftoemeting uiteindelijk gering en indirect is. Uit de memorie van toelichting van deze regeling blijkt dat de wetgever bewust de mogelijkheid heeft gecreëerd voor de rechter om de regeling ter zijde te schuiven, middels het opleggen van een voorwaardelijk straf.<sup>78</sup> De regeling is immers alleen van toepassing op onvoorwaardelijke vrijheidsbenemende straffen.

#### *Aftrek wegens reeds ondergane vrijheidsbeneming*

In artikel 27 WvSr ligt de verplichting voor de rechter besloten om de tijd die een veroordeelde vóór de tenuitvoerlegging van de opgelegde straf heeft doorgebracht in een justitiële context waarbij sprake was van vrijheidsbeneming – zoals voorlopige hechtenis – af te trekken van de uiteindelijk opgelegde gevangenisstraf, hechtenis of taakstraf. Evenals bij de vervroegde invrijheidstelling, lijkt ook hier niet direct sprake te zijn van een strafbeïnvloedende omstandigheid. Een rechter kan echter wel rekening houden met de tijd die is doorgebracht in ‘voorarrest’ bij het toemeten van zijn straf. Schuyt concludeert dat de

---

<sup>77</sup> Smidt dl I 1891, p. 268.

<sup>78</sup> *Kamerstukken II 2005/06*, 30 513, nr. 3, p 16.

tijd die in een verdachte in voorarrest heeft doorgebracht, door de wetgever wordt gezien als een ‘voorschot op de straf’.<sup>79</sup> Niet alleen de wetgever lijkt het voorarrest te zien als een ‘voorschot op de straf’, ook sommige rechters lijken deze mening te zijn toegedaan. Stevens concludeert bijvoorbeeld dat de beslissing om voorlopig te hechten, in sommige gevallen de uiteindelijke straftoemeting van rechters beïnvloedt.<sup>80</sup> Zij stoelt deze conclusie mede op een onderzoek – uitgevoerd door het WODC – waaruit bleek dat in 2007 in 24% van de gevallen waarin een voorlopige hechtenis was bevolen en waar de rechter uiteindelijk een vrijheidsstraf oplegde, de duur van de vrijheidsstraf in feite werd bepaald door de voorlopige hechtenis.<sup>81</sup> Verder kan de wijze waarop de vrijheidsbeneming heeft plaatsgevonden de uiteindelijke straftoemeting van de rechter beïnvloeden. Hierbij kan worden gedacht aan verdachten die de vrijheidsbeneming hebben moeten doorbrengen in een extra beveiligde inrichting.<sup>82</sup> Hoewel de wetgever dwingend heeft voorgeschreven dat een rechter de tijd die een veroordeelde heeft doorgebracht in bijvoorbeeld voorlopige hechtenis, moet aftrekken van de uiteindelijke straf, is het aan de keus van de rechter gelaten om hier wel of geen rekening mee te houden bij het toemeten van de straf. Uit onderzoek van Stevens blijkt dat het geen uitzonderlijke situatie is dat er in de praktijk bij de straftoemeting rekening wordt gehouden met het voorarrest.

#### **4.2.4 Direct algemene strafbeïnvloedende omstandigheden**

In deze subparagraaf worden de direct algemene strafbeïnvloedende omstandigheden besproken, te weten: het draagkrachtbeginsel, schending van bijzondere ambtsplicht, strafvermindering in ruil voor getuigenverklaringen, samenloop en vormverzuim in het vooronderzoek. Op de omstandigheid van herhaling van een misdrijf – recidive – wordt uitgebreid ingegaan in hoofdstuk negen.

##### *Het draagkrachtbeginsel*

Het draagkrachtbeginsel is vastgelegd in artikel 24 WvSr. De strekking van dit artikel is dat de rechter rekening dient te houden met de draagkracht van de verdachte bij het opleggen van een geldboete. Ondanks dat de rechter rekening dient te houden met de financiële situatie van de verdachte, mag het draagkrachtbeginsel niets afdoen aan het vereiste van evenredigheid van de zwaarte van het delict aan de opgelegde straf.<sup>83</sup> Wel werd bij de invoering erkend dat

---

<sup>79</sup> Schuyt 2010, p. 116.

<sup>80</sup> Stevens 2010, p. 1208.

<sup>81</sup> Buruma & Van Toor 2010, p. 54.

<sup>82</sup> Muller & Vegter (red.) 2009, p. 78.

<sup>83</sup> *Kamerstukken II*, 1977/78, 15 012, nrs. 1-3, p. 42.

het vrijwel onmogelijk is de draagkracht concreet vast te stellen.<sup>84</sup> Ondanks dat het draagkrachtbeginsel een zekere binding lijkt uit te stralen – dit blijkt bijvoorbeeld uit de dwingende formulering van artikel 24 WvSr – lijkt er toch een behoorlijke vrijheid te bestaan voor de rechter bij de toepassing van dit artikel, zo concludeert R Emmelink.<sup>85</sup> Zodoende kan worden geconcludeerd dat het draagkrachtbeginsel een sturende werking heeft.

Het draagkrachtbeginsel is ingevoerd naar aanleiding van aanbevelingen van de Commissie Vermogenstraffen. Deze commissie werd ingesteld op 9 mei 1966 en had tot taak veranderingen binnen het stelsel van vermogenssancties te onderzoeken en voor te bereiden. Dit leidde uiteindelijk tot de invoering van de Wet Vermogenssancties, waar het draagkrachtbeginsel onderdeel van uitmaakte.<sup>86</sup> Het draagkrachtbeginsel is ingevoerd ter voorkoming van de mogelijk ongelijke uitwerking van een geldboete op een verdachte, naar aanleiding van een wijziging van het sanctiestel waarbij de mogelijkheden voor de toepassing van vermogenssancties werden verruimd.<sup>87</sup> Het doel en de achtergrond van het draagkrachtbeginsel is tekenend voor het veranderende politieke klimaat waarin Nederland zich momenteel bevindt. Artikel 24 WvSr is destijds ingevoerd in een periode – in de jaren tachtig van de vorige eeuw – dat Nederland voornamelijk ‘sociale’ wetgevers kende. Er was vanuit de politiek veel aandacht voor de financiële situaties van burgers, gelijkheid en goede sociale voorzieningen. Met de invoering van dit artikel werden zelfs daders tot op zekere hoogte financieel ontzien en in bescherming genomen. Momenteel kent Nederland een ‘harder’ politiek klimaat, waarin minder aandacht is voor de financiële situatie van de burger mede door de momenteel zwakke economie met de daarbij behorende noodzakelijke bezuinigingen. De verdachte lijkt er in deze tijd eveneens minder goed vanaf te komen. Met name de roep om zwaardere straffen en het voornemen om bijzondere minimumstraffen in te voeren is hiervoor illustratief.

#### *Schending van bijzondere ambtsplicht*

In artikel 44 WvSr wordt het begaan van een strafbaar feit waarbij een bijzondere ambtsplicht wordt geschonden, aangemerkt als een strafverhogende omstandigheid. Ook het begaan van een strafbaar feit waarbij gebruikt wordt gemaakt van macht, gelegenheid of middelen die ‘door zijn ambt zijn geschonken’, kan volgens de formulering van artikel 44 WvSr

---

<sup>84</sup> *Kamerstukken II*, 1977/78. 15 012, nrs. 1-3, p. 40.

<sup>85</sup> Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 702.

<sup>86</sup> *Stb.* 1983, 153.

<sup>87</sup> Schuyt 2010, p. 139.

strafverhogend werken. In dit artikel wordt de discretionaire bevoegdheid van de rechter beschreven om het strafmaximum met een derde te verhogen, indien er een strafbaar feit wordt begaan waarbij sprake is van één van de hierboven genoemde omstandigheden. Het strafmaximum wordt echter in zeer weinig gevallen opgelegd. Dit heeft tot gevolg dat de invloed van dit voorschrift beperkt blijft. Verder is het verhogen van het strafmaximum in dit geval een discretionaire bevoegdheid. Artikel 44 WvSr draagt daardoor vooral een sturend karakter.

### *Strafvermindering in ruil voor getuigenverklaringen*

In artikel 44a WvSr is de mogelijkheid voor de rechter gecreëerd om, op vordering van de officier van justitie, een straf te verminderen. De officier van justitie kan krachtens artikel 226h WvSr een afspraak met de verdachte maken. Deze afspraak houdt in dat de verdachte, in ruil voor strafvermindering, een belastende verklaring aflegt ten aanzien van een verdachte in een andere strafzaak. Dat de rechter niet per definitie aan de vordering van de officier is gebonden blijkt niet alleen uit de terminologie van artikel 44a WvSr – wederom een discretionaire bevoegdheid – maar is tevens onderkend bij de totstandkoming van deze bepaling.<sup>88</sup> Toch heeft de wetgever de rechter wat betreft de toepassing van deze bepaling niet geheel vrij spel gegeven. In artikel 44a WvSr is namelijk voorgeschreven dat de rechter bij strafvermindering rekening houdt met de bijdrage die de verklaring heeft geleverd of kan leveren aan de opsporing of vervolging van misdrijven. Dit is een straftoemtingsvoorschrift waarvan de schending in cassatie getoetst kan worden, gezien het bijzondere motiveringsvoorschrift in artikel 359 lid 4 WvSv. Het ligt in de lijn der verwachting dat, wanneer rechters de vorderingen van de officieren gaan negeren of sterk zouden aanpassen, de regeling aan waarde zou verliezen doordat er geen getuigenverklaringen meer afgelegd worden. Formeel gezien is de regeling niet bindend, maar de rechter doet er – vooral in het licht van het belang dat dergelijke verklaringen in het strafproces kunnen hebben – verstandig aan de straftoemtingsregel toe te passen, zo concludeert tevens De Roos.<sup>89</sup>

### *Samenloop*

In Titel VI van Boek I van het Wetboek van Strafrecht is de regeling opgenomen omtrent de samenloop van strafbare feiten. Samenloop is te onderscheiden in de eendaadse samenloop, de voortgezette handeling en de meerdaadse samenloop. Van eendaadse samenloop is sprake

---

<sup>88</sup> *Kamerstukken II*, 1998/99, 26 294, nr. 3 p. 17.

<sup>89</sup> De Roos 2007, p. 1958.



als een feit onder meer dan één strafbepaling valt.<sup>90</sup> De rechter is in dat geval gehouden om één strafbepaling op het feit toe te passen waarbij de strafbepaling met de zwaarste strafbedreiging voorrang geniet. Er wordt in dit verband ook wel gesproken van een ‘absorptiestelsel’.<sup>91</sup> In die zin is deze bepaling dan ook niet relevant voor de straftoemeting. Nadat duidelijk is welke delictomschrijving wordt toegepast, wordt de ‘normale gang van zaken’ in het strafproces immers hervat. De rechter mag overigens wel onder beide bepalingen kwalificeren, maar mag slechts één strafmaximum toepassen.<sup>92</sup> Er is sprake van meerdaadse samenloop wanneer meerdere feiten ten laste worden gelegd die als op zichzelf staande handelingen moeten worden beschouwd en meer dan één misdrijf opleveren waarop gelijksoortige hoofdstraffen zijn gesteld.<sup>93</sup> De rechter is in dit geval gehouden om slechts één straf op te leggen. Bij het bepalen van deze straf, dient de rechter rekening te houden met de grenzen die de rechter stelt aan de strafmaat en de cumulatiemogelijkheden. Tussen de eendaadse en de meerdaadse samenloop staat de voortgezette handeling. Er is sprake van een voortgezette handeling wanneer meerdere feiten ten laste worden gelegd, die op zichzelf bezien strafbare feiten opleveren én die zodanig met elkaar in verband staan dat deze feiten moeten worden beschouwd als één voortgezette handeling.<sup>94</sup> Om tot toepassing van artikel 56 WvSr te kunnen komen, moet er voldaan worden aan een tweetal – in de jurisprudentie ontwikkelde – criteria: één ongeoorloofd wilsbesluit en de gelijksoortigheid van de betrokken delicten.<sup>95</sup> Als gevolg van het van toepassing verklaren van artikel 56 WvSr, moet de rechter één strafbepaling toepassen waarbij de bepaling met de zwaarste strafbedreiging voorrang geniet. Artikel 56 WvSr kent dan ook een forse strafabsorptie toe.<sup>96</sup> De voortgezette handeling lijkt – evenals de eendaadse samenloop – niet relevant voor de straftoemeting, nu er in dit geval maar één strafbepaling wordt toegepast. De voortgezette handeling kan daarnaast strafverminderend werken ten opzichte van de meerdaadse samenloop.<sup>97</sup> Indien meerdere feiten onder één strafbepaling geschaard worden in het kader van de voortgezette handeling, speelt de omstandigheid dat er meerdere feiten zijn begaan bij de straftoemeting geen rol meer, zo stelt Schuyt. De straf wordt immers bepaald door deze ene strafbepaling waardoor de maximaal op te leggen straf lager uit zal vallen dan wanneer er sprake is van de meerdaadse samenloop. Als het bewezenverklaarde meerdere gelijksoortige feiten oplevert, is het aan de

---

<sup>90</sup> Zie artikel 55 WvSr

<sup>91</sup> Zie bijvoorbeeld De Hullu 2009, p. 510 en Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 838.

<sup>92</sup> HR 6 november 2004, *NJ* 2005, 43

<sup>93</sup> Zie artikel 57 WvSr

<sup>94</sup> Zie artikel 56 WvSr

<sup>95</sup> De Hullu 2009, p. 511.

<sup>96</sup> De Jong & Knigge 2003, p. 273.

<sup>97</sup> Schuyt 2010, p. 130.

rechter om te oordelen of er sprake is van een voortgezette handeling of van meerdaadse samenloop.<sup>98</sup> Welke regeling de rechter toepast, zal afhangen van de criteria van de voortgezette handeling. Indien de rechter van mening is dat niet aan de criteria wordt voldaan, dan staat het de rechter vrij om de straf te baseren op artikel 57 WvSr.<sup>99</sup> De rechter heeft binnen de regeling van de samenloop behoorlijk veel vrijheid in die zin dat de rechter zelf een behoorlijke invloed kan uitoefenen op de regeling die wordt toegepast. Na het van toepassing verklaren van een bepaalde regeling, wordt de rechter echter wel begrensd door de strafmaxima die zijn verbonden aan de toepasselijke regeling.

#### *Vormverzuim in het vooronderzoek*

In artikel 359a WvSv is de bevoegdheid van de rechter opgenomen om strafvermindering toe te passen wanneer het OM onherstelbare vormen heeft verzuimd in het vooronderzoek en de rechtsgevolgen daarvan niet uit de wet blijken. De bepaling stelt verder dat de hoogte van de straf in een dergelijk geval in verhouding dient te staan tot de ernst van het verzuim. Daarnaast moet het nadeel dat ontstaat als gevolg van het vormverzuim, zich lenen voor compensatie middels strafvermindering. De wetgever kent de rechter met deze regeling vrijheid toe op twee aspecten: de beoordeling of het verzuim van vormen zich leent voor compensatie middels strafvermindering en daarnaast de afweging welke mate van strafvermindering in verhouding staat tot de ernst van het vormverzuim. Daarbij gaat het hier – wederom – om een zogenaamde discretionaire bevoegdheid. Ernstig vormverzuim kan om die reden in theorie onbestraft blijven of kan worden bestraft middels een lichtere sanctie zoals de enkele vaststelling dat onrechtmatig is gehandeld. De wetgever lijkt met deze regeling eerder een ruimere, dan een beperkte straftoemtingsvrijheid te realiseren voor de rechter. Het artikel is in die zin dan ook niet eens sturend te noemen.

#### **4.2.5 Poging, voorbereiding en medeplichtigheid**

In het licht van de eerder beschreven algemene strafbeïnvloedende omstandigheden, verdienen de strafbare poging, strafbare voorbereiding en de medeplichtigheid in het bijzonder de aandacht. De artikelen betreffende de strafbare poging, strafbare voorbereiding en medeplichtigheid zijn opgenomen in het algemene deel van het Wetboek van Strafrecht. Daarnaast resulteert de toepassing van deze artikelen – evenals de algemene strafbeïnvloedende omstandigheden – in een aantasting van het strafmaximum. Dit zou

---

<sup>98</sup> Cleiren & Nijboer 1994, p. 480.

<sup>99</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 30 juni 2006, *LJN AX9637*

kunnen impliceren dat deze artikelen moeten worden aangemerkt als strafbeïnvloedende omstandigheden. In deze subparagraaf zal worden vastgesteld of er in deze gevallen inderdaad sprake is van een beïnvloeding van de straftoemeting en – in verlengde daarvan – de straftoemetingsvrijheid.

### *Poging en voorbereiding*

In de strafrechtelijke dogmatiek worden vier voorwaarden van het strafbare feit onderscheiden, zo stelt Koopmans.<sup>100</sup> Allereerst moet er sprake zijn van een gedraging. Deze gedraging moet daarnaast een volledige delictsomschrijving vervullen. Verder dient de gedraging wederrechtelijk te zijn en moet deze gedraging te wijten zijn aan de schuld van de dader. Wanneer aan deze vier voorwaarden is voldaan, kan een verdachte worden bestraft voor een strafbaar feit.<sup>101</sup> Zowel artikel 45 als artikel 46 maken een uitzondering op de voorwaarde dat de gedraging een volledige delictsomschrijving moet vervullen. In deze artikelen worden de strafbare poging en de strafbare voorbereiding beschreven. Omdat er in deze gevallen niet wordt vereist dat een gedraging volledig onder een delictsomschrijving valt waardoor er eerder sprake is van strafbaar gedrag. In de dogmatiek wordt in dit verband daarom ook wel gesproken van een uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid.<sup>102</sup> Verder zijn de poging en de voorbereiding niet in het algemeen strafbaar. De artikelen kunnen slechts worden toegepast in combinatie met de delictsomschrijving van een grondmisdrijf.<sup>103</sup> Om deze reden worden de poging en voorbereiding ook wel ‘onvolkomen delictsvormen’ genoemd.<sup>104</sup> Indien er een strafbare poging tot het begaan van een misdrijf bewezen kan worden, wordt het strafmaximum dat op het gronddelict staat met een derde verminderd. Indien op het gronddelict een levenslange gevangenisstraf is gesteld, dan kan ten hoogste een straf van twintig jaren worden opgelegd.<sup>105</sup> Voor de strafbare voorbereiding geldt eenzelfde regeling, zij het dat het strafmaximum van het gronddelict met de helft wordt verminderd en de levenslange gevangenisstraf wordt vervangen door een straf van ten hoogste vijftien jaren.<sup>106</sup> Omdat zowel bij de poging als bij de voorbereiding het strafmaximum van het gronddelict wordt aangetast, zou verondersteld kunnen worden dat de poging en de voorbereiding strafbeïnvloedende omstandigheden zijn. Het gaat in deze gevallen echter

---

<sup>100</sup> Koopmans 2010, p. 31.

<sup>101</sup> Koopmans 2010, p. 32.

<sup>102</sup> De Jong & Knigge 2003, p. 189.

<sup>103</sup> De Jong & Knigge 2003, p. 189.

<sup>104</sup> De Hullu 2009, p. 377.

<sup>105</sup> Zie artikel 45 lid 2 en 3 WvSr

<sup>106</sup> Zie artikel 46 lid 2 en 3 WvSr

slechts om het strafbaar stellen van bepaalde gedragingen, namelijk de poging tot het begaan of het voorbereiden van een misdrijf. Artikel 45 en 46 WvSr stellen immers gedragingen strafbaar die – bij afwezigheid van deze artikelen – niet strafbaar zouden zijn geweest. Hieruit kan worden afgeleid dat er geen sprake is van strafbeïnvloedende omstandigheden, maar van strafbaarstellingen.

### *Medeplichtigheid*

In artikel 48 WvSr heeft de wetgever medeplichtigheid bij of tot het plegen van een misdrijf strafbaar gesteld. De maximumstraf die is gesteld op het misdrijf waarbij de medeplichtige behulpzaam is geweest wordt in dit geval verminderd met een derde. Indien op het misdrijf een levenslange gevangenisstraf staat, kan ten hoogste een straf van twintig jaren worden opgelegd. Hoewel hier sprake is van een voltooid delict – in tegenstelling tot de poging en voorbereiding – kan ook bij medeplichtigheid niet worden gesproken van een strafbeïnvloedende omstandigheid. Bij medeplichtigheid gaat het om het strafbaar stellen van gedragingen die – bij afwezigheid van deze bepaling – niet strafbaar zouden zijn geweest. Daarnaast wordt de medeplichtige niet aangemerkt als een dader, nu deze vorm van deelneming niet wordt genoemd in artikel 47 WvSr waarin een opsomming wordt gegeven van alle mogelijkheden met betrekking tot daderschap. In die zin kan het medeplichtig zijn bij of tot het plegen van een misdrijf niet als strafbeïnvloedende omstandigheid worden aangemerkt, omdat de medeplichtige het delict zelf niet pleegt.

### *Gevaar van de ‘heersende leer’ voor de bijzondere minimumstraf*

De wet geeft criteria en richtlijnen om te bepalen of er sprake is van een strafbare poging, voorbereiding of medeplichtigheid. Deze richtlijnen en criteria zijn door de rechtspraak verder uitgewerkt. Zo wordt een strafbare poging slechts aangenomen wanneer er sprake is van een misdrijf, een voornemen van de dader en een begin van uitvoering. De invulling van de criteria staat niet vast en is aan verandering onderhevig, zo blijkt met name uit de jurisprudentie omtrent de strafbare poging. De jurisprudentie concentreert zich wat betreft de poging met name op het vereiste van een begin van uitvoering. De wetgever heeft immers bewust het antwoord op de vraag wanneer er sprake is van een uitvoeringshandeling of voorbereidingshandeling in het midden heeft gelaten.<sup>107</sup> In het Eindhovense Brandstichting arrest stelde de Hoge Raad als criterium dat een handeling pas als een begin

---

<sup>107</sup> Schmidt I 1891, p. 421.

van brandstichting geldt als deze naar ervaringsregels inderdaad, tenzij zich een onvoorziene gebeurtenis voordoet, zonder nadere ingrijpen van de dader zelf tot brandstichting leidt.<sup>108</sup> Het moge duidelijk zijn dat hier een zeer strikte invulling wordt gegeven aan het begrip uitvoeringshandeling. Inmiddels is deze strikte benadering achterhaald, met name door de komst van het zogenaamde Cito-criterium. Uit dit criterium vloeit voort dat als uitvoeringshandeling kan worden aangemerkt: een gedraging die naar haar uiterlijke verschijningsvorm moet worden geacht te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf.<sup>109</sup> Hoewel dit criterium consequent door de Hoge Raad toegepast wordt, leent het zich niet voor een algemene en eenduidige toepassing, zo concluderen ook De Jong en Knigge.<sup>110</sup> Er bestaat binnen dit criterium nog veel interpretatieruimte voor de rechter die wordt verstrekt door de verscheidenheid aan delictomschrijvingen die elk een eigen ‘beginhandeling’ kennen.<sup>111</sup> De ontwikkeling van de jurisprudentie betreffende de poging illustreert hoe veranderlijk de leer kan zijn die wordt gevolgd om invulling te geven aan de criteria die worden gesteld door de wet. Nu de poging, voorbereiding en medeplichtigheid zijn meegenomen in de consultatieversie van het wetsvoorstel betreffende minimumstraffen, kan worden geconcludeerd dat de rechterlijke macht hier een eerste mogelijkheid heeft om de minimumstraf niet te hoeven toepassen.<sup>112</sup> De rechter heeft immers de vrijheid het Cito-criterium te laten varen en terug te keren naar de strikte leer zoals toegepast in het Eindhovense Brandstichtingarrest, waardoor een groot aantal gedragingen niet zullen worden aangemerkt als pogingen. Nu de rechterlijke macht zich verre van positief heeft uitgelaten over de bijzondere minimumstraf – zo blijkt uit een zeer negatieve reactie van de Raad van de Rechtspraak op de consultatieversie – is een dergelijke omslag in de heersende leer niet uitgesloten.<sup>113</sup> Later in het onderzoek wordt verder ingegaan op de consequenties van de negatieve houding van de rechterlijke macht.

---

<sup>108</sup> HR 19 maart 1934, *NJ* 1934, blz. 450

<sup>109</sup> HR 29 mei 1951, *NJ* 1951, 480

<sup>110</sup> De Jong & Knigge 2003, p. 199.

<sup>111</sup> De Jong & Knigge 2003, p. 199.

<sup>112</sup> In de consultatieversie is opgenomen dat poging tot en medeplichtigheid aan een misdrijf de op te leggen bijzondere minimumstraf met een derde verminderd. In het geval van voorbereiding wordt de op te leggen straf verminderd met de helft.

<sup>113</sup> Adviesbrief van de Raad van de Rechtspraak over dit wetsvoorstel is te raadplegen op de site van de Raad voor de Rechtspraak [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)

#### 4.2.6 Bijzondere straftoematingsregels

De wetgever heeft niet alleen algemene straftoematingsregels geformuleerd, maar voorziet tevens in bijzondere straftoematingsregels. Deze bijzondere straftoematingsregels richten zich specifiek op een bepaalde delictsomschrijving of een bepaalde groep delictsomschrijvingen, in tegenstelling tot de algemene straftoematingsregels die zich op alle delictsomschrijvingen richten. Bijzondere straftoematingsregels komen binnen het Wetboek van Strafrecht in verschillende hoedanigheden voor in de vorm van strafbeïnvloedende omstandigheden, zoals bijvoorbeeld het intreden van een bepaald gevolg. Een dergelijke omstandigheid kan zijn opgenomen in een aanvullend lid of sub bij een artikel.<sup>114</sup> Daarnaast kan de wetgever reden zien om een compleet nieuwe delictsomschrijving te formuleren waarin de strafbeïnvloedende omstandigheid wordt opgenomen.<sup>115</sup> Men spreekt hier – afhankelijk van de strafbedreiging ten opzichte van het gronddelict – van geprivilegieerde en gekwalificeerde delicten of van de zogenaamde ‘specialis – generalis verhouding’. Verder kan de strafbeïnvloedende omstandigheid zijn opgenomen in een apart artikel dat geldt voor verschillende, aan het artikel verwante delictsomschrijvingen. Een voorbeeld van een dergelijke constructie is de strafverhogende omstandigheid ‘terroristisch oogmerk’, zoals opgenomen in artikel 83a WvSr.<sup>116</sup>

#### *Delictsomschrijvingen*

In de delictsomschrijving wordt beschreven welk gedrag onder welke subjectieve en objectieve omstandigheden – de bestanddelen – tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden.<sup>117</sup> Zoals eerder is beschreven, is één van de voorwaarden van het strafbare feit dat de gedraging een volledige delictsomschrijving vervult. De delictsomschrijving geeft met de bestanddelen de voorwaarden aan die kunnen leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid en dus tot bestraffing. Daarnaast kent het Wetboek van Strafrecht het eerder genoemde materiële legaliteitsbeginsel, inhoudende dat de rechter alleen het gedrag kan bestraffen dat door de wet als strafbaar wordt aangemerkt. De delictsomschrijving en het materiële legaliteitsbeginsel hebben dus een zekere samenhang en een indirecte begrenzende werking wat betreft de straftoematingsvrijheid. Een delictsomschrijving an sich is echter niet te kwalificeren als een bijzondere straftoematingsregel, omdat er geen sprake is van een verhogende of verlagende

---

<sup>114</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 161 en artikel 164 WvSr.

<sup>115</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 289 waarin de strafverzwarende omstandigheid ‘voorbedachte rade’ aanleiding is geweest voor de wetgever om een aparte delictsomschrijving te formuleren.

<sup>116</sup> Schuyt 2010, p. 249.

<sup>117</sup> De Hullu 2009, p. 67.

werking van het strafmaximum door het formuleren van een delictsomschrijving of bestanddelen. Dit wordt anders wanneer er door middel van een aanvullend sub, lid of artikel een strafbeïnvloedende omstandigheid wordt opgenomen, die is afgeleid van de ‘algemene’ delictsomschrijving. Hier spreekt men wel van bijzondere straftoemingsregels. Het opnemen van een strafbeïnvloedende omstandigheid heeft immers tot gevolg dat er een afwijkend strafmaximum ontstaat ten opzichte van de ‘algemene’ delictsomschrijving. Het strafmaximum van het geprivilegieerde delict kinderdoodslag wordt bijvoorbeeld verlaagd, ten opzichte van het strafmaximum waarmee het algemene delict ‘doodslag’ wordt bedreigd. Dit wil echter niet zeggen dat verhoging of verlaging van het strafmaximum per definitie van invloed is op de straftoemeting. De rechter is immers nooit gehouden het strafmaximum op te leggen. Het opnemen van een dergelijke omstandigheid is echter wel een duidelijk aanwijzing voor de rechter bij de uiteindelijke straftoemeting, zo concludeert Schuyt.<sup>118</sup> Het ligt daarom in de lijn der verwachting dat een rechter rekening houdt met de aanwezigheid van een strafbeïnvloedende omstandigheid en dat er dus een indirecte normerende werking van deze strafbeïnvloedende omstandigheden uitgaat. Er is echter geen sprake van een binding in de zin van een verplichting voor de rechter om rekening te houden met de aanwezigheid van de omstandigheid.

