



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Een normatieve kijk op de rol van daderkenmerken bij strafstoematingsbeslissingen

Wingerden, S.G.C. van; Wermink, H.T.

Citation

Wingerden, S. G. C. van, & Wermink, H. T. (2015). Een normatieve kijk op de rol van daderkenmerken bij strafstoematingsbeslissingen. *Trema. Strafstoematingsbulletin*, 38(1), 6-16. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/45720>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/45720>

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

Een normatieve kijk op de rol van daderkenmerken bij straftoematingsbeslissingen

Als kan worden geconstateerd dat daders voor vergelijkbare delicten niet gelijk worden gestraft, in hoeverre bepalen geslacht, leeftijd, etnische achtergrond alsook sociale kenmerken en omstandigheden van de dader de straf? Deze bijdrage wil de discussie over welke factoren een rol mogen spelen bij de straftoemeting verder stimuleren.

1. Etnisch gerelateerde verschillen in de straftoemeting

Recent is er een rapport van onze hand verschenen, waarin we onderzochten in hoeverre er etnisch gerelateerde verschillen bestaan in de straftoemeting.¹ We analyseerden drie verschillende gegevensbestanden, waardoor we ons onderzoek op uitzonderlijk veel en gedetailleerde data konden baseren. Tabel 1 geeft de belangrijkste resultaten weer. In twee van de drie gegevensbestanden blijken daders afkomstig uit Marokko, de Nederlandse Antillen, Suriname en Turkije een grotere kans op gevangenisstraf te hebben dan autochtonen. Bovendien krijgen veel allochtone herkomstgroepen langere gevangenisstraffen dan autochtonen. De etnische groepen in dit onderzoek blijken echter op veel kenmerken die relevant zijn voor de straftoemeting te verschillen van autochtonen. Allochtonen staan bijvoorbeeld terecht voor zwaardere delicten, hebben een langer strafblad, zitten vaker en langer in voor-

lopige hechtenis en zijn vaker man en jong. Bovendien verkeren zij vaker in omstandigheden die duiden op een zwakkere maatschappelijke binding: zij hebben bijvoorbeeld vaker een laag inkomen, een laag opleidingsniveau en zijn vaker ongetrouwd. Als we met deze kenmerken rekening houden in de berekeningen (we 'controleren' ervoor), blijken de etnisch gerelateerde verschillen veel kleiner te zijn geworden. Toch zijn zij niet helemaal verdwenen.

De vraag rijst nu in hoeverre de etnisch gerelateerde verschillen die overblijven nadat we voor heel veel factoren gecontroleerd hebben, kunnen worden gerechtvaardigd. Worden de verschillen veroorzaakt door factoren die wij niet hebben kunnen meenemen in ons onderzoek, zoals slachtofferkenmerken en de houding van de verdachte op de zitting, of speelt de etniciteit van de dader een zelfstandige rol bij de afweging van de rechter over de op te leggen straf? Toekomstig onderzoek zal dit verder moeten uitwijzen, maar onze bevindingen roepen de vraag op met welke factoren de rechter eigenlijk rekening *mag* houden. Op dit laatste vraagstuk willen we in deze bijdrage verder ingaan.

¹ H. Wermink et al., *Etnisch gerelateerde verschillen in de straftoemeting* (Research Memoranda, nr. 1), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2015, p. 1-137.

Tabel 1. Samenhang tussen etniciteit en de opgelegde gevangenisstraf

	Effectparameters kans op gevangenisstraf (odds ratio's)						Effectparameters duur van de gevangenisstraf					
	2007-cohort		RISc		PP ¹		2007-cohort		RISc		PP	
	(N=89.147)		(N=20.841)		(N=1506)		(N=15.889)		(N=9699)		(N=1506)	(N=925)
Ongecontroleerd												
Nederland	Ref.		Ref.		Ref.		Ref.		Ref.		Ref.	
1ste generatie												
Marokko	2,84	***	2,48	***	–		1,05		1,01		–	
Ned. Antillen	2,58	***	2,43	***	–		1,23	***	1,37	***	–	
Suriname	3,31	***	1,77	***	–		1,29	***	1,19	**	–	
Turkije	1,36	***	1,38	***	–		1,19	**	1,31	***	–	
Overig W	2,42	***	1,32	***	–		0,86	***	1,24	**	–	
Overig NW	3,79	***	1,58	***	–		1,30	***	1,10	~	–	
2de generatie												
Marokko	–		3,81	***	1,13		–		1,13	~	1,04	1,26
Ned. Antillen	–		2,38	***	1,58		–		1,08		1,52	* 1,92 ~
Suriname	–		2,55	***	1,16		–		1,15	*	1,22	1,57 ~
Turkije	–		2,16	***	1,34		–		0,98		1,14	1,22
Overig W	–		1,40	***	1,38		–		1,05		1,11	1,05
Overig NW	–		1,90	***	0,88		–		1,06		1,01	1,41
Gecontroleerd voor delict-, dader- en proceskenmerken³												
Nederland	Ref.		Ref.		Ref.		Ref.		Ref.		Ref.	
1ste generatie												
Marokko	1,65	***	1,30	~	–		1,06	*	1,00		–	
Ned. Antillen	1,29	***	1,26		–		1,08	**	1,08	*	–	
Suriname	1,57	***	1,01		–		0,94	*	1,02		–	
Turkije	1,39	***	1,04		–		1,11	**	1,19	***	–	
Overig W	3,60	***	1,11		–		1,07	**	1,14	**	–	
Overig NW	3,56	***	1,24		–		1,19	***	1,04		–	
2de generatie												
Marokko	–		1,35		1,50	~	–		1,14	**	1,16	* 1,36 *
Ned. Antillen	–		1,62		1,35		–		1,04		1,06	1,06
Suriname	–		1,36	~	0,95		–		0,97		1,15	1,55 *
Turkije	–		1,70	**	1,58		–		1,05		1,02	0,92
Overig W	–		1,27	~	1,36		–		0,99		1,05	0,86
Overig NW	–		0,93		0,72		–		1,05		1,06	1,54
~ p ≤,10; * p ≤,05; ** p ≤,01; *** p ≤,001												
¹ Kans op een gevangenisstraf die langer duurt dan het voorarrest.												
² Aantal dagen dat de straf langer duurt dan de voorlopige hechtenis.												
³ Gecontroleerd voor delictkenmerken (o.a. maximale strafdreiging, delicttype, aantal delicten), proceskenmerken (o.a. arrondissement, voorlopige hechtenis opgelegd, duur van de voorlopige hechtenis) en daderkenmerken (o.a. leeftijd, geslacht, strafrechtelijk verleden, eerdere gevangenisstraf). In het RISc- en Prison Project-bestand is tevens gecontroleerd voor sociale omstandigheden van de dader, zoals werkloosheid en drugs- en alcoholgebruik. Zie het rapport voor de volledige modellen.												

