



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Wegen voor behoorlijke straftoemeting
Brenninkmeijer, A.F.M.

Citation

Brenninkmeijer, A. F. M. (1994). Wegen voor
behoorlijke straftoemeting. Retrieved from
<https://hdl.handle.net/1887/3043>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive
license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3043>

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

Wegen voor behoorlijke straftoemeting

prof. mr. A.F.M. Brenninkmeijer*

Gelijkheid

Er is een hechte band tussen recht en gelijkheid. De algemeenheid van de wet waarborgt bij juiste toepassing gelijke behandeling van gelijke gevallen. Een van de macro-ontwikkelingen in ons recht betreft deze gelijkheid. Steeds meer maatschappelijke onderwerpen worden gejuridificeerd en een van de oogmerken daarbij is het bevorderen van gelijkheid door regelgeving. Niet kan worden gezegd dat in het verleden de volledige maatschappelijke werkelijkheid in de ogen van juristen niet onderworpen was aan het recht. Juridificeren betekent echter dat veel maatschappelijke verbanden en verhoudingen specifiek onder toepassing van de 'rechtstechniek' bewerkt worden. Gelijke behandeling van vrouwen en mannen als maatschappelijk probleem leidde tot het invoeren van regels (de gelijkheidsnorm) en het scheppen van regels die de ongelijke behandeling van vrouwen en mannen zou moeten beïnvloeden. Deze ongelijke behandeling betreft dan de feitelijke verdeling van lusten en lasten, macht, geld en invloed. De gelijkheidsnorm werd tot een wapen in de strijd. Uit deze beschrijving blijkt dat het om een strijd gaat op elementair maatschappelijk niveau.

De juridificering van de samenleving heeft verstrekende gevolgen. Voor zover het recht eigens niet bij betrokken is en voor zover de nakoming van rechtsaanspraken niet afgedwongen wordt, worden menselijke verhoudingen door de feitelijke verhoudingen beheerst: macht, geld en invloed. Een voorbeeld vormt de verhouding tussen vrouwen en mannen niet op de

* De auteur is hoogleraar burgerlijk procesrecht aan de Universiteit van Amsterdam en lid van de Centrale Raad van Beroep.

- publieke - arbeidsmarkt doch in de beslotenheid van een relatie. Mag de man de vrouw 'nemen' wanneer hij wil, mag de vrouw zich verzetten en als zij zich verzet is er dan sprake van verkrachting?

De gehoorzaamheid van de vrouw aan de man gold historisch gezien in onze cultuur als uitgangspunt. Vanaf het moment dat die gehoorzaamheid niet meer gold, ontstond de situatie dat verkrachting binnen een relatie en de strafbaarheid daarvan relevant konden worden. De beschadigde vrouw kan aangifte doen. De rechter zal oordelen welke straf de man krijgt. De fysieke verhouding tussen vrouw en man - zelfs in de besloten sfeer van de relatie - is hiermee gejuridificeerd. De willekeur van een weinig liefdevolle man is daarmee terug te dringen. Daar gaat het om: het terugdringen van willekeur die voort kan vloeien uit machtsuitoefening. Het is niet de bedoeling dat steeds over verkrachting geprocedeerd wordt, het is de bedoeling dat de man zijn poten thuis houdt. Zo zal het ook gebeuren.

De aandacht die in de media is ontstaan voor incest en de strafrechtelijke vervolging ervan is (zij het misschien langzaam) van invloed op de incestplegers. Wat vroeger in stilte gebeurde, kan nu - later - leiden tot een proces waarbij de dader gestraft wordt en dat kan afschrikwekkend werken. Deze voorbeelden die elementaire menselijke verhoudingen betreffen maken duidelijk dat die juridificering zin kan hebben. Daarmee is niet gezegd dat iedere juridificering zin heeft en dat juridificering niet ook nadelige kanten kan hebben. Voor incestslachtoffers en verkrachte vrouwen is het echter gelukkig dat hun leed door het recht aangeraakt kan worden. De juridificering van seksueel geweld laat ook zien dat het recht hier een emancipatoire werking kan hebben. De ongelijke fysieke (en psychologische) machtsverhouding mag niet leiden tot machtsmisbruik; misbruik wordt gestraft.

De juridificering van maatschappelijke verhoudingen betreft vrijwel het gehele maatschappelijk leven. Liefde en vriendschap vormen echter het terrein waarop het recht geen greep heeft en ook niet behoort te krijgen. Wanneer een afspraak tussen vrienden niet nagekomen wordt of wanneer de een de ander de bons geeft dan zal geen rechter zich daarover (kunnen) uitlaten. Voor het overige geldt de opmars van het recht als kenmerk van deze tijd. Elementaire

menselijke bezigheden als het bewerken van het land en het houden van vee zijn verworden tot ingewikkelde productieprocessen waarbij juristen van verschillende disciplines normhandhavend toekijken. Genenmanipulatie, hormonen, ruimtelijke ordening, milieu en mest, melkquota, oormerken, Europa, overheidssteun en mededinging, vormen trefwoorden die staan voor boekenkasten vol jurisprudentie die bij voorbeeld ook het boerenbedrijf in de greep houdt. Van de bevruchting tot de slacht, van de eerste hap tot de mest alles is geregeld in het recht.

Recht kan alleen voor zover al geloofwaardig doorwerken in de werkelijkheid wanneer het algemeen is. Voor een jurist is dit op zichzelf al een vreemde uitspraak 'dat recht algemeen is'. Eerder kies de jurist voor 'Allen zijn gelijk voor de wet'. Het algemene zit in de wet zelf. Recht is per definitie algemeen. Rechtsregels in wetten vastgelegd of niet (ongeschreven recht, beginselen), hebben als kenmerk de algemeenheid ervan. Verkrachting wordt gestraft, is recht. Geen recht is verkrachting wordt soms bestraft, soms niet. Hoe zo? 'Wordt iedere verkrachter bestraft, wordt iedere verkrachting bestraft'. Deze vraag betreft niet de rechtsnorm, maar de uitvoering, de toepassing van de norm. Sommige wetten houden op teel te gelden, omdat geen of geen consequente handhaving plaatsvindt. De wet is algemeen, een ieder is gelijk voor de wet en de wet moet gelijk worden gehandhaafd. Dit vormen de elementaire ingrediënten van een rechtsorde.

Gelijkheid van straffen

Als ik zonder kaartje in de tram zit dan is het de vraag of ik gepakt word. Als ik gepakt word dan krijg ik een standaard-boete van f 60,-, wat ik ook als omstandigheid aanvoer. De bedreiging voor de gelijkheid schuilt bij dit delict in de pakkans. Vroeger speelde nog een rol de inning van de boete, maar sinds de Wet Mulder is dat eenvoudiger. Zou bij de ingang een draaihek staan of zou er weer een conducteur op de tram zitten, waardoor niemand de tram in kan zonder te betalen dan is de handhaving van de norm honderd procent en daarmee is de gelijkheid optimaal. Overigens kan dan de strafbepaling ook afgeschaft worden.