#### *De grondslagleer als heersende leer en de bijzondere minimumstraf*

In artikel 55 lid 2 WvSr heeft de wetgever een bepaling geformuleerd betreffende de kwalificatiebeslissing in het geval van een tenlastelegging die is gericht op een generalis, terwijl de bewezenverklaring tevens is te kwalificeren naar een voor de verdachte gunstigere specialis. De wetgever schrijft in dit artikel voor dat wanneer een feit zowel binnen een algemene (generalis) als een bijzondere (specialis) strafbepaling valt, de rechter alleen de bijzondere strafbepaling mag toepassen. Het toepassen van een ander artikel heeft gevolgen voor het strafmaximum en dus voor de straftoemingsvrijheid. Geprivilegieerde delicten – delicten die ten opzichte van het gronddelict met een lager strafmaximum worden bedreigd – hebben krachtens deze regeling voorrang boven de algemene delictsomschrijving. De rechter heeft in deze gevallen dan ook niet de vrijheid deze voorrangregeling te doorbreken door de algemene delictsomschrijving toe te passen. Artikel 55 lid 2 WvSr is een uitzondering op de zogenaamde grondslagleer. De grondslagleer is een interpretatie van de artikelen 348 en 350 WvSv. Volgens deze bepalingen neemt de strafrechter zijn beslissing ‘op de grondslag der

---

<sup>118</sup> Schuyt 2010, p. 97.

tenlastelegging'.<sup>119</sup> De grondslagleer is verder een opvatting die is ontwikkeld in de jurisprudentie.<sup>120</sup> De leer vloeit voort uit een situatie die speelde in de jaren dertig. In die periode dwong een aantal kantonrechters het OM middels een onbevoegdheidsverklaring tot het formuleren van een bepaalde tenlastelegging. Zij konden het niet verkroppen dat het OM feiten die vrijwel onmiskenbaar een misdrijf opleverde, slechts vervolgde voor een overtreding. De kantonrechters besloten zich in dergelijke zaken onbevoegd te verklaren, ten einde het OM te dwingen de zaak als een misdrijf aan te brengen.<sup>121</sup> De Hoge Raad maakte een einde aan deze handelswijze van de kantonrechters en oordeelde dat de rechter omtrent de vragen van het beslissingsmodel van de artikelen 348 en 350 WvSr, te beraadslagen heeft op de grondslag van de tenlastelegging en naar aanleiding van het op de terechtzitting daaromtrent geblekene.<sup>122</sup>

De werking van het grondslagstelsel is te illustreren aan de hand van twee voorbeelden. In de tenlastelegging van verduistering wordt bijvoorbeeld geen omschrijving opgenomen van het bestanddeel 'dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort' uit artikel 321 WvSr. De tenlastelegging kan dan wel bewezen worden verklaard, maar is vervolgens niet onder te brengen bij een wettelijke delictomschrijving. In een dergelijk geval wordt de verdachte ontslagen van alle rechtsvervolging. Tevens kan zich de situatie voordoen dat de tenlastelegging wordt toegespitst op een verkeerd feit: de verdachte heeft geen verduistering begaan, maar diefstal. Een dergelijke verkeerde tenlastelegging heeft tot gevolg dat de verdachte wordt vrijgesproken. Uit jurisprudentie blijkt dat rechters de laatste jaren steeds soepeler zijn geworden wat betreft de toepassing van de grondslagleer, zo stelt ook Corstens.<sup>123</sup> Zo heeft de Hoge Raad de grondslagleer losgelaten bij verandering van wetgeving.<sup>124</sup> Daarnaast heeft de Hoge Raad een aantal correctiemechanismen van lagere rechters geaccepteerd die resulteerde in een minder strenge toepassing van de grondslagleer.<sup>125</sup> Om te bepalen of een rechter zijn uitspraak inderdaad baseert op de grondslag van de tenlastelegging, heeft de Hoge Raad het volgende criterium geformuleerd: de rechter mag niet te bewijzen onderdelen van de tenlastelegging uitstrepen, zo lang het overblijvende deel van de feitsomschrijving binnen de oorspronkelijke grenzen van de

---

<sup>119</sup> Rozemond 1996, p. 257.

<sup>120</sup> Rozemond 1996, p. 261.

<sup>121</sup> De Jong 2001, p. 56.

<sup>122</sup> HR 30 januari 1933, *NJ* 1933, p. 588 en 591.

<sup>123</sup> Corstens 2009, p. 646.

<sup>124</sup> Rozemond 1996, p. 258.

<sup>125</sup> Zo kan de rechter 'kennelijke schrijffouten' verbeteren, delen van de tenlastelegging schrappen of termen in de tenlastelegging ruim uitleggen. Zie voor een uitgebreide bespreking De Jong 2004 en Corstens 2008, p. 645.



tenlastelegging blijft vallen. Dit betekent dat het overblijvende deel – zowel in juridische als in de feitelijke zin – niets anders mag inhouden dan de oorspronkelijke tenlastelegging. De Jong spreekt in dit verband over de ‘grondslag-eis.’<sup>126</sup> Omdat de Hoge Raad aangeeft dat de tenlastelegging zowel in *juridische* als in *feitelijke* zin niets anders mag inhouden, spreekt De Jong ook van een *dubbele* eis.<sup>127</sup> Hij geeft deze dubbele eis verdere invulling door twee juridische en twee feitelijke criteria te formuleren. Het eerste juridische criterium houdt in dat bestanddelen uit een delictsomschrijving essentieel zijn. Een rechter mag op basis van dit criterium niet vrijspreken van een bestanddeel om vervolgens tot een bewezenverklaring te komen die een andersoortig delict oplevert.<sup>128</sup> Hierbij wordt opgemerkt dat terugvallen op een minder zware variant van het delict, is toegestaan. Een tenlastegelegde moord kan op die manier leiden tot de bewezenverklaring van en veroordeling voor een doodslag.<sup>129</sup> De Jong stelt zich verder op het standpunt dat kwalificeren naar een zwaarder delict, niet is toegestaan. Hij verwijst hierbij naar het opportuniteitsbeginsel dat – volgens De Jong – ruim geïnterpreteerd dient te worden: het OM beslist niet alleen over het wel of niet vervolgen, maar ook over de omvang van de vervolging.<sup>130</sup> Corstens is op dit punt een andere mening toegedaan. Hij stelt dat er geen doorslaggevende betekenis moet worden toegekend aan het opportuniteitsbeginsel, maar aan de bedoeling van de wetgever. Wanneer de wetgever kennelijk heeft beoogd dat op een bepaalde gedraging een bepaalde delictsomschrijving moet worden toegepast, dient zowel het OM als de rechter de wil van de wetgever te respecteren. Hij merkt hierbij op dat vast moet staan dat de wetgever inderdaad heeft gewild dat op een gedraging een bepaalde delictsomschrijving wordt toegepast. Wanneer een delictsomschrijving bijvoorbeeld niets anders doet dan een strafverzwarende of -verlichtende omstandigheid creëren – bijvoorbeeld artikel 311 WvSr ten opzichte van artikel 310 WvSr – is terugvallen wel toegestaan.<sup>131</sup> Corstens relateert hiermee de geldende grondslagleer en stelt dat er meer waarde moet worden toegekend aan de bewijsmiddelen en de bedoeling van de wetgever. In zijn visie zou de rechter een verdachte voor de zwaardere variant mogen veroordelen, indien de bewijsmiddelen dit toelaten en de verdachte ter zitting met deze mogelijkheid is geconfronteerd.<sup>132</sup>

---

<sup>126</sup> De Jong 2001, p. 59.

<sup>127</sup> De Jong 2001, p. 59.

<sup>128</sup> De Jong 2001, p. 61.

<sup>129</sup> HR 19 oktober 1999, *NJ* 2000, 109

<sup>130</sup> De Jong 2001, p. 62 en De Jong 1981, p. 126-129.

<sup>131</sup> Corstens 2008, p. 646-647.

<sup>132</sup> Corstens 2008, p. 647.

Het tweede juridische criterium houdt in dat wanneer de officier van justitie één van de elementen – wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid – in de tenlastelegging verwerkt terwijl hij hiertoe niet verplicht is, deze elementen als essentieel onderdeel van de tenlastelegging moeten worden aangemerkt. Wanneer de elementen vervolgens niet kunnen worden bewezen, dient er vrijspraak te volgen.<sup>133</sup> Het eerste feitelijke criterium hangt samen met de plaats en tijd die in een tenlastelegging zijn opgenomen. Lange tijd stelde de Hoge Raad zich op het standpunt dat wanneer de plaats en tijd zijn opgenomen in de tenlastelegging, ze als een onmisbaar onderdeel van de tenlastelegging moesten worden beschouwd, behoudens de mogelijkheid om onder omstandigheden een kennelijke schrijffout aan te nemen.<sup>134</sup> Sinds 2003 geeft de Hoge Raad echter een minder formalistische invulling aan het eerste feitelijke criterium, waardoor het mogelijk is om zonder aanname van een kennelijke schrijffout de werkelijke plaats van het feit te laten gelden.<sup>135</sup> Het tweede feitelijke criterium is van een meer taalkundige aard.<sup>136</sup> In een tenlastelegging worden soms termen opgenomen die terugslaan op een ander onderdeel van de tenlastelegging. Wanneer deze termen worden weggelaten, kan het onderdeel waarop de termen terugslaan een wezenlijk andere betekenis krijgen of ‘in de lucht komen te hangen’. Deze termen worden in dat geval als onmisbaar onderdelen van de tenlastelegging beschouwd.

In de afgelopen jaren hebben juristen zich verschillend uitgelaten over de grondslagleer.<sup>137</sup> Met name het rapport waarin de Commissie Herijking van het Wetboek van Strafvordering in 1993 bezwaren aanvoerde tegen de geldende strenge grondslagleer, was aanleiding voor een golf aan verschillende standpunten betreffende de grondslagleer.<sup>138</sup> Naar aanleiding van de adviezen van de Commissie Herijking van het Wetboek van Strafvordering, trad op 2 november 1996 de Wet Vormverzuimen in werking naar aanleiding waarvan de officier van justitie de tenlastelegging nu zowel na zijn requisitoir in eerste aanleg als in hoger beroep mag wijzigen.<sup>139</sup> Daarmee werd tegemoet gekomen aan het in de samenleving bestaande bezwaar

---

<sup>133</sup> Zie De Jong 2001, p. 67 en HR 23 november 1965, *NJ* 1966, 293

<sup>134</sup> Zie bijvoorbeeld HR 13 januari 1970, *NJ* 1970, 143 en HR 11 september 1979, *NJ* 1980, 10

<sup>135</sup> HR 10 juni 2003, zaaknummer 1392/02

<sup>136</sup> De Jong 2001, p. 68.

<sup>137</sup> Zie bijvoorbeeld Corstens 2008, De Hullu 2009, De Jong 2004 en Pelsler 1994.

<sup>138</sup> Commissie Herijking Wetboek van Strafvordering, *Recht in Vorm; Een onderzoek naar vormvoorschriften in het Wetboek van Strafvordering en de gevolgen van het verzuim daarvan*, in: *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem 1993, p. 9-91. De Commissie Moons voerde drie bezwaren aan: de correctiemechanisme zijn niet voldoende om ongewenste einduitspraken te voorkomen, het geldende stelsel heeft geleid tot onleesbare tenlasteleggingen en de correctiemechanisme van de rechters leiden tot onduidelijkheid en rechtsongelijkheid.<sup>138</sup>

<sup>139</sup> *Stb.* 1995, 441. Deze wet heeft het zelfs mogelijk gemaakt dat de tenlastelegging mag worden gewijzigd na verwijzing of terugverwijzing door de Hoge Raad.

dat een vermoedelijk schuldige door een fout in de tenlastelegging niet kon worden gestraft.<sup>140</sup> De verschillende standpunten ten aanzien van de grondslagleer impliceren dat er sprake is van een keuze. Er wordt in dit verband gedoeld op de keuze bij de toepassing van de grondslagleer. Het is van belang deze vaststelling te doen met het oog op de komst van de bijzondere minimumstraf en de negatieve houding van de rechterlijke macht tegenover deze wijziging van het sanctiestelsel.<sup>141</sup> Het is niet geheel ondenkbaar dat de rechterlijke macht een omslag zal maken in de keuze voor een ‘strengere’ grondslagleer, om zo onder de verplichte toepassing van de bijzondere minimumstraf uit te komen. Illustratief hiervoor is bijvoorbeeld het eerder beschreven standpunt van Corstens, die pleit voor een stelsel waarin meer waarde wordt toegekend aan de bewijsmiddelen in plaats van de bewoordingen van de tenlastelegging. Dat de mogelijkheid bestaat om de grondslagleer te relativeren, blijkt bijvoorbeeld uit de minder formalistische invulling die de Hoge Raad momenteel geeft aan het eerste feitelijke criterium, wat betreft de aanduiding van een plaats in de tenlastelegging.

Op basis van deze analyse van de grondslagleer, kan worden geconcludeerd dat de grondslagleer een zekere invloed op de straftoemtingsvrijheid heeft. De tenlastelegging vormt in de grondslagleer de basis van het geding en bepaalt welke delictomschrijvingen en dus welke strafmaxima van toepassing zijn. Hierdoor wordt de straftoemtingsvrijheid van de rechter dus begrensd. Nu de Hoge Raad de grondslagleer nog steeds toepast, is de rechter hier in beginsel aan gebonden. Omdat hier echter sprake is van een zogenaamde ‘heersende leer’, zou hier met de komst van de bijzondere minimumstraf wel eens verandering in kunnen komen.

#### **4.2.7 Het rechterlijk pardon**

Het rechterlijk pardon verdient in het kader van de straftoemtingsvrijheid van de rechter bijzondere aandacht. De wetgever heeft de rechter met de invoering van dit artikel ‘carte blanche’ gegeven wat betreft de straftoemting. Bijzondere minimumstraffen zouden de kern van dit artikel direct raken. In deze subparagraaf wordt de achtergrond en strekking van het rechterlijk pardon beschreven. Daarnaast wordt toegelicht welk effect de invoering van de bijzondere minimumstraffen op het rechterlijk pardon heeft.

---

<sup>140</sup> Corstens 2008, p. 565.

<sup>141</sup> Zie hiervoor tevens de bespreking van de grondslagleer.

### *Achtergrond van het rechterlijk pardon*

Op 1 mei 1983 werd middels de inwerkingtreding van de Wet Vermogenssancties, artikel 9a opgenomen in het Wetboek van Strafrecht.<sup>142</sup> Dit artikel kent aan de rechter de bevoegdheid toe om te bepalen dat er geen straf of maatregel wordt opgelegd in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan, dan wel die zich nadien hebben voorgedaan. Het rechterlijk pardon was vóór de invoering van artikel 9a WvSr alleen toepasbaar bij kantonzaken en binnen het jeugdstrafrecht. De wetgever besloot over te gaan tot het 'veralgemeenen' van het rechterlijk pardon naar aanleiding van voorstellen, gedaan door de – eerder besproken – Commissie Vermogenstraffen.<sup>143</sup> Doel van de Wet Vermogenssancties was om het opleggen van vermogenssancties – in plaats van vrijheidsbenemende straffen – te bevorderen.<sup>144</sup> De commissie concludeerde ten aanzien van het rechterlijk pardon dat het ontbreken van de mogelijkheid om geen straf of maatregel op te leggen, een ongerechtvaardigde beperking van de mogelijkheden tot straftoemeting was.<sup>145</sup> De commissie zag het veroordelen zelf als een terechtwijzing en het opleggen van een aanvullende straf of maatregel was dan ook slechts gerechtvaardigd wanneer dit zinvol lijkt in het licht van de strafdoelen.<sup>146</sup> Deze opvatting lijkt overigens in de jurisprudentie nog steeds onderschreven te worden.<sup>147</sup> Daarnaast is deze opvatting van de commissie tekenend voor het sociale politieke klimaat waarin Nederland zich toentertijd bevond. In deze periode lag het accent wat betreft straffen niet zozeer op vergelding, maar op de resocialisatie en de persoon van de dader. In het huidige politieke klimaat treedt de vergelding als strafdoel steeds meer op de voorgrond en lijkt afstand te worden gedaan van de opvattingen die ten grondslag lagen aan de invoering van het rechterlijk pardon.

Opvallend is dat er bij de invoering van het rechterlijk pardon vanuit werd gegaan dat het vooral de vermogenssanctie zou zijn die achterwege zou blijven.<sup>148</sup> Het rechterlijk pardon maakte immers deel uit van een wetsvoorstel waarbij de mogelijkheden met betrekking tot het opleggen van een vermogenssanctie werden verruimd. Dit lijkt te impliceren dat men in de veronderstelling was dat het rechterlijk pardon slechts bij minder ernstige delicten toegepast

---

<sup>142</sup> *Stb.* 153

<sup>143</sup> Zie voor een beschrijving en het doel van de Commissie Vermogenssancties, paragraaf 4.2.4 en het daarin beschreven draagkrachtbeginsel.

<sup>144</sup> Corstens 2008, p. 44.

<sup>145</sup> *Kamerstukken II* 1977/78, 15 012, nr. 1-3. p. 22-23.

<sup>146</sup> *Kamerstukken II* 1977/78, 15 012, nr. 1-3. p. 23.

<sup>147</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 20 december 2010, *LJN* BO8038

<sup>148</sup> *Kamerstukken II* 1977/78, 15 012, nr. 1-3. p. 21.

zou worden. Het ligt immers niet in de lijn der verwachting dat het begaan van een ernstig delict slechts bestraft wordt met een geldboete. Uit de memorie van toelichting blijkt echter dat de wetgever toepassing van artikel 9a WvSr bij ernstige delicten niet uit heeft willen sluiten, zo concludeert ook Remmelink.<sup>149</sup> Dat het rechterlijk pardon ook toepassing vindt bij delicten zoals hulp bij zelfdoding en mishandeling, blijkt uit de jurisprudentie.<sup>150</sup> Overigens is de rechter wel verplicht toepassing van artikel 9a WvSr te motiveren.<sup>151</sup> Al met al wordt de straftoemingsvrijheid middels met name dit artikel aanzienlijk vergroot. Met de toepassing van dit artikel kunnen immers alle aanwijzingen van de wetgever op het gebied van straftoemeting – bijvoorbeeld de algemene en bijzondere strafbeïnvloedende omstandigheden – teniet worden gedaan.

#### *Rechterlijk pardon als aanwijzing bij straftoemeting*

Het rechterlijk pardon kan toegepast worden indien de rechter dit redelijk acht gelet op de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het delict is begaan of die zich nadien hebben voorgedaan. Hiermee geeft de wetgever een aantal factoren aan die kunnen leiden tot het achterwege laten van het opleggen van een straf of maatregel. A contrario kan hieruit worden afgeleid dat deze omstandigheden een reden kunnen vormen om juist wel een straf of maatregel op te leggen. Dit blijkt ook uit de praktijk, nu deze omstandigheden vaak in de vorm van de volgende standaardoverweging worden geformuleerd: bij de bepaling van de op te leggen straf is gelet op de aard en de ernst van hetgeen bewezen is verklaard, op de omstandigheden waaronder het bewezen verklaarde is begaan en op de persoon van de verdachte, zoals een en ander bij het onderzoek ter terechtzitting naar voren is gekomen.<sup>152</sup> In die zin is artikel 9a WvSr te beschouwen als een indirecte aanwijzing van de wetgever bij de straftoemeting door de rechter.

#### *Effect van bijzondere minimumstraffen op het rechterlijk pardon*

Bijzondere minimumstraffen verplichten de rechter om een straf op te leggen indien aan de vier voorwaarden van strafbaarheid wordt voldaan.<sup>153</sup> Het rechterlijk pardon staat hier lijnrecht tegenover. De formulering van artikel 9a WvSr geeft de rechter immers de vrijheid om alle relevante omstandigheden van het geval af te wegen wanneer hij toekomt aan de

---

<sup>149</sup> Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 835.

<sup>150</sup> HR 21 juni 1994, NJ 1994, 656 (Chabot), Rb. Maastricht 22 februari 2008, LJV BC8579 en Hof 's-Gravenhage 18 juni 2008, nr. 22/002808-08.

<sup>151</sup> Artikel 359 lid 4 WvSv

<sup>152</sup> Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 29 juni 2010, LJV BM9469.

<sup>153</sup> Zie voor de bespreking van deze voorwaarden paragraaf 4.2.5.

vraag of en zo ja, welke straf hij zal opleggen. In de later te bespreken consultatieversie is opgenomen dat de rechter geen toepassing kan geven aan artikel 9a WvSr wanneer hij verplicht is een bijzondere minimumstraf op te leggen. Overigens is het buiten toepassing laten van artikel 9a WvSr in dit verband niet vreemd, omdat anders de bedoeling van de bijzondere minimumstraf compleet te niet zou worden gedaan. Het uitsluiten van de mogelijkheid om een beroep te doen op artikel 9a WvSr, levert een behoorlijke aantasting van de straftoemingsvrijheid op. De rechter wordt immers de vrijheid ontnomen om de relevante omstandigheden van het geval mee te laten wegen bij de straftoemeting, een vrijheid die de kern vormt van de huidige straftoemingsvrijheid. Toch lijkt de regering van mening dat – zelfs bij bijzondere minimumstraffen – het rechterlijk pardon nog enig bestaansrecht verdient. De regering is namelijk voornemens om – naast de bijzondere minimumstraffen – een hardheidsclausule op te nemen. Deze clausule geeft de rechter de mogelijkheid om onder bepaalde omstandigheden af te wijken en een lagere – of misschien zelfs geen – straf op te leggen. In hoeverre het rechterlijk pardon wordt uitgehold, zal dus met name afhangen van de invulling van de omstandigheden waaronder de rechter mag afwijken van de minimumstraf. De inhoud van de hardheidsclausule komt uitvoering aan bod in de hoofdstukken acht en negen.

#### **4.2.8 Tussenconclusie**

De wetgever volstaat – wat betreft de straftoemingsregels in het materiële recht – met algemene aanwijzingen en regelingen die de strafrechter veel ruimte laten bij de invulling en toepassing daarvan. De enige daadwerkelijke begrenzingsregels zijn de strafmaxima en de regeling wat betreft de samenloop van delicten. De wetgever geeft middels het formuleren van straftoemingsregels vooral aanwijzingen en sturing. Overigens ligt het wel voor de hand dat de rechter rekening houdt met deze aanwijzingen, mede gelet op de wens om te komen tot een meer consistente straftoemeting. Hierdoor hebben de straftoemingsregels toch een indirecte invloed op de straftoemeting. Er kan echter niet worden gesproken van een noemenswaardige invloed op de straftoemingsvrijheid. Deze vrijheid wordt in zijn geheel niet aangetast omdat de rechter niet verplicht is de handreikingen van de wetgever te volgen. In veel gevallen is er ‘slechts’ sprake van een discretionaire bevoegdheid. Daarnaast bestaat er geen verplichting voor de rechter om een straf op te leggen, zo blijkt uit de bespreking van het rechterlijk pardon. Het wettelijk kader waarbinnen de rechter zijn straf dient toe te meten is daardoor zeer ruim en biedt de rechter veel vrijheid.

### **4.3 De strafbeslissing**

Nadat in de vorige paragrafen is geconcludeerd dat het materiële strafrecht weinig invloed heeft op de straftoematingsvrijheid, dient de aandacht te worden gevestigd op het formele strafrecht. In het formele strafrecht zijn de regels opgenomen die de strafrechtelijke procedure en uiteindelijke strafbeslissing normeren. Deze regels zouden om die reden de straftoematingsvrijheid kunnen beïnvloeden. De kernartikelen rondom de strafbeslissing zijn de artikelen 348 en 350 WvSv. Deze artikelen tezamen worden ook wel ‘het beslissingsmodel van de artikelen 348 en 350’ (hierna: het beslissingsmodel) genoemd.<sup>154</sup> Buiten het beslissingsmodel heeft de wetgever aanvullende bepalingen geformuleerd omtrent de uiteindelijke beslissing die invloed kunnen zijn op de straftoemeting. In overeenstemming met de systematiek van de vorige paragrafen, zal bij de bespreking van deze bepalingen worden gezien wat de inhoud, achtergrond en werking van deze regels is. Daarnaast wordt beoordeeld of er sprake is van een inperking van de straftoematingsvrijheid van de rechter.

#### **4.3.1 Het beslissingsmodel**

Het beslissingsmodel vormt het culminatiepunt van het strafproces, merkt Schoep op.<sup>155</sup> De rechter zal immers slechts de factoren onderzoeken die relevant zijn voor de beantwoording van één van de vragen. Het beslissingsmodel kan worden onderscheiden in formele en materiële vragen. De formele vragen zijn opgenomen in artikel 348 WvSv. De rechter dient zich ingevolge dit artikel te beraden over de geldigheid van de dagvaarding, zijn competentie en de ontvankelijkheid van de officier van justitie. Daarnaast dient hij te overwegen of er redenen zijn om tot schorsing van de vervolging over te gaan. In tegenstelling tot de materiële vragen, richten de formele vragen zich niet op waarheidsvinding of de inhoud van de zaak. Om die reden wordt ook wel gesproken van ‘voorvragen’.<sup>156</sup> Hoewel de volgorde waarin de vragen van artikel 348 WvSv moeten worden beantwoord niet dwingend is voorgeschreven, ligt het wel voor de hand de volgorde van de wet aan te houden. De beraadslaging over de formele en materiële vragen vindt immers plaats op de grondslag van de tenlastelegging. Er zal dan ook eerst gezien moeten worden of er sprake is van een geldige tenlastelegging, zo concludeert Corstens.<sup>157</sup> Pas wanneer alle formele vragen positief beantwoord zijn, kan de rechter overgaan tot de beantwoording van de materiële vragen van artikel 350 WvSv. De positieve beantwoording van de formele vragen vormt hierdoor een *conditio sine qua non*

---

<sup>154</sup> Koopmans 2010, p. 1.

<sup>155</sup> Schoep 2008, p. 145.

<sup>156</sup> Mevis 2006, p. 431.

<sup>157</sup> Corstens 2008, p. 649.

voor de inhoudelijke beoordeling van de zaak.<sup>158</sup> De formele vragen hebben in die zin dan ook maar een zeer beperkte invloed op de straftoemeting.<sup>159</sup> Ze vormen slechts de ingangsvoorwaarden om te komen tot de inhoudelijke behandeling van de zaak en dus tot het opleggen van een straf. De gevolgen van een negatieve beantwoording van één van de voorvragen, worden beschreven in artikel 349 WvSv.

In artikel 350 WvSv zijn de vragen geformuleerd die toezien op de inhoudelijke beoordeling van de zaak. In dit verband wordt daarom ook wel gesproken van ‘hoofdvragen’.<sup>160</sup> De rechter moet zich ingevolge artikel 350 WvSv ‘op de grondslag van de tenlastelegging en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting’ beraden over de vraag of het ten laste gelegde feit door de verdachte is begaan en of dit feit een strafbaar feit volgens de wet oplevert. Deze vragen tezamen worden ook wel de ‘bewijs- en kwalificatievraag’ genoemd. Daarnaast dient de rechter zich te beraden over de strafbaarheid van de verdachte en over de oplegging van een straf of maatregel, de zogenaamde ‘strafbeslissing’. Uit de formulering van artikel 350 WvSv vloeit voort de rechter alleen bij de beantwoording van de eerste twee hoofdvragen gebonden is aan de tenlastelegging en het onderzoek ter terechtzitting. Deze formulering impliceert dat de rechter bij de beslissing de beantwoording van de laatste vraag, niet geheel gebonden is aan de tenlastelegging en dat de strafbeslissing niet alleen gebaseerd hoeft te zijn op feiten ‘ter terechtzitting gebleken’.<sup>161</sup> Deze opvatting wordt ondersteund door het gebruik van het leesteken ‘;’ na de term ‘oplevert’ in artikel 350 WvSv, zo stelt Schoep.<sup>162</sup> Een dergelijke formulering heeft tot gevolg dat bijvoorbeeld het bewijsrecht van artikel 338 WvSv, niet van toepassing is op de laatste vraag van artikel 350 WvSv. Dit is logisch, aangezien een strafbeslissing niet bewezen hoeft te worden. Hoewel feiten en omstandigheden waarop de antwoorden op de bewijs- en kwalificatievraag zijn gebaseerd vaak de grondslag vormen van de uiteindelijke strafbeslissing, hoeven deze feiten en omstandigheden niet de enige reden te zijn voor het opleggen van een bepaalde straf of maatregel, zo concludeert

---

<sup>158</sup> Schoep 2008, p. 142.

<sup>159</sup> De rechter heeft bij de beantwoording van de vragen wel enige beslissingsvrijheid. De grote van deze vrijheid verschilt per vraag. Zo heeft de rechter meer beslissingsvrijheid bij de beantwoording van de vraag omtrent de ontvankelijkheid van het OM, maar minder beslissingsvrijheid bij de vraag omtrent zijn competentie.

<sup>160</sup> Mevis 2006, p. 431.