2. Vrijheid van de rechter en ongelijkheid in de straftoemeting

De vrijheid die de rechter heeft bij het opleggen van sancties aan de dader is in Nederland groot. Binnen de grenzen van de wet kan de rechter verschillende sanctiesoorten opleggen, voorwaardelijk of onvoorwaardelijk, en al dan niet in combinatie met andere sanctiesoorten. Dit uitgebreide sanctiearsenaal in combinatie met de ruime discretionaire bevoegdheid van de rechter stelt hem in staat de straf af te stemmen op de individuele dader: de rechter kan maatwerk leveren.

Keerzijde van deze medaille is dat het individualiseren van straf het gevaar met zich brengt dat er ongerechtvaardigde ongelijkheid bij de straftoemeting plaatsvindt. Want waar een kleermaker die maatwerk levert precies weet met welke factoren hij rekening moet houden om een goed passend kostuum te vervaardigen (taillemaat, lengte van het binnenbeen enzovoort) bestaat er voor rechters geen duidelijke handleiding om tot een juiste straf te komen. Straftoemingsregels bestaan niet. Om ongelijkheid bij de straftoemeting tegen te gaan zijn er wel (niet-bindende) oriëntatiepunten

voor straftoemeting en LOVS-afspraken,² maar deze bestaan niet voor alle delicten. Bovendien geeft dit document alleen een oriëntatiepunt van waar de rechter kan vertrekken; daarna moet hij zelf nog 'plussen en minnen' om de omstandigheden van het geval en de persoon van de dader in de straf te verdisconteren. In sommige gevallen geeft de richtlijn nog wel omstandigheden aan die strafverlichtend of -verzwarend werken, maar de richtlijn is niet duidelijk over of een factor tot een lagere of zwaardere straf moet leiden, noch over hoe groot die strafvermindering of -verzwaring dan moet zijn. De grote straftoemingsvrijheid van rechters maakt het dus mogelijk dat er ongelijkheid bij de straftoemeting plaatsvindt, omdat rechters zelf (of in de meervoudige kamer in samenspraak met twee collega-rechters) bepalen welke factoren zij meewegen en op welke manier zij dat doen.

Of in de praktijk ook daadwerkelijk sprake is van ongelijkheid, is de afgelopen jaren in verschillende studies onderzocht, waaronder ons voornoemde onderzoek naar etnisch gerelateerde verschillen in de straftoemeting. De straftoemingsstudies hebben zich voornamelijk gericht op de rol van daderkenmerken. Hierdoor zijn we veel te weten gekomen over de factoren die de rechter een rol laat spelen bij de straftoemeting. Echter, de wetenschap en het juridisch discours in Nederland gaan veelal – op een enkele uitzondering na – voorbij aan de vraag welke factoren een rol *zouden moeten* spelen.³ Een uitzondering is ook een bijdrage van Kelk, waarin hij zich uitlaat over *“denkbare redenen voor enige matiging van de straf”*.⁴ Hij meent dat rechters rekening moeten houden met persoonlijke omstandigheden van de dader indien deze betrekking hebben op de vatbaarheid voor correctie (berouw, leven gebeterd), de begrijpelijkheid van de daad (psychische overmacht) en op compassie en humaniteit (het leed van een informele straf zoals ziekte of slachtofferschap van het eigen misdrijf, of een bijzonder zware detentiesituatie). Een andere publicatie waarin de vraag welke factoren een rol *zouden mogen* spelen zeer zijdelings wordt aangestipt is die van Timmerman, Bosma en Jongman.⁵ Zij stellen dat er bij straftoemingsverschillen op grond van leeftijd en verstandelijke beperking *“rechtvaardige ongelijkheid”* is, maar dat huidskleur, geslacht, sociale afkomst en sociale klasse geen rol mogen spelen, omdat *“men daarmee behept is”*.⁶ Ten slotte is er wel

De grote straftoemingsvrijheid van rechters maakt het mogelijk dat er ongelijkheid bij de straftoemeting plaatsvindt.

eens een publicatie die de stilte rondom normatieve straftoemingsvraagstukken doorbreekt door op te roepen tot discussie. Een voorbeeld hiervan zijn de vragen die Van Tulder in eerdere afleveringen van *Trema Straftoemingsbulletin* voor rechters heeft opgeworpen, zoals: moet het verschil voor de straftoemeting maken of de dader een baan heeft en, zo ja, in welke mate? Maar voor zover ons bekend is de publieke discussie gestrand bij het stellen van de vragen.⁷