Veel delicten zijn wat gecompliceerder dan het zonder kaartje in de tram zitten. Een in woede gepleegde moord verschilt van een koelbloedig geplande moord. De wet geeft een strafmaximum (levenslang = 15 jaar) en het is aan de rechter om de straf in een bepaald geval vast te stellen. De rechter moet daarbij rekening houden met de omstandigheden. Hoewel in onze rechtscultuur – anders dan in zuidelijker streken – ook een *crime passionnel* niet echt mild bejegend wordt, maakt het groot verschil of het om een recidive huurmoord gaat, of om een wanhoopsdaad. De wet maakt geen onderscheid: moord met voorbedachte raad kent één maximumstraf. Het is de rechter die moet differentiëren. Hier treedt het gelijkheidsbeginsel in een andere gedaante naar voren: niet alleen moet gelijke gevallen gelijk behandeld worden, ook geldt dat ongelijke gevallen naar de mate van hun ongelijkheid ongelijk moeten worden behandeld.

De rechtscultuur heeft hierbij belangrijke invloed. De wetgever zou ook kunnen bepalen dat een ieder die een moord pleegt tot de elektrische stoel veroordeeld wordt. Naar onze maatstaven is die wetgeving wat barbaars, en niet alleen vanwege de bedreiging met de doodstraf, die bij ons grondwettelijk uitgesloten is. De overgang tussen de strafnorm die de rechter wel of geen vrijheid geeft, is heel belangrijk (Kelk, Silvis, 1992). Voor strafbare feiten van gering gewicht en die vaak voorkomen (overtredingen) wordt vaak gekozen voor gefixeerde bedragen. Hoewel de rechter eventueel zelf nog de straf kan matigen, is het uitgangspunt een vaste straf. Voor de andere strafbare feiten vormt de keuzevrijheid voor de rechter bij het vaststellen van de straf een uitgangspunt. Waarom?

Het gelijkheidsbeginsel zoals dat in onze rechtscultuur invulling heeft gekregen, brengt mee dat bij de vaststelling van de strafmaat rekening wordt gehouden met de omstandigheden van het geval. Kernvraag daarbij is ook of het feit dan wel de dader bestraft wordt. Een boete is onpersoonlijk. Een gevangenisstraf heeft echter niet alleen vergeldende betekenis, doch ook eventueel een 'opvoedende'. De terugkeer in de samenleving vormt steeds een aandachtspunt. Uitgangspunt van ons strafrecht is dat de rechter grote vrijheid moet hebben bij het vaststellen van de strafmaat. Bij delicten wordt een strafmaximum aangegeven en als minimum vrijheids-

straf geldt een dag (9 Sr). De rechter is zelfs vrij om in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan, dan wel die zich nadien hebben voorgedaan geen straf vast te stellen (9a Sr).

Kern van de strafrechtspleging vormt de betrokkenheid van de strafbejegening op de persoon van de dader. De straf en dat geldt in het bijzonder voor de vrijheidsstraf is een *ultimum remedium*.

Discretionaire strafbevoegdheden

In ons strafrecht ligt besloten dat de strafmaat bij meer ernstige delicten door de rechter wordt vastgesteld en dat de rechter daarbij niet let op de ernst van het feit alleen. De rechter heeft op grond van de strafwetgeving een discretionaire bevoegdheid om de strafmaat vast te stellen. De discussie over gelijkheid van straffen betekent echter dat de rechter niet volledig vrij is bij het uitoefenen van die discretionaire strafbevoegdheid. De stand van het debat over gelijkheid van straffen op dit moment laat zien dat ook de uitoefening van de discretionaire strafbevoegdheid door de rechter gejuridificeerd wordt. Werd tot voor kort genoeg genomen met een nauwelijks of niet gemotiveerd strafoordeel van de rechter, thans begint het inzicht door te breken dat een strafmotivering niet kan ontbreken. De discussie betreft echter niet alleen de motivering van de straf. Moeten er voor de vaststelling van de strafmaat geen normen gaan gelden?

De klassieke benadering van de strafbevoegdheid van de rechter begint aan betekenis te verliezen. De rechter kan nog zo wijs zijn, nog zo goed opgeleid zijn, het vaststellen van de strafmaat kan wanneer er geen waarborgen voor objectivering zijn, op subjectieve overwegingen berusten. De huidige methode van straftoemeting houdt geen waarborg in dat die subjectieve elementen geen rol spelen. De vraag of er ongelijkheid van straffen plaatsvindt kan moeizaam (Berghuis, 1993a, Fiselier, 1993, Berghuis, 1993b) empirisch beantwoord worden, doch analytisch benaderd, is de vraag of rechters tot gelijke straffen komen heel eenvoudig te beantwoorden nee. De honderden strafrechters die de tienduizenden strafzaken in Nederland jaarlijks afdoen beschikken over onvoldoende

methoden om gelijkheid van straffen te *waarborgen*.

Voorspelbaar is, dat wanneer honderden rechters tienduizenden beslissingen nemen over de strafmaat die beslissingen tot min of meer uiteenlopende resultaten zullen leiden. Ook is voorspelbaar dat tussen rechtbanken verschillen ontstaan, omdat iedere rechtbank – ook op het terrein van het strafrecht – een eigen cultuur ontwikkeld heeft. Bovendien is de motivering van de strafmaat in rechterlijke uitspraken veelal zo vaag en algemeen gesteld dat nauwelijks te controleren valt hoe de strafmaat tot stand is gekomen. Dat stemt ook overeen met de grondslag van de methode die in raadkamer wordt gehanteerd: de verschillende factoren worden gewogen en bij meervoudige rechtspraak onderling bediscussieerd. Uit dat proces valt moeilijk een te rationaliseren verantwoording van een strafmaat in maanden en jaren af te leiden. Het kan zelfs zijn dat er een compromis tot stand is gekomen naar aanleiding van uiteenlopende standpunten in raadkamer. Het geheim van raadkamer leidt er alleen al toe dat de strafmotivering in het vonnis in dat geval wat nietszeggend uitvalt.

Kern van de zaak is echter niet dat de strafmotivering nietszeggend is, doch dat de strafmaatbesluitvorming door strafrechters ongestructureerd, niet gejuridificeerd, is. Langzaam begint het inzicht door te breken dat dat niet verantwoord is. Daarmee wordt gebroken met een traditie in het strafrecht waarin de gelijkheid van straffen *ondergeschikt* is aan het optimaal realiseren van het doel van de bestraffing. Bovendien wordt aanvaard dat ook ingewikkelde besluiten zoals die over de strafmaat nader te rationaliseren zijn, zodanig dat zij ook intersubjectief toetsbaar worden.

