

Vergaderjaar 2011–2012

**33 151**

## **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 acht jaren of meer is gesteld (minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven)**

**Nr. 4**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 21 december 2011 en het nader rapport d.d. 20 januari 2012, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 20 september 2011, no.11.002237, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, mede namens de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet 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 acht jaren of meer is gesteld (minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven), met memorie van toelichting.*

*Het voorstel behelst de invoering van minimumstraffen in het volwassenstrafrecht voor de gevallen waarin een persoon die is veroordeeld tot een gevangenisstraf wegens een feit waarop twaalf jaar of meer staat, binnen tien jaar opnieuw wordt veroordeeld voor een misdrijf waarop een maximumstraf van acht jaar of meer is gesteld en dat laatste misdrijf een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer ten gevolge heeft gehad.<sup>2</sup> Daarbij geldt dat bij recidive als minimumstraf ten minste de helft van de gevangenisstraf wordt opgelegd die naar de wettelijke omschrijving op het desbetreffende delict als maximumstraf is gesteld. In uitzonderlijke omstandigheden die zouden leiden tot een onbillijkheid van zwaarwegende aard, kan de rechter gemotiveerd afwijken van de voorgeschreven minimumstraf (de hardheidsclausule).*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

<sup>2</sup> Het voorstel is aangekondigd in het regeerakkoord en in het gedoogakkoord (Kamerstukken II 2010/11, 32 417, nr. 14, blz. 33 en blz. 70).

*De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen met betrekking tot de verhouding tussen wetgever en rechter, het probleem dat het voorstel beoogt op te lossen en de effectiviteit van de voorgestelde oplossing. Voorts maakt de Afdeling opmerkingen met betrekking tot de wezenlijke onderdelen van het voorstel, te weten de eerdere veroordeling, de hoogte van de minimum-*

*straffen en de hardheidsclausule. Zij is van oordeel dat in verband met deze opmerkingen over het voorstel in deze vorm niet positief kan worden geadviseerd.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 20 september 2011, nr. 11.002237, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 21 december 2011, nr. W03.11.0377/II, bied ik u hierbij aan.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft bezwaar tegen de inhoud van het voorstel van wet en geeft u in overweging dit niet aldus te zenden aan de Tweede kamer der Staten-Generaal. Naar aanleiding van dit advies merk ik het volgende op.

### *1. Historische context*

*Het voorstel betreft de invoering van minimumstraffen bij recidive van ernstige misdrijven.<sup>1</sup> Het laatste decennium zijn verschillende initiatiefwetsvoorstellen ingediend tot invoering van een algemeen stelsel van minimumstraffen in het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr). Daarnaast heeft het vorige kabinet een voorstel ingediend tot beperking van de mogelijkheden om een taakstraf op te leggen bij onder andere recidive van misdrijven.<sup>2</sup>*

#### *Initiatiefwetsvoorstellen minimumstraffen*

*In 2002 dienden de Kamerleden Eerdmans en Stuger een initiatiefwetsvoorstel in dat strekte tot invoering van minimumstraffen voor bepaalde geweldsdelicten, te weten moord, doodslag, verkrachting, openlijke geweldpleging en mishandeling.<sup>3</sup> De voorgestelde minimumstraffen bedroegen de helft, of iets daarboven, van de op het delict gestelde maximumstraf. Het voorstel kende geen mogelijkheid om af te wijken van de minimumstraf. In zijn advies stelt de Raad dat de afwijking van het bestaande systeem gerechtvaardigd kan zijn, indien er een duidelijk omschreven probleem bestaat bij de huidige straftoemeting en indien kan worden aangenomen dat de voorgestelde regeling inderdaad tot oplossing van dat probleem kan leiden, zonder andere belangrijke problemen in het leven te roepen. Dit voorstel heeft evenmin als een daarop volgend voorstel van het lid Eerdmans tot behandeling ervan in de Tweede Kamer geleid.<sup>4</sup>*

<sup>1</sup> Het voorstel ziet niet alleen op recidive van de betreffende misdrijven uit het Wetboek van Strafrecht, maar ook op recidive van misdrijven uit bijzondere wetten die aan de voorwaarden van artikel 43c Sr voldoen.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 169, nr. 5.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2005/06, 28 640, nr. 4.

<sup>4</sup> De vereiste aanpassing van het wetsvoorstel zou zeer ingrijpend zijn en daarom achtten de initiatiefnemers het

beter om met een nieuw voorstel te komen. In 2006 stuurde het lid Eerdmans een nieuw initiatiefvoorstel naar de Kamer dat strekte tot invoering van minimumstraffen voor moord en doodslag van respectievelijk vijftien en tien jaar. Het voorstel bevatte één specifieke afwijkingsmogelijkheid. Ook dit voorstel is niet verder in behandeling gebracht vanwege het vertrek van de indiener uit de Kamer.

<sup>5</sup> Voorstel van wet van het lid De Roon tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten, strekkende tot wijziging van het sanctiestelsel, tot wijziging van de leeftijdsgrenzen in het strafrecht en tot aanscherping van de bepalingen inzake voorlopige hechtenis (Kamerstukken II 2009/10, 31 938).

<sup>6</sup> Er is nog geen reactie op het advies verschenen.

*Daarnaast diende het Kamerlid De Roon in 2009 een initiatiefvoorstel in dat een uitgebreid stelsel van hoge minimumstraffen bevatte.<sup>5</sup> Het advies van de Raad van State hierover is niet openbaar.<sup>6</sup>*

#### *Regeringsvoorstel tot beperking taakstraf bij ernstig zeden- of geweldsmisdrijf of bij recidive*

*In 2009 diende de regering een wetsvoorstel in dat de mogelijkheden van de rechter beperkt om enkel een taakstraf op te leggen bij een veroordeling voor een ernstig zeden- of geweldsmisdrijf of bij een eerdere veroordeling tot een taakstraf wegens een soortgelijk misdrijf, in een periode van vijf jaar voorafgaand aan het begaan van het feit.<sup>2</sup> Ook hier stelt de Raad van State dat sprake zou moeten zijn van een duidelijk en welomschreven ernstig probleem dat met een beperking van de straftoemeting van de rechter zou worden opgelost. Naar het oordeel van de Raad was in dat wetsvoorstel niet aan deze voorwaarde voldaan.*

## 1. Historische context

De Afdeling brengt in herinnering dat het laatste decennium verschillende initiatiefwetsvoorstellen tot invoering van een algemeen stelsel van minimumstraffen zijn ingediend. Deze voorstellen en de zienswijze daarop van de Raad van State worden kort besproken. Daarnaast refereert de Afdeling aan het regeringsvoorstel tot beperking van de mogelijkheden om een taakstraf op te leggen bij onder andere recidive van misdrijven. Ik wijs erop dat in paragraaf 3 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel eveneens uitvoerig wordt ingegaan op de legislatieve initiatieven van de afgelopen jaren op het gebied van minimumstraffen. Voorts worden in de toelichting enkele andere regelingen besproken die met elkaar gemeen hebben dat zij strekken tot een strakkere normering van de straftoemeting. Ten aanzien van het door de Afdeling aangehaalde regeringsvoorstel 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 wijs ik er nog op dat dit wetsvoorstel op 17 november 2011 tot wet is verheven (*Stb.* 2012, 1) en op 3 januari 2012 in werking is getreden.

## 2. Internationaal kader

*Uit het in de toelichting<sup>1</sup> gememoreerde onderzoek dat in 2003 is verricht naar wettelijke stelsels van strafminima in een aantal Europese landen alsmede naar de wijze waarop deze daar in de praktijk functioneren,<sup>2</sup> bleek de plaats van bijzondere strafminima in de onderzochte rechtstelsels sterk te verschillen. De onderzoekers concludeerden dat invoering van minimumstraffen in Nederland op een breed gebied grote consequenties zou hebben, ook op legislatief terrein. Zij hadden twijfels of dit in de praktijk vruchten zou afwerpen, welke twijfels door het toenmalige kabinet werden gedeeld.<sup>3</sup> In de toelichting wordt voorts melding gemaakt van de recente studie van P.J.P. Tak naar minimumstraffen in Europa.<sup>4</sup> Daaruit blijkt dat in vrijwel alle EU-landen een stelsel van minimumstraffen bestaat. De toepassing ervan levert nauwelijks discussie op, tenzij het de rechter (vrijwel) iedere mogelijkheid ontnemt om een straf op te leggen die onder de minimumstraf ligt. Vaak heeft de wetgever een minimumstraf gekozen die lager is dan de feitelijke straf die in een dergelijk geval gemiddeld wordt opgelegd. De toelichting maakt melding van de vaststelling van de onderzoeker dat in geen van de landen die een stelsel van minimumstraffen kennen, specifiek materiaal beschikbaar is waaruit valt af te leiden of de minimumstraf daar evident heeft geleid tot een beperking van criminaliteit of tot vermindering van recidive.<sup>5</sup> De Afdeling constateert dat in de toelichting gewag wordt gemaakt van onder andere gewijzigde maatschappelijke opvattingen over de ernst van bepaalde delicten en de daarbij passende bestraffing. De Afdeling stelt echter tevens vast dat in de toelichting niet nader wordt ingegaan op het meest recente onderzoek, terwijl het voorstel toch beoogt recidive terug te dringen. Dit klemt temeer omdat uitgebreid onderzoek naar de beoogde afschrikwekkende werking van de «tough-on-crime»-maatregelen in Californië (*Three Strikes and You're Out*) aantoonde dat er geen gronden zijn om aan te nemen dat de beleidswijzigingen hebben geleid tot de daling van de misdaadcijfers.<sup>6</sup> Het betrekken van een onderzoek als het laatstgenoemde is relevant gelet op de verwachting van het kabinet van het verlagend effect van de minimumstraffen op de recidivecijfers. De Afdeling adviseert om in de toelichting in te gaan op de constatering uit het recente rechtsvergelijkend onderzoek dat de invoering van minimumstraffen in EU-landen niet evident heeft geleid tot een vermindering van recidive alsmede op de conclusie dat de tough-on-crime-maatregelen in Californië niet hebben geleid tot de daling van de misdaadcijfers.*

<sup>1</sup> Toelichting, par. 3.2, tweede alinea.

