

Tijdschrift voor
rechtspraak en
straftoemeting
2018 nr. 2



Oriëntatiepunten en verbetering van de straftoemeting
Een Algemeen Deel voor de oriëntatiepunten?
Eenduidige straftoemeting?

Oriëntatiepunten en verbetering van de straftoemeting
Een Algemeen Deel voor de oriëntatiepunten?
Eenduidige straftoemeting?

Colofon

Tijdschrift voor rechtspraak en straftoemeting is een periodiek van de Raad voor de rechtspraak en wordt gratis toegezonden aan hen die tot de doelgroep behoren. Wie meent voor toezending in aanmerking te komen wordt verzocht zijn naam, postadres en functie kenbaar te maken aan het secretariaat (rechtstreeks@rechtspraak.nl).

Redactiesecretaris

prof. mr. R.C.P. Haentjens
Hof Amsterdam
Postbus 1312
1000 BH Amsterdam
tel.: 06-52331533
e-mail: r.haentjens@rechtspraak.nl

Redactie

prof. mr. R.C.P. Haentjens (raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Amsterdam, bijzonder hoogleraar Universiteit van Amsterdam en eindredacteur van dit blad)
mr. J.A.W. Lensing (senior raadsheer hof Arnhem-Leeuwarden en voorzitter van de Commissie rechtseenheid)
dr. F.P. van Tulder (senior onderzoeker/beleidsadviseur Raad voor de rechtspraak)
mr. J. Piena (raadsheer hof Amsterdam)
prof. mr. P.M. Schuyt (Universiteit Leiden)

Uitgever

Sdu Uitgevers
drs. G.J. Schinkel
Postbus 20025
2500 EA Den Haag

Foto omslag

Shutterstock

© De auteurs

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, in een voor anderen toegankelijk gegevensbestand worden opgeslagen of worden openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad voor de rechtspraak. De toestemming wordt hierbij verleend voor het verveelvoudigen, in een gegevensbestand toegankelijk maken of openbaar maken waarvoor geen geldelijke of andere tegenprestatie wordt gevraagd en ontvangen en waarbij deze uitgave als bron wordt vermeld.

Abonnementen Sdu

Voor actuele prijzen, abonnementsvormen en onze leveringsvoorwaarden verwijzen wij u naar www.sdu.nl of neem contact op met onze klantenservice (070-3789880). Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u, ook per e-mail, op uw vakgebied van informatie te voorzien over uitgaven en diensten van Sdu Uitgevers bv. Als u in het geheel geen prijs stelt op deze informatie, ook niet over producten en diensten van zorgvuldig door Sdu geselecteerde derden, kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Uitgevers, postbus 20025, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl. Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht.

Adresmutaties

Sdu Klantenservice
Postbus 20025
2500 EA Den Haag
tel. 070-3789880
of via: www.sdu.nl/service

Retouren

Bij onjuiste adressering verzoeken wij u gebruik te maken van de adresdrager en daarop de reden van retournering aan te geven.

ISSN: 2589-7292

Citeertitel: Tijdschrift voor rechtspraak en straftoemeting 2, oktober 2018

Inhoud

Oriëntatiepunten en verbetering van de straftoemeting / 5

Jan Watse Fokkens

Een Algemeen Deel voor de oriëntatiepunten?

Een paar opmerkingen vanuit het perspectief van enkele andere stelsels / 15

Hans Lensing

Eenduidige straftoemeting? / 29

Bert Berghuis

Op zoek naar de grondslagen van de oriëntatiepunten voor de straftoemeting bij fraude / 39

Rijnhard Haentjens

Weigerrapportage in het Pieter Baan Centrum en de bruikbaarheid voor de rechter / 55

Merel Prinsen

Boekbespreking

G. Schäfer, G.M. Sander, G. van Gemmeren (Schäfer/Sander/Van Gemmeren)

***Praxis der Strafzumessung*, zesde druk / 69**

Hans Lensing

Johannes Kaspar

Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen – brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht? / 77

Hans Lensing

Oriëntatiepunten en verbetering van de straftoemeting

Jan Watse Fokkens

Inleiding

De hovendag 2017 was gewijd aan de vraag welke mogelijkheden er zijn om tot een rationelere straftoemeting te komen. Een voorzet voor de bijeenkomst werd door Valkenburg en De Lange gegeven in *Strafblad* van dat jaar,¹ in een artikel waarin zij enige knelpunten schetsten van de huidige werkwijze om tot meer eenheid te komen met behulp van de zogenoemde oriëntatiepunten voor straftoemeting. Deze oriëntatiepunten worden op de website van de rechtspraak als volgt toegelicht:

“Oriëntatiepunten geven de straf weer die rechters voor het modale feit (de meest voorkomende verschijningsvorm van het strafbare feit) plegen op te leggen. Zij komen tot stand na een inventarisatie van de praktijk van de straftoemeting en na consultatie van alle gerechten. De oriëntatiepunten worden op voorstel van de Commissie Rechtseenheid door het LOVS vastgesteld. Na vaststelling worden zij gepubliceerd op de website www.rechtspraak.nl. Oriëntatiepunten vormen een vertrekpunt van denken over de op te leggen straf. Zij bieden de rechter een handvat en de mogelijkheid om bij de straftoemeting te wijzen op een landelijke praktijk. De oriëntatiepunten binden de rechter niet. Hij is in individuele gevallen verantwoordelijk om een passende straf te bepalen en op te leggen.”

In een korte analyse noemen Valkenburg en De Lange als voordeel van deze werkwijze “*dat rechters en raadsheren nadrukkelijk worden betrokken bij de totstandkoming van deze oriëntatiepunten en men zodoende – bij consensus – mag verwachten dat in de praktijk loyale toepassing plaats vindt*”, maar zij moeten ook constateren dat de rechter niet verplicht is de oriëntatiepunten te gebruiken en dat een aantal rechters en raadsheren zich dan ook niet gebonden acht aan de oriëntatiepunten. Daarnaast wijzen zij erop dat de huidige werkwijze om tot meer uniforme straftoemeting te komen retrospectief is en niet voor rechtseenheid kan

1 W. Valkenburg en T. de Lange, ‘Strafmaat in perspectief’, *Strafblad* 2017, p. 72-77.

zorgen in de gevallen waarin de rechtspraak wordt geconfronteerd met nieuwe vormen van criminaliteit. Om ook hier snel tot duidelijkheid en rechtseenheid te komen, bepleiten zij de invoering van een ‘rechtseenheidskamer’ bij de hoven die is samengesteld uit raadsheren uit de vier hoven, om zo tot richtinggevende arresten te komen over de straftoemeting bij deze nieuwe vormen van criminaliteit, met een draagvlak bij de vier hoven.

Op de hovendag werd over deze problematiek gediscussieerd aan de hand van de volgende stellingen:

1. Als de Rechtspraak niet zelf de handschoen oppakt om tot rechtersrecht ten behoeve van de straftoemeting te komen, zal de wetgever de straftoemtingsvrijheid beperken.
2. De navolgbaarheid van straftoemeting is erbij gebaat dat raadsheren zich explicieter committeren aan oriëntatiepunten en afwijkingen in detail motiveren.
3. De Hoge Raad is te terughoudend bij de beoordeling van de straftoemeting.
4. Uit oogpunt van rechtsgelijkheid is het naast elkaar bestaan van OM-richtlijnen en ZM-oriëntatiepunten problematisch.
5. Bij nieuwe materiële strafwetgeving is een rechtseenheidskamer van de verschillende hoven wenselijk.

Tot nu toe heeft deze hovendag geen vervolg gekregen, omdat het project innoverende hoven is stopgezet. Ik verwacht niet dat dit het einde betekent van de discussie over verbetering van de straftoemeting. Daarom wil ik hier kort reflecteren op de stellingen die op de hovendag 2017 centraal stonden.

De rechterlijke
vrijheid bij de
straftoemeting
wordt beperkt door
de oriëntatiepunten.

Rechterlijke vrijheid bij de straftoemeting

Het Nederlandse strafrecht kent geen uitgewerkt straftoemtingsrecht. De wet laat de rechter grote vrijheid bij het bepalen van de straf, doordat de wet slechts bijzondere strafmaxima per delict en een algemeen minimum voor vrijheidsstraffen, geldboetes en taakstraffen kent. Het Wetboek van strafrecht kent alleen in art. 22b Sr een beperking van de mogelijkheden tot het opleggen van een taakstraf, die niet is toegestaan bij bepaalde misdrijven en bij recidive na een eerdere taakstraf voor een soortge-

lijk misdrijf, een beperking die niet geldt als naast de taakstraf een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf of vrijheidsbenemende maatregel wordt opgelegd. Verder zijn er bepalingen over de mogelijkheden tot voorwaardelijke veroordeling en de daarbij toelaatbare voorwaarden, over verhoging van het strafmaximum en artikelen met inhoudelijke criteria voor de oplegging van maatregelen als TBS en ISD, maar daartoe blijft het beperkt. Art. 359 Sv schrijft in het derde lid voor dat de uitspraak in het bijzonder de redenen die

de straf hebben bepaald bevat, met daarnaast een bijzondere motiveringsplicht voor onvoorwaardelijke vrijheidsstraffen of vrijheidsbenemende maatregelen in art. 359 lid 5 Sv, inhoudende dat het vonnis in het bijzonder de redenen daarvoor moet geven en daarnaast zoveel mogelijk de omstandigheden waarop bij de vaststelling van de duur van de straf is gelet moet vermelden. De Hoge Raad aanvaardt standaardachtige motiveringen als ‘gelet op de ernst van het feit en de persoon van de dader’, zonder daarvan nadere specificatie te eisen. Dat laatste betekent overigens niet dat rechters in veel gevallen een dergelijke uitgewerkte motivering niet geven, maar het is niet verplicht. Ook voor een vrijheidsstraf is in het algemeen voldoende dat uit de motivering blijkt dat de rechter zich ervan bewust is dat hij een vrijheidsbenemende straf heeft opgelegd. Nadere motivering wordt, kort gezegd, alleen geëist in geval van een door de verdediging naar voren gebracht uitdrukkelijk onderbouwd standpunt ten aanzien van de strafoplegging.

De beperkte toetsing van de strafmotivering door de Hoge Raad betekent dat het moeilijk is in de motivering van opgelegde straffen aanknopingspunten te vinden voor het ontwikkelen van straftoemetingsrecht. Dat brengt, zoals de rechtspraak zich al geruime tijd realiseert, het risico met zich dat er te weinig eenheid is in rechterlijke straftoemeting en diverse onderzoeken hebben bevestigd dat dit het geval is. Grote verschillen in straftoemeting in min of meer vergelijkbare gevallen zijn niet alleen moeilijk uit te leggen, maar ook uit een oogpunt van rechtsge-lijkheid niet aanvaardbaar en als de rechtspraak hier onvoldoende eenheid tot stand brengt, is er, zoals de stelling luidt, een reële kans dat via wettelijke bepalingen de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting wordt ingeperkt.

Grote verschillen in straftoemeting kunnen ertoe leiden dat de wetgever de ruimte voor de rechter bij de strafbepaling beperkt.

Daarbij hoeft men niet in de eerste plaats te denken aan de invoering van wettelijke strafmi-nima, waarvoor recent ook politiek nog geen draagvlak bleek te bestaan, maar bijvoorbeeld aan een algemene maatregel van bestuur op basis van een nieuwe bepaling in het Wetboek van strafrecht, die een kader voor de straftoemeting bevat. Een dergelijke ontwikkeling is in het verleden bepleit door Knigge, die meende dat de rechterlijke vrijheid bij de straftoem-ting te veel is doorgesloten en dat de wetgever meer greep zou moeten krijgen op de prak-tijk van de strafoplegging. Hij achtte het wenselijk dat er een wettelijk raamwerk voor de straftoemeting zou komen dat de rechter houvast biedt en daarnaast straftoemetingsrichtlij-nen die, gehoord de Raad voor de Rechtspraak, bij algemene maatregel van bestuur, worden

vastgesteld, een methode die we bijvoorbeeld in de *sentencing guidelines* in Engeland terug kunnen vinden.²

Een andere, minder ver gaande mogelijkheid is dat de strafeis van het openbaar ministerie meer leidend wordt voor de strafoplegging, in die zin dat de rechter een afwijking daarvan altijd moet motiveren. Die gedachte lag aanvankelijk ten grondslag aan het amendement van de Kamerleden Griffith en Wolfson dat uiteindelijk heeft geleid tot de in art. 359 lid 2 Sv neergelegde responsieplicht op uitdrukkelijk onderbouwde standpunten van openbaar ministerie en verdediging, zoals blijkt uit de toelichting op dat amendement:

“Dit amendement heeft tot doel de motiveringsplicht van de officier van justitie en rechter te verzwaren. Uitgangspunt hierbij zijn de landelijke richtlijnen van het openbaar ministerie.(...) Meer dan thans het geval is moet een rechterlijke uitspraak inzicht geven in de redenen die hebben geleid tot de aard en de hoogte van de opgelegde straf en maatregel. (...) Door de landelijke richtlijnen als uitgangspunt van de strafeis te maken en aan afwijkingen hiervan een motiveringsplicht te verbinden, heeft dit amendement tevens tot doel de straftoemeting landelijk meer te uniformeren.”³

Dergelijke beperkingen van de rechterlijke ruimte bij de straftoemeting zouden naar mijn mening als groot bezwaar hebben dat beleidsmatige en politieke afwegingen een te grote rol krijgen. Beleidsmatige overwegingen, zoals capaciteit van het gevangeniswezen, een groter accent op voorkoming van recidive door bijzondere voorwaarden te stellen bij een voorwaardelijke veroordeling, of door politici verwoorde opvattingen over wenselijke strafoplegging, zijn vanzelfsprekend van belang voor de strafoplegging, maar vragen omdat het algemene uitgangspunten zijn een vertaling in de concrete werkelijkheid van de voorliggende zaken, die het beste kan plaats vinden in een proces waarin de rechter, gehoord de standpunten van het openbaar ministerie en de verdediging, tot een beslissing komt. De ruimte die de rechter daarbij heeft zal in de strafmotivering moeten worden verantwoord, waarbij rechtsgelijkheid in de vorm van rekening houden met wat door andere rechters blijkt de oriëntatiepunten in vergelijkbare zaken wordt opgelegd, een belangrijke factor is.

Rechterlijke straftoemeting en oriëntatiepunten

De tweede stelling, dat de navolgbaarheid van straftoemeting erbij gebaat is dat raadsheren zich explicieter committeren aan oriëntatiepunten en afwijkingen in detail motiveren, vloeit voort uit de door De Lange en Valkenburg en anderen geconstateerde omstandigheid dat

2 G. Knigge, ‘Sancties zonder raamwerk’, *R M Themis* 2000, p. 281-282.

3 *Kamerstukken II* 2003-2004, 28484, nr. 17.

niet iedere rechter bereid is de oriëntatiepunten bij de strafoplegging te betrekken, onder meer omdat deze volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad niet kunnen gelden als recht in de zin van art. 79 RO *“reeds omdat de bedoelde oriëntatiepunten niet afkomstig zijn van een instantie die de bevoegdheid heeft rechters te binden wat betreft het gebruik dat zij maken van de hun door de wetgever gelaten ruimte”* (NJ 2011/410). In dat ‘reeds’ lees ik onder meer dat straffoetmetingsrichtlijnen zich er ook naar hun aard, gelet op het aantal factoren dat een rol kan spelen, de onderlinge verhouding daarvan en de flexibiliteit in de tijd, niet voor lenen om als recht in de zin van art. 79 RO te worden bestempeld. Dat oriëntatiepunten geen recht in de zin van art. 79 RO zijn hoeft echter geen belemmering te zijn om tot de conclusie te komen dat rechters zich wel degelijk iets gelegen zouden moeten laten liggen aan de oriëntatiepunten. Ook straffoetmeting is rechtspraak en dat betekent, zoals ik vaker heb opgemerkt, dat zoals de rechter geen eigen opzetbegrip of een eigen noodweerbegrip kan hanteren bij de toepassing van het materiële strafrecht, de rechter ook de straf niet behoort te bepalen op basis van persoonlijke opvattingen over de strafwaardigheid van bepaalde gedragingen en op basis van een eigen straffoetmetingsrecht. De rechter spreekt recht als lid van de rechterlijke macht en dat betekent dat hij/zij in beginsel in het vonnis de in de rechtspraak gebruikelijke opvattingen over straffoetmeting dient te volgen, vanzelfsprekend met de ruimte om op grond van individuele kenmerken van de zaak daarvan beredeneerd af te wijken. Ook hier is rechtseenheid geboden, rechtseenheid die bij de uitleg van veel wettelijke bepalingen wordt bereikt door de uitspraken van de Hoge Raad en die hier vorm krijgt in de wijze waarop de oriëntatiepunten worden vastgesteld, namelijk als de weergave van wat landelijk gebruikelijk is als strafmaat bij het delict, met de daarbij behorende ruimte om dat gegeven vervolgens als vertrekpunt voor de strafoplegging in de concrete zaak nader uit te werken. Mijn conclusie is dan ook dat ondanks het ontbreken van bindende voorschriften voor de straffoetmeting, de rechterlijke vrijheid beperkt is door deze oriëntatiepunten, met dien verstande dat de ruimte die de rechter heeft om in zijn beslissing de bijzondere omstandigheden van de zaak te betrekken veel groter is dan de ruimte die de rechter heeft om te beslissen of bepaalde omstandigheden nu wel of geen voorwaardelijk opzet zoals uitgelegd door de Hoge Raad opleveren en dat dergelijke afwijkingen ook tot bijstelling van het oriëntatiepunt kunnen leiden.

De Hoge Raad kan door meer eisen te stellen aan de strafmotivering de ontwikkeling van rechterlijk straffoetmetingsrecht bevorderen.

Dat betekent overigens niet dat met een verdere uitwerking van de oriëntatiepunten en het beter volgen daarvan door rechters, de vraag hoe tot meer rechtseenheid te komen afdoende is beantwoord. De huidige oriëntatiepunten hebben als kenmerk dat ze vooral geschikt zijn

voor een eenvoudig sanctiestelsel, met een beperkt aantal keuzemogelijkheden, zoals bij lezing van de oriëntatiepunten blijkt: zij noemen per delict telkens gevangenisstraffen, eventueel voorwaardelijk, taakstraffen of geldboeten van een bepaalde zwaarte als uitgangspunt voor de straftoemeting. Kenmerkend voor het huidige sanctiestelsel is echter dat het uitgebreide arsenaal aan straffen en maatregelen en de grote variatie aan bijzondere voorwaarden die aan een (gedeeltelijk) voorwaardelijke toepassing daarvan kunnen worden verbonden, het openbaar ministerie en de strafrechter steeds meer mogelijkheden bieden om maatwerk te leveren bij de straftoemeting. Al in de beleidsnota *Sancties in Perspectief* uit 2000 schreef de minister dat het gevaar van dit uitgebreide arsenaal is dat de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid in het geding kunnen komen en dat het niet meer duidelijk is hoe de verschillende hoofdstraffen, bijkomende straffen en maatregelen zich tot elkaar verhouden. Daarom werd toen, gezien deze toegenomen complexiteit en afgenomen inzichtelijkheid en geloofwaardigheid van het sanctiestelsel, een heroriëntatie op de interne samenhang en consistentie door de wetgever wenselijk geacht. In de genoemde beleidsnota werden voorstellen gedaan om het sanctiestelsel eenvoudiger, inzichtelijker en consistentier te maken, maar daar is, kunnen wij thans constateren, weinig van terecht gekomen. Integendeel: de toenemende aandacht voor bescherming van de samenleving door het voorkomen van recidive en het toenemend belang van het slachtoffer bij de strafoplegging en de tenuitvoerlegging van straffen en maatregelen, hebben het sanctiestelsel minder inzichtelijk gemaakt en maken de door de minister in *Sancties in Perspectief* gesignaleerde problemen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid alleen maar groter. Dat betekent dat de wenselijkheid van een strafmotivering die duidelijk maakt hoe de opgelegde sanctie past bij het in de oriëntatiepunten weergegeven uitgangspunt voor de strafoplegging alleen maar toeneemt.

De strafmotivering: is de Hoge Raad te terughoudend?

Voor de beantwoording van deze vraag is een korte vergelijking met de Duitse strafrechtspraak interessant. Anders dan Nederland kent het Duitse strafrecht een uitgebreid straftoemetingsrecht. Dat verschil met Nederland is voor een deel toe te schrijven aan verschillen in de wettelijke stelsels – de Duitse rechter is bijvoorbeeld door bepaalde minimumstraffen minder vrij dan de Nederlandse, maar dat laat onverlet dat hij in het algemeen een met de Nederlandse rechter vergelijkbare ruimte heeft in de strafoplegging – maar is vooral het gevolg van wat ik gemakshalve maar aanduid als een verschil in motiveringscultuur. De basis voor de uitgebreide rechtspraak over de straftoemeting zijn de artikelen 46 en 47 van het *Strafgesetzbuch* (Stgb). Art. 46 bepaalt dat de schuld van de dader grondslag is voor de straftoemeting. Met de te verwachten gevolgen/de uitwerking van de straf voor/op het toekomstige leven van de gestrafte in de samenleving moet daarbij rekening worden gehouden. Het tweede lid van art. 46 schrijft voor dat de rechter de omstandigheden die voor en tegen de dader spreken moet afwegen en dat daarbij met name in aanmerking komen zijn motieven voor het delict, de gezindheid die uit het feit naar voren komt, alsmede zijn door het feit

getoonde wil, hoe het feit werd uitgevoerd en de gevolgen ervan, het vroegere leven van de dader, zijn persoonlijke en maatschappelijke omstandigheden en zijn gedrag na het feit. Art. 47 houdt in dat een vrijheidsstraf onder de zes maanden slechts wordt opgelegd als bijzondere omstandigheden, gelegen in het feit of de persoonlijkheid van de dader, de oplegging van een vrijheidsstraf met het oog op beïnvloeding van de dader of de bescherming van de rechtsorde noodzakelijk maken. Art. 47 is in het leven geroepen om de korte vrijheidsstraf terug te dringen.

Wat in art. 46 staat zijn omstandigheden die wij ook in Nederland als relevante factoren voor de straftoemeting zien, en om de korte vrijheidsstraf terug te dringen bepaalt het Wetboek van Strafvordering in art. 359 lid 5 dat bij oplegging van een straf of maatregel die vrijheidsbeneming meebrengt, het vonnis in het bijzonder de redenen opsomt die tot de keuze van deze strafsoort hebben geleid en dat het vonnis zoveel mogelijk de omstandigheden aangeeft waarop bij de vaststelling van de duur van de straf is gelet. Vergelijking van de uitwerking in de rechtspraak van bijvoorbeeld art. 47 Stgb, alleen vrijheidsstraf als dat noodzakelijk is, met het vergelijkbare art. 359 lid 5 Sv laat grote verschillen zien. Aan de motiveringseis van art. 359 lid 5 is in geval van bijvoorbeeld een gevangenisstraf van twee weken voldaan als de rechter overweegt dat gelet op de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het feit begaan is en de persoonlijkheid van de dader geen andere straf in aanmerking komt dan een vrijheidsstraf van na te noemen duur. Die motivering kan zich dikwijls beperken tot de constatering dat vrijheidsstraf noodzakelijk is, maar hoeft niet aan te geven waarom dat het geval is. In het Duitse recht moet de rechter aan de hand van concrete omstandigheden motiveren waarom in het concrete geval iedere andere reactie dan een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf de speciale preventie onvoldoende kan bevorderen of voor de bescherming van de rechtsorde, waarbij men in het bijzonder kan denken aan generale preventie, niet toereikend is. Het verschil komt ook duidelijk naar voren bij kennisneming van het overzicht van de rechtspraak op grond van art. 46 Stgb, het algemene straftoemetingsartikel. In de Duitse variant en voorloper van onze *Tekst en Commentaar*, de *Beck'sche Kurz Kommentare*,⁴ bevat het commentaar op art. 46 Stgb meer dan vijfenveertig pagina's met kort aangeduide jurisprudentie over wat wel en geen valide argumenten voor een bepaalde straf zijn, *Tekst en Commentaar* bevat er drie. Dat verschil kan worden verklaard doordat de Duitse rechter niet alleen de diverse in art. 46 genoemde factoren in de strafmotivering aan de orde moet stellen, maar ook moet aangeven waarom hij voor een bepaalde strafsoort kiest als hij ook voor een andere strafsoort had kunnen kiezen. Naarmate de straf dichterbij de maximum- of minimumstraf komt, worden aan de motivering zwaardere eisen gesteld, en hetzelfde geldt als de straf wezenlijk afwijkt van de gangbare

4 *Beck'sche KurzKommentare, Band 10, Strafgesetzbuch, 63^e druk, München 2016.*

straftoemetingspraktijk. Op deze wijze heeft het Duitse straftoemetingsrecht zich ontwikkeld.

Ik heb dit voorbeeld genoemd omdat het laat zien dat, gegeven de meervoudigheid van doelstellingen van sanctietoepassing, het uitgebreider motiveren van uitspraken de mogelijkheid biedt tot vergelijking van gevallen, op basis waarvan langzamerhand een straftoemetingsrecht zou kunnen worden ontwikkeld. Een dergelijke ontwikkeling zal slechts langzaam kunnen gaan en zal meer aandacht en tijd voor de straftoemeting en motivering daarvan vragen dan nu gebruikelijk is, niet alleen bij het schrijven van de uitspraak maar ook in bijscholing en jurisprudentiebesprekingen. Het is ernstig de vraag of deze ruimte er in de praktijk zal zijn, maar het is wel een noodzakelijke voorwaarde om tot een meer inzichtelijke en betere straftoemeting te komen. Het is daarom van groot belang dat de eerste stappen daartoe worden gezet.

De Hoge Raad zou door het stellen van meer eisen aan de strafmotivering een dergelijke ontwikkeling kunnen stimuleren. Dat lijkt mij wenselijk omdat onverklaarbare ongelijkheid in straftoemeting niet minder onwenselijk is dan bijvoorbeeld verschillen in de uitleg van roekeloosheid als vorm van schuld in het verkeer. Door strenge motiveringseisen te stellen heeft de Hoge Raad niet alleen de inhoud van het begrip roekeloosheid in deze bepalingen nader bepaald, maar ook de ruimte van de rechter om op grond van de omstandigheden van het geval daaraan een eigen invulling te geven beperkt en daarmee de rechtseenheid bevordert. De Hoge Raad zou eenheid en begrijpelijkheid van de straftoemeting kunnen bevorderen door bijvoorbeeld van de rechter te vragen dat deze begint met vast te stellen wat gebruikelijk is als strafoplegging voor een feit als bewezen en in gevallen waarin dat niet duidelijk is met het benoemen van de geconstateerde variatiebreedte, om vervolgens de argumenten te geven op grond waarvan er wel of geen reden is van de gebruikelijke straf af te wijken dan wel tot een andere strafoplegging te komen, bijvoorbeeld ter voorkoming van recidive, vanwege de bijzondere ernst van het feit of de belangen van het slachtoffer. Als dergelijke overwegingen in de strafmotivering terecht komen, kan de rechtspraak daarop voortbouwen en kan er ook een basis ontstaan om de straftoemetingspraktijk wetenschappelijk te evalueren. De beperkte eisen die de Hoge Raad nu aan de strafmotivering stelt, zijn geen stimulans om de strafmotivering inhoudelijk te verbeteren.