De juridificering van de strafmaat

Eerder werd het voorbeeld genoemd van de boete wegens zwart rijden in de tram of de trein. Aanvankelijk had de Minister van Verkeer en Waterstaat ervoor gekozen om die boete vast te stellen op f 100,-. Dit initiatief leidde tot bezwaren tegen deze strafmaat die in verhouding tot andere overtredingen te hoog zou zijn. Met name de kring van kantonrechters verzette zich tegen deze hoge strafmaat. Overleg met de Minister van Justitie leidde

uiteindelijk tot de strafmaat van f 60, (Schalken, 1991) Uit dit voorbeeld blijkt duidelijk hoe de verhouding tussen rechter en politiek is waar het gaat om de strafmaat Ook al zou de Staten Generaal instemmen met een hoge boete voor zwart rijden, dan nog heeft uiteindelijk de rechter het laatste woord, omdat de rechter steeds kan matigen Zelfs al worden boetes veelal buiten de rechter om opgelegd, uiteindelijk geeft de rechterlijke toetsing in een wel voorgelegd geval de doorslag De rechterlijke toetsing verkrijgt langs deze weg een meer algemene strekking

Hiermee is echter niet gezegd dat de politiek geen enkele invloed behoort te hebben op de strafmaat Premier Lubbers heeft bij voorbeeld enkele malen de rechterlijke macht benadeeld met de vraag of de strafmaat wel in overeenstemming is met de ernst van de criminaliteit in Nederland (Lubbers, 1990) De president van de Hoge Raad Royer heeft opgemerkt dat aan de taak van de rechter in het strafrecht inherent is, dat de invloed van de politiek beperkt is De rechter moet een afweging maken in een concreet geval Daarbij is de stem van de officier van justitie die op de hoogte is van alle bijzondere omstandigheden naar verhouding zwaarder dan die van de Minister van Justitie of van de Minister President (Veislag, 1991)

Ten aanzien van het absolute strafniveau heeft de politiek invloed doordat het strafmaximum voor een delict verhoogd kan worden, hoewel hierbij ook inflatie kan dreigen Voorts is het mogelijk dat de politiek de rechterlijke macht erop wijst dat de maatschappelijke waardering van (bepaald) crimineel gedrag gewijzigd is Hiermee is een andere bepalende factor voor de strafmaatbeoordeling door de rechter genoemd de publieke opinie, niet opgevat als de 'waan van de dag' Het strafklimaat in Nederland mag niet autonoom door de rechter bepaald worden, doch is ook afhankelijk van wat alle rechtsgenoten van de strafmaat vinden

De juridificering van de strafmaat is langzamerhand meer op de voorgrond komen te staan Het is moeilijk een keerpunt aan te wijzen doch het debat is beïnvloed door de uitdaging van Jan Leijten aan strafrechtelijk Nederland om het onderwerp gelijkheid van straffen op de agenda te plaatsen (Leijten, 1991) Dat gebeurde in een periode waarin de werkzaamheden van de werkgroep strafrechtsnormen van de

Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) vrijwel geen uitzicht boden op resultaten (Gerbrandy, 1992). Inmiddels was wel in samenwerking met de redactie van het tijdschrift *Delikt en delinkwent* het initiatief genomen om 'strafmaatjurisprudentie' gerubriccerd op te nemen. Het *Tijdschrift voor de rechterlijke macht Trema* heeft in de uitdaging van Jan Leijten aanleiding gevonden om in een speciaal nummer in 1992 schrijvers aan het woord te laten over het onderwerp gelijkheid van straffen. De reactie op dit speciale nummer van *Trema* liet het gelijk van Jan Leijten zien: de publieke opinie bleek gevoelig voor het onderwerp en de stelling van Berghuis in dat nummer dat bewezen kon worden dat er grote verschillen in bestraffing tussen rechtbanken bestaan, bleek voorpaginanieuws voor landelijke dagbladen. Uit deze publieke belangstelling blijkt dat het voor een doorsnee burger moeilijk te plaatsen is dat voor de ene misdaad de ene verdachte een lagere straf krijgt dan de andere.

Toch vormt dit verschil in bestraffing een van de fundamenten van de strafrechtstheorie in Nederland (Kelk, 1992). Bij het vaststellen van de straf en de strafmaat gaat het als gezegd niet zonder meer om de vergelding van de daad, doch om een bestraffing van de dader mede met het oog op zijn terugkeer in de samenleving. De ene dader is de andere niet, zodat het bij een straftoemeting die met dit inzicht in overeenstemming is er ook niet toe doet of de bestraffing 'gelijk' is. Die gelijkheid bestaat niet, omdat nu eenmaal iedere dader anders is. Deze laatste stelling nu ondergaat relativering onder invloed van de reactie van de publieke opinie op de signalering van de ongelijkheid van straffen.

Ongelijkheid door traagheid

Hoewel de discussie vrij principieel lijkt, zit aan het probleem van de ongelijkheid van straffen een andere kant die meer te maken heeft met trage rechtstoepassing. Een belangrijke reden waarom straffen uiteen kunnen lopen, heeft niets van doen met theorieën over bestraffing van de daad of van de dader. Uit artikel 6 van het Europese Verdrag inzake de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden vloeit voort het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn.

Iemand mag niet onnodig lang in het ongewisse worden gelaten over de uitkomst van de strafvervolgning. Op deze grond kan het openbaar ministerie de bevoegdheid verliezen om een verdachte voor de rechter te dagvaarden.

Bovendien zal de rechter – op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad – onder omstandigheden de straf verlagen, omdat de redelijke termijn in het gedrang is gekomen. Het is dus mogelijk dat twee medeplegers van een misdrijf die – vanwege een administratieve vergissing of een vormfout – niet tegelijk terecht worden voor precies hetzelfde feit een verschillende straf krijgen, louter en alleen omdat de ene strafvervolgning onevenredig lang heeft geduurd.

Dit verschil op microniveau kan op macroniveau tot gevolg hebben dat in een arrondissement waar men met achterstanden te kampen heeft de straffen over het geheel genomen lager uitvallen. De jurisprudentie over de redelijke termijn heeft overigens op dit punt een dubbele bodem: aangezien de motivering van de strafmaat als zodanig vrij vaag is, kan de rechter volstaan met de mededeling dat gelet op de redelijke termijn een reductie van de straf heeft plaatsgevonden. Moeilijk valt te controleren op welke wijze die reductie in de weging van de verschillende strafbepalende factoren tot uitdrukking is gekomen.

Een andere factor die van grote invloed is op de gelijkheid van straffen is de vervolging als zodanig. Niet ieder strafbaar feit wordt vervolgd en het openbaar ministerie voert daarom een vervolgingsbeleid. Vast onderdeel van dit beleid is ongetwijfeld geworden het sepot dat volgt wanneer zaken te lang op de plank hebben gelegen, doch ook andere redenen kunnen – mede vanwege opportuniteit – leiden tot sepot. Onder meer deze factoren speelden Berghuis parten bij zijn onderzoek naar de gelijkheid van straffen tussen verschillende rechtbanken (Ter Kuile, 1992). Globaal gesteld, worden zijn cijfers door twee omstandigheden sterk beïnvloed. Ten eerste de sepoten en ten tweede de omrekening van alle verschillende strafvormen naar één strafvorm: dagen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf. Critici zeggen daarom dat Berghuis er onvoldoende in is geslaagd te bewijzen dat er sprake is van ongelijkheid van straffen. De president van de rechtbank Rotterdam – de rechtbank die volgens het onderzoek van Berghuis door de bank genomen veel milder strafte dan de rechtbank Den

Haag – heeft zich op die grond ook te weer gesteld tegen de kritiek dat Rotterdam te mild zou straffen.

Fiselier heeft op verzoek van de redactie van *Trema* Berghuis' onderzoek op het prokrustesbed gelegd en de conclusie is gerechtvaardigd dat de methode van Berghuis niet onomstreden is (Berghuis, 1993a; Fiselier, 1993; Berghuis, 1993b). De stelling echter – al dan niet met een volledig gefundeerd en onomstreden onderzoek onderbouwd – dat rechters niet gelijk straffen wordt wel in brede kring onderschreven. Ook Fiselier heeft geen reden om te twijfelen aan de ongelijkheid van straffen (Fiselier, 1985). Inmiddels zijn er andere feiten die – niet langs de strakke lijnen van empirisch verantwoord statistisch onderzoek – steun geven aan de stelling dat Rotterdamse rechters wat milder straffen. Een advocaat uit het arrondissement Rotterdam maakte melding van het feit dat sinds de publiciteit over gelijkheid van straffen naar aanleiding van het speciale nummer van *Trema* de Rotterdamse rechters zwaardere straffen zijn gaan uitdelen (Vermaat, 1993).