<sup>2</sup> A.M. van Kalmthout & P.J.P. Tak, Ups en downs van de minimumstraf. Een verkennende studie naar het voorkomen van minimumstraffen in Frankrijk, België, Duitsland, Engeland en Wales, Nijmegen, Wolf Legal Publishers 2003.

<sup>3</sup> Daarbij werd wel opgemerkt dat wanneer binnen de Europese Unie een discussie over minimumstraffen gevoerd zou worden, Nederland geen principieel afwijzend standpunt zou innemen, «maar wel zijn twijfels naar voren zou brengen» (Kamerstukken II 2002/03, 29 049, nr. 1, p. 6).

<sup>4</sup> P.J.P. Tak, De minimumstraf opnieuw bezien, Een geactualiseerde beknopte rechtsvergelijking, Raad voor de rechtspraak, Den Haag, SDU, 2010.

<sup>5</sup> Toelichting, par. 3.3, vijfde alinea.

<sup>6</sup> M. Tonry, Onderzoek naar afschrikking, Justitiële Verkenningen, 2008, blz. 98–117, blz. 108. Op grond hiervan wordt een verdachte die een derde keer wordt veroordeeld wegens bepaalde misdrijven, zoals diefstal, tot een langdurige minimumgevangenisstraf veroordeeld. Uit het onderzoek volgt dat de daling van de misdaadcijfers al drie jaar voor de invoering van de maatregelen was ingezet. Noch de tijdstippen noch de pieken in de criminaliteitscurves waren beduidend anders dan die van andere dichtbevolkte Staten.

## 2. Internationaal kader

Aan het advies van de Afdeling is gevolg gegeven. De memorie van toelichting is aangevuld met een passage waarin nader wordt ingegaan op het onderzoek waarvan de Afdeling gewag maakt. Deze passage verduidelijkt dat van een aantal «tough-on-crime-maatregelen» die in de jaren negentig van de vorige eeuw in de Verenigde Staten zijn getroffen, de verwachte effecten – te weten dat zij mensen zouden afschrikken om misdaden te plegen – niet zijn opgetreden. Bij de opmerking van de Afdeling dat het betrekken van dit onderzoek in het kader van dit wetsvoorstel relevant is, plaats ik nog wel de kanttekening dat het hier ging om beleidswijzigingen die zijn doorgevoerd in een land met een geheel andere rechtscultuur, terwijl ook de inhoud van de «tough-on-crime-maatregelen» sterk afwijkt van hetgeen dit wetsvoorstel behelst. In het geval van de Californische wetgeving betreft de recidiveregeling bijvoorbeeld ook zeer lichte overtredingen. Het advies van de Afdeling om in de toelichting te vermelden dat uit het meest recente rechtsvergelijkend onderzoek naar minimumstraffen in Europa blijkt dat de invoering van minimumstraffen in EU-landen niet evident heeft geleid tot een vermindering van recidive, is niet overgenomen. De reden daarvan is dat in het kader van dit onderzoek alleen wordt geconcludeerd dat in geen van de landen die een stelsel van minimumstraffen kennen, specifiek materiaal beschikbaar is waaruit valt af te leiden of de minimumstraf daar onomstotelijk heeft geleid tot een beperking van de criminaliteit of tot een vermindering van recidive.

## 3. Verhouding tussen wetgever en rechter

*In zijn advies over het initiatiefwetsvoorstel van de Tweede Kamerleden Eerdmans en Stuger stelt de Raad van State dat het tot het terrein van de wetgever behoort om aan te geven of, en zo ja in hoeverre, bepaalde gedragingen als normovertredingen zullen worden aangemerkt en welke gevolgen daaraan zullen worden verbonden. «Tegelijkertijd moet evenwel worden vastgesteld dat het recht op behoorlijke rechtspraak meebrengt dat de vaststelling van de normovertreding door de rechter geschiedt en dat deze voldoende ruimte heeft om bij de bepaling van de op te leggen sanctie rekening te houden met de mate van schuld van de dader alsook met de omstandigheden waaronder het strafbare feit plaats had. Tussen de genoemde competentie van de wetgever en het recht op behoorlijke rechtspraak moet een zeker evenwicht worden gevonden», aldus de Raad.<sup>1</sup>*

*De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Raad voor de rechtspraak bestempelen het huidige voorstel als respectievelijk een «vergaande systeembreuk ten opzichte van het huidige stelsel van straftoemeting» en als «een principiële wijziging van het strafstelsel.» De Nederlandse Orde van Advocaten spreekt van een systeembreuk waarbij de wijze waarop de wetgever de rechter in het voorstel muilkorft, niet past in een democratische rechtsstaat. In de toelichting stelt het kabinet niet van mening te zijn dat het wetsvoorstel een ingrijpende systeembreuk inhoudt, omdat het gaat om een specifiek stelsel van minimumstraffen, toegesneden op gevallen van recidive bij ernstige misdrijven.<sup>2</sup>*

*Het argument van de regering is gelegen in de beperking van de minimumstraffen tot recidive bij ernstige misdrijven. De Afdeling merkt hierbij op dat deze argumentatie uitsluitend een kwantitatief karakter heeft en kwalitatieve elementen mist. Zij kan mitsdien niet toereikend zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van een zodanige breuk in het strafrechtelijk systeem dat het evenwicht tussen de wetgever en rechter wordt verstoord. Van een systeembreuk kan immers sprake zijn als elementen die het fundament van het stelsel vormen, substantieel worden*

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2005/06, 28 640, nr. 4.

<sup>2</sup> Toelichting, par. 1, reacties op adviezen.

*aangetast; daaraan doet niet af dat dit op een beperkt terrein geschiedt. De omstandigheid dat het voorstel uitsluitend ziet op recidive van ernstige misdrijven, neemt naar het oordeel van de Afdeling niet weg dat het als een systeembreuk moet worden aangemerkt. Dit is niet zozeer het geval omdat een invoering van minimumstraffen bij recidive leidt tot een beperking van de vrijheid van de rechter als zodanig. Van een systeembreuk is sprake omdat bij het toemeten van de straf in het strafrechtelijk stelsel de weging van concrete feiten en omstandigheden (maatwerk) een wezenlijk element vormt en de mogelijkheid tot een dergelijke weging in het voorliggende voorstel dermate wordt beperkt dat het evenwicht in de verhouding tussen wetgever en rechter substantieel wordt verstoord. Deze substantiële verstoring wordt gevormd door de combinatie van drie elementen, te weten a) het feit dat bij de eerdere veroordeling niet de in het individuele geval opgelegde straf maar uitsluitend het wettelijke maximum relevant is, b) de absoluutheid van de hoogte van de voorgeschreven minimumstraf en c) de beperkte mogelijkheid voor de rechter om daarvan af te wijken. Hierna, onder 6, wordt afzonderlijk op de genoemde onderdelen ingegaan. De Afdeling concludeert dat de combinatie van de drie genoemde onderdelen van het voorstel leidt tot een zodanige substantiële verstoring van het evenwicht tussen wetgever en rechter dat deze in deze vorm als zeer onwenselijk moet worden beschouwd.*

### 3. Verhouding tussen wetgever en rechter

Het kabinet kan het gestelde in het advies van de Raad van State over het initiatiefwetsvoorstel van de Tweede Kamerleden Eerdmans en Stuger betreffende de taakverdeling tussen wetgever en rechter ten volle onderschrijven. Het behoort tot het terrein van de wetgever om aan te geven of, en zo ja in hoeverre, bepaalde gedragingen als normovertredingen zullen worden aangemerkt en welke gevolgen daaraan zullen worden verbonden. De vaststelling van de normovertreding geschiedt door de rechter, zij het dat de wet ook in andere mogelijkheden voorziet, zoals de strafbeschikking. De rechter dient voldoende ruimte te hebben om bij de bepaling van de op te leggen sanctie rekening te houden met de mate van schuld van de dader alsook met de omstandigheden waaronder het feit heeft plaatsgevonden. Tussen de competentie van de wetgever en het recht op behoorlijke rechtspraak moet in dit opzicht volgens de Raad een zeker evenwicht worden gevonden. Daarbij kan worden vastgesteld dat veel andere Europese landen in het zoeken naar dat evenwicht aanleiding hebben gezien om in hun strafstelsels minimumstraffen te introduceren.

Het kabinet is van mening dat de straftoemtingsvrijheid van de rechter een wezenlijk element is van ons strafrechtelijk stelsel. De kaders waarbinnen die straftoemtingsvrijheid functioneert worden echter gegeven door de wet. Het is aan de wetgever om te bepalen welke straffen de rechter kan opleggen en op welke wijze de schuld aan bepaald strafbaar handelen wordt uitgedrukt in de hoogte van de straf. De nadere normering die thans wordt voorgesteld, behoort naar de mening van het kabinet eveneens tot de competentie van de wetgever. Van een systeembreuk is derhalve geen sprake. Het gaat erom dat in de wet tot uiting wordt gebracht dat zwaardere bestraffing geïndiceerd is ingeval van recidive bij ernstige misdrijven. Aldus wordt een (kwalitatieve) invulling gegeven aan de normerende taak van de wetgever bij de straftoemeting op een wijze die geen (systeem)breuk oplevert met ons strafrechtelijk stelsel. Het kabinet meent in dit verband voorts dat die nadere normering geen afbreuk doet aan het uitgangspunt dat het primaat van de individuele sanctietoemeting bij de rechter ligt. De wetgever stelt een

basisnorm waarvan bij de strafoplegging bij ernstige recidive moet worden uitgegaan. Voor het overige behoudt de rechter alle ruimte.