Wel zijn rechters het afgelopen decennium hun straftoemingsbeslissing beter gaan motiveren, waardoor inzichtelijker is

geworden welke factoren zij hebben meegewogen bij het bepalen van de straf. Deze kwaliteitsverbetering is toe te schrijven aan het Project Motiveringsverbetering in Strafvonnissen (Promis). Volgens de Toetsingscommissie Promis II is de doelstelling van Promis om het oordeel van de rechter over het bewijs en de strafoplegging inzichtelijker te maken zonder meer gehaald.⁸ Dat strafmotiveringen inzichtelijker zijn geworden valt toe te juichen vanuit het oogpunt van transparantie van de rechtspraak, maar met inzicht in factoren die in een specifieke zaak een rol hebben gespeeld is de kwestie van de rechtvaardiging daarvan nog niet beantwoord. Ten eerste zijn strafmotiveringen slechts rationalisaties achteraf, die sterk kunnen afwijken van wat daadwerkelijk de afwegingen van de rechter waren om een bepaalde straf op te leggen.⁹ Factoren die de rechter onbewust laat meewegen komen in de motiveringen ook niet aan het licht. Strafmotiveringen kunnen daarom nooit exact weergeven op grond van welke factoren de rechters tot de straf gekomen zijn. Ten tweede betekent een inzichtelijke straftoemingspraktijk niet automatisch dat die praktijk ook gerechtvaardigd is. Rechters leggen in de strafmotiveringen wel uit welke factoren zij in hun oordeel hebben betrokken en waarom zij dat hebben gedaan, maar aan de vraag of het ook *gerechtvaardigd* is om die factoren mee te wegen wordt nauwelijks aandacht besteed. Dit blijkt ook uit een recent verschenen *Research Memorandum*, waarin wordt geconcludeerd dat meer inzicht in de strafmotivering nog niet leidt tot meer acceptatie van de straf onder burgers: *“De meest waarschijnlijke oorzaak van dit geringe effect van het Promis-vonnissen is dat ook in Promis-vonnissen weinig aandacht wordt besteed aan de rechtvaardiging van de straf.”*¹⁰ Eerder conclu-

2 Zie www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-strafrecht/Documents/Oriëntatiepunten-en-afspraken-LOVS.pdf (geraadpleegd op 16 maart 2015).

3 In Nederland heeft m.n. J.A.W. Lensing regelmatig aandacht hiervoor gevraagd in zijn boekbesprekingen, zie bijv. *Trema Straftoemingsbulletin* 2012, p. 33. In het buitenland is hier ook aandacht voor, zie bijv. J.V. Roberts (ed.), *Mitigation and aggravation at sentencing*, Cambridge: Cambridge University Press 2011.

4 C. Kelk, 'De persoon van de dader. "Fortiter in re, suaviter in modo"', *Trema Straftoemingsbulletin* 2001, p. 33-40.

5 H. Timmerman, J. Bosma & R.W. Jongman, 'Minderheden voor de rechter', *Tijdschrift voor Criminologie* 1986, p. 57-72.

6 Timmerman, Bosma & Jongman, *a.w.*, p. 57-58.

7 F. van Tulder, 'Twee proefschriften over straftoemeting', *Trema Straftoemingsbulletin* 2014, p. 50-52; F. van Tulder, 'Straftoemeting: wat vindt u ervan?', *Trema Straftoemingsbulletin* 2012, p. 38-39.

8 *Eindrapport Promis II: project motiveringsverbetering in straffonnissen*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2007, te downloaden op www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Kwaliteit-van-de-Rechtspraak/Documents/Integraal-eindrapport-Promis_def.pdf.

9 H. Gommer, 'Onbewuste denkprocessen maken motivering tot noodzaak', *Trema* 2007, p. 127-134.

10 L. de Groot-van Leeuwen et al., *Het vonnis beter uitgelegd? Maatschappelijke effecten van beter motiveren in de strafrechtspraak* (Research Memoranda, nr. 2), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2015, p. 1-169.

deerde De Keijser ook al dat rechtvaardigingstheorieën voor straf als consistente, legitimerende en richtinggevende kaders in de huidige praktijk van straftoemeting slechts van marginale betekenis zijn.¹¹

In deze bijdrage proberen wij de normatieve discussie over de factoren die een rol mogen (of misschien wel moeten) spelen bij de straftoemeting verder op gang te brengen. Dit doen wij door aansluiting te zoeken bij de morele rechtvaardigingstheorieën voor straf en de bijbehorende strafdoelen. Door de strafdoelen die met de straf worden beoogd te expliciteren, kan de rechter zich beter bezinnen op de factoren die hij daartoe meeweegt, en *waarom* en *hoe* hij dat doet. Voordat we onze visie uiteenzetten over de daderkenmerken die een rol mogen spelen bij de straftoemeting, bespreken we eerst kort wat we al weten over de rol die daderkenmerken bij de straftoemeting spelen.

3. Daderkenmerken die een rol spelen bij de straftoemeting

Al in 1986 concludeerden Timmerman, Bosma en Jongman dat *“men zwaarder gestraft wordt naarmate men in maatschappelijk opzicht meer gedepriveerd is. Jongeren, ongehuwden, werklozen, mensen uit etnische minderheden en lagere sociale klassen, hun positie in het recht is een afspiegeling van hun positie in de samenleving”*.¹² Ook in recenter onderzoek zien we dat bepaalde daderkenmerken een structurele rol spelen bij de straftoemeting.¹³ Allereerst bespreken we de resultaten van Nederlandse straftoemetingsonderzoeken met betrekking tot demografische daderkenmerken. In die studies wordt in meer of mindere mate ook rekening gehouden met de invloed van andere straftoemetingsfactoren, zoals delict-, proces-, criminele geschiedenis- en niet-demografische daderkenmerken.¹⁴

3.1 Geslacht

In verschillende eerdere onderzoeken wordt gevonden dat het geslacht van de verdachte een structurele invloed uitoefent op beslissingen in het strafproces. Een van deze beslissingen wordt genomen door de officier van justitie en betreft de vraag om de zaak zelf af te doen of de zaak voor te leiden aan de rechter. Bevindingen uit eerder onderzoek laten zien dat de strafzaak bij vrouwen eerder wordt afgedaan door het OM dan dat deze wordt doorverwezen voor behandeling door de straf-

Een inzichtelijke straftoemetingspraktijk betekent niet automatisch dat die praktijk ook gerechtvaardigd is.

rechter.¹⁵ Deze selectie draagt ertoe bij dat de uitkomst voor vrouwen minder zwaar is, aangezien afdoeningen door het OM over het algemeen minder zwaar zijn dan de afdoeningen van de rechter. Naast die selectie worden ook structurele verschillen gevonden tussen mannen en vrouwen in de opgelegde straf door de rechter. Zo wordt een onvoorwaardelijke gevangenisstraf bijvoorbeeld vaker opgelegd aan mannen dan aan vrouwen,¹⁶ en is zowel de duur van de onvoorwaardelijke gevangenisstraf als de duur van de voorwaardelijke

gevangenisstraf voor vrouwen structureel korter dan voor mannen.¹⁷ In eerder onderzoek wordt vrij consistent aangetoond dat uitkomsten in het strafproces voor vrouwen minder zwaar zijn dan voor mannen.