Daarom zou ik Berghuis willen uitdagen om nogmaals zijn omstreden onderzoek uit te voeren om vast te stellen of de rechtbank Rotterdam inmiddels hoger scoort bij de strafoplegging. Want dat vormt een van de aardige kanten van zijn benadering. Ook al valt op onderdelen kritiek uit te oefenen op zijn methode om zowel sepot als andere strafvormen mee te laten wegen in één maatstaf (dagen vrijheidsstraf), bij herhaling van het onderzoek kan een verschuiving in de cijfers wel degelijk tot niet onbelangrijke conclusies leiden.

Intermezzo: even zwaar is ook gelijk

De voorgaande regels laten zien dat de discussie over ongelijkheid van straffen geen neutraal ijkpunt heeft. Als aangenomen wordt dat de rechtbank Rotterdam milder straft dan de rechtbank Den Haag, dan zijn meerdere opties mogelijk. Rotterdam is te mild, Den Haag is te streng, of beide tegelijk: beide rechtbanken bevinden zich in het uiterste en de juiste maat ligt ergens in het midden. Van deze opties doet alleen de eerste opgeld. Daarmee is een onzuiver element in de discussie over gelijkheid van straffen naar voren gekomen.

Dit valt te illustreren aan de hand van de ontwikkelingen in de Verenigde Staten. Ook daar is men gevallen over de ongelijkheid in de bestraffing. Deze ongelijkheid is aangepakt door het ontwikkelen van vrij strakke richtlijnen voor straftoemeting. Het effect van deze richtlijnen is mede geweest dat het strafniveau in de VS is verhoogd. De aandacht is in de VS ook verschoven van de bestraffing van de dader (een dader-gerichte benadering) naar bestraffing van de daad (Lensing, 1992). Anders gezegd, het verdisconteren van factoren die de dader betreffen in de strafmaat leidt in de regel tot een mildere straf (Van Veen, 1994). Wanneer een pleidooi gevoerd wordt voor gelijkheid van straffen dan geldt van de zijde van strafrechtjuristen de waarschuwing dat standaardstraffen een opwaartse druk in de bestraffing teweeg brengt.

Ook in het kader van de Raad van Europa is rechtsvergelijkend het probleem van gelijkheid van straffen aan de orde gesteld. Merkwaardig is daarbij dat de partners in het onderzoek ervoor gewaarschuwd hebben dat Europees overleg over methoden om de gelijkheid van straffen te bevorderen niet mag leiden tot verzwaring van het strafniveau (Frijda, 1992). Deze waarschuwing is kennelijk ingegeven door de vrees dat een meer uniforme bestraffing als vanzelf ook een zwaardere bestraffing zal betekenen. Dit punt moet geplaatst worden tegen de achtergrond van het maatschappelijke en politieke debat over criminaliteit en criminaliteitsbestrijding. In dat debat gaan stemmen op om de straffen te verzwaren. Uiteindelijk blijkt de rechter in de afgelopen jaren ook zwaarder te zijn gaan straffen. Deze ontwikkeling hangt wellicht samen met de wijziging van de criminaliteit en gewijzigde inzichten in de betekenis van straffen voor criminaliteitsbestrijding. Vanuit de politiek is er in ieder geval een heldere roep om zwaarder te straffen.

Niet valt te ontkennen dat strafverzwaring ten dele betekenis heeft voor de discussie over gelijkheid van straffen voor zover factoren die de persoon van de dader betreffen (en met name de opvoedende en niet destructieve waarde van straffen ten aanzien van een bepaalde verdachte) een rol spelen bij het bepalen van de strafmaat. Ontstaat afstandelijk bezien meer ongelijkheid in bestraffing. De roep om gelijkheid van straffen die kan leiden tot het minder aandacht schenken aan de persoon van de dader en meer aan

de ernst van de daad als zodanig vormt daarom – als gezegd – een roep die kan leiden tot verzwarening van straffen. Daarom is het zinvol het debat over de betekenis van de (zwaardere) straf voor de (meer effectieve) criminaliteitsbestrijding niet buiten beschouwing te laten.

Ook alternatieve bestraffing kan een rol spelen. Een alcoholcursus kan voor automobilisten die onder invloed gereden hebben effectief werken. Wanneer een delinquent daaraan wil meewerken dan kan het volgen van die cursus treden in de plaats van de traditionele bestraffing. Ook dienstverlening en het vergoeden van de toegebrachte schade kunnen in de plaats komen van de traditionele bestraffing of kunnen de strafmaat beïnvloeden. Met de opkomst van alternatieve strafvormen (Machielse, Balkema, 1992) wordt de keuzevrijheid van de rechter bij het vaststellen van de strafmaat groter. De ongelijkheid van straffen kan daarmee – bij oppervlakkige beschouwing – ook groter worden. Waar in het ene geval de dader de schade vergoed heeft en zich positief opstelt tegenover dienstverlening en die dienstverlening ook goed verricht, kan een andere delinquent iedere medewerking weigeren, zodat slechts een vrijheidsstraf rest. Zijn deze gevallen nog wel vergelijkbaar?

Straatsburgse initiatieven

Naar aanleiding van een rapport van deskundigen³ heeft de Raad van Ministers van de Raad van Europa eind 1992⁴ een aanbeveling aangenomen die voor het debat over gelijkheid van straffen van grote betekenis kan zijn: 'concerning consistency in sentencing' (zie bijlage).⁵ De aanbeveling die voortvloeit uit intergouvernementele samenwerking, houdt ten volle rekening met de soms grote verschillen tussen de rechtssystemen van de leden van de Raad van Europa en is juridisch niet bindend doch kan bij de beleidsvorming en vorming van jurisprudentie van betekenis zijn. Aangezien de aanbeveling een systematisch overzicht geeft van alle aspecten die bij gelijkheid van straffen een rol spelen, heb ik deze als bijlage opgenomen. Bij de aanbeveling hoort nog een rapport van de commissie van experts waarin een onderbouwing wordt gegeven van de aanbevelingen.

De rationalisering van de bestraffing vormt de kern van de aanbeveling, terwijl voor die rationalisering verschillende wegen worden aangegeven: principes voor bestraffing, de structuur van straffen, strafverzwarende en verminderende factoren, recidive strafmotivering en informatie uitwisseling vormen belangrijke aandachtspunten. Wordt dit geheel overzien dan is er voor wat betreft Nederland werk aan de winkel.

Drie punten vragen bijzondere aandacht. In de eerste plaats blijkt uit aanbeveling A 6 dat de gelijkheid van straffen niet in de weg mag staan aan humane bestraffing. Aanbeveling A 8 wijst expliciet op de persoon van de dader en het feit dat de bestraffing niet de terugkeer in de samenleving mag bezwaren. Uit de ontwikkeling in de VS is gebleken dat bij de rationalisering van de bestraffing mede het oogmerk om de samenleving te behoeden voor de veroordeelde een rol heeft gespeeld (Lensing, 1992). Dit laatste uitgangspunt is in de Europese aanbevelingen zo niet terug te vinden. Daaruit blijkt dat de Europese benadering van de functie van de straf anders is.