#### 4. Noodzaak

*Zoals de Raad van State eerder stelde kan invoering van minimumstraffen en een beperking van de straftoemingsvrijheid gerechtvaardigd zijn indien het een oplossing kan bieden voor een duidelijk en welomschreven ernstig probleem bij de straftoemeting. Het voorstel omvat, in tegenstelling tot voorgaande initiatiefwetsvoorstellen, geen algemeen systeem van minimumstraffen (al dan niet bij bepaalde delicten), maar beperkt deze tot recidive van bepaalde zware misdrijven.*

*Uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat het voorstel twee doelen heeft. Hoofddoel is het daadkrachtig bestrijden van recidive van zware misdrijven. Daarnaast beoogt het voorstel de consistentie in de straftoemeting bij recidive van ernstige misdrijven te bevorderen.<sup>1</sup> Onder andere de Raad voor de rechtspraak wijst er op dat in de toelichting informatie ontbreekt over de vraag van welk probleem sprake is en hoe het wetsvoorstel het probleem zou oplossen. In reactie hierop stelt het kabinet dat het de problematiek van ernstige recidive genoegzaam bekend acht en dat het het vaste voornemen heeft om deze vorm van recidive verder terug te dringen. In de toelichting verkrijgt de gestelde ernst van de recidive geen nadere uitwerking. De Afdeling stelt vast dat aard noch omvang van het probleem van ernstige recidive wordt geduid en onderbouwd en dat de mogelijke oorzaken daarvan niet worden geanalyseerd.*

*De regering erkent het strafverhogende effect van het voorstel. Met verwijzing naar een aangescherpte strafvorderingsrichtlijn van het Openbaar Ministerie waarin bij overvallen op woningen door meerderjarige een gevangenisstraf van drie jaar als uitgangspunt is gekozen, stelt het kabinet: «Onderhavig stelsel van minimumstraffen gaat van eenzelfde gedachtegang uit. Het signaal is dat het aangewezen is om deze ernstige, gewelddadige vermogensmisdrijven strenger te bestraffen».<sup>2</sup> Tegelijk ontkent de regering eerder in de toelichting dat thans sprake zou zijn van een mogelijk probleem bij de straftoemeting door de rechter: «Daarmee is niet gezegd dat op dit moment sprake zou zijn van – in de woorden van de Nederlandse Vereniging van Rechtspraak – tekortschietende uitspraken of een straftekort (...)».<sup>3</sup> Elders in de toelichting stelt het kabinet: «De rechter vervult zijn taak integer en past de wet toe, zoals deze thans luidt».<sup>4</sup> De mededeling in de adviezen van de Nederlandse Vereniging van Rechtspraak en de Raad voor de rechtspraak dat strafrechters al geruime tijd aanwijsbaar strenger straffen, hetgeen zich bijvoorbeeld heeft vertaald in een forse toename van het aantal levenslang gestraften<sup>5</sup>, wordt op dit punt door de regering niet betwist. De toelichting benadrukt dat het de wetgever is die moet zorgen voor een signaalwerking: de wetgever heeft «een eigen verantwoordelijkheid die onder meer inhoudt dat hij moet zorgen voor een wettelijk instrumentarium dat voldoende is toegesneden op de mogelijkheid van een passende bestraffing, gegeven de gewijzigde maatschappelijke opvattingen over de ernst van bepaalde delicten en over de onaanvaardbaarheid van recidive bij dat soort feiten.»<sup>6</sup> Daarmee blijft naar het oordeel van de Afdeling de vraag onbeantwoord, wat nu precies het probleem is waarvoor het voorstel een oplossing wil bieden. De regering wijst een aantal malen op «de gegeven gewijzigde maatschappelijke opvattingen over de ernst van bepaalde delicten en over de onaanvaardbaarheid van recidive bij dat soort feiten». Dit wordt niet onderbouwd. Uit het recente onderzoeksrapport «De burger als rechter. Een onderzoek naar de geprefereerde sancties voor misdrijven in Nederland», in opdracht van het ministerie van Veiligheid en Justitie*

<sup>1</sup> Toelichting, par. 1, eerste paragraaf.

<sup>2</sup> Toelichting, par. 4.3, tweede alinea.

<sup>3</sup> Toelichting, par. 4.3, eerste alinea: «De rechter spreekt immers thans recht naar de maatstaven van de wet zoals die op dit moment luidt.»

<sup>4</sup> Toelichting, par. 3.4, eerste alinea.

<sup>5</sup> Toelichting, par. 3.2.

<sup>6</sup> Toelichting, par. 3.4, tweede alinea, reactie van het kabinet op de opmerking van de NOV.

*uitgevoerd, blijkt – voor zover hier van belang – dat burgers recidivisten zwaarder willen straffen dan first offenders, maar niet dat burgers recidive bij zware delicten zwaarder willen straffen dan nu geschiedt door rechters.<sup>1</sup> Dit laatste is niet onderzocht. Daar komt bij dat het rapport betrekking heeft op minder zware delicten dan de misdrijven waarop het voorstel ziet. De conclusie van de staatssecretaris in zijn brief bij de aanbieding van dit rapport aan de Tweede Kamer («De bevinding van de onderzoekers dat burgers recidivisten zwaarder willen straffen dan first offenders sluit mijns inziens aan bij dit wetsvoorstel») is onjuist en wordt ook door de onderzoekers weersproken.<sup>2</sup>*

*Los van het voorgaande is het maar zeer de vraag of hetgeen de bevolking dan wel een deel daarvan normaal vindt, alleen al om die reden door de wetgever als normatief moet worden beschouwd. De wetgever dient zich rekenschap te geven van hetgeen in de samenleving aan gevoelens leeft maar is niet enkel een doorgeefluik daarvan. Het is de taak van de wetgever zich te vergewissen van de gevoelens en opvattingen en deze te plaatsen in het kader van de strafdoelen (vergelding en generale/speciale preventie) en het recht op behoorlijke rechtspraak.*

*Waar de Raad voor de rechtspraak wijst op ervaringen met burgerfora die uitwijzen dat burgers, althans na meer informatie over de achtergrond van de zaak, over het algemeen vergelijkbare of zelfs lagere straffen op zouden leggen dan de rechter zou doen, reageert het kabinet met er op te wijzen dat de wetgever reeds een normering aanbrengt bij minimumstraffen waarmee reeds een zekere mate van sturing wordt gegeven.<sup>3</sup> Niet duidelijk is of en in welke mate het kabinet relevantie toekent aan maatschappelijke opvattingen ter zake.*

*Naast het terugdringen van recidive strekt het voorstel ertoe de consistentie in de straftoemeting bij recidive van zware misdrijven te bevorderen.<sup>4</sup> Het kabinet is van mening dat verschillen in de straftoemeting niet per definitie onaanvaardbaar zijn, maar stelt dat dit in beginsel wel het geval is als in vergelijkbare gevallen bij het bepalen van de straf van een verschillend vertrekpunt wordt uitgegaan.<sup>5</sup> Naar het oordeel van de Afdeling wordt hiermee niet aangegeven wat de aard en omvang van het probleem is: uit welke onderzoeksgegevens blijkt dat thans sprake is van onaanvaardbare inconsistentie bij de straftoemeting en speelt dit alleen bij recidive? Ook hier worden een duidelijke beschrijving van het probleem en een heldere analyse daarvan gemist.*

#### 4. Noodzaak

De Afdeling is van mening dat de invoering van minimumstraffen en een beperking van de straftoemetingsvrijheid gerechtvaardigd zijn indien het een oplossing kan bieden voor een duidelijk en welomschreven ernstig probleem *bij de straftoemeting*. Het kabinet hecht eraan te verduidelijken dat dit wetsvoorstel in een geheel andere context moet worden geplaatst. Het voorstel vloeit niet voort uit de gedachte dat het beperken van de straftoemetingsvrijheid de beste manier is om recidive terug te dringen. Waar het om gaat, is dat de wetgever gebruik maakt van zijn eigen bevoegdheid tot normstelling bij de sanctieoplegging. En die normstelling dient te worden geplaatst in de sleutel van de aanpak van ernstige vormen van recidive. Over de aard en omvang van het probleem van ernstige recidive – waarvan de Afdeling meent dat deze in de toelichting niet worden geduid en onderbouwd – merkt het kabinet op van oordeel te zijn dat elk geval van ernstige recidive in wezen er al één teveel is. Daarmee is het probleem reeds gegeven. Wanneer zich iemand na een eerdere veroordeling wegens zware mishandeling schuldig maakt aan een roofoverval op een supermarkt, dient daarop passend te worden gereageerd. Helaas komen deze gevallen van ernstige recidive enkele honderden keren per jaar voor. Dat is een maatschappelijk feit dat ernstige

<sup>1</sup> Bijlage bij Kamerstukken II 2011/12, 29 279, nr. 127.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2011/12, 29 279, nr. 127. NRC 5/6 november 2011: «Minimumstraffen zijn in het onderzoek niet aan de orde gesteld» en «Het zou Teeven hebben gesierd als hij iets minder selectief zou hebben gewinkeld in onze resultaten».

<sup>3</sup> Toelichting, par. 3.2, negende alinea.

<sup>4</sup> Toelichting, par. 2, vijfde tekstblok.

<sup>5</sup> Toelichting, par. 3.4, tweede alinea.

zorgen baart. Het kabinet stelt zich ten doel de slachtoffers van dit soort aantastingen van de rechtsorde, maar ook de samenleving als geheel, beter te beschermen. In het kader van dit wetsvoorstel wordt daaraan uitvoering gegeven door een wettelijke grondslag te creëren waaruit volgt dat ernstige recidive in beginsel telkens reden dient te vormen voor het opleggen van een straf die minimaal de helft is van de maximale gevangenisstraf die op het te berechten delict is gesteld. Op het niveau van de wet wordt daarmee duidelijk gemaakt welk oordeel de wetgever heeft over de bijzondere strafwaardigheid van het herhaaldelijk en op grove wijze schenden van de rechtsorde. Het gaat daarbij niet in de eerste plaats om signaalwerking. Primair wordt verzekerd dat in de desbetreffende gevallen straffen worden opgelegd die naar het oordeel van de wetgever minimaal passend, rechtvaardig en geboden worden geacht.

In de memorie van toelichting is vermeld dat sprake is van gewijzigde maatschappelijke opvattingen over de ernst van bepaalde delicten en over de onaanvaardbaarheid van recidive bij dat soort feiten. Naar het oordeel van het kabinet is het feit dat strafrechters al geruime tijd aanwijsbaar strenger straffen daarvoor een belangrijke indicatie. Delinquentie wordt sterker dan voorheen als onaanvaardbaar aangemerkt. Op strafbare feiten wordt een stevige reactie gewenst geacht. Dit geldt a fortiori voor gevallen van recidive, zoals ook blijkt uit het onderzoek waaraan de Afdeling refereert.