<sup>161</sup> Een voorbeeld in dit verband is het zwijgen van de verdachte op de zitting. Zwijgen of een ontkennende houding van de verdachte mag worden meegewogen bij de uiteindelijke strafbeslissing en die niet ‘ter terechtzitting is gebleken’. Een ander voorbeeld zijn feiten van algemene bekendheid.

<sup>162</sup> Schoep 2008, p. 149.



Schoep.<sup>163</sup> De formulering van artikel 350 WvSv impliceert om die reden een ruime straftoemingsvrijheid voor de rechter.

#### *Beslissingsvrijheid binnen artikel 350 WvSv*

De laatste materiële vraag heeft een afwijkend karakter ten opzichte van de eerste drie vragen. De eerste drie vragen kunnen met een ‘ja’ of ‘nee’ worden beantwoord, terwijl de laatste vraag een open karakter heeft. Wat betreft het karakter van de derde vraag verdient de mogelijkheid van gedeeltelijk toerekenbaarheid enige aandacht. De rechter kan immers van oordeel zijn dat een delict maar in een bepaalde mate aan een verdachte kan worden toegerekend. De vraag kan in die zin zowel met een ‘ja’ als met een ‘nee’ worden beantwoord. Bij gedeeltelijke toerekenbaarheid kan er vervolgens slechts een straf worden opgelegd voor het gedeelte dat het delict aan de verdachte kan worden toegerekend.

Uit het open karakter van de vraag betreffende de strafbeslissing, vloeit een zekere beslissingsvrijheid voort ten aanzien van de beantwoording. Deze vrijheid wordt slechts begrensd door de straftoemingsregels in het materiële recht zoals het vastgestelde strafmaximum per delict. In het formele recht is van dergelijke begrenzingen geen sprake. Overigens is beslissingsvrijheid bij de beantwoording niet geheel afhankelijk van de open of gesloten aard van de vraag. De rechter is bijvoorbeeld bij de beantwoording van de bewijsvraag vrij om het bewijs te waarderen.<sup>164</sup> Artikel 338 WvSv schrijft verder voor dat de rechter slechts op grond van wettige bewijsmiddelen de overtuiging kan bekomen dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan.<sup>165</sup> De term ‘overtuiging’ impliceert tevens een zekere beslissingsvrijheid. De rechter is middels deze formulering immers niet slechts gebonden aan het bestaan van voldoende wettige bewijsmiddelen. De beslissingsvrijheid van de rechter bij de bewijsvraag is door de wetgever slechts beperkt door het formuleren van een aantal bewijsregels, bijvoorbeeld door de formulering van bewijsminima.<sup>166</sup> Bij de kwalificatievraag van artikel 350 WvSv is de rechter op basis van de geldende grondslag leer gebonden aan de tenlastelegging, behoudens enkele uitzonderingen zoals bijvoorbeeld de toegestane correctiemechanismen en artikel 55 lid 2 WvSr.<sup>167</sup> De beslissingsvrijheid van de rechter bij de beantwoording van de kwalificatievraag is op grond van de geldende

---

<sup>163</sup> Schoep 2008, p. 158.

<sup>164</sup> Corstens 2008, p. 666 en bevestigd door de Hoge Raad, zie HR 25 november 2003, *NbSr* 2004, 18.

<sup>165</sup> Men spreekt o.g.v. van de negatieve formulering van dit artikel ook wel van een ‘negatief-wettelijk’ bewijsstelsel.

<sup>166</sup> Corstens 2008, p. 665.

<sup>167</sup> Zie voor een uitgebreide beschrijving van de grondslag leer hoofdstuk drie.

grondslagleer beperkt. Hierbij wordt nogmaals opgemerkt dat de grondslagleer een keuze is en dat de mogelijkheid bestaat dat er een omslag in deze keuze plaatsvindt als gevolg van de invoering van de bijzondere minimumstraffen. De beslissingsvrijheid ten aanzien van de derde vraag lijkt wat ruimer. Het is immers de rechter die uiteindelijk de afweging maakt of er sprake is van een schuld- of rechtvaardigingsgrond. Bij deze afweging heeft de rechter een bepaalde beslissingsvrijheid omdat er weinig ‘vaste’ aanknopingspunten zijn die aangeven wanneer een beroep op een schulduitsluitings- of rechtvaardigingsgrond moet worden gehonoreerd. Hoewel uit de wet bepaalde criteria voortvloeien, blijkt uit jurisprudentie inzake strafuitsluitingsgronden dat deze criteria ruimte laten voor interpretatie en dat deze interpretatie aan verandering onderhevig is. Later in het onderzoek wordt ingegaan op de mogelijkheden die deze interpretatieruimte de rechter biedt in het kader van de bijzondere minimumstraffen.

#### *Effect van het beslissingsmodel op de straftoematingsvrijheid*

Stuk voor stuk vormt de positieve beantwoording van de vier formele vragen en de eerste twee materiële vragen een *conditio sine qua non* voor het opleggen van een straf of maatregel. Er kan immers geen straf of maatregel worden opgelegd wanneer één van deze vragen negatief wordt beantwoord, omdat de rechter dan niet aan de beantwoording van de laatste vraag van het beslissingsmodel toekomt.<sup>168</sup> Een *volledig* positief antwoord op de vraag naar de strafbaarheid van de dader is geen *conditio sine qua non*, omdat de rechter bij deze vraag kan oordelen dat er sprake is van gedeeltelijke toerekenbaarheid. De rechter kan in dat geval een straf opleggen voor het gedeelte dat het delict aan de verdachte kan worden toegerekend. Daarnaast vormen de feiten en omstandigheden waarop de positieve antwoorden worden gefundeerd, slechts factoren waarmee de rechter rekening kan houden bij het opleggen van de straf. Van een wezenlijk effect van het beslissingsmodel op de straftoematingsvrijheid lijkt dan ook weinig sprake, afgezien van het feit dat het doorlopen van het beslissingsmodel een ingangsvoorwaarde is voor het *kunnen* opleggen van een straf. De ruime vrijheid bij het toemeten van de straf hangt verder samen met de vrijwel ongenormeerde procedure waarin de strafbeslissing tot stand komt, zo concludeert Schoep.<sup>169</sup> In tegenstelling tot het materiële strafrecht, ontbreekt het binnen het formele strafrecht vrijwel volledig aan aanwijzingen van de wetgever omtrent de totstandkoming van de strafbeslissing en de straftoematingsvrijheid.

---

<sup>168</sup> Zie ook artikel 352 WvSv

<sup>169</sup> Schoep 2008, p. 181.

### 4.3.2 Waarde van artikel 351 WvSv

Ingevolge artikel 351 WvSv heeft de rechter in beginsel de verplichting om een straf of maatregel op te leggen indien hij de eerste drie materiële vragen positief heeft beantwoord. Met de komst van artikel 9a WvSr is de rechter echter niet meer gehouden om een straf op te leggen indien hij dit raadzaam acht in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan.<sup>170</sup> Artikel 351 WvSv heeft met de komst van artikel 9a WvSr haar waarde verloren.

### 4.3.3 Motivering en straftoemeting

In de artikelen 358 en 359 WvSv zijn de motiveringsvoorschriften van de rechter opgenomen. Artikel 359 lid 5 WvSv verplicht de rechter om de redenen op te geven, die tot de strafbeslissing hebben geleid. Ingevolge artikel 359 lid 6 WvSv wordt de rechter vervolgens verplicht om bij de oplegging van een vrijheidsbenemende straf of maatregel, in het vonnis de redenen op te geven die tot de keuze voor deze strafsoort hebben geleid, waarbij ook de omstandigheden moeten worden vermeld die de duur hebben bepaald. Verder dienen de redenen die hebben geleid tot de toepassing van artikel 9a WvSr of artikel 44a WvSr opgenomen te worden in het vonnis, ingevolge artikel 359 lid 4 WvSr. Daarnaast verdient artikel 359 lid 2 WvSv aandacht, omdat daar de verplichting wordt geschapen om de redenen in het vonnis te vermelden die hebben geleid tot afwijking van de door de verdachte of officier van justitie uitdrukkelijk onderbouwde standpunten. Deze bepaling trad in werking op 1 januari 2005 en kwam in de plaats voor artikel 359 lid 7 WvSv.<sup>171</sup> Krachtens artikel 359 lid 7 WvSv werd van de rechter verlangd dat hij in zijn vonnis nadrukkelijk verwees naar het feit dat er zwaardere straf werd opgelegd dan de strafeis. Daarnaast was de rechter op basis van deze bepaling verplicht te vermelden waarom er zwaarder werd gestraft. Omdat het nieuwe artikel 359 lid 2 WvSv mede voorziet in de verplichting om de beslissing om een hogere straf op te leggen dan de vordering van het OM te motiveren, is de bepaling van artikel 359 lid 7 WvSv komen te vervallen.<sup>172</sup> Doel van deze wetwijziging was overigens niet om de straftoemetingsvrijheid van de rechter aan te tasten, zo stelt de Hoge Raad.<sup>173</sup> Het doel was slechts om jurisprudentie van de Hoge Raad te bevestigen én om het OM, het slachtoffer en de samenleving inzicht te geven in de reden waarom een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt

---

<sup>170</sup> Behoudens veroordelingen voor delicten waarbij de wetgever heeft bepaald dat verbeurdverklaring verplicht is, zie bijvoorbeeld artikel 214bis WvSr.

<sup>171</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 255, nr. 3.

<sup>172</sup> Cleiren & Nijboer 2009, p. 1273.

<sup>173</sup> HR 11 april 2006, *NJ* 2006, 393.

niet was gevolgd.<sup>174</sup> Het verband tussen de motiveringsverplichting en de straftoemingsvrijheid hangt samen met één van de functies van de motiveringsvoorschriften, namelijk verantwoording afleggen over de wijze waarop de rechter gebruik heeft gemaakt van de hem toekomende beslissings- en beoordelingsruimte.<sup>175</sup> Omdat de rechter zijn handelwijze moet verantwoorden, kunnen de motiveringsvoorschriften worden gezien als een indirecte inperking van de straftoemingsvrijheid. De rechter zal immers geen straf opleggen die hij niet kan verantwoorden. Doet hij dit toch, dan zal het vonnis in hoger beroep dan wel in cassatie sneuvelen. Het ligt dan ook voor de hand aan te nemen dat de rechter bij de straftoemeting rekening houdt met het feit dat hij de straf zal moeten verantwoorden. In die zin hebben de motiveringsvoorschriften dan ook een zekere invloed op de straftoemeting.

#### **4.3.4 Tussenconclusie**

Het beslissingsschema getuigt van weinig normerende werking wat betreft de uiteindelijke strafbeslissing. De rechter geniet in die zin dan ook een ruime vrijheid. Deze vrijheid wordt niet beperkt door de ogenschijnlijke verplichting tot strafoplegging uit artikel 351 WvSv. Met de komst van artikel 9a WvSr heeft artikel 351 WvSv immers haar waarde totaal verloren. De straftoemingsvrijheid wordt daarnaast slechts indirect aan banden gelegd door de vereiste motivering van de redenen waarom een bepaalde straf wordt opgelegd of juist niet. Gelet op het bovenstaande moet worden geconcludeerd dat de wetgever de rechter binnen het formele recht vrijwel geheel vrij laat, als het gaat om het nemen van de strafbeslissing.

#### **4.4 Grenzen aan straftoemingsvrijheid door de wet?**

In het materiële strafrecht heeft de wetgever middels de formulering van enkele algemene en bijzondere straftoemingsregels getracht de rechter een kader voor de straftoemeting te verschaffen. De enige harde grenzen binnen dit kader zijn de straftoemingsregels wat betreft de hoogte van de straf, zoals de strafmaxima per delictsomschrijving en de samenloopregeling. De overige algemene en bijzondere straftoemingsregels ontbreekt het aan bindende kracht en dus aan een directe invloed op de straftoemingsvrijheid. Het ontbreken van bindende kracht hangt vooral samen met het feit dat de meeste straftoemingsregels zijn geformuleerd als een discretionaire bevoegdheid. Zowel de algemene als de bijzondere straftoemingsregels lijken de rechter dan ook eerder te sturen dan te beperken. Dit sturende karakter wordt bevestigd door het rechterlijk pardon. Middels

---

<sup>174</sup> Koopsmans 2010, p. 83.

<sup>175</sup> Schoep 2008, p. 166.

dit artikel is de rechter immers bevoegd onder bepaalde omstandigheden alle richtsnoeren van de wetgever met betrekking tot straftoemeting in de wind te slaan. In het formele recht wordt deze ruime straftoemetingsvrijheid nog eens bevestigd, doordat de procedure omtrent de totstandkoming van de strafbeslissing vrijwel ongenormeerd is. In het strafprocesrecht heeft alleen de motiveringsverplichting een indirecte invloed op de straftoemeting die samenhangt met de mogelijkheid dat een vonnis met een onvoldoende motivering in hoger beroep of cassatie zal sneuvelen. Al met al kan worden gesteld dat de rechter middels de wet een zeer ruim kader heeft waarbinnen hij zijn straf kan toemeten. Dat de rechter de aanwijzingen van de wetgever in de praktijk kan of zal volgen, is verder niet van belang voor de omvang van de straftoemetingsvrijheid. Feit blijft immers dat de rechter niet verplicht is de aanwijzingen te volgen. De straftoemetingsvrijheid blijft in die zin door de wetgever vrijwel onaangetast.

## **5. Mogelijke begrenzendende factoren 2 en 3: Het beleid van de rechterlijke macht en het Openbaar Ministerie**

De laatste twintig jaar heeft zich een discussie ontwikkeld over de gelijkheid van bestraffing in soortgelijke zaken.<sup>176</sup> De aanleiding van deze discussie vormde – onder andere – een aantal empirische onderzoeken waarin werd geconstateerd dat er onverklaarbare verschillen bestaan tussen de strafoplegging in soortgelijke strafzaken.<sup>177</sup> Deze discussie heeft geleid tot de ontwikkeling van een aantal hulpmiddelen in de vorm van beleid, die zouden moeten leiden tot een meer consistente straftoemeting.<sup>178</sup> In dit hoofdstuk worden de voornaamste hulpmiddelen besproken en wordt gezien in welke mate deze beleidsstukken bindende kracht hebben.

### **5.1 Oriëntatiepunten straftoemeting**

In 1998 werd door het Landelijk Overleg van de Voorzitters van de Strafsectoren (hierna: LOVS) de Commissie Straftoemeting opgericht. Het LOVS heeft geen officiële status, maar vormt een overlegstructuur voor strafrechters.<sup>179</sup> De Commissie Straftoemeting had tot taak om oriëntatiepunten op te stellen die de rechter een handvat zouden kunnen bieden bij het toemeten van een straf bij veelvoorkomende zaken.<sup>180</sup> Een oriëntatiepunt geeft een beknopte omschrijving van het standaardgeval en geeft daarnaast een concrete richtlijn voor de op te leggen straf. Verder kan een oriëntatiepunt richtlijnen geven voor de op te leggen straf in het geval van relevante recidive of bijkomende omstandigheden zoals stelselmatigheid en een pluraliteit van slachtoffers. De oriëntatiepunten zijn openbaar en worden onregelmatig bijgewerkt.<sup>181</sup> Om de vraag te beantwoorden of deze oriëntatiepunten zijn bedoeld om de straftoemeting te normeren, wordt teruggegrepen naar een uitspraak van toenmalig minister van Justitie Korthals tijdens een wetsgevingsoverleg op 21 mei 2001.

‘Straftoemetingscriteria moeten worden gezien als praktische handreikingen voor de rechter bij de toepassing van de strafmaat, niet méér dan dat. De rechter wordt hierdoor op geen enkele wijze in zijn vrijheid beperkt.’<sup>182</sup>

---

<sup>176</sup> Borgers 2005, p. 131.

<sup>177</sup> Zie o.a. Fiselier & Lensing 1995, p. 105-117 en F. van Tulder 2003, p. 81-87.

<sup>178</sup> Mevis 2006, p. 731.

<sup>179</sup> Borgers 2005, p.147-148.

<sup>180</sup> Schoep & Schuyt 2005, p. 2.

<sup>181</sup> De oriëntatiepunten zijn te raadplegen op de site [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)

<sup>182</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 27 181, nr. 22, p. 31.

De Hoge Raad heeft deze zienswijze bevestigd door in een arrest op te merken dat de oriëntatiepunten niet afkomstig zijn van een instantie die de bevoegdheid heeft rechters te binden wat betreft de invulling van de straftoemingsvrijheid die de rechters door de wet is gelaten.<sup>183</sup> Gelet op het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat de oriëntatiepunten geen directe bindende werking hebben. Overigens wordt er in de praktijk wel veelvuldig gebruik gemaakt van de oriëntatiepunten, zo concluderen Schoep en Schuyt.<sup>184</sup> Gelet op het doel van de oriëntatiepunten en de daaruit voortvloeiende wens om te komen tot een meer consistente straftoemeting, ligt dit ook voor de hand. Zo lijkt er dan toch sprake te zijn van een indirecte invloed op de straftoemeting. De straftoemingsvrijheid wordt formeel niet beperkt, maar de rechter lijkt ze toch te eerbiedigen met het oog op een consistentere straftoemeting.

## **5.2 Databank consistente straftoemeting**

In 1999 werd het Projectteam Consistente Straftoemeting opgericht, naar aanleiding van het Programma Versterking Rechterlijke Organisatie. Het projectteam hield zich voornamelijk bezig met het ontwikkelen van een databank met rechterlijke uitspraken.<sup>185</sup> In deze databank worden uitspraken van gerechtshoven opgenomen waarin een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van vier jaar of meer is opgelegd. Verder worden er diverse gegevens aan de uitspraak toegevoegd zoals strafbepalende omstandigheden, deelnemingsvormen, recidive en persoonlijke omstandigheden.<sup>186</sup> De databank is – in tegenstelling tot de oriëntatiepunten – niet openbaar. De databank wordt vooral gebruikt om gevalsvergelijking bij de straftoemeting te faciliteren.<sup>187</sup> Er bestaat echter – tot op heden – geen verplichting voor de rechter om tot gevalsvergelijking over te gaan.<sup>188</sup> De databank heeft dan ook geen normerende of bindende werking wat betreft de straftoemeting. Schoep en Schuyt concluderen overigens dat in de straftoemingspraktijk weinig gebruik wordt gemaakt van dit hulpmiddel.<sup>189</sup>

---

<sup>183</sup> HR 3 december 2002, *NJ* 2003, 570.

<sup>184</sup> Schoep & Schuyt 2005, p. 70.

<sup>185</sup> Schoep & Schuyt 2005, p.2.

<sup>186</sup> Borgers 2005, p. 152.

<sup>187</sup> Schoep & Schuyt 2005, p. 59.

<sup>188</sup> Borgers 2005, p. 153.

<sup>189</sup> Schoep & Schuyt 2005, p. 63.

### 5.3 Het beleid en de strafeis van het Openbaar Ministerie

Het OM heeft op grond van het opportuniteitsbeginsel de bevoegdheid om af te zien van vervolging op gronden die aan het algemeen belang zijn ontleend.<sup>190</sup> Daarnaast heeft het OM de bevoegdheid om te kiezen voor een bepaalde wijze van vervolging door bijvoorbeeld de keuze te maken een zaak voor een bepaalde rechter te brengen. Het opportuniteitsbeginsel – in combinatie met de *huidige* strenge grondslagleer – brengt met zich mee dat het OM in zekere zin de omvang van het geding bepaalt. Doordat de rechter op basis van de huidige interpretatie van de grondslagleer gebonden is aan de tenlastelegging, heeft het OM dan ook een zekere invloed op de straftoemingsvrijheid. Het OM bepaalt immers middels de tenlastelegging het strafmaximum. Het komt echter maar zelden voor dat het strafmaximum daadwerkelijk wordt opgelegd. Daarnaast is het de rechter die uiteindelijk beslist wat een passende reactie is op het gepleegde delict, wanneer de zaak eenmaal is aangebracht bij de rechter. De uiteindelijke invloed van het OM op de straftoemingsvrijheid is daardoor relatief klein te noemen.

Het OM werkt met een stelsel van landelijke strafvorderingsrichtlijnen, ook wel de Polarisrichtlijnen genoemd.<sup>191</sup> Deze richtlijnen vloeien rechtstreeks voort uit de wens om door middel van een consistent strafvorderingsbeleid bij te kunnen dragen aan de gelijkheid in de bestraffing.<sup>192</sup> Op basis van de richtlijnen kan het OM per delict bepalen of er vervolging moet worden ingesteld en – indien er wordt vervolgd – welke sanctie er geëist moet worden. Overigens is het niet de bedoeling dat de strafeis slechts op deze richtlijnen gebaseerd wordt. Er moet altijd rekening worden gehouden met de concrete omstandigheden van het geval en de persoon van de dader.<sup>193</sup> De richtlijnen hebben de status van recht in de zin van artikel 79 lid 1 RO indien zij behoorlijk zijn gepubliceerd.<sup>194</sup> Dit lijkt te impliceren dat de richtlijnen van invloed kunnen zijn op de straftoemingsvrijheid van de rechter. De rechter is echter niet gehouden de eis van de officier van justitie te volgen.<sup>195</sup> In die zin hebben de richtlijnen – ondanks hun status van recht – geen directe invloed op de straftoemingsvrijheid van de rechter. Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat de strafeis door de rechter vaak als leidraad wordt gezien bij het bepalen van de straf. Dit hangt voornamelijk samen met de

---

<sup>190</sup> Zie artikel 167 lid 2 en artikel 242 lid 2 WvSv. Behoudens procedures o.g.v. artikel 12 WvSv.

<sup>191</sup> Borgers 2005, p. 136. Polaris staat overigens voor Project Ontwikkeling Landelijke Richtlijnen voor Strafvordering.

<sup>192</sup> Borgers 2005, p. 138.

<sup>193</sup> Borgers 2005, p. 140.

<sup>194</sup> HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119, m.nt. ThWvV en MS

<sup>195</sup> Dit vloeit o.a. voort uit de vaststelling dat de eis van de officier van justitie gezien moet worden als een ‘onderbouwd standpunt’ in de zin van artikel 359 lid 2 WvSv en de rechter afwijking hiervan moet motiveren.



discussie omtrent de consistentie van straftoemeting die momenteel gaande is. Daarnaast is de rechter zich ervan bewust dat de eis van het OM voortvloeit uit een landelijk gedeelde opvatting over de uitgangspunten van de straf in bepaalde zaken, zo concludeert Mevis.<sup>196</sup> Hoewel de strafeis formeel wordt bestempeld als slechts een *advies* aan de rechter, zal het niet vaak voorkomen dat de rechter in grote mate afwijkt van de strafeis.<sup>197</sup> In die zin hebben de richtlijnen – evenals de eerder besproken oriëntatiepunten – een indirecte invloed op de straftoemeting.

#### **5.4 Tussenconclusie**

Wat betreft het eigen beleid van de rechterlijke macht, kan worden geconcludeerd dat er geen sprake is van een bindende werking of een directe invloed op de straftoemeting. Ook de Polaris-richtlijnen die worden gebruikt door het OM, hebben geen directe invloed op de straftoemeting omdat de rechter formeel niet wordt gebonden aan de strafeis van de officier van justitie te volgen en op te leggen. Voor zowel de oriëntatiepunten als de Polaris-richtlijnen geldt echter wel dat er sprake is van een zekere indirecte invloed op de straftoemetingsvrijheid. Deze invloed moet vooral worden gezien vanuit het doel dat zowel de oriëntatiepunten als de richtlijnen van het OM dienen, namelijk een consistente straftoemeting. Indien de rechters de strafeis of de oriëntatiepunten in de wind zouden slaan bij het toemeten van de straf, zou dit uiteindelijk leiden tot inconsistentie in de straftoemeting van soortgelijke zaken. Het ligt daarom voor de hand dat een rechter bij het toemeten van de straf, toch een bepaald gewicht toekent aan de strafeis en de oriëntatiepunten. Hoewel de straftoemetingsvrijheid niet direct geraakt wordt door de oriëntatiepunten of de strafeis van de officier van justitie, moet wel worden onderkend dat ze een zekere invloed hebben. Verder bepaalt de officier van justitie met de strafeis – met name door de grondslagleer – de omvang van het geding. Hierdoor wordt de straftoemetingsvrijheid van de rechter in zekere zin begrensd. De rechter gaat echter in zeer weinig gevallen over tot oplegging van het strafmaximum. Om die reden dient de invloed van de tenlastelegging op de straftoemetingsvrijheid dan ook te worden genuanceerd.

---

<sup>196</sup> Mevis 2006, p. 731.

<sup>197</sup> Enschedé 2005, p. 138.

## 6. Mogelijke begrenzende factor 4: De jurisprudentie van de Hoge Raad

Hoewel in het Nederlandse strafrecht een systeem van bindende precedentwerking ontbreekt en nergens is voorgeschreven dat lagere rechters zich moeten houden aan oordelen van de cassatierechter, nemen lagere rechters de uitspraken van de Hoge Raad vaak wel in acht, zo stelt Corstens.<sup>198</sup> De kans op hoger beroep en cassatie zou anders aanmerkelijk worden vergroot. Daarnaast behoort het tot de exclusieve taak van de Hoge Raad om rechtsvragen te beantwoorden die ontstaan als gevolg van bijvoorbeeld lacunes in de wetgeving of vage termen in de wet.<sup>199</sup> Er bestaat wellicht een verband tussen de straftoematingsvrijheid en de cassatierechter, gelet op de invloed die de Hoge Raad middels zijn uitspraken heeft. In dit hoofdstuk wordt dit verband nader onderzocht en wordt beschreven op welke wijze de cassatierechter invloed uitoefent op de straftoematingsvrijheid van de rechter.

### 6.1 De cassatierechter en de strafbeslissing

Het cassatieberoep sterkt er niet toe om een strafzaak opnieuw inhoudelijk te behandelen. Deze taak is toebedeeld aan de gerechtshoven. Er bestaan dan ook slechts twee cassatiegronden: verzuim van vormen en schending van het recht.<sup>200</sup> De Hoge Raad toetst of de lagere rechter het recht juist heeft toegepast. Daarnaast kan worden beoordeeld of de bestreden uitspraak in overeenstemming is met het recht zoals dat geldt ten tijde van de behandeling van de zaak in cassatie.<sup>201</sup> De Hoge Raad treedt echter niet in de beoordeling van de discretionaire bevoegdheden van de lagere rechters. Strafoplegging is een discretionaire bevoegdheid, zo stelt Corstens.<sup>202</sup> Dit lijkt in overeenstemming te zijn met de bedoeling van de wetgever aangezien – zoals beschreven in hoofdstuk drie – de procedure waarin de strafbeslissing tot stand komt, vrijwel ongenormeerd is. In beginsel zal de Hoge Raad dan ook niet over de strafoplegging kunnen oordelen en wordt de straftoematingsvrijheid van de rechter dus niet beperkt. Als een opgelegde straf echter in strijd is met het recht doordat de lagere rechter bijvoorbeeld een straf oplegt in strijd met de cumulatierегeling, dan kan de Hoge Raad de strafoplegging door de lagere rechter wel beoordelen. Het recht is in een dergelijk geval immers niet correct toegepast. Daarnaast kan de Hoge Raad de strafoplegging van een lagere rechter indirect aantasten door middel van de beoordeling van de motivering

---

<sup>198</sup> Corstens 2008, p. 773.

<sup>199</sup> Zie artikel 81 Wet op de Rechterlijke Organisatie

<sup>200</sup> Zie artikel 79 RO

<sup>201</sup> HR 16 juni 1962, *NJ* 1963, 12 en 44.

<sup>202</sup> Corstens 2008, p. 777.

van de strafoplegging. Een voorbeeld van een zaak waarin de Hoge Raad zich expliciet uitliet over de strafoplegging door een lagere rechter, is de zaak Lucia de B. Het gerechtshof in 's-Gravenhage veroordeelde Lucia de B. tot een levenslange gevangenisstraf met oplegging van de TBS-maatregel. De Hoge Raad vernietigde het arrest van het Haagse Hof, mede op grond van een onvoldoende begrijpelijke motivering van de strafmaat.<sup>203</sup> Hoewel de strafoplegging een discretionaire bevoegdheid is van de rechter, kan de Hoge Raad hier wel degelijk invloed op uitoefenen. Deze invloed gaat echter niet verder dan de beoordeling van de grenzen die het materiële recht stelt en de controle middels de motivering van de strafbeslissing. In die zin kan er dan ook niet echt worden gesproken van een directe beperking van de straftoemingsvrijheid. Een andere constatering zou ook niet stroken met de voornamelijk controlerende functie van de cassatierechter. De Hoge Raad oordeelt of het recht correct is toegepast. De straftoemingsvrijheid kan door de Hoge Raad dan ook nooit verder worden aangetast dan de grenzen die het recht heeft gesteld. Het komt in de praktijk echter weinig voor dat lagere rechters in tegenstrijdigheid met de jurisprudentie van de Hoge Raad oordelen. Een dergelijke uitspraak loopt immers het risico om in hoger beroep of cassatie te sneuvelen.