Deze sekseverschillen zijn wellicht (voor een deel) te verklaren door eventuele zorgtaken van vrouwen, bijvoorbeeld voor kinderen. Op dit moment wordt met dergelijke factoren in het Nederlandse straftoemetingsonderzoek nog geen rekening gehouden, dus toekomstig onderzoek zou meer uitsluitsel moeten geven of dat type kenmerken de sekseverschillen (deels) verklaard. Toch blijkt uit het experimentele onderzoek van Bijleveld en Elffers dat sekseverschillen ook worden gevonden wanneer *identieke zaken* met elkaar worden vergeleken.¹⁸ Nadeel van dat onderzoek is wel dat casussen werden voorgelegd aan studenten, en niet aan rechters.

3.2 Leeftijd

Empirisch straftoemetingsonderzoek laat ook zien dat de leeftijd van de verdachte samenhangt met de straftoemeting. Zo worden de jongste jongeren (12–14 jaar) lichter bestraft dan oudere jongeren (15–17 jaar). Onder jongeren geldt dat de jongste verdachten minder kans hebben op dagvaarding dan oudere jongeren.¹⁹ Ook hebben de jongsten minder kans om te worden veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf en is de duur van de onvoorwaardelijke gevangenisstraf korter.²⁰ Een mogelijke verklaring voor dit verschil is dat de jongste verdachten emotioneel en psychisch minder ontwikkeld zijn, waardoor de verwijtbaarheid voor de gepleegde delicten lager wordt ingeschat, en de opgelegde straf lager is.

11 J.W. de Keijser, *Punishment and purpose. From moral theory to punishment in action* (diss. Leiden), Amsterdam: Thela Thesis 2001a; J.W. de Keijser, 'Straftheorieën en de praktijk', in: P.J. van Koppen et al. (red.), *Reizen met mijn rechter. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 909.

12 Timmerman, Bosma & Jongman, *a.w.*, p. 71.

13 H.T. Wermink, *On the determinants and consequences of sentencing* (diss. Leiden), Leiden: z.u. 2014; S.G.C. van Wingerden, *Sentencing in the Netherlands. Taking risk-related offender characteristics into account* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International 2014.

14 Het uitgebreide rekeningen houden met deze andere straftoemetingsfactoren gebeurt m.n. in de recentere empirische straftoemetingsstudies. Gegevens en statistische methoden laten dat nu beter toe dan vroeger.

15 H. Wermink et al., 'Expanding the scope of sentencing research. The influence of sociodemographic offender characteristics on juvenile and adult prosecution and sentencing decisions in the Netherlands', in: Wermink, *a.w.*, p. 25–50.

16 H. Timmerman & G. Breembroek, 'Sekse en straftoemeting', *Tijdschrift voor Criminologie* 1985, p. 88–97.

17 S.G.C. van Wingerden & J.A. van Wilsem, 'Straffen omvat meer dan gevangenisstraf. De effecten van daderkenmerken op de straftoemeting voor het gehele sanctiepakket', *Tijdschrift voor Criminologie* 2014, p. 3–23.

18 C. Bijleveld & H. Elffers, 'Sekse en straftoemeting. Een experiment', *Tijdschrift voor Criminologie* 2010, p. 365–373.

19 D. Weenink, 'De invloed van de etniciteit van jonge verdachten op beslissingen van het Openbaar Ministerie', *Sociologie* 2007, p. 291–322.

20 Wermink et al., *a.w.* (2014).

In datzelfde onderzoek worden bij veroordeelde volwassenen ook leeftijdseffecten gevonden. Deze zijn veelal non-lineair; de jongste en oudste volwassenen worden het lichtst bestraft, terwijl de tussenliggende groep de zwaarste straffen krijgt opgelegd.

3.3 Herkomst

Dat wij in een recente studie etnisch gerelateerde verschillen in de straftoemeting vonden, hebben wij reeds in de eerste paragraaf van deze bijdrage laten zien, maar deze bevinding was niet nieuw. In alle twintig eerdere studies die zich hebben gericht op herkomst en straftoemeting in Nederland zijn dergelijke verschillen (in bepaalde mate) gevonden.²¹

Dat daders anders worden gestraft op grond van hun geslacht, leeftijd en herkomst kan deels worden verklaard doordat zij verschillen op andere straftoemingsfactoren, zoals delict-, proces- en criminele geschiedeniskenmerken. Maar de etnisch gerelateerde, sekse- en leeftijdsverschillen blijven ook bestaan, wanneer voor die achterliggende kenmerken wordt gecontroleerd in de verschillende studies. Sociaaldemografische factoren lijken hiermee dus belangrijke factoren voor de straf die uiteindelijk wordt opgelegd.

Onderzoek heeft zich ook gericht op sociale kenmerken of omstandigheden van de dader. Ook bij deze factoren zien we dat zij een rol spelen bij de straftoemeting, ook als is gecontroleerd voor andere straftoemingsfactoren.