Met de Afdeling is het kabinet van mening dat de wetgever zich rekenschap dient te geven van hetgeen in de samenleving aan gevoelens leeft zonder daarvan enkel een doorgeefluik te zijn. De wetgever dient kennis te nemen van de gevoelens en de opvattingen in de samenleving, maar heeft wat betreft zijn bevoegdheid tot normstelling inderdaad ook een eigen verantwoordelijkheid. De hoogte van de minimumstraffen dient in dat verband te worden gezien als uitkomst van een afweging waarbij enerzijds belang is toegekend aan de huidige praktijk van de straftoemeting en anderzijds vanuit een normatief oogpunt is gezien op welk niveau de wettelijke ondergrens zou moeten komen te liggen. Bij beide aspecten van deze afweging hebben maatschappelijke opvattingen een rol gespeeld. Ook in de huidige straftoemetingspraktijk worden immers de maatschappelijke opvattingen over de gewenste reactie op ernstige inbreuken op de rechtsorde betrokken.

De voorgestelde nadere normering bij de strafoplegging levert een bijdrage aan de consistentie in de straftoemeting bij recidive van zware misdrijven. Het kabinet is van mening dat het onwenselijk is als in vergelijkbare gevallen bij het bepalen van de straf van een verschillend vertrekpunt wordt uitgegaan. Net als bij de strafvorderingrichtlijnen en de landelijke oriëntatiepunten wordt met de minimumstraffen vooraf reeds een zekere mate van sturing gegeven. Dat hierdoor tevens de consistentie in de strafoplegging bij recidive van zware misdrijven wordt vergroot, beschouwt het kabinet niet als een oplossing voor een geconstateerd probleem bij de huidige straftoemeting in de praktijk. Zij dient te worden aangemerkt als een van de consequenties van het feit dat de wetgever door invoering van minimumstraffen zijn eigen verantwoordelijkheid voor een rechtvaardige sanctietoepassing waar wil maken.

## *5. De effectiviteit*

### *a. De effectiviteit van minimumstraffen in het algemeen*

*Zoals gesteld onder 2 wordt in het eerder genoemde recente onderzoek naar minimumstraffen in EU-landen geconstateerd dat in geen van de landen die een (algemeen of bijzonder) stelsel van minimumstraffen kennen, specifiek materiaal beschikbaar is waaruit valt af te leiden dat de*



*minimumstraf daar evident heeft geleid tot vermindering van recidive. Het eveneens eerdergenoemde onderzoek in Californië toont aan dat de tough-on-crime-maatregelen niet tot de daling van de misdaadcijfers hebben geleid.*

*Met betrekking tot de effectiviteit van het voorstel toont rechtsvergelijkend onderzoek bovendien aan dat, wanneer de hoogte van de minimumstraf niet beantwoordt aan de opvattingen binnen de rechterlijke macht over de proportionaliteit van de strafbedreiging, mechanismen ontstaan waarbij de ruimte die bestaat om disproportionaliteit te voorkomen, optimaal wordt benut.<sup>1</sup> Zo heeft in Frankrijk een vereniging van rechters («Syndicat de la Magistrature») naar aanleiding van de herinvoering van minimumstraffen in 2008 een circulaire doen uitgaan die tal van mogelijkheden bevat om de minimumstraf niet te hoeven opleggen.<sup>2</sup>*

*Op dit rechtsvergelijkend onderzoek heeft ook de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak gewezen. In reactie hierop stelt het kabinet dat het voorgestelde bijzondere stelsel van minimumstraffen voldoende mogelijkheden biedt om te voorkomen dat het tot onrechtvaardige uitkomsten leidt.<sup>3</sup> Zoals hierna, onder 6, aan de orde komt, zijn deze mogelijkheden echter dermate beperkt dat het risico bestaat dat de staande en zittende magistratuur de ruimte die men heeft (en houdt) optimaal zal gebruiken om in voorkomende gevallen niet toe te hoeven komen aan de wettelijke plicht om een minimumstraf op te leggen. Voor zover de ruimte om te voorkomen dat het stelsel tot onrechtvaardige uitkomsten leidt, gelegen is in de hardheidsclausule, wijst de Afdeling erop dat ook het College van procureurs-generaal de beperktheid aldaar bekritiseert en adviseert bij de clausule «onbillijkheid van zwaarwegende aard» de laatste drie woorden te schrappen opdat er voldoende mogelijkheid zal zijn voor de rechter om corrigerend op te treden (zie hierover punt 6c).<sup>4</sup>*

#### *b. De effectiviteit van het voorstel*

*Het kabinet meent dat het voorstel op met name twee manieren bijdraagt aan het terugdringen van recidive:*

- 1. het tot uitdrukking brengen van de bevoegdheid van de wetgever van normstelling bij de straftoemeting;*
- 2. het afschrikken van potentiële recidivisten.<sup>5</sup>*

*Met betrekking tot het eerste stelt het kabinet dat de omstandigheid dat ook nu al bij de zwaarste categorieën van delicten zware straffen worden opgelegd, geen doorslaggevende reden vormt om de voorgestelde normering achterwege te laten. Het gaat er om dat ook in de wet tot uiting komt dat zwaardere bestraffing geïndiceerd is in geval van recidive bij ernstige misdrijven, aldus de toelichting. Deze normstelling heeft naar de verwachting van het kabinet signaalwerking en effect op de recidivecijfers. De veronderstelde signaalwerking aan de samenleving in het algemeen en aan potentiële recidivisten van zware gewelds- en zedenmisdrijven in het bijzonder, wordt echter niet onderbouwd.*

*Met betrekking tot de verwachte afschrikwekkende werking merkt de Afdeling het volgende op.*

*De Afdeling kan uiteraard de opvatting van het kabinet onderschrijven dat het voorstel er toe leidt dat een recidivist die een minimumstraf heeft opgelegd gekregen, voor de duur van de detentie niet in staat is buiten de inrichting nieuwe strafbare feiten te plegen. Het kabinet verwacht echter vooral dat mensen die eerder zijn veroordeeld, «doeltreffend» worden afgeschrikt door het stelsel van minimumstraffen. Deze verwachting wordt niet onderbouwd. Dit is opmerkelijk, gelet op onder meer uitlatingen van de toenmalige Staatssecretaris van Justitie in zijn brief van 24 april 2008 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer over de effectiviteit*

<sup>1</sup> P.J.P. Tak en A.M. van Kalmthout, Ups en downs van de minimumstraf, Een verkennende studie naar het voorkomen van minimumstraffen in Frankrijk, België, Duitsland, Engeland en Wales, 2003, blz. 151.

<sup>2</sup> Het gaat in die circulaire om het stellen van hoge eisen aan het bewijs van recidive of het niet bewezen verklaren van bepaalde strafverzuwende omstandigheden. Tak a.w., 2010, blz. 27.

<sup>3</sup> Toelichting, par. 1.

<sup>4</sup> Advies van het College van procureurs-generaal, laatste alinea.

<sup>5</sup> Toelichting, par. 1, reactie n.a.v. opmerking NOV a en voorlaatste alinea.

van strafdoelen: «Afschrikking kan worden onderscheiden in speciale en generale preventie. Als indicatoren zijn respectievelijk onderscheiden «mening burger over afschrikking» en «recidive». Er is geen informatie beschikbaar over de mening van de burger over de afschrikwekkende werking van het sanctiestelsel. Uit de beschikbare literatuur blijkt dat er geen (directe) relatie te leggen is tussen het gevoerde sanctiebeleid en de generale preventie.»<sup>1</sup> In dit verband valt te wijzen op evaluaties in de Verenigde Staten van nieuwe wetten die minimumstraffen voorschreven en tot doel hadden criminaliteit terug te dringen. Het gros van de evaluaties wijst uit dat er geen meetbare afschrikkingseffecten waren of slechts korte termijn-effecten die al snel verdwenen.<sup>2</sup>

Zoals vermeld beoogt het voorstel tevens bij te dragen aan het bevorderen van de consistentie in de straftoemeting bij recidive.<sup>3</sup> Daargelaten het ontbreken van een adequate probleembeschrijving in de toelichting, wordt niet gemotiveerd waarom het voorgestelde stelsel van minimumstraffen de passende en effectieve oplossing zou zijn. Ten aanzien van een aantal delicten bestaan rechterlijke oriëntatiepunten die er toe strekken de consistentie in de straftoemeting te vergroten. Deze oriëntatiepunten zien overigens op meer omstandigheden dan alleen de ernst van het delict, de recidive en een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer. Niet wordt vermeld waarom bijvoorbeeld een ruimere toepassing daarvan bij recidive onvoldoende is om de consistentie te bevorderen. De Afdeling acht ook op dit punt relevant of de uitwerking van het voorstel in de praktijk wel overeenkomt met het oogmerk van de regering om onaanvaardbaar geachte verschillen in de straftoemeting te voorkomen. Het College van procureurs-generaal merkt, verwijzend naar concrete voorbeelden, bij de verwachting van de regering op: «De vraag is of dat zo is. De praktijk laat zien dat het ook heel anders uit kan pakken.»<sup>4</sup>

*Conclusie ten aanzien van nut en noodzaak van het voorstel (punten 4 en 5)*

*Invoering van een stelsel van minimumstraffen kan gerechtvaardigd zijn, indien het een oplossing kan bieden voor een duidelijk en welomschreven ernstig probleem bij de straftoemeting. Het bestaan van een dergelijk probleem wordt echter in de toelichting niet onderbouwd. Dat rechters «het niet goed zouden doen»<sup>5</sup> wordt door het kabinet weersproken en de gestelde gewijzigde maatschappelijke opvattingen – voor zover hier relevant – worden niet onderbouwd. De effectiviteit van invoering van een stelsel van minimumstraffen voor het terugdringen van recidive – in het bijzonder de veronderstelde preventieve werking ervan – wordt evenmin onderbouwd. Internationaal onderzoek wijst niet uit dat een minimumstraf evident leidt tot beperking van criminaliteit of vermindering van recidive, maar geeft wel aanwijzingen voor het risico dat de staande en zittende magistratuur de ruimte die men heeft (en houdt) optimaal zal gebruiken om in voorkomende gevallen niet toe te hoeven komen aan de wettelijke plicht om een minimumstraf op te leggen. Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling om de indiening van het voorstel te heroverwegen.*

*Voor zover niettemin wordt besloten om in geval van recidive bij zware misdrijven minimumstraffen in te voeren, wijst de Afdeling op het volgende.*

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 200 VI, nr. 145, blz. 26.