## **6.2 Invloed van de cassatierechter door middel van rechtsregels**

De voornaamste taak van de Hoge Raad is het uitleggen van het recht en het invullen van lacunes die de wetgever in de wet achtergelaten heeft. Op deze manier kan de Hoge Raad aanwijzingen geven aan de lage rechters met betrekking tot de straftoemeting. De rechter heeft bijvoorbeeld middels artikel 359a WvSv de mogelijkheid om de hoogte van de straf aan te passen als gevolg van vormverzuim. De Hoge Raad heeft artikel 359a WvSv in 2004 verder uitgewerkt en heeft criteria geformuleerd om te beoordelen wanneer strafvermindering als gevolg van vormverzuim op zijn plaats is.<sup>204</sup> Een ander voorbeeld is de eis dat een strafzaak binnen een redelijke termijn moet worden behandeld. Deze eis vloeit voort uit artikel 6 lid 1 EVRM. Verdachten kunnen een direct beroep doen op deze bepaling. In 1987 oordeelde de Hoge Raad dat overtreding van de redelijke termijn, strafvermindering tot gevolg kan hebben.<sup>205</sup> Dit voorbeeld is tevens illustratief voor de marginale invloed die het EVRM heeft op de straftoemeting van de strafrechter. De Hoge Raad kan door middel van rechtsregels aanwijzingen geven betreffende de straftoemeting. Het blijft echter bij aanwijzingen die geen directe invloed hebben op de straftoemeting. Straftoemeting is immers niet het toepassen van

---

<sup>203</sup> HR 14 maart 2006, *NJ* 2007, 345, r.o. 9.8

<sup>204</sup> HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376

<sup>205</sup> HR 7 april 1987, *NJ* 1987, 587

rechtsregels, maar het uitoefenen van een discretionaire bevoegdheid, zo wordt geconcludeerd door Knigge.<sup>206</sup> Ook hier geldt echter dat afwijking van de gestelde rechtsregels in de praktijk niet veel voorkomt, met het oog op eventueel hoger beroep of cassatie.

### **6.3 De invloed van de heersende leer op de bijzondere minimumstraf**

Bij de bespreking van de leerstukken poging, voorbereiding, medeplichtigheid en de grondslagleer is aangegeven op welke wijze de rechterlijke macht kan ontkomen aan de toepassing van de bijzondere minimumstraf door een omslag te maken in de heersende leer die de Hoge Raad volgt bij de beantwoording van rechtsvragen. De Hoge Raad is bij uitstek het orgaan dat een dergelijke omslag mogelijk kan maken, gezien dit orgaan de exclusieve taak heeft het recht uit te leggen. Omdat de rechterlijke macht zich negatief heeft uitgelaten over de invoering van de bijzondere minimumstraffen, is het niet ondenkbaar dat de Hoge Raad als – onderdeel van de rechterlijke macht – daadwerkelijk een omslag in haar opvatting betreffende bepaalde leerstukken maakt, om zo onder de toepassing van de bijzondere minimumstraffen uit te kunnen komen.

### **6.4 Tussenconclusie**

Ondanks het feit dat de lagere rechters de uitspraken van de Hoge Raad in acht nemen, is er geen sprake van een directe invloed op de straftoemeting. De Hoge Raad heeft immers ‘slechts’ de bevoegdheid om te controleren of het recht correct is toegepast. De invloed gaat om die reden dan ook nooit verder dan de grenzen die het recht stelt. Rechtsregels dragen in beginsel slechts het karakter van een aanwijzing. Het is immers de feitenrechter die in het concrete geval toepassing geeft aan de rechtsregel. Ondanks dat de Hoge Raad geen directe invloed op de straftoemeting heeft, komt het echter in de praktijk weinig voor dat wordt afgeweken van de standpunten van de Hoge Raad. Een dergelijke uitspraak loopt immers de aanmerkelijke kans om in hoger beroep of cassatie te sneuvelen. Daarnaast bestaat er een belangrijk verband tussen de cassatierechter en de straftoemetingsvrijheid, gelet op de komst van de bijzondere minimumstraffen. De Hoge Raad is bij uitstek het orgaan dat een omslag kan maken in de heersende leer betreffende een aantal leerstukken, om zo onder de toepassing van de bijzondere minimumstraf uit te kunnen komen. In die zin kan de Hoge Raad eventuele schade aan de straftoemetingsvrijheid ‘herstellen’.

---

<sup>206</sup> Knigge 2011, p. 122.

## **7. Terug naar de discussie: een tussenbalans**

In de inleiding van dit onderzoeksverslag is de discussie beschreven die momenteel gaande is rondom de bijzondere minimumstraffen. In de literatuur wordt gevreesd voor een grote aantasting van de straftoemingsvrijheid van de rechter. Naar aanleiding van deze discussie, rees de vraag of de straftoemingsvrijheid inderdaad zo omvangrijk is als wordt gepretendeerd. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, volgde een uitgebreide beschrijving van allerlei factoren die invloed kunnen uitoefenen op de straftoemingsvrijheid van de rechter. Nu volledig in kaart is gebracht waardoor en hoe de rechter wordt gebonden aan de beschreven factoren, kan een inschatting worden gegeven wat betreft de omvang van de straftoemingsvrijheid. In hoofdstuk vier werd geconcludeerd dat de wet de straftoemingsvrijheid in een zeer beperkte mate begrensd. Zo wordt de bandbreedte waarbinnen de rechter zijn straf kan bepalen slechts begrensd door algemene strafminima- en maxima en door de per delictomschrijving gegeven strafmaxima. De wetgever heeft wel getracht invloed uit te oefenen op de straftoeming door bijvoorbeeld algemene en bijzondere strafbeïnvloedende omstandigheden te formuleren, maar in vrijwel geen van deze gevallen is er sprake van begrenzing van de straftoemingsvrijheid. Er dient dan ook eerder te worden gesproken van aanwijzingen. Verder is geconcludeerd dat de rechter niet is gebonden aan het eigen beleid. Tevens is de rechter niet gehouden de eis van de officier van justitie te volgen. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat het in de lijn der verwachting ligt dat de rechter rekening zal houden met het eigen beleid en de eis van de officier van justitie, gelet op de wens om te komen tot een meer consistente straftoeming. Een dergelijke indirecte invloed op de straftoeming werd ook opgemerkt bij de beschrijving van de invloed van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Toch bestaat er een belangrijk verband tussen de uitspraken van de Hoge Raad en de invoering van de bijzondere minimumstraffen. De Hoge Raad kan een omslag maken in de wijze waarop bepaalde leerstukken worden ingevuld, de zogenaamde heersende leer. Door middel van een dergelijke omslag, zou de Hoge Raad de regeling van de bijzondere minimumstraf kunnen uithollen, waardoor eventuele schade aan de straftoemingsvrijheid kan worden hersteld. Uit de beschrijving van de verschillende factoren is in ieder geval af te leiden dat de straftoemingsvrijheid van de rechter zeer omvangrijk is. Naar aanleiding van deze conclusie, kan het tweede gedeelte van de centrale onderzoeksvraag onderzocht worden.

## **8. Hoofdpijnen en achtergrond van het wetsvoorstel**

Om te bepalen welke invloed bijzondere minimumstraffen op de straftoematingsvrijheid hebben, dient allereerst inzichtelijk te worden gemaakt wat de inhoud is van het onderliggende wetsvoorstel. In dit hoofdstuk wordt om die reden de strekking en de achtergrond van het wetsvoorstel beschreven. Daarnaast wordt middels verdere analyse van de memorie van toelichting beschreven hoe het kabinet de verhouding tussen het wetsvoorstel en de straftoematingsvrijheid ziet. Tevens zullen in dit hoofdstuk de motivatie en de voornaamste argumenten van het kabinet voor invoering worden geanalyseerd en beoordeeld.

### **8.1 Hoofdpijnen van het wetsvoorstel**

Op 23 maart 2011 stuurden de huidige minister en staatssecretaris van Justitie een consultatieversie van het wetsvoorstel betreffende de invoering van de bijzondere minimumstraffen in geval van recidive voor advies naar een aantal instanties zoals de Raad voor de Rechtspraak en het Openbaar Ministerie.<sup>207</sup> Het wetsvoorstel kan worden aangepast naar aanleiding van de reacties die volgen op de consultatie. Omdat er – ten tijde van dit onderzoek – nog geen sprake was van een ‘definitief’ wetsvoorstel, is voor de bespreking van de inhoud hiervan de consultatieversie geraadpleegd. Wanneer in het vervolg van dit onderzoek de term ‘wetsvoorstel’ wordt gebruikt, wordt hiermee bedoeld op de consultatieversie van het wetsvoorstel.

Het wetsvoorstel beoogt om bijzondere minimumstraffen in te voeren in het geval van recidive bij zware delicten waarop een gevangenisstraf van twaalf jaren of meer is gesteld. Deze regeling wordt in het algemene deel van het Wetboek van Strafrecht opgenomen in de artikelen 43c tot en met 43f WvSr, in aanvulling op de reeds bestaande algemene recidiveregeling van de artikelen 43a en 43b WvSr. De bijzondere minimumstraf bedraagt de helft van de maximumstraf die op het misdrijf is gesteld. De minimumstraf bedraagt zes jaren voor een misdrijf waarop een strafmaximum van twaalf jaren gevangenisstraf is gesteld, zeven jaren en zes maanden voor misdrijven waarop een strafmaximum van vijftien jaren is gesteld, negen jaren voor een misdrijf waarop een strafmaximum van achttien jaren is gesteld en vijftien jaren voor een misdrijf waarop een strafmaximum van dertig jaren is gesteld of een

---

<sup>207</sup> Te raadplegen op: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/regelingen/2011/03/23/wetsvoorstel-invoering-van-minimumstraffen.html>

levenslange gevangenisstraf. Er moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan voordat de rechter kan toekomen aan de oplegging van de bijzondere minimumstraf. Allereerst moet er een misdrijf zijn begaan waarop een strafmaximum van twaalf jaren gevangenisstraf of meer is gesteld. Daarnaast moet de dader dit misdrijf hebben begaan binnen 10 jaren na een eerdere onherroepelijke veroordeling tot een gevangenisstraf voor een misdrijf waarop een strafmaximum van twaalf jaren gevangenisstraf of meer is gesteld. De duur van deze eerder opgelegde gevangenisstraf maakt voor de toepassing van het wetsvoorstel niet uit. Verder moet het begane misdrijf een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer ten gevolge gehad hebben.<sup>208</sup> Het wetsvoorstel voorziet verder in een mogelijkheid om af te zien van oplegging van de bijzondere minimumstraf. Deze mogelijkheid is vervat in een hardheidsclausule. De clausule houdt in dat de rechter geen bijzondere minimumstraf hoeft op te leggen wanneer er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die zich ten tijde of na het begaan van het misdrijf hebben voorgedaan of die samenhangen met de persoon van de dader. Deze uitzonderlijke omstandigheden moeten daarnaast leiden tot ‘een onbillijkheid van zwaarwegende aard’. De aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden alleen, is niet voldoende. Het wetsvoorstel voorziet daarnaast in een motiveringsverplichting. Toepassing van de hardheidsclausule moet middels de toevoeging van een extra lid in artikel 359 WvSr gemotiveerd worden.<sup>209</sup> Daarnaast sluit het wetsvoorstel de toepassing van het rechterlijk pardon uit, in het geval dat de bijzondere minimumstraf opgelegd kan worden.<sup>210</sup> De bijzondere minimumstraf wordt verminderd met een derde in het geval van een poging tot of medeplichtigheid aan het begaan van het misdrijf. Wanneer er sprake is van een voorbereiding van het misdrijf wordt de minimumstraf verminderd met de helft.

## **8.2 Het wetsvoorstel gezien in het licht van een veranderende politieke invalshoek**

In de eerste alinea van de memorie van toelichting wordt beschreven dat het kabinet met dit wetsvoorstel de veiligheid van Nederland meent te vergroten. Daarnaast heeft het kabinet de nadrukkelijke wens om de aandacht voor de belangen van het individuele slachtoffer en de samenleving als geheel te vergroten. Om dit te bereiken, is het volgens het kabinet noodzakelijk dat personen die reeds een ernstig strafbaar feit hebben begaan worden afgeschrikt waardoor nieuwe strafbare feiten worden voorkomen.<sup>211</sup> Het kabinet ziet het als zijn doel om de generaal-preventieve werking van de bestraffing te versterken ter vergroting

---

<sup>208</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 20.

<sup>209</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 27-28.

<sup>210</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 32.

<sup>211</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 5.

van de veiligheid in de samenleving.<sup>212</sup> Daarnaast zou het wetsvoorstel gehoor geven aan de gewijzigde maatschappelijke opvattingen over de ernst van bepaalde delicten en de daarbij passende noodzakelijke reactie en bestraffing.<sup>213</sup>

Het onderhavige wetsvoorstel is een ontwikkeling in een tendens die eerder in dit onderzoek werd opgemerkt, namelijk de verschuiving van een ‘dadergericht’ stelsel naar een ‘daadgericht’ stelsel. Hoewel het kabinet met deze nieuwe regeling een specifieke dader wil aanpakken – de recidivist – getuigt de regeling van weinig aandacht voor de dader zelf. De nadruk van het wetsvoorstel ligt vooral op de vergelding van de daad. Illustratief hiervoor is de uitsluiting van artikel 37a lid 2 WvSr, waarin het onderhavige wetsvoorstel tevens voorziet.<sup>214</sup> Artikel 37a lid 2 WvSr geeft de rechter de mogelijkheid om af te zien van strafoplegging in gevallen waarin een TBS-maatregel wordt opgelegd. In de voorgestelde regeling van de bijzondere minimumstraffen, wordt deze mogelijkheid uitgesloten. Deze uitsluiting heeft tot gevolg dat de daders aan wie een TBS-maatregel wordt opgelegd en die vallen onder dit wetsvoorstel, eerst een gevangenisstraf ter hoogte van minimaal de bijzondere minimumstraf moeten uitzitten voordat uitvoering kan worden gegeven aan de TBS-maatregel. Hoewel dit wetsvoorstel is gericht op de aanpak van een specifieke dader, lijkt het vergelden van de daad het voornaamste doel van dit wetsvoorstel te zijn. Het wetsvoorstel is verder illustratief voor het vertrouwen dat vandaag de dag in de strafrechter wordt gesteld. In hoofdstuk twee is aangegeven dat de ruime straftoemingsvrijheid met name zijn grondslag vindt in het grote vertrouwen in de strafrechter. De laatste jaren lijkt dit vertrouwen af te nemen, waaruit logischerwijs voortvloeit dat men meer invloed wenst te hebben op de straftoemeting. Deze kentering wordt tevens opgemerkt door Bleichrodt en Bleichrodt, die concluderen dat er een kennelijk gevoelde onvrede bestaat over de wijze waarop de strafrechter van zijn discretionaire bevoegdheden gebruik maakt. Deze gevoelde onvrede wordt geïllustreerd aan de hand van een aantal wetsvoorstellen, waaronder het in dit onderzoek besproken wetsvoorstel.<sup>215</sup> De gevoelde onvrede kan daarnaast worden geïllustreerd aan de hand van de terugkerende aanname dat rechters in Nederland te laag straffen.<sup>216</sup> Een recentelijk verschenen onderzoek van Van Tulder wees uit dat strafrechters –

---

<sup>212</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 12.

<sup>213</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 16.

<sup>214</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 10.

<sup>215</sup> Bleichrodt & Bleichrodt 2011, p. 111. Andere wetsvoorstellen hebben betrekking op de mogelijkheid om een taakstraf op te leggen bij ernstige gewelds- en zedenmisdrijven en uitsluiting van de bevoegdheid tot schorsing van de voorlopige hechtenis.

<sup>216</sup> Zie hierover bijvoorbeeld Keijser, Van Koppen en Elffers 2006, p. 2.



in de periode van 2000 tot 2009 – niet lichter zijn gaan straffen. Van Tulder concludeert dat de strafrechter tussen 2000 en 2009, gemiddeld ruim 10% zwaarder is gaan straffen voor dezelfde soorten misdrijven. Bij geweldsmisdrijven is de strafrechter zelfs 20% zwaarder gaan straffen.<sup>217</sup> De conclusie dat rechters zwaarder zijn gaan straffen, betekent echter niet dat deze straffen gelijk zijn aan de publieke opvatting wat betreft de vraag of de straffen passend zijn gelet op de ernst van het feit. Onderzoek van Keijser, Van Koppen en Elffers wijst uit dat de burger punitiever is dan de strafrechter. Tevens werd in dit onderzoek geconcludeerd dat de burger minder punitief is – maar nog wel strenger dan de rechter – naarmate hij over meer inhoudelijke informatie van de zaak beschikt.<sup>218</sup> De stelling van het kabinet dat er sprake is van een discrepantie tussen de straftoemingspraktijk en de maatschappelijke opvatting over de ernst van bepaalde delicten en de daarbij passende noodzakelijke sanctie, lijkt aan de hand van het laatst genoemde onderzoek hout te snijden.

Beichrodt en Bleichrodt merken verder op dat zich de laatste jaren tevens legislatieve ontwikkelingen hebben voorgedaan, die duiden op een versterking van het punitieve karakter van het sanctierecht, zoals bijvoorbeeld de verhoging van een aantal strafmaxima en de uitbreiding van de combinatie van ter beschikkingstelling met voorwaarden met een vrijheidsstraf.<sup>219</sup> Kenmerkend aan deze ontwikkelingen is immers dat ze allen de strekking hebben om veroordeelden langer in het justitiële circuit te houden. Zowel de inperkingen van de straftoemingsvrijheid als de uitbreidingen hierop in de afgelopen jaren hebben gemeen dat zij worden gedaan vanuit het oogpunt van maatschappijbeveiliging. De vrijheid van de rechter wordt uitgebreid en ingeperkt daar waar het de beveiliging van de maatschappij kan dienen.<sup>220</sup> Het toenemende punitieve karakter van het strafrecht en het accent dat wordt gelegd op de veiligheid van de maatschappij, zou kunnen worden verklaard door het veranderende politieke klimaat. Eerder in het onderzoek werd beschreven hoe wetgeving afkomstig van een ‘linkse’ wetgever meer was gericht op de bescherming van de rechten van de dader en was geënt op een ‘dadergericht’ stelsel.<sup>221</sup> Een voorbeeld hiervan is de maatregel van plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders, een maatregel die nog geen tien jaar geleden werd ingevoerd. Momenteel heeft het politieke klimaat over de gehele linie een meer ‘rechts’ karakter wat betreft het strafrecht, zo concludeert ook Klip. De harde aanpak van de

---

<sup>217</sup> F. van Tulder, ‘De straffende rechter’, *NJB* 2011-24.

<sup>218</sup> Keijser, Van Koppen en Elffers 2006, p. 43 en 44.

<sup>219</sup> Bleichrodt & Bleichrodt 2011, p. 112.

<sup>220</sup> Bleichrodt & Bleichrodt 2011, p. 112-113.

<sup>221</sup> Zie hiervoor de bespreking van het draagkrachtbeginsel en het rechterlijk pardon.

criminaliteit staat immers niet alleen bij de rechtse partijen hoog op de politieke agenda.<sup>222</sup> Daarnaast wordt het rechtse karakter van het huidige politieke klimaat versterkt door de samenstelling van de huidige coalitie, bestaande uit de VVD en het CDA met de gedoogsteun van de PVV. Klip merkt verder op dat er een focus ligt op alles wat met vrijheidsbeneming samenhangt. Hieruit spreekt een benadering die straffen voorop stelt. Deze benadering is terug te vinden in het wetsvoorstel betreffende bijzondere minimumstraffen, nu er zeer weinig mogelijkheden worden gecreëerd om rekening te houden met de omstandigheden van het geval en de straf belangrijker is dan de mate van schuld.<sup>223</sup>

### *Doel van het wetsvoorstel*

Deze bevindingen wat betreft de achtergrond van het wetsvoorstel en het huidige politieke klimaat zijn vooral van belang in verband met de doelstelling van het wetsvoorstel. Wellicht tracht het kabinet met dit wetsvoorstel een juridisch mankement of probleem op te lossen. Hierin zou vervolgens een rechtvaardiging kunnen schuilen voor de gevolgen van het wetsvoorstel: het beperken van de straftoemettingsvrijheid. In de memorie van toelichting wordt geen duidelijke omschrijving van een bestaand probleem weergegeven. De Raad van de Rechtspraak geeft in haar reactie op het wetsvoorstel zelfs aan dat überhaupt geen sprake is van een duidelijk probleem.<sup>224</sup> Een juridisch probleem is echter geen vereiste voor het doorvoeren van een wetswijziging. Het is immers niet zo dat het ontbreken van een juridisch mankement direct tot gevolg heeft dat er geen rechtvaardiging bestaat voor het wetsvoorstel. De rechtvaardiging zou wellicht gevonden kunnen worden in het doel dat het kabinet wil bereiken. In het wetsvoorstel worden de beveiliging van de maatschappij en de vergroting van de aandacht voor het slachtoffer genoemd als redenen en doelstellingen voor de invoering van de bijzondere minimumstraf. Het ontbreekt in het wetsvoorstel echter aan onderbouwing – bijvoorbeeld door middel van empirisch onderzoek – dat de invoering van bijzondere minimumstraffen het enige, meest doeltreffende en vooral meest passende instrument is om de maatschappij te beveiligen of de aandacht voor het slachtoffer te vergroten. Men zou zich bijvoorbeeld kunnen afvragen waarom de bijzondere minimumstraf pas in beeld komt wanneer een persoon voor de tweede keer in de fout gaat. Dient de maatschappij niet ook niet beschermd te worden tegen personen die voor het eerst een ernstig delict plegen? En zijn er geen betere manieren om recht te doen aan het slachtoffer? Naast deze onduidelijkheden, zijn

---

<sup>222</sup> Klip 2010, p. 583.

<sup>223</sup> Klip 2010, p. 589.

<sup>224</sup> Adviesbrief van de Raad van de Rechtspraak over dit wetsvoorstel is te raadplegen op de site van de Raad voor de Rechtspraak [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)

tevens de effecten van de invoering onvoldoende inzichtelijk.<sup>225</sup> Gelet op het veranderende politieke klimaat en het ontbreken van een onderbouwde doelstelling of probleemstelling, zou zelfs de vraag gesteld kunnen worden of het huidige kabinet met dit wetsvoorstel slechts tracht uiting te geven aan het veranderende politieke klimaat waarbij het kabinet zich onvoldoende bewust is – en maakt – van de eventuele gevolgen van invoering. Hierbij speelt wellicht tevens de roep vanuit de samenleving om zwaardere straffen een rol. In de volgende paragrafen wordt nader ingegaan op de doelstellingen en de belangrijkste argumenten die het kabinet geeft voor invoering van dit wetsvoorstel. In hoofdstuk negen wordt verder ingegaan op de eventuele gevolgen van invoering van dit wetsvoorstel.

### **8.3 Is gevangenisstraf de oplossing?**

Het kabinet noemt in de memorie van toelichting het vergroten van de maatschappelijke veiligheid als één van de hoofddoelstellingen van het wetsvoorstel. De samenleving dient volgens het kabinet tegen de desbetreffende persoon te worden beschermd. Het feit dat een eerdere veroordeling een persoon er niet van weerhoudt om alsnog een strafbaar feit te begaan, is voor het kabinet een belangrijke aanwijzing – en rechtvaardiging, zo lijkt het – dat een zwaardere straf noodzakelijk is.<sup>226</sup> Het kabinet impliceert hiermee, dat langdurige gevangenisstraf recidive vermindert. In de periode dat een recidivist in detentie zit, is ultieme bescherming voor de maatschappij bereikt. Er is echter ook een moment dat de veroordeelde op vrije voeten gesteld zal worden. Het is maar de vraag of een langdurige gevangenisstraf het effect heeft dat het kabinet impliceert, namelijk dat de ‘recidivist’ zich als gevolg van de zwaardere straf onthoudt van het opnieuw plegen van een strafbaar feit. Momenteel bestaat er nog weinig inzicht in de effecten van langdurige gevangenisstraf op recidive. De Raad voor de Rechtspraak heeft in een onderzoek naar de effecten van detentie, haar zorgen uitgesproken over het ontbreken van onderzoeken over de effecten van gevangenisstraffen op het gebied van recidive.<sup>227</sup> Aanvullend onderzoek zal moeten uitwijzen of het ondergaan van de bijzondere minimumstraf inderdaad een positief effect heeft op de maatschappelijke veiligheid. De Raad merkt echter wel op dat de strafrechter zich geen illusies hoeft te maken wat betreft het realiseren van speciale preventie. Het weinige onderzoek dat wèl is verricht naar de effecten van langdurige detentie, leidt tot de voorzichtige conclusie dat detentie geen

---

<sup>225</sup> Zie adviesbrief Raad voor de Rechtspraak.

<sup>226</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 5.

<sup>227</sup> Dirkwager 2010, p. 28.

dan wel een criminogeen effect heeft op herhaald crimineel gedrag.<sup>228</sup> De implicatie dat langdurige detentie zorgt voor een afname van recidive lijkt daarmee niets meer te zijn dan een veronderstelling die vraagt om een nadere onderbouwing.

#### **8.4 De maatschappelijke opvatting**

Het kabinet stelt verder dat de bijzondere strafminima de ondergrens aangeven van, wat *vanuit de samenleving gezien*, een passende bestraffing wordt geacht voor recidive bij zware misdrijven.<sup>229</sup> Het kabinet lijkt met deze stelling de hoogte – en indirect de invoering – van de bijzondere minimumstraf te willen rechtvaardigen door te verwijzen naar de gewijzigde publieke opinie omtrent passende bestraffing. Of de hoogte van de straffen als resultaat van de invoering van bijzondere minimumstraffen beantwoordt aan de maatschappelijke opvatting, zal middels aanvullend empirisch onderzoek moeten worden onderzocht. Hierbij dient de kanttekening te worden gemaakt dat momenteel niet duidelijk is *wat* de gewijzigde maatschappelijke opvattingen over de ernst van bepaalde delicten en de daarbij passende noodzakelijke sanctie zijn. Om te kunnen spreken van een geldig argument zal voorts moeten worden vastgesteld wat de maatschappelijke opvatting omtrent deze kwestie is. Het is echter de vraag in welke mate dit ooit kan worden vastgesteld. De stelling dat de publieke opinie gewijzigd zou kunnen zijn, impliceert immers al dat er eigenlijk niet kan worden volstaan met ‘vaste straffen’ om blijvend te kunnen voldoen aan de maatschappelijke opvattingen daaromtrent. Het argument dat het invoeren van vaste straffen wenselijk is in het licht van de publieke opinie – waarbij het kabinet tevens impliceert dat deze opvattingen veranderlijk zijn – kan daarmee dan ook nooit een geldig argument of rechtvaardiging zijn, gelet op de tegenstrijdigheid die in dit argument schuilt.

#### **8.5 Wat zegt het wetsvoorstel over de straftoemtingsvrijheid?**

In de memorie van toelichting wordt nader toegelicht hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot de straftoemtingsvrijheid. Ten eerste onderkent het kabinet dat de straftoemtingsvrijheid een wezenlijk element van ons strafrechtelijk stelsel is. De rechter bepaalt immers welke straf in een concreet geval passend en geboden is. Desondanks meent het kabinet dat het de taak van de wetgever is om de omstandigheden te formuleren waaronder een straf kan worden opgelegd.<sup>230</sup> Verder wordt gesteld dat met dit wetsvoorstel niet wordt beoogd afbreuk te doen

---

<sup>228</sup> Dirkzwager 2010, p. 28.

<sup>229</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 6.

<sup>230</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 5.

aan de straftoemingsvrijheid van de rechter. Hierbij merkt het kabinet op dat de huidige vrijheid van de rechter niet onbepikt is, waarbij verwezen wordt naar de ‘strakke’ normering van de wet bij de ontnemingsmaatregel en de regeling betreffende plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders.<sup>231</sup> Het wetsvoorstel wordt – mede door deze regelingen – gezien als ‘een volgende stap in een lijn waarin de wetgever zijn eigen verantwoordelijkheid voor een rechtvaardige sanctietoepassing waar wil maken’.<sup>232</sup> Allereerst moet worden opgemerkt dat het karakter van een maatregel duidelijk verschilt van het karakter van een straf. De grondslag voor een straf is het delict, terwijl het delict bij de maatregel niet meer is dan de aanleiding om toepassing van de maatregel te overwegen. De grondslag van de straf ligt met name in de verwijtbaarheid. Bij de maatregel is dat niet zo.<sup>233</sup> Gelet op dit primaire verschil in karakter van de straf enerzijds en de maatregel anderzijds, is het opvallend dat het kabinet deze vergelijking maakt ter onderbouwing van dit wetsvoorstel. Naast dit primaire verschil in karakter, bestaan er meerdere bezwaren tegen een vergelijking van de bijzondere minimumstraf met de genoemde maatregelen. Beide maatregelen kunnen slechts worden opgelegd op vordering van de officier van justitie. De rechter is echter in beide gevallen niet verplicht om de vordering toe te wijzen en de maatregel op te leggen. Bij de invoering van de bijzondere minimumstraf ontstaat er wel een verplichting tot oplegging. De wet normeert de regeling van de plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders met name door de formulering van de voorwaarden voor oplegging en het voorschrijven van de maximale duur van de maatregel.<sup>234</sup> De normen wat betreft de bepaling van de duur hebben echter veelal het karakter van het voorgeschreven strafmaximum bij een delictsomschrijving. De normering door de wet bij deze regeling is in die zin dan ook niet ‘strakker’ dan de normering van de delictsomschrijvingen. Bij de regeling omtrent de ontnemingsmaatregel ontbreekt zelfs een op te leggen maximumbedrag. De straftoemingsvrijheid voor de rechter is hier zeer gering, omdat de rechter niet meer kan ontnemen dan hetgeen de dader heeft genoten. Daarnaast lijkt de wet met beide regelingen te beogen dat de maatregelen slechts worden opgelegd voor zover is voldaan aan alle voorwaarden. Bij de voorgestelde regeling van de bijzondere minimumstraf is er sprake van een tegenovergestelde situatie. De rechter wordt verplicht om een straf op te leggen, tenzij er sprake is van een uitzonderlijke situatie. De regelingen zijn weinig vergelijkbaar met de bijzondere minimumstraf, waardoor geen sprake lijkt te zijn van een ‘logische vervolgstap’.