Oriëntatiepunten en strafvorderingsrichtlijnen

De vierde stelling problematiseert het naast elkaar bestaan van strafvorderingsrichtlijnen voor het openbaar ministerie en oriëntatiepunten voor de rechter. Een risico voor rechtsgeleerdheid kan ik daarin niet direct zien, behalve in het geval dat een deel van de rechters de richtlijnen als uitgangspunt zou nemen en een andere deel de oriëntatiepunten. Aanwijzingen daarvoor zijn mij niet bekend. Naar mijn mening is het naast elkaar bestaan van strafvorde-

ringsrichtlijnen en oriëntatiepunten te verklaren en te verdedigen op grond van de verschillende verantwoordelijkheden van openbaar ministerie en rechtspraak. Het openbaar ministerie is belast met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en voert daartoe een in samenspraak met de minister van Justitie en Veiligheid ontwikkeld beleid, waarin prioriteiten in opsporing en vervolging en daarnaast een beleid voor sanctietoepassing in de vorm van transactierichtlijnen en richtlijnen voor de strafbeschikking en de strafvordering ter terechtzitting zijn neergelegd. Hier ons beperkend tot de sanctietoepassing: deze strafvorderingsrichtlijnen zijn het resultaat van in overleg tot stand gekomen opvattingen over hoe op bepaalde vormen van criminaliteit moet worden gereageerd, met als doel de rechtseenheid te bevorderen, nader uitgewerkt in de Aanwijzing kader voor strafvordering (*Stcr.* 2013, 35394) en in een groot aantal gepubliceerde richtlijnen. Ik noem als voorbeeld de Richtlijn voor strafvordering mishandeling van 18 februari 2015 (*Stcr.* 2015, 4232). Daarin wordt een aantal strafverzwarende omstandigheden genoemd, waaronder mishandeling gepleegd jegens ambtenaren of andere functionarissen, een omstandigheid die volgens de richtlijn moet leiden tot een verhoging van de strafeis met 200%. De oriëntatiepunten kennen dezelfde strafverhogende omstandigheid, met dien verstande dat die inhoudt dat in een dergelijk geval de in het oriëntatiepunt genoemde straf met 33% tot 100% kan worden verhoogd. Het verschil zal het gevolg zijn van de omstandigheid dat diverse rechters in deze gevallen tot een dergelijke verhoging zijn gekomen, wat ertoe heeft geleid dat het oriëntatiepunt afwijkt van de richtlijn en juist die gang van zaken betekent dat het verschil aanvaardbaar is. Als de rechtspraak ook op basis van een centraal gemaakte afspraak tot dit oriëntatiepunt zou zijn gekomen, zou een verschil tussen richtlijn en oriëntatiepunt problematisch kunnen zijn, omdat dan de vraag zou rijzen op grond waarvan de rechtspraak tot een van de richtlijn afwijkende straffoemeting komt en of zij daartoe bevoegd is. Ik laat die vraag hier verder rusten en volsta met de vaststelling dat een afwijking op grond van bestendige rechtspraak in concrete zaken dat probleem vermijdt.

Het naast elkaar bestaan van strafvorderingsrichtlijnen en oriëntatiepunten is niet problematisch.

Nieuwe strafrechtswetgeving en een rechtseenheidskamer

Valkenburg en De Lange komen tot dit voorstel omdat oriëntatiepunten als de weergave van wat gewoonlijk voor een bepaald misdrijf wordt opgelegd, retrospectief zijn en geen oplossing bieden voor het tot stand brengen van rechtseenheid bij nieuwe strafbaarstellingen. Die constatering is juist, maar bij de voorgestelde oplossing wil ik een enkele kanttekening plaatsen. Nieuwe wetgeving of nieuwe vormen van criminaliteit die mogelijk onder bestaande wetgeving vallen, leiden dikwijls tot vragen van uitleg die enige tijd onzekerheid meebrengen over de vraag hoe een nieuwe bepaling moet worden uitgelegd of de vraag in

hoeverre een bestaande bepaling van toepassing is op nieuw onwenselijk gedrag. Ik noem bij wijze van voorbeeld de ontwikkeling van de rechtspraak van de Hoge Raad over witwassen van door eigen misdrijf verkregen goederen en de zogenoemde HIV-rechtspraak over de vraag in hoeverre het hebben van onbeschermd seksueel contact, terwijl de verdachte wist dat hij met het HIV-virus besmet was, het opzettelijk toebrengen van zwaar lichamelijk letsel of strafbare poging daartoe kan opleveren. In dergelijke situaties is een aantal zaken, een verscheidenheid aan beslissingen en aan commentaren in de literatuur nodig, om uiteindelijk tot een antwoord te komen. Om die reden hebben Corstens en ik er in het verleden voor gepleit bij nieuwe rechtsvragen niet te snel door onderlinge afstemming tussen de hoven tot eenheid van rechtspraak te komen, maar ruimte te laten voor diversiteit als de aard van het probleem daartoe aanleiding geeft, zodat de Hoge Raad op basis van uiteenlopende oordelen tot een uitleg van de desbetreffende bepaling zou kunnen komen.⁵

Datzelfde lijkt mij van toepassing als er gezocht wordt naar eenheid van straftoemeting voor nieuwe strafbepalingen of nieuwe vormen van criminaliteit. Juist het gegeven dat in de beginfase van berechting in deze zaken eenheid in straftoemeting vaak zal ontbreken, is een argument om die eenheid niet geforceerd tot stand te brengen, maar om op basis van goed gemotiveerde beslissingen, vergelijking daarvan en commentaren daarop het zoeken naar passende straftoemeting met rechtseenheid te bevorderen. Dat dit enige tijd zal duren is onvermijdelijk maar mijns inziens niet doorslaggevend om van de gebruikelijk wijze van het tot stand komen van oriëntatiepunten af te wijken.

Conclusie

Rechtseenheid is bij de straftoemeting evenzeer geboden als bij de uitleg van begrippen als opzet en schuld, delictsomschrijvingen en strafuitsluitingsgronden. Gelet op de veelheid aan factoren die bij de straftoemeting een rol kunnen spelen, is een mate van gelijkheid als bij de uitleg van leerstukken en delictsomschrijvingen het geval is, niet mogelijk en niet wenselijk. Wel is wenselijk dat uit de strafoplegging duidelijk wordt dat rechters van vergelijkbare maatstaven uitgaan, zoals neergelegd in de oriëntatiepunten, om vervolgens bij afwijking duidelijk te motiveren waarom dat het geval is en hoe de opgelegde straf zich verhoudt tot het oriëntatiepunt. De Hoge Raad kan een dergelijke ontwikkeling bevorderen door meer eisen te stellen aan de strafmotivering dan nu het geval is.

Prof. mr. J.W. Fokkens is voormalig Procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.

5 Zie mijn bijdrage aan *Innoverende Hoven*, onder redactie van Antoine Hol en Joep Verburg, Den Haag 2014, p. 35-40.

Een Algemeen Deel voor de oriëntatiepunten?

Een paar opmerkingen vanuit het perspectief van enkele andere stelsels

Hans Lensing

Inleiding

De oriëntatiepunten¹ maken deel uit van het straftoemingsrecht in ruime zin. Dat rechtsgebied omvat daarnaast onder meer de voorwaarden voor de oplegging van straffen en maatregelen, de regels over minima en maxima en de regels van procedurele aard over de werkwijze bij de strafopleggingsbeslissing en -motivering. Anders dan de oriëntatiepunten gaat het hierbij om rechtsregels. De oriëntatiepunten worden immers niet als zodanig beschouwd.² Zij zijn bedoeld als een weergave van de uitgangspunten voor de strafoplegging in de landelijke rechterlijke praktijk van de straffen die rechters ‘voor het modale feit (de meest voorkomende verschijningsvorm van het strafbare feit) plegen op te leggen’. In de praktijk wordt daarnaast ook gewerkt met lokale ‘lijstjes’ voor feiten waarvoor (nog) geen oriëntatiepunten zijn geformuleerd, en met een scala aan andere uitgangspunten die het niet zo ver hebben gebracht. Voor een deel gaat het om uitgangspunten voor specifieke delicten, voor een ander deel om meer algemene uitgangspunten voor de straftoemeting (waaronder recidive, samenloop en andere strafverzwarende en strafmatigende omstandigheden). Wat deze uitgangspunten inhouden en of zij in het hele land dezelfde inhoud hebben en (bewust) op vergelijkbare wijze worden gehanteerd, is niet alleen bij de buitenwacht maar ook binnen de rechtspraak grotendeels niet bekend.

1 <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Oriëntatiepunten-en-afspraken-LOVS.pdf>.

2 O.m. HR 31 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:114.

Het straftoemetingsrecht van andere landen verschilt veelal aanzienlijk van het Nederlandse. Vaak heeft een buitenlandse wetgever het nodig geacht de beleidsvrijheid van de rechter nader in te kaderen. Onder meer door niet alleen specifieke strafmaxima te formuleren maar ook specifieke strafminima voor afzonderlijke delicten, door uitdrukkelijk factoren, doelen en beginselen aan te geven die de rechter in aanmerking heeft te nemen of door de werkwijze bij de strafoplegging nader te regelen, bijvoorbeeld door richtlijnen van een straftoemetingscommissie. Daarbij gaat het – anders dan bij de oriëntatiepunten – om regels die de rechter binden.

De oriëntatiepunten voor de straftoemeting bevatten niet veel meer dan ‘lijstjes’: wat is de straf die als uitgangspunt voor het betreffende delict in de praktijk wordt opgelegd.³ Bij sommige delictsoorten is dit wat meer uitgewerkt dan bij andere. Van meer algemene onderwerpen zijn hier en daar wel onderdelen vermeld, maar dan telkens bij bepaalde delicten of delictsoorten. Een van de weinige algemene punten is de opmerking in de aan de weergave van de oriëntatiepunten voorafgaande ‘Verantwoording’ dat de oriëntatiepunten een vertrekpunt van denken over de op te leggen straf vormen. *“Zij bieden de rechter een handvat en de mogelijkheid om bij de straftoemeting te wijzen op een landelijke praktijk. De oriëntatiepunten binden de rechter niet. Hij is in individuele gevallen verantwoordelijk om een passende straf te bepalen en op te leggen.”*

Voor een aantal meer algemene onderwerpen ga ik in deze bijdrage in op de vragen of en hoe deze in een aantal andere, cultureel verwante landen zijn geregeld en of uit regelingen elders inspiratie voor algemene uitgangspunten valt te putten voor de Nederlandse straftoemetingspraktijk. Die onderwerpen zijn: doelen van straffen, beginselen, strafverzwarende en -matigende omstandigheden en werkwijze. De vraag is of het wenselijk is opmerkingen over deze onderwerpen een plaats te geven in een Algemeen Deel voor de oriëntatiepunten.

Doelen

Het Wetboek van Strafrecht laat zich niet expliciet uit over het wezen, de grond of de doelen van bestraffing, zoals we dat soms in andere stelsels zien. Het lijkt erop dat de wetgever bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht ook in dit opzicht vertrouwen heeft gesteld in de rechter, waar hij dat eveneens deed bij de grote omvang van de straftoemetingsvrijheid voor de rechter.⁴

3 Zie over descriptie en normering bij de vaststelling van oriëntatiepunten ook Haentjens’ bijdrage aan deze aflevering.

4 Vgl. o.m. H.J. Smidt & J.W. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz [Eerste deel]*, tweede druk, Haarlem 1891, p. 26.

De onderscheiden – vaker in verschillende bewoordingen gegoten – doelen die met het straffen moeten worden gediend behoeven hier geen nadere vermelding. Volgens een al wat oudere Recommendation van de Raad van Europa zou de wetgever moeten proberen de ‘rationales’ voor de straftoemeting, en – als er méér zijn – zo mogelijk één ‘rationale’ als belangrijkste, te formuleren.⁵ De gedachte om de redenen voor straftoemeting in nationale rechtsstelsels uitdrukkelijk onder woorden te brengen is geïnspireerd door de wens om consistentie in de straftoemeting te bevorderen.

Er zijn rechtsstelsels die in hun regelgeving inderdaad bepalingen voor de straftoemeting kennen over doelen van straffen. Dat kan een opsomming zijn, zonder dat gezegd wordt wanneer welk doel in aanmerking zou moeten worden genomen. Daarvan lijkt de Engelse wetgeving een voorbeeld.⁶ Een interessante variant biedt het ontwerp van de richtlijnen van de Schotse Sentencing Council. Aan de opsomming gaat namelijk vooraf: *“The sentence selected should best achieve the purposes of sentencing that are appropriate to the particular case, but always reflecting the core principle of fairness and proportionality”*. Op het laatste onderdeel hiervan kom ik nog terug.

De vermelding heeft méér om het lijf als de doelen het karakter van maatstaven krijgen. Uit de richtlijnen van de Engelse Sentencing Council wordt duidelijk dat van geval tot geval, en hoe, de rol en het gewicht van de verschillende doelen moeten worden bepaald en dat de basis wordt gevormd door de ‘seriousness of the offence’, wat uiteenvalt in schuld/verwijtbaarheid en de ernst van gevolgen. In het Zweedse wetboek van strafrecht wordt gekozen voor een duidelijke basis van bestraffing. Art. 1 van hoofdstuk 29, eerste zin, luidt (in Engelse vertaling):

Volgens een al wat oudere Recommendation van de Raad van Europa zou de wetgever moeten proberen de ‘rationales’ voor de straftoemeting en – als er méér zijn – zo mogelijk één ‘rationale’ als belangrijkste te formuleren.

5 No. R (92) 17 of the Committee of Ministers to member states concerning consistency in sentencing, appendix.

6 Zie s. 142(1) Criminal Justice Act 2003. A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, zesde druk, Cambridge 2015, p. 82, spreekt van *“a law that seems to embody the worst of ‘pick-and-mix’ sentencing”*. In de *Sentencing Guideline* over ‘Seriousness’ wordt opgemerkt: *“The Act does not indicate that any one purpose should be more important than any other and in practice they may all be relevant to a greater or lesser degree in any individual case – the sentencer has the task of determining the manner in which they apply.”*

“Punishments shall, with due regard to the need for consistency in sentencing, be determined within the scale of punishments according to the penal value of the crime or crimes taken.”

De ‘penal value’ heeft met name betrekking op de ernst van het feit en de grootte van de schade. In de volgende bepalingen wordt aan de ‘penal value’ nader invulling gegeven door de opsomming van strafverzwarende en strafmatigende omstandigheden die in dat kader in aanmerking moeten worden genomen.⁷ Er worden daarnaast weliswaar ook andere omstandigheden genoemd die in aanmerking moeten worden genomen, maar doelen als preventie of resocialisatie komt men daarin niet expliciet tegen.

In het Duitse recht wordt de grond voor bestraffing expliciet in § 46 StGB (*Grundsätze der Strafzumessung*) onder woorden gebracht: *“Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.”* Daaraan wordt toegevoegd dat de effecten die van de straf voor het toekomstige leven van de dader te verwachten zijn in aanmerking moeten worden genomen. Het Bundesverfassungsgericht formuleert het aldus:

*“Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen (...). In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein (...).”*⁸

Voor het Duitse recht valt ook te wijzen op de regeling van de beslissing over de voorwaardelijke modaliteit van gevangenisstraf en die over het opleggen van korte vrijheidsstraffen. Daar is sprake van een koppeling aan een doel. Zo mogen vrijheidsstraffen beneden zes maanden alleen worden opgelegd als bijzondere omstandigheden die in het feit of de persoonlijkheid van de dader gelegen zijn de oplegging van een vrijheidsstraf voor de beïnvloeding van de dader of voor de verdediging van de rechtsorde onvermijdelijk maken (§ 47 (1) StGB). Veroordeling tot een straf van niet meer dan een jaar moet door de rechter in voorwaardelijke modaliteit worden opgelegd, als te verwachten is dat de veroordeelde reeds door de veroordeling voldoende gewaarschuwd is en hij in de toekomst ook zonder de

7 Vgl. T. Lappi-Seppälä, in: M. Tonry (ed.), *Sentencing Policies and Practices in Western Countries: Comparative and Cross-National Perspectives, Crime and Justice*, vol. 45 (Chicago, 2016), p. 28, die bericht over een toevoe-ging dat er in het bijzonder op gelet moet worden of er sprake is van een ernstige inbreuk op iemands leven, gezondheid of veiligheid.

8 BVerfG 19 maart 2013, 2 BvR 2628/10, par. 54, 55. Vgl. over de verhouding ‘Vergeltung’ en ‘Schuldausgleich’ ook R. Enßlin, *Spezialpräventive Strafzumessung*, Aachen 2003, p. 15 e.v. Zie voor kritiek op § 46 StGB onder meer het elders in deze aflevering besproken preadvies van Johannes Kaspar.

invloed van de tenuitvoerlegging van de straf geen strafbare feiten meer zal begaan (§ 56(1) StGB).⁹

In Nederland wordt veelal uitgegaan van een verenigingstheorie, met elementen van vergelding, preventie (algemeen en speciaal) en herstel. Af en toe wordt er in rechterlijke uitspraken uitdrukkelijk naar verwezen. De ervaring leert dat het van het geval afhangt of strafdoelen een uitdrukkelijke rol spelen bij de straftoemeting. Uit het onderzoek van De Keijser¹⁰ bleek bij de rechters in het onderzoek echter geen sprake te zijn van een specifiek moreel, consistent raamwerk, maar van een pragmatische visie. In dezelfde zaken verschilden de voorkeuren van de rechters substantieel van elkaar. In het algemeen waren er geen substantiële en consistente patronen van samenhang tussen strafdoelen en beslissingen van rechters.¹¹ In een in 1985 gepubliceerd rapport over een observatieonderzoek van het ‘raadkameren’ concludeerden Van Duyne en Verwoerd onder meer dat doelstellingen van de strafrechtspleging, zoals vergelding, afschrikking, resocialisatie, preventie en conflictoplossing slechts zelden expliciet werden genoemd.¹² De betrekkelijk ‘open’ afweging van daaden dader-aspecten bepaalde de besluitvoering in raadkamer. Over de doelstellingen zeiden de rechters dat het naar hun mening zelden slechts om één of twee doelstellingen alleen gaat, maar dat het altijd een combinatie is. De inbedding van vergelding in de strafrechtspraak was volgens de auteurs relatief sterk.

Uit ander, meer recent onderzoek kan worden afgeleid dat resocialisatie-overwegingen in ieder geval bij bepaalde delicten en verdachten in de praktijk van aanzienlijk belang worden geacht. Dat komt onder meer naar voren bij het opleggen van gedeeltelijk voorwaardelijke straffen.¹³ Naarmate het strafbaar feit ernstiger is, lijken overigens vergelding en beveiliging van de samenleving zwaar(der) te wegen en is er minder ruimte voor resocialisatie-overwegingen.

Zou het mogelijk zijn en zin hebben om opmerkingen over de doelen van straffen aan de oriëntatiepunten toe te voegen of vooraf te laten gaan? Spreken die niet voor zich? Of zijn

9 Ik laat de verdere regeling van een en ander hier buiten beschouwing.

10 J.W. de Keijser, *Punishment and Purpose: From Moral Theory to Punishment in Action*, Leiden 2000.

11 Vgl. eerder: Ch.J. Enschede, H.C.M. Moor-Smets & A.H.J. Swart, *Strafvorming: twee verslagen van het Seminarium Van Hamel te Amsterdam*, met een paar beschouwingen over straftoemeting, Arnhem 1975.

12 P.C. van Duyne & J.R.A. Verwoerd, *Gelet op de persoon van de rechter: een observatie-onderzoek naar het strafrechtelijk beslissen in raadkamer*, WODC 1985, p. 81.

13 O.m. S.G.C. van Wingerden, M. Moerings & J.A. van Wilsem, *Recidiverisico en straftoemeting*, *Research Memoranda Raad voor de rechtspraak*, 3/2011; S. van Wingerden, M. Moerings & J. van Wilsem, ‘Krijgt hij nog een kans, of rekenen we af?’, *NJB* 2013, p. 2062 e.v.; J. Harte, M. Malsch, D. van Dijk, B. Vergouw & P. van der Laan, ‘Rechters en officieren van justitie willen maatwerk leveren met de voorwaardelijke straf’, *Proces* 2016, p. 101 e.v.

Kennelijk vindt men opname van uitdrukkelijke algemene opmerkingen over strafdoelen in andere landen wel zinvol. In ieder geval wordt ermee voor de buitenwereld aangegeven waar het om kan gaan, ook al wordt het allemaal heel in het algemeen verwoord.

de rechters het daarover niet eens? Kennelijk vindt men opname van uitdrukkelijke algemene opmerkingen over strafdoelen in andere landen wel zinvol. In ieder geval wordt ermee voor de buitenwereld aangegeven waar het om kan gaan, ook al wordt het allemaal heel in het algemeen verwoord. Opname stelt de rechter ook in staat om ernaar te verwijzen en doelen in de motivering te verwerken, als hij dat wenselijk of noodzakelijk acht. En, zoals het Duitse recht en empirisch onderzoek in Nederland laten zien, kan het op bepaalde punten van belang zijn de wijze van strafoplegging te koppelen aan bepaalde doelen, in het bijzonder preventieve overwegingen. Zouden we het eens kunnen worden over een formulering van datgene waarop straffen is gericht?

Beginnelsen

Beginnelsen van straftoemeting hebben in het wetboek geen expliciete uitdrukking gevonden. Dat geldt zelfs voor het beginsel dat ten grondslag ligt aan de grote rechterlijke straftoemetingsvrijheid, aan het leveren van ‘maatwerk’, zoals we het vaak noemen. Dat is het individualiseringsbeginsel. Zo wordt het beginsel in onder andere Frankrijk en België genoemd. In de Franse wetgeving is het individualiseringsbeginsel uitdrukkelijk neergelegd in art. 132-1

tweede lid Code pénal: *“Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée.”*¹⁴

Ook een eveneens vanzelfsprekend beginsel als het proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel is niet expliciet als algemeen uitgangspunt in de Nederlandse regelgeving of rechtspraak van de Hoge Raad neergelegd. We zien uitwerkingen wel onder meer in de bepaling over de draagkracht¹⁵ en in de rechtspraak van de Hoge Raad over samenloop als regeling van

14 De uitdrukkelijke opname van het beginsel in de wet houdt mede verband met de wens van de Franse wetgever recidive terug te dringen. Hiervoor moest een straf zo veel mogelijk op de persoon van de dader kunnen worden toegesneden. Volgens de Franse *Conseil Constitutionnel* vloeit het individualiseringsbeginsel voort uit art. 8 van de *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789*.

15 Art. 24 WvSr bepaalt dat bij de vaststelling van de geldboete rekening wordt gehouden met de draagkracht van de verdachte in de mate waarin dat nodig is met het oog op een passende bestraffing van de verdachte zonder dat deze in zijn inkomen en vermogen *onevenredig wordt getroffen*.

het strafmaximum.¹⁶ In een aantal rechtsordes en rechtsstelsels wordt het beginsel (zeer) uitdrukkelijk erkend. In de eerder vermelde Aanbeveling van de Raad van Europa is onder meer opgenomen dat disproportionaliteit tussen feit en de straf moet worden vermeden, dat rekening moet worden gehouden met de gevolgen van de straf voor de dader en dat ‘unusual hardship’ dient te worden vermeden.¹⁷ In de rechtsordes van de EU en de Raad van Europa vindt het beginsel uitdrukkelijk erkenning voor de straftoemeting in regelgeving en rechtspraak van HvJ en EHRM.¹⁸ Het EHRM leest het in art. 6 EVRM. Naast de uitdrukkelijke bepaling van art. 49 Handvest (‘niet onevenredig’) heeft het HvJ in zijn rechtspraak het evenredigheidsbeginsel handen en voeten gegeven voor strafsancities. In de rechtspraak van de bestuursstrafrechter over boeteopleggingen speelt het beginsel als uitwerking van art. 6 EVRM ook een prominente rol. In het Duitse recht heeft de *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* constitutionele rang. Voor maatregelen is het proportionaliteitsbeginsel expliciet in het Strafgesetzbuch opgenomen (§ 62).

Ook een eveneens vanzelfsprekend beginsel als het proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel is niet expliciet als algemeen uitgangspunt in de Nederlandse regelgeving of rechtspraak van de Hoge Raad neergelegd.

Het gelijkheidsbeginsel is ook een beginsel van straftoemeting. Rechters – het is vaker gezegd – proberen gelijke gevallen gelijk te behandelen en ongelijke gevallen ongelijk. Maar of van (on)gelijke gevallen sprake is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de factoren die daarbij in aanmerking worden genomen en het gewicht daarvan. Dat kan het moeilijk maken om van geheel gelijke gevallen te spreken. Het wordt een stuk gemakkelijker als bepaalde soorten factoren van de wetgever door de rechter niet in aanmerking mogen worden genomen. Zo zijn volgens de Amerikaanse federale straftoemetinglijnen met name de ernst van het feit en het strafrechtelijk verleden van de dader van belang en zouden economische en sociale omstandigheden niet in aanmerking mogen worden genomen. Het woord ‘consistentie’ drukt wellicht beter uit waar het om gaat. Dezelfde uitkomsten en verschillen in uitkomsten moeten gerechtvaardigd en verklaarbaar zijn. Dit is de inhoudelijke kant van consistentie. De processuele kant van consistentie houdt in dat rechters dezelfde procedure gebruiken en dezelfde maatstaven

16 O.m. HR 5 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:831.

17 Recommendation No. R (92) 17.

18 Zie, ook voor de volgende zinnen, o.m. de verwijzingen in mijn bijdrage aan *Tijdschrift voor rechtspraak en straftoemeting* 2018/1.

hanteren bij de bepaling van de straf.¹⁹ Maar hoe gedetailleerd moeten die maatstaven zijn geformuleerd, is vervolgens de vraag. Het gelijkheids- en consistentiebeginsel kan worden gezien als de drijfveer voor de ontwikkeling van requireerrichtlijnen, straftoemetingsrichtlijnen en oriëntatiepunten. Door het gebruik van dergelijke middelen om de consistentie te bevorderen wordt ook de transparantie van de straftoemeting voor de maatschappij en daarmee tot op zekere hoogte de rechtszekerheid bevorderd.²⁰ Houdt het gelijkheidsbeginsel ook in dat straffen verdachten objectief gezien in dezelfde mate moeten treffen, bijvoorbeeld bij het opleggen van geldboetes? In Nederland is er in dit opzicht geen sprake van een ‘sterk’ beginsel, nu wij anders dan vele andere stelsels geen dagboetesysteem kennen.²¹

Is er in Nederland een beginsel dat inhoudt dat de straf niet zwaarder mag zijn dan gerechtvaardigd is op grond van de mate van schuld? De Hoge Raad heeft eerder geoordeeld dat het Nederlandse recht niet een algemene regel van die strekking kent.²² Deze rechtspraak betreft gevallen van verminderde toerekeningsvatbaarheid in verband met een psychische stoornis en plaatsing in een gevangenis dan wel tbs-inrichting. Hoewel geen sprake is van een algemene regel of een algemeen, absoluut beginsel, lijkt in de algemene praktijk van de straftoemeting de mate van verwijtbaarheid wel een belangrijke overweging te zijn. Ook in de rechtspraak van de bestuursrechter is de mate van verwijtbaarheid een belangrijke factor in de toetsing van de evenredigheid van de opgelegde sanctie; een geringere mate van verwijtbaarheid kan leiden tot matiging van een opgelegde boete. Dat pleit er wellicht ook voor de verwijtbaarheid een plaats te geven als een onderdeel van de formulering van het evenredigheidsbeginsel.

Dat geldt waarschijnlijk ook voor een andere, meer algemene overweging bij de straftoemeting, die in de Engelstalige literatuur ‘parsimony’ – spaarzaamheid – wordt genoemd. Dit komt erop neer dat voorzichtig moet worden omgegaan met de oplegging van straffen. Als met oplegging van een minder zware straf(soort) kan worden volstaan, zou geen zwaardere straf(soort) moeten worden opgelegd. We zien deze gedachte in de aanzienlijk beperkte vorm van een motiveringsvoorschrift terug in art. 359 lid 6 Sv, dat bepaalt dat bij oplegging van een vrijheidsbenemende straf of maatregel de rechter de bijzondere redenen moet opgeven die daartoe hebben geleid. De regelgevingen van Duitsland (zie boven), Frankrijk en Engeland kennen varianten hiervan die aanzienlijk méér inhoud hebben dan die bepaling, zoals die volgens de Hoge Raad wordt uitgelegd en toegepast. Volgens de Franse Code pénal kan de rechter in correctionele zaken alleen een onvoorwaardelijke gevangenisstraf

19 Vgl. S. Raats, *Consistentie straftoemeting*, Antwerpen 2016.

20 Vgl. Raats, a.w. p. 72.

21 Vgl. E. Kantorowicz-Reznichenko & E.T. Luining, ‘De Dagboete: Reden voor Nieuwe Overpeinzing?’, *Trema Straftoemetingsbulletin* 2016/1, p. 6 e.v.

22 HR 10 september 1957, NJ 1958/8. (Zwarte ruiter), HR 24 juli 1967, NJ 1969/63 (Antilliaanse amokmaker).

opleggen “*si la gravité de l’infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate*” (art. 132-19). Section 152(2) van de Criminal Justice Act 2003 luidt: “*The court must not pass a custodial sentence unless it is of the opinion that the offence, or the combination of the offence and one or more offences associated with it, was so serious that neither a fine alone nor a community sentence can be justified for the offence.*”

Aan deze meer inhoudelijke beginselen en punten dient nog te worden toegevoegd dat de rechter voldoende inzicht moet geven in de redenen waarom een straf wordt opgelegd, ook al blijkt deze – op het motiveringsbeginsel berustende – plicht reeds uit de wet. Bij opname van de beginselen in een algemeen deel voor de oriëntatiepunten ligt het voor de hand op te nemen dat in de strafmotivering niet alleen de eventuele toepasselijke oriëntatiepunten zoveel mogelijk moeten worden verwerkt, maar onder meer ook eventuele strafverzwarende en strafmatigende omstandigheden en relevante onderdelen van het ‘Algemene Deel’.