<sup>2</sup> M. Tonry, a.w. blz. 107.

<sup>3</sup> Toelichting, Hoofdpijnen, zesde alinea.

<sup>4</sup> Te wijzen valt op het voorbeeld dat is gegeven door het College van procureurs-generaal van drie personen die uit baldadigheid een bescheiden brandje hebben gesticht waarbij een klein gevaar voor een nabij gelegen schuurtje te duchten was (artikel 157, onderdeel 1, Sr). De rechter besluit, gelet op de persoonlijke omstandigheden, tot uiteenlopende straffen. A krijgt een (voorwaardelijke) gevangenisstraf van een week; B een onvoorwaardelijke taakstraf en C een geldboete. Het gevolg hiervan is dat alleen A bij relevante recidive binnen tien jaar een gevangenisstraf van minimaal vier jaar krijgt opgelegd.

<sup>5</sup> Toelichting, par. 3.4, tweede alinea.

## *5. De effectiviteit*

### *a. De effectiviteit van minimumstraffen in het algemeen*

De Afdeling maakt opmerkingen over de effectiviteit van minimumstraffen in het algemeen. Het kabinet begrijpt deze opmerkingen aldus dat de Afdeling, in navolging van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR), wil benadrukken dat een als te strikt ervaren wettelijke normering van de strafoemeting tot ontwijkend gedrag kan leiden. Dergelijk escapisme acht het kabinet, en ook overigens de NVvR, ongewenst en ontoelaatbaar. Voor zover het gaat om de ruimte in de toepassingsvoorwaarden die het wettelijk stelsel biedt om te voorkomen dat het tot onrechtvaardige uitkomsten leidt, kan naar het oordeel van het kabinet evenwel niet van escapisme worden gesproken. Het bewuste geval komt immers eenvoudigweg niet in aanmerking voor een minimumstraf. En die gevallen kunnen evenmin iets zeggen over de effectiviteit van het stelsel van minimumstraffen in het algemeen. Het stelsel is juist daarvoor niet bedoeld.

### *b. De effectiviteit van het voorstel*

Dat dit wetsvoorstel ertoe leidt dat een recidivist die een minimumstraf heeft opgelegd gekregen, niet in staat is buiten de inrichting nieuwe strafbare feiten te plegen, wordt door de Afdeling onderschreven. Dit incapacitatie effect moet, zo wil het kabinet graag benadrukken, niet worden veronachtzaamd. Slachtoffers en nabestaanden maar ook de samenleving als geheel worden reeds hierdoor beter beschermd. De primaire doelstelling van het wetsvoorstel is evenwel dat in de wet wordt uitgedrukt hoe bijzonder strafwaardig ernstige recidive is: wettelijke strafminima normeren waar in die gevallen de ondergrenzen liggen. Daarmee richt de wet zich tot de samenleving ten teken dat het haar ernst is wat betreft de aanpak van recidive bij zware misdrijven.

De wet richt zich daarnaast tot de potentieel strafwaardige leden van de samenleving om hen af te schrikken. Wat deze afschrikwekkende werking betreft, stelt het kabinet met de Afdeling vast dat de verwachte gunstige effecten van (het vooruitzicht op) hogere straffen op de veiligheid in de samenleving niet op voorhand thans op basis van bestaand onderzoeksmateriaal kunnen worden gestaafd. En dat over de effectiviteit van het hier voorgestelde stelsel nog geen empirisch gefundeerde informatie kan worden gegeven, vindt zijn oorzaak in het feit dat die effectiviteit pas gemeten kan worden als met het stelsel ervaring is opgedaan. Niettemin weerhoudt dit het kabinet er niet van de verwachting uit te spreken dat het voorstel een bijdrage zal kunnen leveren aan de vermindering van recidive. Daarnaast verzekert dit wetsvoorstel, zoals aangegeven, dat het herhaaldelijk plegen van een ernstig misdrijf een minimale adequate vertaling vindt in de strafhoogte. Dat (vergeldings)effect wordt hoe dan ook gerealiseerd.

Het is evident dat het stelsel van minimumstraffen het gebruik van andere strafoemetinginstrumenten, zoals de rechterlijke oriëntatiepunten, voor de gevallen waarop dit wetsvoorstel ziet, beperkt. De ruimte voor de strafoemeting wordt nader wettelijk ingekaderd. Dat neemt overigens niet weg dat deze strafminima ook als basis kunnen fungeren voor nadere uitgangspunten bij de strafoemeting, bijvoorbeeld uit te werken in landelijke oriëntatiepunten. Duidelijk is dat een minimumstraf meteen ook geldt als instrument om consistentie in de strafoemeting te bevorderen. De minimumstraf bepaalt immers de ondergrens voor de op te leggen gevangenisstraf.

*Conclusie ten aanzien van nut en noodzaak van het voorstel (punten 4 en 5)*

Het kabinet kan zich, zoals eerder aangegeven, niet vinden in de opvatting van de Afdeling dat de invoering van een stelsel van minimumstraffen (alleen) gerechtvaardigd kan zijn indien het een oplossing kan bieden voor een duidelijk en welomschreven probleem *bij de straftoemeting*. Het realiseren van een wettelijke grondslag waarin zich de wens van de wetgever openbaart dat bij gevallen van ernstige recidive de straffen minimaal boven een bepaald niveau moeten uitkomen, vormt evengoed een (zelfstandige) rechtvaardiging voor de invoering van minimumstraffen. Het kabinet verwacht daarnaast een zekere preventieve werking van dit stelsel. Dat internationaal onderzoek door het ontbreken van relevante gegevens niet uitwijst dat minimumstraffen leiden tot vermindering van recidive acht het kabinet geen dragend argument om een positieve uitspraak over het mogelijk afschrikwekkend effect van dit wetsvoorstel achterwege te laten. De wet stelt bij ernstige recidive een verzwaarde strafrechtelijke aansprakelijkheid in het vooruitzicht. Daaraan kan een zekere afschrikwekkende werking niet worden ontzegd. Hoofddoelstelling blijft een wettelijke verankering voor een zwaardere bestraffing bij gevallen van ernstige recidive.

*6. De eerdere veroordeling, de hoogte van de minimumstraffen en de hardheidsclausule*

*Voorgesteld wordt om een minimumstraf voor te schrijven van de helft van de wettelijke maximumstraf, indien de verdachte eerder is veroordeeld tot gevangenisstraf wegens een misdrijf waarop een maximumstraf van twaalf jaar is gesteld. Daarnaast moet het nieuwe feit een delict betreffen waarop een maximumstraf van acht jaar is gesteld en dient dit tevens een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer ten gevolge te hebben gehad. Uitsluitend indien de bestraffing zou leiden tot een onbillijkheid van zwaarwegende aard, kan de rechter een lagere straf opleggen. Dit stelsel kent drie wezenlijke onderdelen.*

*a. De eerdere veroordeling*

*Het feit dat bij de eerdere veroordeling niet de opgelegde straf maar het wettelijke maximum van het betreffende delict bepalend is, maakt dat een zekere rigiditeit kan optreden. Daarbij merkt de Afdeling op dat niet duidelijk is of een eerdere veroordeling tot uitsluitend een voorwaardelijke gevangenisstraf de aanleiding kan vormen voor een verplichte minimumstraf bij recidive. Te denken valt aan iemand die wordt veroordeeld tot een geheel voorwaardelijke gevangenisstraf van twee weken omdat hij op de uitkijk stond bij een inbraak in een woning, waarbij de inbreker om te ontsnappen de bewoner heeft weggeduwd die daarbij ten val is gekomen.<sup>1</sup> Verschillende adviesorganen hebben er dan ook op gewezen dat weliswaar sprake kan zijn van een twaalfjaarsdelict, maar dat een veroordeling tot een lichte en mogelijk zelfs voorwaardelijke gevangenisstraf de aanleiding kan vormen voor een verplichte minimumstraf bij recidive; zij hebben geadviseerd om strengere voorwaarden te stellen aan de eerste veroordeling. De toelichting memoreert het voorbeeld van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, inhoudend dat een kleptomane huisvrouw die zich op straat losrukt van een beveiligingsbeambte, evengoed een twaalfjaarsfeit pleegt als de bankrover die met gemaskerde kompanen letterlijk met wapengekletter een goed voorbereide overval op een goed beveiligde bank pleegt. Volgens het kabinet is echter met de voorwaarde dat het eerste delict een feit betreft waarop naar de wettelijke omschrijving een straf van twaalf jaar of meer is gesteld en de voorwaarde dat de vervolging heeft geresulteerd in een gevangenisstraf,*

<sup>1</sup> Artikel 48 juncto artikel 312, tweede lid, onderdeel 1, Sr. Mogelijk kan de betrokkene ook als medepleger van diefstal met geweld worden aangemerkt.

voorzien in toereikende waarborgen om te voorkomen dat minder ernstige feiten mede bepalend zijn voor de toepasselijkheid van de minimumstraf bij recidive.

De Afdeling wijst er in de eerste plaats op dat het wettelijk strafmaximum de zwaarte aangeeft van de categorie waartoe het delict behoort en mitsdien van de hoogte van de straf die de rechter maximaal kan opleggen. Dat laat echter onverlet dat binnen een bepaalde categorie strafbare feiten zich grote verschillen voordoen tussen verdachten/daders wat de ernst van de feiten betreft. Het voorgestelde kan derhalve geen toereikende waarborg zijn om te voorkomen dat minder ernstige gedragingen mede bepalend zijn voor de toepasselijkheid van de minimumstraf: de ernst van alle feiten wordt immers gelijk gesteld ongeacht de concrete omstandigheden van het geval, aan die waarvoor een maximumstraf geldt.

