



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Minimumstraffen en de dovemansoren van de wetgever

Wingerden, S.G.C. van

Citation

Wingerden, S. G. C. van. (2011). Minimumstraffen en de dovemansoren van de wetgever. *Proces, Tijdschrift Voor Strafrechtspleging*, 90(6), 322-333. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18294>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18294>

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

Minimumstraffen en de dovemansoren van de wetgever*

Sigrid van Wingerden

1 Inleiding

In het regeer- en gedoogakkoord van 2010 werd al aangekondigd dat het kabinet met voorstellen zou komen om in het volwassenenstrafrecht minimumstraffen in te voeren. Minimumstraffen moesten gaan gelden voor personen die binnen tien jaar opnieuw worden veroordeeld voor een misdrijf waarop wettelijk een maximumstraf van twaalf jaar of meer is gesteld. In maart 2011 is het Conceptwetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven openbaar geworden en ter consultatie voorgelegd aan diverse betrokken organisaties.¹ Deze maakten korte metten met het wetsvoorstel,² maar blijkbaar was het fundamentele commentaar aan dovemansoren gericht: in september werd aangekondigd dat het wetsvoorstel voor indiening bij de Tweede Kamer nog verder aangescherpt zal zijn.

De reikwijdte van de minimumstrafregeling wordt fors uitgebreid doordat minimumstraffen niet langer uitsluitend zullen gelden voor ernstige delicten met een strafdreiging van minstens twaalf jaar, maar al voor delicten met een strafdreiging

* Mr. drs. Sigrid van Wingerden is PhD-fellow bij het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Leiden.

1 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, hierna: Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, te downloaden op www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/regelingen/2011/03/23/wetsvoorstel-invoering-van-minimumstraffen/w-v-minimumstraffen-definitieve-consultatieversie.doc.

2 Raad voor de rechtspraak, *Advies conceptwetsvoorstel Voorstel van wet minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven*, Den Haag 2011, te downloaden op www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Wetgevingsadvisering/Adviezen%202011/Advies-minimumstraffen-15-06-2011.pdf. Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, *Wetgevingsadvies minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven*, Den Haag 2011, p. 3, te downloaden op www.nvvr.org/bibliotheek-11.php?action=view&Content_Id=1057. Nederlandse Orde van Advocaten, *Preadvies van de Adviescommissie Strafrecht inzake het voorstel tot 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 downloaden op [http://advocaten.advocatenorde.nl/NOVA/Nov-Wet.nsf/325c45408f2b433cc12564a6004b963d/b18336cfc1ecfe50c125789b003b4128/\\$FILE/preadvies%20minimumstraffen%20\(17%20mei%202011\)%20Boksem%20\(5297220_1\).docx](http://advocaten.advocatenorde.nl/NOVA/Nov-Wet.nsf/325c45408f2b433cc12564a6004b963d/b18336cfc1ecfe50c125789b003b4128/$FILE/preadvies%20minimumstraffen%20(17%20mei%202011)%20Boksem%20(5297220_1).docx). En ongeconsulteerd: Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, *Advies: Minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven*, Den Haag 2011, te downloaden op [www.rsj.nl/Images/Brief%20RSJ%20minimumstraffen%20\(ondertekende%20versie\)_tcm60-361608.pdf](http://www.rsj.nl/Images/Brief%20RSJ%20minimumstraffen%20(ondertekende%20versie)_tcm60-361608.pdf).

ging van minstens acht jaar. Waar de reikwijdte van het oude wetsvoorstel niet zo groot was (twaalfjaarsfeiten komen relatief weinig voor), lijkt de recente aanscherping ervoor te zorgen dat het wetsvoorstel niet langer als louter symbool-wetgeving gekwalificeerd kan worden. In plaats daarvan zal de impact op daders en het gevangeniswezen aanzienlijk zijn.

Reden te meer om in dit artikel aandacht te besteden aan het wetsvoorstel en zijn gevolgen. De invoering van minimumstraffen is immers een ingrijpende wijziging van het Nederlandse strafrechtstelsel, omdat het de grote straftoemingsvrijheid van de rechter beteugelt. In principe is er niets mis met het wijzigen van het strafrechtstelsel – als alles altijd bij het oude moet blijven, is er immers ook geen ruimte voor progressie –, maar *als* er ingegrepen wordt in het rechtssysteem, dan moet die ingreep wel op de juiste gronden gebaseerd zijn en met correcte argumenten worden onderbouwd. Dat het Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven op beide punten tekortschiet, zal ik hierna verder toelichten.