Het voorgaande overziend, wordt een belangrijk deel daarvan gedekt door wat in het ontwerp van de richtlijnen van de Schotse Sentencing Council het ‘core principle of sentencing’²³ wordt genoemd:

1. Sentences in Scotland must be fair and proportionate.

2. This principle requires that:

- (i) all relevant factors of a case must be considered including the seriousness of the offence, impact on the victim and circumstances of the offender;*
- (ii) sentencing decisions should treat similar*²⁴ offences in a similar manner. This helps aid consistency and predictability;*
- (iii) sentences should be no more severe than is necessary to achieve the appropriate purposes of sentencing in each case;*
- (iv) reasons for sentencing decisions must be stated as clearly and openly as circumstances permit;*
- (v) sentencing decisions must be made lawfully and sentencers must have regard to any*

23 Zie <https://www.scottishsentencingcouncil.org.uk>. Het meest recente document op de site is de reactie van de Council op de consultatieronde in juli 2018.

24 *Similarity

3. In the context of sentencing, “similar” means having features or factors in common. The aim of individual guidelines will be to identify where cases should be treated as similar. Treating cases similarly does not mean that cases be treated in exactly the same way. Within any offence type, variations in sentencing will occur due to the nature and particular circumstances of the offence(s) in question and of the people involved.

*sentencing guidelines which are applicable; and
(vi) people should be treated equally, without discrimination.”*

Strafbeeïnvloedende omstandigheden

Bij een aantal van de delicten waarop de oriëntatiepunten betrekking hebben worden enkele strafvermeerderende en strafmatigende omstandigheden vermeld die in het bijzonder bij die delicten van belang worden geacht. Berghuis uit in zijn bijdrage aan deze aflevering een aantal punten van kritiek op de wijze waarop strafverzwarende en strafmatigende omstandigheden in de oriëntatiepunten zijn verwerkt en pleit voor de formulering van meer algemene omstandigheden, naar het voorbeeld van de Finse strafwetgeving.

In verband met een aantal (andere) omstandigheden is van belang dat Abbink in 2016 schreef dat de Commissie Rechtseenheid van het Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht zich voorstelt “om veelvoorkomende, strafbepalende factoren te benoemen en deze aan de rechtbanken en gerechtshoven voor te leggen teneinde te kijken of we daar algemene oriëntatiepunten van kunnen maken. Daarbij gaat het om omstandigheden die medebepalend zijn voor de op te leggen straf. Te denken valt aan recidive, deelneming, poging, voorbereiding, meerdaadse samenloop (art. 57 en 63 Sr), de houding van de verdachte (bekennend/ontken-nend, berouw, naar slachtoffer/nabestaanden: schadevergoeding, uitleg van het motief), strafprocessuele gronden tot strafvermindering (art. 359a Sv).” De commissie heeft – naar verluidt – een eerste begin gemaakt met dit soort – wat wordt genoemd – handvatten.

In een aantal stelsels worden door regelgevers meer algemene factoren aan de rechter aan-gereikt waarmee hij bij de straftoemeting rekening kan of moet houden en die betrekking hebben op – en als een uitwerking kunnen worden gezien van – de ernst van het feit, de persoon van het slachtoffer, de wijze waarop het feit is gepleegd en de persoonlijke omstan-digheden van de verdachte. De wijze waarop dit gebeurt verschilt van stelsel tot stelsel. Voor de Finse benadering verwijs ik naar de bijdrage van Berghuis. De Duitse wetgeving noemt in § 46 StGB onder meer de motieven en doelen van de dader, de ‘Gesinnung’ die uit het feit spreekt en de ‘aufgewendete Wille’, de mate waarin het feit in strijd is met iemands plicht, de wijze van uitvoering en de toe te rekenen gevolgen van het feit, het verleden en de persoonlijke en financiële situatie van de dader en zijn gedrag na het feit, in het bijzon-der zijn inspanning om de schade te herstellen en tot een vergelijk met het slachtoffer te komen. De formulering lijkt voor verbetering vatbaar.²⁵ Daarnaast zijn er de vele elders

²⁵ Zie het preadvies van Kaspar voor de DJT 2018, waarover elders in deze aflevering.

geregelde strafvermindingsgronden van onder meer verminderde toerekeningsvatbaarheid en poging.²⁶

In de Zweedse wetgeving worden algemene strafverzwarende en strafmatigende omstandigheden onderscheiden die voor een deel een uitwerking vormen van de ‘penal value’ (zie hierboven). Van de matigende omstandigheden noem ik bij wijze van voorbeeld de omstandigheid dat het feit de aanleiding vond in ernstig agressief gedrag van een ander, de omstandigheid dat de verdachte als gevolg van een geestelijke stoornis dan wel anderszins in aanzienlijk verminderde mate in staat was zijn gedrag te sturen en de omstandigheid dat de aanleiding voor het feit was gelegen in sterke menselijke compassie.²⁷

Het gaat om algemene straftoemetingsomstandigheden waarnaar vaak wordt verwezen in de motivering van uitspraken, als zij van belang zijn. De relevantie is niet beperkt tot die delicten waarop de oriëntatiepunten betrekking hebben of de delicten waarvoor ze in de oriëntatiepunten met zoveel woorden worden genoemd. Het expliciteren in een ‘Algemeen Deel’ zou daarom meerwaarde kunnen hebben.

Werkwijze en motivering

De straftoemetingsvrijheid heeft ook een procedurele kant. De wijze waarop de rechter binnen de ruime kaders tot de straf komt, is ook aan de rechter overgelaten, zij het dat een aantal wettelijke voorschriften hem verplicht sommige beslissingen (nader) te motiveren. In de praktijk van het ‘raadkameren’ worden natuurlijk wel bepaalde werkwijzen gehanteerd, maar het kan zijn dat die van gerecht tot gerecht of kamer tot kamer wat uiteenlopen. Dat kan leiden tot uiteenlopend opgebouwde motiveringen die het voor de buitenwacht niet makkelijker kunnen maken om die te begrijpen.

Onder meer de Engelse en Duitse collega’s volgen wel een bepaalde, door de regelgeving aangedragen methode. De Duitse rechter moet uitgaan van het strafdakraam (*Strafrahmen*) van het gekwalificeerde delict. Dat levert een bepaald minimum en maximum op. Blijft het daarbij, dan moet hij daarbinnen aan de hand van de relevante factoren een afweging maken. Die kan ertoe leiden dat sprake is van een minder zwaar geval, met in ieder geval een lagere minimumstraf, of een bijzonder zwaar geval. Er kan ook sprake zijn van allerlei facultatieve en verplichte strafvermindingsgronden. Een en ander kan er vervolgens toe leiden dat het straftoemetingskader nog één keer of diverse keren verschuift. Binnen het

26 Zie ook Schäfer, Sander, & Van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, zesde druk, München 2017, waarover elders in deze aflevering.

27 In een webversie geraadpleegd, waarbij vermeld wordt dat deze niet is aangepast sinds 1999.

uiteindelijke kader moet dan op grond van een beoordeling van alle omstandigheden de straf worden bepaald. Ook voor het geval van samenloop van meer feiten is een bepaalde werkwijze voorgeschreven. Kort gezegd ook: eerst per feit de straf bepalen en vervolgens op grond van een beoordeling van alle omstandigheden een ‘totaalstraf’ bepalen. Maar ook bij de vraag of een gevangenisstraf voorwaardelijk wordt opgelegd hoort een bepaalde volgorde. De rechter moet eerst de straf bepalen. Daarna moet hij op grond van de desbetreffende criteria (zie boven) bepalen of de gevangenisstraf voorwaardelijk dient te worden opgelegd. De ervaring in Nederland is dat we dit allemaal vaak in één vloeiende beweging beslissen.

De Engelse rechter hanteert ook een stappenschema.²⁸ De eerste stap betreft de *culpability* (aandeel, rol, plan etc.) en de gevolgen (ernst inbreuk op rechtsgoed). In de tweede stap wordt gekeken welk oriëntatiepunt of welke bandbreedte van toepassing is. Na vaststelling van het uitgangspunt komen de strafverzwarende en strafmatigende omstandigheden aan de orde. Aan het eind daarvan volgt de waardering en afweging. De laatste stappen zijn dan: nagaan of bepaalde bepalingen voor gevaarlijke daders van toepassing zijn, wat in totaal aan straf moet worden opgelegd als er méér feiten zijn en tot welke strafvermindering een *guilty plea* zou moeten leiden.

Er wordt vaak geklaagd over de inzichtelijkheid van de strafmotiveringen in Nederland. Voor zover op die inzichtelijkheid wat valt aan te merken, kan het verwerken van (de) verschillende stappen in de motivering die mogelijk bevorderen. In een (in de praktijk al wel, maar niet overal, gebruikt) stappenschema zou de beschrijving van het feit of de feiten kunnen worden gevolgd door het vermelden van de straf(soort) die (bij benadering) als uitgangspunt voor het soort feit of feiten door de rechters wordt opgelegd. Dat zou een van de oriëntatiepunten kunnen zijn. Daarna kunnen als strafverzwarende of strafmatigende omstandigheden de diverse (andere) strafbeïnvloedende omstandigheden aan de orde komen. Dat kunnen ook omstandigheden zijn die de preventie of het herstel betreffen. Aan het slot zijn er dan de afweging en het resultaat daarvan.

Slot

Er valt naar mijn mening het nodige te zeggen voor de opname van een ‘Algemeen Deel’ voor de oriëntatiepunten met algemene opmerkingen over doelen, beginselen, strafbeïnvloedende omstandigheden, werkwijze en motivering. Dat ‘Algemeen Deel’ zou niet alleen betrekking moeten hebben op die delicten waarvoor in de oriëntatiepunten uitgangspunten

²⁸ Zie Lord Justice Treaty, in *Trema Straftoemetingsbulletin* 2017/1.

voor strafoplegging worden gegeven, maar zou een weergave vormen van breed gedeelde algemene uitgangspunten voor de straftoemeting.

De ervaring leert dat het zin heeft uitgangspunten – ook vanzelfsprekende – uitdrukkelijk als maatstaven voor inhoudelijke beoordeling en de werkwijze te formuleren. De praktijk wordt daarmee ook in staat gesteld om op die basis te bezien of méér of nadere gemeenschappelijke uitgangspunten al bestaan of ontwikkeld kunnen worden. Voor de maatschappij kan daarmee de inzichtelijkheid van de strafrechtspraak, waaronder de strafmotiveringen worden vergroot.²⁹ Ook voor de ‘interactie’ tussen gewone strafrechtspraak en de rechtspraak van de bestuursstrafrechter kan explicitering van belang zijn. Het evenredigheidsbeginsel is op beide terreinen immers een voornaam beginsel. Terwijl de oriëntatiepunten gericht zijn op concrete strafmaten en bandbreedtes, gaat het hier om de principes waarop straftoemeting in concrete zaken is gebaseerd. Het formuleren van een ‘Algemeen Deel’ met dezelfde status als de oriëntatiepunten lijkt mij niet in strijd met het systeem van de wet of de bedoeling van de wetgever, nu geen afbreuk wordt gedaan aan of inbreuk wordt gemaakt op de straftoemetingsvrijheid.

Er valt naar mijn mening het nodige te zeggen voor de opname van een ‘Algemeen Deel’ voor de oriëntatiepunten met algemene opmerkingen over doelen, beginselen, strafbeïnvloedende omstandigheden, werkwijze en motivering.

Zou het ooit tot een ‘Algemeen Deel’ zoals hier geschetst komen? Als de gerechten concreet gevraagd wordt of zij er behoefte aan hebben, konden de antwoorden in de praktijk wel eens ‘neen’ zijn. Dat antwoord zouden rechters in een democratische rechtsstaat mijns inziens echter niet moeten geven. De vraag of de ontwikkeling van zo’n Algemeen Deel wenselijk is zou ik in ieder geval willen beantwoorden met ‘ja’.

Mr. J.A.W. Lensing is senior raadsheer in het Hof Arnhem-Leeuwarden en voorzitter van de Commissie rechtseenheid en is redacteur van dit blad.

²⁹ Misschien biedt een en ander ook een handvat of opstapje voor de cassatierechter?!

Eenduidige straftoemeting?

Bert Berghuis

In mijn bijdrage aan Ivoren Toga op 16 mei 2017, onder de titel 'Meer Structuur in straftoemeting nodig', betoogde ik dat de bestaande LOVS-oriëntatiepunten een lappendeken vormen zonder herkenbare ontwerpbeginselen. Ook formuleerde ik enkele gedachten over de benutting van dergelijke beginselen. In deze bijdrage krijg ik de ruimte om te adstrueren op welke wijze de richtlijnen van de LOVS onsystematisch zijn. Daarna poog ik aan te geven hoe meer samenhang te bewerkstelligen zou zijn.

1. De LOVS-afspraken doorgelicht

De Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken (Bijgewerkt: december 2016)¹ omvatten vele tientallen delicten met daaraan verbonden richtlijnen voor de op te leggen straf, rekening houdend met strafverlichtende en -verzwarende elementen. Deze systematiek bekeek ik vanuit een drietal invalshoeken. Ten eerste is er de vraag op welke wijze factoren van strafverhogende of -verlagende aard in het stelsel van oriëntatiepunten worden gebruikt. Ten tweede wordt bekeken, waar de factoren een kwantitatief karakter is gegeven, in hoeverre dat systematisch gebeurt. Deze analyse betreft de richtlijnen voor meerderjarigen. Ten derde is gekeken naar de vraag of de onderscheiden richtlijnen voor meerderjarigen en minderjarigen een consistent geheel vormen.

Wijze benutting factoren

Soms zijn er zo'n vijftien factoren opgenomen die relevant zijn voor de bestraffing, soms is dat beperkt tot één of een paar. Waarom bij kinderporno, fraude en verkrachting veel factoren als belangrijk zijn aangeduid en bij delicten als belediging, bedreiging en mishandeling met veel minder kan worden volstaan, is niet duidelijk. Ook is niet duidelijk waarom een factor de ene keer als relevant wordt genoemd (zoals recidive bij diefstalvormen, kinderporno, rijden onder invloed, in- en uitvoer harddrugs, wietteelt, fraude) en de andere keer weer niet (bij openlijke geweldpleging, skimmen, bedreiging, mishandeling, drugsdealen en

¹ <https://www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Strafrecht/Paginas/Oriëntatiepunten-voor-straftoemeting.aspx>.

Soms zijn er zo'n vijftien factoren opgenomen die relevant zijn voor de bestraffing, soms maar één of een paar.

wapendelicten). Ook bij andere relevante factoren komt de vraag op of die wel systematisch als (niet-)relevant zijn doorgevoerd. Zo is het de vraag waarom de 'duur van de procedure' alleen bij fraude als strafbeïnvloedend element is benoemd – geldt dat niet in den brede voor ook andere feiten? Voorts is er de vraag waarom factoren als recidive of aangebracht letsel/schade soms alleen kwalitatief zijn aangeduid en andere keren kwantitatief zijn uitgewerkt.

Het gewicht van de factoren

Menige van de relevant geachte factoren zijn niet kwantitatief uitgewerkt – de rechter zal zelf moeten invullen hoeveel gewicht daaraan moet worden toegekend bij het bepalen van de straf. Anders ligt dit bij de wel kwantitatief uitgewerkte factoren. Deze heb ik bekeken vanuit de vraag of dat consistent gebeurt. Daarbij zijn de gesuggereerde straffen op één lijn gebracht door het toepassen van omzettingsregels: één celdageequivalent (cdq) is gelijk aan één dag onvoorwaardelijke vrijheidsstraf, € 50 geldboete en twee uren taakstraf of tien dagen ontzegging rijbevoegdheid.² De volgende observaties zijn gemaakt:

- *Recidive*: Bij vormen van diefstal zijn kwantitatieve aanwijzingen opgenomen voor het geval sprake is van recidive en vaak ook van 'frequente recidive' (tien keer of vaker onherroepelijk veroordeeld, waarvan vijf keer in de afgelopen twee jaren). Er zijn meer dan tien van dergelijke strafverhogingsfactoren aangetroffen. Gemiddeld wordt de straf 1,4 keer hoger bij recidive. Dat varieert van 1,0 tot 1,7 – er is dus een fors verschil in de mate waarin recidive als strafverzwarend wordt gezien. Dat geldt nog versterkt bij *frequente* recidive: dit varieert van 1,33 keer meer straf dan bij 'first offenders' tot 7,5 keer meer, met een gemiddelde van bijna drie keer meer.
- *Letsel*: Evenzeer worden er forse verschillen waargenomen in de mate waarin het veroorzaken van (enig) letsel tot verhoging van straf leidt – dat ligt bij openlijke geweldpleging 1,2 keer hoger dan bij ontbreken van letsel, bij eenvoudige mishandeling is dat 1,5 keer.
- *Geweld*: Ook loopt de mate van strafverzwaring uiteen indien de pleger van vermogensdelicten gebruik maakte van enig of meer geweld, of dreiging daarmee. Zo wordt drie of

2 Vergelijk de methodiek die voor het eerst is toegepast in A.C. Berghuis, 'De harde en de zachte hand – een statistische analyse van verschillen in sanctiebeleid', *Trema* 1992/3, p. 84-93. Later ook uitgewerkt door het WODC: M.G.C.J. Beerhuizen, B.S.J. Wartna, S. Verweij en N. Tollenaar, *De misdrijf - straf index. Op weg naar een maat voor de ernst van delicten afgeleid van de afdoening van strafzaken*, WODC, 2015. Indien in de richtlijnen klassebreedtes worden aangegeven, is uitgegaan van klassenmidden (zoals: 0,54 tot 0,80% BAG bij rijden onder invloed – dan wordt gerekend met 0,67).

vier keer hoger gestraft als zakkenrollers gebruik maken van licht geweld of verbale dreiging; bij winkeldiefstal wordt dat vijftien of twintig keer hoger. Bij het veroorzaken van een verkeersongeval maakt het uit of het gevolg meer dan licht letsel is – als dat zwaar letsel is wordt de straf twee of drie keer hoger, bij een ongeval met de dood als gevolg is dat vier of zes keer meer.

Het oplopen van de straffen

Het lijkt logisch dat er meer straf volgt als men meer fraudeerde, het bloedalcoholgehalte hoger was, meer harddrugs zijn verhandeld of langer is gedeald. Vraag is dan, hoe dat verband tussen de omvang van de overtreding en het oriëntatiepunt is gelegd. Er is sprake van een vaste verhouding als de straf continu oploopt met de omvang van de overtreding. Dat is het geval bij overtreding van de *Wet wapens en munitie*: met elke munitiepatroon meer komt daar ruim een kwart cdq bij. Een ander patroon is te zien bij *rijden onder invloed*. Daar wordt de straf extra hoog naarmate het aangetroffen bloedalcoholgehalte een hoger niveau bereikt. Zo wordt bij BAG 2‰ 35 cdq meer opgelegd dan bij 1‰. Maar bij 3‰ ligt dat 60 cdq hoger dan bij 2‰.³ Het tegenovergestelde beeld bestaat bij *fraude*. Daar loopt de straf bij lagere bedragen sneller op dan bij hogere – de straf loopt op met 10 cdq als het fraudebedrag met 1.000 van 100 naar 1.100 stijgt, en met maar 3 cdq bij dezelfde hoeveelheid als die toeneemt van 10.000 naar 11.000.⁴ Ook wanneer een periode van harddrugs dealen steeds langer wordt, telt dat steeds minder mee in de straf.

Meerder- en minderjarigheid

Zowel voor meerderjarigen als voor minderjarigen zijn tientallen richtlijnen opgesteld. Het zou te verwachten zijn dat, waar mogelijk, dezelfde delicten zouden worden bestreken, dezelfde factoren voor strafwaardigheid zouden zijn meegenomen en dat er een soort van vaste verhouding zou zijn tussen de oriëntatiepunten voor jongeren en volwassenen.

Sommige richtlijnen zijn typisch op meerderjarigen van toepassing, zoals die over de Wegenverkeerswet (rijden onder invloed in auto's en op motoren). Maar bij de meeste delicten kan het zowel om meerderjarigen als om minderjarigen gaan, zodat te verwachten zou zijn dat er een forse overlap is van richtlijnen. Dat blijkt bepaald niet het geval. Er zijn zo'n vijftien delicten die overlappen, zoals de richtlijnen bij openlijke geweldpleging, verkrachting en een aantal vermogensdelicten. Er zijn echter richtlijnen die enkel voor meerderjarigen gelden (w.o. meened, kinderporno, veroorzaken verkeersongeval, drugsdealen)

3 Het best passende verband tussen het BAG en de straf is een machtsfunctie met de vorm: $11,13 \cdot \text{BAG}^2,07$.

4 Het best passende verband tussen de omvang van het fraudebedrag en de straf is een machtsfunctie met de vorm: $0,20 \cdot \text{BAG}^0,60$.

en nog meer die alleen op minderjarigen van toepassing zijn, zoals discriminatie, valsheid in geschrifte, weerspanningheid, schennis eerbaarheid, verduistering, oplichting, vernieling, heling en drugsbezit.

Waar er wel overlap is, blijkt dat de systematiek uiteenloopt. De factoren die worden benoemd als relevant voor een lichtere of zwaardere bestraffing zijn sterk verschillend. En als gekeken wordt naar de mate van bestraffing bij de (meest basale) gronddelicten, dan blijkt dat de gesuggereerde straf bij jongeren gemiddeld op 40% ligt van wat aan ouderen wordt bemeten. Dat loopt echter uiteen van 20% (eenvoudige mishandeling) tot 67% (inbraak uit auto en belediging).

Conclusie

Strafbepalende factoren worden niet systematisch aangegeven, het aan die factoren toegekende gewicht verschilt per keer, het verband tussen de omvang/ernst van de overtreding en de strafhoogte is uiteenlopend vormgegeven, de oriëntatiepunten bij minderjarigen vormen een eigen wereld die maar beperkt wat van doen heeft met die van de meerderjarigen. Ik hoop hiermee te hebben geïllustreerd waarom ik de oriëntatiepunten een lappendeken noemde.

Hoe kan het mogelijk anders?

Het zou mooi zijn
als de
oriëntatiepunten
zowel zouden
kunnen worden
verbreed als
vereenvoudigd.

2. Mogelijke ontwerpbeginnselen

Hoe zou op eenduidige onderliggende pijlers een bouwwerk kunnen worden geconstrueerd dat minder op toevaligheden en niet uit te leggen verschillen berust?

Het zou mooi zijn als enerzijds de oriëntatiepunten zowel zouden kunnen worden verbreed als vereenvoudigd en als er een mooi evenwicht wordt gevonden tussen richtinggevende kwantitatieve en kwalitatieve noties. Ik probeer dit als volgt: eerst wordt bekeken of de veelheid aan strafbeïnvloedende factoren tot een kleiner aantal kan worden gereduceerd, vervolgens zoek ik naar een meer eenduidig

bepaald uitgangspunt in het denken over de geëigende straf, voorts wordt gekeken naar een nieuw evenwicht tussen kwantitatieve en kwalitatieve benadering.

Categorieën van factoren

In de oriëntatiepuntensystematiek worden zo'n honderd afzonderlijke factoren aangewezen die zouden kunnen leiden tot strafverzwaring of -verlichting. Dat zou mogelijk ingedikt kunnen worden tot een beperkter aantal richtinggevende noties.

Een voorname plaats is ingeruimd voor factoren die slaan op de *ernst van het delict*: de geldswaarde van wat is gestolen, het aangebrachte letsel, aantal oogsten cannabisteelt, hoeveelheid illegale munitiepatronen, bloedalcoholgehalte, de mate waarin een markt wordt verstoord. Additioneel vormt een element van de ernst van het delict of sprake is van geweld of geweldsdreiging, vooral als dat met een wapen gebeurt. Voorts zijn er vele onderscheidingen naar de aard van het delict, zoals of uit een winkel, een auto of een huis wordt gestolen.

Vervolgens zijn er factoren die betrekking hebben op de *stelselmatigheid* waarmee delicten zijn gepleegd: de frequentie en de duur van het delictpatroon, de professionaliteit van het plegen, of sprake is van georganiseerde criminaliteit (en de rol van de dader daarin).

Ten derde zijn *kenmerken van slachtoffers* van belang: er kan sprake zijn van kwetsbare slachtoffers of van een kwetsbare situatie, of van werknemers die worden getroffen bij de uitoefening van een publieke taak. Andersom kan spelen dat het slachtoffer zelf een actieve rol speelde bij de totstandkoming van het delict.

Tenslotte zijn er *kenmerken van de delinquent*: zijn of haar recidive, of er een evidente bereidheid was om het plegen te staken of om de gevolgen van het delict te herstellen, of de pleger al anderszins door het delict of de gevolgen ervan is getroffen, de draagkracht van de veroordeelde en hoe lang het geleden is dat het delict is gepleegd (duur procedure).

Het is wellicht mogelijk deze categorisering te benutten om tot een meer gecondenseerd afwegingskader te komen (zie verderop).

Uitgangspunt

Nu worden de strafverlichtende en -verzwarende factoren toegepast op een uitgangspunt. Zo staat er in de huidige richtlijnen € 200 op een ‘kale’ winkeldiefstal (4 cdq), € 300 op diefstal van een fiets (6 cdq), van een brommer 30 uren taakstraf (15 cdq), op diefstal uit een auto 90 uren (45 cdq) en op zakkenrollerij 120 uren (60 cdq). Waarom die verschillen bij uiteenlopende vormen van eenvoudige diefstal zo uitvallen weet ik niet, maar wel is duidelijk dat er op deze vormen in beginsel een straf wordt gesuggereerd die ver af ligt van het strafmaximum van vier jaren (1460 cdq). Ook als strafverzwarende factoren als recidive worden meegenomen blijft dat het geval. Indien wordt gekeken naar wat feitelijk wordt opgelegd, als dus rekening is gehouden met alle omstandigheden, blijkt de opgelegde straf

met zo'n 32 cdq maar op een paar procenten van het strafmaximum uit te komen.⁵ Dit indi- ceert dat het doorsneegeval van eenvoudige diefstal in aard, omstandigheden en kenmerken van de persoon van de dader betrekkelijk laag strafwaardig is.

Kenmerkend is dat doorgaans licht wordt gestraft en alleen soms zwaar.

Nu blijkt dit niet alleen voor eenvoudige diefstal op te gaan, maar ook voor allerlei andere delicten. Bij 48 delicten wordt er gemiddeld 13% van de maximaal mogelijke straf opgelegd. Het is dan denkbaar dat zulk een gemiddelde wordt genomen als een uitgangspunt voor de straftoemeting. Maar dat is niet logisch, omdat er rekening mee moet worden gehouden dat de opgelegde straffen zeer scheef zijn

verdeeld. Kenmerkend is dat doorgaans licht wordt gestraft en alleen soms zwaar – de strafmaxima zijn ook bedoeld voor het uitzonderlijke geval waarin er een opstapeling is van strafverzwarende factoren die niet worden gecompenseerd door strafverlichtende. Deze verdeling van straffen weerspiegelt de scheve verdeling van de ernst van de delicten: veel lichte delicten en maar weinig zware. Bij zo'n scheve verdeling wordt zowel de totale hoeveelheid als de gemiddeld opgelegde straf sterk beïnvloed door de meer zeldzame zware straffen. Waar de gemiddeld opgelegde straf uitkomt op circa 75 cdq, ligt de helft van de straffen lager dan 25 cdq. Beter is dan te kijken naar die middenstraf – de strafhoogte waar de helft van de straffen boven en de andere helft onder ligt ('de mediaan'). Dit is de straf bij 'doorsneegevallen'. Dan kan uit de Statline-gegevens van het CBS worden afgeleid dat de middenstraf bij 48 delicten gemiddeld 9% vormt van de maximale straf. Bij verkeersdelicten ligt dit relatief hoog op 17%,⁶ bij andere soorten delicten op 6%. Hoewel er dus wel degelijk nog verschil is in de mate waarin de maximaal toegestane strafruimte wordt benut, blijkt dat de rechter in doorsneegevallen vrijwel altijd vrij laag uitkomt. Grofweg zou als uitgangspunt kunnen dienen dat de straf in doorsneegevallen op een zestiende uitkomt van het wettelijk maximum (behalve bij verkeersdelicten, dan wordt het een zesde).

Doorwerking van factoren in de strafhoogte

In de bestaande systematiek werken sommige factoren met precisie door: waar openlijke geweldpleging tegen personen zonder letsel gepaard gaat met 150 uren taakstraf (75 cdq), is dat bij ontstaan van 'enig letsel' drie maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf (90 cdq). Dit kan worden opgehoogd met 33 tot 100% als sprake is van geweldpleging tegen een

5 Ontleend aan de opgelegde straffen zoals vermeld in CBS-Statline; genomen is het gemiddelde in de 20 jaren van 1994-2013, uitgaande van het klassenmidden van de vermelde klassen, en toepassing van de omzettingssregels om de straffen op één lijn te krijgen – alleen de onvoorwaardelijk opgelegde straffen zijn meegenomen.