In de tweede plaats blijkt dat op verschillende manieren rekening wordt gehouden met verschillen in nationale rechtsstelsels en nationale tradities. Zo wordt in aanbeveling A 1 in het midden gelaten of de wetgever of een andere bevoegde autoriteit de principes voor bestraffing vaststelt en wordt in aanbeveling B 3 opengelaten of men uitgaat van twee verschillende methodes: richtlijnen of vertrekpunten. Aanbeveling B 4, b, laat keuzevrijheid bij het vastleggen van de richtlijnen of vertrekpunten door de wetgever, de rechter, een onafhankelijke commissie, in ministeriele circulaire of richtlijnen voor het openbaar ministerie. Hiermee rijst de vraag welke weg voor de Nederlandse rechtsorde de aangewezen is. Op deze vraag zal ik terugkomen.

In de derde plaats moeten straffen worden gemotiveerd en moet statistische informatie over straffen worden gegeven, zodanig dat inconsistenties opgespoord kunnen worden.

Nationale initiatieven

Eerder is melding gemaakt van de activiteiten van de Werkgroep strafrechtswaarden van de NVvR, die,

voorafgaand aan het nummer van *Trema* over gelijkheid van straffen, niet direct uitzicht op voorde- ringen boden. Inmiddels zijn verdere initiatieven genomen om tot meer gelijkheid van straffen te komen. Begin 1993 is aan de Minister van Justitie door de Projectgroep straftoemeting (waarin onder andere de NVvR participeert) een voorstel gedaan voor het onderzoeksproject *Informatietechnologie en recht, een onderzoek naar informatievoorziening en informtieverhoudingen binnen de rechterlijke macht, met name op het gebied van de straftoemeting* (Schmidt, 1992).

Dit project betreft niet alleen een onderzoek naar de mogelijkheden om strafvonnissen in een data-systeem te registreren, doch ook de ontwikkeling van een 'onderzoeksinstrument', een registrerende databank. Een van de kernvragen bij het onderzoek is wat voor de rechter strafmaatgevend is.

Dit onderzoeksvoorstel geeft mij aanleiding voor twee opmerkingen. In de eerste plaats vormt dit onderzoek een aanzet om in samenwerking met de rechterlijke macht inzicht te verkrijgen in de factoren die een rol spelen bij het vaststellen van de strafmaat. Deze samenwerking is belangrijk, omdat vanwege de beperkte motivering van strafvonnissen en vanwege het feit dat een strafvonnis slechts betrekking heeft op één geval, op dit moment onduidelijk is op welke wijze rechters in Nederland tot hun strafmaat komen. De strekking van het onderzoek is daarom niet louter vastleggen wat er is, doch ook het bieden van een structuur aan de rechterlijke macht waarbinnen rationalisering van de strafmaat mogelijk wordt.

En dat betreft het tweede punt: het stadium waarin we ons thans bevinden is dat betrouwbaar onderzoek naar eventuele verschillen in straftoemeting door rechters vrijwel niet mogelijk is, omdat het object van onderzoek niet goed kenbaar is. Pas wanneer de rechter binnen een bepaalde structuur gemotiveerd tot straftoemeting komt valt onderzoek te doen naar ongelijkheid van straffen. Het is niet onwaarschijnlijk dat met de totstandkoming van die structuur ook de ongelijkheid in de bestraffing zal verminderen. De aanvaarding binnen de rechterlijke macht van een registratiesysteem voor straffen zal wellicht ook bij kunnen dragen aan de motivering van de straftoemeting, omdat de relevante gezichtspunten in een bepaalde structuur zijn vastgelegd.

De onafhankelijkheid van de rechter

En van de hindespalen bij de discussie over gelijkheid van straffen vormt de onafhankelijkheid van de rechter. Het is hier niet de plaats om dit onderwerp verder uit te werken. Ik volsta met de volgende kanttekening. Voor het strafrecht vormt de onafhankelijkheid van de rechter een heel belangrijk uitgangspunt. Degene die de strafwet maakt en degene die strafbare feiten vervolgt (voor het strafrecht geldt dat ook het openbaar ministerie een zekere autonomie geniet ten opzichte van het ministerie van Justitie) mogen geen invloed hebben op de rechter die tot een veroordeling kan komen. Als die grensbepaling niet in acht wordt genomen, dreigt een verwatering van de machtscheiding en daarmee de oppressie van een politiestaat.

Het grote belang van de onafhankelijkheid van de rechter mag echter niet leiden tot een ongefundeerde vertaling van die onafhankelijkheid van de rechter in zonder meer *autonome* bevoegdheden. Voor zover de rechter niet door de wet gebonden is (en ten aanzien van de strafmaat is de rechter dat in belangrijke mate niet) geldt niet dat uit de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht voortvloeit dat de rechter 'iedere rechter' naar eigen inzicht anders gezegd naar willekeur zou mogen handelen. De onafhankelijkheid van de rechter is de onafhankelijkheid van *het staatsorgaan* de rechterlijke macht (Bienninkmeijer, 1989). Voor deze onafhankelijkheid is weliswaar in zekere mate de individuele onafhankelijkheid van rechters vereist, doch die onafhankelijkheid mag niet in de weg staan aan gelijke rechtstoepassing door 'de rechter'. Dit betekent dat iedere individuele rechter gebonden is aan uitgangspunten voor gelijke rechtstoepassing die op een meta-niveau tot stand komen. Dat meta-niveau kan een rechtbankvergadering zijn, of een overleg tussen rechterlijke colleges, of de jurisprudentie van hogere rechters. Ook kan afstemming op als niet onjuist bevonden strafmaatnomen van het openbaar ministerie een rol spelen.

De rechter beschikt terzake van straftoemeting over een ruime discretionaire bevoegdheid en de rechter is als overheidsorgaan gehouden om die bevoegdheid op een behoorlijke wijze uit te oefenen. Dit begrip 'behoorlijk' kan zowel op de wetgever, op bestuursorganen als op de rechter van toepassing zijn en

releert aan beginselen van behoorlijkheid⁶

Beginselen van behoorlijkheid spelen in ons recht een steeds belangrijker rol, met name waar het gaat om de juridificering van de uitoefening van wettelijke (discretionaire) bevoegdheden van overheidsorganen. Voor het strafrecht en in het bijzonder voor de straftoemeting kunnen als relevante beginselen van behoorlijk worden aangewezen: zorgvuldigheid (van onderzoek), motivering, gelijkheid en evenredigheid.

Wat betreft de rechtspleging bevinden wij ons in Nederland nog in het 'pre-behoorlijheids'-stadium. De Hoge Raad stelt weliswaar hoge eisen aan de zorgvuldigheid, doch weinig vergaande eisen aan de motivering van straffen. De toepassing van het gelijkheidsbeginsel op rechtspraak zelf wordt door de Hoge Raad afgewezen.⁷ Het zijn in het bijzonder deze twee eisen van behoorlijkheid die voor gelijkheid van straffen van grote betekenis zijn. Hoe is het mogelijk dat de Hoge Raad het aspect behoorlijkheid in de jurisprudentie op deze punten verwaarloost?