3.4 Opleiding en werk

Al in 1984 toonden Jongman, Timmerman en Kannegieter aan dat verdachten met een baan anders worden gestraft dan werkloze verdachten.²² In die studie werd allereerst aangetoond dat werklozen vaker voorlopige hechtenis krijgen dan verdachten met een baan. Verder krijgen werklozen vaker een gevangenisstraf opgelegd dan werkenden. Dit geldt voor verschillende type delicten en voor zowel *first-offenders* als recidivisten. Ook jaren later concludeert Kannegieter dat de arbeidspositie van de verdachte een afwegingsfactor is bij de straftoemeting.²³ Wederom wordt aangetoond dat werklozen zwaarder worden bestraft dan verdachten met een baan. Ook na rekening te houden met andere factoren die voor de straftoemeting van belang zijn. Ander onderzoek toont aan dat werklozen een grotere kans hebben om voor de rechter te

Sociaaldemografische factoren lijken belangrijke factoren voor de straf die uiteindelijk wordt opgelegd.

verschijnen dan dat hun zaak wordt afgedaan door het OM.²⁴ In dat onderzoek kan dat verschil overigens wel worden verklaard doordat werklozen bijvoorbeeld een uitgebreider strafrechtelijk verleden hadden dan werkenden. In recent onderzoek wordt ook aangetoond dat problemen op het gebied van opleiding en werk van belang zijn voor de straftoemeting; een slechte arbeidsmarktpositie hangt bijvoorbeeld samen met een langere onvoorwaardelijke gevangenisstraf.²⁵

3.5 Dak-/thuisloosheid

In eerder onderzoek is aangetoond dat een onstabiele woonsituatie leidt tot een grotere kans op een gevangenisstraf.²⁶ Enigszins opmerkelijk wordt in datzelfde onderzoek ook aangetoond dat een onstabiele woonsituatie leidt tot kortere gevangenisstraffen dan een stabiele woonsituatie. Mogelijk dat dak-/thuisloosheid met name strafverzwarend werkt wanneer wordt gelet op de soort sanctie. Ander onderzoek laat zien dat dak-/thuisloosheid de kans vergroot dat een gevangenisstraf wordt opgelegd met een langere duur dan het voorarrest.²⁷

3.6 Relaties met partner, familie en foute vrienden

Van sociale bindingen wordt verwacht dat zij mensen ervan kunnen weerhouden delicten te plegen, en de kans op recidive verkleinen. Eerder onderzoek toont aan dat verdachten met problemen op het gebied van relaties met partner en familie tot minder lange onvoorwaardelijke gevangenisstraffen worden veroordeeld.²⁸ Daarentegen leiden dezelfde problemen wel tot relatief langere voorwaardelijke taakstraffen.

Van bindingen met niet-conventionele anderen wordt juist verwacht dat zij het recidiverisico verhogen. In het bijzonder kan hierbij worden gedacht aan foute vrienden. Eerder onderzoek laat duidelijk zien dat banden met foute vrienden samenhangen met zwaardere straftoemingsbeslissingen; het verhoogt zowel de kans op een onvoorwaardelijke gevangenisstraf als de duur van de onvoorwaardelijke gevangenisstraf.²⁹

3.7 Alcohol- of drugsgebruik

Eerdere empirische straftoemingsonderzoeken laten geen eenduidig beeld zien wat betreft de relatie tussen overmatig alcohol- en/of drugsgebruik en straftoemeting. Enerzijds laat

21 Zie o.a. R. Jongman & T. Schilt, 'Gelet op de persoon van de verdachte ...', *Tijdschrift voor Criminologie* 1976, p. 273-287; M. Komen & E. van Schooten, 'Allochtonen jongeren gemiddeld langer vast', *NJB* 2006, p. 1352-1355; C. van der Werff & A.A. van der Zee-Nefkens, *Strafrechtelijke vervolging en bestraffing van Nederlanders en buitenlanders* (WODC Onderzoek en Beleid, nr. 2), Den Haag: Staatsuitgeverij 1978. Zie voor een overzicht van de studies: Wermink et al., a.w. (2015).

22 R.W. Jongman, H. Timmerman & G. Kannegieter, 'Werklozen voor de rechter', *Tijdschrift voor Criminologie* 1984, p. 245-255.

23 G. Kannegieter, *Ongelijkheid in de straftoemeting*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1994.

24 H. Timmerman & T. van der Zee, 'Worden werklozen eerder gedagvaard?', *Mens en Maatschappij* 1990, p. 27-42.

25 Van Wingerden & Van Wilsem, a.w.

26 S.G.C. van Wingerden, M. Moerings & J.A. van Wilsem, *Recidiverisico en straftoemeting* (Research Memoranda, nr. 3), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2011, p. 1-183.

27 Wermink et al., a.w. (2015).

28 Van Wingerden & Van Wilsem, a.w.

29 S.G.C. van Wingerden, J.A. van Wilsem & B.D. Johnson, 'Offender's personal circumstances and punishment. Toward a more refined model for the explanation of sentencing disparities', *Justice Quarterly* 2014 (<http://dx.doi.org/10.1080/07418825.2014.902091>).

onderzoek bijvoorbeeld zien dat zowel overmatig alcohol- als overmatig drugsgebruik samenhangen met gevangenisstraffen van kortere duur.³⁰ Anderzijds wordt in ander onderzoek geen verband gevonden tussen alcohol- en drugsmisbruik en de duur van de gevangenisstraf.³¹

3.8 Psychische problemen

Een deel van de verdachten die voor de rechter verschijnt heeft te kampen met psychische problemen. Soms zal de rechter hiervan op de hoogte zijn, soms ook niet. In empirisch straftoemingsonderzoek is niet vaak onderzocht hoe psychische problemen samenhangen met de straf die wordt opgelegd. Een voorbeeld waaruit toch blijkt dat psychische problemen in overweging worden genomen bij de straftoemingsbeslissing is de duidelijke rol die het emotionele welzijn van de verdachte speelt. Problemen wat betreft het emotionele welzijn van de verdachte leiden tot lagere straffen, namelijk kortere onvoorwaardelijke gevangenisstraffen en taakstraffen.³² Ook krijgen mensen met problemen op het gebied van het emotionele welzijn minder snel een onvoorwaardelijke gevangenisstraf opgelegd.³³ Voorwaardelijke straffen blijken niet te verschillen tussen verdachten met of zonder problemen met emotioneel welzijn.