Op de tweede plaats zijn de voorwaarden ten aanzien van het eerste delict naar het oordeel van de Afdeling niet passend in het licht van het doel van het voorstel, de aanpak van recidive van zware gewelds- en zedenmis-drijven.<sup>1</sup> Volgens de toelichting geeft het kabinet prioriteit aan de aanpak van zware gewelds- en zedendelicten, terwijl de voorgestelde twaalfjaarsdelicten een ruimere categorie van misdrijven betreffen. Daarnaast wordt in de toelichting niet ingegaan op een cumulatie van de verschillende voorstellen in het kader van de normering van de straftoemeting. Zo zal de rechter na inwerkingtreding van de wet tot inperking van de mogelijkheden tot oplegging van een taakstraf, in bepaalde gevallen de facto een gevangenisstraf moeten opleggen.<sup>2</sup>

De Afdeling adviseert gelet op het voorgaande om de wettelijke voorwaarden met betrekking tot het eerste feit aan te scherpen. Vanwege de wenselijkheid van aansluiting bij het vigerende stelsel alsook in het belang van consistentie van het voorstel en vermindering van rigiditeit, adviseert de Afdeling de voorwaarde te stellen dat uit het vonnis blijkt dat het feit een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer tot gevolg heeft gehad, aangezien dit ook een beperkende voorwaarde is bij het nieuwe feit dat leidt tot een minimumstraf. De vraag rijst immers waarom deze inbreuk de ernst van het feit mede bepaalt bij het nieuwe feit maar geen betekenis heeft bij het eerdere feit. Daarnaast geeft de Afdeling in overweging om als voorwaarde op te nemen dat het eerdere feit tevens heeft geleid tot een substantiële onvoorwaardelijke gevangenisstraf van een bepaalde duur.<sup>3</sup> Daarmee wordt de wettelijke maximumstraf als ijkpunt vervangen door een maximum dat minder het risico van rigiditeit kent.

De Afdeling adviseert tevens om te verduidelijken of een eerdere veroordeling tot een voorwaardelijke gevangenisstraf voor een delict met een wettelijke maximumstraf van twaalf jaar reeds aanleiding kan vormen voor een minimumstraf bij recidive.

#### *b. De hoogte van de minimumstraffen*

Voorgesteld wordt een minimumstraf die de helft bedraagt van de op het maximum gestelde straf. Allereerst moet ook hier, in lijn met hetgeen hiervoor onder a is gesteld, worden vastgesteld dat sprake is van een zekere rigiditeit, aangezien niet de ernst van de concrete strafbare feiten bepalend is maar het wettelijk strafmaximum dat op delicten van dezelfde categorie is gesteld. Voorts constateert de Afdeling dat de voorgestelde hoogte van de minimumstraf niet wordt gemotiveerd. In het bestaande stelsel is voor deze hoogte geen aanknopingspunt te vinden. Een mogelijk aanknopingspunt zou de bestaande wettelijke recidiveregeling kunnen zijn, die wordt gehandhaafd.<sup>4</sup> Daarbij wordt uitgegaan van de bevoegdheid van de rechter om het wettelijk strafmaximum met een derde van dat maximum te boven te gaan. Indien de hoogte van de

<sup>1</sup> Toelichting, par. 1, vierde alinea: «Het wetsvoorstel maakt deel uit van het pakket aan maatregelen dat wordt genomen om ernstige gewelds- en zedenmisdriven te bestrijden.»

<sup>2</sup> Kamerstukken 32 169.

<sup>3</sup> Vergelijk het advies van de Raad voor de rechtspraak waarin een straf van twee jaar wordt genoemd.

<sup>4</sup> Artikel 43a Sr bepaalt dat de op een misdrijf gestelde straf met een derde kan worden verhoogd indien tijdens het plegen van het misdrijf nog geen vijf jaar zijn verlopen sedert een vroegere veroordeling van de schuldige tot gevangenisstraf wegens een daaraan soortgelijk misdrijf in kracht van gewijsde is gegaan. In artikel 43b Sr worden misdrijven genoemd die in elk geval als soortgelijk aan elkaar worden aangemerkt.

*minimumstraf een derde van het wettelijk maximum zou bedragen, past dit niet alleen beter in het bestaande systeem maar kan ook daarvan de door het kabinet gewenste signaalwerking uitgaan, temeer daar dit – anders dan bij de huidige regelgeving maar in lijn met het voorgestelde – een gefixeerde minimumstraf betreft.*

*Daar komt bij dat de voorgestelde hoogte ten opzichte van de huidige straftoematingspraktijk als onevenwichtig kan worden bestempeld.<sup>1</sup> Op basis van het in de toelichting vermelde kleinschalige onderzoek van de Raad voor de rechtspraak wordt geconstateerd dat het aannemelijk is dat de invoering van het wetsvoorstel tot een strafverzwaring zal leiden. Indicatief is voorts met name de vergelijking met de in 2009 door de rechter in eerste aanleg opgelegde onvoorwaardelijke gevangenisstraf naar gemiddelde duur. Voor bijvoorbeeld diefstal met geweld was dat 337 dagen en voor verkrachting 585 dagen.<sup>2</sup> Voor diefstal met geweld wordt in geval van recidive en in geval van een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer, een minimumstraf voorgesteld van vier jaar en zes jaar voor verkrachting onder die omstandigheden. Het gaat hier weliswaar om de gemiddelde duur van de gevangenisstraf en niet specifiek om recidive, maar niet nader wordt gemotiveerd waarom de voorgestelde minimumstraffen proportioneel zouden zijn en geen nadere weging door de rechter zouden vergen. Opmerking verdient dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Malige op grond van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) de evenredigheid tussen de gefixeerde sanctie en de gedraging heeft getoetst.<sup>3</sup> Weliswaar voorziet het wetsvoorstel er in dat in gevallen van bijzondere hardheid kan worden afgeweken van de voorgeschreven minimumstraffen, maar dat neemt niet weg dat het risico bestaat dat in voorkomende gevallen niet wordt voldaan aan het evenredigheidsbeginsel als bedoeld in het EVRM, zoals hierna onder c aan de orde komt.*

*Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling om de voorgestelde hoogte van de minimumstraf, zijnde de helft van de maximumstraf, nader te bezien en daarbij mogelijke alternatieven te betrekken zoals een minimumstraf van een derde van de maximumstraf die op het delict is gesteld.*

#### *c. De hardheidsclausule*

*Het voorgestelde artikel 43d Sr biedt de rechter de mogelijkheid een lagere gevangenisstraf op te leggen dan is voorgeschreven indien toepassing van de minimumstraf 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». Bij toepassing van de hardheidsclausule geldt een bijzondere motiveringsplicht voor de rechter.<sup>4</sup> Volgens de toelichting moet bij de hardheidsclausule vooral 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. De voorgestelde bepaling biedt de rechter uitsluitend de mogelijkheid tot een lagere gevangenisstraf en voorziet niet in de mogelijkheid om onder omstandigheden geheel af te zien van een gevangenisstraf, terwijl het rechterlijk pardon uitdrukkelijk wordt uitgesloten.<sup>5</sup>*

*Naar het oordeel van de Raad voor de rechtspraak zouden de omstandigheden en de onbillijkheid ook te relateren moeten zijn aan aspecten van vergelding en verwijtbaarheid en aan preventieve doelen. Dit zou betekenen dat onder de uitzonderingsmogelijkheid ook factoren kunnen vallen die betrekking hebben op gedragsbeïnvloeding, bijvoorbeeld de verwachte, maar ongewenste verdere verharding van de betrokkene als*

<sup>1</sup> Vergelijk het advies van de Raad voor de rechtspraak.

<sup>2</sup> Tabel 6.14, Criminaliteit en rechtshandhaving 2009.

<sup>3</sup> EHRM 23 september 1998, NJCM-Bulletin 2000, blz. 873, Malige versus Frankrijk.

<sup>4</sup> Artikel 311, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering, als voorgesteld.

<sup>5</sup> Artikel 9a Sr, zoals voorgesteld.

gevolg van de zware straf. In reactie hierop benadrukt het kabinet dat deze bepaling niet is bedoeld als straftoemetinginstrument: «Het realiseren van strafdoelen als vergelding en speciale preventie is reeds door de wetgever in de hoogte van de minimumstraf verdisconteerd, in de zin dat daarvoor een minimale norm is bepaald».<sup>1</sup> Dit betekent naar het oordeel van de Afdeling dat het voorstel er toe leidt dat in voorkomende gevallen straffen dienen te worden opgelegd die niet als passend kunnen worden beschouwd en waarbij aan de effectiviteit ervan kan worden getwijfeld. Voorts geldt volgens het kabinet het stelsel van minimumstraffen in principe ook als bij de dader tijdens het begaan van een feit een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestesvermogens bestond. Illustratief is het door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak genoemde voorbeeld van een zwakbegaafd persoon die tot twee maal toe een vuilnisbak in brand heeft gestoken waarbij zwaar lichamelijk letsel te duchten was en zodoende een minimumstraf van zeven jaar en zes maanden krijgt opgelegd.<sup>2</sup> Een casus als deze valt volgens het kabinet aangezien deze bij verminderde toerekeningsvatbaarheid slechts in uitzonderlijke gevallen opgeld doet.

Tenslotte hebben het College van procureurs-generaal en de Raad voor de rechtspraak er op gewezen dat iedere onbillijkheid moet worden voorkomen en niet alleen een onbillijkheid van zwaarwegende aard. In reactie daarop stelt het kabinet dat voor wat betreft de formulering van de hardheidsclausule is aangesloten bij de Aanwijzingen voor de regelgeving.<sup>3</sup> Daarbij verdient opmerking dat de Aanwijzingen spreken over een onbillijkheid van overwegende aard en niet van zwaarwegende aard.<sup>4</sup> Naar het oordeel van de Afdeling dient de wetgeving zodanig te zijn ingericht dat onbillijke minimumstraffen (kunnen) worden voorkomen. Voorkomen dient te worden dat onder omstandigheden niet wordt voldaan aan het evenredigheidsbeginsel, zoals dat ligt besloten in artikel 6 EVRM.<sup>5</sup>

De Afdeling adviseert om de voorgestelde regeling aan te passen conform de Aanwijzingen en te voorzien in de mogelijkheid van het afzien van het opleggen van straf. Tevens adviseert de Afdeling in de toelichting te verduidelijken dat van de voorgestelde afwijkmogelijkheid in ieder geval zodanig gebruik kan en moet worden gemaakt dat wordt voorkomen dat niet aan het evenredigheidsbeginsel wordt voldaan.