6 Grote uitzondering is de bestraffing ter zake van 'verblijf ongewenste vreemdeling' waar dat op bijna 60% ligt – kennelijk omdat daar een andere dan een relatief forse vrijheidsstraf niet logisch zou zijn.

werknemer met een publieke taak. Vele andere factoren kennen echter alleen een kwalitatieve betekenis.

Mogelijk kan op een andere manier een evenwicht worden gevonden tussen kwalitatieve en kwantitatieve doorwerking van strafbeïnvloedende factoren. Dat zou kunnen door een aantal bandbreedtes te definiëren, of ‘schijven’, waartussen op- of neerwaarts kan worden bewogen naar gelang er meer reden is voor respectievelijk strafverhoging of strafverlaging. Die schijven verdelen dan de ruimte tussen de minimaal en maximaal mogelijke straf, verder aan te duiden als de ‘strafruimte’. Dat kan in gelijke delen, maar beter lijkt het dat logaritmisch te doen omdat we bij de beoordeling van kwesties neigen te denken in logaritmische schalen.^{7,8} Vergelijk hierbij ook de wijze waarop boetheogtes zijn vastgesteld in het Wetboek van strafrecht.⁹

De mediane strafhoogte ligt, zoals eerder aangegeven, op een zestiende van de maximale straf. Daarmee geldt als uitgangspunt voor de strafbepaling een straf aan de bovenkant van de eerste schijf. In het onderstaande schema staat hoe de schijfverdeling uitwerkt voor delicten met een uiteenlopend strafmaximum. De onder- en bovengrenzen zijn aangegeven en ook het midden van de schijf. En het ‘uitgangspunt’ wordt aangegeven, de straf die hoort bij een doorsneegeval (in niet-verkeerszaken).

3. Uitwerking van de beginselen

Met een indikking van de voor de strafhoogte relevante factoren, het formuleren van een uitgangspunt voor doorsneegevallen en het aangeven van strafschijsen zijn de ingrediënten gegeven voor een omvattende en eenduidige systematiek.

Verhoging en verlaging

Een doorsneegeval komt uit op het geformuleerde uitgangspunt dat aangeeft hoe hoog de onvoorwaardelijk op te leggen straf is (in celdag/maand/jaar-equivalenten). Als er evidente redenen zijn om hoger (of lager) uit te komen, kan een gemotiveerde sprong worden gemaakt naar een hogere (of lagere) schijf. Gekozen zou kunnen worden voor een systematiek waarbij, net als bij menige factor in de huidige werkwijze, met precisie kwantitatief

7 Dat is de wet van Weber-Fechner.

8 Als we dan de mogelijke strafruimte per delict logaritmisch opdelen in bijvoorbeeld vijf schijven, dan neemt de eerste schijf 9% van de strafruimte, de tweede 10%, de derde 15%, de vierde 21% en de vijfde 45%. Binnen ieder van die categorieën is dan een ‘middenpunt’ aan te wijzen, overeenkomend met 4% van de strafruimte, 14%, 26%, 43% en 72%.

9 In het algemeen is daarbij de opbouw van de eerste naar de zesde categorie logaritmisch: $\log(\text{boetheogte}) = 0,5945 * (\text{categorienummer}) + 2,13$, met een r^2 van 0,97.

		maximale strafbedreiging (basis)delict									
CWQ (weken)		0,25	0,5	1	2	4	6	9	12	16	30
CMQ (maanden)											
CJQ (jaren)											
ondergrens		0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
schijf 1		1	1	2	1	2	3	4	6	8	1
	UITGANGSPUNT >	1	2	3	1	3	4	6	9	1,0	1,8
bovengrens	ondergrens	1	2	1	2	4	6	9	1,0	1,4	3
	schijf 2	2	1	2	3	7	10	1,2	1,6	2	4
ondergrens	bovengrens	3	1	2	5	9	1,2	1,7	2,3	3,1	5,8
schijf 3		3	2	3	6	12	1,6	2,3	3,1	4,2	7,8
bovengrens	ondergrens	4	2	4	8	1,3	2,0	3,0	4,0	5,4	10,1
	schijf 4	6	3	5	10	1,7	2,6	3,9	5,2	6,9	13,0
ondergrens	bovengrens	7	3	7	1,1	2,2	3,3	5,0	6,6	8,8	16,6
schijf 5		2	4	9	1,4	2,9	4,3	6,5	8,7	11,5	21,6
bovengrens		3	6	12	2	4	6	9	12	16	30

wordt bepaald hoe factoren doorwerken in de op te leggen straf. Dat lijkt niet wenselijk – beter zou zijn om te komen tot een beperkt aantal gronden voor op- en afwaardering, zodat het denken en spreken over straffen transparanter wordt gemaakt, met alleen waar mogelijk indicaties over de invulling van de factoren.

Een opsomming van de gronden voor op- of afwaardering komt voort uit de inventarisatie van de in de oriëntatiepunten aangetroffen factoren en is geïnspireerd door de systematiek in het Finse Wetboek van strafrecht.¹⁰ Hiermee zouden twee bepalingen als volgt kunnen worden geïntroduceerd.

Bepaling strafverhoging

De navolgende factoren zijn gronden voor strafverhoging:

1. De grote ernst van het delict, in termen van inbreuk op individuele belangen betreffende de lichamelijke integriteit of vermogenspositie dan wel inbreuk op collectieve belangen

¹⁰ www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf. Zie m.n. Chapter 6, Section 5-8.

betreffende de democratische rechtsorde of de algemene veiligheid¹¹ – de ernst wordt mede bepaald door het gebruik van of dreigen met een wapen;

2. De stelselmatigheid van het plegen van het delict, de professionaliteit waarmee of het georganiseerde verband van waaruit dat gebeurt;
3. De kwetsbaarheid van de door het delict getroffen slachtoffers, de discriminatoire aard van het delict of de gerichtheid van het delict op werknemers met een publieke taak;
4. Het criminele verleden van de overtreder, indien het verband daarvan met de nieuwe overtreding, vanwege de overeenkomstigheid tussen de overtredingen of anderszins, toont dat de overtreder zich kennelijk niets aantrekt van de verboden en geboden van de wet.

Bepaling strafverlaging

De navolgende factoren zijn gronden voor strafverlaging:

1. De geringe ernst van het delict, in termen van de zeer beperkte inbreuk op individuele belangen betreffende de lichamelijke integriteit¹² of vermogenspositie dan wel zeer geringe inbreuk op collectieve belangen betreffende de democratische rechtsorde of de algemene veiligheid;
2. Het incidentele karakter van het delict, een betekenisvolle druk, dreiging, plotselinge verleiding of vergelijkbare invloed die het begaan van het delict beïnvloedde, of de actieve rol van het slachtoffer bij de totstandkoming van het delict;
3. De geringe rol van de veroordeelde bij het plegen van het delict;
4. De gebleken bereidheid om het plegen te staken, om het delict te helpen ophelderen, of om de gevolgen van het delict te herstellen;
5. De mate waarin veroordeelde ook anderszins door het delict of de gevolgen daarvan is getroffen, de beperkte lichamelijke en financiële draagkracht van de veroordeelde om de straf te kunnen ondergaan, of de lange duur sinds het begaan van de overtreding als dat zou leiden tot een onredelijke of buitengewone schadelijke uitkomst.

Minderjarigen, aard straf

Binnen de aangeduide algemene systematiek kan aanvullend worden bepaald dat de straf voor minderjarigen x% lager ligt dan voor meerderjarigen, met inachtneming van het geldende maximum van de op te leggen vrijheidsstraf aan jongeren. Dat kan bijvoorbeeld 50% zijn (of 33% voor 12-14-jarigen).

11 Indicatief: tenminste zwaar lichamelijk letsel, minimaal € 10.000 aan gestolen of vernielde goederen, kilo's hard-drugs, tientallen softdrugs, minimaal tientallen vuurwapenpatronen, bloedalcoholgehalte > 2,00 ...

12 Indicatief: geen letsel dat medische zorg rechtvaardigt, minder dan € 100 gestolen of vernield, grammen hard-drugs of onsjes softdrugs, enkele vuurwapenpatronen, bloedalcoholgehalte < 1,30 ...

Voorts zou een omzettingsregel kunnen zijn dat straffen tot vier maanden (120 cdq) bij voorkeur in de vorm van een taakstraf worden opgelegd, en meer algemeen vervolgens, dat een geldboete de voorkeur heeft boven een gevangenisstraf.

Straffen hebben
ook een
toekomstgericht
karakter.

'Just deserts' en recidivebeperking

De beschreven systematiek is gericht naar het verleden: er wordt een straf opgelegd die proportioneel is met de ernst van het delict en het verwijt dat de dader kan worden gemaakt. Straffen hebben daarnaast een toekomstgericht karakter, waarbij het gaat om het verminderen van de kans op herhaling. Dat kan worden vormgegeven door te bepa-

len dat een deel van de volgens de systematiek bepaalde straf voorwaardelijk wordt opgelegd uit het oogpunt van recidivebeperking, met het daarbij opleggen van algemene en bijzondere voorwaarden. Eventueel kan bij het deels voorwaardelijk opleggen uitgegaan worden van een hogere straf dan de systematiek aanvankelijk aangeeft.

4. Conclusie

Het lijkt mogelijk om een veelomvattend en meer systematisch bouwwerk te maken voor de straftoemeting, gebaseerd op enkele ontwerpbeginselen. Cruciaal daarbij is het formuleren van een vast uitgangspunt voor doorsneegevallen en het aanduiden van een aantal algemene factoren die leiden tot een gemotiveerde verhoging of verlaging van de straf, plus een aangeven van schijven waarnaartoe kan worden verhoogd of verlaagd. Met zo'n systematiek wordt vermeden dat overmatig gekwantificeerd wordt, maar wordt wel nadrukkelijk richting gegeven aan het denken over de geëigende straf in het concrete geval. Ik hoop hiermee een nuttige bijdrage te leveren aan de discussie over de eenheid van straftoemeting.

Drs. A.C. Berghuis was voorheen raadviseur bij het ministerie van Justitie.

Op zoek naar de grondslagen van de oriëntatiepunten voor de straftoemeting bij fraude

Rijnhard Haentjens

1. Inleiding

In verschillende afleveringen van het *Straftoemetingsbulletin* is aandacht besteed aan straftoemeting met behulp van oriëntatiepunten bij fraudedelicten¹. De oriëntatiepunten voor fraudedelicten zijn al weer bijna negen jaar oud. Tijd voor een evaluatie. In dit artikel staat de vraag centraal of deze oriëntatiepunten bij straftoemeting ter zake van fraudedelicten in het rijtje oriëntatiepunten passen die de LOVS in de loop der tijd heeft geaccordeerd voor veel voorkomende delicten. Mijn conclusie zal zijn dat oriëntatiepunten voor fraudedelicten niet noodzakelijkerwijs gewenst zijn en voor zover geoordeeld zou worden dat die noodzaak wel bestaat, de inrichting daarvan zou moeten worden bijgesteld, nu deze thans nogal willekeurig overkomt. Dit leidt tot de volgende paragrafen. Het ontstaan van de oriëntatiepunten voor fraude en de conclusie die daaruit is te trekken wordt besproken in paragraaf 2. In paragraaf 3 komen de uitgangspunten van de oriëntatiepunten voor straftoemeting bij fraudedelicten aan de orde. In deze paragraaf besteed ik aandacht aan de definitiekwestie (wat valt onder fraude en welke wetgeving betreft het?), de rechtvaardiging ervan (wordt de (rechts)eenheid bevorderd door een zekere voorzienbaarheid van de straf?) en de consistentie van de oriëntatiepunten (zijn het veelvoorkomende delicten en bestaat er consistentie?) In paragraaf 4 behandel ik de problematiek van de oriëntatiepunten in het algemeen en die bij de fraudedelicten in het bijzonder: de ongewisse factoren bij de straftoemeting bij fraudedelicten (betreft het natuurlijke of rechtspersonen, gaat het om banken en institutionele beleggers of gaat het om AOW-fraude of huurfraude?) Hoe staat het met de buitengerechte afdoening door het OM in tegenstelling tot de afdoening door de strafrechter? Wat is

1 P. Greve en T.M. Buma, 'Straftoemeting bij fraudedelicten', *Trema Straftoemetingsbulletin* 2010/1, april 2010, p. 6-11; S.E.C. Debets, 'Oriëntatiepunten voor straftoemeting in fraudezaken', *Trema Straftoemetingsbulletin* 2012/1, april 2012, p. 23-27; J.D. den Hartog, 'Oriëntatiepunten voor fraudezaken leiden niet tot meer gelijkheid. Wel tot onevenwichtigheid', *Trema Straftoemetingsbulletin* 2012/2, p. 40-47.

de betekenis van de bestuursstrafrechtelijke invloed en de opwaartse druk door maatschappelijke ontwikkelingen? In mijn afsluitende paragraaf 5 trek ik de conclusie dat het de vraag is of het nadeel, door de schending van vertrouwen veroorzaakt, als uitgangspunt moet worden genomen bij de vaststelling van de straf. De rechtvaardiging van de sanctie, waarvan oriëntatiepunten een onderdeel uitmaken, wordt op deze wijze beschouwd in het afwegingsproces van de drie rechtsstatelijke beginselen: rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en rechtvaardigheid.²

2. Het ontstaan van de oriëntatiepunten voor straftoemeting bij fraudedelicten

P. Greve en T.M. Buma (hierna: Greve & Buma) en S.E.C. Debets hebben in respectievelijk 2010 en 2012 een voorstel gedaan voor de wijze waarop oriëntatiepunten bij fraudedelicten zouden kunnen worden geconstrueerd. Greve & Buma startten bij de “kenmerken van de homo economicus”, “die slechts in één ding is geïnteresseerd: zijn individuele behoeftebevrediging”. De straf geeft de mogelijkheid diens gedrag te beïnvloeden. Zij komen “met een richtsnoer dat als oriëntatie kan dienen bij straftoemeting bij *verticale* fraude” (p. 6). Dit richtsnoer is gebaseerd op een ‘boeteformule’ die het ‘boetetekort’, zoals dat blijkt uit de parlementaire stukken, conceptueel weergeeft.³ De auteurs merken op “[O]m bestraffend te zijn en een generaal-preventieve werking te hebben, zou de op te leggen boete boven het minimale boetebedrag volgens de boeteformule moeten liggen.”⁴ Debets bespreekt de oriëntatiepunten voor fraudedelicten aan de hand van het ontstaan ervan. Daaraan lag ten grondslag de vaststelling dat daders van bijstand- en AOW-fraude strenger werden gestraft dan ‘witteboordendaders’, zoals degenen die allerlei vormen van belastingfraude begingen. Uitgangspunt voor de oriëntatiepunten was de straf die de – toen nog vijf – gerechtshoven⁵ bij de afdoening van fraudezaken hanteerden: de bekende ‘interne lijstjes’.⁶ De hoven Arnhem en Den Bosch hadden de beschikking over op schrift gestelde lijstjes. Het hof Amster-

2 Voor de rechtsbeginselen die ‘er toe doen’ kan onder meer worden gewezen op uitgebreide literatuur over de rechtsstatelijke beginselen van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en rechtvaardigheid. Zie ook de brief van de minister en staatssecretaris van Veiligheid en Justitie bij de begroting van Veiligheid en Justitie voor het jaar 2013, *Kamerstuk I*, 33400, VI, G, die op zijn beurt verwees naar de motie Engels van de Eerste Kamer (2012/13, 33400, T).

3 Greve & Buma, a.w., p. 8. In deze boeteformule wordt conceptueel de verhouding weergegeven – blijkende uit parlementaire stukken met betrekking tot de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (k. 31.458) – tussen genoten (economisch) voordeel, pakkans en boete.

4 Greve & Buma, a.w., p. 8.

5 De hoven Den Haag en Leeuwarden gaven er de voorkeur aan – hoewel vanzelfsprekend door de andere hoven op de hoogte gesteld – de resultaten van het beraad van de drie gerechtshoven (Arnhem, Den Bosch en Amsterdam) eerst af te wachten.

6 Dat waren de drie ‘fraudekamers’ van deze hoven.

dam bezat een dergelijk lijstje niet, maar dat hof heeft toen een inventarisatie gemaakt van de afdoening van fraudezaken in de periode 1 januari 2007 tot 1 september 2010. Analyse van die verzameling uitspraken liet zien dat een onderscheid kon worden gemaakt tussen verschillende soorten fraude-afdoening. Het onderscheid in het type fraudedelict maakte ook de wijze van afdoening anders (p. 25). Zo bleek dat ter zake van witwassen bij zaken voor het Amsterdamse hof net als bij alle fraudezaken (zonder onderscheid) voor de hoven Arnhem en Den Bosch het benadelingsbedrag uitgangspunt voor straftoemeting was. Bij andere delicten die het hof Amsterdam te behandelen kreeg, lag de nadruk bij de straftoemeting op de duur van de strafprocedure en de vraag of sprake was van een natuurlijke persoon of van een rechtspersoon. Voorts viel op dat daar waar de hoven Arnhem, Den Bosch en Amsterdam (bij witwaszaken) het benadelingsbedrag als uitgangspunt namen, de straftoemeting van het hof Amsterdam niet aansloot bij de wijze waarop de andere hoven in dergelijke gevallen de straf toematen. Tenslotte kon worden vastgesteld dat de interne lijstjes van de hoven Arnhem en Den Bosch ter zake van fraudedelicten van elkaar afweken (p. 25). Door van de verschillende wijzen van strafbepaling de grootste algemene deler te nemen ontstond het eerste ruwe concept. De volgende stap was het hierbij betrekken van de toen geldende OM-richtlijn ter zake van socialeverzekeringsfraude. Uiteindelijk resulteerden de beraadslagingen van de drie fraudekamers van de drie hoven in oriëntatiepunten fraude. Vervolgens heeft ook een vertegenwoordiger van het gerechtshof Leeuwarden de oriëntatiepunten goedgekeurd, waarna ook het hof Den Haag akkoord ging. Ter afsluiting van dit proces heeft de LOVS⁷ de oriëntatiepunten overgenomen en kunnen zij thans door iedereen die daarin is geïnteresseerd digitaal worden geraadpleegd.⁸

3. Definitiekwesties en uitgangspunten oriëntatiepunten bij fraudedelicten

3.1. Zoals in de vorige paragraaf naar voren kwam, hadden sommige gerechtshoven geen geschreven ‘interne lijstjes’ en als die er wel waren sloten de lijstjes van de onderscheiden hoven ter zake van dezelfde fraudedelicten niet op elkaar aan. Bij die stand van zaken hebben de direct betrokken fraudekamers besloten “algemene uitgangspunten te formuleren, opdat deze in de verschillende typen fraudezaken toepasbaar zouden zijn”.⁹

3.2. Daaraan vooraf behoort de vraag te worden gesteld wat onder ‘fraude’ moet worden verstaan. Dat is een juridisch lastig te beantwoorden vraag. Hierin onderscheiden de oriën-

7 Het toenmalige landelijk overleg van voorzitters van de strafsectoren van de gerechtshoven en rechtbanken (later bekend onder hetzelfde acroniem als het Landelijke Overleg Vakinhoud Strafrecht). Hier geraadpleegd: versie maart 2018.

8 Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken: <https://www.rechtspraak.nl/LOVS-oriëntatiepunten>, februari 2018, p. 21.

9 Debets, a.w., p. 25.

De lijstjes van de onderscheiden hoven ter zake van dezelfde fraudedelicten sloten niet op elkaar aan.

tatiepunten bij fraudedelicten zich reeds aanstonds van de andere oriëntatiepunten. Deze laatste refereren aan een benaming in het Wetboek van Strafrecht, de Opiumwet, de Wegenverkeerswet 1994, de AWR, etc. Daarentegen komt de term ‘fraude’ als zodanig slechts éénmaal voor in het Wetboek van Strafrecht.¹⁰ Er zijn verschillende oplossingen voor dit definitieprobleem gevonden. Zo vindt men bij Greve & Buma slechts een verwijzing naar de harde kern door uit te gaan van de frauderende mens, de “homo economicus”, die “slechts gericht is op zijn eigen individuele (financiële) behoeftebevrediging. Zijn streven is gericht op

het maximaliseren van de hoeveelheid geld als middel daartoe”.¹¹ Het lijkt Greve & Buma te gaan om de ‘bijzondere karakteristieken van de fraudeur’. Zij komen vervolgens tot de vraag hoe het strafrecht de fraudeur dient te straffen. Daarmee is de basale vraag, wat dient onder ‘fraude’ te worden verstaan, niet opgelost. Debets omschrijft ‘fraude’ als “al die handelingen waarbij door het geven van een onjuiste voorstelling van zaken een onrechtmatig voordeel wordt verkregen”.¹² Deze ruime omschrijving van een verschijnsel zal op de een of andere wijze in juridische termen ‘gevat’ moeten worden. Het is een omnibus-term geworden die voor verschillende, tijdgeest-gebonden, uitleg vatbaar is. In het mooie proefschrift van Brants en Brants laten deze auteurs goed zien hoe de dynamiek en de wijziging van de beeldvorming in de samenleving kan inwerken op de betekenis van een begrip als fraude.¹³ De door deze auteurs gekozen rechtssociologische onderzoeksmethodiek maakt aannemelijk hoe krachten en belangen inwerken op de omlijning van een begrip als fraude, maar daarmee zijn zij er nog niet wat betreft een min of meer strikte – noodzakelijke – afbakening van het begrip als handvat voor een strafbaarstelling, wat het bepaaldheidsgebod wel eist.^{14,15} De vraag is, mogen op inhoudelijk vage definitiepunten voor

10 Zie art. 273f lid 1 aanhef en onder 1, waarin ‘fraude’ als middel van dwang tot mensenhandel wordt aangeduid. De term wordt juridisch niet gedefinieerd, is ontleend aan internationale verdragen (Van der Meij, aant. 9a *T&C Strafrecht*, elfde druk). Het lijkt aan te sluiten bij een in het algemeen spraakgebruik geduid verschijnsel (niet voor niets behoort art. 273f van het Wetboek van Strafrecht tot de lastigst te bewijzen delicten).

11 Greve & Buma, a.w., p. 7: de ‘calculerende burger’ (p. 10).

12 Debets, a.w., p. 23. Zij ontleent deze omschrijving aan N. Tromp, et al, *Preventieve maatregelen horizontale fraude*, Groningen, 2010, p. 11.

13 C.H. Langeraar-Brants en K.L.K. Brants, *De sociale constructie van fraude*, Gouda Quint, 1991 (diss. UvA Amsterdam), hoofdstuk 2.

14 Zie de overwegingen van de Hoge Raad in HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954 (*Krusla*).

15 Het is een mooi voorbeeld van een confrontatie tussen enerzijds juridische begrippen en anderzijds sociaal-wetenschappelijke, in casu sociologische, begrippen, zoals die problematische verhouding ook is te onderkennen bij forensische psychiatrie en de juridische benadering van toerekenbaarheid.

straftoemeting worden gegrond? Mevis en Sackers sloten aan bij de definitie die in het ISMO-rapport¹⁶ was gehanteerd. Zij definieerden fraude aldus: “het op bedrieglijke wijze, door verdraaiing of verdoezeling van gegevens een zeker misbruik maken van het vertrouwen dat voor het functioneren van de maatschappij minimaal noodzakelijk is”.¹⁷ Van Dale tenslotte definieert fraude als “valsheid, bedrog” en bedrog als “op arglistige wijze opwekken van onjuiste voorstellingen bij een ander”.¹⁸ Het gaat, zo kan worden vastgesteld, in de kern om ‘jokkebrokken’, bedriegen. Dit slagveld aan definities overziend lijkt mij de kern van de gedraging die als fraude wordt aangemerkt gelegen te zijn in het schenden van het vertrouwen dat bij een ander is opgewekt in het maatschappelijke (handels)verkeer door jokkebrokken, door bedriegen, waardoor degene die het vertrouwen heeft geschonden ten onrechte voordeel heeft behaald.¹⁹

3.3. In de literatuur is vaak een onderscheid gemaakt tussen ‘horizontale’ fraude, schending van vertrouwen tussen burgers onderling en ‘verticale’ fraude, schending van vertrouwen door de burger jegens de overheid. Dit onderscheid – tussen verticale en horizontale fraude – kan van belang zijn voor de wijze waarop handhavingsmechanismen kunnen worden gebruikt om schending van het vertrouwen te sanctioneren, hetzij in reparerende, herstellende zin hetzij in straffende zin. Betreft de gedraging bijvoorbeeld ‘horizontale fraude’ dan ligt het meer voor de hand privaatrechtelijke sanctiemogelijkheden in te roepen, zoals voor onrechtmatige daad en wanprestatie, maar ook arbeidsrechtelijke gevolgen kunnen daaronder worden geschaard.²⁰ Gaat het daarentegen om ‘verticale fraude’, dan zal een reactie van

De kern van de gedraging die als fraude wordt aangemerkt lijkt mij gelegen te zijn in het schenden van het vertrouwen dat bij een ander is opgewekt in het maatschappelijke (handels)verkeer door jokkebrokken, door bedriegen, waardoor degene die het vertrouwen heeft geschonden ten onrechte voordeel heeft behaald.

16 Rapport van de Interdepartementale Stuurgroep Misbruik en Oneigenlijk gebruik (k. 1984-1985, 17 050).

17 *Fraudedelicten*, onder redactie van H.J.B. Sackers en P.A.M. Mevis, Studiepocket, nr. 21, 2000, p. 2.

18 Van Dale's Groot Woordenboek der Nederlandse taal, ed. 1992 (12^e uitgave).

19 Hoewel ik in eerste instantie niet voelde voor de toevoeging ‘van het behalen van het voordeel’, ben ik daar later op teruggekomen, omdat zonder deze toevoeging het sanctioneren van het schenden van vertrouwen een morele aangelegenheid blijft. Het verstoren van het evenwicht of gelijkheid in het handelsverkeer wordt op die wijze meer een morele kwestie, die niet in het strafrecht past.

20 Zoals ontslag, schorsing, overplaatsing, schadevergoeding en bijv. ‘class actions’.

de overheid kunnen volgen. Dat kan het strafrecht zijn of bestuurs(straf)recht, daaronder begrepen de sanctionering door toezichthoudende instanties. De opkomst van toezichthoudende instanties zoals bijvoorbeeld de AFM, DNB, ACM, STB,²¹ etc. maken dat duidelijk. Deze toezichthouders ontleen hun sanctionerende bevoegdheden aan bijzondere wetgeving voortvloeiend uit het (sociaal-)economisch en financieel beleid van de ordenende overheid. Dit is veelal neergelegd in bijzondere wetgeving. Een tussenvorm van sanctionering is nog denkbaar daar waar het het tuchtrecht betreft: de tuchtrechtelijke reactie, die veelal voorkomt in (beroeps)groepen waar een instantie met quasi rechterlijke bevoegdheden sancties kan opleggen²².

3.4. Uit het voorgaande is af te leiden dat schending van vertrouwen in het (handels)verkeer kan leiden tot het invoeren van één van de hiervoor genoemde sanctiemechanismen. Het valt op dat de schending van vertrouwen op zeer veel gebieden in het maatschappelijk verkeer strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd. Met andere woorden, er kunnen zeer veel verschijnselen die als fraude worden beschouwd strafrechtelijk worden gesanctioneerd. Het lemma 'Fraude' bij Wikipedia²³ onderscheidt – voor wat het waard is – de volgende vormen en soorten van fraude: adresfraude, belastingfraude, bouwfraude, btw-fraude, diploma-fraude, examenfraude, hypotheekfraude, identiteitsfraude, jaarrekeningfraude, internet-fraude, kredietfraude, ponzifraude, piramidespel, subsidiefraude, uitkeringsfraude, voedsel-fraude, witwassen, wetenschapsfraude etc. Daarnaast zijn nog andere vormen van fraude te onderkennen, bijvoorbeeld bedrijfsfraude of beleggingsfraude.²⁴ Kortom een zeer groot aantal maatschappelijk uiteenlopende verschijnselen wordt spraakgebruikelijk – zonder nadere juridische begrenzing – 'fraude' genoemd, waarbij het onderscheid tussen verticale en horizontale fraude er weinig toe doet. Opmerking verdient dat de norm – 'gij zult het vertrouwen niet schenden' – ten grondslag ligt aan verschillende strafrechtelijke delictomschrijvingen. De belangrijkste daarvan zijn valsheid in geschrift en oplichting. Bij de sanctionering dient vanzelfsprekend rekening te worden gehouden met de bijzonderheden van het geval. Dat brengt met zich dat geen 'fraudegeval' precies 'hetzelfde' kan zijn, reeds omdat 'de werkelijkheid' zich telkenmale in andere gedaante voordoet.

