

Rechtsgemiddelden

Althans zo staat dat in de wet. Maar onder druk van de politieke mega-plannen op het terrein van de strafrechtelijke rechtshandhaving en het op basis daarvan ontwikkelde eenzijdige beleid in termen van 'hoe efficiënter, hoe beter', doet het OM wel vaker dingen die niet in de wet staan. De legitimiteit van ambities is sterk afhankelijk van het vermogen om eerst datgene naar behoren te doen wat tot de meest elementaire taken moet worden gerekend. Daartoe behoort in elk geval het toezicht op het werk van de politie die in ons stelsel in belangrijke mate bepaalt op basis waarvan iemand wordt veroordeeld. Daartoe behoort natuurlijk ook een consistente advisering op het gebied van de straftoemeting. Er zijn signalen dat er voor de klassieke functies binnen de cultuur van het OM weer meer aandacht komt. Ik verwijs naar mijn artikel in NJB 92/26/p. 813 e.v.

Intussen hoop ik, tegen beter weten in, en bid ik, heel soms en heel stiekem, vlak voor het slapen gaan, dat de Hoge Raad, tenminste gedeeltelijk, op zijn *audit*-rechtspraak zal terugkomen. Ik heb prachtige zinnen in mijn hoofd om dat moment te vieren. Mag een strafjurist soms nog dromen hebben? □

T.M. Schalken is hoogleraar strafrecht en strafprocesrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

Rechters kennen elkaars beleid niet. Daardoor ontstaan verschillen in straftoemeting. Een databank kan te hulp worden geroepen, maar niet zonder rechtspolitieke beslissingen. Wanneer daarbij wordt aangesloten op het bestaande systeem van het Openbaar Ministerie gaat het om een technisch eenvoudige operatie. Als de databank er is kan het de rechter worden verweten wanneer hij nalaat deze te raadplegen.

Het in *Trema* gepubliceerde onderzoek van Berghuis¹ bevestigt een vermoeden van het gezonde verstand: rechtbanken ontwikkelen een eigen straftoemetingsbeleid. Daardoor ontstaan per rechtbank grote verschillen tussen de hoogten van de opgelegde straf voor gelijksoortige misdrijven.

Verschillen kunnen evenwel legitiem zijn. Ze zouden kunnen worden ingegeven door feitelijke omstandigheden zoals de ernst van het feit, de persoon van de dader, die afwijken van het gemiddelde. Afwijkingen in straftoemeting kunnen worden afgezet tegen een objectief gemiddelde, dat wil zeggen tegen een standaard die niet wordt bepaald door de persoon van de rechter. Deze werkwijze wordt onder meer voorgestaan door Prof. Leijten, Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad.²

Vakkennis

Om straffen op deze wijze te bepalen en te motiveren moeten de gemiddelde straffhoogten per delict bekend zijn. Inzicht in strafgemiddelden behoort in deze visie derhalve tot de vakkennis van de rechter. Naar aanleiding van genoemd onderzoek wordt betreurd dat die vakkennis niet beschikbaar is en wordt aanbevolen om de computer te hulp te roepen. Deze zou dan databanken bevatten met behulp waarvan de rechter zich op de hoogte kan stellen van relevante gemiddelden.

De gedachte dat automaten van nut kunnen zijn voor de rechtspraktijk is niet van vandaag. Nog vóór de eerste commerciële computer in 1952 werd geïnstalleerd bij de universiteit van Manchester, hadden de Amerikaanse jurist Loevinger³ en de Engelse logicus Turing⁴ de vragen behandeld of een computer zou kunnen rechtspreken respectievelijk zou kunnen denken. Enschedé heeft als eerste op het belang van onderzoek naar strafvormingsmechanismen gewezen.⁵ Zijn aanbeveling werd opgepakt door Franken, die als eerste de computer te hulp riep⁶ bij zijn onderzoek naar het vervolgingsbeleid van het OM en naar rechterlijke strafvorming. Hij bepleitte voorts het invoeren van richtlijnen. De straftoemetingstheorieën van Hulsman inspireerden De Mulder e.a. tot experimenten met een computerprogramma, dat zelfstandig tot de hoogte van straffen komt.⁷ In juni 1991 beschreef Van den Herik bij de aanvaarding van zijn ambt als hoogleraar juridische informatica te Leiden de huidige stand van de techniek (die inmiddels, in zekere zin misleidend, kunstmatige intelligentie wordt genoemd). Hij wees onomwonden op de betekenis die de computer kan hebben voor de rechtszekerheid.⁸