2 De straftoemingsvrijheid van de rechter

Een belangrijk kenmerk van de Nederlandse strafrechtspleging is de grote vrijheid die de strafrechter heeft bij het bepalen van de sanctie. Binnen de grenzen van de wet is hij vrij in zijn keuze om een bepaalde sanctie op te leggen, zowel voor wat betreft het type sanctie als de hoogte van de straf. De wet schrijft (tot nog toe) algemene strafminima voor: een gevangenisstraf moet bijvoorbeeld minstens een dag duren en een geldboete moet minstens 3 euro bedragen. Daarnaast gelden bijzondere strafmaxima: voor elk delict is aangegeven wat de maximumstraf is.³

De straftoemingsvrijheid van de rechter is dus enorm. De gedachte hierachter is dat de rechter de sanctie goed moet kunnen afstemmen op de concrete feiten en omstandigheden van het individuele geval. De Raad voor de rechtspraak verwoordt dit in zijn advies bij het wetsvoorstel als volgt:

‘Deze rechterlijke straftoemingsvrijheid is er niet om de rechter te pleziëren, maar is noodzakelijk om hem in staat te stellen, bij de uitoefening van zijn grondwettelijke taak strafbare feiten te berechten, een straf of maatregel te kunnen opleggen die recht doet aan alle in het geding zijnde belangen.’⁴

Als het Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven wordt aangenomen, wordt het Nederlandse strafrechtstelsel fundamenteel in zijn aard gewijzigd door de beknutting van de straftoemingsvrijheid van de rechter. In het wetsvoorstel wordt er echter op gewezen dat de invoering van de minimum-

3 De rechter is echter niet verplicht om een sanctie op te leggen als de verdachte schuldig en strafbaar is: hij kan een verdachte schuldig verklaren, maar desondanks – in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan of die zich nadien hebben voorgedaan – geen straf of maatregel opleggen (rechterlijk pardon: art. 9a Sr).

4 Raad voor de rechtspraak 2011.

straf niet de eerste stap is die tot een inperking van de rechterlijke straftoemingsvrijheid leidt. Als voorbeeld wordt genoemd dat de oplegging en de lengte van de maatregel tot plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders (ISD) door de wet ook al veel strakker genormeerd zijn dan voor de gevangenisstraf. Het wetsvoorstel wordt dan ook niet gepresenteerd als een voorstel tot een ingrijpende wijziging van het Nederlandse strafrechtstelsel, maar het wordt verkocht als zijnde 'een volgende stap in een lijn waarin de wetgever zijn eigen verantwoordelijkheid voor een rechtvaardige sanctietoepassing waar wil maken'.⁵ Deze mening deel ik niet. De ISD-maatregel is dan wel strakker genormeerd dan de gevangenisstraf (de duur van de ISD-maatregel is immers vastgesteld op twee jaar), maar het is geen minimumstraf: als de rechter meent dat de opsluiting voor twee jaar te lang is voor de verdachte, kan hij besluiten om geen ISD-maatregel op te leggen, maar een gevangenisstraf met een kortere duur. De ISD-maatregel is dan ook juist een *uitbreiding* van de sanctioneringsmogelijkheden van de rechter, niet een *inperking* daarvan.

In het wetsvoorstel staat ook dat niet beoogd wordt 'afbreuk te doen aan het uitgangspunt dat het primaat van de individuele sanctietoemeting bij de rechter ligt'.⁶ Ik betwijfel ten eerste of de uitwerking van het wetsvoorstel deze stelling toelaat. Voordat ik het wetsvoorstel kritisch tegen het licht houd, worden in het navolgende eerst de aanleiding, doelstellingen en inhoud van het wetsvoorstel weergegeven.

3 De aanleiding en doelstellingen van het wetsvoorstel

Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel blijkt dat de aanleiding voor de introductie van minimumstraffen is gelegen in de wens om Nederland veiliger te maken. Recidive moet daarom effectief worden aangepakt en het middel dat daartoe wordt ingezet is 'zwaardere straffen', opdat 'personen die eerder reeds een ernstig strafbaar feit hebben begaan doeltreffend worden afgeschrikt'.⁷ De aanleiding – en daarmee de noodzaak – van het wetsvoorstel is dus in feite het idee dat recidivisten nu te licht bestraft worden (zij recidiveerden immers). Dit idee gaat gepaard met wantrouwen van politici ten aanzien van de rechter om gehoor te geven aan de roep om zwaardere straffen: de politiek wil zwaardere straffen, maar vreest dat rechters hier niet in meegaan. Daarom 'nemen zij hun eigen verantwoordelijkheid' en wijzigen zij de wet om rechters te dwingen zwaardere te straffen. De rechterlijke straftoemingsvrijheid wordt beknot vanuit het idee dat rechters anders van die *softe* straffen blijven opleggen.

Naast de aanleiding voor het wetsvoorstel worden in de memorie van toelichting de doelstellingen van de wetswijziging uiteengezet. Gebrek aan ambitie kan het wetsvoorstel in ieder geval niet worden verweten. Een heel scala aan strafdoelen passeert de revue. Volgens de inleiding van de memorie van toelichting wordt met het wetsvoorstel beoogd om recidive te bestrijden en de maatschappij te bescher-

5 Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, p. 7.

6 Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, p. 7.