21 Stichting Toezicht Banken, als uitvloeisel van het bepaalde in art. 3:17c Wft.

22 Zie daarvoor uitgebreid het nog steeds handzame boek van H. de Doelder, *Terrein en beginselen van tuchtrecht*, H.D. Tjeenk Willink, 1981.

23 Laatst bewerkt op 23 juni 2018.

24 Recentelijk is ook de term 'ceo-fraude' in zwang gekomen, inhoudende het verschijnsel dat daders, zich voordoe als een ceo of een persoon van vergelijkbare positie een ondergeschikte opdraagt – zonder grondslag – geld over te maken op rekeningen die onder beheer van de daders staan die ten onrechte dit verzoek of deze opdracht doen.

3.5. De fraudekamers van de gerechtshoven hebben in 2011 vastgesteld dat de verschillen in straffoemeting door de gerechtshoven zodanig groot waren, dat de noodzaak bestond ‘orde op zaken’ te stellen. Deze noodzaak werd gevonden in de omstandigheid dat, op grond van de idee van rechtsgelijkheid, in dezelfde gevallen zoveel mogelijk dezelfde straffen opgelegd dienen te worden en daarvan af te wijken in die gevallen waar de gelijkheid afwezig is. Daarnaast “leek het aangewezen,” volgens de fraudekamers van de gerechtshoven, “algemene uitgangspunten te formuleren, opdat deze in verschillende typen fraudezaken toepasbaar [zouden] zijn”.²⁵ Als uitgangspunt werd gekozen de omstandigheid dat in fraudezaken veelal sprake is van een door de betrokkene behaald financieel gewin en de bepaling van de hoogte van dat bedrag los staat van de persoonlijke omstandigheden van de dader.²⁶ Dat werd het eerste aanknopingspunt voor de strafmaat.²⁷ Van dit uitgangspunt wijkt de opvatting van Greve & Buma niet fundamenteel af, nu zij als uitgangspunt namen de calculerende burger, de ‘homo economicus’, die op eigen voordeel uit is.²⁸ Vervolgens kwamen zij aan de hand van de formule die het ‘boetetekort’ berekent tot hun ‘lijstje’.²⁹ De door de genoemde auteurs voorgestane uitgangspunten beogen consistente, de rechtseenheid bevorderende, straffoemeting in fraudezaken. Debets wijst er nog op dat de fraudekamers zich realiseren dat vooral de strafverzwarende en strafmatigende omstandigheden bij het bepalen van de straf een rol kunnen spelen, maar op welke wijze bleef in de lucht hangen. Het objectieve uitgangspunt (het oriëntatiepunt) en de subjectieve persoonlijke omstandigheden zorgen voor een ‘passende en geboden straf’ in fraudezaken, waarbij het aankomt op de argumentatie door de rechter in zijn strafmotivering.³⁰ Dat laatste is juist, maar op grond van de inhoud van wat onder ‘fraude’ moet worden verstaan is consistentie niet zo evident. Zijn de fraude-oriëntatiepunten wel zo consistent en is het uitgangspunt wel het juiste uitgangspunt voor straffoemeting? Reeds Den Hartog wees er op dat er “nog weinig consensus is over de vraag welke factoren relevant zijn voor de straffoemeting en welke niet. Over de factoren waarover wel consensus lijkt te bestaan, ontbreekt vervolgens overeenstemming.” Zij merkt op dat er wel erg veel ruimte voor de rechter is ingebouwd waardoor de vraag naar gelijkheid eerder leidt tot onevenwichtigheid en inconsistentie.³¹

25 Debets, a.w., p. 25.

26 Deze loskoppeling ligt, zacht gezegd, niet voor de hand, gelet op de eisen die art. 359 van het Wetboek van Strafvordering aan de strafoplegging stelt.

27 Debets, a.w., p. 25.

28 Greve & Buma, a.w., p. 7, 10.

29 Greve & Buma, a.w., p. 10.

30 Debets, a.w., p. 26.

31 J.D. den Hartog, ‘Oriëntatiepunten voor straffoemeting in fraudezaken leiden niet tot meer gelijkheid, wel tot onevenwichtigheid’, *Straffoemetingsbulletin* 2012/2, p. 40-47.

4. Overwegingen bij de gekozen methodiek van de oriëntatiepunten bij fraudedelicten

4.1. Wat opvalt is het uitgangspunt dat is gebruikt, te weten de onzekere, vage, multi-interpretabele inhoud van het begrip ‘fraude’. Brants en Brants hebben op de dynamiek van het begrip ‘fraude’ gewezen in hun dissertatie. Fraude is geen statisch begrip dat voor alle omstandigheden die op moment A van toepassing zijn ook op moment B gelden. Het begrip fraude is aan voortdurende inhoudswijziging onderhevig. De auteurs komen tot deze conclusie op basis van hun theoretisch model, dat zij “de sociale constructie van fraude” noemen. De inhoud van het begrip verandert al naar gelang de sociale structuren zich wijzigen onder invloed van de politiek, rechtspraak, wetenschappelijk onderzoek en media.³² Deze notie brengt met zich dat eenmaal vastgestelde oriëntatiepunten – zolang deze worden gehanteerd – voortdurend dienen te worden bijgesteld, willen zij niet in het tegendeel van rechtvaardige rechtseenheid verkeren.

4.2. In de tweede plaats kunnen, door het gebruik van het niet vastomlijnde begrip ‘fraude’, gedragingen die eerst als overtreding van ‘soft law’ zouden kunnen worden beschouwd, allengs onder een strafwet komen te vallen,³³ zonder dat de oriëntatiepunten daarop zijn toegespitst. Dit is bijvoorbeeld het geval met de even spraakgebruikelijke term ‘corruptie’. Het omgekeerde komt natuurlijk ook voor: gedragingen die in de tijd van de vaststelling van oriëntatiepunten als fraude werden beschouwd, maar dit odium in de loop van de tijd verliezen.³⁴ Deze dynamiek brengt met zich dat de vraag zich voordoet of de fraude-oriëntatiepunten wel voldoen. In tegenstelling tot alle andere oriëntatiepunten die de LOVS heeft vastgesteld in de afgelopen jaren, zijn de oriëntatiepunten bij fraude niet gekoppeld aan een overtreding van een duidelijk omschreven artikel uit het Wetboek van Strafrecht of andere bijzonder wetgeving.³⁵ Nu fraude zo’n heterogeen begrip is kan van consistentie nauwelijks sprake zijn. Is het overtreden van de witwasbepalingen even zwaar of even licht te sanctioneren als het overtreden van art. 326 van het Wetboek van Strafrecht (oplichting) of bijvoorbeeld art. 225 van het Wetboek van Strafrecht (valsheid in geschrift) of bij beleggingsfraude (overtreding van de Wft), of misbruik van voorwetenschap (art. 1 aanhef en onder 1 WED juncto art. 6 WED)? Is in deze gevallen het uitgangspunt ‘het voordeel van de verdachte’, telkens ‘hetzelfde voordeel’ zoals bedoeld als uitgangspunt? Ik zou deze vraag niet zonder meer bevestigend kunnen beantwoorden. De bijzonderheden van het geval overwe-

32 C.H. Brants en K.L.K. Brants, *De sociale constructie van fraude*, Gouda Quint, 1991, p. 71-97.

33 Zie hierover nader R.C.P. Haentjens, *De wederrechtelijkheid in het financieel economisch strafrecht*, AUP, Amsterdam, 2016.

34 Bij oriëntatiepunten, zoals bijv. diefstal, is de maatschappelijke dynamiek evenzeer aanwezig (zie bijv. het elektriciteitsarrest), maar de kern van de delictsomschrijving ‘wederrechtelijk wegnemen’ blijft overeind.

35 Slechts met de toelichting op de oriëntatiepunten kan deze koppeling worden opgemaakt.

gen in fraudezaken zozeer dat de oriëntatiepunten met als uitgangspunt ‘het nadeel’ achter de horizon van de ‘*circumstantial evidence*’ verdwijnen, dat wil zeggen achter de subjectieve en – hoe vreemd dat ook moge klinken bij een naar algemeen wordt gedacht ‘rationeel’ begaan delict – persoonlijke omstandigheden. Van consistentie kan bij deze stand van zaken nauwelijks meer worden gesproken.

4.3. De tegenwerping die zou kunnen worden gemaakt, is dat bij fraudezaken vooral generaal-preventieve en punitieve factoren als uitgangspunt voor bestraffing zouden behoren te gelden.³⁶ Hierbij moet worden bedacht dat voornamelijk uit sociaal-wetenschappelijk onderzoek niet zonder meer de conclusie kan worden getrokken dat generaal preventie een probaat strafdoel in economische strafzaken is gebleken te zijn.³⁷ Waar eerder naar moet worden gestreefd is een hoge pakkans en snelle afdoening, waarbij de straffen proportioneel en subsidiair moeten zijn.

4.4. Ten slotte nog een opmerking over de inmiddels beruchte kwestie of oriëntatiepunten nu normatief moeten worden opgevat of als empirisch gefundeerd. Deze discussie, die voor het grootste gedeelte tegenwoordig via ‘*blogs*’ als ‘*ivoren toga*’ wordt gevoerd, is gezien vanuit het gezichtspunt van de rechtspraak niet zo erg interessant, nu de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de oriëntatiepunten geen recht zijn in de zin van de Wet op de RO.³⁸ De Commissie rechtseenheid van het LOVS heeft bij monde van haar voorzitter uitgebreid uiteengezet hoe de oriëntatiepun-

De bijzonderheden van het geval overwegen in fraudezaken zozeer dat de oriëntatiepunten met als uitgangspunt ‘het nadeel’ achter de horizon van de ‘*circumstantial evidence*’ verdwijnen, dat wil zeggen achter de subjectieve en – hoe vreemd dat ook moge klinken bij een naar algemeen wordt gedacht ‘rationeel’ begaan delict – persoonlijke omstandigheden.

36 Zie Greve & Buma, a.w., p. 10.

37 Zie bijv. C.G van Wingerde, *De afschrikking voorbij: een empirische studie naar afschrikking, generaal preventie en regelnaleving in de Nederlandse afvalbranche*, Wolf Publishers (diss.) 2012; zie daarvoor in het bijzonder p. 22-69 en p. 311 e.v en de door de auteur geraadpleegde literatuur (tot 2012). Niet aan te nemen is dat haar bevindingen bij financieel-economische delicten anders zouden zijn. Zie vooral F.E. Zimring and G.J. Hawkins, *Deterrence*, Chicago Press, 1973, p. 245-249; A. von Hirsch, A.E. Bottoms and others, *Criminal Deterrence and sentence severity, an analysis of recent research*, University of Cambridge, 1999; R.C.P. Haentjens, ‘De betekenis van de generaal preventie voor het (sociaal) economisch recht’, *Nederlands Tijdschrift voor Criminologie*, 1974, p. 172-183.

38 Zie bijv. ECLI:NL:HR2014:1236, r.o. 2.5, met een verwijzing naar ECLI:NL:HR:2011:BP2745.

ten tot stand komen en vastgesteld worden.³⁹ Op dit moment is dat het einde van het liedje. Opgemerkt kan worden dat zij ter zake van veel voorkomende delicten een functie als uitgangspunt voor discussie in raadkamer hebben. Zij “geven de straf weer die rechters voor het modale feit (de meest voorkomende verschijningsvorm van het strafbare feit) plegen op leggen.⁴⁰ Zij zijn retrospectief bedoeld en beogen (...) een weergave te zijn van de straffoemetingspraktijk.”⁴¹ Als in de oriëntatiepunten fraudedelicten worden gezien, kan worden opgemerkt dat deze een gemengd karakter hebben. Enerzijds is door de gerechtshoven voor de vaststelling ervan gebruik gemaakt van de ‘geschreven lijstjes’ van de gerechtshoven Arnhem en Den Bosch, waarvan kan worden gezegd dat deze een zekere normatieve waarde krijgen (“omdat wij nu eenmaal altijd zo straffen”), anderzijds is de uitkomst van die lijstjes gelegd naast het empirische onderzoek van het gerechtshof Amsterdam. Het resultaat was toen een ‘mixtum compositum’.^{42,43} Dit kan de hiervoor gememoreerde stelling van Den Hartog onderbouwen dat de “vaststellers/ontwerpers van de oriëntatiepunten zijn geconfronteerd met grote verschillen in straffoemeting”.⁴⁴

4.5. Kortom er is tenminste een aantal redenen om ernstig te overwegen minder nadruk te leggen op de oriëntatiepunten bij de bestrafing van fraudedelicten:

- i. het voor alle oriëntatiepunten geldende bezwaar dat deze de neiging hebben te verstarren en de dynamiek van de samenleving te ontlopen;
- ii. in tegenstelling tot de andere oriëntatiepunten is ‘fraude’ geen juridisch vastomlijnd begrip, dat in een wettelijke vorm is vastgelegd. De gedraging die als zodanig wordt aangemerkt heeft een zeer ‘open’ karakter;
- iii. de Charibdis van de strikte grenzen, zoals betoogd door Greve & Buma, bevredigt evenmin door de sterk mathematische berekening van het ‘boetetekort’. Dat uitgangspunt van het nadeel voor de overheid of de burger en als spiegelbeeld dat van het voordeel

39 H. Abbink, ‘Oriëntatiepunten, een verkenning’, *Straffoemetingsbulletin* 2010/1, p. 2-6.

40 Verantwoording bij de oriëntatiepunten.

41 P. Lemaire, ‘De oriëntatiepunten in de werkelijkheid’, in: <http://ivorentoga.nl/archieven/4475>, p. 1-2 (geplaatst 27 februari 2018). In een eerdere blog (allemaal in de ivoren toga) had Lemaire opgemerkt in zijn discussie met Robroek (ook in de ‘ivoren toga’), dat oriëntatiepunten die de rechter hanteert descriptief zijn en niet prescriptief. Zoals Lemaire opmerkt zijn zij geen rechtspolitek instrument zoals de strafvorderingsrichtlijnen van het OM dat wel zijn (‘De macht over de oriëntatiepunten in het strafproces’, <http://ivorentoga.nl/archieven/4265>, 14 maart 2017).

42 Lemaire, in de hiervoor genoemde blog (p. 3), heeft het empirisch onderzoek van het hof Amsterdam even over het hoofd het gezien.

43 Over de methodiek van totstandkoming van oriëntatiepunten voor veel voorkomende delicten heeft Abbink zich uitgebreid uitgelaten, zie H. Abbink, ‘Oriëntatiepunten straffoemeting, een verkenning’, *Straffoemetingsbulletin* 2010/1, april 2010, p. 2-6.

44 J.D. den Hartog, a.w., p. 45.

voor de dader als ‘homo economicus’ lijkt een stevige basis, maar is wankel, nu het maar de vraag is of de dader in het algemeen, en in het economisch leven opererend in het bijzonder, zich als calculerende burger opstelt. Het tegendeel is veelal waar.^{45,46} Moet de overheid dan irrationeel gedrag bestraffen? Dat is onrecht. Is het dan nog verantwoord het nadeel dan wel het voordeel voor de andere partij als grondslag te nemen voor bestraffing?

- iv. In tegenstelling tot de andere oriëntatiepunten hebben we bij fraude niet in dezelfde mate te maken met ‘veel voorkomende delicten’. Meer nog dan de andere delicten is telkens sprake van bijzonderheden van het geval en daarmee ook zeer complexe en lastige bewijsvragen.
- v. Een ander argument om met fraude-oriëntatiepunten voorzichtig om te springen betreft de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursstrafrechtelijke sancties. De fraude-oriëntatiepunten houden daar – ongespecificeerd als zij thans zijn – onvoldoende rekening mee. De ‘una-via-regel’ beoogt weliswaar in het vòdortraject van de rechterlijke interventie zoveel mogelijk de sanctiemodaliteiten te stroomlijnen,⁴⁷ maar wordt er door strafrechtters of door bestuursrechtters voldoende met elkaars sanctiemodaliteiten rekening gehouden? Daarbij verdient opmerking dat het ne bis in idem-beginsel zeker niet altijd een afdoende bescherming biedt tegen meervoudige vervolging en bestraffing.⁴⁸ De oriëntatierichtlijnen geven in deze gevallen niet bepaald houvast voor de vraag of en in hoeverre rekening moet worden geworden met andere bestraffende sanctiemechanismen.⁴⁹

45 Zie D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Penguin Random House, 2011; de gedragseconoom Dan Ariely en Jeff Kreisler, *Geld en gedrag*. Zie ook bijv. het geval van Elon Musk die van de ene dag op de andere (25 augustus 2018) zijn aangekondigde plan zijn aandelen in Tesla van de beurs te halen (7 augustus 2018) intrekt en laat weten dat hij dat niet zal doen. Een geval dat sterk doet denken aan marktmanipulatie en het vertrouwen van ‘zijn’ aandeelhouders ernstig heeft geschaad. De SEC is dan ook niet voor niets een justitieel onderzoek gestart. In veel gevallen spelen bij beleggingsbeslissingen emotionele en irrationale beweegredenen een overwegende rol. Net als bij (grootschalige) fraude, zie bijv. de ‘Klimop’-zaak.

46 Zie ook G.T.M.J. Raaijmakers, *De effectiviteit van regels in het ondernemings- en effectenrecht*, Boom, 2006.

47 Zie bijv. art. 68 lid 4 AWR (juncto art. 225 lid 2 Sr), de richtlijn voor de aanmelding en afhandeling van fiscale delicten (Protocol Aanmelding en Afdoening van fiscale delicten en van delicten op het gebied van douane en toeslagen, *Stcrt.* 2015, 17271, per 1 juli 2015); de regeling van de bestuurlijke boete en de verhouding tot het optreden van het OM (art. 5:40 e.v. Awb); Samenwerking toezichthouders AFM, DNB en OM (beleidsregel van 10 juli 2008, *Stcrt.* 2008, 132).

48 HvJ 20 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:197 (*Menci c.s.*) en HvJ 20 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:193 (*Garrisson Real Estate e.a.*).

49 Bij commune delicten is het probleem van de ‘waarde’ van de samenloop al een probleem. Dat is het zeker als andere sanctiemechanismen als het bestuursrecht, het Europese recht of het tuchtrecht om de hoek komen kijken.

vi. Als laatste argument kan in het licht van de bevordering van de rechtseenheid worden beargumenteerd dat buitengerechtelijke boeteopleggingen niet in de oriëntatiepunten zijn opgenomen, terwijl deze zozeer kunnen afwijken van wat gangbaar is in zaken die door de strafrechter ter terechtzitting worden behandeld, dat tussen beide strafrechtelijke afdoeningsmodaliteiten alleen al op dit punt een grote onevenwichtigheid kan ontstaan.⁵⁰ Zouden de fraude-oriëntatiepunten daarmee ook rekening gaan houden, dan kan een sterke opwaartse druk ontstaan.

Mijn conclusie luidt vooralsnog, het voorgaande overziende, dat de fraude-oriëntatiepunten om een aantal redenen een vreemde eend in de bijt van de oriëntatiepunten zijn.⁵¹ Het moet anders, maar hoe kan het anders? Daarover in de volgende paragraaf iets meer. De ruime bandbreedtes van de huidige oriëntatiepunten bevorderen op zichzelf niet een voorzienbaarheid die aan de oriëntatiepunten eigen was toen zij werden vastgesteld en zij ontberen, zoals zij op de huidige wijze zijn geformuleerd, de consistentie die als uitgangspremisse was beoogd. Als aan deze twee eisen zou moeten worden voldaan, dan dienen de oriëntatiepunten andere uitgangspunten te kiezen en zeker te worden verfijsend.

5. Een andere aanpak

5.1. Nu de oriëntatiepunten bij fraudedelicten, zoals alle oriëntatiepunten, tijdgebonden zijn en in een dynamische samenleving functioneren, de straftoemeting in het algemeen gedurende de afgelopen vijftien jaren een opwaartse druk lijkt te hebben ondergaan,⁵² en de interne fraude-oriëntatiepunten (ten opzichte van elkaar) en externe fraude-oriëntatiepunten (ten opzichte van andere sanctiemechanismen) consistentie – mede veroorzaakt door de

50 Men denke aan de boeteopleggingen in de zaak *VimpelCom* waar de opgelegde – buitengerechtelijke – boete door het OM en de Amerikaanse justitie bij elkaar bijna een miljard dollar bedroeg.

51 Hieraan doet niet af dat de auteur dezes zich altijd een voorstander van oriëntatiepunten heeft betoond en ook mede aan de wieg heeft gestaan van de opstelling van de fraude-oriëntatiepunten, zoals deze in 2012 in het *Straftoemetingsbulletin* zijn gepubliceerd. Mijn conclusie thans is dat de grondslagen voor deze oriëntatiepunten toen te weinig zijn doordacht. Het dichten van het in die tijd geconstateerde ‘gat’ in straftoemeting tussen straffen bij sociale verzekeringsfraude en belastingfraude of andere witteboordencriminaliteit, was weliswaar de primaire drijfveer, maar onvoldoende fijnmazig uitgewerkt en doordacht. Nog afgezien van het algemene bezwaar dat tegen oriëntatiepunten is ingebracht dat deze een immanente opwaartse strafdruk met zich zouden kunnen brengen.

52 Zie L. Smithuijsen, *Ga direct naar de gevangenis*, masterscriptie strafrecht, een onderzoek naar de invloed van de meest recente financiële crisis op de afdoeningswijze van zaken binnen de witteboordencriminaliteit, UvA, 2018, waarin aan de hand van maatschappelijke ontwikkelingen en de dynamiek van de financiële crisis (2008) een ‘verhardend strafklimaat’ en een opwaartse druk, in de zin van strengere straffen (van louter geldboete naar aanzienlijke onvoorwaardelijke gevangenisstraffen) kon worden waargenomen. Of de introductie van de oriëntatiepunten (in 2012) daartoe nog hebben bijgedragen kon weliswaar niet worden vastgesteld, maar lijkt op het eerste gezicht geen onaannemelijke hypothese.

ambiguë inhoud van het begrip fraude – lijken te ontberen, is het vraag of de samenleving en de zittende magistratuur wel zo tevreden moeten zijn met de fraude-oriëntatiepunten. Mijn conclusie is niet op voorhand positief.

5.2. Maar wat dan wel? Op het eerste gezicht kan worden gedacht aan de strafvorderingsrichtlijnen van het OM. Daartegen bestaat het bezwaar dat deze in het algemeen hoger liggen dan de uiteindelijke straffen die door de rechter worden opgelegd.⁵³ Waarom volgt de strafrechter die niet? Het antwoord daarop ligt opgesloten in de staatsrechtelijke positie van het OM en de zittende magistratuur. De eerste heeft rekening te houden met een beleid van hogerhand, terwijl de strafrechter veel meer rekening kan houden met de bijzonderheden van het geval. Hoewel niet ontkend kan worden dat het OM ook rekening kan houden met de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, stemt de strafrechter daarentegen de straf veelal fijner af. Wel kan worden vastgesteld dat bijvoorbeeld de OM-richtlijn witwassen een differentiatie kent die de oriëntatiepunten van het LOVS ontberen.⁵⁴ OM richtlijnen zijn te kenschetsen als beleidsrichtlijnen, die in de eerste plaats de leden van het OM zelf binden en waar vervolgens burgers een beroep op kunnen doen. Die status hebben oriëntatiepunten niet.

5.3. Alles bij elkaar genomen gaat mijn voorkeur uit naar een straffoemeting waarin het begrip ‘goede rechtsbedeling’ centraal behoort te staan, waarin rechtvaardige straffen recht doen aan alle relevante omstandigheden. Daartoe is het niet noodzakelijk en wellicht zelfs onwenselijk uit te gaan van het genoten financiële voordeel, dan wel het geleden nadeel. Dat geeft een schijn van zekerheid en eenheid (de gerechtshoven) of exactheid (Greve & Buma) die – zeker bij fraudedelicten – niet aanwezig zijn, gelet op de begripsbepaling en de sociale dynamiek. De uitwerking van het begrip ‘goede rechtsbedeling’ in het straf toemeten brengt met zich dat sancties bij fraudedelicten op dezelfde wijze als bij alle andere delicten behoren te berusten op

Alles bij elkaar genomen gaat mijn voorkeur uit naar een straffoemeting waarin het begrip ‘goede rechtsbedeling’ centraal staat en waarin rechtvaardige straffen recht doen aan alle relevante omstandigheden.

53 Zie hierover de discussie tussen W. de Vries, *Richtlijn Strafvoeding witwassen*, en LOVS oriëntatiepunten: het verschil tussen eisen en bestraffen, <https://blog.jaeger.nl/nl/richtlijn-strafvoeding-witwassen-en-lovs-oriëntatiepunten> en R. Robroek, <http://www.ivorentoga.nl/archieven/4426>.

54 Deze Richtlijn maakt een onderscheid tussen drie ‘typen’ witwassers en maakt een duidelijker onderscheid dan de LOVS oriëntatiepunten tussen first offenders en recidivisten.

De uitwerking van het begrip 'goede rechtsbedeling' in het straf toemeten brengt met zich dat sancties bij fraudedelicten, op dezelfde wijze als bij alle andere delicten, behoren te berusten op twee pijlers: proportionaliteit en subsidiariteit.

twee pijlers: proportionaliteit en subsidiariteit.⁵⁵ Het is van begin af aan een kwestie van wikken en wegen, waarbij vooraf vaststaande tarifiëring in de vorm van 'wat is het financiële nadeel geweest (voor slachtoffer(s) of overheid) en wat het financiële voordeel (voor de dader)' naar de achtergrond verdwijnt. Dit geldt te meer nu niet kan worden gesproken van 'veel voorkomende criminaliteit'.⁵⁶ Laat de rechter – binnen de grenzen van proportionaliteit en subsidiariteit – dat strafdoel voorop stellen dat hij als grondslag voor zijn beslissing wil nemen, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval zoals zich dat heeft afgespeeld en daarbij andere sanctiemechanismen die de dader of reeds hebben getroffen of nog zullen treffen niet uit het oog verliezend. Goede humane rechtsbedeling bij fraudedelicten is, net als bij andere delicten waarvoor de LOVS oriëntatiepunten heeft vastgesteld, niet een betrekkelijk rigide hanteren van lijstjes bij de beraadslaging, maar flexibel sancties toemeten.

5.4. Anderzijds betekent dat, ten einde rechtvaardigheid te bereiken, een noodzaak er ten minste voor zorg te dragen dat de procedure waarlangs de straftoemeting wordt bereikt, door de rechter zo helder mogelijk wordt uiteengezet. Dat vereist een goede – dat is deugdelijke – motivering. Dat daardoor enige ongelijkheid in het uiteindelijke resultaat zal optreden is waarschijnlijk onvermijdelijk, maar kan worden gecompenseerd door andere beginselen van rechtvaardigheid.⁵⁷ In die deugdelijke motivering zullen de stapjes moeten worden verwoord die de rechter heeft gezet teneinde tot zijn beslissing te komen. In een deugdelijk gemotiveerde rechterlijke uitspraak wordt uitgelegd waarom juist deze straf en waarom juist deze omstandigheden in welke mate hebben meegewogen. In de motivering ligt de kracht van de uitspraak, zeker als strafmatigende en strafverzwarende omstandigheden adequaat worden verwoord en vooral van 'een waarde' voorzien. Dit alles in de vorm zoals deze thans als algemeen aanvaard wordt

55 Onder 'proportionaliteit' versta ik de verhouding tussen de 'ernst van het feit' en de 'schuld' - in de zin van verwijtbaarheid - van de dader, waarbij de optimale sanctie de minimale is.

56 Ik betoog dan ook niet dat oriëntatiepunten in beginsel 'niet zouden mogen' worden gehanteerd, maar bij fraudedelicten misstaan zij, op de hiervoor uiteengezette gronden.

57 Aan de rechtvaardigheid van de uitkomst behoef dat niet af te doen, vgl. P. Lehning in zijn inleiding bij J. Rawls, *Een theorie van rechtvaardigheid*, 2006, p. 19 en in de tekst p. 261-265.

gevolgd:⁵⁸ eerst de beschrijving van de casus, dan de algemene uitgangspunten voor de straf op basis van factoren als justitiële documentatie, recidive, samenloop en waarderding van andere sanctiemechanismen, daarna de strafverzwarende omstandigheden en ten slotte de strafmatigende factoren. Maar nog beter is, nu steeds meer sprake is van convergentie⁵⁹ tussen het strafrechtelijke en bestuursstrafrechtelijke sanctiemechanisme, als uitgangspunt te nemen hetgeen recentelijk als uitgangspunt is genomen bij de vaststelling van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector.⁶⁰ In dit besluit wordt in art. 1a bepaald dat bij sanctionering rekening dient te worden gehouden met de volgende factoren: (a) de ernst en de duur van de overtreding, (b) het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen, (c) de verliezen die derden hebben geleden wegens de overtreding door de overtreder en de schade aan de werking van de markten, (d) de gevolgen van de overtreding voor het financiële stelsel, (e) de mate van verwijtbaarheid, (f) eerdere overtredingen, (g) de mate waarin de overtreder meewerkt aan het vaststellen van de overtreding en (h) de maatregelen die de overtreder heeft genomen om herhaling te voorkomen. Deze factoren – geduid als factoren aan de objectieve kant – dienen van een ‘waarde’ te worden voorzien. Die uitkomst dient vervolgens verfijnd te worden door de subjectieve factoren.