NOTA

Er bestaat een Nederlandse Organisatie voor Technologisch Aspectenonderzoek (NOTA) die zich bekommert om de maatschappelijke gevolgen van technologie. Tijdens een werkgroepbijeenkomst van de NOTA ontmoette Van den Herik een geestverwant in Van den Berg, de projectleider van het ontwikkelteam van COMPAS (Communicatiesysteem Openbaar Ministerie - Parket Automatiserings Systeem; het veelomvattende informatiesysteem voor het Openbaar Ministerie). Zij besloten een verkennend onderzoek in gang te zetten naar de mogelijkheid om een kennissysteem te vervaardigen dat, met behulp van de in COMPAS geregistreerde gegevens, officieren van Justitie zou kunnen adviseren bij het vaststellen van de eis. COMPAS registreert onder meer (en sinds kort) het delict, de eis en de opgelegde straf van alle strafzaken.

COMPAS

Voor zijn dissertatie had Schmidt in 1987 een kennissysteem ontwikkeld waarmee afwijkingen in het beleid bij de verlening van de voorwaardelijke invrijheidstelling konden worden opgespoord en waarmee gemotiveerde afwijkingen konden worden geregistreerd.⁹ De voorwaardelijke invrijheidstelling was evenwel al afgeschaft (1986) toen het systeem gereed was. Zijn bijdrage werd er daardoor meer een aan de zuivere dan aan de toegepaste wetenschap.

De structuur van het systeem uit 1987 leek sterk op wat Van den Herik en Van den Berg voor ogen stond, zodat de technische realiseerbaarheid met vertrouwen tegemoet kon worden gezien. Er werd een projectteam samengesteld uit medewerkers van de Leidse Rechtenfaculteit (Schmidt, Van der Klaauw-Koops, Kortenhorst en Egter Van Wissekerke) dat het eigenlijke werk weer uitbesteedde aan twee studentes (Haffmans en De Koning) die een stage gingen lopen bij COMPAS om de te formaliseren juridische kennis te analyseren.

De eerste fase van het project is inmiddels afgesloten: een blauwdruk voor een kennissysteem dat aan officieren van

Hester de Koning is part-time werkzaam bij een documentatieproject dat door de afdeling Recht & Informatica en het Informatiecentrum voor infrastructuur en milieu (Icm) gezamenlijk wordt uitgevoerd.



Justitie met behulp van de gegevens in COMPAS adviezen geeft over de hoogte van de te vorderen straf in gevallen van diefstal in de nachtelijke uren, zware mishandeling en heling is neergelegd in een rapport van Haffmans en De Koning. Het bevat enkele interessante beschouwingen over de betekenis van gemiddelden in het strafrecht.

Het gelijke gelijk

Het bepalen van een gemiddelde is eenvoudig, als het om geldbedragen gaat. Hetzelfde geldt voor dagen gevangenisstraf of hechtenis, voor voorwaardelijke gevangenisstraf en voor werkuren die gelden als alternatieve sanctie. Moeilijker wordt het, als we verschillende soorten straffen willen vergelijken. Eén dag onvoorwaardelijke gevangenisstraf is een zwaardere straf dan een geldboete van 10 gulden. Hoe ligt die verhouding als de geldboete f 10 000 bedraagt? Welk gewicht leggen voorwaardelijke straffen in de schaal?