7 Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, p. 5.

men tegen recidivisten. Gezien de verdere toelichting lijkt het belangrijkste strafdoel van het wetsvoorstel speciale preventie te zijn, in de vorm van afschrikking: 'Daar hoort bij dat personen die eerder reeds een ernstig strafbaar feit hebben begaan doeltreffend worden afgeschrikt en daarmee nieuwe strafbare feiten worden voorkomen.'⁸

Uit het vervolg van de memorie van toelichting blijkt dat het wetsvoorstel zich niet uitsluitend richt op speciale preventie, maar dat het (juist) de bedoeling is dat de gehele bevolking weerhouden wordt van het plegen van criminaliteit: 'Het kabinet ziet het als zijn doel om juist de generaal-preventieve werking van bestraffing te versterken ter vergroting van de veiligheid in de samenleving.'⁹ Wilders benadrukt dit ook in een interview: 'Dat zorgt ervoor dat mensen de gevangenis eerder in gaan en dat zorgt ook voor anderen dat ze zich wel drie keer bedenken voordat ze iets doen, als ze weten dat ze zo'n zware straf kunnen krijgen.'¹⁰

Naast speciale en generale afschrikking (of moet ik zeggen: daarboven?) dient het wetsvoorstel om de proportionaliteit bij de straftoemeting te herstellen: 'Een bijzonder stelsel van minimumstraffen, zoals vervat in het wetsvoorstel, is naar het oordeel van het kabinet primair van belang omdat het aangeeft welke gevangenisstraf naar het oordeel van de wetgever de minimale proportionele reactie bij ernstige gevallen van recidive is.'¹¹ Hier hebben we het over vergelding als strafdoel (ook al komt dat woord niet letterlijk voor in de memorie van toelichting). Men meent dat de straffen nu te licht zijn om het delict te vergelden: er zijn zwaardere straffen nodig.

Afschrikking en vergelding worden dus duidelijk in de memorie van toelichting genoemd als doelstellingen van de invoering van minimumstraffen. De eerste zin van de memorie van toelichting luidt echter: 'Het daadkrachtig bestrijden van recidive is nodig om burgers adequaat te beschermen en de veiligheid te vergroten.'¹² Opvallend genoeg wordt in de memorie van toelichting verder nauwelijks ingegaan op het strafdoel incapacitatie (beveiliging van de maatschappij door onschadelijkmaking van de dader). Incapacitatie, een vorm van speciale preventie, houdt in dat het de dader fysiek onmogelijk wordt gemaakt om nieuwe delicten te plegen door hem in te sluiten: zolang hij vastzit, zal hij niet recidiveren. De invoering van minimumstraffen lijkt daarom ook incapacitatie als doel te hebben, ook al wordt dit niet expliciet uitgewerkt in de memorie van toelichting.¹³

In de memorie van toelichting wordt wel nog een bijkomend doel genoemd: het vergroten van de rechtseenheid: 'Het voorstel beoogt een consistente straftoemeting in de meest ernstige gevallen van recidive (...)'¹⁴ Elders in de memorie van toelichting is dit nogmaals te lezen: 'De voorgestelde nadere normering kan daar-

8 Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, p. 5.

9 Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, p. 12.

10 Zie <http://nos.nl/1/tcm:5-1053833/>.

11 Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, p. 19.

12 Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, p. 5.

13 Wellicht is het doel te voor de hand liggend voor een expliciete uitwerking.

14 Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, p. 12.

mee ook bijdragen aan het voorkomen van onaanvaardbaar grote verschillen in de straftoemeting, juist in die situaties waarbij sprake is van recidive.¹⁵

Naar aanleiding van de te licht bevonden straffen voor recidivisten, gepaard gaande met het idee dat rechters uit zichzelf niet strenger zullen gaan straffen, wordt een wetsvoorstel gelanceerd waarmee speciale en generale afschrikking en vergelding worden nagestreefd, en bovendien meer rechtseenheid. Voordat ik uiteenzet in hoeverre deze aanleiding en doelstellingen van het wetsvoorstel de fundamentele wijziging van het strafrechtstelsel rechtvaardigen, wordt in de volgende paragraaf eerst de inhoud van het wetsvoorstel besproken.

4 De inhoud van het wetsvoorstel

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld het Wetboek van Strafrecht (Sr) te wijzigen. De belangrijkste wijziging is de toevoeging van een artikel (genummerd art. 43c), dat een regeling voor de minimumstraffen bevat: de minimumstraf bedraagt minstens de helft van de maximale straf. De regeling in het oorspronkelijke wetsvoorstel geldt voor de verdachte die voor een zwaar misdrijf veroordeeld wordt, terwijl hij minder dan tien jaar geleden al eerder een gevangenisstraf heeft gekregen voor een zwaar misdrijf. Dit is een misdrijf waarop een wettelijke strafdreiging staat van minstens twaalf jaar gevangenisstraf. Met de recent aangekondigde wijziging van het wetsvoorstel zal de regeling gelden voor delicten waarop een gevangenisstraf staat van minstens acht jaar in plaats van twaalf jaar. Een aanvullend vereiste (ook in het oorspronkelijke wetsvoorstel) voor de toepassing van de minimumstraf is dat het huidige misdrijf een ernstige inbreuk heeft gemaakt op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer. Daarbij wordt niet alleen op lichamelijk letsel gedoeld, maar ook op geestelijk letsel.