---

<sup>231</sup> Zie artikel 36e WvSr en artikelen 38m en 38n WvSr

<sup>232</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen p. 7.

<sup>233</sup> Mevis 2006, p. 717.

<sup>234</sup> Zie artikel 38m lid 2 WvSr en artikel 38n WvSr.

## 8.6 Tussenconclusie

Het onderhavige wetsvoorstel past prima in de legislatieve ontwikkelingen ten behoeve van de vergroting van de maatschappelijke veiligheid. In dit geval is er echter tevens sprake van een ingrijpende wijziging van het sanctierecht, waarbij één van de uitgangspunten binnen het strafrecht – de straftoemetingsvrijheid – geraakt wordt. Van het kabinet mag dan ook worden verwacht, dat een dergelijke wijziging op een afdoende wijze is beargumenteerd om de inbreuk op de straftoemetingsvrijheid te rechtvaardigen. De enkele verwijzing naar de maatschappelijke veiligheid is in dit verband niet voldoende. Nu een duidelijk probleem en steekhoudende argumentatie bij dit wetsvoorstel ontbreken, rijst de vraag wat de daadwerkelijke gedachte achter dit wetsvoorstel is. Mevis haalt in dit verband aan dat het lijkt alsof het de politiek te doen is om op enige wijze invloed te verkrijgen op de strafmaat die de rechter pleegt te hanteren.<sup>235</sup> Wellicht hangt de wens voor een dergelijke invloed samen met een afnemend vertrouwen in de rechter of het veranderende politieke klimaat. Hoewel dit onderzoek niet beoogt een antwoord te formuleren op deze vraag, wordt evenwel getracht de lezer bewust te maken van het feit dat deze kwestie speelt om het vraagstuk van de bijzondere minimumstraf beter te begrijpen. Het ontbreken van elementen zoals een probleemstelling of een deugdelijke argumentatie in de memorie van toelichting, geeft in ieder geval aan dat de toelichting op het wetsvoorstel *zelf* de inbreuk op de straftoemetingsvrijheid onvoldoende rechtvaardigt.

---

<sup>235</sup> Mevis 2003, p. 25

## **9. Vergroting, relativering en rechtvaardiging van de inbreuk**

Om een oordeel te kunnen vellen over de omvang en rechtvaardigheid van de inperking moet een aantal aspecten worden onderzocht. In de paragraaf 9.1 zal daarom allereerst worden vastgesteld hoe het wetsvoorstel de straftoemingsvrijheid in een concrete strafzaak raakt. Daarnaast dienen de eventuele rechtvaardigingsgronden te worden beschreven. In hoofdstuk acht is geconcludeerd dat de memorie van toelichting het inperken van de straftoemingsvrijheid in het geval van recidive onvoldoende rechtvaardigt. Hoewel deze rechtvaardiging in de memorie van toelichting ontbreekt, bestaat er wellicht een rechtvaardiging voor de inbreuk in de wijze waarop rechters in de praktijk omgaan met recidive. Daarnaast zijn er wellicht factoren die de mate van inbreuk op de straftoemingsvrijheid relativeren of vergroten, zoals het daadwerkelijk aantal zaken dat wordt geraakt door het wetsvoorstel of de huidige straftoemingspraktijk bij recidive. In de paragrafen 9.3, 9.4 en 9.5 wordt daarom middels jurisprudentieonderzoek en aanvullende wetenschappelijke onderzoeken beschreven wat de invloed van deze factoren zijn op de mate van inbreuk op de straftoemingsvrijheid. Afsluitend worden de ontsnappingsmogelijkheden beschreven die de rechter heeft om te ontkomen aan de toepassing van de bijzondere minimumstraf.

### **9.1 Hoe raakt het wetsvoorstel de straftoemingsvrijheid in een concrete strafzaak?**

In deze paragraaf wordt beschreven hoe de straftoemingsvrijheid in een concrete strafzaak wordt geraakt door het wetsvoorstel.

#### *Verkleining van de bandbreedte*

Uit de memorie van toelichting is af te leiden dat de bijzondere minimumstraf slechts kan worden opgelegd wanneer er is voldaan aan de volgende voorwaarden:

- De omstandigheid van recidive moet zijn opgenomen in de tenlastelegging;
- De verdachte moet eerder zijn veroordeeld tot een onherroepelijke gevangenisstraf voor het plegen van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van twaalf jaar of meer is gesteld;
- Ten tijde van het begaan van het misdrijf zijn nog geen tien jaren verlopen sinds de onherroepelijke vroegere veroordeling van de schuldige tot een gevangenisstraf wegens het plegen van het misdrijf;

- Het misdrijf heeft een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer tot gevolg gehad.

De eerste drie voorwaarden dragen een formeel karakter. De vierde voorwaarde heeft een materieel karakter doordat zij toeziet op de inhoudelijkheid van het gepleegde misdrijf en de gevolgen daarvan. Aan alle voorwaarden moet zijn voldaan om te kunnen komen tot de oplegging van de bijzondere minimumstraf. Indien aan deze voorwaarden wordt voldaan, betekent dit een sterke verkleining van de bandbreedte waarbinnen de strafrechter zijn straf mag bepalen. Het algemene strafminimum van één dag gevangenisstraf wordt immers vervangen door een bijzonder minimum van minimaal zes jaren en maximaal vijftien jaren gevangenisstraf. De bandbreedte wordt nog verder verkleind door het ontbreken van de mogelijkheid om de straf gedeeltelijk of geheel voorwaardelijk op te leggen. Daarnaast wordt de rechter gebonden aan de oplegging van een gevangenisstraf en is het niet mogelijk om in plaats daarvan te kiezen voor een taakstraf of een geldboete. Met andere woorden: de strafsoort en strafmodaliteit staan vast. Hoewel de strafmaat niet vast staat, heeft de bijzondere minimumstraf door haar minimale hoogte een grote invloed op de strafmaat. Inmiddels heeft de ministerraad ingestemd met een verscherping van het wetsvoorstel, inhoudende dat het toepassingsbereik ervan wordt vergroot. Door deze verscherping is het uiteindelijke wetsvoorstel van toepassing op gevallen van recidive van feiten waarop naar de wettelijke omschrijving minimaal een gevangenisstraf van acht jaren of meer staat. De inbreuk op de straftoematingsvrijheid wordt door deze verscherping aanzienlijk vergroot.

#### *Uitsluiting rechterlijk pardon*

In paragraaf 4.2.7 is uitgebreid stilgestaan bij het rechterlijk pardon. In het onderhavige wetsvoorstel is opgenomen dat artikel 9a WvSr geen toepassing kan vinden wanneer aan de eerder besproken voorwaarden van de bijzondere minimumstraf wordt voldaan. Gelet op de bedoeling en de aard van de bijzondere minimumstraf, is een dergelijke bepaling niet vreemd. De formulering van de hardheidsclausule doet echter vermoeden dat het rechterlijk pardon wel degelijk bestaansrecht heeft in het onderliggende wetsvoorstel. Op dit vermoeden wordt nader ingegaan bij de bespreking van de hardheidsclausule in paragraaf 9.7.

#### *Beslissingsmodel artikelen 348 en 350 WvSv*

De invoering van de bijzondere minimumstraffen lijkt weinig effect te hebben op het beslissingschema van de artikelen 348 en 350 WvSv. Indien de rechter bij de beantwoording



van de formele en materiële vragen tot een negatieve beantwoording komt, kan de bijzondere minimumstraf niet opgelegd worden omdat de rechter niet toekomt aan de laatste materiële vraag die strekt tot de bepaling van de straf. Zo zal de aanvaarding van een strafuitsluitingsgrond leiden tot vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging.<sup>236</sup>

## **9.2 Tussenconclusie**

Uit deze eerste inventarisatie van de effecten van de bijzondere minimumstraffen op de straftoemingsvrijheid kan worden afgeleid dat er sprake is van een grote inperking van de straftoemingsvrijheid in een concrete strafzaak, met name door de recente verscherping van het wetsvoorstel. Er zijn binnen dit wetsvoorstel zeer weinig mogelijkheden om de concrete omstandigheden van het geval mee te laten wegen bij het bepalen van de straf. De strafmodaliteit en –soort staan immers al vast. Daarnaast heeft het wetsvoorstel zeer grote invloed op de strafmaat. De straftoemingsvrijheid die overblijft als gevolg van de invoering van de bijzondere minimumstraf staat in schril contrast met de straftoemingsvrijheid die de rechter geniet in zaken die niet onder het wetsvoorstel vallen. Er is echter meer kennis noodzakelijk over bijvoorbeeld het aantal zaken waar het wetsvoorstel betrekking op gaat hebben, de straftoemingspraktijk wat betreft recidive, de hardheidsclausule en de ontsnappingsmogelijkheden om een definitief oordeel te kunnen vellen over de rechtvaardigheid en omvang van deze inperking.

## **9.3 Straftoemingsvrijheid en recidive**

In deze paragraaf wordt de achtergrond en strekking van de huidige recidiveregeling beschreven. Daarnaast wordt onderzocht hoe de rechter in de praktijk omgaat met deze regeling. Hierbij dient allereerst worden opgemerkt dat recidive in het huidige sanctierecht een strafverzwarende omstandigheid is. De huidige recidiveregeling is opgenomen in artikel 43a, 43b en 43c WvSr. Artikel 43a WvSr schrijft voor dat de op een misdrijf gestelde tijdelijke gevangenisstraf of hechtenis, onverminderd de algemene strafmaxima van artikel 10 WvSr, kan worden verhoogd met een derde wanneer tijdens het plegen van het misdrijf nog geen vijf jaren zijn verlopen sinds een veroordeling van de schuldige tot gevangenisstraf wegens een daaraan soortgelijk misdrijf in kracht van gewijsde is gegaan. De termijn van vijf

---

<sup>236</sup> Of er vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging volgt, hangt af van de formulering van de tenlastelegging. Wanneer bijvoorbeeld de wederrechtelijkheid is opgenomen in de tenlastelegging, resulteert de aanvaarding van een rechtvaardigingsgrond in een vrijspraak.

jaren wordt verlengd met de tijd waarin de veroordeelde rechtens zijn vrijheid is ontnomen. In de artikelen 43b en 43c WvSr wordt omschreven welke misdrijven soortgelijk zijn aan elkaar.

### 9.3.1 Achtergrond en strekking huidige recidiveregeling

De huidige recidiveregeling blijft bestaan bij de invoering van de bijzondere minimumstraffen, zo blijkt uit de memorie van toelichting.<sup>237</sup> De artikelen 43a en 43b WvSr zijn van kracht geworden op 22 december 2005, ter vervanging en veralgemenisering van de oude recidiveregeling in de artikelen 421, 422 en 423 WvSr.<sup>238</sup> Deze oude regeling gold slechts voor een bepaald aantal strafbare feiten.<sup>239</sup> De invoering van de huidige regeling vloeide voort uit een Nota van wijziging van het oorspronkelijke wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en de Wegenverkeerswet 1994, in verband met de herijking van een aantal wettelijke strafmaxima.<sup>240</sup> Toenmalig minister van Justitie Korthals gaf bij deze wetswijziging duidelijk de achterliggende gedachte van het stelsel van wettelijke strafmaxima weer, door aan te geven dat het stelsel niet alleen toereikende bestraffing mogelijk moet maken, maar tevens ook uitdrukking moet geven aan de relatieve ernst van strafbare feiten.<sup>241</sup> Overigens past deze visie volgens Schuyt volledig in het huidige tijdsbeeld waarin de aanpak van recidive wordt aangevoerd als reden voor vele wets- en beleidswijzigingen, waarbij zij verwijst naar de wijziging van de vervroegde invrijheidsstelling in de voorwaardelijke invrijheidsstelling.<sup>242</sup> De wetgever achtte veralgemenisering van de recidiveregeling wenselijk omdat de regeling daardoor tevens werking zou krijgen buiten het Wetboek van Strafrecht.<sup>243</sup> Daarnaast zou de regeling door de veralgemenisering een duidelijke signaalwerking naar de rechter toe krijgen, inhoudende dat recidive van soortgelijke misdrijven in zijn algemeenheid strafverhoging rechtvaardigt.<sup>244</sup> Van een aantal overtredingen en minder ernstige misdrijven is werking van recidive per delict afzonderlijk geregeld.<sup>245</sup>

---

<sup>237</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 7.

<sup>238</sup> *Stb.* 2006, 11.

<sup>239</sup> De artikelen spraken van misdrijven uit “winstbejag”, “geweldsmisdrijven” en “belediging en dergelijke”.

<sup>240</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 484, nr. 5.

<sup>241</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 27 834, nr. 18, p. 3.

<sup>242</sup> Schuyt 2010, p. 122.

<sup>243</sup> Zie artikel 91 WvSr.

<sup>244</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 484, nr. 5, p. 6.

<sup>245</sup> Zie bijvoorbeeld artikelen 113 lid 3, 137e lid 3 en 184 lid 4 WvSr. De meeste van deze regelingen zijn erop gericht om een bijkomende straf op te kunnen leggen, zoals ontzetting van uitoefening van een beroep.

### *Verschillen en overeenkomsten tussen de huidige regeling en de nieuwe regeling*

Uit de formulering van artikel 43a WvSr is af te leiden dat het hier gaat om een facultatieve bepaling. De rechter wordt immers niet verplicht om een hogere straf op te leggen naar aanleiding van het verhoogde strafmaximum. Er is slechts sprake van een grotere bandbreedte waarbinnen de rechter de straf toe kan meten. Na de invoering van de bijzondere minimumstraffen komt de bandbreedte voor een aantal gevallen te liggen tussen het verplichte strafminimum en de algemene en bijzondere strafmaxima. Hoewel beide regelingen beogen om recidive sterker in de straf te verdisconteren, geven ze daar op geheel verschillende wijze invulling aan. Verder kan artikel 43a WvSr alleen toegepast worden wanneer er sprake is van recidive met betrekking tot soortgelijke misdrijven. In het nieuwe artikel 43c WvSr is geen sprake van een dergelijk vereiste. Voldoende is dat er sprake is van een onherroepelijke veroordeling voor een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving minimaal een gevangenisstraf van twaalf jaren of meer is gesteld. Als gevolg van de recente verscherping van het wetsvoorstel, ligt de grens nu bij feiten waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf minimaal acht jaren is gesteld. Verder kan het nieuwe artikel 43c WvSr worden toegepast tot tien jaren na het onherroepelijk worden van het vonnis. In artikel 43a WvSr wordt een termijn van vijf jaren toegepast. In beide gevallen geldt dat deze termijnen worden verlengd met de tijd waarin de veroordeelde rechtens van zijn vrijheid is beroofd. Verder geldt voor beide artikelen dat de recidiveregeling alleen kan worden toegepast wanneer de veroordeelde is veroordeeld tot een onherroepelijke gevangenisstraf. Daarnaast geldt voor beide regeling dat de recidive in de tenlastelegging moet zijn opgenomen.

### **9.3.2 Hoe gaat de rechter in de praktijk om met recidive?**

Hoewel de inbreuk op de straftoemettingsvrijheid prima facie fors lijkt te zijn, is er wellicht een rechtvaardiging voor deze inbreuk te vinden in de wijze waarop de rechter in de praktijk omgaat met de huidige recidiveregeling van artikel 43a WvSr. Om vast te stellen welke invloed de strafverzwarende omstandigheid van artikel 43a WvSr in de praktijk op de strafmaat heeft, is een vijftal uitspraken inzake winkeldiefstal van het gerechtshof in Leeuwarden geanalyseerd. In alle geanalyseerde zaken werd er toepassing gegeven aan de strafverzwarende omstandigheid van artikel 43a WvSr. In dit kleinschalige jurisprudentieonderzoek is voor zaken betreffende winkeldiefstal gekozen, omdat er te weinig jurisprudentie voorhanden is waarin toepassing wordt gegeven aan artikel 43a WvSr in combinatie met een delict waarop het wetsvoorstel van toepassing zou kunnen zijn. Analyse van dergelijke zaken wordt overigens ook niet noodzakelijk geacht, omdat middels dit

kleinschalige jurisprudentieonderzoek slechts wordt getracht inzage te geven in de werking van artikel 43a WvSr. Hierna wordt per zaak kort de casus, de overweging omtrent de straf en de strafmaat weergegeven.

*Uitspraak 1, datum uitspraak 3 september 2010<sup>246</sup>*

- Omschrijving casus: veroordeling voor twee winkeldiefstallen. Verdachte verblijft in een penitentiaire inrichting als gevolg van de oplegging van een ISD-maatregel in een andere strafzaak. Diefstal van onder andere cosmetica-artikelen, doucheproducten en doosjes parfum. Verdachte is blijkens het Justitiële Documentatieregister eerder veroordeeld terzake van vermogensdelicten tot onder meer onvoorwaardelijke gevangenisstraffen. Eerder is aan verdachte een voorwaardelijke gevangenisstraf opgelegd voor de duur van zeven maanden. De officier van justitie vordert tenuitvoerlegging van de voorwaardelijke straf;
- Strafmaat: gevangenisstraf voor de duur van drieënzestig maanden, afwijzing van de vordering tot tenuitvoerlegging. De duur van de opgelegde gevangenisstraf is gelijk aan de tijd die de verdachte heeft doorgebracht in voorlopige hechtenis en verzekering;
- Strafmaatmotivering: Winkeldiefstal is een ergerlijke vorm van criminaliteit die veel hinder en schade oplevert. Daarnaast liep de verdachte nog in een proeftijd, waarbij de gevangenisstraf mede een stok achter de deur moest zijn om geen nieuwe strafbare feiten te plegen. Verdachte heeft zich daar niets van aangetrokken. Hof wijst de vordering van de officier van justitie af omdat verdachte in een andere strafzaak de ISD-maatregel is opgelegd en het karakter van die maatregel zich niet verhoudt met de tenuitvoerlegging van alsnog zeven maanden gevangenisstraf.

*Uitspraak 2, datum uitspraak 25 mei 2011<sup>247</sup>*

- Omschrijving casus: veroordeling voor twee winkeldiefstallen. Diefstal van onder andere huishoudelijke artikelen, toiletartikelen en pakken koffie. Verdachte is blijkens het Justitiële Documentatieregister eerder veroordeeld terzake van vermogensdelicten, zoals een voorwaardelijke gevangenisstraf opgelegd voor de duur van vier maanden. De officier van justitie vordert tenuitvoerlegging van deze voorwaardelijke straf.;

---

<sup>246</sup> Hof Leeuwarden 3 september 2010, *LJN* BN7126.

<sup>247</sup> Hof Leeuwarden 25 mei 2011, *LJN* BQ6037.

- Strafmaat: voorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van twee maanden, met als bijzondere voorwaarde reclasseringstoezicht. Vordering van de officier van justitie wordt toegewezen met dien verstande dat de vrijheidsstraf wordt omgezet in een werkstraf voor de duur van tweehonderdveertig uren;
- Strafmaatmotivering: verdachte heeft ter zitting verklaard spijt te hebben van zijn handelen. Hij heeft verklaard de diefstallen te hebben gepleegd als een schreeuw om hulp. Uit een reclasseringsrapport blijkt dat verdachte met behulp van de AFPN zijn leven weer op de rails probeert te krijgen.<sup>248</sup> De persoonlijke omstandigheden van de dader zijn dusdanig dat van oplegging van een vrijheidsstraf wordt afgezien.

In zowel uitspraak 1 als uitspraak 2 staat een tweetal winkeldiefstallen centraal. Ondanks dat er in beide zaken sprake is van eerdere veroordelingen betreffende vermogensdelicten, lopen de opgelegde straffen behoorlijk uiteen. Hoewel in het eerste geval een onvoorwaardelijke gevangenisstraf wordt opgelegd, hoeft de veroordeelde deze straf niet meer uit te zitten, nu de duur van de gevangenisstraf gelijk is aan tijd die de veroordeelde in voorlopige hechtenis heeft doorgebracht. Daarnaast wordt de vordering tot tenuitvoerlegging van de voorwaardelijke straf afgewezen, gelet op de oplegging van de ISD-maatregel aan de veroordeelde in een andere strafzaak. In uitspraak 2 wordt de vordering tot tenuitvoerlegging wel toegewezen, met dien verstande dat deze straf wordt omgezet in een werkstraf. Daarnaast wordt aan de verdachte ‘slechts’ een voorwaardelijke gevangenisstraf van twee maanden opgelegd met als bijzondere voorwaarde reclasseringstoezicht. Deze straf is vrij mild te noemen, gelet op de eerdere veroordeling tot een gevangenisstraf van vier maanden. Het Hof hecht echter veel waarde aan de spijtbetuigingen van de verdachte op zitting en de rapporten van de AFPN. In deze zaken komt duidelijk naar voren dat de toepassing van de strafverzwarende omstandigheid van artikel 43a WvSr, niet per definitie leidt tot een zwaardere straf. Het Hof lijkt meer waarde toe te kennen aan andere omstandigheden zoals een eerdere veroordeling tot de ISD-maatregel in een andere zaak, spijtbetuigingen en rapporten van de reclassering.

*Uitspraak 3, datum uitspraak 5 april 2011<sup>249</sup>*

- Omschrijving casus: veroordeling voor diefstal van een dekbedovertrek uit een winkel. Verdachte is blijkens het Justitiële Documentatieregister eerder veroordeeld terzake

<sup>248</sup> AFPN staat voor Ambulante Forensische Psychiatrie Noord Nederland.

<sup>249</sup> Hof Leeuwarden 5 april 2011, *LJN BQ0375*.

van het plegen van diefstal. De raadvrouw betoogt dat aan verdachte geen onvoorwaardelijke gevangenisstraf moet worden opgelegd, omdat de verdachte zich in de periode na de diefstal niet opnieuw schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit. Verdachte is inmiddels werkzaam bij een meubelmaker en heeft een verzoek gedaan om in aanmerking te komen voor een officiële schuldsanering bij de Gemeentelijke Krediet Bank. Teneinde van zijn drugsverslaving af te komen, krijgt de verdachte begeleiding van Verslavingszorg Noord Nederland;

- Strafmoot: voorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van twee weken en een werkstraf voor de duur van twintig uren;
- Strafmootmotivering: uit het oogpunt van vergelding en de forse documentatie van de verdachte in aanmerking genomen, acht het Hof in beginsel een onvoorwaardelijke gevangenisstraf passend en geboden. Het Hof is echter van oordeel dat de positieve ontwikkelingen die de verdachte momenteel doormaakt, niet moeten worden doorkruist door de oplegging van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf.

*Uitspraak 4, datum uitspraak 22 maart 2011<sup>250</sup>*

- Omschrijving casus: veroordeling voor diefstal van een flesje aftershave uit een winkel. Verdachte is blijkens het Justitiële Documentatieregister eerder veroordeeld terzake het plegen van andere en soortgelijke strafbare feiten.
- Strafmoot: een onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van dertig dagen;
- Strafmootmotivering: de straffen die in het verleden aan de verdachte zijn opgelegd, hebben hem er kennelijk niet van weerhouden opnieuw strafbare feiten te plegen. Het Hof acht oplegging van een gevangenisstraf voor de duur van dertig dagen passend en geboden. Voor een andere, mildere strafmodaliteit ziet het hof gelet op verdachtes strafrechtelijk verleden, geen aanleiding meer.

*Uitspraak 5, datum uitspraak 3 september 2010<sup>251</sup>*

- Omschrijving casus: veroordeling voor diefstal van een dvd-speler uit een winkel. Blijkens het Justitiële Documentatieregister is de verdachte in de vijf jaren voorafgaande aan het onderhavige feit minstens drie maal onherroepelijk tot een vrijheidsbenemende sanctie veroordeeld wegens het plegen van een misdrijf. Verdachte gebruikt drugs. Uit rapporten van de Verslavingsreclassering blijkt dat de

---

<sup>250</sup> Hof Leeuwarden 22 maart 2011, *LJN* BP8844.

<sup>251</sup> Hof Leeuwarden 3 september 2010 *LJN* BN7129.

verdachte door zijn verslaving vaak terugvalt in crimineel gedrag, maar dat hij wel verandering in zijn leven wil. Twaalf maanden vóór deze strafzaak is de verdachte in eerste aanleg veroordeeld tot de ISD-maatregel. In hoger beroep is deze maatregel niet opgelegd;

- Strafmaat: het Hof gelast dat de verdachte wordt geplaatst in een inrichting voor stelselmatige daders voor de duur van twee jaren;
- Strafmaatmotivering: Winkeldiefstal is een ergerlijke vorm van criminaliteit die veel hinder en schade oplevert. Gelet op de rapportage van de Verslavingsreclassering is het Hof van oordeel dat de veiligheid van goederen de oplegging van de ISD-maatregel aan de verdachte eist. Deze maatregel strekt volgens het Hof niet alleen tot beëindiging van de recidive van de verdachte maar ook tot het leveren van een bijdrage aan de oplossing van zijn verslavingsproblematiek.

In de uitspraken 3, 4 en 5 gaat het om veroordelingen terzake van enkelvoudige diefstal waarbij in alle gevallen toepassing wordt gegeven aan de strafverzwarende omstandigheid van artikel 43a WvSr. In alle gevallen hebben de verdachten dus eerder soortgelijke feiten begaan. Ondanks deze gelijkenissen in de zaken, zijn de verschillen betreffende de strafmaat opmerkelijk. In uitspraak 3 leidt de positieve ontwikkeling van de verdachte er uiteindelijk toe dat aan hem slechts een voorwaardelijke gevangenisstraf en een werkstraf wordt opgelegd, ondanks zijn forse documentatie. Opvallend in deze zaak is dat het Hof bij haar toelichting omtrent de strafoplegging, expliciet verwijst naar het uitgangspunt van vergelding. Dit uitgangspunt lijkt echter niet zo zwaar te wegen als de persoonlijke omstandigheden van de dader. Uitspraak 4 is de enige uitspraak waar artikel 43a WvSr 'tot zijn recht' lijkt te komen. Het Hof neemt in deze zaak alleen het strafrechtelijk verleden van de verdachte in aanmerking en legt hem een forse onvoorwaardelijke gevangenisstraf op van dertig dagen. In uitspraak 5 lijkt het Hof 'maatwerk' te leveren door in grote mate rekening te houden met de verslavingsproblematiek van de verdachte, de rapporten van de Verslavingsreclassering en de wens van de verdachte om verandering in zijn leven te creëren. Omdat in uitspraak 5 aan de verdachte 'slechts' een maatregel wordt opgelegd, is van strafzwaarigheid in de zin van artikel 43a WvSr niet eens sprake. Het Hof is zich in deze zaak wel degelijk bewust van de recidive, nu de ISD-maatregel is gericht op stelselmatige daders. Zij ziet in deze omstandigheid echter geen reden tot oplegging en verzwaring van de straf, maar tot oplegging van een maatregel teneinde het recidiverende gedrag van de verdachte een halt toe te roepen.

Bovenstaande analyse laat duidelijk zien dat toepassing van artikel 43a WvSr niet per definitie leidt tot zwaardere straffen. In de meeste gevallen lijkt er niet eens rekening te worden gehouden met de beoogde signaalwerking van artikel 43a WvSr. De omstandigheden van het geval en de persoon van dader lijken zwaarwegende factoren te zijn, die de werking van artikel 43a WvSr in grote mate kunnen verminderen. Hierbij moet de kanttekening worden gemaakt dat het voor de hand ligt dat het nogmaals begaan van winkeldiefstallen in het verleden minder gewicht in de schaal zal leggen dan het nogmaals begaan van een delict waarbij bijvoorbeeld de lichamelijke integriteit van het slachtoffer zwaar wordt aangetast zoals moord, of mishandeling.