Wie een gemiddelde strafmaat wil berekenen moet beschikken over een model, met behulp waarvan verschillende strafsoorten kunnen worden vergeleken. Berghuis rekende alles om naar (equivalenten van) dagen onvoorwaardelijke gevangenisstraf. Eén dag onvoorwaardelijke gevangenisstraf stelde hij equivalent aan een geldboete van 50 gulden. Alle 'vrijheidsbeperkende' straffen en maatregelen (als dienstverlening, ontzegging rijbevoegdheid, ondertoezichtstelling) werden equivalent geacht aan 25 dagen gevangenisstraf. Plaatsing in een inrichting voor geestelijke gezondheid (tbs) geldt als twee jaren gevangenisstraf.

Omdat het gaat om het vergelijken van appels en peren is elk model aanvechtbaar; dat Berghuis' model zal worden aangevallen kan dan ook veilig worden voorspeld. Voor zover de bezwaren zijn conclusies betreffen (dat er statistisch gezien grote verschillen in straftoemeting per arrondissement bestaan) snijden ze weinig hout. Bij statistische overeenstemming binnen rechtbanken, gecombineerd met statistische verschillen tussen rechtbanken kan *onafhankelijk* van het model de hypothese worden verdedigd dat de verschillen in belangrijke mate worden veroorzaakt door een gebrek aan communicatie tussen rechtbanken, terwijl de overeenstemming het natuurlijk gevolg is van de communicatiemogelijkheden binnen een rechtbank.



Aernout Schmidt is
universitair
hoofddocent bij de
afdeling Recht &
Informatica en is
voorts part-time
verbonden aan het
facultaire
onderzoeksinstituut
van de Faculteit der
Rechtgeleerdheid
(beide RUL).

Ieder het zijne

Bezwaren tegen Berghuis' model zijn beter op hun plaats, wanneer het door de rechter zou worden gehanteerd als maatstaf voor rechtsgelijkheid bij de individuele straftoemeting. Het is immers niet voor niets dat ons huidige strafrecht verschillende straffen en maatregelen kent. Hiermee heeft de rechter een repertoire aan sanctiemiddelen tot zijn beschikking waaruit hij put in individuele gevallen (binnen de door de wet gestelde grenzen).

Welke straf een rechter in een specifiek geval oplegt, is onder meer afhankelijk van het doel van straf. Rond de eeuwwisseling, toen ons strafrecht werd ingericht, streden twee richtingen om de voorrang. De klassieke richting ging uit van de vergeldingsgedachte: lik op stuk. De moderne richting ging uit van de idee dat de straf de delinquent moet beïnvloeden: de speciale preventie.

Tegenwoordig wordt als belangrijk doel van straf de speciale preventie gezien. In feite komt dit neer op het willen verbeteren van de verdachte. Omdat iedere verdachte anders is, wordt de toemeting van straf geïndividualiseerd. Op welke wijze doen rechters dat eigenlijk? Welke factoren spelen bij de straftoemeting een rol?

Er is veel empirische onderzoek gedaan naar deze factoren.¹⁰ Uit deze onderzoeken komt een flink aantal invloeden naar voren, onder te verdelen in drie categorieën: daad-factoren

(soort misdrijf, tijdstip, gebruik van hulpmiddelen, slachtoffer), dader-factoren (leeftijd, geslacht, nationaliteit) en strafrechtelijk-procesfactoren (arrondissement, aanwezigheid en inhoud psychiatrisch rapport). Onderzoekers zijn het erover eens dat deze factoren van invloed zijn. Over de omvang van de invloed bestaat geen eensgezindheid.

Rechtszekerheid en discriminatie

De omstandigheid dat deze factoren feitelijk van invloed zijn betekent nog niet dat ze moeten meetellen in een model dat gebruikt wordt bij straftoemeting. Sommige factoren, zoals nationaliteit, discrimineren in de zin van artikel 1 van onze Grondwet.

Van andere factoren lijkt dit zo op het eerste gezicht, maar er zijn tegenargumenten. Twee voorbeelden: (1) vrouwen krijgen relatief minder vaak een gevangenisstraf opgelegd dan mannen; er zijn evenwel geen half-open gevangenissen voor vrouwen, waardoor gevangenisstraffen van gelijke duur voor vrouwen zwaarder kunnen wegen dan voor mannen; (2) wie rond moet komen van een uitkering krijgt vaker gevangenisstraf opgelegd dan een werkende; misschien is de omstandigheid dat een geldboete niet kan worden betaald hier een gegronde reden.