## *6. De eerdere veroordeling, de hoogte van de minimumstraffen en de hardheidsclausule*

### *a. De eerdere veroordeling*

Volgens de Afdeling kan een zekere rigiditeit optreden omdat bij de eerdere veroordeling niet de opgelegde straf maar het wettelijk maximum van het betreffende delict bepalend is. Het kabinet merkt hierover op dat voor de eerdere veroordeling niet alleen het wettelijk strafmaximum bepalend is. Vereist is ook dat betrokkene onherroepelijk is veroordeeld tot gevangenisstraf. De algemene recidiveregeling van artikel 43a Sr is op een vergelijkbare wijze opgezet. Een verschil is dat onder die regeling de eerdere veroordeling niet is gekoppeld aan een bepaald wettelijk strafmaximum, maar aan het feit dat deze veroordeling een (soortgelijk) misdrijf betreft waarvan artikel 43b Sr een nadere aanduiding geeft. Het effect is evenwel hetzelfde. Ook minder ernstige gedragingen kunnen onder de vaak vrij ruim opgezette delictomschrijvingen vallen, reden waarom de aanvullende eis van een veroordeling tot gevangenisstraf is opgenomen. Het kabinet is van oordeel dat in die eis een adequate drempel besloten ligt om te voorkomen dat veroordelingen voor minder

<sup>1</sup> Toelichting, par. 5, Gevallen van bijzondere hardheid, laatste alinea.

<sup>2</sup> Artikel 157, onderdeel 2, Sr. In de toelichting (par. 4.1, vierde alinea) wordt gesteld dat dit misdrijf al snel leidt tot schade bij derden ten gevolge waarvan het als recidivedelict moet worden aangemerkt.

<sup>3</sup> Toelichting op Artikel I, onderdeel C.

<sup>4</sup> Model hardheidsclausule, artikel 131a van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

ernstige feiten mede als grondslag kunnen fungeren voor de toepasselijkheid van het stelsel van minimumstraffen.

De Afdeling meent voorts dat de voorwaarden die ten aanzien van het eerste delict worden gesteld niet passend zijn in het licht van het doel van het voorstel. Het doel van het wetsvoorstel zou, zo lijkt de Afdeling van opvatting te zijn, louter zijn gericht op de aanpak van recidive van zware gewelds- en zedendelicten. Graag verduidelijk ik dat het wetsvoorstel een ruimere doelstelling heeft. Het voorstel richt zich op de aanpak van recidive van alle zware misdrijven. Daarbij geldt voor het eerste delict dat het moet gaan om een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van twaalf jaar of meer is gesteld. Het kabinet geeft inderdaad prioriteit aan de aanpak van zware gewelds- en zedendelicten. Wat dit wetsvoorstel betreft, heeft zich dat voornemen met name ook vertaald in een verruiming van de categorie van misdrijven die als recidivedelict onder het voorgestelde stelsel van minimumstraffen vallen, te weten de misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht, negen of tien jaren is gesteld. Daarmee maakt het wetsvoorstel deel uit van het pakket aan maatregelen dat wordt genomen om ernstige gewelds- en zedenmisdrijven te bestrijden. Dit betekent echter niet dat de doelstelling van de regeling zich daartoe beperkt.

Tegen de achtergrond van het voorgaande geeft het kabinet geen gevolg aan het advies om de wettelijke voorwaarden met betrekking tot het eerste feit aan te scherpen. Dat het ook bij de eerdere veroordeling moet gaan om een ernstig feit wordt voldoende gewaarborgd door de voorwaarde dat betrokkene onherroepelijk tot gevangenisstraf is veroordeeld voor een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van twaalf jaar of meer is gesteld. Het advies van de Afdeling om te verduidelijken of een eerdere veroordeling tot een voorwaardelijke gevangenisstraf voor een misdrijf met een wettelijke maximumstraf van twaalf jaar of meer ook aanleiding kan vormen voor een minimumstraf bij recidive, is overgenomen. De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld. Aangegeven wordt dat het voorgestelde artikel 43c Sr uitgaat van het begrip gevangenisstraf. Daarbij wordt niet gedifferentieerd naar straffen die (gedeeltelijk) voorwaardelijk of volledig onvoorwaardelijk zijn opgelegd.

#### *b. De hoogte van de minimumstraffen*

Ten aanzien van de hoogte van de minimumstraffen stelt de Afdeling voorop dat ook bij het recidivedelict sprake is van een zekere rigiditeit omdat niet de ernst van het concrete strafbare feit bepalend is maar het wettelijk strafmaximum dat delicten van dezelfde categorie is gesteld. Het kabinet deelt deze zienswijze niet. Het stelsel bepaalt uitdrukkelijk dat alleen voor delicten met een bepaald strafmaximum een minimumstraf geldt indien sprake is van recidive en *voor zover* het desbetreffende delict een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer ten gevolge heeft gehad. Daarmee wordt naar de mening van het kabinet de ernst van het concrete strafbare feit waarvoor een minimumstraf geldt adequaat in de wet uitgedrukt. De omschrijving van het recidivedelict biedt de rechter de mogelijkheid te onderscheiden tussen feiten van geringe ernst – in die zin dat zij niet geleid hebben tot een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit – en feiten die veel leed bij slachtoffers hebben veroorzaakt.

De Afdeling stelt voor de voorgestelde hoogte van de minimumstraffen nader te bezien. Een rekenmodel dat uitgaat van een derde van het wettelijk strafmaximum zou, gelet op de bestaande algemene recidivere-



geling, beter passen in het bestaande systeem. Het kabinet deelt dit standpunt niet. De algemene recidiveregeling bevat een nadere normering van de bovengrens bij de strafoplegging, terwijl een minimumstraf de ondergrens bepaalt van de op te leggen gevangenisstraf. Los hiervan acht het kabinet een stelsel van minimumstraffen dat uitgaat van een lager minimum dan de helft van het strafmaximum voor de gevallen van recidive waarop de regeling ziet, niet opportuun. Het gaat om het herhaaldelijk plegen van zware misdrijven waarbij in het geval van het te berechten delict voorts nog sprake is van een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer. Onder die omstandigheden moet, zoals ook in de memorie van toelichting per delictscategorie nader wordt besproken, een straf die ten minste de helft van het strafmaximum bedraagt minimaal op zijn plaats worden geacht. Daarmee is in de toepasselijke gevallen sprake van evenredigheid tussen de hoogte van de straf en de ernst en mate van verwijtbaarheid van de gedragingen, daargelaten overigens dat de ernst, omvang en gevolgen van de gedragingen zeker ook aanleiding kunnen geven tot het opleggen van hogere straffen. Het kabinet kan zich dan ook niet verenigen met de stellingname van de Afdeling dat het risico bestaat dat in voorkomende gevallen niet wordt voldaan aan het evenredigheidsbeginsel dat besloten ligt in artikel 6 van het EVRM. Aan het advies van de Afdeling om de hoogte van de minimumstraffen te heroverwegen is, gelet op het voorgaande, geen gevolg gegeven.

### *c. De hardheidsclausule*

Wat betreft de voorgestelde hardheidsclausule refereert de Afdeling aan het standpunt van de Raad voor de rechtspraak dat de omstandigheden en de onbillijkheid ook te relateren moeten zijn aan aspecten van vergelding en verwijtbaarheid en aan preventieve doelen. In reactie daarop is in de memorie van toelichting aangegeven dat de hardheidsclausule niet is bedoeld als straftoemingsinstrument. Het realiseren van strafdoelen als vergelding en speciale preventie is reeds verdisconteerd in de hoogte van de minimumstraf. De zienswijze dat hierdoor in voorkomende gevallen straffen dienen te worden opgelegd die niet als passend kunnen worden beschouwd en waarbij aan de effectiviteit ervan kan worden getwijfeld, wordt niet onderschreven. Het voorstel is toegesneden op ernstige gevallen van recidive die hebben geleid tot een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van een slachtoffer. De minimumstraf geldt voor die gevallen als basisnorm voor een proportionele bestraffing. Een lagere straf dan de minimumstraf wordt in de gevallen waarop de voorgestelde nadere normering van de straftoemeting van toepassing wordt door het kabinet niet passend en doeltreffend geacht. Dit is alleen anders als sprake is van de uitzonderlijke omstandigheden die zijn omschreven in de hardheidsclausule.

Met de Afdeling is het kabinet van mening dat de wetgeving zodanig dient te zijn ingericht dat onbillijke minimumstraffen (kunnen) worden voorkomen. Het voorgestelde stelsel voldoet aan dit vereiste. Het kabinet ziet daarom ook geen noodzaak om het voorgestelde artikel 43d Sr redactioneel aan te passen aan de Aanwijzingen voor de regelgeving. Zoals hiervoor reeds is verduidelijkt, is bij de wettelijke vormgeving van het voorgestelde stelsel van minimumstraffen zelf al rekening gehouden met het evenredigheidsbeginsel. Een nadere opdracht in de toelichting dat van de hardheidsclausule gebruik kan en moet worden gemaakt indien bestraffing met een minimumstraf, gelet op de (geringe) ernst en (geringe) verwijtbaarheid van de gedragingen, onverenigbaar zou zijn met het evenredigheidsbeginsel, ligt daarom niet in de rede. Het advies van de Afdeling op dit punt is niet gevolgd.