3.9 Houding

Onder de houding van de verdachte kunnen verschillende factoren vallen. Factoren die overigens niet altijd even makkelijk te bestuderen zijn in kwantitatief onderzoek naar straftoemeting. De houding van de verdachte wordt niet standaard geregistreerd en is moeilijk objectief vast te stellen. Bij de afname van de RISC wordt wel de procriminele houding van de verdachte in het algemeen gemeten. In sommige gevallen wordt dit voorafgaand aan de strafzitting in kaart gebracht en gerapporteerd aan de rechtbank. Eerder onderzoek laat zien dat verdachten met een meer procriminele houding een hogere kans hebben op een onvoorwaardelijke gevangenisstraf dan verdachten met een minder procriminele houding.³⁴ Ook het betuigen van spijt zou onder de houding van de verdachte kunnen worden geschaard, maar in eerder onderzoek wordt niet direct aangetoond dat de expliciete spijtbetuijng tijdens het onderzoek ter terechtzitting leidt tot structurele verschillen in de straftoemeting.³⁵

Banden met foute vrienden verhogen zowel de kans op een onvoorwaardelijke gevangenisstraf als de duur van de onvoorwaardelijke gevangenisstraf.

3.10 Taal

In eerder onderzoek wordt ook aangetoond dat de taal van belang is voor de straf die wordt opgelegd. Verdachten die niet de Nederlandse taal spreken, hebben meer kans op een onvoorwaardelijke gevangenisstraf dan verdachten die Nederlands spreken.³⁶ Een mogelijke verklaring voor dat verschil in straftoemeting is dat praktische bezwaren er mogelijk toe leiden dat eerder een gevangenisstraf wordt opgelegd indien men de Nederlandse taal niet spreekt. In die gevallen kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de moeilijkheid bij het tenuitvoerleggen van een taakstraf, waardoor die straf-optie mogelijk grotendeels wegvalt.

3.11 Uniciteit van de zaak?

Als wij juristen resultaten van ons kwantitatieve straftoemingsonderzoek voorhouden, wijzen zij vaak op de uniciteit van iedere strafzaak: van een afstandje lijken sommige zaken wel vergelijkbaar, maar elke zaak heeft zijn eigen bijzonderheden, die de verschillen in straffen rechtvaardigen. En aangezien deze bijzonderheden, zoals de precieze aanleiding van het delict of de inhoud en toonzetting van het verweer dat op de zitting wordt gevoerd, niet goed in kwantitatief straftoemingsonderzoek kunnen worden verrat, worden verschillen die door middel van kwantitatief onderzoek aan het licht komen vaak toegeschreven aan de uniciteit van de zaak – niet aan ongerechtvaardigde ongelijke behandeling.³⁷

Op zich is het natuurlijk heel legitiem om erop te wijzen dat verschillen in straftoemeting kunnen worden verklaard door kenmerken waar niet of niet goed voor is gecontroleerd in de modellen. Maar het probleem van verschillen in straftoemeting kan niet zo eenvoudig opzij worden gezet door dit beroep op de uniciteit van de zaak. Want welke omstandigheden maken de zaak dan zo bijzonder? Hoe en waarom spelen deze factoren dan een rol bij de straftoemeting? En mogen deze factoren wel een rol spelen?

4. Welke daderkenmerken zouden een rol mogen spelen op grond van morele rechtvaardigingstheorieën voor straf?

Door de straf af te stemmen op de ernst van het feit, de omstandigheden en de persoon van de dader wordt in het ene geval een andere straf opgelegd dan in het andere geval. Verschillen in straftoemeting zijn echter pas een probleem als zij ongerechtvaardigd zijn. Dit brengt ons bij de vraag: wanneer is het gerechtvaardigd om kenmerken of omstandigheden van de dader mee te wegen bij de straftoemingsbeslissing? Om deze vraag te beantwoorden gaan wij terug naar de morele straftheorieën. Deze theorieën over rechtvaardiging van straf kunnen worden onderverdeeld in twee stromingen: de retri-

30 Van Wingerden, Van Wilsem & Johnson, *a.w.*

31 H. Wermink et al., 'The influence of detailed offender characteristics on consecutive criminal processing decisions in the Netherlands', in: Wermink, *a.w.*, p. 71-98.

32 Van Wingerden & Van Wilsem, *a.w.*

33 Van Wingerden, Van Wilsem & Johnson, *a.w.*

34 Wermink et al., *a.w.* (2015).

35 H. Wermink, J.W. de Keijser & P.M. Schuyt, 'Verschillen in straftoemeting in soortgelijke zaken. Een kwantitatief onderzoek naar de rol van specifieke kenmerken van de dader', *NJB* 2012, p. 647-733.

36 Wermink, De Keijser & Schuyt, *a.w.*

37 Van Wingerden, *a.w.*

butivistische en de utilitaristische straftheorieën.

4.1 Straftoematingsfactoren binnen het retributivisme

Bij het retributivisme vindt de straf haar rechtvaardiging in de proportionele vergelding van het gepleegde delict. Een straf is rechtvaardig als het proportioneel is aan de ernst van het delict en de verwijtbaarheid van de dader.³⁸ De ernst van het feit wordt bijvoorbeeld bepaald door het delicttype, het aantal delicten, het aantal mededaders en in dat verband het aandeel van de dader in het delict. Ook bepalend zijn de schade of het letsel van het slachtoffer, slachtofferkenmerken (een mishandeling van een oud omaatje vinden we erger dan van een 30-jarige man), de dader-slachtofferrelatie (slachtoffer worden van een vreemde vinden we vaak erger dan slachtoffer worden van een bekende) en de modus operandi (we vinden het erger als iemand met honderd messteken om het leven is gebracht dan met één).