Voorts wordt de minimumstraf, overeenkomstig de 'kortingen' die voor de strafmaxima gelden, bij poging en medeplichtigheid met een derde verminderd en bij voorbereiding met de helft.

In het wetsvoorstel worden verder de mogelijkheden voor de rechter om van de minimumstraf af te wijken beperkt: zo is het rechterlijk pardon (art. 9a Sr) niet mogelijk. De minimumgevangenisstraf mag niet in combinatie met ISD worden opgelegd. Als aan een deels ontoerekeningsvatbare dader ook tbs wordt opgelegd, mag de rechter niet meer afzien van de gevangenisstraf, en bij tbs met voorwaarden geldt niet langer de beperking dat de gevangenisstraf ernaast maximaal drie jaar mag duren (art. 43e Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven).

De rechter mag uitsluitend afwijken van de minimumstraf indien zich ten tijde of na het begaan van het misdrijf uitzonderlijke omstandigheden hebben voorgedaan die, indien de minimumstraf zou worden opgelegd, zouden leiden tot een onbillijkheid van zwaarwegende aard (art. 43d Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven).

15 Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, p. 7.

5 Kritiek op het wetsvoorstel

5.1 Inleiding

In een consultatieronde is het wetsvoorstel naar verschillende belanghebbende partijen verstuurd met het verzoek advies uit te brengen over de voorgenumen wetswijziging. Uit de adviezen van de verschillende instanties, zoals de Raad voor de rechtspraak (RvdR), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR), de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) en (ongevraagd) de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ), kan de conclusie worden getrokken dat voornoemde instanties unaniem zijn: het wetsvoorstel moet niet (zo) worden ingediend.¹⁶ Bij het wetsvoorstel – dat zulke ingrijpende gevolgen kan hebben voor het Nederlandse strafrechtstelsel en de veroordeelden die eraan onderworpen worden – zijn immers nogal wat kritische kanttekeningen te plaatsen. In de volgende paragrafen bekritiseer ik (mede gebaseerd op de commentaren van de hiervoor genoemde instanties) de in de memorie van toelichting aangedragen redenen voor de voorgestelde wetswijziging en zet ik uiteen dat er op grond van wetenschappelijke kennis geen enkele verwachting is dat de doelstellingen van het wetsvoorstel bereikt zullen worden door de invoering van minimumstraffen.

5.2 De aanleiding: is die er wel?

In paragraaf 3 is beschreven dat de wetswijziging wordt voorgesteld vanwege de te licht bevonden straffen voor recidivisten, gepaard gaande met het idee dat rechters uit zichzelf niet strenger zullen gaan straffen. Een eerste kritische noot bij het wetsvoorstel klinkt direct bij deze onderbouwing van de noodzaak tot de wetswijziging. Of eigenlijk het *gebrek* aan onderbouwing van die noodzaak. Blijkbaar is men van mening dat recidivisten te licht bestraft worden, maar hoe zwaar worden zij nu dan gestraft? En hoe zwaar willen burgers dat er gestraft wordt? Weten burgers wel hoe zwaar er gestraft wordt? En in hoeverre kan verwacht worden dat de voorgestelde wetswijziging bijdraagt aan de dichting van de gestelde punitiviteitskloof¹⁷ tussen rechters en burgers? Deze vragen blijven in de memorie van toelichting onbeantwoord.

Wel wordt in de memorie van toelichting ‘voor een goed begrip van de betekenis van de voorgestelde regeling’ een aantal misdrijven besproken, waarbij ook de opgelegde straf genoemd wordt.¹⁸ Zo wordt een geval besproken waarin de rechtbank zeventien jaar oplegde voor moord. Het probleem bij deze praktijkvoorbeelden is dat zij niet bijdragen aan de onderbouwing voor nut of noodzaak van het wetsvoorstel. Er zijn drie problemen met deze manier van onderbouwen:

- 1 Heeft de rechtbank door een gevangenisstraf van zeventien jaar op te leggen dan te licht gestraft? (Is dit een voorbeeld van een straftekort?)

16 Raad voor de rechtspraak 2011; Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak 2011; Nederlandse Orde van Advocaten 2011; Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming 2011.

17 De punitiviteitskloof is het verschil in strafzwaarte dat rechters en publiek (gemiddeld) passend vinden (J.W. de Keijser, P.J. van Koppen & H. Elffers, *Op de stoel van de rechter. Oordeelt het publiek net zo als de strafrechter?*, Research Memoranda 2006-2, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2006, p. 6).

18 Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, p. 21-26.