Gezien het voorgaande geldt òf wel dat wat op het eerste gezicht discriminatie lijkt dat ook is, òf wel dat er legitieme redenen zijn om onderscheid te maken. Legitiem onderscheid bij straftoemeting berust op rechtspolitieke keuzen.

Rechtspolitieke keuzen

Er zijn vele gebieden waarop de straftoemeting effect heeft. Moet daarmee rekening worden gehouden bij de eis? Dit geldt met name samenloop met maatregelen en andere mogelijke bijkomende administratieve sancties. Er is in Nederland bijvoorbeeld een beleid voor het ongewenst verklaren van 'le-gale' vreemdelingen. Als daarbij de duur van een opgelegde gevangenisstraf mede een criterium is, kan een heel klein verschil in strafhoogte een groot verschil betekenen voor het effect van de straf op het leven van de delinquent. Moet de officier daarmee bij zijn eis rekening houden? Moet de rechter weten of de straf die hij gaat opleggen tot een ongewenstverklaring zal leiden of niet? Hoe kan een rechter te weten komen of andere rechters hiermee bij de straftoemeting gewoonlijk rekening houden?

1. A.C. Berghuis, *De harde en de zachte hand – een statistische analyse van verschillen in sanctiebeleid*, Trema maart 1992, p. 84-93.

2. Prof. J.C.M. Leijten in: *NJB-speciaal Rechterlijke Samenwerking '89*, p. 1660 e.v.

3. L. Loevinger, *Jurimetrics, the next step forward*, Minnesota Law Review april 1949, herdrukt in: *Jurimetrics Journal* september 1971, p. 3-41.

4. A.M. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, *Mind*, 59, p. 430-460.

5. Ch.J. Enschedé, *Motivering en motief*, Zwolle 1959.

6. H. Franken, *Vervolgingsbeleid*, Arnhem 1973; H. Franken, *Maat en regel*, Arnhem 1975.

7. R.V. de Mulder e.a., *Sentencing by computer: an experiment*, Oslo 1982.

8. H.J. van den Herik, *Kunnen computers rechtspreken?*, Arnhem 1991.

9. A.H.J. Schmidt, *Pallas ex Machina*, diss. Leiden, Lelystad 1987.

10. Een greep uit deze onderzoeken: A.C. Berghuis, L.C.M. Tigges, *Voorlopige hechtenis: toepassing, schorsing en zaken met lange duur*, WODC-onderzoek, Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage 1981; P.C. van Duyn, *Beslissen in eenvoud*, diss. Leiden, Arnhem 1983; R.W. Jongman, H. Timmerman, G. Kannegieter, *Werklozen voor de rechter*, Tijdschrift voor Criminologie 1984, p. 245/255; R.W. Jongman, T. Schilt, *Gelet op de persoon*

van de verdachte, TvC 1976, p. 273-287; G. Kannegieter, J. Strikwerda, *Straffen op Maat*, Criminologisch Instituut, Groningen 1988; F.W.M. van Straelen, C. van der Werff, *Gelet op de ernst van het gepleegde feit*, TvC 1977, p. 3-17; H. Timmerman, G. Breembroek, *Sekse en straftoemeting*, TvC 1986, p. 88-96; H. Timmerman, J. Bosma, R. Jongman, *Minderheden voor de rechter*, TvC 1986, p. 56-71; Verwoerd, *Op zoek naar de juiste strafmaat*, TvC 1986, p. 111-127; O.J. Zoomer, *de strafvordering en de straftoemeting in gevallen van zware criminaliteit*, WODC-onderzoek, Ministerie van Justitie, 's-Gravenhage 1981.

Er moeten bij het inrichten van een straftoemingsdatabank rechtspolitieke keuzen worden gemaakt.