#### *Strafverzwarende werking van de bijzondere minimumstraffen*

Zoals eerder aangegeven was er tijdens dit onderzoek niet voldoende – beschikking over – jurisprudentie betreffende de delicten waarop het wetsvoorstel betrekking zal gaan hebben om een jurisprudentieonderzoek te doen naar de werking van artikel 43a WvSr. Om toch enigszins de straftoematingspraktijk van een recidiverende verdachte bij zware delicten inzichtelijk te maken, wordt teruggegrepen naar een onderzoek dat Van Tulder uitvoerde in opdracht van de Raad voor de Rechtspraak.<sup>252</sup> Zijn onderzoek richtte zich onder andere op de mogelijke strafverzwarende werking van de invoering van het onderhavige wetsvoorstel. Om de mogelijke strafverzwaring te kunnen beoordelen, heeft Van Tulder getracht inzichtelijk te maken welke straffen op dit moment worden opgelegd in zaken waarop het wetsvoorstel van toepassing zal zijn. Bij dit onderzoek is de recente verscherping van het wetsvoorstel niet meegenomen. Van Tulder heeft voor zijn onderzoek 209 strafzaken geanalyseerd, die in 2008, 2009 of 2010 door de rechtbank of het gerechtshof behandeld zijn geweest.<sup>253</sup> Hij concludeert dat invoering van het wetsvoorstel tot de meeste strafverzwaring zal leiden bij diefstal/afpersing met geweld. Op moord, doodslag of mishandeling zal het wetsvoorstel het minste effect hebben, wat betreft strafverzwarende werking.<sup>254</sup> Een directe oorzaak voor dit verschil in strafverzwarende werking ontbreekt in het onderzoek. Van Tulder concludeert verder dat in 15% van de zaken de rechter een straf oplegde die hoger ligt dan of gelijk is aan de voorziene minimumstraf. In 85% van de zaken was de straf lager. In die laatste groep is het verschil tussen de minimumstraf en de opgelegde straf drie jaren en vijf maanden.<sup>255</sup> In zijn onderzoek heeft Van Tulder een selectie gemaakt van zaken waarin de invoering van de

---

<sup>252</sup> Zie Van Tulder, 2011.

<sup>253</sup> Van Tulder 2011, p. 5.

<sup>254</sup> Van Tulder 2011, p. 15-16.

<sup>255</sup> Van Tulder 2011, p. 15.



minimumstraf het meeste effect zou hebben. Deze selectie resulteerde in tweeënveertig zaken waarbij de bijzondere minimumstraf minimaal drie jaar hoger ligt dan de opgelegde straf. Binnen deze selectie is gekeken naar de motivering van de strafrechter. Van Tulder concludeert dat de rechter in 69% van deze zaken strafverlichtende omstandigheden aangeeft die leiden tot een relatief minder zware straf. De voornaamste redenen voor de rechter om over te gaan tot strafverlichting, zijn de persoonlijkheidsproblematieken van de dader en de adviezen van experts in die richting. De houding van de dader komt eveneens relatief vaak voor als motivering voor strafverlichting.<sup>256</sup> Deze conclusie komt overeen met de bevindingen uit het eerder beschreven kleinschalige jurisprudentieonderzoek betreffende winkeldiefstallen.

#### **9.4 Tussenconclusie**

Uit het kleinschalige jurisprudentieonderzoek betreffende winkeldiefstallen en het onderzoek van Van Tulder blijkt dat er in de huidige straftoemtingspraktijk met betrekking tot recidive weinig aanleiding bestaat om de bijzondere minimumstraffen in te voeren. De rechter lijkt aan de strafverzwarende omstandigheid van artikel 43a WvSr weinig waarde te hechten wanneer er zich bijzondere omstandigheden voordoen, met name wanneer deze de persoon van de dader betreffen of wanneer er adviezen van experts liggen. Kijkend naar de concrete omstandigheden van het geval, ligt het ook voor de hand dat de rechter aan dergelijke omstandigheden meer waarde toekent. Het komt immers allerminst rechtvaardig dan wel logisch over om een drugsverslaafde, stelselmatige recidivist twee maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf op te leggen, wanneer experts aangeven dat hij beter zou gedijen bij de oplegging van een ISD-maatregel. De invoering van het wetsvoorstel zou betekenen dat – in zaken die onder het wetsvoorstel vallen – weinig tot geen rekening kan worden gehouden met deze omstandigheden van het geval. Het maakt voor de toepassing van het wetsvoorstel bijvoorbeeld niet uit welke straf een verdachte eerder heeft gekregen. De enige voorwaarde is dat de straf een onherroepelijke gevangenisstraf was, opgelegd voor een delict waarop een gevangenisstraf van twaalf jaren of meer staat. Deze voorwaarde kan tot vreemde situaties in de praktijk leiden. Zo kan bij de toepassing van dit wetsvoorstel een persoon die eerder tot twee maanden gevangenisstraf is veroordeeld terzake van brandstichting, dezelfde straf krijgen als een persoon die eerder is veroordeeld tot vijftien jaar gevangenisstraf voor doodslag. Verder zou de invoering van de bijzondere minimumstraf tot een behoorlijke strafverzwaring leiden, met name bij de ‘minder zware’ delicten.

---

<sup>256</sup> Van Tulder 2011, p. 16.

## 9.5 Het cijfermatige aspect: hoeveel zaken worden geraakt door het wetsvoorstel?

Om het daadwerkelijke effect van de invoering van bijzondere minimumstraffen op de straftoemingsvrijheid beter te kunnen beoordelen, dient inzichtelijk gemaakt te worden hoeveel zaken uiteindelijk onder het wetsvoorstel zullen vallen. Om het aantal zaken in de praktijk te kunnen voorspellen, wordt teruggegrepen naar het eerder genoemde onderzoek van Van Tulder over de mogelijke effecten van het wetsvoorstel.<sup>257</sup> Van Tulder heeft in dit onderzoek onder andere getracht de hoeveelheid zaken waarvoor het wetsvoorstel zal gaan gelden inzichtelijk te maken. Hierbij dient nogmaals te worden opgemerkt dat de recente verscherping van het wetsvoorstel niet is meegenomen in het onderzoek van Van Tulder. Deze vaststelling brengt met zich mee dat de conclusie wat betreft het aantal zaken waarop het wetsvoorstel van toepassing zal zijn, genuanceerd moet worden. Van Tulder richtte zich in zijn onderzoek op de strafzaken die door de rechtbanken en gerechtshoven worden behandeld. Van Tulder baseerde zijn bevindingen op een analyse van informatie uit de Elektronische-archieven van de gerechten (hierna: E-archieven). In deze archieven worden de tenlastelegging en het vonnis van strafzaken digitaal opgeslagen. Deze informatie is vervolgens verrijkt met informatie uit de Justitiële Documentatie.<sup>258</sup> Omdat de E-archieven van de gerechten veelal nog in aanbouw zijn en lang niet alle relevante zaken bevatten, heeft Van Tulder op basis van de beschikbare gegevens een indirecte schatting gemaakt van het aantal zaken waarvoor het wetsvoorstel zal gaan gelden. Hierbij zijn alleen de zaken die door de meervoudige kamer worden behandeld in aanmerking genomen. Het was niet mogelijk een schatting te geven van het aantal zaken dat door de enkelvoudige kamer wordt behandeld, nu deze zaken veelal niet in de E-archieven zijn opgenomen. Naar aanleiding van zijn onderzoek, schat Van Tulder dat het wetsvoorstel voor ongeveer 1,8% van de strafzaken die worden behandeld door de meervoudige kamer van de rechtbanken zal gaan gelden. Om dit percentage concreet te maken, wordt door Van Tulder teruggegrepen op de gegevens van het jaar 2009. Als het wetsvoorstel was ingevoerd in 2009, zou het wetsvoorstel op 280 zaken van toepassing zijn geweest. In 2009 zijn in totaal 15.356 zaken behandeld door de meervoudige kamer van de rechtbanken.<sup>259</sup> Het wetsvoorstel zal verder voor ongeveer 0,9% van de strafzaken gaan gelden die worden behandeld door de meervoudige kamer van de gerechtshoven. Van Tulder maakt hierbij de kanttekening dat er sprake kan zijn van een over- of onderschatting, nu nog niet duidelijk is hoe de rechter omgaat met het invullen van het

---

<sup>257</sup> Zie Van Tulder 2011.

<sup>258</sup> Van Tulder 2011, p. 4-5.

<sup>259</sup> Van Tulder 2011, p. 5.

vereiste dat er sprake moet zijn van een ‘ernstige inbreuk op de persoonlijke integriteit’. Daarnaast kan er sprake zijn van overschatting doordat Van Tulder in dit onderzoek geen zaken heeft uitgesloten waarbij de verdachte ‘sterk ontoerekeningsvatbaar’ is.<sup>260</sup> De memorie van toelichting geeft immers aan dat gevallen waarin sprake is van een ernstige psychische afwijking of geestelijke stoornis – met andere woorden: een sterk ontoerekeningsvatbare verdachte – in aanmerking komen voor de toepassing van de hardheidsclausule.<sup>261</sup> Toepassing van de bijzondere minimumstraf blijft in die gevallen achterwege. Het is echter onduidelijk wanneer de rechter in dergelijke gevallen overgaat tot toepassing van de hardheidsclausule. Door toch alle zaken waarbij deze kwestie speelt in het onderzoek mee te nemen, is er een mogelijkheid dat de uiteindelijke resultaten van het onderzoek overschat zijn. Ondanks dat er in dit onderzoek slechts een schatting kan worden gegeven van het aantal zaken dat daadwerkelijk geraakt wordt door het wetsvoorstel, is het duidelijk dat het slechts om een klein deel zal gaan. Hoewel de inbreuk in de specifieke zaak wellicht aanzienlijk is, is het daadwerkelijk effect in de praktijk op de straftoemtingsvrijheid gering. Gelet op de recente verscherping van het wetsvoorstel dient deze conclusie echter genuanceerd te worden. Het vergroten van het toepassingsbereik brengt immers automatisch met zich mee dat meer zaken door het wetsvoorstel worden geraakt en dat de inbreuk op de straftoemtingsvrijheid wordt vergroot.

## **9.6 Tussenconclusie**

Op basis van de vorige paragrafen, kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een ernstige inbreuk op de straftoemtingsvrijheid in de zaken waarvoor het wetsvoorstel zal gaan gelden. Zowel de strafsoort als de strafmodaliteit staan immers vast. Daarnaast hebben de bijzondere minimumstraffen een zeer grote invloed op de strafmaat. Verder geeft de huidige straftoemtingspraktijk in recidivezaken weinig aanleiding om de bijzondere minimumstraffen in te voeren, zo blijkt uit het kleinschalige jurisprudentieonderzoek en het onderzoek van Van Tulder. De rechter kent meer zwaarte toe aan de specifieke omstandigheden van het geval, dan aan de enkele omstandigheid dat de verdachte eerder strafbare feiten heeft begaan. Gelet op de aard van de specifieke omstandigheden van het geval, is een dergelijke straftoemtingspraktijk logisch en rechtvaardig. Daarnaast blijkt uit onderzoek van Van Tulder dat invoering van de bijzondere minimumstraffen – vooral bij de ‘lichte’ delicten – tot strafverzwaring zal leiden. Naast het feit dat de straftoemtingspraktijk

---

<sup>260</sup> Van Tulder 2011, p. 5-6.

<sup>261</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 28.

weinig aanleiding geeft tot invoering, ontbreken tevens een duidelijk omschreven probleem, onderbouwde doelstelling en een deugdelijke argumentatie bij het wetsvoorstel. Er lijkt dan ook weinig rechtvaardiging te bestaan voor de invoering van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel past wel in de legislatieve ontwikkeling waarin het argument van de maatschappelijke veiligheid steeds meer wordt gebruikt om wetswijzigingen door te voeren. Gelet op de ingrijpende aard van deze wetswijziging, mag echter van het kabinet worden verwacht dat deze wijziging afdoende wordt beargumenteerd. Het kabinet lijkt echter in de veronderstelling te zijn dat het doel *alleen* – zonder deugdelijke onderbouwing – ‘de middelen rechtvaardigt’. Gelet op de gevolgen van het wetsvoorstel, is er echter meer nodig om te kunnen spreken van een gerechtvaardigde inbreuk. Tevens dient te worden opgemerkt dat uit de inventarisatie van het aantal zaken waarvoor het wetsvoorstel zal gaan gelden blijkt, dat de inbreuk in zijn algemeenheid gerelativeerd moet worden. Het aantal strafzaken waarvoor het wetsvoorstel in de toekomst zal gaan gelden, is immers gering. De recente verscherping van het wetsvoorstel heeft echter tot gevolg dat het toepassingsbereik van het wetsvoorstel aanzienlijk wordt vergroot. Door het vergroten van het toepassingsbereik, wordt tevens de inbreuk op de straftoemettingsvrijheid in algemene zin vergroot.

### **9.7 Ontsnappingsmogelijkheden en kunstgrepen**

In hoofdstuk twee is beschreven hoe de bijzondere minimumstraffen in het Nederlandse sanctiestelsel in het verleden hebben geleid tot de ontwikkeling van een stelsel van strafverlichtende omstandigheden, waardoor rechters onder bepaalde omstandigheden de oplegging van de bijzondere minimumstraf achterwege konden laten. Zoals eerder aangegeven in dit onderzoek, heeft de rechterlijke macht zich recentelijk in een adviesbrief – naar aanleiding van de consultatieversie van het wetsvoorstel – zeer negatief uitgelaten over het wetsvoorstel.<sup>262</sup> Gelet op deze negatieve houding van de rechterlijke macht, bestaat de kans dat de geschiedenis zich op dit punt zal herhalen en dat de rechters wederom kunstgrepen zullen toepassen zodat zij toch onder de oplegging van de bijzondere minimumstraf uit kunnen komen. In deze paragraaf wordt beschreven – op basis van de informatie uit de memorie van toelichting van het wetsvoorstel – welke mogelijkheden de rechterlijke macht – en zelfs de officier van justitie – heeft om oplegging van de bijzondere minimumstraf te voorkomen.

---

<sup>262</sup> Adviesbrief van de Raad van de Rechtspraak over dit wetsvoorstel is te raadplegen op de site van de Raad voor de Rechtspraak [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)

### **9.7.1 Het vereiste van de ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer**

De memorie van toelichting stelt dat het wetsvoorstel beoogt om de aandacht voor het individuele slachtoffer te vergroten.<sup>263</sup> Deze speciale aandacht voor het slachtoffer komt met name tot uitdrukking in het vereiste dat er sprake moet zijn van een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer. Slechts wanneer de rechter bewezen acht dat er door het plegen van het recidivemisdrijf een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer heeft plaatsgevonden, kan de bijzondere minimumstraf worden opgelegd. In de memorie van toelichting is het volgende opgenomen over dit vereiste:

‘Van belang is te benadrukken dat het wetsvoorstel ten aanzien van het recidivedelict – het misdrijf waarvoor de minimumstraffen zijn voorgeschreven – bepaalt dat dit delict een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer ten gevolge heeft gehad. Daarbij geldt dat een dergelijke inbreuk niet gelijk is te stellen met lichamelijk letsel. Van een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit kan ook sprake zijn zonder dat er lichamelijk letsel is opgelopen. Te denken valt allereerst aan ernstige zedendelicten, maar ook kan worden gedacht aan een gijzeling die een enorme heftige impact kan hebben op het slachtoffer. Anderzijds is er bij lichamelijk letsel wel altijd sprake van een inbreuk op de lichamelijke integriteit. Bij de zware zeden- en geweldsdelicten die onder dit wetsvoorstel vallen, is in beginsel steeds sprake van een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit.’<sup>264</sup>

In de memorie van toelichting is voor de uitleg van dit vereiste aansluiting gezocht bij de omschrijving die het kabinet eerder van dit criterium gaf in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot het beperken van de mogelijkheden om een taakstraf op te leggen voor ernstige zeden- en geweldsmisdrijven, dat tevens aanhangig is in de Tweede Kamer.<sup>265</sup> In de memorie van toelichting behorende bij het wetsvoorstel betreffende de mogelijkheid tot oplegging van een taakstraf, wordt onderstreept dat de ernst van een inbreuk steeds kan verschillen, ondanks dat er wordt verondersteld dat er bij ernstige zeden- en geweldsmisdrijven altijd sprake is van een inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer. De ernst van de inbreuk is dan ook bepalend voor de mogelijkheid om een taakstraf op te leggen, zo wordt in de memorie van toelichting gesteld.<sup>266</sup> Deze nuancering is tevens terug te vinden in de memorie van toelichting van het onderhavige wetsvoorstel nu

---

<sup>263</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 5.

<sup>264</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 21.

<sup>265</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32 169, nr. 3, p. 8-9.

<sup>266</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32 169, nr. 3, p. 9.

daar bijvoorbeeld wordt gesteld dat er bij lichamelijk letsel altijd sprake is van *een inbreuk*. De toevoeging ‘ernstige’ lijkt hier bewust te zijn vermeden. Gelet op deze wijze van formuleren en de verwijzing naar de eerdere toelichting van dit criterium in de memorie van toelichting behorende bij het wetsvoorstel betreffende de mogelijkheid tot oplegging van taakstraf, lijkt de wetgever de rechter hier een zekere beoordelingsvrijheid te willen laten bij de verdere invulling en de toepassing van dit criterium. In deze vrijheid zit daardoor logischerwijs een ontsnappingsmogelijkheid ingebakken voor de rechter. De rechter is immers vrij om te beoordelen of een inbreuk op de lichamelijke integriteit voldoende ernstig is, om daadwerkelijk te spreken van een ernstige inbreuk. Tevens is dit een eerste bevestiging en erkenning van de noodzakelijkheid van een zekere straftoemtingsvrijheid voor de rechter. Uit de toelichting van het kabinet op dit vereiste blijkt wel dat het kabinet een strikte invulling van dit vereiste voor ogen heeft gehad, gelet op de aangehaalde voorbeelden. Het aanwenden van deze ontsnappingsmogelijkheid zal niet snel aan de orde kunnen komen bij een moord of doodslag waarbij de ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit een gegeven is. Echter, bij een zaken waarin deze inbreuk geen geven is of enige vragen oproept, lijkt het niet ondenkbaar dat een rechter een dergelijke kunstgreep zal aanwenden wanneer hij bijvoorbeeld de hoogte van de bijzondere minimumstraf niet proportioneel acht in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval.

### **9.7.2 Verhouding algemene recidiveregeling en bijzondere recidiveregeling**

Het huidige Wetboek van Strafrecht kent een algemene recidiveregeling.<sup>267</sup> Eerder in dit onderzoek zijn de overeenkomsten en de verschillen beschreven tussen de huidige regeling en de bijzondere regeling uit het onderhavige wetsvoorstel. De huidige recidiveregeling is facultatief en ziet toe op misdrijven gepleegd binnen vijf jaar na een eerdere onherroepelijke veroordeling tot een gevangenisstraf voor een soortgelijk misdrijf. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt niet verder uitgeweid over de onderlinge verhouding tussen de algemene regeling van artikel 43a WvSr en de toekomstige, bijzondere regeling. Verder geeft de formulering van de nieuwe artikelen die worden toegevoegd geen aanleiding om aan te nemen dat de bijzondere regeling voorrang heeft op de algemene regeling van artikel 43a WvSr. Het ontbreken van een voorrangregeling kan tot gevolg hebben dat de rechter op misdrijven waarop zowel algemene als de bijzondere regeling kan worden toegepast, de algemene regeling verkiest boven de toekomstige, bijzondere recidiveregeling.

---

<sup>267</sup> Zie voor een uitgebreide bespreking paragraaf 9.3

### **9.7.3 Ontsnappingsmogelijkheid voor de officier van justitie**

Aan de huidige recidiveregeling van artikel 43a WvSr kan slechts toepassing worden gegeven wanneer de officier van justitie de omstandigheid van recidive in de tenlastelegging heeft vermeld en vervolgens bewezen wordt verklaard door de rechter. Uit een uitspraak van de rechtbank Haarlem blijkt overigens dat wanneer de officier van justitie verzuimt om artikel 43a WvSr op te nemen in de tenlastelegging, dit niet tot gevolg heeft dat de rechter geen rekening meer mag houden met het strafrechtelijke verleden van de verdachte bij het toemeten van de straf.<sup>268</sup> De voorgestelde bijzondere recidiveregeling is eveneens slechts toepasbaar wanneer de officier van justitie de recidive ten laste heeft gelegd. In dit vereiste schuilt om die reden dan ook een ontsnappingsmogelijkheid voor de officier van justitie. Door aan te geven in de memorie van toelichting dat de regeling slechts toegepast kan worden wanneer deze ook daadwerkelijk ten laste is gelegd, geeft de wetgever indirect aan dat tevens de mogelijkheid bestaat om de recidive niet ten laste te leggen. Hieruit vloeit voort dat wanneer de officier van justitie de keuze maakt om de recidive niet ten laste te leggen, er ook geen toepassing kan worden gegeven aan de bijzondere recidiveregeling. Uiteraard kan – en naar alle waarschijnlijkheid zal – de rechter rekening houden met de eerdere veroordeling(en), maar de verplichting om de bijzondere minimumstraf op te leggen ontbreekt dan in een dergelijke situatie. Wel moet hierbij worden opgemerkt dat het zelfs in deze situatie het uiteindelijk de rechter is, die bepaalt of het niet opnemen van de recidive in de tenlastelegging daadwerkelijk resulteert in het buiten toepassing laten van de regeling, in die zin dat er een lagere straf dan de voorgeschreven bijzondere minimumstraf wordt opgelegd. Uit de eerder besproken uitspraak van de rechtbank Haarlem blijkt immers, dat de rechter vrij is om een straf op te leggen die qua hoogte gelijk is aan de bijzondere minimumstraf, omdat de rechter het strafrechtelijk verleden als omstandigheid van het geval mee kan laten wegen bij de straftoemeting. Gelet op de negatieve houding van de rechterlijke macht ten aanzien van de bijzondere minimumstraf, is een dergelijke reactie op een tenlastelegging zonder de opname van de recidive echter niet te verwachten.

### **9.7.4 De heersende leer en de rechterlijke overtuiging**

In paragraaf 4.2.4 is uitvoerig ingegaan op de grondslagleer, de gevolgen daarvan voor de strafrechtspraak en de constatering dat de grondslagleer gerelativeerd kan worden om zo onder de toepassing van de bijzondere minimumstraf uit te kunnen komen. Zo zou de rechter

---

<sup>268</sup> Rb. Haarlem 22 september 2010, *LJN* BH7594.

meer nadruk kunnen leggen op hetgeen uit het onderzoek ter terechtzitting of de bewijsmiddelen voortvloeit. De rechter is dan niet meer strikt gebonden aan de bewoording van de tenlastelegging. Een dergelijke wijziging in de grondslag leer heeft tot gevolg dat de rechter makkelijker kan kwalificeren naar lichtere of zwaardere varianten van het ten laste gelegde delict. Deze mogelijke relativering van de grondslag leer is één van de omslagen die de rechterlijke macht kan maken in de zogenaamde heersende leer van strafrechtelijke leerstukken, om zo de oplegging van de bijzondere minimumstraf achterwege te kunnen laten.

Daarnaast kan de rechter bijvoorbeeld een ruimere interpretatie gaan geven aan de bewoordingen van artikel 338 WvSv. In dit artikel is de grondregel van het Nederlandse bewijsstelsel geformuleerd: een rechter mag slechts tot het oordeel komen dat een verdachte een strafbaar feit heeft begaan op basis van wettige bewijsmiddelen én wanneer hij de overtuiging heeft bekomen dat de verdachte het strafbaar feit heeft begaan. Deze hoofdregel brengt het wettelijk bewijsstelsel tot uitdrukking. Daarnaast is het artikel negatief geformuleerd. Het is de rechter immers niet toegestaan om het ten laste gelegde feit bewezen te verklaren wanneer er geen sprake is van het door de wet voorgeschreven minimum aan bewijs.<sup>269</sup> Naast het vereiste van voldoende wettelijk bewijs, dient de rechter de persoonlijke overtuiging te zijn bekomen dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan. De rechter hoeft het begaan van een feit niet bewezen te verklaren wanneer hij niet persoonlijk is overtuigd dat een verdachte het strafbare feit heeft begaan, ongeacht de aanwezigheid van wettige bewijsmiddelen. De rechterlijke overtuiging draagt hierdoor een sterk subjectief karakter. Met name dit subjectieve karakter biedt mogelijkheden voor rechters wat betreft de bijzondere minimumstraf. Doordat de rechter de persoonlijke overtuiging moet zijn bekomen dat een verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan, bestaat altijd de mogelijkheid om een verdachte vrij te spreken, zelfs wanneer er voldoende wettig bewijs voorhanden is. De invoering van de bijzondere minimumstraf zou er toe kunnen leiden dat verdachten vrijgesproken worden met toepassing van een dergelijke kunstgreep, vooral in gevallen waarin de rechter de hoogte van de bijzondere minimumstraf absoluut niet proportioneel acht gelet op bijvoorbeeld de omstandigheden van het geval of de persoonlijkheid van de dader. De veronderstelling dat een dergelijke kunstgreep slechts zal worden aangewend in zeer extreme gevallen, hangt tevens samen met de ethische lading die de rechterlijke overtuiging voor de rechter persoonlijk heeft. Wanneer het overduidelijk is dat een verdachte een strafbaar

---

<sup>269</sup> Keulen & Knigge 2010, p. 474. Overigens zijn deze regels betreffende bewijsminima inmiddels in de praktijk gerelativeerd, zie bijvoorbeeld Corstens 2008, p. 677.



feit heeft begaan, druist het bijna als vanzelfsprekend tegen de natuur van – bij uitstek – een rechter in om een verdachte vrij te spreken. Om in die gevallen dan toch over te kunnen gaan op vrijspraak, zijn zeer bijzondere omstandigheden vereist die het achterwege laten van een veroordeling ook op ethisch niveau kunnen rechtvaardigen.

### **9.7.5 De hardheidsclausule**

Naast het vereiste van een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer van het gepleegde misdrijf, bevat het wetsvoorstel een tweede materieel element. Het wetsvoorstel voorziet namelijk in een zogenaamde hardheidsclausule. Deze hardheidsclausule wordt opgenomen in het toekomstige artikel 43d WvSr en luidt als volgt:

‘De rechter kan uitsluitend een lagere gevangenisstraf opleggen dan krachtens artikel 43c is voorgeschreven indien bestraffing overeenkomstig artikel 43c wegens uitzonderlijke omstandigheden die zich ten tijde of na het begaan van het misdrijf hebben voorgedaan, dan wel die de persoon van de dader betreffen, zou leiden tot een onbillijkheid van zwaarwegende aard’.<sup>270</sup>

Toepassing van de hardheidsclausule heeft volgens de formulering strafvermindering tot gevolg. Het lijkt erop dat het kabinet met deze bepaling niet de bedoeling heeft gehad dat de rechter middels toepassing van de hardheidsclausule in zijn geheel af kan zien van bestraffing. Dit blijkt onder meer uit de toelichting van het kabinet betreffende de mogelijke situaties waarin de hardheidsclausule kan worden toegepast. Het kabinet geeft aan dat bij de toepassing van de hardheidsclausule ‘vooral moet worden gedacht aan de bijzondere situatie waarin een beroep op een strafuitsluitingsgrond niet wordt aanvaard terwijl het daarop betrekking hebbende verweer wel aanleiding geeft tot strafvermindering’.<sup>271</sup> Het kabinet lijkt hiermee te impliceren dat slechts geheel kan worden afgezien van bestraffing met de bijzondere minimumstraf wanneer de rechter het bestaan van een strafuitsluitingsgrond aanneemt. Afgezien van deze toelichting, gaat het kabinet niet verder in op de mogelijkheid om geheel af te zien van strafoplegging bij toepassing van de hardheidsclausule. Overigens wordt met deze toelichting van het kabinet wederom een ontsnappingsmogelijkheid voor de rechter gecreëerd. De rechter heeft immers wat betreft de strafuitsluitingsgronden een zelfstandige onderzoeksplicht, wat inhoudt dat de aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond niet slechts afhankelijk is van het verweer van een verdachte. Zo kunnen uit de stukken van het geding,

---

<sup>270</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 2.

<sup>271</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 28.

ernstige en rechtstreekse vermoedens voortvloeien die wijzen op de aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond.<sup>272</sup> Daarnaast zijn er in de jurisprudentie per strafuitsluitingsgrond criteria ontwikkeld waaraan moet worden voldaan om te komen tot het aanwezig achten van een strafuitsluitingsgrond. Voor het aannemen van de strafuitsluitingsgrond psychische overmacht is bijvoorbeeld niet vereist dat er sprake is van een volstrekte onmogelijkheid om anders te handelen. Wel is vereist dat er bijzondere omstandigheden zijn waardoor anders handelen redelijkerwijs niet van de verdachte kon worden verwacht. Verder moet er sprake zijn van een drang waaraan door de dader geen weerstand kon worden geboden en waaraan de verdachte geen weerstand behoefde te bieden. Psychische overmacht heeft daarnaast een zeker normatief karakter, waardoor de rechter extra speelruimte krijgt om psychische overmacht aanwezig te achten of niet.<sup>273</sup> De invoering van de bijzondere minimumstraf kan tot gevolg hebben dat rechters deze criteria ruimer dan wel anders gaan interpreteren om zo de bestraffing met de bijzondere minimumstraf te voorkomen. Strafuitsluitingsgronden lenen zich hier bij uitstek voor, omdat de criteria van de strafuitsluitingsgronden een zekere interpretatieruimte aan rechters bieden.