Traditioneel geldt de rechter als degene die in onafhankelijkheid en met grote zorgvuldigheid in een individueel geval beslist. Vanwege vaak de complexiteit van de zaken waarin de rechter te beslissen heeft – en de vaststelling van de strafmaat vormt zo'n complexe beslissing – geldt als waarborg, wat ik zou willen noemen, 'de rechter als magistraat'. Het oerbeeld van de rechter is dat van een man die luistert, en wijze beslissingen neemt. Vroeger kon dat zelfs de koning zijn.

In een zich ontwikkelende rechtsorde wordt de rechter steeds meer 'het ambt'. Het gaat minder om de persoon van de rechter – of om diens autoriteit – als wel om de functie die hij vervult. In een primitieve rechtsorde speelt de persoon van de rechter een grote rol. In onze rechtsorde mag het eigenlijk niet uitmaken wie als rechter optreedt. Daarmee valt het beeld van de rechter als magistraat van 'n sokkel. Het zal nog wel enige tijd veigen voordat deze ontwikkeling ook terug is te vinden in de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Voor de huidige situatie zou het gewenst zijn dat de Hoge Raad (ook) voor wat betreft de strafmaat zowel het motiveringsbeginsel als het gelijkheidsbeginsel als een direct iedere rechter bindende rechtsnorm zou aanvaarden. Onderkend moet echter worden dat daarmee tevens voor veroordeelden meer aankno-

pingspunten voor verder procederen worden gegeven. Uiteindelijk zou de Hoge Raad voor de vraag komen te staan of door de rechter gehanteerde normsystemen om de strafmaat te bepalen juist zijn toegepast (Hammerstein, 1992). Ook consequente toepassing van het gelijkheidsbeginsel op de rechtspraak van de rechter zou een dergelijk effect hebben. De Hoge Raad zou gevolgen moeten gaan verbinden aan de vergelijking van strafvonnissen van twee verschillende rechtbanken (of zelfs dezelfde) waarbij verschillende straffen voor dezelfde strafbare feiten zijn gegeven.

Verdedigbaar is dat wanneer de rechterlijke macht steeds zou werken volgens een aanvaardbaar systeem bij het bepalen van de strafmaat en wanneer strafvonnissen voldoende inzichtelijk maken hoe het systeem is toegepast, uiteindelijk de toetsende taak van de Hoge Raad wel zou meevallen. Het is juist in de situatie waarin de rechter per geval beslist en nauwelijks tot een strafmotivering komt dat twijfel rijst en in redelijkheid kan rijzen over de ongelijkheid van straffen.

Een blauwdruk

Uit de Straatsburgse aanbeveling voor de rationalisering en daarmee grotere gelijkheid van straffen blijkt dat nationale staten langs meerdere wegen die gelijkheid kunnen bevorderen en daarom keuzevrijheid hebben bij het kiezen van een benadering van de gelijkheid van straffen. Voor Nederland rijst daarmee de vraag welke keuzen het beste passen bij ons constitutioneel bestel en bij onze traditie.

Vooropgesteld moet worden dat voor het bevorderen van gelijkheid bij straffen niet een maatregel voldoende is, doch dat het om meerdere maatregelen gaat: richtlijnen openbaar ministerie, uitgangspunten voor straftoemeting van de rechter, motivering strafvonnissen en informatie-uitwisseling over strafmaatjurisprudentie. Het kernpunt is dat de benadering van de rechtsprekende taak van de rechter bij het vaststellen van de strafmaat niet meer die is van de magistraat die per geval beslist, doch dat de strafmaatjurisprudentie gezien wordt als een taak van de rechterlijke macht als geheel. Met deze uitspraak is reeds een keuze gemaakt voor de wijze waarop meer rationaliteit bij bestraffing voor een belangrijk deel

zou kunnen worden gerealiseerd: via de jurisprudentie.

Dit neemt niet weg dat ook andere initiatieven kunnen leiden tot strafharmonisatie. De Wet-Mulder vormt een belangrijk voorbeeld. Zowel de grotere gelijkheid bij executie als de harmoniserende werking die uitgaat van de standaard-boetes vormt een goede bijdrage. Ook voor andere strafbare feiten kunnen richtlijnen die het openbaar ministerie hanteert harmoniserend werken. Uitgangspunt kan daarbij zijn dat vaker voorkomende delicten gemakkelijker in te passen zijn in normschema's. Dit vormt een wonderlijk aspect van gelijkheid van straffen. Zouden per jaar slechts enkele drugskoeriers in Nederland bestraft moeten worden, dan zou dat aanleiding kunnen zijn om per geval en gelet op de persoon van de dader te beoordelen welke straf passend is. Gaat het echter om een groot aantal, bovendien uit den vreemde komende koeriers, die later weer uitgezet zullen worden en die calculerend slechts afgewogen hebben dat er een bepaalde pakkans is, dan ontstaat behoefte aan objectivering: per gewichtseenheid smokkelwaar kan vervolgens de strafmaat vastgesteld worden. Zo gebeurt het in de praktijk nu ook. Het aantal strafbare feiten en de anonimiteit van de daders leidt er als vanzelf toe dat de klemtoon bij de bestraffing verschuift van de dader naar de daad. Bovendien zou een mild Nederlands strafklimaat ons land tot een trekpleister voor koeriersdiensten kunnen maken. Ook dergelijke internationaal beïnvloede effecten moeten vermeden worden.

Overigens mag bij alle aandacht voor rationalisering van straffen niet uit het oog verloren worden dat naarmate het scala van maatregelen die in het kader van bestraffing een rol kunnen spelen, breder wordt (onder andere alternatieve bestraffing) de eenzijdige aandacht voor de duur van de vrijheidsstraf en eventueel de hoogte van de boete geen recht doet aan het maatschappelijk nut van alternatieven voor detentie en geldstraf. Hoewel in een periode waarin de criminaliteit onder met name vreemdelingen toeneemt een meer subtiele benadering van de strafbevoegdheid van de rechter minder voor de hand ligt, wijst een roep om zwaardere gevangenisstraffen zonder meer op onderontwikkeld normbesef.

Richtlijnen voor straftoemeting gesteld bij of krachtens de wet⁹ liggen in het Nederlandse systeem

niet in de rede. Staatsrechtelijk gezien zijn regering en parlement bevoegd om bij wet in formele zin nadere strafnormen vast te stellen of om die bevoegdheid te delegeren aan de regering. Ook het verschil tussen minimum- en maximumstraf zou langs die weg verkleind kunnen worden. Twee factoren spelen echter een rol. In de eerste plaats geldt voor de West-Europese traditie – ook blijkens de Straatsburgse aanbevelingen – als uitgangspunt humane strafbejegening. Deze humane strafbejegening impliceert dat per geval, gelet op de persoon van de dader, de straf wordt vastgesteld. Juist daarom geeft de wet ook een discretionaire strafbevoegdheid aan de rechter. Normstelling bij lagere wetgeving past ook minder in de nationale traditie. Bovendien zou die normstelling uiteindelijk voor de bevoegdheid van de rechter niet zonder meer van doorslaggevende betekenis zijn. Dit hangt samen met het feit dat de rechter ook bevoegd is om het/zij direct het/zij indirect bij voorbeeld een algemene maatregel van bestuur te toetsen. Daarbij zou getoetst kunnen worden aan het evenredigheidsbeginsel.