- 2 Is er in dit geval wel sprake van recidive? Als er immers geen recidive is, is het wetsvoorstel ook niet van toepassing.
- 3 Hoe representatief zijn de aangehaalde voorbeelden? Is zeventien jaar gevangenisstraf voor moord een 'standaard' straf? Als de voorbeelden niet representatief zijn, zegt het niets over de huidige straftoemingspraktijk.¹⁹

Kortom: het wordt niet duidelijk wat nu precies het probleem is waarvoor het paardenmiddel van de introductie van minimumstraffen de oplossing zou zijn. Dit leidt de NVvR tot de volgende conclusie: 'De NVvR houdt het er vooralsnog op dat thans geen reëel beeld van de straftoemingspraktijk wordt geschetst, hetgeen op zich al onvoldoende basis biedt voor een rigoureuze systeemwijziging.'²⁰

Een tweede kritiekpunt is dat het wetsvoorstel wordt voortgedreven door een enorm wantrouwen van de wetgevende macht in de rechtsprekende macht om daders behoorlijk (lees: zwaar) te straffen. De politiek wil zwaardere straffen en om dit te bereiken dient de rechterlijke straftoemingsvrijheid te worden beknot vanuit het idee dat rechters anders van die *softe* straffen blijven opleggen. Hierbij wordt over het hoofd gezien dat de rechter de afgelopen jaren al steeds punitiever is geworden.²¹ Is dit wantrouwen in de rechter dus wel zo gerechtvaardigd? Het is in ieder geval belangrijk om het gevoel van onvrede dat bij burgers bestaat over de zwaarte van de straffen die rechters opleggen, te onderkennen. Als burgers geen vertrouwen hebben in de strafpraktijk, kan dat de legitimiteit van het hele strafrechtstelsel onderuithalen. Ik betwijfel echter ten eerste of de introductie van minimumstraffen bij recidivisten de juiste manier is om het vertrouwen in de rechtspraak te versterken: de tik van de wetgever op de vingers van de rechters geeft een signaal af dat de rechters niet goed bezig zijn. Dit lijkt mij het vertrouwen in de rechtspraak eerder te schaden dan te versterken.

Bovendien is het maar de vraag in hoeverre de punitiviteitskloof tussen rechters en burgers een bedreiging vormt voor de legitimiteit van het strafrechtelijk systeem: uit onderzoek van Elffers en De Keijser blijkt dat de meerderheid van de burgers die vinden dat de rechter niet zwaar genoeg straft, ook vindt dat rechters alleen moeten letten op de zaak en niet op wat het publiek ervan vindt.²² De burger vindt het dus niet zo erg dat zijn roep om zwaardere straffen niet gehoord

19 Doordat de voorbeelden zijn ontleend aan rechtspraak.nl, kun je er eigenlijk van uitgaan dat ze *niet* representatief zijn, omdat daar alleen opvallende uitspraken worden gepubliceerd.

20 Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak 2011, p. 3.

21 Zie bijv. S.G.C. van Wingerden & P. Nieuwbeerta, 'Ontwikkelingen in de lengte van gevangenisstraffen voor moord en doodslag: een trend naar langere straffen', *Trema* 2006, 29 (8), p. 329-337; F. van Tulder, 'De straffende rechter, 2000-2009', *NJB* 2011, 86 (24), p. 1544-1550, met een reactie van Van Velthoven, die o.a. bezwaren uit tegen de door Van Tulder gehanteerde omrekenformules om gevangenisstraffen, taakstraffen en geldboetes onder één noemer te brengen (B. van Velthoven, 'De punitiviteit is juist gedaald tussen 2000 en 2009', *NJB* 2011, 86 (27), p. 1780-1781).

22 H. Elffers & J.W. de Keijser, 'Different perspectives, different gaps: Does the general public demands a more responsive judge?', in: H. Kury (red.), *Fear of crime – Punitivity: New developments in theory and research*, Bochum: Universitätsverslag Dr. N. Brockmeyer 2007; J.W. de Keijser & H. Elffers, 'Cross-jurisdictional differences in punitive public attitudes?', *European Journal on Criminal Policy and Research* 2009, 15 (1-2), p. 47-62.

wordt bij de rechter. Hij vindt het belangrijker dat de rechter rechtvaardig, onpartijdig, onafhankelijk en kritisch is, dan dat hij streng is.²³ Mede in dit licht dienen de gevolgen die door de politiek verbonden worden aan de roep om zwaardere straffen kritisch te worden gezien.

5.3 Zullen de doelstellingen van het wetsvoorstel bereikt worden?

De doelstellingen die in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel worden genoemd, zijn in paragraaf 3 uiteengezet. Hierna wordt toegelicht waarom op basis van wetenschappelijke kennis verwacht mag worden dat de gestelde doelen niet bereikt zullen worden door de invoering van minimumstraffen voor recidivisten.

Een eerste doelstelling van het wetsvoorstel is dat met de invoering van minimumstraffen voor recidivisten afschrikking wordt beoogd, zowel van specifieke daders als van de bevolking in het algemeen. De gedachte hierachter is: hoe strenger de straf, hoe groter de afschrikkende werking.