Bij het opstellen van een model voor gemiddelde strafhoogte moeten ten aanzien van dit soort vragen beslissingen worden genomen. Er moeten derhalve al bij het inrichten van een straftoemingsdatabank rechtspolitieke keuzen worden gemaakt. Voor het bovenbeschreven project is hiervoor overleg gaande met het OM. In een systeem voor het OM moeten de rechtspolitieke keuzen gemaakt worden door de opdrachtgevers/gebruikers – niet door de ontwerpers. Omdat rechters een (ook van het OM) onafhankelijke positie hebben is een strafvorderingsdatabank voor het OM niet geschikt als straftoemingsdatabank voor rechters. De rechterlijke macht dient, onafhankelijk, zijn eigen ontwerpbeslissingen te nemen. Rechters hebben geen behoefte aan richtlijnen, maar aan informatie.

Automatisering

Wanneer duidelijk is wát moet worden geautomatiseerd, kan met de huidige stand van de techniek erg veel worden gerealiseerd. Nadat de rechtspolitieke hordes zijn genomen is het zeker mogelijk om met behulp van de computer de voor rationele straftoeming benodigde gemiddelden te bepalen. COMPAS bevat voldoende informatie om als uitgangspunt te dienen. Het bevat gegevens over de verdachte, het overtreden artikel, gradaties (met hoeveel km/u de snelheidsnorm is overschreden, hoeveel promille alcohol etc.) en over het verloop van het strafproces.

Het voorgestelde systeem individualiseert de gemiddelde hoogte van de straf nu als volgt: de basis van de (volgens het model) relevante gegevens van de voorliggende casus worden in COMPAS geregistreerde meest gelijkende gevallen geselecteerd. Over die selectie worden de gemiddelden berekend. Deze worden onderscheiden naar strafsoort gepresenteerd, waarbij eerdergegeven motiveringen bij afwijkingen kunnen worden ingezien. De aangeboden standaard is zo niet alleen geïndividualiseerd naar soort delict, maar ook naar soort verdachte en naar soort straf.

Rechtszekerheid en discretionaire bevoegdheid

Tenzij er van wordt uitgegaan dat menselijke rechters *qualitate qua* optimaal functioneren, is er ruimte voor kwaliteitsverbetering. Wanneer wordt aangenomen dat die ruimte er is, ligt het voor de hand te onderzoeken hoe aan kwaliteitsverbetering kan worden bijgedragen. Wanneer dat gebeurt met behulp van computerprogramma's, moet de vraag onder ogen worden gezien of automatisering van rechterlijke taken onwenselijke maatschappelijke neveneffecten heeft. In een democratie kan deze vraag niet effectief worden beantwoord door een enkel individu.

Daarvoor is een brede discussie gewenst en noodzakelijk, die

door NOTA dan ook wordt gevoerd en gestimuleerd. Overwogen moet worden hoe zwaar bij de straftoeming aan rechtszekerheid (één van de sterke punten van computertoe-passingen) wordt getild. Daartegenover moet worden afgewogen hoeveel ruimte er blijft voor de rechterlijke discretionaire bevoegdheid. Wat dit laatste betreft is de computer alleen geschikt om afwijkingen te signaleren en om motiveringen van afwijkende straffen te registreren en te tonen.

Het evenwicht tussen rechtszekerheid en discretionaire bevoegdheid is een oeroud en essentieel discussiepunt van rechtspolitieke aard. Te veel rechtszekerheid en te weinig discretionaire bevoegdheid fixeren het recht en leiden tot haar vervreemding van de maatschappij. Het omgekeerde tast het maatschappelijk draagvlak van de rechtsstaat eveneens aan en vernietigt haar uiteindelijk: discretionaire bevoegdheid wordt dan een eufemisme voor willekeur.

Effectiviteit, privacy en openbaarheid van bestuur

Een ander bekend neveneffect van geautomatiseerde administraties is de toegenomen mogelijkheden voor toezicht. In een goed functionerende rechtsstaat is er een aanvaardbaar evenwicht tussen de effectiviteit van het justitiële apparaat en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. (Automatische) registratie vergroot de mogelijkheden voor effectief toezicht. Hierdoor worden eveneens de mogelijkheden voor inbreuk op de persoonlijke levenssfeer vergroot. De vrees voor inbreuk in de persoonlijke levenssfeer verhindert soms de aanvaarding van geautomatiseerde registraties.