Door verfijning van het fenomeen fraude en daarmee een nadruk op de bijzondere omstandigheden van het geval, waarin tevens een verklaring van het gewicht van alle relevante omstandigheden wordt gegeven, kan een evenwichtige verdeling van humane en daarmee rechtvaardige straffoemeting worden bereikt.

5.5. Men zou als uitgangspunt moeten nemen de bijzondere omstandigheden van de dader bij het bestraffen van het verschijnsel ‘fraude’. Niet elke fraude is dezelfde: hebben we te

58 Zie recent: B. Berghuis, ‘Meer structuur in straffoemeting nodig’, 16 mei 2017, te raadplegen via <http://www.ivorentoga.nl/archieven/4306>. Van wat oudere datum maar nog steeds actueel: L.C.M. Meijers, ‘Strafmotivering, een controlelijst’, in: *De derde rechtsingang nader bekeken*, opstellen aangeboden aan C. Bronkhorst, Gouda Quint, 1989, p. 209-223.

59 Zie daarvoor bijv. het advies van B.F. Keulen, in: *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*, Paris, 2016.

60 Besluit van 26 juni 2017 ter uitvoering van verordening (EU) nr. 595/2014 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende marktmissbruik (*PbEU* 2014, L.173) (Besluit uitvoering verordening marktmissbruik), *Stb.* 2017, 300.

maken met een ‘witwasser’, een ‘bijstandsfraudeur’, of iemand die daaraan gelijk kan worden gesteld, zoals een huurder die al dan niet recht had op huurtoeslag of een fraudeur in zaken als de AOW. In deze gevallen zal, net als in andere gevallen waarin op grote schaal langdurig en structureel valsheid in geschrifte is begaan, of bij een langdurige belastingfraude, telkens een geheel andere op het specifieke geval van fraude toegespitste sanctiëring moeten plaatsvinden. Door het nadeel/de schade als uitgangspunt te nemen volgens de oriëntatiepunten, wordt het beeld van daad en dader vertekend.⁶¹ Deze gedragingen kunnen wel als fraude worden getypeerd al naar gelang de wetgeving daar ruimte voor laat, maar zouden als type moeten worden gegroepeerd en op grond daarvan – al naar gelang de omstandigheden van het geval – worden gesanctioneerd. Dat daarbij nadeel voor de samenleving en voordeel voor de dader een rol spelen lijkt mij voor de hand liggend, maar deze behoeven niet het uitgangspunt te zijn. Het zal om de te onderscheiden fenomenen van fraude moeten gaan, die alsdan op vergelijkbare wijze kunnen worden bestraft. Alleen op deze wijze – verfijning van het fenomeen fraude en daarmee een nadruk op de bijzondere omstandigheden van het geval –, waarbij tevens een verklaring van het gewicht van alle relevante omstandigheden wordt gegeven, kan een evenwichtige verdeling van humane en daarmee rechtvaardige straftoemeting worden bereikt. Noodzakelijk is wel om de zoveel jaar een evaluatie en eventueel een aanpassing naar aanleiding van de ontwikkelingen in de samenleving te laten plaatsvinden.⁶² Aldus kan tevens worden voldaan aan de voorwaarde van voorzienbaarheid van bestraffing in min of meer vergelijkbare gevallen.⁶³ Juist bij fraudedelicten.

Prof. mr. R.C.P. Haentjens is raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Amsterdam, bijzonder hoogleraar financieel strafrecht UvA en eindredacteur van dit blad.

61 Ik betoog uitdrukkelijk niet dat het nadeel dan wel de schade geen enkele rol behoort te spelen in de uiteindelijke straftoemeting, maar niet telkens op dezelfde plaats in het geheel van afwegingen moet worden geplaatst.

62 Mocht de verstrijking van de tijd dat eisen, dan zal een aanpassing van de straftoemeting, analoog aan het bepaalde in art. 1 lid 2 van het Wetboek van Strafrecht dienen plaats te vinden.

63 Zo lijkt mij er geen bezwaar tegen te bestaan in de thans bestaande oriëntatiepunten buiten grenzen van dezen te gaan, indien de strafverzwarende of strafverminderende omstandigheden dat vereisen teneinde tot een passende straf te komen.

Weigerrapportage in het Pieter Baan Centrum en de bruikbaarheid voor de rechter

Merel Prinsen

Inleiding

Voor het opleggen van een tbs-maatregel heeft een rechter ten minste twee gedragskundige rapportages nodig, waarvan één opgesteld door een psychiater. In het Pieter Baan Centrum wordt gedragskundige rapportage opgesteld. Verdachten kunnen echter om uiteenlopende redenen weigeren mee te werken aan het onderzoek en dan is het lastig om tot volledige rapportage te komen. De meeste verdachten vrezen een tbs-maatregel en doen er alles aan om te voorkomen dat zij deze maatregel, waarvan de duur in de praktijk onzeker is, opgelegd krijgen.

In dit artikel worden de mogelijkheden tot onderzoek van deze weigerende verdachten (weigeraars) besproken. Allereerst komen aan bod het Pieter Baan Centrum als onderzoeksinstituut, de zogenaamde ‘weigerafdeling’ van het Pieter Baan Centrum en de ambulante rapportage. Weigerende verdachten worden immers niet alleen in het Pieter Baan Centrum onderzocht, maar veelal (en vaak ook eerder¹) door ambulante pro Justitia rapporteurs. Hoewel over het Pieter Baan Centrum en over weigerende verdachten vaker is geschreven, is de keuze gemaakt om ook in dit artikel een beschrijving te geven van wat observatie in het Pieter Baan Centrum behelst. Verder ligt de focus vooral op het beschrijven van de laatste ontwikkelingen binnen het Pieter Baan Centrum. Vervolgens wordt kort ingegaan op de nieuwe Wet forensische zorg² die per 1 januari 2019 van kracht wordt en

-
- 1 Uit zeer recent gepubliceerd onderzoek van het WODC blijkt dat 71% van alle onderzochte verdachten in het Pieter Baan Centrum eerder ambulante is onderzocht, zie M.H. Nagtegaal, *Vijftien jaar weigerende verdachten in het Pro Justitia onderzoek. Prevalentie, informatiebehoefte officieren van justitie en rechters, en afdoeningen door de rechter*, WODC: Cahier 2018-15.
 - 2 Wet van 24 januari 2018 tot vaststelling van een Wet forensische zorg en daarmee verband houdende wijzigingen in diverse andere wetten (Wet forensische zorg), *Staatsblad* 2018, 38.

Verdachten kunnen om uiteenlopende redenen weigeren mee te werken en dan is het lastig om tot volledige rapportage te komen.

waarin expliciet aandacht wordt besteed aan de weigerende onderzochte (art. 7.1). Daarna wordt ter illustratie een aantal recente uitspraken onderzocht waarin verdachten ondanks hun weigering om mee te werken aan rapportage toch een tbs-maatregel kregen opgelegd. Tot slot wordt geconcludeerd wat de (on)mogelijkheden zijn van het opleggen van een tbs-maatregel bij weigeraars.

Pieter Baan Centrum

In het Pieter Baan Centrum rapporteren psychiaters, psychologen, forensisch milieuonderzoekers en groepsleiders jaarlijks over zo'n 225 verdachten van (voornamelijk) ernstige gewelds- en zedenmisdrijven. De indicatie voor een onderzoek in het Pieter Baan Centrum wordt gegeven door een psychiater of psycholoog, veelal werkzaam bij het Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie (NIFP), die de verdachte in consult heeft gezien. Art. 197 lid 1 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) bepaalt dat een klinische observatie pas kan plaatsvinden nadat een deskundigenbericht is opgemaakt. Het komt ook voor dat ambulante pro Justitia rapporteurs – waarover later meer – adviseren om een zwaarder middel, een klinisch onderzoek in het Pieter Baan Centrum, in te zetten om tot een beter onderzoeksresultaat te komen.

De opdracht tot rapportage wordt gegeven door de rechter(-commissaris) op grond van art. 196-198 of 317 Sv. Deze opdracht behelst de klinische observatie. De NRGD-geregistreerde³ gedragsdeskundigen, de psychiater en de psycholoog, worden daarnaast – op grond van de Wet deskundige in strafzaken⁴ – apart benoemd.

Voorafgaande aan de opname in het Pieter Baan Centrum wordt de onderzochte (zoals de verdachte in het Pieter Baan Centrum consequent wordt genoemd) bezocht in de penitentiaire instelling (PI) of in het psychiatrisch penitentiair centrum (PPC) door een medewerker van het Pieter Baan Centrum. De medewerker legt uit hoe het onderzoek eruit zal zien en geeft informatie over het forensisch milieuonderzoek. Ook de forensisch milieuonderzoeker bezoekt de onderzochte reeds voorafgaand aan de opname om te bespreken welke referenten kunnen worden benaderd. De opname in het Pieter Baan Centrum duurt vervolgens zes weken en kan vanwege onderzoeksredenen verlengd wor-

3 Het Nederlands Register Gerechtelijke Deskundigen (NRGD) is een deskundigenregister met een wettelijke basis waarin de meeste gerechtelijke deskundigen die worden ingezet in het strafproces zijn geregistreerd.

4 Wet van 22 januari 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering tot verbetering van de regeling van de positie van de deskundige in het strafproces (Wet deskundige in strafzaken), *Staatsblad* 2009, 33.

den naar zeven weken. Tijdens de opname verblijft de onderzochte op een van de vier afdelingen van het Pieter Baan Centrum. Op de nieuwe locatie in Almere, waar het Pieter Baan Centrum sinds begin september 2018 is gevestigd, gaat het om vier afdelingen met in totaal 30 cellen. Op de afdeling wordt de onderzochte geobserveerd door de groepsleiding, volgens de methode van participerende observatie. Dit houdt in dat de groepsleiding deel uitmaakt van de onderzoekssituatie. De groepsleiding neemt deel aan de activiteiten en is zelf onderdeel van de sociale interactie die wordt geobserveerd. In het Pieter Baan Centrum worden veel activiteiten aangeboden, zoals sport, arbeid, recreatie op de afdeling, luchten en bezoek. Daarbij observeert de groepsleiding het gedrag van de onderzochte en rapporteert daarover. De beschrijvingen van de groepsleiding worden verwerkt in de rapporten van de psychiater en de psycholoog.

Een deel van de onderzochten weigert medewerking aan het onderzoek. Uit recent onderzoek van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) blijkt dat de prevalentie van het (volledig) weigeren om mee te werken aan onderzoek in de klinische setting, dus in het Pieter Baan Centrum, in de periode 2002-2017 gemiddeld 39% is. Daarnaast weigert 12% gedeeltelijk.⁵ Deze ‘weigerende’ verdachten worden wel onderzocht in het Pieter Baan Centrum. De onderzoekers en de groepsleiders blijven bij deze onderzochten naar manieren zoeken om de rechter toch van informatie en advies te kunnen voorzien. Een deel van de weigerende onderzochten bedenkt zich of laat ondanks de weigering gedragingen zien waarmee toch een rapportage kan worden opgemaakt. Ook bij volhardende weigeraars kan meestal een deel van de onderzoeksvragen beantwoord worden. Dit resultaat wordt bereikt door gedrag te observeren en door mensen uit de omgeving van de onderzochte te spreken en diens voorgeschiedenis te bestuderen. Deze manier van werken wordt al sinds 2010, toen er een nieuw beleid Moeilijk Onderzoekbaren is geformuleerd, ingezet. Uit het recente onderzoek van het WODC blijkt dat, hoewel het totale aantal weigeraars is toegenomen van 23% in 2002 naar 43% in 2017, de laatste vijf jaar het aandeel volledige weigeraars licht is gedaald van 46% naar 43% en het aantal gedeeltelijke weigeraars is gestegen van 12% naar 21%.⁶ Hieruit zou de voorzichtige conclusie getrokken kunnen worden dat dit beleid zijn vruchten afwerpt, omdat men bij (volledige) weigeraars tot meer onderzoeksre-

Uit recent onderzoek van het WODC zou de voorzichtige conclusie getrokken kunnen worden dat dit beleid zijn vruchten afwerpt.

⁵ Zie Nagtegaal 2018.

⁶ Zie Nagtegaal 2018.

sultaat lijkt te komen. Naast de reguliere inspanningen vindt er sinds april 2017 een extra investering plaats. Gedurende één jaar – van april 2017 tot mei 2018 – zijn weigerende onderzochten, ook wel ‘moeilijk onderzoekbare observandi’ genoemd, geplaatst op een aparte afdeling van het Pieter Baan Centrum, de zogeheten ‘weigerafdeling’.

‘Weigerafdeling’

Op de ‘weigerafdeling’ (unit 3) heeft het Pieter Baan Centrum tussen april 2017 en mei 2018 een nieuwe aanpak uitgetoetst om bij weigerende onderzochten de onderzoeksopdracht toch zoveel mogelijk te kunnen uitvoeren.⁷ Hiermee wordt bedoeld het verzamelen van voldoende informatie om tot een zo volledig mogelijk rapport te komen, waarbij de inzet is om de onderzoeksopbrengst minder afhankelijk te maken van de proceshouding van de verdachte. Het verschil met de reguliere Pieter Baan Centrum-onderzoeken zit in het feit dat de observatie werd geïntensiveerd en dat werd gewerkt met een aangepaste methodiek. Dit houdt in dat nog meer werd ingezet op het verleiden en stimuleren van de onderzochten door het aanbieden van een gedifferentieerd dagprogramma en meer aandacht voor zelfstandigheid en zelfredzaamheid. Er was bijvoorbeeld veel ruimte voor de observandi om ’s avonds zelf te koken en er waren mogelijkheden tot het maken van of het luisteren naar muziek. Dit maakte de onderzochte voor de deskundigen en de groepsleiding meer zichtbaar. Het dagprogramma was daarbij uitgebreider en onderzochten werden steeds uitgenodigd om uit hun cel te komen. In nagenoeg alle onderzoeken werd gebruik gemaakt van de wettelijke maximale observatietermijn van zeven weken, met soms – in overleg met de opdrachtgever – een verlenging. Destijds was er nog geen wettelijke mogelijkheid tot verlenging van de observatietermijn na zeven weken, maar sinds 1 juli 2018 is deze mogelijkheid er wel. Art. 198 Sv is (mede) naar aanleiding van de pilot in het Pieter Baan Centrum gewijzigd, op grond waarvan de maximale termijn voor de klinische observatie eenmalig kan worden verlengd door de rechter-commissaris (zie ook de wijziging in art. 317 Sv). De klinische observatie kan dan dus in totaal veertien weken bedragen.

Uit de eerste bevindingen die zijn gesignaleerd in het evaluatieonderzoek van het WODC naar de resultaten van deze afdeling, blijkt dat *“de onderzoeksopbrengst in het eerste half jaar van unit 3 is vergroot ten opzichte van die van eerdere weigeraars in het Pieter Baan Centrum, waarmee unit 3 voorlopig als succesvol kan worden geduid. Voor 48% van de observandi is een conclusie getrokken over stoornis en voor 33% is een advies over een interventie of maatregel uitgebracht. In de totale populatie weigerende observandi in het*

7 Het Pieter Baan Centrum heeft in deze pilot samengewerkt met collega's uit de Van der Hoeven kliniek.

Pieter Baan Centrum uit 2012-2016 (N=478) is voor 36% een conclusie over stoornis getrokken en voor 21% een advies over interventie of maatregel uitgebracht.”⁸

Het gaat hierbij om voorlopige conclusies, maar deze zijn voorzichtig positief. Om die reden heeft het Pieter Baan Centrum na afloop van de pilot in mei 2018 een vervolg gegeven aan de opzet. Eén van de vier reguliere afdelingen in het Pieter Baan Centrum is ‘gereserveerd’ voor weigerende onderzochten. Dat betekent dat het Pieter Baan Centrum voorafgaand aan de opname, op grond van de beschikbare stukken en de eerste bevindingen tijdens het voorlichtingsbezoek in de PI of het PPC, beslist of een onderzochte al dan niet op deze (aparte) afdeling wordt opgenomen. Dat is een belangrijk verschil met de eerdere pilot waarin unit 3 gedurende een jaar als extra afdeling was geopend en er dus mogelijkheden waren om tijdens de eerste weken van het onderzoek over te plaatsen naar deze afdeling. In het nieuwe Pieter Baan Centrum in Almere is hiervoor geen ruimte, dus zal gebruik moeten worden gemaakt van de reguliere capaciteit van maximaal 30 cellen. Het Pieter Baan Centrum ontwikkelt hiertoe een methode om te kunnen komen tot een goede verdeling van de onderzochten over de afdelingen, waarbij het denkbaar is dat weigerende onderzochten niet geplaatst zullen kunnen worden op de ‘gereserveerde’ afdeling. Daarmee is overigens niet gezegd dat niet ook ingezet zal worden op een optimale onderzoeksopbrengst bij deze groep. Een aantal methoden dat succesvol is gebleken tijdens de pilot op unit 3 zal worden geïmplementeerd op alle afdelingen van het Pieter Baan Centrum.

Ambulante rapportage

Niet alleen in het Pieter Baan Centrum komt het voor dat onderzochten weigeren mee te werken aan het pro Justitia onderzoek, dat gebeurt ook tijdens ambulante onderzoeken, zij het in mindere mate. Per jaar worden er via bemiddeling door het NIFP zo’n 5000 Pro Justitia (PJ) rapporten opgemaakt door freelance psychiaters en psychologen die beschikken over een NRGD-registratie. Deze deskundigen krijgen vaak te maken met weigerende onderzochten⁹ en ook zij proberen te komen tot een optimale onderzoeksopbrengst. Ze maken daarbij gebruik van het beleid van het NIFP waarin staat uitgewerkt wat een goede aanpak kan zijn bij het onderzoeken van weigerende onderzochten. Een complicerende factor in de ambulante onderzoeken is dat de deskundige niet altijd toegang heeft tot de onderzochte. Als het gaat om onderzochten van wie de voorlopige hechtenis is geschorst,

8 M.H. Nagtegaal, *Weigerende observandi op een speciale afdeling in het Pieter Baan Centrum. Planevaluatie en bevindingen over het eerste half jaar*, Tussenrapport WODC Cahiers, Den Haag, 2018-17, p. 9.

9 Uit het recente WODC-onderzoek, zie Nagtegaal 2018, blijkt dat in de periode 2002-2016 11% van de onderzochten weigert in de ambulante setting. Nagtegaal concludeert dat dit aantal waarschijnlijk hoger ligt en uit een vragenlijst die is ingevuld door feedbackgevers van het NIFP blijkt (inderdaad) dat in 2017 in 22% van de (bij het WODC-onderzoek betrokken) PJ-dubbelrapportages volledig is geweigerd en in 10% gedeeltelijk.

wordt onderzoek lastig als de onderzochte niet reageert op uitnodigingen van de deskundige. Vaak gaat het om onderzochten die gedetineerd zijn, maar ook dan is de deskundige mede afhankelijk van de bereidwilligheid en de mogelijkheden van de medewerkers van de PI of het PPC om de deskundige toegang te verlenen tot de onderzochte als deze bijvoorbeeld weigert om naar de onderzoekskamer te komen. Deze factoren spelen geen rol in het Pieter Baan Centrum omdat de onderzochte daar immers verblijft gedurende het onderzoek. De ambulante PJ-rapporteur heeft aldus in de regel minder mogelijkheden om tot een zo volledig mogelijk rapport te komen. Het komt voor dat de ambulante rapporteur tijdens de uitvoering van een PJ-onderzoek tot de conclusie komt dat opname in het Pieter Baan Centrum alsnog geëigend is. Het NIFP heeft hiertoe indicatiecriteria opgesteld om kritischer te kunnen beoordelen of klinische rapportage van een weigerende onderzochte zinvol is. Het enkel doorverwijzen van een onderzochte naar het Pieter Baan Centrum vanwege de weigerende houding, zonder dat een concrete inschatting wordt gemaakt van de haalbaarheid, leidt lang niet altijd tot een succesvol onderzoek. Uitgangspunt is dat er sprake moet zijn van een voldoende ernstig feit, een ernstig vermoeden van een stoornis en/of van complexe diagnostiek. In de regel geldt dat voor onderzochten die los van hun weigering al niet in aanmerking zouden komen voor klinische observatie, er ook bij weigering geen indicatie is om klinisch te observeren. Achterliggende gedachte daarbij is dat het Pieter Baan Centrum een zwaar middel is en meestal wordt ingezet in casuïstiek waarin oplegging van een maatregel aan de orde kan zijn. Indicaties om een observatie in het Pieter Baan Centrum te adviseren zijn gelegen in casuïstiek waarin onderzochten weigeren vanuit irrationeel wantrouwen of op pathologische gronden, waarbij deze onderzochten inherent ambivalent staan in hun weigering. Ook gaat het om casuïstiek waarin aanwijzingen bestaan voor (een vermoeden van) een psychotisch ziektebeeld of recente (agressieve) incidenten. Ook ‘meermanszaken’ (zaken met meerdere verdachten) kunnen een reden zijn een weigerende onderzochte klinisch te onderzoeken, omdat de aanwezigheid van meerdere verdachten tegelijkertijd in het Pieter Baan Centrum kan leiden tot observaties vanwege de interactie.

Wet forensische zorg en de weigerproblematiek

In de nieuwe Wet Forensische Zorg (*Stb.* 2018, 38) wordt in art. 7.1 expliciet aandacht besteed aan de weigerende onderzochte: *“als een betrokkene verdacht wordt van een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam als bedoeld in artikel 38 Sr en hij weigert medewerking te verlenen aan enig onderzoek als bedoeld in het vierde lid kan de officier van justitie de voorzitter van de multidisciplinaire commissie, bedoeld in het negende lid, gelasten dat die commissie aan hem een advies uitbrengt over de aanwezigheid en de bruikbaarheid van persoonsgegevens betreffende een mogelijke gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens van betrokkene, ten aanzien waarvan de verdachte niet bereid is om medewerking te verlenen aan de verstrekking.”* Per 1 januari 2019 bestaat aldus de mogelijkheid om bij weigerende onder-

zochten in casuïstiek waarbij in beginsel oplegging van een maatregel aan de orde kan zijn, een multidisciplinaire commissie te vragen het mogelijk te maken om het medisch beroepsgeheim te kunnen doorbreken om eventuele vroegere medische informatie over de onderzochte te kunnen raadplegen. Daarbij is de arts of de gedragsdeskundige wiens medisch dossier het betreft verplicht op een verzoek van de multidisciplinaire commissie de gevraagde persoonsgegevens te verstrekken en daarmee dus zijn of haar beroepsgeheim te doorbreken.

De multidisciplinaire commissie, voorgezeten door een arts-psychiater en bestaande uit twee artsen, een gedragskundige en twee juristen, heeft tot taak te adviseren over de aanwezigheid en de bruikbaarheid van de gegevens in relatie tot de aanwezigheid van een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis tijdens het begaan van het feit. Op verzoek van de officier van justitie wordt hierover binnen 30 dagen een gemotiveerd advies uitgebracht. Vervolgens vordert de officier van justitie op basis van het advies van deze commissie een schriftelijke machtiging bij de penitentiaire kamer in Arnhem. De penitentiaire kamer hoort de verdachte alvorens te beslissen en doet schriftelijk mededeling van zijn beslissing aan de verdachte. De gegevens blijven onder de multidisciplinaire commissie totdat de penitentiaire kamer een onherroepelijke beslissing heeft genomen. Tegen de beschikking van de penitentiaire kamer staat (versnelde) cassatie open.

Letterlijk: het is aan de rechter te oordelen of bij de verdachte een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens bestond.

De verwachting van de wetgever is dat met bovengenoemde nieuwe wetgeving de mogelijkheden tot het komen tot een volledig onderzoek bij weigerende onderzochten worden verruimd. Er is immers een mogelijkheid om inzage te verkrijgen in vroegere medische gegevens. Deze mogelijkheid zal echter naar verwachting erg tijdrovend zijn: de procedure bij de commissie duurt 30 dagen en tevens bestaat er, als gezegd, de mogelijkheid van de cassatieprocedure. Nog los daarvan kan de multidisciplinaire commissie alleen over informatie beschikken als bekend is dat er in het verleden een behandeling is geweest en zo ja, bij welke artsen en/of gedragsdeskundigen. Deze behandelaren worden op grond van de wet weliswaar verplicht hun beroepsgeheim te doorbreken, maar het is nog niet zeker of zij daar gezien andere wet- en regelgeving rondom het beroepsgeheim toe over zullen willen gaan.

Daarbij worden tegen de nieuwe regeling als bezwaren genoemd het gevaar van ‘zorgmijding’ en de geringe bruikbaarheid van de oude informatie.¹⁰

Voor het Pieter Baan Centrum geldt dat de nieuwe wetgeving een interessante mogelijkheid kan bieden om meer informatie te verkrijgen en dat het de moeite waard is om in voorkomende casuïstiek na 1 januari 2019 met de opdrachtgever in overleg te gaan over het volgen van de procedure bij de multidisciplinaire commissie. De verwachting is dat deze route vooral zal zijn voorbehouden aan Pieter Baan Centrum-onderzoeken. Weliswaar kent de wetgeving geen exclusieve plek toe aan weigerende onderzochten die in het Pieter Baan Centrum worden onderzocht, maar de verwachting is dat voor ambulante onderzoeken geldt dat eerst een klinisch onderzoek wordt ingezet alvorens verder te gaan met het (zwaardere middel van een) traject bij de multidisciplinaire commissie. Overigens blijft het de vraag of het Pieter Baan Centrum met de eventueel middels deze weg verkregen behandelinformatie wel tot beantwoording van de vraagstelling zal kunnen komen. Behandelinformatie is immers slechts één van de bouwstenen bij het komen tot diagnostiek.¹¹

Recente jurisprudentie over oplegging van een tbs-maatregel bij weigeraars¹²

In rapporten over weigerende onderzochten wordt niet zelden gekomen tot een gedeeltelijke beantwoording van de vraagstelling. Het gaat dan veelal om casuïstiek waarbij wel diagnostiek kan plaatsvinden, maar geen uitspraken kunnen worden gedaan over het verband tussen de diagnostiek en het ten laste gelegde en de recidiveverwachting.

Ten overvloede dient te worden vermeld dat het Pieter Baan Centrum en de ambulante pro Justitia rapporteurs objectief en onafhankelijk onderzoek doen. Daarbij trachten zij tot een zo volledig mogelijke beantwoording van de vraagstelling van de opdrachtgever te komen, waarbij zij de grenzen van hun discipline en van specifieke onderzoeksmogelijkheden in de casus respecteren. Als vragen niet beantwoord worden, dan is dat omdat er voor de onderzoekers onvoldoende onderzoeksmateriaal beschikbaar is gekomen op grond waarvan zij

10 Zie o.a. M.J.F. van der Wolf, E.M. Gremmen, H.J.C. van Marle & P.A.M. Mevis, ‘Worstelen met de weigerende observandus’, *DD* 2012/74.

11 Zie o.a. J.M. Oudejans, ‘De weigerende observandus: dilemma’s en suggesties’, in: M. van der Wolf, F. Koenraadt & C. Kelk, *Van aandoening tot delict, van delict tot sanctie. Ontwikkelingen op het grensvlak van psychiatrie en strafrecht (het psychiatrisch juridisch gezelschap)*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 359-366. Oudejans merkt op p. 365 op dat het zonder toestemming vrijgeven van eerdere informatie over (psychiatrische) behandeling en diagnostiek niet zinvol is omdat het in veel gevallen geen verschil zal maken tussen het wel of niet kunnen vaststellen van een actuele stoornis, en zelfs als dat zo is zal het niet helpen bij de beoordeling van het toerekenen en het recidiverisico.

12 Zie voor meer voorbeelden M.J.F. van der Wolf & P.A.M. Mevis, ‘Beschouwingen over weigeren en beveiligen n.a.v. de zaak Michael P.’, *DD* 2018/27, p. 321-366.

tot een beantwoording kunnen komen. Daarmee is niet gezegd dat de onderzoekers op voorhand denken dat zij met meer onderzoeksmateriaal tot een maatregeladvies zouden zijn gekomen. Dat is immers niet te zeggen omdat het onderzoek niet volledig is. De keuze van de officier van justitie om toch een tbs-maatregel te vorderen ligt dan ook volledig in diens handen en vanzelfsprekend is de oplegging van deze maatregel uiteindelijk voorbehouden aan de rechter.