Het aantal delicten dat 'extra' voorkomen wordt door de straffen te verzwaren wordt het 'marginale afschrikkingseffect' genoemd. Uit de criminologische literatuur is echter bekend dat er van dit marginale afschrikkingseffect niet te veel verwacht moet worden. Verhoging van de strafzwaarte heeft weinig invloed op de mate waarin daders zich laten afschrikken om opnieuw een delict te plegen.²⁴ Dat geldt niet alleen voor daders, maar ook voor de burger in het algemeen. Veel delicten worden immers niet gepleegd op grond van een kosten-batenanalyse. Het bewijs voor een afschrikkingseffect door hogere straffen is volgens Tonry 'buitengewoon ambigu en omstreden'.²⁵ Hij stelt dat er 'geen geloofwaardig bewijs is op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat hogere straffen leiden tot marginale afschrikkingseffecten'.²⁶ Als voorbeeld van het gebrek aan afschrikkingseffect van zware sancties wordt vaak naar Amerika gewezen: ondanks de dreiging in veel staten van de doodstraf, minimumstraffen en *three strikes and you're out*-wetten is de criminaliteit onverminderd hoog. Ook stelt Tak in een recent rechtsvergelijkend rapport dat er voor geen van de landen die een stelsel van minimumstraffen hebben, bewijs is dat de minimumstraf heeft geleid tot minder recidive.²⁷ De literatuur laat tevens zien dat als men toekomstige daders wil afschrikken, beter ingezet zou moeten worden op de zekerheid en snelheid van de sanctie dan

23 H. Elffers & J.W. de Keijser, 'Het geloof in de kloof: Wederzijdse beelden van rechters en publiek', in: J.W. de Keijser & H. Elffers (red.), *Het maatschappelijk oordeel van de strafrechter: de wisselwerking tussen rechter en samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 53-84.

24 M. Tonry, 'Onderzoek naar afschrikking. De noodzaak om klein te denken als we iets nieuws willen leren', *Justitiële verkenningen* 2008, 34 (2), p. 98-117; O.J. Bosker, *Snelrecht: de generaal en speciaal preventieve effecten van sneller straffen* (diss. Groningen), Groningen 1997, te downloaden op <http://dissertations.ub.rug.nl/faculties/jur/1997/o.j.bosker/>. Ook Bentham, de grondlegger van de afschrikkingstheorie, was van mening dat zekerheid en snelheid van straf belangrijker zijn voor het afschrikkingseffect dan de zwaarte van de straf (Tonry 2008, p. 98-99).

25 Tonry 2008, p. 99.

26 Tonry 2008, p. 102-103.

27 P.J.P. Tak, *De minimumstraf opnieuw gezien, Een geactualiseerde beknopte rechtsvergelijking*, Raad voor de rechtspraak: Research memoranda 2010, 4.

op de hoogte.²⁸ Op het terrein van afschrikking moet daarom niet al te veel verwacht worden van het wetsvoorstel.

Naast afschrikking is een tweede doelstelling van de invoering van minimumstraffen het uitdrukken van vergelding: 'wat volgens de wetgever de minimale proportionele reactie bij ernstige gevallen van recidive is'.²⁹ Het is echter een misvatting dat vergelding gelijk zou staan aan zwaardere straffen. Bij vergelding gaat het om doelbewuste leedtoevoeging, die proportioneel is aan de ernst van het feit en de verwijtbare schuld. Oftewel: iemand krijgt zijn verdiende loon. Binnen deze retributivistische visie bestaat ruimte om rekening te houden met recidive als strafverzwarende omstandigheid, omdat beargumenteerd kan worden dat het meer verwijtbaar is als een dader opnieuw een delict pleegt.³⁰ Vergelding betekent echter ook dat er niet *zwaardere* gestraft mag worden dan de verwijtbare schuld: de ernst van het feit en de verwijtbare schuld vormen de bovengrens voor de straf.

Dat de straf proportioneel moet zijn aan de ernst van het feit, veronderstelt een bepaalde rangorde van delicten naar de mate van hun ernst. Deze categorisering van relatieve zwaarte van delicten ten opzichte van elkaar wordt ordinale proportionaliteit genoemd.³¹ Door voor de delicten waarop het wetsvoorstel betrekking heeft zwaardere straffen af te dwingen, wordt deze ordinale proportionaliteit verstoord. Er ontstaat ongelijkheid doordat recidive wel extra verwijtbaar wordt bevonden bij delicten met een strafdreiging van minstens acht jaar, maar niet bij de lichtere delicten. Die ordinale proportionaliteit kan dan alleen maar worden hersteld door alle delicten 'op te schalen': als men proportionaliteit hoog in het vaandel heeft staan, zullen ook zwaardere straffen moeten gaan gelden voor delicten die buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen. Een andere (betere) oplossing is dat er helemaal geen minimumstraffen worden ingevoerd: dan wordt de ordinale proportionaliteit immers niet verstoord, dus is er ook geen opschaling nodig.