In strafvorderings- en straftoemingsdatabanken worden aspecten van eerdere strafzaken geregistreerd en getoond. De persoonlijke levenssfeer van de delinquent moet daarbij natuurlijk worden gerespecteerd. Het geheim van de raadkamer eveneens. Voor het overige pleit het streven naar openbaarheid van bestuur evenwel voor toegankelijkheid. De informatie die op deze wijze beschikbaar komt is immers niet alleen van belang voor de rechterlijke macht en het OM: ook voor de delinquent en diens raadsman is deze informatie van betekenis.

Informatie en verwijtbaarheid

De verwijtbaarheid van gedrag berust meestal op kennis. Wanneer een knecht met water verdunde melk uitvent, zonder dat hij weet of weten kan dat de melk door zijn baas verdund werd, wordt hem dat niet verweten.¹¹ Wanneer een rechter een bepaalde straf oplegt, zonder dat hij weet of weten kan dat die straf onevenredig zwaar is, wordt hem dat evenmin verweten. Toename van (de beschikbaarheid van) kennis kan zo leiden tot vergroting van verwijtbaarheid. De informatietechnologie speelt hierbij een belangrijke rol, doordat zij de beschikbaarheid van informatie spectaculair verhoogt. Zo maakt een kleine uitbreiding van COMPAS het in beginsel voor rechters mogelijk om straftoeming te relateren aan een op het voorliggende geval toegesneden gemiddelde. Zodra die mogelijkheid is verwezenlijkt, kan het de rechter worden verweten wanneer hij van deze informatie geen kennis neemt.

Bij de huidige stand van zaken staat een uitbreiding van COMPAS alleen ter beschikking van officieren van Justitie. Mutatis mutandis geldt voor officieren van Justitie dat het hen kan worden verweten, wanneer zij bij het opstellen van

Rechters hebben geen behoefte aan richtlijnen, maar aan informatie.

een eis geen kennis zouden nemen van bedoelde informatie, zodra die beschikbaar is. Het lijkt ons overigens zeer wel mogelijk om COMPAS ook toegankelijk te maken voor rechters, zonder afbreuk te doen aan hun in het straitsrecht verankerde onafhankelijkheid.

Wat nu?

Om tot een zinvol model van straftoemeting te komen, is het noodzakelijk om gemiddelden te differentiëren. Eén gemiddelde straf is onvoldoende. Gedifferentieerde gemiddelden berusten op rechtspolitieke keuzen. Het is daarom nodig om onderzoek te doen naar de factoren die voor legitieme differentiatie zorgen.

Het gebruik van een straftoemetingsmodel heeft neveneffecten. De verhoudingen tussen rechtszekerheid en discretionaire bevoegdheid, alsmede die tussen effectief bestuur en privacy komen in beweging. Deze verhoudingen zijn voor de rechtsstaat van existentieel belang. Dit is in overeenstemming met de bevindingen van de tweede commissie Franken in haar rapport over onderzoek dat nodig is naar de juridische vraagstukken die ontstaan door het gebruik van informatietechnologie.¹²

Als we iets kunnen weten, is die wetenschap de basis voor verwijtbaarheid. Er is derhalve nog een heel ander gevolg van het gebruik van informatietechnologie: de toename van het volume van beschikbare informatie kan de grenzen van de verwijtbaarheid verruimen.

Als verschillen in strafmaat niet kunnen worden gemotiveerd, zijn ze niet aanvaardbaar. Wanneer we in staat zijn informatie te verschaffen die de noodzaak van dergelijke verschillen wegneemt, kan ons nalatigheid worden verweten wanneer we de gevraagde inspanning niet leveren. □

11. HR 14 febr. 1916, NJ 1916, 681.

12. H. Franken e.a., *Informatietechnologie en recht*, Rapport van de tijdelijke adviescommissie Informatietechnologie en Recht met betrekking tot de opzet van onderzoek op het gebied van informatietechnologie en recht, Lelystad 1991.