Het stellen van een algemene maatregel van bestuur geeft meer – eventueel politiek controleerbare invloed van de regering op het strafmaatbeleid van de rechter. Daarin schuilt echter ook weer een gevaar. In het kader van de machtenscheiding is zelfs aan het openbaar ministerie een zekere autonomie ten opzichte van de minister van Justitie toegekend¹⁾ en aan de rechter is een ruime bevoegdheid om de strafmaat vast te stellen toegekend. Een te directe invloed van de politiek op de vervolging en bestafling van strafbare feiten is niet verantwoord. Juist de tussenkomst van het openbaar ministerie en van de rechterlijke macht moet leiden tot een zekere matiging. Zeker in een tijd waarin ons parlementaire stelsel meer monistische trekken gaat vertonen, waardoor de afstand tussen regering en parlement verkleint en daarmee de wetgevende en besturende taak meer in een hand komen te liggen zou meer politieke invloed op vervolging en bestafling ongewenste effecten kunnen hebben.

Het initiatief om in samenwerking met de NVvR te komen tot een systeem waarin een structuur wordt gegeven voor straftoemeting en vastlegging van de resultaten in een geautomatiseerd zoekstelsel – een registrerende databank – vormt de belangrijkste

⁷ Krachtens de wet zou betekenen dat in delegatie waarschijnlijk bij Amvb onder primaire verantwoordelijkheid van de minister van Justitie strafnormen zouden worden vastgesteld

" Op dit punt is sprake van een levendige discussie tussen de minister van Justitie en het openbaar ministerie *Tiema*, 1991, pp 88 97 en 158 200 en *Tiema*, 1992, pp 450 451

Literatuur

Berghuis, A.C.

Naschrift bij Ivelier
Tiema, nr 1, 1993b, pp 13 14

Berghuis, A.C.

De harde en de zachte hand, een statistische analyse van verschillen in sanctiebeeld

Tiema, nr 3, 1993a, pp 84 93

Breninkmeijer, A.F.M.

De grenzen van de samenwerking tussen rechters
Nederlands juristenblad, 1989, pp 1621 1634

Fiselier, J.P.S.

Regionale verscheidenheid in strafrechtspleging

Delikt en delinkwent, nr 3 en 4, 1985, pp 204 221 en pp 283 300

Fiselier, J.P.S.

Op het prokustesbed van de onderzoeker

Tiema, nr 1, 1993, pp 3 12

Frijda, I.

Lventuele Straatsburgse aanbevelingen over straftoemeting

Tiema, nr 3, 1992, pp 94 101

Gerbrandy, J.C.

Naar een consistent straftoemetingbeleid⁷

Tiema nr 3, 1992, pp 102 105

Hammerstein, A.

Richtlijnen

Tiema, nr 6, 1992, pp 205 206

Harteveld, A.E., B.F. Keulen, e.a.

Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht

Groningen, Wolters Noordhof, 1992

Kelk, C.

Straftoemeting een proces van wikken en wegen

Tiema, nr 3, 1992, pp 112 125

Kelk, C., J. Silvis

Vrijheid inzake straftoemeting
Justitiele verkenningen, 18e jrg, nr 8, 1992, pp 8 e v

Kuijck, A.J.M. van

De strafrechter op raatsoen⁷

Tiema, nr 8, 1993, pp 323 324

Kuile, L.F.D. ter

Straffen de gevraagde toelichting uit Rotterdam

Tiema, nr 5, 1992, p 187

Leijten, J.C.M.

Ligen wijsheid en ander mans recht
NJB, 1989, pp 1660 1663

Leijten, J.C.M.

We need stories

Zwolle, Tjeenk Willink, 1991

Lensing, J.A.W.

Richtlijnen voor straftoemeting

Tiema, nr 6, 1992, pp 207 226

Lubbers, R.F.M.

Samenleving waardevoller naarmate bottum up proces kans krijgt

Tiema, nr 10, 1990, pp 375 391
(Stet 234, 30 november 1990)

Machielse, A.J.M., J.P. Balkema

Niet meten maar wegen

Tiema, nr 3, 1992, pp 130 e v

Marquart Scholtz, H.A.

Van US sentencing guidelines en asset-sharing

Tiema, nr 10, 1992, pp 440 443

Samenwerking

Samenwerking tussen rechters

Nederlands juristenblad, 23/30 december 1989, pp 1610 1671

Schalken, T.M.

Het taboe van art 5 RO

Tiema, 1991, pp 179 194

Schmidt, A.H.J.

Een databank voor straftoemeting
Justitiele verkenningen, 18e jrg, nr 8, 1992, pp 23 41

Special

Tijdschrift, nr 3, 1992 pp 77-140

Veen, Th.W. van

Materieel strafrecht in beweging

Ais Acqui, nr 1, 1994, pp 5-13

Vermaat, D.

De Volkskrant, najaar 1993

Verslag

*Verslag najaarsvergadering NVvR
1990*

Tijdschrift, nr 1, 1991 p 43

Bijlage

Appendix to the Recommendation No R (92) 17 of the Committee of Ministers to member states concerning consistency in sentencing

(Adopted by the Committee of Ministers on 19 October 1992 at the 482nd meeting of the Ministers' Deputies)

A. Rationales for sentencing

1 The legislator, or other competent authorities where constitutional principles and legal traditions so allow, should endeavour to declare the rationales for sentencing

2 Where necessary, and in particular where different rationales may be in conflict, indications should be given of ways of establishing possible priorities in the application of such rationales for sentencing

3 Wherever possible, and in particular for certain classes of offences or offenders, a primary rationale should be declared

4 Whatever rationales for sentencing are declared, disproportionality between the seriousness of the offence and the sentence should be avoided

5 The rationales for sentencing should be reviewed from time to time. The tendency to establish uniform rationales and priorities at European level should be encouraged and promoted. Sentencing practice should be subjected to critical reappraisal so as to avoid undue severity

6 Sentencing rationales should be consistent with modern and humane crime policies, in particular in respect of reducing the use of imprisonment, expanding the use of community sanctions and measures, pursuing policies of decriminalisation, using measures of diversion such as mediation, and of ensuring the compensation of victims

7 No discrimination in sentencing should be made by reason of race, colour, gender, nationality, religion, social status or political belief of the offender or the victim. Factors such as unemployment, cultural or social conditions of the offender should not influence the sentence so as to discriminate against the offender

8 In proposing or imposing sentences, account should be taken of the probable impact of the sentence on the individual offender, so as to avoid unusual hardship and to avoid impairing the possible rehabilitation of the offender

9 Delays in criminal justice should be avoided. When undue delays have occurred which were not the responsibility of the defendant or attribute to the nature of the case, they should be taken into account before a sentence is imposed