Bij de toelichting van de hardheidsclausule gaat het kabinet nader in op situaties waarin sprake is van ontoerekenbaarheid. De memorie van toelichting is wat betreft de toepassing van de hardheidsclausule in deze gevallen niet eenduidig. Allereerst geeft het kabinet aan dat de clausule ziet op uitzonderlijke gevallen van situaties waarin bij de dader sprake is van een verminderde toerekenbaarheid, terwijl het misdrijf wel aan hem kan worden toegerekend. Hierbij wordt expliciet vermeld dat situaties waarin blijkt dat de dader ten tijde van het plegen van het feit verminderd toerekeningsvatbaar was, niet in aanmerking komen voor de toepassing van artikel 43d WvSr. Vereist wordt dat er sprake is van ‘een ernstige psychische afwijking of geestelijke stoornis die in het individuele, zeer specifieke geval bestraffing met een minimumstraf onrechtvaardig zou maken’.<sup>274</sup> Ook hierin zit een zekere speelruimte voor de rechter, nu nooit met zekerheid vast is te stellen wanneer er sprake is van een ernstige psychische afwijking en wanneer er ‘slechts’ sprake is verminderde toerekeningsvatbaarheid ten tijde van het plegen van het delict. Hierbij kan men zich afvragen of een stoornis van tijdelijke aard onmogelijk is.

---

<sup>272</sup> Corstens 2008, p. 730.

<sup>273</sup> De Hullu 2009, p. 292-293.

<sup>274</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 2.

### *De link met het rechterlijk pardon*

In paragraaf 4.2.7 is uitgebreid ingegaan op het zogenaamde rechterlijk pardon. Artikel 9a WvSr – waarin het rechterlijk pardon is opgenomen – geeft de rechter een mogelijkheid om geen straf of maatregel op te leggen in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan dan wel die zich nadien hebben voorgedaan. Het wetsvoorstel voorziet in een toevoeging aan het bestaande artikel 9a WvSr, inhoudende dat aan het rechterlijk pardon geen toepassing kan worden gegeven wanneer er sprake is van een geval waarin de bijzondere minimumstraf dient te worden opgelegd. Toch lijkt het rechterlijk pardon enigszins haar bestaansrecht behouden te hebben, gelet op de formulering van de hardheidsclausule. Zo komen zowel de persoonlijkheid van de dader als de omstandigheden waaronder het feit is begaan dan wel die zich na het begaan van het feit hebben voorgedaan, terug in de formulering van de hardheidsclausule. Er is echter een aantal verschillen waarneembaar wat betreft de formulering van deze elementen. De hardheidsclausule is slechts toepasbaar in geval van *uitzonderlijke* omstandigheden die zich ten tijde of na het begaan van het misdrijf hebben voorgedaan, dan wel die de persoon van de dader betreffen. In deze formulering zit de persoonlijkheid van de dader ingebakken in de ‘uitzonderlijke omstandigheden’. Vereist wordt dus dat de omstandigheid met betrekking tot de persoon van de dader, uitzonderlijk is. In artikel 9a WvSr worden de omstandigheden van het geval en de persoonlijkheid van de dader gezien als elementen die los van elkaar staan. Daarnaast moet de aanwezigheid van de uitzonderlijke omstandigheden bij de hardheidsclausule leiden tot een ‘onbillijkheid van zwaarwegende aard’. De hardheidsclausule is daarmee enger geformuleerd dan het rechterlijk pardon. Of dit nuanceverschil tussen de hardheidsclausule en het rechterlijk pardon een bewuste keuze is geweest, wordt in de memorie van toelichting niet verder toegelicht. Wel is de formulering van de hardheidsclausule een eerste aanwijzing dat de bedoeling van het kabinet is geweest om de hardheidsclausule strikt uit te leggen en slechts in een zeer beperkt aantal gevallen toe te passen. De inbreuk op de straftoemettingsvrijheid wordt met het bestaan van de hardheidsclausule dan ook slechts in een zeer beperkte mate gerelativeerd.

### *De gelijkens tussen het rechterlijk pardon en de hardheidsclausule*

Hoewel de hardheidsclausule uit het wetsvoorstel enger geformuleerd is dan het reeds bestaande rechterlijk pardon, blijven er voldoende gelijknissen over die zouden kunnen impliceren dat de hardheidsclausule niet meer is dan een herformulering van het rechterlijk pardon. Het is van belang om deze mogelijkheid te onderzoeken, met het oog op de aantasting

van de straftoematingsvrijheid. Als de hardheidsclausule niet meer is dan een herformulering van het rechterlijk pardon, dan heeft de rechter met de hardheidsclausule een belangrijk instrument in handen om de schade aan de straftoematingsvrijheid te herstellen. De rechter zou dan immers het toepassingsbereik van de hardheidsclausule kunnen oprekken en in overeenstemming kunnen brengen met het toepassingsbereik van het rechterlijk pardon, al dan niet in strijd met de bedoeling van het kabinet. Om te bezien in welke mate het rechterlijk pardon kan blijven voortbestaan in de nieuwe hardheidsclausule, moet allereerst de reikwijdte van beide artikelen worden vastgesteld.

### *Reikwijdte van het huidige rechterlijk pardon*

In de memorie van toelichting van de Wet Vermogenssancties werd een tweetal situaties aangehaald om aan te geven in welke gevallen artikel 9a WvSr toegepast kan worden. Het eerste voorbeeld betrof een ongeneeslijk zieke verdachte, het tweede voorbeeld betrof het overlijden van een naast familielid dat slachtoffer was van een door de verdachte gepleegd culpoos delict.<sup>275</sup> Omdat deze twee situaties weinig aanknopingspunten bieden om de werkelijke reikwijdte van artikel 9a WvSr te bepalen, is de toepassing van artikel 9a WvSr in de praktijk onderzocht middels een kleinschalig jurisprudentieonderzoek. Hieruit bleek dat artikel 9a WvSr – buiten de in de hierboven genoemde situaties – in onder andere de volgende situaties wordt toegepast:

- Bedreiging met geweld door een familielid van het slachtoffer waarbij is gebleken dat de familiale situatie inmiddels weer gestabiliseerd is<sup>276</sup>;
- Mishandeling van een ambtenaar in functie terwijl de dader zich ten tijde van zijn berechting in verband met zijn psychische problematiek in een inrichting bevond<sup>277</sup>;
- Het plegen van kindermishandeling gepleegd door een crèche medewerkster door de hoofdjes van kinderen in de leeftijd van 10 tot 14 maanden onder koud stromend water te houden. De verdachte in deze zaak was echter nog nooit eerder in aanraking geweest met justitie en is naar aanleiding van de feiten door haar werkgever direct op staande voet ontslagen. Om die reden zou een werkstraf geen toegevoegde waarde meer hebben volgens de Haagse rechtbank<sup>278</sup>;
- Verkeersongevallen waarbij de verdachte handelt zoals dit in de praktijk gebruikelijk is. Deze veelvoorkomende handeling is echter in strijd met de wet. In deze zaak wilde

<sup>275</sup> Kamerstukken II 1977/78, 15 012, nr. 1-3, p. 23.

<sup>276</sup> Hof Leeuwarden 5 juli 2011, LJV BR0727.

<sup>277</sup> Hof Leeuwarden 15 februari 2011, LJV BP4469.

<sup>278</sup> Rb. 's-Gravenhage 25 november 2010, LJV BO5136.

de bestuurder van een trekker met oplegger een inrit indraaien waarbij een tegenligger in botsing kwam met de oplegger en uiteindelijk overleed aan zijn verwondingen. Het Hof oordeelde dat – hoewel er sprake was van relevante strafrechtelijke schuld in de zin van artikel 5 WW – aan de verdachte geen straf of maatregel zou worden opgelegd, gelet op de wijze waarop de manier van inparkeren in de praktijk veelvuldig voorkomt bij grote voertuigen;<sup>279</sup>

- Verkeersovertredingen waarbij de overtreder een hoge leeftijd heeft<sup>280</sup>;
- Situaties waarin een meerderjarig persoon gemeenschap heeft gehad met een persoon die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt. Hierbij zijn het strafrechtelijk verleden van de verdachte en het gedrag van de minderjarige ten aanzien van de verdachte, doorslaggevende factoren<sup>281</sup>;
- Zaken waarin oplegging van een straf of maatregel geen strafdoel meer dient zoals in situaties waarin het delict niet ernstig is en meerdere jaren geleden plaats heeft gevonden of wanneer het slachtoffer en dader inmiddels hun relatie hebben hersteld<sup>282</sup>.

Uit de hierboven beschreven situatieschetsen blijkt dat artikel 9a WvSr voornamelijk wordt gebruikt in gevallen waarin het overduidelijk is dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit, maar het niet *rechtvaardig* wordt geacht om een straf of maatregel op te leggen, gelet op de omstandigheden van het geval. Bij de beslissing om toepassing te geven aan artikel 9a WvSr spelen factoren zoals leeftijd van de verdachte, het te dienen strafdoel, de huidige situatie tussen dader en slachtoffer en de impact op de dader vaak een prominente rol. In alle zaken overheerst een zekere gewetenswroeging bij rechters. Oplegging van een straf ‘voelt’ onrechtvaardig aan waardoor de rechter het niet proportioneel acht een straf op te leggen. Het rechterlijk pardon heeft dan ook een zeer sterk subjectief karakter. Over de situaties waarin artikel 9a WvSr kan worden toegepast, kan dan ook slechts worden geconcludeerd dat het voornamelijk zaken betreft waarbij het vaststaat dat de verdachte het feit heeft begaan, maar strafoplegging overduidelijk leidt tot een zeer onrechtvaardige situatie.

#### *Reikwijdte van de hardheidsclausule*

Om een beeld te krijgen van de situaties waarin de hardheidsclausule van het toekomstige artikel 43d WvSr kan worden toegepast, wordt teruggegrepen naar de memorie van

---

<sup>279</sup> Hof Arnhem 4 november 2004, nr. 21/001907-3.

<sup>280</sup> Rb. Zwolle 17 mei 2011, *LJN* 4771.

<sup>281</sup> Rb. Roermond 3 maart 2009, *LJN* BH6044.

<sup>282</sup> Hof Leeuwarden 10 mei 2005, *LJN* BQ3984 en Hof Arnhem 14 september 2009 *LJN* BJ7643.

toelichting van het wetsvoorstel. Hierin wordt allereerst een algemene omschrijving gegeven van de gevallen waarin toepassing kan worden gegeven aan de hardheidsclausule:

‘Het gaat (...) derhalve om de uitzonderlijke gevallen waarin buiten twijfel staat dat bij de waardering van de persoon van de dader of de zeer specifieke omstandigheden waaronder het feit is begaan dan wel die zich nadien hebben voorgedaan een dermate afwijkend element speelt dat bestraffing binnen de bandbreedte van het wettelijk minimum en het wettelijk maximum als onbillijk en onrechtvaardig moet worden beschouwd.’<sup>283</sup>

Allereerst vloeit uit de bovenstaande toelichting voort dat het kabinet heeft beoogd dat de hardheidsclausule slechts wordt toegepast in zeer uitzonderlijke gevallen. Uitgangspunt blijft de oplegging van de bijzondere minimumstraf. Opvallend aan deze passage over de toepassing van de hardheidsclausule, is de nadruk die wordt gelegd op de billijkheid en rechtvaardigheid. In deze omschrijving komt – evenals bij het rechterlijk pardon – duidelijk naar voren dat de hardheidsclausule slechts kan worden toegepast in die gevallen waarin het overduidelijk is dat strafoplegging leidt tot een zekere onrechtvaardigheid. Verder zijn in deze omschrijving een aantal termen opgenomen waarmee een grote interpretatieruimte voor de rechter wordt gecreëerd zoals ‘uitzonderlijke gevallen’, ‘dermate afwijkend element’, ‘onbillijk’ en ‘onrechtvaardig’. Het kabinet lijkt zich bewust van deze interpretatieruimte en geeft daarom een aantal concrete voorbeelden van situaties die aanleiding geven tot toepassing van de hardheidsclausule:

- Bijvoorbeeld de situatie waarin een vrouw lange tijd het slachtoffer is geweest van ernstig huiselijk geweld waarbij zij geterroriseerd en vernederd wordt door haar man. Vervolgens bevrijdt zij zich hiervan door de man te doden. Het kabinet stelt zich in deze situatie op het standpunt dat – zelfs wanneer de vrouw eerder is veroordeeld voor een ernstig misdrijf – het onredelijk en onbillijk blijft voor deze daad de minimumstraf van vijftien jaren gevangenisstraf op te leggen;
- Verder worden de situaties aangehaald waarin de slachtoffers een zekere mate van medeschuld hebben zoals geweld tegen een vader die jarenlang een gezin tiranniseert, gevallen die grenzen aan noodweerexces en gevallen van provocatie;
- Wat betreft omstandigheden die verband houden met het handelend optreden van de dader geeft het kabinet het voorbeeld van een brandstichting waarbij de dader

---

<sup>283</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 2.

wroeging krijgt en hiervan blijkt geeft door goederen en personen in veiligheid te brengen;

- Ten slotte wordt het geven van openheid van zaken tijdens het strafrechtelijk onderzoek door een lid van een criminele organisatie in weerwil van een sfeer van intimidatie, genoemd als voorbeeld van een omstandigheid die zich heeft voorgedaan na het plegen van het feit.<sup>284</sup>

Gelet op de beschrijving van de reikwijdte van beide bepalingen, bestaat er één duidelijke overeenkomst tussen de hardheidsclausule en het rechterlijk pardon. Beide artikelen zijn slechts toepasbaar wanneer het een situatie betreft waarin het duidelijk is dat oplegging van een straf – of dit nu een straf an sich of de bijzondere minimumstraf betreft – een onrechtvaardige situatie tot gevolg heeft. Bij de hardheidsclausule wordt deze situatie nader gespecificeerd naar een ‘onbillijkheid van zwaarwegende aard’. Door het vereiste dat de onbillijkheid van zwaarwegende aard moet zijn, is de hardheidsclausule enger geformuleerd dan het rechterlijk pardon. Omdat de bijzondere minimumstraf echter toeziet op zeer forse gevangenisstraffen, zal het de rechter weinig moeite kosten om deze onbillijkheid aan te tonen of aan te nemen. Een voorbeeld ter verheldering. Het kabinet noemt als mogelijke situatie waarin de hardheidsclausule kan worden toegepast, de situatie van een vrouw die jarenlang het slachtoffer is geweest van huiselijk geweld die uiteindelijk haar man om het leven brengt. Indien de rechter zou besluiten om de vrouw een gevangenisstraf van vijftien jaar op te leggen, wordt de zwaarwegendheid van de onbillijkheid veroorzaakt door de duur van de straf. Omdat de bijzondere minimumstraf bij uitstek voorziet in hoge straffen, zal de zwaarwegende aard van de onbillijkheid in die zin altijd een gegeven zijn, die weinig aanvullende motivering behoeft. Door het element van een ‘onbillijkheid van zwaarwegende aard’ op deze manier uit te leggen, zijn de eerste stappen gezet om het toepassingsbereik van de hardheidsclausule op te rekken.

Of nu wordt gesproken van onrechtvaardigheid of onbillijkheid, zowel het rechterlijk pardon als de hardheidsclausule bevat een zekere interpretatieruimte – en dus straftoemettingsvrijheid – voor de rechter. Gelet op de soortgelijke factoren die een rol spelen bij de beoordeling of toepassing wordt gegeven aan de hardheidsclausule dan wel het rechterlijk pardon en het feit dat beide artikelen alleen kunnen worden toegepast wanneer dit een onrechtvaardige situatie

---

<sup>284</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 30.

tot gevolg heeft, bestaat er niet veel verschil in de grote van de interpretatieruimte van beide artikelen. Er is immers geen duidelijke maatstaf om te bepalen of een situatie onrechtvaardig is of niet. Deze afweging wordt volledig aan de rechter overgelaten. Daarnaast is het vaststellen van onrechtvaardigheid in beide gevallen een gewetenskwestie. De hardheidsclausule lijkt daarmee ook niet meer te zijn dan een variant op het huidige rechterlijk pardon die specifiek toeziet op de zwaardere delicten. Deze vaststelling impliceert dat de rechter met de hardheidsclausule een sterk instrument in handen heeft om haar straftoemingsvrijheid te herstellen door de het toepassingsbereik ervan op te rekken waardoor de hardheidsclausule dezelfde werking krijgt als artikel 9a WvSr. Dat de rechter de mogelijkheid heeft om de straftoemingsvrijheid te herstellen, betekent echter niet dat de inbreuk op de straftoemingsvrijheid daarmee gerechtvaardigd wordt. De bedoeling van het kabinet is immers geweest om de hardheidsclausule slechts toe te passen in zeer uitzonderlijke gevallen, waarbij bestraffing het uitgangspunt blijft. Een andere bedoeling zou haaks op het karakter van de bijzondere minimumstraf staan. Het gaat dus in beginsel om een zeer beperkte uitzonderingsmogelijkheid, die de inbreuk op de straftoemingsvrijheid in een zeer beperkte mate relateert. Dat de rechter – door oprekking van het toepassingsbereik van de hardheidsclausule – de mogelijkheid heeft om de inbreuk op de straftoemingsvrijheid te herstellen, is echter geen rechtvaardiging voor de inbreuk zelf.

### *Een tegenstrijdigheid*

Het kabinet is zichzelf terdege bewust van de interpretatieruimte die de rechter heeft bij de toepassing van de hardheidsclausule, zo blijkt uit de toelichting van het kabinet. Zo wordt het volgende opgemerkt in de memorie van toelichting over de bepaling van het toepassingsbereik van de hardheidsclausule:

‘Het vinden van het precieze bereik van de toepassing van het voorgestelde artikel 43d Sr zal ook een kwestie van rechtsvorming zijn. Daarbij zij evenwel benadrukt dat deze bepaling uitdrukkelijk niet is bedoeld als straftoemingsinstrument, maar uitsluitend bestemd is voor gevallen van bijzondere hardheid. In dergelijke uitzonderlijke gevallen moet het aan de prudentie en de professionaliteit van de rechter worden overgelaten om te beoordelen of bestraffing binnen de bandbreedte van de geldende strafminima en strafmaxima in een concrete situatie van recidive tot een onredelijk en disproportioneel resultaat zal leiden. (.....) Juist in die gevallen waar het gaat om zeer specifieke omstandigheden van het individuele geval komt het er op aan dat de rechter, nog meer dan anders, expliciet de afweging



tussen het belang van de slachtoffers, de ernst van de schade, de persoon van de dader, de inbreuk op de rechtsorde en het beschermde rechtsgoed een plaats geeft in het vonnis.<sup>285</sup>

Hoewel het kabinet aangeeft dat de hardheidsclausule niet is bedoeld als straftoemingsinstrument, geeft de hierboven beschreven vergelijkbaarheid met het rechterlijk pardon voldoende aanleiding om te concluderen dat de hardheidsclausule bij uitstek het instrument is om de straftoemingsvrijheid van de rechter te laten gelden. De hierboven weergegeven toelichting van het kabinet doet aan deze vaststelling niets af. Enerzijds probeert het kabinet middels concrete voorbeelden het toepassingsbereik van de clausule nader te specificeren, anderzijds wordt erkend dat het precieze bereik nooit kan worden vastgesteld en dat rechtsvorming hierover uitsluitel zal moeten bieden. Met deze tegenstrijdigheid wordt dan ook de voornaamste ontsnappingsmogelijkheid voor de rechter gecreëerd. Hoewel de straftoemingsvrijheid in een concrete strafzaak aanzienlijk wordt beperkt, blijkt uit de alle beschreven ontsnappingsmogelijkheden dat de rechter behoorlijk wat mogelijkheden heeft om onder de toepassing van de bijzondere minimumstraf uit te kunnen komen.

---

<sup>285</sup> Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, p. 30-31.

## 10. Samenvatting en conclusies

In dit onderzoek is onderzocht of de invoering van de bijzondere minimumstraffen zoals voorgesteld in het concept-wetsvoorstel van 23 maart 2011, een ongerechtvaardigde inbreuk vormt op de straftoemingsvrijheid van de strafrechter. Hierbij is tevens diepgaand onderzoek verricht naar de – gepretendeerde – omvang van de straftoemingsvrijheid en de begrenzendende factoren in dit verband. In dit laatste hoofdstuk worden de belangrijkste bevindingen uit dit onderzoek uiteengezet en omgezet in conclusies ter beantwoording van de centrale onderzoeksvraag.

### *De beweegredenen rondom de toekenning van de straftoemingsvrijheid*

In hoofdstuk twee is aan de hand van de geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, de keuze van de wetgever om de strafrechter een ruime straftoemingsvrijheid toe te kennen beschreven. Uit deze beschrijving bleek dat de straftoemingsvrijheid van de rechter niet altijd vanzelfsprekend is geweest, met name in de periode dat bijzondere minimumstraffen deel uitmaakten van het Nederlandse sanctierecht. In 1886 werd het systeem van bijzondere minimumstraffen vervangen door een systeem van algemene strafminima en –maxima per strafsoort en bijzondere strafmaxima per delict. Er bestonden twee redenen voor afschaffing van het stelsel van bijzondere minimumstraffen. Allereerst had de wetgever in 1886 de wens om de rechter veel ruimte te laten bij de straftoeming. Deze wens hing voornamelijk samen met het grote vertrouwen dat de wetgever in de rechter stelde. Daarnaast werd het systeem van bijzondere strafminima vele malen aangepast en gecorrigeerd door rechters die zich in zekere zin ‘tegen de wet’ keerden. Deze houding van de rechterlijke macht resulteerde in een systeem van verzachtende omstandigheden. Enerzijds kan uit deze blik in het verleden worden geconcludeerd dat invoering van bijzondere minimumstraffen niet onmogelijk is. Anderzijds kan worden geconcludeerd dat een stelsel van bijzondere minimumstraffen de nodige problemen met zich mee kan brengen, zeker wanneer de rechterlijke macht zich tegen de bijzondere minimumstraf keert.

### *De omvang van de straftoemingsvrijheid en begrenzendende factoren*

In hoofdstuk drie tot en met zes is nader ingegaan op de omvang van de straftoemingsvrijheid. Aan de hand van een uitvoerige beschrijving van mogelijke begrenzendende factoren die de straftoemingsvrijheid van de rechter kunnen beperken, zijn de grenzen aan de straftoemingsvrijheid van de rechter in kaart gebracht. De wet blijkt de

rechter in een zeer beperkte mate te begrenzen wat betreft de vrijheid om een straf toe te meten, zo blijkt uit de beschrijving van hoofdstuk vier. De bandbreedte waarbinnen de rechter zijn straf kan bepalen wordt slechts begrensd door algemene strafminima en -maxima en door de per delictsomschrijving gegeven strafmaxima. De wetgever heeft weliswaar algemene en bijzondere strafbeïnvloedende omstandigheden opgenomen in het Wetboek van Strafrecht, maar bij vrijwel alle omstandigheden gaat het om een discretionaire bevoegdheid waarmee de rechter rekening *kan* houden bij het toemeten van de straf. Er dient in deze gevallen dan ook eerder gesproken te worden van aanwijzingen dan van begrenzingen. Overigens is het niet zo dat deze omstandigheden daardoor geen invloed kunnen hebben op de straftoemeting. Het is immers voorstelbaar dat de rechter rekening houdt met de aanwijzingen, juist omdat deze afkomstig zijn van de wetgever. Dat de rechter niet verplicht is om de aanwijzingen mee te nemen bij de straftoemeting, maakt echter dat de straftoemetingsvrijheid onaangetast blijft. De ruime straftoemetingsvrijheid wordt door de wetgever extra bevestigd door in de wet de mogelijkheid op te nemen om af te zien van het opleggen van een straf of maatregel. In het formele recht wordt de straftoemetingsvrijheid indirect beïnvloed door de motiveringsverplichtingen uit artikel 359 WvSv. De rechter zal immers niet snel een straf opleggen die hij niet kan verantwoorden, gelet op de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie. De procedure omtrent de totstandkoming van de strafbeslissing is vrijwel ongenormeerd gelaten door de wetgever.

Naast de wet, zijn in hoofdstuk vijf tevens het eigen beleid van de rechterlijke macht en de eis van de officier van justitie als mogelijke begrenzende factoren onderzocht. Wat betreft het eigen beleid van de rechterlijke macht, is in dit hoofdstuk geconstateerd dat de rechter niet verplicht is dit beleid toe te passen of te volgen. Gelet op de wens om te komen tot een meer consistente straftoemeting, ligt het echter wel in de lijn der verwachting dat rechters het beleid zullen volgen en toepassen. Verder is in hoofdstuk vijf geconstateerd dat de officier van justitie door de tenlastelegging in zekere zin de omvang van het geding bepaalt en dus een invloed heeft op de straftoemetingsvrijheid. De rechter mag immers niet meer opleggen dan het strafmaximum dat is gesteld aan het tenlastegelegde delict. Het komt in de praktijk echter maar weinig voor dat de rechter het strafmaximum oplegt. Hierdoor wordt de invloed van de tenlastelegging op de straftoemetingsvrijheid genuanceerd. De rechter is daarnaast niet gehouden om de eis van de officier van justitie te volgen. De strafeis wordt door de rechter in de praktijk wel beschouwd en gebruikt als een leidraad bij de straftoemeting. Evenals bij het

gebruik van het eigen beleid van de rechterlijke macht, hangt dit samen met de wens om te komen tot een meer consistente straftoemeting.

In hoofdstuk zes is ten slotte de invloed van de cassatierechtspraak op de straftoemetingsvrijheid beschreven. Hoewel strafoplegging een discretionaire taak van de lagere rechters is, kan de Hoge Raad indirect invloed uitoefenen op de straftoemeting. Zo kan de Hoge Raad een arrest vernietigen op grond van onjuiste toepassing van het recht of een ondeugdelijke motivering van de strafmaat. De invloed gaat echter niet verder dan de grenzen die het materiële recht aan de straftoemeting stelt. Daarnaast staat het de lagere rechters vrij om de jurisprudentie van de Hoge Raad in de wind te slaan. Gelet op de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie, komt het in de praktijk – logischerwijs – echter weinig voor dat lagere rechters afwijken van de jurisprudentie van de Hoge Raad. De invloed van cassatierechtspraak op de straftoemetingsvrijheid is daarmee vergelijkbaar met de invloed van het eigen beleid van de rechterlijke macht en de invloed van de strafeis van het OM. Hoewel de straftoemetingsvrijheid in de kern onaangetast blijft, kennen de rechters gewicht toe aan de jurisprudentie van de Hoge Raad, het eigen beleid en de strafeis van het OM bij het toemeten van een straf. Verder bestaat er een belangrijk verband tussen de Hoge Raad en de straftoemetingsvrijheid, gelet op de komst van de bijzondere minimumstraf. Met het oog op de negatieve houding van de rechterlijke macht ten aanzien van de bijzondere minimumstraf, bestaat immers de mogelijkheid dat rechters mogelijkheden gaan creëren om onder de oplegging van de bijzondere minimumstraf uit te komen. De Hoge Raad speelt in het creëren van deze mogelijkheden een belangrijke rol. Zo kan de Hoge Raad een omslag maken in de heersende leer betreffende bepaalde leerstukken. Dat een dergelijke reactie vanuit de rechterlijke macht niet ondenkbaar of onmogelijk is, blijkt uit de eerdere bespreking van de geschiedenis van de het Wetboek van Strafrecht en de keuze voor toekenning van een ruime straftoemetingsvrijheid in hoofdstuk twee.

#### *Een eerste antwoord op de centrale onderzoeksvraag*

Naar aanleiding van de beschrijving van de mogelijke begrenzende factoren, kan de conclusie worden getrokken dat de strafrechter in Nederland slechts door het bestaan van algemene strafmaxima en –minima en het geldende strafmaximum per delict daadwerkelijk wordt begrensd wat betreft het toemeten van een straf. Daarnaast is de rechter – op grond van de strenge grondslagleer – gebonden aan de bewoordingen van de tenlastelegging. De tenlastelegging bepaalt in die zin de omvang van het geding. Overigens zijn er verschillende

factoren die van invloed zijn op de straftoemeting zelf. Hoewel rechters in de praktijk rekening houden met het bestaan van deze factoren – bijvoorbeeld om de consistentie van de rechtspraak te dienen – zijn rechters bijna nooit *verplicht* om de factoren mee te nemen bij de straftoemeting. De straftoemetingsvrijheid blijft daardoor vrijwel onaangetast. Gelet op het ontbreken van verdere begrenzings, is de straftoemetingsvrijheid van de rechter dan ook zeer omvangrijk te noemen.

#### *Het concept-wetsvoorstel van 23 maart 2011*

In hoofdstuk acht is het concept-wetsvoorstel van 23 maart 2011 geanalyseerd om de achterliggende gedachte, argumentatie en eventuele rechtvaardiging van het wetsvoorstel die hieruit zou kunnen blijken, te onderzoeken. Uit deze analyse bleek allereerst dat de rechter verplicht is over te gaan tot oplegging van de bijzondere minimumstraf wanneer er is voldaan aan de volgende voorwaarden:

- De omstandigheid van recidive moet zijn opgenomen in de tenlastelegging;
- De verdachte moet eerder zijn veroordeeld tot een onherroepelijke gevangenisstraf voor het plegen van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van twaalf jaar of meer is gesteld;
- Ten tijde van het begaan van het misdrijf zijn nog geen tien jaren verlopen sinds een onherroepelijke vroegere veroordeling van de schuldige tot een gevangenisstraf wegens het plegen van het misdrijf;
- Het misdrijf heeft een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer tot gevolg gehad.