Bij vergelding gaat het echter niet alleen om de ernst van het feit, maar ook om de verwijtbaarheid van de dader. Hier sluipen daderkenmerken de hoek om. Maar als een rechter met de straf die hij oplegt vergelding wil uitdrukken, kunnen kenmerken en omstandigheden van de dader alleen maar een rol spelen als zij bepalend zijn voor de verwijtbaarheid van zijn delictgedrag. Het gaat dan om factoren die samenhangen met hoe kwalijk wij het delictgedrag vinden. Voorbeelden van kenmerken en omstandigheden van de dader die binnen het retributivisme een rol kunnen spelen zijn:

- leeftijd: van jonge daders zijn de hersenen nog niet goed ontwikkeld, waardoor ze de consequenties van hun daden onvoldoende overzien. Daardoor is hun delictgedrag minder verwijtbaar;
- financiële middelen: van arme daders is het wellicht begrijpelijker dat zij vermogensmisdriven plegen en daarom nemen we het hen ook minder kwalijk;
- strafrechtelijk verleden: daders met een uitgebreide justitiële documentatie hebben na voorgaande sancties hun leven niet gebeterd, en dat nemen we hen kwalijk;³⁹

Verdachten die niet de Nederlandse taal spreken, hebben meer kans op een onvoorwaardelijke gevangenisstraf dan verdachten die Nederlands spreken.

- spijtbetuiging: als een dader niet oprecht spijt betuigt, nemen we het hem extra kwalijk;
- verstandelijke beperkingen: als een dader de gevolgen van zijn gedrag niet helemaal kan overzien, kunnen we hem dat gedrag ook niet volledig aanrekenen;
- psychische problemen: als een dader vanwege zijn psychische gesteldheid bijna niet anders kon handelen, kunnen we hem dat gedrag ook niet volledig aanrekenen;
- de mate waarin hij is geprovoceerd door het slachtoffer: als een dader is uitgelokt door het slachtoffer, is het begrijpelijker dat hij het delict pleegde en daardoor nemen we het hem minder kwalijk;
- van een slechte jeugd kan ook worden beargumenteerd dat het doorwerkt in de

verwijtbaarheid van het delict, omdat het soms gezien zijn nare jeugdervaringen begrijpelijker is dat hij op een bepaalde manier reageert. En als iets begrijpelijker is, nemen we het die persoon ook minder kwalijk.

Een dader die ten tijde van het delict onder invloed was van alcohol of drugs beroept zich er vaak op dat het delict hem slechts in mindere mate kan worden aangerekend omdat hij zichzelf niet was en niet goed wist wat hij deed. Enerzijds is daar wat voor te zeggen, anderzijds niet, omdat de dader de intoxicatie aan zichzelf te wijten heeft. Uit de rechtspraktijk blijkt ook dat er gevallen zijn waarin rechters met een verwijzing naar *culpa in causa* niet tot een lagere verwijtbaarheid komen.⁴⁰

4.2 Straftoematingsfactoren binnen het utilitarisme

Tegenover het retributivisme staat het utilitarisme. Volgens het utilitarisme is een straf gerechtvaardigd als zij bijdraagt aan een groter nut voor de samenleving als geheel.⁴¹ Het gaat dus om een kosten-batenafweging: wat levert het de maatschappij op (in termen van veiligheid en recidivevermindering) en wat kost de tenuitvoerlegging van de straf? Hierbij gaat het niet alleen om de (financiële) kosten voor de samenleving, maar ook om het strafleed van de veroordeelde. Als een straf wordt opgelegd met utilitaristisch oogmerk, maar de dader recidiveert na de straf toch, levert dat problemen op met de rechtvaardiging van de straf: deze valt weg, omdat het nut voor de maatschappij niet is bereikt, terwijl er wel kosten zijn gemaakt.

Vanwege de gerichtheid op – en rechtvaardiging in – het bereiken van een hoger nut van de samenleving is de utilitaristische visie volkomen toekomstgericht. Een dader wordt niet gestraft om wat hij heeft gedaan, maar om toekomstige schade te voorkomen. Strafdooelen binnen deze utilitaristische visie zijn, naast normbevestiging en -handhaving, generale en

38 A. von Hirsch & A. Ashworth, *Proportionate sentencing. Exploring the principles*, Oxford: Oxford University Press 2005.

39 Dit kan ofwel via een strafbonus voor recidivisten (de zgn. *recidivist premium*) omdat de verwijtbaarheid groter wordt geacht omdat de dader zijn leven niet heeft gebeterd na de vorige veroordeling, ofwel – vanuit het idee dat iedereen wel eens een foutje maakt – via een (steeds kleiner wordende) korting voor *first-offenders* (de zgn. *progressive loss of mitigation*). Zie Y.J. Lee, 'Recidivism as omission. A relational account', *Texas Law Review* 2009, p. 571-622; J.V. Roberts, 'Punishing persistence. Explaining the enduring appeal of the recidivist sentencing premium', *British Journal of Criminology* 2008, p. 468-481; A. von Hirsch & A. Ashworth, *Principled sentencing. Readings on theory and policy*, Oxford: Hart Publishing 2009; J.V. Roberts & A. von Hirsch, *Previous convictions at sentencing*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2010. In Nederland heeft J.A.W. Lensing in *Trema Straftoematingsbulletin* zich hiermee beziggehouden, zie bijv. *Trema Straftoematingsbulletin* 2011, p. 20.

40 Zie bijv. HR 9 juni 1981, *NJ* 1983/412; HR 12 februari 2008, *NJ* 2008/263.

41 De Keijser, a.w. (2001a).

speciale preventie. Deze laatste kan op verschillende manieren worden nagestreefd: door middel van speciale afschrikking, door incapacitatie of door resocialisatie. Wij richten ons hier verder op de speciale preventie.