B. Penalty structure

- 1 Maximum penalties for offences and, where applicable, minimum penalties should be reviewed so that they form a coherent structure which reflects the relative seriousness of different types of offence
- 2 The range of available sentences for an offence should not be so wide as to afford little guidance to courts on its relative seriousness. States should therefore consider the grading of offences into degrees of seriousness, provided, however, that minimum penalties, where applicable, do not prevent the court from taking account of particular circumstances in the individual case
- 3 a Wherever it is appropriate to the constitution and the traditions of the legal system, some further techniques for enhancing consistency in sentencing may be considered
- b Two such techniques which have been used in practice are 'sentencing orientations' and 'starting points'
- c Sentencing orientations indicate ranges of sentence for different variations of an offence, according to the presence or absence of various aggravating or mitigating factors, but leave courts with the discretion to depart from the orientations
- d Starting points indicate a basic sentence for different variations of an offence, from which the court may move upwards or downwards so as to reflect aggravating and mitigating factors
- 4 a In particular, for frequently committed or less serious offences or offences which are otherwise suitable, consideration may be given to the introduction of some form of orientations or starting points for sentencing as an important step towards consistency in sentencing
- b Wherever it is appropriate to the constitution or the traditions of the legal system, one or more of the following means, among others, of implementing such orientations or starting points may be adopted
 - i legislation,
 - ii guideline judgements by superior courts,
 - iii an independent commission,
 - iv ministry circular,
 - v guidelines for the prosecution
- 5 a Custodial sentences should be regarded as a sanction of last resort, and should therefore be imposed only in cases where, taking due account of other relevant circumstances, the seriousness of the offence would make any other sentence clearly inadequate. Where a custodial sentence on this ground is held to be justified, that sentence should be no longer than is appropriate for the offence(s) of which the person is convicted. Criteria should be developed for identifying the circumstances which render offences particularly serious. Wherever possible, negative criteria to exclude the use of imprisonment, in particular in cases involving a small financial loss, may be developed

b The introduction of legislative restrictions on the use of custodial sentences, in furtherance of paragraph a, should also be considered, in particular as regards short-term custodial sentences

c In order to promote the use of non-custodial sanctions and measures, and in particular where new laws are created, the legislator should consider indicating a non-custodial sanction or measure instead of imprisonment as a reference sanction for certain offences

6 Consideration should be given to grading the available non-custodial sentences in terms of relative severity, taking account not only of the different forms of sanction (for example suspended sentence, fine) but also the varying degrees of harshness (for example high or low fines, long or short community orders), such grading would enable courts to select the non-custodial sentence appropriate for the offender and, subject possibly to the offender's consent, from among a group of sentences which also reflect the relative seriousness of the offence

7 Where there is a failure to comply with the requirements of a non-custodial order (other than by the commission of a subsequent offence), the offender should not be sent to prison unless the court is satisfied that all other legally prescribed methods have been used or are inappropriate, and that the offender has had the ability to comply with the order. So far as fines are concerned

a as a matter of principle, every fine should be within the means of the offender on whom it is imposed,

b custody should be avoided so far as possible in cases of inability to pay, in view of the fact that the original offence was considered insufficiently serious for imprisonment or because such a penalty was inappropriate for other reasons

c states should, as a matter of urgency, explore other non-custodial means of enforcing the payment of fines, including suspension of payment and modification of the sentence

8 In states where the suspended sentence of imprisonment is available, it is important to ensure that where an offender breaches the suspended sentence, the implementation of the suspended sentence is a judicial decision which allows some discretion in terms of full implementation, part implementation or other possibilities

C. Aggravating and mitigating factors

1 The factors taken into account in aggravation or in mitigation of sentence should be compatible with the declared rationales for sentencing

2 The major aggravating and mitigating factors should be clarified in law or legal practice. Wherever possible, the law or practice should also attempt to define those factors which should not be considered relevant in respect of certain offences

3 The factual basis for sentencing should always be properly

proved. Where a court wishes to take account, as an aggravating factor, of some matter not forming part of the definition of the offence, it should be satisfied that the aggravating factor is proved beyond reasonable doubt and before a court declines to take account of a factor advanced in mitigation, it should be satisfied that the relevant factor does not exist.

D. Previous convictions

1. Previous convictions should not, at any stage in the criminal justice system, be used mechanically as a factor working against the defendant.
2. Although it may be justifiable to take account of the offender's previous criminal record within the declared rationales for sentencing, the sentence should be kept in proportion to the seriousness of the current offence(s).
3. The effect of previous convictions should depend on the particular characteristics of the offender's prior criminal record. Thus, any effect of previous criminality should be reduced or nullified where
 - a. there has been a significant period free of criminality prior to the present offence or
 - b. the present offence is minor, or the previous offences were minor, or
 - c. the offender is still young.
4. There should be a coherent policy with regard to the relevance of discontinued proceedings, foreign judgements, amnesty, pardon or time-barred offences.
5. Where an offender is sentenced on one occasion for several offences, the decision on the severity of the sentence or combination of sentences should take some account of the plurality of offences but should also remain in proportion to the seriousness of the total criminality under consideration.

E. Giving reasons for sentences

1. Courts should, in general, state concrete reasons for imposing sentences. In particular, specific reasons should be given when a custodial sentence is imposed. Where sentencing orientations or starting points exist, it is recommended that courts give reasons when the sentence is outside the indicated range of sentence.
2. What counts as a 'reason' is a motivation which relates the particular sentence to the normal range of sentences for the type of crime and to the declared rationales for sentencing.

F. Prohibition of *reformatio in peius*

1. The principle of the prohibition of *reformatio in peius* should be taken into account where only the defendant appeals.
2. In states where such a remedy exists, the powers of prosecutors to use their right to accessory appeal should not be

used their right to accessory appeal should not be used with a view to undermining the principle of the prohibition of *reformatio in peius*, thereby deterring offenders from appealing

G. Time spent in custody

In principle, time spent in custody before trial or before appeal shall count towards the sentence. There should be a coherent policy with regard to time spent in custody abroad

II. Role of the prosecutor

The sentencing policies and training of prosecutors should ensure that prosecutorial practices make a contribution to overall consistency in sentencing

I. Sentencing studies and information

1 Arrangements should be made to ensure that judges and the public are regularly provided with information about the overall functioning of the criminal justice system, and in particular of sentencing practice

2 In order to promote consistency in sentencing, judges and magistrates should have the opportunity to attend seminars and conferences on sentencing on a regular basis

J. Statistics and research

1 Sentencing statistics should be officially established. They should be compiled and presented in a way which is informative to judges, particularly in respect of sentencing levels for relatively quantifiable offences (for example drunk driving, thefts from supermarkets)

2 Statistics should be compiled so as to ensure that they give sufficient details to measure and to counter inconsistency in sentencing, for example by linking the use of particular penalties to types of offence

3 Research should be done regularly to measure accurately the extent of variations in sentencing with reference to the offences punished, the persons sentenced and the procedures followed. This research should pay special attention to the effect of sentencing reforms

4 The decision-making process should be investigated quantitatively and qualitatively for the purpose of establishing how courts reach their decisions and how certain external factors (press, public attitudes, the local situation, etc.) can affect this process

5 Ideally, research should study sentencing in the wider procedural context of the full range of decisions in the criminal justice system (for example investigations, decisions to prosecute, the defendant's plea, and the execution of sentences)

K. European co-operation on sentencing information

1 States should consider the establishment of some method

of a continual exchange of information about trends and new developments in sentencing law, policy and practice, in order to spread knowledge of the sentencing practices of other European states and to inform states about possible methods of improving consistency in sentencing

2. To this end, states should encourage the establishment of a regular European newsletter on sentencing, prepared by an appropriate institution and distributed to judges and other interested parties in greater Europe. States should also consider the desirability of providing a forum for meetings of judges and others involved in the criminal justice systems of member states, so as to spread awareness of shared problems and possible solutions.