Naast afschrikking en vergelding wordt in de memorie van toelichting ook genoemd dat de invoering van minimumstraffen van belang is ter bescherming van de samenleving. Op incapacitatie als doelstelling van het wetsvoorstel wordt echter verder niet expliciet ingegaan (wellicht omdat het wel erg voor de hand liggend is). Maar ook op incapacitatie als strafdoel is het nodige af te dingen. Hoe groot het incapacitatie-effect van de minimumstraffen is, is niet duidelijk. Dit komt ten eerste doordat het onbekend is hoe rechters de betreffende delicten bij recidivisten nu bestraffen. Hoeveel *extra* tijd worden de recidivisten ingesloten als de regeling voor minimumstraffen voor hen geldt? De Raad voor de rechtspraak heeft berekend dat als de minimumstraffen al in 2009 gegolden zouden hebben, de rechter in 85% van de 209 gevallen waarop het wetsvoorstel betrekking zou hebben, lager gestraft heeft dan wat de minimumstraf zou zijn. Dit verschil

28 H. Elfers, *Een straffe aanpak* (oratie VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

29 Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, p. 19.

30 Zie over de rol van eerdere veroordelingen bij de straftoemeting bijv. J.V. Roberts & A. von Hirsch (red.), *Previous Convictions at Sentencing: Theoretical and Applied Perspectives*, Oxford: Hart Publishing 2010.

31 A. von Hirsch, 'Proportionality in the Philosophy of Punishment', *Crime and Justice* 1992, 16, p. 55-98.

bedraagt gemiddeld bijna drieënhalf jaar.³² Daarbij moet wel worden opgemerkt dat dit onderzoek nog gebaseerd is op het oude wetsvoorstel: twaalfjaarsfeiten in plaats van achtjaarsfeiten. Bovendien kan uit de resultaten van het onderzoek niet worden geconcludeerd dat de daders gemiddeld drieënhalf jaar ‘extra’ moeten zitten na invoering van de minimumstraf, omdat te verwachten is dat rechters zullen proberen om onder de minimumstraf uit te komen als zij menen dat deze in het concrete geval te hoog is. Volgens het wetsvoorstel mag de rechter alleen lager straffen dan de minimumstraf als er sprake is van een onbillijkheid van zwaarwegende aard. De rechter wordt geacht terughoudend met dit criterium om te gaan. Hij heeft echter nog een andere vluchtweg: ook via de bewezenverklaring en de kwalificatiebeslissing kan hij beïnvloeden of een minimumstraf zal moeten worden opgelegd. Niet onaannemelijk is dat de rechter begrippen als opzet anders gaat invullen om ervoor te zorgen dat de verdachte veroordeeld wordt voor een delict waarop geen (of niet zo’n hoge) minimumstraf staat. Bovendien wordt een incapacitatie-effect afgezwakt doordat daders sowieso minder recidiveren als ze ouder worden (*aging out-effect*), of doordat andere personen in de plaats van de gedetineerden delicten plegen (*replacement-effect*).³³

Samengevat kan worden gesteld dat er met het wetsvoorstel naar gestreefd wordt zowel de dader als de burger in het algemeen af te schrikken en vergelding uit te drukken. Zoals hiervoor beargumenteerd, is de invoering van minimumstraffen niet de juiste manier om deze strafdoelen te bereiken.

Als bijkomend doel wordt in de memorie van toelichting het vergroten van de rechtseenheid genoemd.³⁴ De introductie van minimumstraffen kan dan wel tot meer consistentie leiden (op alle diefstallen met geweld staat dezelfde minimumstraf), het draagt in ieder geval niet bij aan een *eerlijkere* straftoemeting. Ten eerste kunnen onder één delictsomschrijving vele verschillende soorten gedragingen met een uiteenlopende mate van ernst vallen: ‘De wet kent geen onderscheid tussen gemaskerde bankovervallers met geladen wapens en een kleptomane huisvrouw die in de Hema ontsnapt aan een beveiliging’.³⁵ Maar ook al zijn de feitelijke gedragingen binnen een delictsomschrijving nog zo verschillend, zij hebben straks dezelfde minimumstraf. Naast de oneerlijke gelijkenschakeling van verschillende gedragingen binnen één delicttype wordt de straftoemeting bij minimumstraffen ook oneerlijker doordat de rechter beperkt wordt in zijn mogelijkheden om de straf af te stemmen op de persoon van de dader en op de omstandigheden: hij kan minder goed maatwerk leveren. De minimumstraf dwingt de rechter ertoe om *ongelijke* gevallen gelijk te behandelen. Ook voor wat betreft het doel om onaan-

32 F. van Tulder & J. van der Schaaf, *Minimumstraffen voor recidive bij zware delicten. Verslag van een onderzoek*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2011, p. 6. De auteurs tekenen daarbij aan dat niet alleen rechters lager straffen dan de minimumstraf, de straffen die het OM eiste waren ook lager (p. 12).

33 A. Blokland, C. Bijleveld & P. Nieuwbeerta, ‘Kosten en baten van de invoering van “three strikes and you’re out” in Nederland – een scenario studie’, *Tijdschrift voor Criminologie* 2003, 45 (2), p. 178-192.