Het komt aldus voor dat de officier van justitie op basis van rapporten over weigerende onderzochten de keuze maakt om een TBS-maatregel te vorderen.

In art. 37 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) is geregeld dat er voor oplegging van een tbs-maatregel sprake dient te zijn van minimaal twee Pro Justitia rapportages, waarvan een opgemaakt door een psychiater. Aan deze eis is voldaan als gerapporteerd is door een psychiater en een psycholoog, ook als het feitelijk een weigeraar betreft (art. 37a lid 3 jo. art. 37 lid 3 Sr). Het is aan de procespartijen om ter terechtzitting met elkaar in gesprek te gaan over de betekenis van de al dan niet door de deskundigen beantwoorde vragen voor de uitkomst van het strafproces. Het staat de rechter vrij om eigenstandig een stornis vast te stellen. Vervolgens dient de rechter te komen tot een oordeel over toerekenen en gevaar. Dientengevolge is een advies tot opleggen van een tbs-maatregel door een deskundige geen noodzakelijke voorwaarde voor het opleggen van deze maatregel.¹³

Het komt aldus voor dat de officier van justitie op basis van rapporten over weigerende onderzochten de keuze maakt om een tbs-maatregel te vorderen. Dat dit tot een voor het Openbaar Ministerie bevredigende uitspraak kan leiden, blijkt uit een aantal recente uitspraken.

13 Hof Arnhem 18 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ4981. Mede naar aanleiding van deze uitspraak is een aantal interessante artikelen gepubliceerd in de eerder genoemde publicatie van het psychiatrisch juridisch gezelschap, zie Van der Wolf e.a. 2014. Oudejans plaatst op p. 362 (zie Oudejans in Van der Wolf e.a. 2014) als kanttekening bij het gegeven dat de rechter eigenstandig een stornis vaststelt dat de rechtbank vaak opvallend weinig tekst besteedt aan het uitschrijven en toelichten van de overwegingen rondom de toerekenbaarheid en het recidiverisico. A.R. Mackor, 'De weigerende observandus. Over bewijs, "vrijzwevende feiten", de normatieve aard en de relevantie van de stornis', gepubliceerd in Van der Wolf e.a. 2014 op p. 353-358, betoogt op p. 353 dat de rechter niet zonder of in afwijking van gedragsdeskundige adviezen tot het oordeel zou moeten komen dat er sprake is van een stornis en van recidiverisico. In het verlengde daarvan zou de rechter ook niet zonder of in afwijking van die adviezen tot de oplegging van een tbs-maatregel moeten besluiten. Mackor merkt ten aanzien van de casus Hoogerheide op dat uit de conclusie dat er een stornis is min of meer automatisch en dus ongemotiveerd wordt afgeleid dat er sprake is van een recidiverisico. De beslissing om een tbs-maatregel op te leggen is om die reden, volgens haar, op 'drijfzand' gebouwd.

Rechtbank Rotterdam, 26 april 2018¹⁴

De Rechtbank Rotterdam oordeelde op 26 april 2018 ter zake een verdachte van een gewelddadige verkrachting van een slachtoffer gedurende de nacht in haar woning in Rotterdam. Verdachte was pas sinds een aantal dagen na een langdurige gevangenisstraf op vrije voeten. Hij is eind 2017 onderzocht in het Pieter Baan Centrum, maar heeft slechts zeer beperkt meegewerkt aan het onderzoek. In het rapport wordt geconcludeerd dat de verdachte lijdt aan een gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens zonder de diagnose nader te specificeren. Evenwel wordt ook geconcludeerd dat er sprake is van een zorgelijke ontwikkeling met een hoog recidiverisico. De rechtbank stelt voorop dat voor de oplegging van een tbs-maatregel met dwangverpleging op grond van art. 37 lid 2 en 3 en art. 37a Sr aan vier voorwaarden moet zijn voldaan: (1) er dient bij de verdachte ten tijde van het begaan van de strafbare feiten sprake te zijn van een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens, (2) waarbij de bewezenverklarde feiten misdrijven dienen te zijn waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld en (3) de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen het opleggen van de maatregel dient te eisen en (4) er ten slotte sprake is van een met redenen omkleed, gedagtekend en ondertekend advies van ten minste twee gedragsdeskundigen van verschillende disciplines, waaronder een psychiater, die de verdachte hebben onderzocht. Voorts stelt de rechter vast dat het aan de rechter is *“die over de feiten oordeelt om vast te stellen of bij de verdachte ten tijde van het plegen van het feit een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens bestond. De rechtbank heeft daarin een eigen verantwoordelijkheid en is niet gebonden aan de door deskundigen uitgebrachte adviezen”*. De rechtbank oordeelt dat aan bovengenoemde vier voorwaarden is voldaan: *“naar het oordeel van de rechtbank is het, gezien de bij de verdachte aanwezige geestelijke stoornis, de noodzaak tot behandeling hiervan, de weigerachtige houding van de verdachte ten opzichte van zo een behandeling, zijn delict verleden en het door de gedragsdeskundigen ingeschatte hoge recidiverisico, vanuit het oogpunt van de algemene veiligheid van personen onverantwoord om de verdachte onbehandeld te laten terugkeren in de maatschappij. Om die reden zal de rechtbank aan de verdachte een TBS maatregel met bevel tot verpleging van overheidswege opleggen.”* Daarnaast legt de rechtbank een gevangenisstraf op van 12 jaren, waar de officier 21 jaren had geëist. De verdediging is overigens in beroep gegaan tegen deze uitspraak.

14 ECLI:NL:RBROT:2018:3379.

Rechtbank Noord-Nederland, 3 juli 2018¹⁵

De Rechtbank Noord-Nederland oordeelde op 3 juli 2018 dat in geval van een weigerende verdachte voor het opleggen van een tbs-maatregel de eis van een (volwaardig) multidisciplinair onderzoek vervalt, maar dat wel vereist is dat kan worden vastgesteld dat sprake is van een psychische stoornis of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens van de verdachte ten tijde van het plegen van het feit. Zonder die vaststelling is oplegging van een tbs-maatregel niet mogelijk. Het is aan de rechter die over de feiten oordeelt, om die vaststelling te doen. De rechter kan zich daarbij in zeer sterke mate laten leiden door de bevindingen en conclusies van gedragsdeskundigen, maar als de gedragsdeskundigen aan de grenzen komen van wat zij vanuit hun wetenschap nog kunnen verantwoorden, zal de rechter zijn eigen verantwoordelijkheid moeten nemen voor zover de wet hem daartoe de ruimte geeft. De wet noch de jurisprudentie vereist dat de stoornis wordt geclassificeerd volgens het handboek DSM-V (inmiddels DSM-5) en dat deze dient te worden vastgesteld door een gedragsdeskundige, aldus de uitspraak. Dit betekent dat in het uiterste geval de rechter, uiteraard slechts met grote behoedzaamheid, tot de vaststelling van een stoornis kan komen, ook al kunnen de gedragsdeskundigen op basis van de voor hen geldende wetenschappelijke criteria en tuchtrechtelijke normen niet tot die conclusie komen. Voor zijn beslissing dient de rechter dan wel voldoende steun te vinden in hetgeen gedragsdeskundigen wél hebben kunnen vaststellen en hetgeen de rechter verder aan feiten en omstandigheden is gebleken met betrekking tot de persoon van de verdachte. In de onderhavige casus stelt de rechtbank vast dat bij de verdachte ten tijde van het plegen van het feit, bestaande uit (een poging tot) doodslag, namelijk het steken in de buikstreek met een mes bij een jongeman met wie hij ruzie had, sprake was van een psychische stoornis en/of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens. Niet alleen is bij hem sprake van een stoornis met betrekking tot alcoholgebruik in ernstige mate, maar ook zijn er sterke aanwijzingen dat hij daarnaast lijdt aan een andere stoornis dan wel dat zijn geestvermogens gebrekkig zijn ontwikkeld. Tijdens het plegen van het feit zag en ervoer verdachte dingen die er niet waren. Dit gebeurde ook daarvoor, getuige de penitentiaire dossiers die door de deskundigen van het Pieter Baan Centrum zijn geraadpleegd, en ook na zijn aanhouding wordt door penitentiair inrichtingswerkers gerapporteerd dat de belevingen van verdachte niet worden bevestigd. Deze stoornissen zijn zodanig dat het vanuit veiligheidsoogpunt onverantwoord is om verdachte onbehandeld terug te laten keren in de maatschappij. Verdachte voelt zich bedreigd en is achterdochtig. Het gebruik van middelen kan enerzijds die achterdocht versterken en anderzijds drempelverlagend werken. Dat maakt dat verdachte onvoorspelbaar en kennelijk gewelddadig kan reageren op vermeende bedreigingen, concludeert de rechtbank op basis van het Pieter Baan Centrum-rapport. Het gevaar voor herhaling van geweldsdelicten acht

15 ECLI:NL:RBNNE:2018:2628.

de rechtbank dan ook groot. De rechtbank veroordeelt verdachte tot twee jaar gevangenisstraf en tbs met verpleging.

Rechtbank Noord-Nederland, 24 juli 2018¹⁶

Op 24 juli 2018 deed de Rechtbank Noord-Nederland uitspraak in een zaak tegen een verdachte van geweld tegen een verpleegkundige van de FPA waar hij verbleef. Verdachte werd ondanks het feit dat hij niet heeft meegewerkt aan Pieter Baan Centrum-onderzoek veroordeeld tot een gevangenisstraf van 271 dagen en een tbs met verpleging. Bijzonder in deze casus was dat bij de onderzochte, ondanks zijn weigering, door deskundigen schizofrenie kon worden vastgesteld. Het was echter niet mogelijk om met de onderzochte over het ten laste gelegde te spreken en daardoor werd niet helder in hoeverre er een verband was tussen deze stoornis en het ten laste gelegde. De onderzoekers concludeerden dat aanwijzingen voor een (ernstig) verstoord toestandsbeeld ten tijde van het ten laste gelegde ontbraken en het was dus niet ondenkbaar dat het ten laste gelegde aan onderzochte, ondanks de stoornis, zou kunnen worden toegerekend. Daarbij was er onvoldoende zicht op de agressieregulatie en impulscontrole en de uiting van deze aspecten tijdens psychotische ontregeling. Omdat het delictscenario niet helder was, hebben de deskundigen geen verdere adviezen gegeven. De rechtbank concludeert evenwel dat uit het Pieter Baan Centrum-rapport en overige informatie die zich in het dossier bevindt, geconcludeerd kan worden dat bij verdachte ten tijde van het begaan van het misdrijf een ziekelijke stoornis van de geestvermogens bestond. Daarbij acht de rechtbank het risico op herhaling van geweld tegen personen hoog, waarbij de vrees bestaat dat verdachte, aldus de rechtbank, zonder behandeling in de (nabije) toekomst wederom impulsief en gewelddadig gedrag zal vertonen.

Conclusie

Als verdachten weigeren mee te werken aan gedragskundige rapportages, kan dat tot gevolg hebben dat de vragen van de opdrachtgever niet of onvoldoende kunnen worden beantwoord. Zonder een beantwoording van de vraagstelling is het voor de rechter lastig om te beoordelen of er sprake is van een stoornis bij een verdachte, hoe het zit met het recidiverisico en welke behandelinterventie zinvol zou kunnen zijn. Zonder deze gegevens is het lastiger voor de rechter om een tbs-maatregel op te leggen in casuïstiek waarin de verwachting bestaat dat dat wel aan de orde zou kunnen zijn. Om toch zoveel mogelijk tot een beantwoording van de vraagstelling te komen heeft het Pieter Baan Centrum de afgelopen tijd ingezet op het vergroten van de mogelijkheden om ook bij weigeraars tot een onderzoeksresultaat te komen. Ook de wetgever heeft actie ondernomen om de kans op een zo volledig mogelijke en goed onderbouwde rapportage over weigeraars te laten toenemen. Zo

¹⁶ ECLI:NL:RBNNE:2018:2979.

is er een regeling van kracht (art. 198 Sv) die het mogelijk maakt om de observatie eenmaal te verlengen. Daarnaast is men gekomen tot het instellen van een commissie die zich zal buigen over de mogelijkheden tot het ontvangen van behandelinformatie bij weigerende onderzochten, zoals geregeld in de Wet forensische zorg. Opgemerkt moet worden dat nog niet helder is wat de consequenties van deze acties zullen zijn voor de rapportage.

Ook in de rechtspraak lijkt, zo is de voorzichtige conclusie na het lezen van een aantal recente uitspraken, een ontwikkeling plaats te vinden. Steeds vaker wordt in uitspraken, zo ook in de hiervoor besproken uitspraken, herhaaldelijk en nadrukkelijk aangegeven dat rechters een eigen verantwoordelijkheid hebben en niet gebonden zijn aan de door de gedragsdeskundigen uitgebrachte adviezen. Letterlijk: het is aan de rechter die over de feiten oordeelt om vast te stellen of bij de verdachte ten tijde van het plegen van het feit een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens bestond. Daarbij moet de rechter zich natuurlijk goed laten voorlichten en gebruik maken van de beschikbare gegevens. Het is een lastig spanningsveld: de gedragsdeskundige heeft niet tot conclusies kunnen komen, op grond waarvan zou de rechter dat dan wel kunnen?¹⁷ In dat licht is ook de laatste weergegeven uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland interessant: de gedragsdeskundigen komen tot diagnostiek, maar lijken – zo blijkt uit de informatie in de uitspraak – niet te kunnen komen tot een verband met het ten laste gelegde. Het lijkt erop dat de rechtbank een gelijktijdigheidsverband tussen de stoornis en het ten laste gelegde voldoende acht – conform eerdere jurisprudentie – en zich vervolgens richt op het recidive-risico. De rechtbank acht het noodzakelijk dat dit gevaar wordt teruggebracht en ziet daarvoor de tbs-maatregel als de beste mogelijkheid. De rechtbank overweegt expliciet de vrees voor herhaling zonder behandeling. Er lijkt in de recente uitspraken steeds meer aandacht te zijn voor gevaar voor herhaling, waarbij niet alleen de stoornis een rol speelt, maar ook andere factoren. Tegelijkertijd is de tbs-maatregel in het leven geroepen om gevaar op grond van een stoornis af te wenden. In het forensische veld wordt veel gesproken over de rol van risicotaxatie, maar het strekt te ver om daar hier uitgebreid op in te gaan.¹⁸

17 Van Vliet pleit in antwoord op deze vraag voor terughoudendheid bij het opleggen van een tbs-maatregel zonder dat daar goede diagnostiek aan ten grondslag ligt, zie: Van Vliet, 'Tbs zonder diagnose? PS van een redacteur', *Proces* 2018/4, p. 281-282.

18 Interessant is een recente uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 29 juni 2018, EECLI:NL:GHARL:2018:6153 waarin geconcludeerd werd dat behandeling noodzakelijk was om recidive te voorkomen. Het hof overwoog daarbij expliciet dat de tbs-maatregel geen 'ultimum remedium' is en dat voor het opleggen van de maatregel niet is vereist dat eerst een minder ingrijpende straf of maatregel wordt opgelegd dan wel een vrijwillig of minder ingrijpend behandeltraject moet worden gevolgd. Van belang is dat de rechter een stoornis kan vaststellen en een verband met het ten laste gelegde en toekomstig gevaar.

Concluderend is er veel aandacht voor de weigerende verdachte, waarbij de wetgever en het Pieter Baan Centrum alles inzetten om toch tot rapportage te kunnen komen. Ook de rechter lijkt zich meer bewust van de noodzaak om zorgvuldig na te gaan of men niet toch – ondanks de weigerrapportages – tot conclusies kan komen. Dit past ook in de huidige tijd, waarin er naar aanleiding van recente casus, veel aandacht is voor risicotaxatie en gevaar. Gunstig is daarbij dat de duur van de tbs-maatregel in de laatste jaren is afgenomen. Dat brengt wellicht ook advocaten¹⁹ ertoe om terughoudender te zijn bij het adviseren van cliënten om niet mee te werken aan rapportage.

Mr. dr. M.M. Prinsen is hoofd juridische zaken van het Pieter Baan Centrum en Portefeuillehouder Rapportage Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie.

¹⁹ Heidanus gaf in 2013 nog aan dat hij cliënten adviseert om rapportage te weigeren en dat dit advies mede is ingegeven vanwege de lange duur van de tbs-maatregel, zie: N.A. Heidanus, 'De raadsman en de TBS', in: *Ontmoetingen: voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap*, 2013-18, p. 21-29.

G. Schäfer, G.M. Sander, G. van Gemmeren (Schäfer/Sander/Van Gemmeren) *Praxis der Strafzumessung*, zesde druk

Hans Lensing

München 2017, XXV en 786 pagina's (met zakenregister)

In Duitsland is het straftoemingsrecht een omvangrijk en belangrijk onderdeel van het strafrecht. Dat houdt onder meer verband met de in het Strafgesetzbuch (StGB) opgenomen regelingen van de strafbedreigingen en straftoemeting en met de omvang van de toetsing van de straftoemingsbeslissingen met motiveringen door het *Bundesgerichtshof* (BGH). Men spreekt van ‘Strafanwendungsrecht’ – ‘straftoepassingsrecht’. In deze opzichten verschilt het Duitse rechtstelsel aanzienlijk van het onze. Dit zien we alleen al terug in het bestaan van een aantal handboeken over het straftoemingsrecht. Eén van die handboeken is ‘Schäfer/Sander/van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*’.¹ Daarvan is in het najaar van 2017 de nieuwste druk verschenen. Het boek bevat een indrukwekkend, zeer uitgebreid overzicht van wetgeving, rechtspraak en toepassingspraktijk van de straftoemeting. Besproken worden – na een inleiding over de fundamentele tendensen van de moderne criminale politiek – het sanctie(opleggings) recht (algemeen en per sanctie), de factoren die voor de straftoemeting van belang zijn, de werkwijze bij de straftoemeting, de strafoplegging bij samenloop, de vaststelling van feiten in verband met de straftoemeting, de verwerking van de straftoemeting in de uitspraak, cassatie en straftoemeting, en – tenslotte – omstandigheden die specifiek zijn voor bepaalde delictsoorten. Sommige onderwerpen komen vanuit verschillende gezichtspunten aan de orde. Het is vooral een naslagwerk. De auteurs geven de praktijk weer voor degenen die in de praktijk werkzaam zijn. Zij geven bij heel veel onderwerpen voorbeelden en checklists. Die maken de materie ook voor buitenstaanders begrijpelijk(er). Empirisch onderzoek komt niet of nauwelijks aan de orde.² Wel worden meer theoretische beschouwingen besproken, zoals straftoeme-

-
- 1 Van een ander handboek – H.-J. Bruns, G.-F. Güntge, *Strafzumessungsrecht* – wordt al enige tijd een nieuwe, derde druk aangekondigd. Volgens de laatste berichten zou die in september 2018 moeten verschijnen. Een derde handboek – Franz Streng, *Strafrechtliche Sanktionen* – dateert van 2012. Overigens zijn in de vaktijdschriften regelmatig overzichten te vinden van de rechtspraak over straffen en maatregelen.
 - 2 Zie voor cijfers over straftoemeting o.m. Th. Weigend, in: *Sentencing Policies and Practices in Western Countries*, 2016, p. 83 e.v. (zie *Trema Straftoemingsbulletin* 2017/1).

tingstheorieën. De auteurs schromen niet om regelmatig hun eigen standpunten over bepaalde onderwerpen – soms stevig – te ventileren. Dat zorgt voor aangename momenten bij het doorworstelen van zo'n boekwerk. Het moet een gigantische klus zijn om het boek up-to-date te brengen en houden. Ik licht er een aantal punten uit die mij uit een meer algemeen oogpunt van de straftoemeting interessant lijken.

Het Duitse recht bevat een aantal algemene (inhoudelijke) bepalingen over de fundamenteën van de straftoemeting, de maxima en minima en de toepassing van sommige strafmodaliteiten. De grond voor bestraffing wordt expliciet in de kernbepaling van § 46 StGB (*Grundsätze der Strafzumessung*) onder woorden gebracht: “*Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe*”. Daaraan wordt toegevoegd dat de effecten die van de straf voor het toekomstige leven van de dader te verwachten zijn in aanmerking moeten worden genomen. De bepaling vermeldt verder onder meer een aantal factoren die de rechter in aanmerking kan of moet nemen, waaronder de motieven en doelen van de dader, de *Gesinnung* die uit het feit spreekt en de *aufgewendete Wille*, de mate waarin het feit in strijd is met iemands plicht, de wijze van uitvoering en de toe te rekenen gevolgen van het feit, het verleden en de persoonlijke en financiële situatie van de dader en zijn gedrag na het feit, in het bijzonder zijn inspanning om de schade te herstellen en tot een vergelijk met het slachtoffer te komen.

De Duitse rechter moet uitgaan van het strafbepalingskader van het door hem gekwalificeerde delict. Dat levert een bepaald minimum en maximum op. Blijft het daarbij dan moet hij daarbinnen aan de hand van de relevante factoren een afweging maken. Die kan ertoe leiden dat er sprake is van een minder zwaar geval, met in ieder geval een lagere minimumstraf (maar niet altijd navenante verlaging van het maximum), of een bijzonder zwaar geval. Er kan daarbij sprake zijn van allerlei facultatieve en verplichte strafvermindingsgronden. Medeplichtigheid is bijvoorbeeld een verplichte strafvermindingsgrond. Van een facultatieve verminderingsgrond is bijvoorbeeld sprake bij poging, bij het nalaten van een gevolg te voorkomen dat in een delictomschrijving wordt vermeld, bij aantoonbare herstelinspanningen ten aanzien van het slachtoffer en bij verminderde toerekenbaarheid. Een en ander kan er vervolgens toe leiden dat het strafbepalingskader nog één keer of diverse keren verschuift, door verandering van minimum- en maximumstraf.³ Er bestaan ook regels voor situaties waarin diverse matigings- en verzwaringsgronden samenkomen. Gelukkig worden in het boek ook hiervan duidelijke voorbeelden gegeven.⁴ Het twee maal in aanmerking nemen van bepaalde omstandigheden daarbij is niet geoorloofd. De rechtspraak over de

3 Soms tot afzien van oplegging van straf. Zie § 49(2) StGB en boek p. 399.

4 Zie bijv. p. 407 Rdnr. 1124.

vraag of het *Doppelverwertungsverbot* van toepassing is, is ingewikkeld.⁵ Binnen het uiteindelijke kader moet dan op grond van een beoordeling van alle omstandigheden de straf worden bepaald. Ook voor het geval van samenloop van meer feiten is een bepaalde werkwijze voorgeschreven. Kort gezegd: eerst per feit de straf bepalen en vervolgens op grond van een beoordeling van alle omstandigheden een ‘totaalstraf’. Het geheel is een ingewikkeld systeem, dat bij de meeste delicten desondanks veel ruimte biedt tot individualisering van de straffoemeting.⁶

Het geheel is een ingewikkeld systeem, dat bij de meeste delicten desondanks veel ruimte biedt tot individualisering van de straffoemeting.

Het stappenschema moet in de motivering van de uitspraak terugkomen. Het BGH toetst de beslissingen en motiveringen van de sancties op voor onze begrippen zeer uitgebreide wijze. Het toetst – naast op de strikt juridisch punten – namelijk ook op meer inhoudelijke punten. De overwegingen van de lagere rechter kunnen onjuist zijn, van verkeerde feiten uitgaan, in strijd zijn met de erkende doelen van straffen of de opgelegde straf kan naar boven of beneden zo ver van een ‘gerechter Schuldausgleich’ verwijderd zijn dat zij niet meer valt binnen de aan de rechter toegemeten speelruimte. En soms gaat het BGH wat verder.⁷ Er is rechtspraak van het BGH over de uitleg en wijze van toepassing van alle onderdelen van het straffoemetingsrecht, over de wijze van toepassing van de straffoemetingskaders tot en met de uitleg tot en met de vraag welke (soorten) gevolgen van het feit al dan niet mogen worden meegewogen. Het overgrote deel van de voetnoten bevat dan ook verwijzingen naar de rechtspraak van het BGH. Het grote voordeel van één instantie die niet alleen naar de formele punten kijkt maar ook en vooral naar de meer inhoudelijke kant – uitleg en wijze van toepassing – is dat er één lijn wordt getrokken op punten die in ons land veelal ongeschreven – en soms onuitsproken – zijn en waarover binnen de rechtspraak onduidelijkheden en verschillen van mening (b)lijken te bestaan. Voorbeelden: verminderde toerekenbaarheid, samenloop, proceshouding van de verdachte. Overigens blijkt het voor te komen dat de kamers van het BGH niet op één lijn zitten.⁸

5 Zie p. 247 e.v.

6 Bij *Mord* is oplegging van levenslang verplicht, zij het dat er enkele varianten van levenslang zijn. Zie onder meer § 57a StGB.

7 Zie p. 561.

8 Dat doet zich bijv. voor bij de zogenaamde ‘aussertatbestandmäßige Folgen’, zie p. 215, Rdnr. 597 en het *Doppelverwertungsverbot*, zie p. 255 e.v., Rdnr. 705 e.v.; verminderde toerekenbaarheid in verband met de invloed van alcohol, p. 366/7, Rdnr. 1015; ‘Tatprovokation’, p. 306, Rdnr. 854 e.v.

Blijft er dan nog wel genoeg ruimte voor de strafopleggende Duitse rechter over?! De verschillen tussen het Nederlandse systeem en het Duitse systeem maken een waardering en vergelijking zeer moeilijk. In ieder geval zijn de straftoemeterskaders zeer ruim getrokken. Bovendien gaat het BGH uit van de *Spielraumtheorie*. Binnen het straftoemeterskader waarop de rechter (uiteindelijk) uitkomt ligt de strafmaat in een individueel geval niet op een bepaalde hoogte maar bestaat er speelruimte.. Daarbinnen kunnen diverse straffen passend en geboden worden geacht uit een oogpunt van schuld en preventie. De (mate van) schuld bepaalt wel de bovengrens.⁹ Voor de vraag of er ruimte bestaat een vrijheidsstraf voorwaardelijk op te leggen, geldt in Duitsland een apart kader (zie hieronder).

Terwijl in Nederland met een motiveringsvoorschrift wordt geprobeerd de rechter na te laten gaan of oplegging van (onvoorwaardelijke) gevangenisstraf wel nodig is, heeft de Duitse wetgever dit op andere wijze gedaan. In de eerste plaats heeft hij bepaalde inhoudelijke gronden geformuleerd die verband houden met de preventieve doelen van strafoplegging waarop uitzondering kan worden gemaakt op het uitgangspunt dat geen korte vrijheidsstraffen van beneden zes maanden behoren te worden opgelegd (zie § 47 StGB). Oplegging mag alleen als dat onvermijdelijk is voor de beïnvloeding van de dader of voor de verdediging van de rechtsorde. Verder heeft de beslissing over de voorwaardelijke modaliteit van gevangenisstraffen tot één

Een belangrijk onderdeel van het boek wordt gevormd door de bespreking van de vele omstandigheden die de straftoemeting kunnen beïnvloeden.

respectievelijk twee jaar een aparte plaats gekregen, te nemen na vaststelling van het resultaat van de beslissing over de strafmaat waartoe de afweging binnen het uiteindelijke strafkader heeft geleid. Ook hier heeft de wetgever de doelen geformuleerd. Het gaat dan onder meer om de invloed van (het enkele feit van) de veroordeling op de veroordeelde en inspanningen om de schade van het feit te herstellen. In beide gevallen zijn uitsluitend preventieve overwegingen als maatstaven geformuleerd. “*Die Schuld spielt insoweit keine Rolle*”.¹⁰ Het zijn overwegingen zoals ze in de praktijk in Nederland ook zullen worden gebruikt bij de straftoemeting, zij het niet op basis van meer algemeen geformuleerde maatstaven. En of zij ‘overall’ worden gehanteerd, is niet duidelijk. In Schäfer/Sander/Van Gemmeren wordt op de onderdelen van de regelingen en de uitleg en toepassing in de praktijk uitgebreid ingegaan.

⁹ Onder meer p. 296 e.v., Rdnr. 828, p. 427 e.v., Rdnr. 1187. De gevallen waarin het BGH overschrijding van de bovengrens vaststelt nemen toe (p. 297).

¹⁰ Schäfer/Sander/Van Gemmeren, p. 39, Rdnr. 155.