## 7. De recidivetermijn

*De onderbouwing van de recidivetermijn van tien jaar schiet, zoals door verschillende adviesinstanties is opgemerkt, tekort. De Afdeling merkt op dat ook het College van procureurs-generaal kritiek heeft op de voorgestelde termijn. Volgens het College van procureurs-generaal is algemeen aanvaard dat vijf jaar lang wordt gekeken naar eerdere veroordelingen. In reactie daarop wijst het kabinet op andere wettelijke termijnen van een recidiveperiode van twee en één jaar en concludeert dat een recidivetermijn van vijf jaar geen onwrikbaar gegeven is. Een langere periode dan de gebruikelijke recidivetermijn van vijf jaar geeft volgens het kabinet «een adequaat antwoord op een reële behoefte van de samenleving aan een betere bescherming».*

*De Afdeling benadrukt allereerst dat de gestelde reële behoefte van de samenleving aan een betere bescherming alsmede de effectiviteit van de verdubbeling van de recidivetermijn voor de bescherming van de samenleving niet zijn onderbouwd. Met betrekking tot de beweerde behoefte heeft ook eerder genoemd recent onderzoek<sup>1</sup> geen bevestiging opgeleverd van het door het kabinet gestelde. In de toelichting wordt voorts gesteld dat, omdat de voorgestelde regeling ziet op zeer ernstige recidive, de toepasselijkheid daarvan pas na tien jaar verval<sup>2</sup>. Daarbij verdient opmerking dat ook de geldende recidiveregeling, die een recidivetermijn van vijf jaar kent, zeer zware misdrijven omvat, zoals moord en doodslag met een terroristisch oogmerk (artikel 43b, onderdeel 2, Sr).*

*Verder valt op dat geen aansluiting is gezocht bij het voorstel tot beperking van de mogelijkheden om een taakstraf op te leggen voor ernstige zeden- en geweldsmisdrijven en bij recidive. Daarbij wordt een recidiveperiode gehanteerd van vijf jaar terwijl het eveneens ernstige misdrijven betreft. Geconcludeerd moet worden dat het kabinet de recidivetermijn zelf niet motiveert, geen aansluiting zoekt bij het vigerende strafstelsel<sup>3</sup> en ongemotiveerd daarvan afwijkt.*

*Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling meer aansluiting te zoeken bij het recidivestelsel en anders de voorgestelde verdubbeling van hetgeen gangbaar is als recidivetermijn dragend te motiveren.*

## 7. De recidivetermijn

Aan het advies van de Afdeling is gevolg gegeven. De memorie van toelichting is aangevuld met een passage waarin nader wordt ingegaan op de redenen die ten grondslag liggen aan de voorgestelde recidivetermijn van tien jaar. Het kabinet meent dat de samenleving onmiskenbaar belang heeft bij een substantiële recidivetermijn voor het stelsel dat wordt voorgesteld. Onder de regeling vallen de zwaarste misdrijven die het wetboek kent. Dat een eerdere veroordeling voor een dergelijk misdrijf gedurende een lange periode reden kan vormen voor bestraffing met een wettelijk voorgeschreven minimale gevangenisstraf, spoort met de doelstelling van dit wetsvoorstel om ernstige recidive daadkrachtig aan te pakken. Ik herhaal in dit verband dat de algemene recidiveregeling ziet op een nadere normering van de maximale hoogte van de op te leggen gevangenisstraf. Het stelsel van minimumstraffen betreft de minimale hoogte van de op te leggen gevangenisstraf. De termijn van vijf jaar die wordt gehanteerd bij de algemene recidiveregeling, waarnaar de Afdeling verwijst, komt ook om die reden voor het kabinet niet als een vanzelfsprekende keuze in beeld.

<sup>1</sup> Vgl. a.w., De burger als rechter. Een onderzoek naar de geprefereerde sancties voor misdrijven in Nederland.

<sup>2</sup> Toelichting, Algemeen, Inleiding, negende alinea.

<sup>3</sup> Het Wetboek van Strafrecht kent een tienjaarstermijn als het maximum van een proeftijd bij een voorwaardelijke veroordeling indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen (art. 14b Sr). Een proeftijd in het kader van een voorwaardelijke veroordeling is echter van een andere orde dan de recidivetermijn in het kader van minimumstraffen en bij een minimumstraf is sprake van een gefixeerde termijn die algemene gelding heeft.

## 8. Ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit

Ten aanzien van het nieuwe feit wordt de voorwaarde gesteld dat het een misdrijf betreft waarop een gevangenisstraf staat van tenminste acht jaar en het feit een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer tot gevolg heeft gehad.<sup>1</sup> Dit criterium wordt ook gehanteerd in het eerder vermelde 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.<sup>2</sup> De verhouding tussen de beide voorstellen in verband met dit criterium is op twee punten niet duidelijk en kan dientengevolge verwarring scheppen.

In de eerste plaats wordt in de toelichting bij het voorliggende voorstel gesteld dat bij ernstige zeden- en geweldsdelicten die onder het wetsvoorstel vallen, in beginsel steeds sprake is van een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit. Dit is opvallend, omdat in het voorgestelde artikel 22b Sr uit het wetsvoorstel tot beperking van de taakstraf het ernstige zedendelict van artikel 240b Sr (kinderporno) wordt genoemd naast het criterium van delicten die een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit tot gevolg hebben gehad. Dit laatste impliceert dat overtreding van artikel 240b Sr niet zonder meer een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit tot gevolg heeft.<sup>3</sup> De vraag is zodoende wat een overtreding van artikel 240b Sr voor het voorliggende wetsvoorstel betekent.

In de tweede plaats stelt het kabinet bij het voorliggende voorstel dat het criterium niet onverkort geldt als sprake is van gevolgen voor de geestelijke integriteit. Deze stellingname gaat er van uit dat het ook mogelijk is dat bij gevolgen voor de geestelijke integriteit van het slachtoffer een minimumstraf wordt opgelegd. In de toelichting bij het wetsvoorstel tot beperking van de taakstraf wordt hieromtrent echter gesteld: «In de formulering van het materiële criterium is er bewust van afgezien te spreken van de gevolgen voor de geestelijke integriteit van het slachtoffer. De reden daarvoor is dat de gevolgen die een misdrijf heeft voor het geestelijk welzijn van een slachtoffer sterk uiteenlopen van persoon tot persoon. De gevolgen voor de geestelijke integriteit zijn daarmee een te weinig objectieve maatstaf voor de beoordeling of een taakstraf mag worden opgelegd.»<sup>4</sup> De Afdeling concludeert hieruit dat de gevolgen voor de geestelijke integriteit evenmin een adequate maatstaf vormen voor de beoordeling of een minimumstraf moet worden opgelegd.

De Afdeling adviseert gelet op het voorgaande in de toelichting het criterium «ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit» met betrekking tot artikel 240b Sr te verduidelijken, alsmede het aspect van de geestelijke integriteit in overeenstemming te brengen met het wetsvoorstel inzake de beperking van taakstraffen bij ernstige gewelds- en zedendelicten en recidive.

## 8. Ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit

Overeenkomstig het advies van de Afdeling is in de toelichting verduidelijkt onder welke omstandigheden het misdrijf van artikel 240b Sr op grond van de nieuwe regeling een recidivefeit oplevert waarbij sprake is van een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer. Het kabinet is verder van mening dat de uitleg die in de memorie van toelichting is gegeven aan het criterium van een ernstige inbreuk in relatie tot aantastingen van de geestelijke integriteit niet in tegenspraak is met hetgeen daarover is aangegeven in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat geleid heeft tot de wet van 17 november 2011 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het beperken van de mogelijkheden om een taakstraf op te leggen voor ernstige zeden-

<sup>1</sup> Dit criterium geldt voor een voltooid delict; ten aanzien van de onvolkomen delictsvormen poging en voorbereiding wordt in de toelichting (par. 4.1) gesteld dat het criterium «niet (telkens) van toepassing behoeft te zijn».

<sup>2</sup> Kamerstukken II 32 169.

<sup>3</sup> Ook de toelichting bij het wetsvoorstel tot beperking van de taakstraf gaat daarvan uit: «Bij veroordeling voor deze misdrijven kan derhalve geen kale taakstraf worden opgelegd ongeacht of deze misdrijven een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer tot gevolg hebben gehad.»

Kamerstukken II 2009/10, 32 169, nr. 3, blz. 10.

<sup>4</sup> Kamerstukken 2009/10, 32 169, nr. 3, blz. 9.

en geweldsmisdrijven en bij recidive van misdrijven (*Stb. 2012, 1*). Met de Afdeling kan worden geconcludeerd dat de gevolgen voor de geestelijke integriteit ook voor dit wetsvoorstel geen adequate maatstaf vormen voor de beoordeling of een minimumstraf kan worden opgelegd. Alleen wanneer een aanslag op de innerlijke gezondheid van het slachtoffer van dien aard is dat zij tevens moet worden aangemerkt als een inbreuk op de lichamelijke integriteit is sprake van relevantie voor de toepassing van dit wetsvoorstel. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als een misdrijf bij het slachtoffer een ernstig trauma of een (blijvend) psychisch deficit heeft veroorzaakt. Het gaat erom dat de psychische schade zich ook uit in fysieke tekortkomingen die als een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit kunnen worden beschouwd.

#### *9. Kosten gevangeniswezen*

*In de toelichting wordt summier ingegaan op de financiële en organisatorische gevolgen van het voorstel voor de staande en zittende magistratuur alsmede voor het gevangeniswezen. Gesteld wordt dat in de Nederlandse strafrechtspleging in de regel, ook in geval van recidive, aanmerkelijk lagere straffen worden opgelegd dan de voorgestelde minimumstraffen. De regering erkent dat het voorstel een strafverhogend effect zal hebben op een aantal delicten en dat de gevolgen van het wetsvoorstel voor het gevangeniswezen op termijn substantieel zullen zijn. Het maximale structurele effect op de celcapaciteit wordt naar verwachting dertien jaar na de datum van inwerkingtreding van de wet bereikt. Volgens het kabinet is het op dit moment niet mogelijk om een «precieze schatting» te geven van de effecten van de nieuwe wet en op welke termijn die effecten zullen optreden. Juist vanwege de te verwachten substantiële effecten voor het gevangeniswezen en de ruime termijn waarop die effecten zullen worden bereikt, is de financiële paragraaf naar het oordeel van de Afdeling te summier.*

*De Afdeling adviseert om in de toelichting een raming van de kosten voor het gevangeniswezen op korte en langere termijn op te nemen.*

#### *9. Kosten gevangeniswezen*

Aan het advies van de Afdeling is gevolg gegeven. De memorie van toelichting is aangevuld met een passage waarin nader wordt ingegaan op de effecten van het wetsvoorstel voor het gevangeniswezen op de korte en langere termijn.

*De Afdeling advisering van de Raad van State heeft bezwaar tegen de inhoud van het voorstel van wet en geeft U in overweging dit niet aldus te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.*

*De vice-president van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,  
F. Teeven