34 Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, p. 12.

35 M. Zandbergen, ‘Rechtertje beknotten, doe het niet’, *NRC Handelsblad* 1 november 2011, p. 14.

vaardbaar grote verschillen in straftoemeting te voorkomen is het wetsvoorstel eerder een averechts middel.

6 Waarom wordt het wetsvoorstel dan toch doorgezet?

Hiervoor is beschreven dat de politiek recidive wil voorkomen door recidivisten zwaarder te bestraffen. Om dit te bewerkstelligen worden minimumstraffen voor recidivisten geïntroduceerd. Het gebrek aan onderbouwing van nut en noodzaak van de minimumstraf leidde tot niet mis te verstane kritiek van de geconsulteerde instanties op het wetsvoorstel. De boodschap luidt unaniem: niet indienen! De adviezen van de geconsulteerde instanties lijken echter aan dovemansoren gericht te zijn: nadien is aangekondigd dat de reikwijdte van het wetsvoorstel verruimd wordt door het niet alleen te laten gelden voor ernstige delicten waar minstens twaalf jaar gevangenisstraf op staat, maar voor alle delicten met een minimale strafdreiging van acht jaar gevangenisstraf. In plaats van een stap terug te doen, doet minister van Veiligheid en Justitie Opstelten er nog een schep bovenop.

Dit roept de vraag op waarom dit gebeurt: waarom wordt het wetsvoorstel doorgevoerd (en zelfs uitgebreid), terwijl er geen empirische onderbouwing is van nut en noodzaak van de invoering van minimumstraffen? De enige verklaring die hiervoor aan te dragen is, is dat het wetsvoorstel een schoolvoorbeeld is van *penal populism*. Beleid is populistisch als het louter wordt gevoerd om stemmen te winnen, zonder dat het zich wat aantrekt van de effecten van dat beleid.³⁶ Penal populism bestaat in verschillende gradaties. Roberts e.a. omschrijven een erge vorm van *penal populism* als 'the promotion of policies which are electorally attractive, but unfair, ineffective, or at odds with a true reading of public opinion'.³⁷ Het Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven kan onder deze gradatie worden geschaard: voor electoraal gewin wordt een wetswijziging voorgesteld waardoor oneerlijkheid ontstaat (ongelijke gevallen worden gelijk behandeld, rechters kunnen minder goed rekening houden met de persoon van de dader), die niet effectief is (de invoering van minimumstraffen zal niet tot recidivevermindering leiden, terwijl wel een verhoging van de kosten van de procesgang en het gevangeniswezen verwacht mag worden³⁸) en die conflicteert met diepere kennis over de publieke opinie (de publieke opinie over straffen is erg afhankelijk van de wijze waarop dat onderzocht wordt³⁹ en burgers vinden het

36 J.V. Roberts, L.J. Stalans, D. Indermaur & M. Hough, *Penal populism and public opinion: Lessons from five countries*, New York: Oxford University Press 2003, p. 5.

37 Roberts, Stalans, Indermaur & Hough 2003, p. 5.

38 Zie ook S.G.C. van Wingerden, 'De samenleving roept om zwaardere straffen. Is dat een oplossing?', in: J.P. van der Leun, E.R. Muller, N. van der Schee, P.M. Schuyt & M.A.H. van der Woude (red.), *De vogel vrij. Liber amicorum prof. dr. mr. Martin Moerings*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 311-321.

39 J.W. de Keijser & H. Elffers, 'Cross jurisdictional differences in punitive public attitudes?', *European Journal on Criminal Policy and Research* 2009, 6, p. 47-62.

belangrijker dat een rechter rechtvaardig, onpartijdig, onafhankelijk en kritisch is, dan dat hij streng is⁴⁰).

Penal populism heeft tot gevolg dat het strafklimaat steeds verder verhardt, met steeds meer mensen in de gevangenis, zonder dat de criminaliteit er noemenswaardig door beïnvloed wordt. Dat dit niet wenselijk is, lijkt mij evident. Desalniettemin vrees ik dat het wetsvoorstel (in licht gewijzigde vorm) zal worden aangenomen – alle logische bezwaren ten spijt. Daarbij vrees ik ook voor een hellend vlak. Nu wordt de minimumstraf voor recidivisten bij zware misdrijven ingevoerd. Het is dan een kleine stap om de minimumstrafregeling verder uit te breiden naar meer soorten delicten en naar gevallen waarin geen sprake is van recidive.

We stevenen dus af op een fundamentele wijziging van het strafrechtstelsel, met grote gevolgen voor de betrokkenen en voor de samenleving als geheel – alle kritische geluiden uit de rechtspraak en de wetenschap, dat nut en noodzaak van de regeling ver te zoeken zijn, ten spijt. Dit alles leidt bij mij tot een gevoel van wantrouwen. Niet ten aanzien van de rechter, maar ten aanzien van de door populisme gedreven politiek.

40 Elffers & De Keijser 2004.