Uit een nadere analyse van de memorie van toelichting bleek, dat het kabinet vaag is over het bestaan van een op te lossen probleem. Hoewel er sprake is van duidelijke doelstellingen – maatschappijbeveiliging en het vergroten van de aandacht voor het slachtoffer – laat de argumentatie ten aanzien van deze doelstelling te wensen over. Zo wordt in de memorie van toelichting bijvoorbeeld niet toegelicht waarom de invoering van bijzondere minimumstraffen de enige en meest doelmatige methode is om de doelstelling te bereiken. Hoewel een bestaand probleem en een beargumenteerde doelstelling geen verplichte elementen zijn voor een wetsvoorstel, mag van het kabinet worden verwacht dat een ingrijpende wijziging in het sanctiestelsel voldoende wordt beargumenteerd. Door het ontbreken van deze elementen, kunnen wel vraagtekens worden gesteld bij de achterliggende gedachte van het wetsvoorstel, zeker gelet op de gesignaleerde politieke trend waarbij maatschappijbeveiliging steeds meer

als reden wordt aangevoerd om ingrijpende wetwijzigingen door te voeren en het veranderende politieke klimaat in combinatie met de roep vanuit de samenleving om zwaardere straffen. Mevis stelt in dit verband dat het lijkt of het de politiek te doen is om op enige wijze invloed te verkrijgen op de strafmaat. Wellicht hangt deze wens van de politiek samen met een afnemend vertrouwen in de strafrechter of een veranderend standpunt van de huidige wetgever wat betreft de strafdoelen. Hoewel dit onderzoek niet heeft beoogd om het precieze doel van het wetsvoorstel te achterhalen, is het in het kader van de rechtvaardigheid van het wetsvoorstel niet onbelangrijk om vast te stellen dat de achterliggende gedachte van het wetsvoorstel enige vragen oproept.

#### *Een eerste oordeel over de omvang van de inbreuk op de straftoemingsvrijheid*

In hoofdstuk negen is uiteengezet hoe de straftoemingsvrijheid van de strafrechter in een concrete strafzaak geraakt wordt, wanneer het concept-wetsvoorstel wordt ingevoerd. Uit een eerste inventarisatie blijkt dat er sprake is van een grote inbreuk op de straftoemingsvrijheid van de rechter. Na de invoering van dit wetsvoorstel staan immers de strafsoort en strafmodaliteit in de concrete strafzaak vast, waarbij de rechter zeer weinig mogelijkheden heeft om de omstandigheden van het geval te overwegen en mee te nemen bij de strafoplegging. Daarnaast heeft het wetsvoorstel een grote invloed op de strafmaat. De bandbreedte waarbinnen de rechter zijn straf kan toemeten wordt aanzienlijk verkleind. Verder is toepassing van het rechterlijk pardon uitgesloten wanneer een strafzaak binnen het bereik van het wetsvoorstel valt. De straftoemingsvrijheid die overblijft als gevolg van de invoering van de bijzondere minimumstraf staat dan ook in schril contrast met de straftoemingsvrijheid die de rechter geniet in zaken die niet onder het wetsvoorstel vallen.

#### *Omstandigheden die de inbreuk relativeren, vergroten of rechtvaardigen*

Om een beter beeld te krijgen over de omvang van de inbreuk op de straftoemingsvrijheid en de rechtvaardiging van deze inbreuk, is in hoofdstuk negen een aantal omstandigheden onderzocht die de inbreuk op de straftoemingsvrijheid kunnen relativeren, vergroten of rechtvaardigen. Allereerst is in dit kader de straftoemingspraktijk in geval van recidive onderzocht. Aan de hand van een kleinschalig jurisprudentieonderzoek kan worden geconstateerd dat de omstandigheid van recidive bij de straftoeming meestal naar de achtergrond verdwijnt, wanneer zich bijzondere omstandigheden voordoen zoals verslavingsproblematieken of persoonlijkheidsproblematieken. Hoewel deze vaststelling juist lijkt te pleiten vóór invoering van het wetsvoorstel, wordt de rechtvaardigheid van een straf in een

concrete strafzaak meer gediend wanneer het accent bij de straftoemeting op deze bijzondere omstandigheden komt te liggen in plaats van op de enkele omstandigheid van recidive, zeker gelet op de aard van de bijzondere omstandigheden. Uit onderzoek van Van Tulder blijkt verder dat invoering van het wetsvoorstel zal leiden tot een behoorlijke strafverzwaring, met name bij de ‘lichtere’ delicten. Naar aanleiding van de bevindingen uit het kleinschalige jurisprudentieonderzoek en het onderzoek van Van Tulder kan worden geconcludeerd dat de huidige straftoemetingspraktijk in gevallen van recidive onvoldoende aanleiding geeft om tot invoering van bijzondere minimumstraffen over te gaan.

Naast de straftoemetingspraktijk, is in hoofdstuk negen tevens het cijfermatige aspect van dit wetsvoorstel onderzocht waarbij is teruggegrepen naar het eerder genoemde onderzoek van Van Tulder. Naar aanleiding van zijn onderzoek schat Van Tulder dat het concept-wetsvoorstel van toepassing zal zijn op ongeveer 280 zaken die worden behandeld door de meervoudige kamer van de rechtbank. Hij baseert dit percentage op cijfers uit 2009. In 2009 werden 15.356 strafzaken behandeld door de meervoudige kamer van de rechtbanken. Uit dit onderzoek kan dan ook worden geconcludeerd dat het wetsvoorstel *in deze vorm* slechts een klein deel van alle strafzaken zal gaan raken. Deze vaststelling relativeert dan ook in bepaalde mate de inbreuk op de straftoemetingsvrijheid van de rechter in algemene zin. Ten tijde van de afronding van dit onderzoek, besloot de ministerraad echter in te stemmen met een verscherping van het concept-wetsvoorstel waardoor het toepassingsbereik van het uiteindelijke wetsvoorstel aanzienlijk wordt vergroot. Het wetsvoorstel is – als gevolg van deze verscherping – van toepassing op gevallen waarin sprake is van recidive van ernstige delicten waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van minimaal acht jaren of meer is gesteld. In het concept-wetsvoorstel dat ten grondslag lag aan dit onderzoek, is het toepassingsbereik beperkt tot gevallen van recidive van ernstige delicten waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van minimaal twaalf jaar is gesteld. Hoeveel strafzaken er naar aanleiding van deze verscherping geraakt zullen worden door het wetsvoorstel, is momenteel niet duidelijk. De inbreuk op de straftoemetingsvrijheid wordt hierdoor echter wel aanzienlijk vergroot.

In hoofdstuk negen zijn verder de mogelijkheden onderzocht die de rechter heeft om onder de toepassing van de bijzondere minimumstraf uit te komen. Allereerst heeft de rechter enige beoordelingsvrijheid bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer. Bij delicten zoals moord en

doodslag zal een dergelijke inbreuk een gegeven zijn, maar met name bij de lichtere delicten ligt in deze beoordeling een mogelijkheid besloten om onder oplegging van de bijzondere minimumstraf uit te komen. Omdat het concept-wetsvoorstel zich voornamelijk richt op de zwaardere delicten, wordt de inbreuk op de straftoemettingsvrijheid slechts in zeer beperkte mate gerelativeerd door het bestaan van deze beoordelingsruimte. Daarnaast wordt in de memorie van toelichting niet ingegaan op de onderlinge verhouding tussen de huidige recidive en de bijzondere recidiveregeling uit het concept-wetsvoorstel. Het ontbreken van een duidelijke voorrangsregeling, kan tot gevolg hebben dat de rechter op misdrijven waarop zowel algemene als de bijzondere regeling kan worden toegepast, de algemene regeling verkiest boven de nieuwe, bijzondere recidiveregeling. Verder heeft de officier van justitie op basis van het opportunititeitsbeginsel de mogelijkheid om de omstandigheid van recidive niet op te nemen in de tenlastelegging. De memorie van toelichting stelt dat het opnemen van de recidive in de tenlastelegging de ingangsvoorwaarde is voor oplegging van de bijzondere minimumstraf. Het kabinet impliceert met het stellen van deze voorwaarde dat wanneer recidive niet is opgenomen in de tenlastelegging, er geen bijzondere minimumstraf opgelegd kan worden. Tevens kan een omslag in de heersende leer bij een aantal strafrechtelijke leerstukken mogelijkheden bieden om onder de oplegging van de bijzondere minimumstraf uit te komen. Illustratief hiervoor is een mogelijke relativering van de strenge grondslagleer. Daarnaast zouden rechters meer nadruk kunnen leggen op de ‘rechterlijke overtuiging’. Wanneer de rechter niet persoonlijk overtuigd is van het feit dat het tenlastegelegde feit door een persoon is begaan, kan de rechter geen straf opleggen. Omdat de rechterlijke overtuiging een subjectief karakter draagt, bestaat voor de rechter in elke zaak de mogelijkheid om op basis van de rechterlijke overtuiging geen straf op te leggen.

De voornaamste ontsnappingsmogelijkheid wordt echter gevormd door de hardheidsclausule, die tevens onderdeel uitmaakt van het concept-wetsvoorstel. In deze hardheidsclausule heeft het kabinet een aantal omstandigheden omschreven die leiden tot het buiten toepassing laten van de bijzondere minimumstraf. Deze omstandigheden vertonen grote overeenkomsten met het rechterlijk pardon van artikel 9a WvSr. In hoofdstuk negen is een vergelijking gemaakt tussen de werking van artikel 9a WvSr en de beoogde werking van de hardheidsclausule, om te bezien in hoeverre het rechterlijk pardon haar bestaansrecht heeft behouden binnen het concept-wetsvoorstel. Naar aanleiding van deze vergelijking kan worden geconcludeerd dat beide artikelen slechts toepasbaar zijn, wanneer het een situatie betreft waarin het overduidelijk is dat oplegging van een straf een onrechtvaardige situatie creëert. Er bestaat



dan ook niet veel verschil in de grote van de interpretatieruimte van beide bepalingen. Hierbij moet de kanttekening worden gemaakt dat het niet de bedoeling is geweest om de hardheidsclausule toepasbaar te maken in elk geval waarin een zekere onrechtvaardigheid speelt. De formulering van de hardheidsclausule impliceert immers dat de clausule slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan worden toegepast. Het uitgangspunt van het kabinet blijft dan ook toepassing van de bijzondere minimumstraf. Ondanks de bedoelingen van het kabinet, heeft de rechter met de hardheidsclausule een sterk instrument in handen om eventuele schade aan de straftoemingsvrijheid als gevolg van de invoering van de bijzondere minimumstraf te herstellen.

*Een tweede antwoord op de centrale onderzoeksvraag*

Om te beoordelen of het concept-wetsvoorstel van 23 maart 2011 een ongerechtvaardigde inbreuk op de straftoemingsvrijheid vormt, dienen een tweetal zaken tegen elkaar afgewogen te worden: de mate van inperking van de straftoemingsvrijheid en de rechtvaardiging daarvan. Wat betreft de mate van inperking kan worden geconcludeerd dat het wetsvoorstel de straftoemingsvrijheid in een concrete strafzaak aanzienlijk verkleint. Er zullen echter maar weinig strafzaken geraakt worden door het concept-wetsvoorstel. Gelet op de recente aanscherping waarbij het toepassingsbereik van concept-wetsvoorstel aanzienlijk wordt vergroot, dient deze conclusie gerelativeerd te worden. De strafverzwarende werking van het wetsvoorstel als gevolg van deze verscherping wordt tevens groter. Van Tulder concludeerde immers dat er vooral bij de lichte delicten sprake is van een forse strafverzwaring bij invoering. Gelet op het bovenstaande kan – wat betreft de mate van inbreuk – worden geconcludeerd dat de inbreuk op de straftoemingsvrijheid als gevolg van de invoering van het concept-wetsvoorstel – waarbij de recente verscherping is meegenomen – aanzienlijk is. Om te kunnen beoordelen of er sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk, is het van belang eventuele rechtvaardigingsgronden en factoren die de mate van inbreuk relativeren, te overwegen. In de memorie van toelichting ontbreekt het aan voldoende rechtvaardiging, zo blijkt uit een nadere analyse van de memorie van toelichting. Er wordt in de memorie van toelichting wel een aantal doelstellingen genoemd, maar deze zijn niet deugdelijk onderbouwd. Gelet op de aard van het wetsvoorstel en de gevolgen ervan, mag van het kabinet worden verwacht dat een dergelijke ingrijpende verandering deugdelijk wordt toegelicht en gemotiveerd. Een doel zonder deugdelijke onderbouwing rechtvaardigt immers niet een inbreuk in deze mate. Daarvoor is de prijs die in een concrete strafzaak betaald wordt, te hoog.

In het wetsvoorstel liggen echter voldoende mogelijkheden besloten om onder de toepassing van de bijzondere minimumstraf uit te komen en de straftoemingsvrijheid in haar eer te herstellen. De hardheidsclausule blijkt de voornaamste mogelijkheid voor rechters te zijn om bestraffing met de bijzondere minimumstraf te voorkomen. Deze en alle eerder beschreven ontsnappingsmogelijkheden geven de paradoxale werking van het onderhavige wetsvoorstel aan. De voornaamste kritiek op dit wetsvoorstel was immers de aanname dat dit wetsvoorstel de straftoemingsvrijheid van de rechter zou beperken. Hoewel er inderdaad sprake is van een behoorlijke inperking van de straftoemingsvrijheid in de concrete strafzaak, is tevens gebleken dat de rechter binnen dit wetsvoorstel behoorlijk wat mogelijkheden heeft om onder de oplegging van de bijzondere minimumstraf uit te komen en de schade aan de straftoemingsvrijheid te herstellen. Hoewel er factoren zijn die de mate van inbreuk relativiseren – zoals de aanwezigheid van de hardheidsclausule – kan echter *niet* worden gesproken van een gerechtvaardigde inbreuk op de straftoemingsvrijheid. Hierbij wordt niet alleen gedoeld op het ontbreken van een deugdelijke doelstelling en onderbouwing in de memorie van toelichting, waaruit eventuele rechtvaardigingsgronden voor de wetwijziging zouden kunnen blijken. Ook de straftoemingspraktijk geeft onvoldoende aanleiding of rechtvaardiging voor de wetwijziging. Hoewel de omstandigheid van recidive in de praktijk inderdaad naar de achtergrond verdwijnt wanneer er bijzondere omstandigheden spelen, heeft uitsluiting van de mogelijkheid om deze omstandigheden mee te nemen bij de straftoemeting voornamelijk onrechtvaardige situaties en forse strafverzwaring tot gevolg. Het bestaan van een hardheidsclausule rechtvaardigt deze uitsluiting niet, gelet op de bedoeling die het kabinet heeft wat betreft de toepassing van de hardheidsclausule. Uitgangspunt blijft immers toepassing van de bijzondere minimumstraf. Hierbij is het duidelijk niet de bedoeling geweest om de hardheidsclausule toepasbaar te maken in elk geval waarin een zekere onrechtvaardigheid speelt. Dat de rechter de mogelijkheid heeft om het toepassingsbereik van de hardheidsclausule op te rekken om zo de bijzondere minimumstraf uit te hollen en de straftoemingsvrijheid te herstellen, maakt de inbreuk dan ook niet gerechtvaardigd. Deze redenering geldt tevens ten aanzien van alle andere ontsnappingsmogelijkheden. Het is immers nooit de bedoeling van het kabinet geweest om deze kunstgrepen mogelijk te maken om zo de straftoemingsvrijheid te herstellen. Een andere bedoeling zou immers haaks op de bedoeling van de bijzondere minimumstraf hebben gestaan. Het feit dat de rechter verschillende ontsnappingsmogelijkheden heeft, geeft slechts aan dat invoering van de bijzondere minimumstraffen zoals aangekondigd in dit concept-wetsvoorstel op termijn feitelijk niets zal veranderen, zij het met een omweg.

## **Bronnenlijst**

### **Literatuurlijst**

R. Bijl e.a. (red.), *De sociale staat van Nederland 2009*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2009.

C.J.G. Bleichrodt & F.W. Belichrodt, 'De straftoematingsvrijheid van de strafrechter in het geding', in: F.W. Bleichrodt, J.A.W. Lensing & P.C. Vegter (red.), *De rechter in het geding*. Liber amicorum mr. J.P. Balkema, Deventer: Kluwer 2011.

M.J. Borgers, 'Het wettelijk sanctiestelsel en de straftoematingsvrijheid van de rechter', *DD* 2010, 11.

Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht, klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999.

Y. Buruma & D. van Toor, *Minder beschikken, meer wikken. De invloed van twee wetten op de werklust van de gerechten*, Nijmegen: Wolf Legal publishers, WODC 2010.

C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht. Een onderzoek naar de betekenis van artikel 1 Sv voor onze huidige strafrechtspleging* (oratie Rotterdam), Arnhem: Goude Quint 1992

C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Strafrecht, Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2006.

C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Strafvordering, Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2009.

Commissie Herijking Wetboek van Strafvordering, *Recht in Vorm; Een onderzoek naar vormvoorschriften in het Wetboek van Strafvordering en de gevolgen van het verzuim daarvan*, in: *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem 1993, p. 9-91.

*Continue Onderzoek Burgerperspectieven, kwartaalbericht 2010-4*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, 2010.

G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

A. Dirkzwager e.a., *Na detentie: de gevolgen van rechtspraak*, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2010.

Ch. J. Enschedé, *Beginselen van strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

J.P.S. Fiselier & Lensing, 'Afstemming van straftoemeting', *Trema* (vol. 18) 1995, p 105-117.

A.A. Franken, '*Hetzelfde feit*'. *Over samenloop van strafbare feiten en het non bis in idem-beginsel*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.

M.S. Groenhuijsen & J. de Hullu, 'Rechtsontwikkelingen in de strafwetgeving: de invloed van maatschappelijke veranderingen op de strafwetgeving', in: Ph. Eijlander e.a. (red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

S. Fockema Andreae, 'De verlaging der strafminima met afschaffing van de leer der verzachtende omstandigheden', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging-I*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1875.

H. van der Hoeven, 'De verlaging der strafminima met de afschaffing van de leer der verzachtende omstandigheden', *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging-I*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1875.

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009.

J. de Hullu, I.M. Koopmans & Th. A. de Roos, *Het wettelijk strafmaximum. Een onderzoek naar het patroon van strafmaxima in het commune en het bijzondere strafrecht*, *Monografieën Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999.

S.J. Jansen, 'Over falende rechters en rechtsstaatreddende kamerleden', *Strafblad* (vol. 18) 2007, p. 257.

D.H. de Jong, *De macht van de tenlastelegging in het strafproces*, (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1981.

D.H. de Jong 'Op de grondslag van de tenlastelegging', in: G. Knigge (red.), *Leerstukken van strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001.

D.H. de Jong & G. Knigge, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

D.H. de Jong, 'De grondslagleer: (steeds) minder formalistisch dan velen denken', *NJB* 2004, p. 270-280.

J.W. de Keijser, P.J. van Koppen & H. Elffers, *Op de stoel van de rechter. Oordeelt het publiek net zo als de strafrechter?* Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2006.

C. Kelk, *Studieboek Materieel Strafrecht*, Amsterdam: Kluwer 2005.

C. Kelk & N. Jörg, *Strafrecht met mate*, Deventer: Gouda Quint 2001.

A.H. Klip, 'Totaalstrafrecht', *DD* 2010, 34

A.H. Klip, 'Slappe Rechters', *DD* 2010, 79.

F.A.J. Koopmans, *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv*, Deventer: Kluwer 2010.

B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

G. Knigge, 'De vrijheid van de resocialiserende rechter' in: F.W. Bleichrodt, J.A.W. Lensing & P.C. Vegter (red.), *De rechter in het geding. Liber amicorum mr. J.P. Balkema*, Deventer: Kluwer 2011.

J. Latten, 'Contrast in vertrouwen', presentatie De Nederlandse Samenleving, 2 november 2010.

P.A.M. Mevis, 'Naar aanleiding van de tenlastelegging, maar niet meer dan dat', *DD* 2003, p. 801-810.

P.A.M. Mevis, 'Naar een wettelijk systeem van bijzondere strafminima?', *Trema strafvoetingsbulletin* 2003-2, p. 25-31.

P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht. Een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006.

E.R. Muller & P.C. Vegter (red.), *Detentie. Gevangen in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

C.P.Ch.M. Oomen, *Voorlopige hechtenis en vrijheidsbenemende straffen*, Deventer: Kluwer 1970.

C.M. Pelsler, 'Recht uit vorm: de Commissie Moons en het naderende einde van de grondslagleer', *DD* 1996, 1.

J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint b.v. 1996.

Th. A. de Roos, 'Daar is hij weer, de kroongetuige!', *NJB* 2007, p. 1957-1961.

Th. A. de Roos & G.K. Schoep, 'De dynamiek van minimumstraffen', *Trema strafvoetingsbulletin* 2003-2, p. 32-38.

K. Rozemond, 'Het paradigma van de grondslagleer', *Recht en kritiek* (vol. 22) 1996-3, p. 253- 272.

G.K. Schoep, *Strafvoetingsrecht en strafvormingsrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

G.K. Schoep & P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij straftoemeting. Een onderzoek naar de (potentiele) effectiviteit van de Databank Consistente Straftoemeting en oriëntatiepunten voor de straftoemeting*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2005.

P.M. Schuyt, 'Naar een nieuw soort daderstrafrecht', *Sancties* 2003-6, p. 313-316.

P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, Deventer: Kluwer 2010.

H.J. Smidt/ J.W. Smidt (bew.), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Deel I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881.

H.J. Smidt/ J.W. Smidt (bew.), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Deel I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

L. Stevens, 'Voorlopige hechtenis en de vrijheidsstraf. De strafrechter vol voldongen feiten?', *NJB* 2010, p. 1510-1525.

F. van Tulder, 'Straftoemeting bij schuld in het verkeer: een empirische analyse' *Trema Straftoemetingsbulletin* 2003-1, p.1.

F. van Tulder, 'Is de rechter zwaarder gaan straffen?', *Trema Straftoemetingsbulletin* 2005.

F. van Tulder, 'De straffende rechter', *NJB* 2011, p. 1544-1550.

F. van Tulder, *Minimumstraffen voor recidive bij zware delicten. Verslag van een onderzoek* (verslag behorende bij de adviesbrief van de Raad voor de Rechtspraak), 2011.

Adviesbrief van de Raad van de Rechtspraak over concept-wetsvoorstel 'Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de invoering van minimumstraffen in geval van recidive bij misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van twaalf jaren of meer is gesteld (minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven)', te raadplegen op de site van de Raad voor de Rechtspraak [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)

## Parlementaire stukken

### Parlementaire stukken

- Memorie van Toelichting Wet Vermogenssancties  
*Kamerstukken II 1977/78, 15 012, nr. 3.*
- Memorie van Toelichting Wet openstelling huwelijk voor personen van gelijk geslacht  
*Kamerstukken II 1998/99, 26 672, nr. 3.*
- Memorie van Toelichting Wet toezegging getuigen in strafzaken  
*Kamerstukken II 1998/99, 26 294, nr. 3.*
- Heroriëntatie op de toepassing van vrijheidsstraffen en vrijheidsbeperkende straffen bij volwassenen  
*Kamerstukken II 2000/01, 27 419, nr. 1 en 4.*
- Wetgevingsoverleg 21 mei 2001,  
*Kamerstukken II 2000/01 27 181, nr. 22.*
- Brief Minister van Justitie Criminaliteitsbeheersing  
*Kamerstukken II 2001/02, 27 834, nr. 18.*
- Memorie van Toelichting Wet herijking strafmaxima  
*Kamerstukken II 2001/02, 28 484, nr. 3.*
- Nota van Wijziging wetsvoorstel herijking strafmaxima  
*Kamerstukken II 2001/02, 28 484, nr. 5.*
- Wetsvoorstel invoering van minimumstraffen voor bepaalde geweldsdelicten  
*Kamerstukken II, 2002/03, 28 640, nr. 2.*
- Memorie van Toelichting Wet invoering van minimumstraffen voor bepaalde geweldsdelicten  
*Kamerstukken II 2002/03, 28 640, nr. 3.*
- Memorie van Toelichting Wet wijziging vervroegde in voorwaardelijke invrijheidstelling  
*Kamerstukken II 2005/06, 30 513, nr. 3.*
- Brief intrekking wetsvoorstel Eermans en Stuger  
*Kamerstukken II 2005/06, 28 640, nr. 4.*
- Wetsvoorstel invoering minimumstraffen



*Kamerstukken II 2005/06, 30 659, nr. 1 tot en met 4.*

- Motie Graus invoering bijzondere minimumstraffen voor dierenmishandeling  
*Kamerstukken II 2006/07, 28 286, nr 49.*
- Brief Eerdmans  
*Kamerstukken II 2006/07, 30 659, nr. 4.*
- Motie De Roon met betrekking tot minimumstraffen voor terroristen  
*Kamerstukken II 2006/07, 30 800, nr. 108.*
- Motie Wilders met betrekking tot minimumstraffen voor recidivisten en gewelds- en zedendelinquenten  
*Kamerstukken II 2007/08, 31200, nr. 23.*
- Wetsvoorstel invoering bijzondere minimumstraffen  
*Kamerstukken II 2008/09, 31 938, nr. 3.*
- Wetsvoorstel Van der Ham, De Wit en Teeven tot het laten vervallen van het verbod op godslastering, *Kamerstukken II 2009/10, 32 303, nr. 3.*
- Memorie van Toelichting Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het beperken van de mogelijkheden om een taakstraf op te leggen voor ernstige zeden- en geweldsmisdrijven en bij recidive van misdrijven  
*Kamerstukken II 2010/11, 32 169, nr. 3.*
- Regeerakkoord VVD- CDA ‘Vrijheid en veiligheid’  
*Kamerstukken II 2010/11, 32 417, nr. 14.*
- Consultatieversie wetsvoorstel bijzondere minimumstraffen, te raadplegen op: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/regelingen/2011/03/23/wetsvoorstel-invoering-van-minimumstraffen.html>> en aangekondigd als: ‘Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de invoering van minimumstraffen in geval van recidive bij misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van twaalf jaren of meer is gesteld (minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven)’

## Jurisprudentielijst

- *Europees Hof voor de Rechten van de Mens*

EHRM 11 april 2006, Appl. Nr. 19324/02, (Léger vs. France).

- *Hoge Raad*

HR 30 januari 1933, *NJ* 1933, p. 591

HR 30 januari 1933, *NJ* 1933, p. 588

HR 19 maart 1934, *NJ* 1934, p. 450

HR 29 mei 1951, *NJ* 1951, 480

HR 20 februari 1962, *NJ* 1962, 157

HR 16 juni 1962, *NJ* 1963, 12 en 44

HR 23 november 1965, *NJ* 1966, 293

HR 13 januari 1970, *NJ* 1970, 143

HR 11 september 1979, *NJ* 1980, 10

HR 7 april 1987, *NJ* 1987, 587 m. nt. ThWvV

HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119, m.nt. ThWvV en MS

HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656

HR 19 oktober 1999, *NJ* 2000, 109

HR 3 december 2002, *NJ* 2003, 570

HR 10 juni 2003, zaaknummer 1392/02

HR 25 november 2003, *NbSr* 2004, 18

HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376

HR 6 november 2004, *NJ* 2005, 43

HR 14 maart 2006, *NJ* 2007, 345

HR 11 april 2006, *NJ* 2006, 393

- *Gerechtshoven*

Hof Arnhem 4 november 2004, nr. 21/001907-3

Hof Leeuwarden 10 mei 2005, *LJN* BQ3984

Hof 's-Gravenhage 18 juni 2008, nr. 22/002808-08

Hof Arnhem 14 september 2009, *LJN* BJ7643

Hof 's-Hertogenbosch 29 juni 2010, *LJN* BM9469

Hof Leeuwarden 3 september 2010, *LJN* BN7126  
Hof Leeuwarden 3 september 2010, *LJN* BN7129  
Hof Leeuwarden 15 februari 2011, *LJN* BP4469.  
Hof Leeuwarden 22 maart 2011, *LJN* BP8844  
Hof Leeuwarden 5 april 2011, *LJN* BQ0375  
Hof Leeuwarden 4 mei 2011, *LJN* BQ3496  
Hof Leeuwarden 25 mei 2011, *LJN* BQ6037  
Hof Leeuwarden 5 juli 2011, *LJN* BR0727

- *Rechtbanken*

Rb. 's-Hertogenbosch 30 juni 2006, *LJN* AX9637  
Rb. Maastricht 22 februari 2008, *LJN* BC8579  
Rb. Roermond 3 maart 2009, *LJN* BH6044  
Rb. Haarlem 22 september 2010, *LJN* BH7594  
Rb. 's-Gravenhage 25 november 2010, *LJN* BO5136  
Rb. 's-Gravenhage 20 december 2010, *LJN* BO8038  
Rb. Utrecht 4 mei 2011, *LJN* BQ3464  
Rb. Amsterdam 6 mei 2011, *LJN* BQ3601  
Rb. Zwolle 17 mei 2011, *LJN* 4771