Een belangrijk onderdeel van het boek wordt gevormd door de bespreking van de vele omstandigheden die de straffoemeting kunnen beïnvloeden. Daarbij worden enkele onderscheidingen gehanteerd die de materie overzichtelijk maken. Zo wordt onderscheid gemaakt tussen onder meer omstandigheden die de *Strafzumessungsschuld* en de *gerechter Schuldausgleich* betreffen en tussen *Erfolgswert* en *Handlungswert*. De uiteenzettingen en beschouwingen zijn ook voor Nederlandse strafrechtjuristen lezenswaardig, mede omdat het voor een deel gaat om algemene uitgangspunten die in Nederland niet op een of andere manier zijn vastgelegd en waarvan niet duidelijk is of zij min of meer algemeen worden gedeeld. Een paar voorbeelden van onderwerpen die in het boek aan bod komen. Vermeld wordt bijvoorbeeld dat het feit dat iemand niet eerder gestraft is naar vaste rechtspraak van het BGH als strafmatigende omstandigheid in aanmerking moet worden genomen.¹¹ Ingegaan wordt op de vraag of eerdere veroordelingen altijd een strafverzwarende omstandigheid opleveren. Leerzame opmerkingen worden gemaakt over de waardering van de proceshouding van de verdachte. Een bekentenis moet als strafmatigende omstandigheid in aanmerking worden genomen, aldus het BGH. In het boek wordt nader ingegaan op allerlei situaties die zich in dit verband kunnen voordoen.

Op verminderde toerekenbaarheid wordt ook zeer uitgebreid ingegaan. Voor onze begrippen opmerkelijk – en voor mijn begrip moeilijk – is de regeling van de gevolgen van alcohol- en drugsgebruik. Handelen in een roes (drugs, alcohol) wordt aangemerkt als een grond voor verminderde toerekening waardoor een (facultatief) lager straffoemetingskader van toepassing is. Daar kunnen echter weer andere, verhogende omstandigheden tegenover staan, die de matiging opheffen. Maar dit laatste gaat kennelijk niet op in geval van verslaving. Bij de diverse kamers van het BGH lijkt een neiging te bestaan de strafvermindering grond niet van toepassing te laten zijn als het aan de verdachte ligt dat hij onder invloed is, ook al zitten de kamers niet precies op één lijn.¹²

Tot de uitspraak van (de grote kamer van) het BGH van 17 januari 2008¹³ werd in Duitsland bij schending van het recht op berechting binnen een redelijke termijn gekozen voor een aftrek op de straf bij de bepaling van de strafmaat. De grote kamer van het BGH koos echter toen voor de *Vollstreckungslösung*. Hierbij wordt de compensatie voor de termijnoverschrijding in plaats daarvan afgetrokken van de ten uitvoer te leggen straf. Van de motivering op dit punt wordt het volgende voorbeeld gegeven: “*Von der Gesamtfreiheitsstrafe gelten zwei Monate als Entschädigung für die rechtsstaatwidrige Verfahrensverzögerung als*

11 Schäfer/Sander/Van Gemmeren, p. 229, Rdnr. 647

12 Schäfer/Sander/Van Gemmeren, p. 368, Rdnr. 1019. Overigens kent het Duitse recht in § 323a StGB voor – kort gezegd – het zichzelf bezatten om een strafbaar feit te plegen.

13 GSSt 1/07, BGHSt 52, 124.

De grote kamer van het BGH koos echter toen voor de Vollstreckungslösung. Hierbij wordt de compensatie voor de termijnoverschrijding in plaats daarvan afgetrokken van de ten uitvoer te leggen straf.

vollstreckt".¹⁴ Het BGH vindt dat het aftrekken van de strafmaat botst met de wettelijke uitgangspunten van het straftoemetingsrecht. Het overweegt onder meer over de nieuwe oplossing:

*“Durch die Trennung von Strafzumessung und Entschädigung belässt sie der unrechts- und schuldangemessenen Strafe die ihr in strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Folgebestimmungen beigelegte Funktion. Darüber hinaus vereinfacht sie die Rechtsfolgenbestimmung.”*¹⁵

Overigens sluit het BGH niet-ontvankelijkverklaring van het OM in de vervolging niet (geheel) uit. Maar dan moet het om gevallen gaan waarin de compensatie op de tenuitvoerlegging van de straf de hoogte van de straf bereikt dan wel overschrijdt.¹⁶ Overigens kent het Duitse recht (al) een wettelijke regeling voor de compensatie van termijnoverschrijdingen.¹⁷

Bij *Tatprovokation* door overheidsambtenaren is de situatie minder duidelijk. Het gaat daarbij ook om een schending van artikel 6 EVRM. De grote kamer van het BGH heeft daarover niets gezegd in de uitspraak over het rechtsgevolg van termijnoverschrijding. In de regel was/is strafmatiging het gevolg, in uitzonderlijke gevallen niet-ontvankelijkverklaring van het OM. Wellicht wordt hier uiteindelijk ook voor het model van de korting op de tenuitvoerlegging gekozen.¹⁸ Overigens vinden Schäfer/Sander/Van Gemmeren dat een strafkorting ook passend is als er geen sprake is van *Tatprovokation* maar van deelname door een agent provocateur op minder vergaande wijze.

In Nederlandse uitspraken wordt soms verwezen naar straffen die zijn en worden opgelegd voor soortgelijke gevallen. De Duitse rechter mag van het BGH de straftoemeting echter niet baseren op het strafniveau in andere zaken van het desbetreffende gerecht of andere gerechten.

14 Schäfer/Sander/Van Gemmeren, p. 560. Overigens kan deze verandering tot gevolg hebben dat een veroordeelde niet blijft onder de grens van twee jaar die geldt in verband met de voorwaardelijke veroordeling, Schäfer/Sander/Van Gemmeren, p. 6.

15 Dit wordt vervolgens tot in detail uitgewerkt.

16 Er wordt wel een voorbeeld hiervan uit de lagere rechtspraak maar niet van het BGH gegeven. De tenuitvoerleggingsoplossing wordt overigens niet toegepast bij verrekening van langdurig tijdsverloop anderszins.

17 Zie § 198 e.v. *Gerichtsverfassungsgesetz*.

18 Schäfer/Sander/Van Gemmeren, p. 310, Rdnr. 859.

De straftoemeting is immers maatwerk ('Einzelfallentscheidung'). Om dezelfde reden bestaat er ook geen beginsel dat mededaders met een gelijk aandeel in het feit even zwaar gestraft zouden moeten worden. Maar in de praktijk lijkt de soep wat minder heet te worden gegeten.¹⁹

Een opmerkelijk verschil tussen Nederland en Duitsland lijkt te bestaan waar het gaat om het in aanmerking nemen van niet tenlastegelegde feiten waarvoor de verdachte niet (eerder) is vervolgd en die door verdachte worden ontkend. Als de rechter die bewezen acht ('Strengbeweis'), kunnen die ten nadele van de verdachte in de straftoemeting worden meegewogen.²⁰

In Duitsland zijn bepaalde uitgangspunten ontwikkeld voor de beantwoording van de vraag op welke wijze aan de straftoemeting in concrete gevallen – los van de door de samenloopregeling bepaalde maxima – gestalte moet worden gegeven als de verdachte voor diverse feiten wordt veroordeeld. Deze hebben onder meer betrekking op de verhouding tussen de feiten, de frequentie, de betrokken rechtsgoederen en de persoonlijkheid van de dader. Mocht de rechtspraak in Nederland overgaan tot het vaker en breder motiveren van de strafoplegging bij samenloop, zou wellicht hiernaar kunnen worden gekeken.²¹

In Duitsland kent men de arbeid ten algemene nutte ('gemeinnützige Arbeit'). Maar deze is in het StGB niet tot de hoofdstraf gemaakt, die zij in Nederland wel is geworden. In de beschouwingen in het boek over de straffen en maatregelen wordt er ook niet uitvoerig over gesproken. De arbeid ten algemene nutte is een van de 'gemeinnützige Leistungen' die als voorwaarden kunnen worden opgelegd bij het afzien van (verdere) vervolging en bij de oplegging van een voorwaardelijke gevangenisstraf. De onbetaalde arbeid kan ook in de plaats komen van de vervangende hechtenis. Dit is geregeld via de invoeringswet van het StGB in de regelgeving van de deelstaten. Schäfer/Sander/Van Gemmeren raden de praktijk aan vaker gebruik van te maken van onbetaalde arbeid in het kader van de straftoemeting, met de aanbeveling de verdachte een voorstel te laten maken wanneer en waar hij de arbeid wil verrichten.²²

Wel uitdrukkelijk geregeld is het dagboetesysteem. De geldstraf wordt daarbij uitgedrukt in een aantal eenheden, waarbij de omvang van de eenheid wordt bepaald door de financiële situatie van de verdachte ten tijde van de strafoplegging. Het systeem stelt in staat verdachten gelijkelijk te straffen ondanks verschillen in hun financiële situatie. Het leidt (anders dan in Nederland soms wordt gedacht) in de praktijk niet tot uitvoerige boekhoudkundige

19 Vgl. het preadvies van Kaspar voor de DJT 2018, waarover elders in deze aflevering.

20 Schäfer/Sander/Van Gemmeren, o.m. p. 463, Rdnr. 1275.

21 Vgl. de behandeling van wetsvoorstel 34126, in het bijzonder de Brief van de minister naar aanleiding van de motie Helder, *Kamerstukken II 2017-2018*, 34 126, nr. 18.

22 Schäfer/Sander/Van Gemmeren, p. 65/6.

operaties bij de straftoemeting.²³ In Nederland gaan we, zoals bekend, aanzienlijk ‘globaler’ te werk. We lijken daarmee ook vrede te hebben. Pogingen – ook recente – om het onderwerp op de agenda te zetten hebben tot niets geleid.²⁴ Als men wil weten hoe de regeling en de toepassing in de straftoemetingspraktijk in Duitsland uitpakken,²⁵ waaronder de schatting van de grondslag voor de bepaling van de hoogte van de dagboete, kan men te rade gaan in Schäfer/Sander/Van Gemmeren.

Als men wil weten hoe de regeling en de toepassing in de straftoemetingspraktijk in Duitsland uitpakken, waaronder de schatting van de grondslag voor de bepaling van de hoogte van de dagboete, kan men te rade gaan in Schäfer/Sander/Van Gemmeren.

De vraag of de Duitse rechter in de praktijk tot strafopleggingen komt waartoe de Nederlandse rechter in de uitoefening van de straftoemetingsvrijheid ook gekomen zou zijn, valt niet te beantwoorden. Leidt de situatie in Duitsland, zoals hiervoor in het kort geschetst, met de in vergelijking met ons land vele regels over de straftoemeting, er wel toe dat er een grote mate van consistentie bestaat in de straftoemeting? Die vraag is moeilijk te beantwoorden. Uit de uitspraken van Duitse rechterlijke instanties die via de overdracht van tenuitvoerlegging en wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging tot de penitentiaire kamer van het hof Arnhem-Leeuwarden plegen te komen, blijkt wel van enige verscheidenheid tussen gerechten. Zo bestaat de indruk dat in Beieren (aanzienlijk) zwaardere straffen worden opgelegd dan in Nordrhein-Westfalen. Die indruk lijkt in empirisch/statistisch onderzoek te worden bevestigd.²⁶

Schäfer/Sander/Van Gemmeren bevat een schat aan informatie over de straftoemetingsregeling en -praktijk in Duitsland, waarvan hier slechts enkele puntjes aan de orde zijn gekomen. Zou een handboek als Schäfer/Sander/Van Gemmeren niet ook mogelijk zijn voor Nederland, zo vraagt men zich af.

Mr. J.A.W. Lensing is senior raadsheer in het Hof Arnhem-Leeuwarden en voorzitter van de Commissie rechtseenheid en is redacteur van dit blad.

23 Vgl. Schäfer/Sander/Van Gemmeren, p. 29, Rdnr. 111 e.v.

24 E. Kantorowicz-Reznichenko, E.T. Luining, ‘De Dagboete: Reden voor Nieuwe Overpeinzing?’ *Trema Straftoemetingsbulletin*, 2016/1, p. 6 e.v.

25 Zie voor een pragmatische benadering o.m. het voorbeeld onderaan op p. 473.

26 Vgl. het preadvies van Kaspar voor de DJT 2018, waarover elders in deze aflevering.

Johannes Kaspar

Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen – brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?

Hans Lensing

Gutachten C zum 72. Deutschen Juristentag, München 2018, VII en 129 pagina's

Eind september 2018 vond de 72ste Deutscher Juristentag plaats in Leipzig. Een van de onderwerpen die daar aan de orde zouden komen, is het straftoemingsrecht. Het preadvies daarover is uitgebracht door Johannes Kaspar, hoogleraar aan de universiteit van Augsburg. Het preadvies komt hier aan de orde in aansluiting op de bijdrage over de zesde druk van Schäfer/Sander/Van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*. Zoals een goed preadvies betaamt, monden de beschouwingen van Kaspar uit in voorstellen voor hervorming van het straftoemingsrecht.¹

Kaspar besteedt een aantal problemen in de praktijk van de straftoemeting in Duitsland. Eén daarvan is dat het straftoemingsrecht – in vergelijking met wat hij noemt de overige normen van) het materiële stafrecht – te weinig uitgekristalliseerd is. Vele vragen rond § 46 StGB (*Strafgesetzbuch*) waarin de kernbepaling van het straftoemingsrecht ligt besloten, zijn nog niet beantwoord. Die situatie heeft onder meer tot gevolg dat er geen hulpmiddel is voor de beantwoording van de vraag hoe een bepaalde mate van schuld uiteindelijk is te vertalen in een concrete strafmaat. In de praktijk oriënteert men zich noodgedwongen wel op het plaatselijk gebruikelijk strafniveau. “*Dieses ist teilweise, so hört und liest man, in informellen Richtlinien schriftlich niedergelegt oder wird zumindest durch den Rat erfahrener Kollegen übermittelt.*”² Maar is dat wel bevredigend; zouden de ondertekenaars van het maatschappelijk verdrag in de oertoestand van Rawls het daarmee wel eens zijn?³ Een ander probleem betreft het ontbreken van feitelijke gegevens over de straftoemeting in de

1 P. 104 e.v.

2 Kaspar, p. 13.

3 Een vraag die ook kan worden gesteld voor de Nederlandse situatie.

praktijk. Evenals Albrecht⁴ signaleert Kaspar dat de afgelopen jaren minder empirisch onderzoek is verricht naar de straftoemeting. Gedetailleerde en gedifferentieerde cijfers over de straftoemeting in afzonderlijke zaken ontbreken. Dat is jammer omdat statistische overzichten zouden kunnen helpen bij de vaststelling van de gebruikelijke strafmaat.

In verhouding tot het gemiddelde werden in 17,5% van de gerechtsgebieden minstens 10% kortere en in 21% van de gerechtsgebieden minstens 10% zwaardere straffen opgelegd.

Kaspar gaat vervolgens in op de wel voorhanden empirische bevindingen over de praktijk. Hij verwijst onder meer naar een bijdrage aan een bundel van Volker Grundies⁵ die over de jaren 2007-2010 statistisch onderzoek heeft gedaan naar mogelijke verschillen in straftoemeting. In verhouding tot het gemiddelde werden in 17,5% van de gerechtsgebieden minstens 10% kortere en in 21% van de gerechtsgebieden minstens 10% zwaardere straffen opgelegd. Het lijkt hierbij te gaan om systematische verschillen. Er waren geografische patronen zichtbaar. *“So wurde in Baden-Württemberg und in Teilen Norddeutschlands überwiegend milder sanktioniert, während in Bayern und Süd-Hessen zu tendenziell höheren Strafen gegriffen wurde.”*⁶ Het resultaat vindt ondersteuning in ander, ouder onderzoek. De verschillen blijken niet verband te houden met verschillen in de praktijk van het openbaar ministerie.

Kaspar besteedt uitgebreid aandacht aan straftheorieën en straftoemetingstheorieën, die uit de aard der zaak nauw met elkaar verbonden zijn. Hij schrijft dat het gekunsteld is om – zoals Hart doet – de kwestie van verdeling van straf van die van het algemene rechtvaardigende doel van straffen te scheiden (p. 22/3). Zijn eigen standpunt noemt hij de theorie van de ‘verhältnismäßige Generalprävention’, in de zin van positieve generale preventie. Kort gezegd komt zijn theorie erop neer dat straffen gericht is op het door het evenredigheidsbeginsel begrensde herstel van de ‘Rechtsfrieden’ in de maatschappij. Daarin besloten liggen ook de ‘gerechter Schuldausgleich’ die in de rechtspraak veelal genoemd wordt, alsmede de speciale preventie. Van een straf die als rechtvaardig wordt ervaren omdat er sprake is van verwijtbaar gedrag gaat een positief-generaal preventief effect uit. Elders

4 H.-J. Albrecht, ‘Empirische Strafzumessungsforschung’, in: *Festschrift für Franz Steng zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2017, p. 185 e.v. Volgens Albrecht is de aandacht verschoven ‘naar de vraag of de maatschappij punitiever is geworden.

5 V. Grundies, ‘Gleiches Recht für alle? Eine empirische Analyse lokaler Unterschiede in der Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland’, in: Neubacher e.a. (red), *Krise – Kriminalität – Kriminologie*, 2016, p. 511 e.v.

6 Kaspar, p. 20.

formuleert hij het zo dat naar het generaal-preventief minimum moet worden gezocht, de op het verwijtbare onrecht georiënteerde straf die nog hoog genoeg is om de rechtsvrede te herstellen (p. 45). Voor criteria voor de bepaling van de verstoring van de rechtsvrede en voor peiling van de behoefte aan sanctionering om eigenrichting te voorkomen en om het vertrouwen in de staat te herstellen zou men te rade kunnen gaan bij opvattingen van de bevolking.⁷ Ik begrijp dat Kaspar niet doelt op het niveau van de enquêtevraag of men vindt dat er wel zwaar genoeg gestraft wordt. Hij is er zich kennelijk van bewust dat hij zich op glad ijs begeeft, want hij voegt eraan toe dat de gevaren en nadelen nog nader onderzocht zouden moeten worden en dat het om een schets van een programma gaat. In de uitwerking van zijn uitgangspunt merkt hij onder meer op dat de enkele aanname van afschrikwekkende werking geen strafverzwaringen kan rechtvaardigen omdat daarvoor geen voldoende empirische basis bestaat en dat uit empirisch onderzoek wel blijkt dat de bevolking minder punitief is ingesteld dan algemeen wordt aangenomen.⁸ Hij verheldert zijn visie door deze te vergelijken met een aantal bestaande straftoemetingstheorieën (*Stellenwerttheorie*, *Schuldrahmenlehre/Spielraumtheorie* en *Tatproportionalitätslehre*).

Kaspar neemt vervolgens de stand van het straftoemetingsrecht kritisch onder de loupe. Dat het systeem van de straftoemetingskaders het daarbij moet ontgelden is niet verwonderlijk. Daarop bestaat al langer kritiek.⁹ Er is sprake van een zekere wildgroei in straftoemetingskaders. De kaders zijn vaak heel ruim. De bovengrens komt zelden in zicht, terwijl er zich wel problemen voordoen aan de ondergrens. Kaspar pleit voor aanpassing en vereenvoudiging. Als de rechter in een straftoemetingskader uitkomt is het voor hem de vraag waarmee het betreffende geval te vergelijken valt om zich te oriënteren op de strafmaat. Dat is ook niet onproblematisch, maar het lijkt hem niet zinvol aan de bestaande situatie iets te veranderen (als ik het betoog goed begrijp). Onderscheid wordt gemaakt tussen het doorsnee-geval, het midden van alle gevallen, en het regel-geval, het geval dat het meeste voorkomt dan wel het gemiddelde van de feitelijke gepleegde feiten. In plaats van het telkens per delict regelen van minder ernstige en bijzonder ernstige gevallen zou volgens Kaspar een algemene regeling van minder ernstige gevallen beter zijn, waarbij van een minder ernstig geval sprake zou moeten zijn bij het zwaarder wegen van matigingsgronden. In de voorstellen voor hervorming van het straftoemetingsrecht wordt dit uitgewerkt in de vorm van

7 Zie voor een genuanceerd beeld daarvan o.m. T. Bliesener, S. Fleischer, 'Sanktionsbedürfnisse in der Bevölkerung – Einigkeit im Trend zu härteren Strafen?', in: *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2017, p. 201 e.v.

8 Pp. 27, 31, 45.

9 Zie o.m. M. Hettinger, 'Die Deutung der minder schweren Fälle im System der Einheitsfreiheitsstrafe: Ein besonders schwerer Fall- Zur derzeitigen Regelung und zu Alternativen', in: *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2017, p. 241 e.v.

nadere omschrijvingen, oriëntatiepunten en bandbreedtes en op basis van empirisch onderzoek van bepaalde standaardsituaties. Dit lijkt deels te tenderen naar oriëntatiepunten Nederlandse stijl.¹⁰

Kaspar vindt de bepaling van § 46 StGB als poging om duidelijkheid over de grondslagen van de straftoemeting te scheppen niet geslaagd.

Kaspar vindt de bepaling van § 46 StGB als poging om duidelijkheid over de grondslagen van de straftoemeting te scheppen niet geslaagd. *“Der Gesetzgeber sagt hier nur, dass die Strafe an der (nicht näher definierten) ‘Schuld’ zu orientieren ist – welcher Zweck damit verfolgt wird, bleibt offen”*. Dat de schuld ook een (boven)grens van de strafzwaarte inhoudt, wordt uit de tekst evenmin duidelijk. De verhouding tussen de gevolgen van de straf en de schuld in de beoordeling is ook niet duidelijk. Uit onderzoek lijkt te blijken dat de eigen opvattingen van de individuele rechter over doelen van de straf van gewicht zijn. In Nederland zien we iets dergelijks ook.¹¹ Het bebezigde begrip ‘Schuld’ is ook al niet duidelijk genoeg. Een nieuwe regeling zou volgens Kaspar meer duidelijkheid moeten brengen over doelen en beginselen.¹²

Kaspar staat ook stil bij strafbeïnvloedende omstandigheden. Mèt Schäfer/Sander/Van Gemmeren heeft hij onder meer kritiek op de praktijk waarin in geval van recidive te frequent en te ongenueanceerd straffen worden verhoogd. Hij spreekt van “drastische Straferhöhung” in de praktijk. Hij stelt bepaalde criteria voor.¹³ Ook op waardering van de omstandigheid die het gedrag van de verdachte na het feit betreft heeft Kaspar commentaar. In de wet zou moeten worden bepaald dat gedrag van de verdachte na het feit als uitgangspunt niet als strafverzwarende omstandigheid mag worden beschouwd. De wet zou ook een aantal andere omstandigheden moeten noemen dan thans. Daartoe behoren medeverantwoordelijkheid van het slachtoffer, het lange tijdsverloop sinds het feit, buitengewone nadelen voor de dader en bijzondere gevoeligheid voor gevangenisstraf (*Strafempfindlichkeit*).

Kaspar is daarna gauw – maar goed gemotiveerd – klaar met de vraag of een systeem van straftoemetingsrichtlijnen als de Amerikaanse federale straftoemetingsrichtlijnen voor

¹⁰ Kaspar verwijst naar de rechtspraak van het BGH waarin uitgangspunten voor de strafmaat bij belastingontduiking zijn aangegeven, p. 111.

¹¹ Vgl. mijn bijdrage over de oriëntatiepunten elders in deze aflevering.

¹² P. 65.

¹³ P. 68. Lees: ‘Strafumessungspraxis’.

Duitsland aanbeveling verdient. Evenals in Nederland bestaat in Duitsland weinig enthousiasme over die federale richtlijnen als te volgen voorbeeld. Door de beperking van het aantal in aanmerking te nemen factoren betekent dat systeem het einde van maatwerk, zodat van inhoudelijke gelijke behandeling geen sprake is. Het strafmaatniveau van de richtlijnen is draconisch, terwijl flexibiliteit ‘naar beneden’ ontbreekt.¹⁴ Het bestek van het preadvies bood onvoldoende ruimte om op richtlijnen van de deelstaten in te gaan, schrijft Kaspar. Omdat er aanzienlijke onderscheiden bestaan tussen een aantal systemen van deelstaten (waaronder dat van Minnesota) en het federale systeem zou dit in theorie verschil hebben kunnen maken.

Vervolgens komt een aantal constitutionele punten aan de orde. Op grond van het rechtszekerheidsbeginsel zouden de straffoemeterskaders minder ruim moeten worden geformuleerd, met name door de bovengrens te verlagen. In verband met het recht op gelijke behandeling bespreekt Kaspar de problematiek van ongelijkheden in straffoemeting. Die kunnen een gevolg zijn van de eis van het leveren van ‘maatwerk’ in elk individueel geval. Zoals eerder opgemerkt, wordt in de praktijk gewerkt met (wat wij zouden noemen) ‘lijstjes’: informele strafmaattabellen bij lichtere en middelzware delicten. Niettemin zouden de mogelijkheden van differentiatie behouden moeten blijven. Over het evenredigheidsbeginsel en schuldbeginnel merkt Kaspar op dat zij elkaar aanvullen en elkaar deels overlappen. Bij een hervorming van het straffoemetersrecht zou *“der in der StrZmpraxis feststellbare status quo vergleichsweise milder Sanktionierung gesichert und zugleich weiterer Raum für vertretbare Sanktionsmilderungsstrategien eröffnet werden”*.¹⁵

Na onder meer een beschouwing over het rechterlijke karakter van de beslissing over de straffoemeting werpt Kaspar de vraag op naar de legitimatie van de oriëntatie aan de gebruikelijke strafmaat (“üblicher Strafmaß”). Ook het BGH zou daarnaar af en toe verwijzen, in gevallen waarin sprake is van een sterke afwijking van de gebruikelijke strafmaat. De rechter moet zich in beginsel wel steeds op de individuele schuld richten. Met een aangepaste motivering zijn beide aspecten wel te verenigen. Maar de houding van het BGH leidt ertoe dat de lagere rechters hierover niet transparant zijn en eerder van een soort ‘schijnindividualisering’ sprake is (p. 101/2). De moeilijkheid is het ontbreken van statistische gegevens over de gebruikelijke strafmaat.

De moeilijkheid is het ontbreken van statistische gegevens over de gebruikelijke strafmaat.

¹⁴ P. 84.

¹⁵ P. 92/3.

Voor zowel de feitenrechter als de cassatierechter bestaat er behoefte aan empirisch onderzoek en statistische gegevens over de gebruikelijke strafmaat.

Voor zowel de feitenrechter als de cassatierechter bestaat daarom behoefte aan empirisch onderzoek en statistische gegevens over de gebruikelijke strafmaat. Hij sluit aan bij zijn visie dat het doel van de straf is gelegen in de positieve generale preventie, welke betrekking heeft op algemeen gedeelde maatschappelijke opvattingen over waarden. Kaspar koppelt hieraan de aanbeveling dat er een straftoemittingscommissie zou moeten komen die – niet-bindende – aanbevelingen voor bepaalde delictscategorieën zou ontwikkelen.¹⁶ Ik begrijp dat de aanbevelingen niet louter een weergave van de bestaande praktijk zouden inhouden. *“Die bisherige Praxis ist dabei ausdrücklich nur ein Ausgangspunkt, der mit den sonstigen Ergebnissen empirischer Untersuchungen zu Strafbedürfnissen der Bevölkerung abgeglichen und ggf. modifiziert werden sollte.”*¹⁷ Ook zou er een databank voor de straftoemeting moeten komen.¹⁸

Hoe de voorstellen van Kaspar op de Deutscher Juristentag ontvangen zijn, is op het moment van schrijven van deze bijdrage niet bekend. Zou het erg gewaagd zijn te verwachten dat men het over de voorstellen niet eens zal worden? Besprekingen van de doelen van het straf(toemittings)recht plegen alleen al tot aanzienlijke meningsverschillen te leiden. De ervaringen in Nederland met het opzetten van een databank voor de straftoemeting tot nu toe lijken tot een verwachting van een lage slagingskans te leiden. Maar als het lukt in Duitsland een databank te ontwikkelen, zou die tot voorbeeld voor Nederland kunnen strekken. Dat de door Kaspar beoogde commissie zich bij het formuleren van aanbevelingen niet alleen op de bestaande praktijk van de straftoemeting richt, is in méér dan één opzicht een goede gedachte. Straftoemeting behoort een dynamische aangelegenheid te zijn en niet beperkt te zijn tot een vastlegging van de praktijk van strafopleggingen, zoals voorop lijkt te staan bij de Nederlandse oriëntatiepunten voor de straftoemeting.

Mr. J.A.W. Lensing is senior raadsheer in het Hof Arnhem-Leeuwarden en voorzitter van de Commissie rechtseenheid en is redacteur van dit blad.

¹⁶ P. 100-103.

¹⁷ P. 114. Vgl. voor Nederland in dit verband het rapport van de Werkgroep straftoemittingsinstrumentarium, waarover in *Straftoemittingsbulletin* 2011/1, p. 2.

¹⁸ P. 115.