Omdat voor straffen met utilitaristisch oogmerk de baten voor de maatschappij (de delicten die door de straf worden voorkomen) moeten opwegen tegen de zwaarte van de sanctie, speelt het recidiverisico van de dader hier bij uitstek een rol: voor hoog-risicodaders zijn ingrijpendere sancties gerechtvaardigd dan voor laag-risicodaders. Binnen de utilitaristische stroming mogen kenmerken en omstandigheden van de dader in eerste instantie een rol spelen bij de straftoemeting, zolang zij bepalend zijn voor zijn recidiverisico.⁴² Nu heeft recidiveonderzoek van heel wat factoren aangetoond dat zij samenhangen met het recidiverisico. Deze factoren kunnen worden onderverdeeld in dynamische en statische risicofactoren. Voorbeelden van dynamische risicofactoren die binnen het utilitarisme een rol mogen spelen bij de straftoemeting zijn:

- opleidingsniveau;⁴³
- positie op de arbeidsmarkt;⁴⁴
- financiële middelen;⁴⁵
- woonsituatie;⁴⁶
- relaties met de partner of familie;⁴⁷
- relaties met delinquente vrienden;⁴⁸
- middelengebruik;⁴⁹
- psychische problemen;⁵⁰
- procriminele attitude.⁵¹

Bij vergelding gaat het echter niet alleen om de ernst van het feit, maar ook om de verwijtbaarheid van de dader. Hier sluipen daderkenmerken de hoek om.

Naast dynamische risicofactoren zijn er ook 'statische' kenmerken die van invloed zijn op het recidiverisico van de dader. Dit zijn factoren die niet beïnvloedbaar zijn. Een voorbeeld daarvan is het strafrechtelijk verleden van de dader: hoe meer eerdere veroordelingen, hoe groter de recidivekans.⁵²

Andere statische risicofactoren zijn de leeftijd, het geslacht en de herkomst van de dader. Van deze daderkenmerken weten we dat ze samenhangen met het recidiverisico: jonge daders hebben een groter recidiverisico dan oudere daders, mannen hebben een grotere recidivekans dan vrouwen, en daders die zijn geboren op de Nederlandse Antillen, in Marokko, Suriname of Turkije hebben een grotere recidivekans dan

daders die in Nederland zijn geboren.⁵³ Vanuit puur utilitaristisch perspectief kan daarom worden beargumenteerd dat de rechter bij zijn straftoemetingsbeslissing rekening mag houden met leeftijd, geslacht en herkomst van de dader. Een dader wordt dan niet zwaarder gestraft *omdat* hij bijvoorbeeld Antilliaan is, maar omdat statistisch is bewezen dat Antillianen een hoger recidiverisico hebben dan autochtonen.⁵⁴ Echter, crimineel gedrag wordt niet veroorzaakt door de leeftijd, het geslacht of de herkomst zelf. Het zijn slechts *risico-indicatoren*. Dat komt doordat zij samenhangen met sociale achtergrondkenmerken van de dader. Bepaalde sociale groepen bevinden zich in risicovollere omstandigheden: zij wonen in slechtere buurten, zijn lager opgeleid, zijn vaker werkloos en hebben vaker delinquente vrienden. De samenhang tussen leeftijd, geslacht of herkomst en het recidiverisico is daarom indirect. Achterliggende risicofactoren zijn verantwoordelijk voor het verschil in recidivekansen.

De vraag is nu of er vanuit utilitaristisch perspectief bij de straftoemeting rekening mag worden gehouden met dergelijke indirecte risico-indicatoren. Enerzijds is ongelijke straftoemeting vanwege de leeftijd, het geslacht of de herkomst van de dader in strijd met het verbod op discriminatie uit art. 1 Grondwet, art. 14 EVRM en de Aanbeveling (1992 (17)) van de Raad van Europa. Anderzijds is ongelijkheid in de straftoemeting pas een probleem als de verschillen ongerechtvaardigd zijn. Is het grote verschil in recidiverisico tussen verschillende herkomstgroeperingen een gerechtvaardigde reden om de herkomst van de verdachte bij de risico-inschatting mee te wegen? En doet een rechter zijn risicotaxatie tekort door *niet*

42 Als het strafdoel speciale afschrikking wordt nagestreefd, zijn de kenmerken en omstandigheden van de dader ook van belang voor diens kosten-batenafweging: wat zet hij op het spel bij een veroordeling? Rechter hebben echter geen inzicht in deze subjectieve belangenafweging van de dader. Daarom gaan we daar niet verder op in.

43 M. Makarios, B. Steiner & L.F. Travis, 'Examining the predictors of recidivism among men and women released from prison in Ohio', *Criminal Justice and Behavior* 2010, p. 1377-1391.

44 V.R. van der Geest, C.C. Bijleveld & A.A. Blokland, 'The effects of employment on longitudinal trajectories of offending. A follow-up of high-risk youth from 18 to 32 years of age', *Criminology* 2011, p. 1195-1234.

45 D.L. Haynie, H.E. Weiss & A. Piquero, 'Race, the economic maturity gap, and criminal offending in young adulthood', *Justice Quarterly* 2008, p. 595-622.

46 B.A. Lee, K.A. Tyler & J.D. Wright, 'The new homelessness revisited', *Annual Review of Sociology* 2010, p. 501-521.

47 M. Warr, 'Life-course transitions and desistance from crime', *Criminology* 1998, p. 193-216.

48 Warr, *a.w.*

49 J.M. Kretschmar & D.J. Flannery, 'Substance use and violent behavior', in: D.J. Flannery, A.T. Vazsonyi & I.D. Waldman (eds.), *The Cambridge handbook of violent behavior and aggression*, New York: Cambridge University Press 2007.

50 D.P. Farrington, 'Origins of violent behavior over the life span', in: Flannery, Vazsonyi & Waldman, *a.w.*; J.F. Hemphill, R.D. Hare & S. Wong, 'Psychopathy and recidivism. A review', *Legal and Criminological Psychology* 1998, p. 139-170.

51 R. Banse et al., 'Pro-criminal attitudes, intervention, and recidivism', *Aggression and Violent Behavior* 2013, p. 673-685.

52 B.S.J. Wartna, *In de oude fout. Over het meten van recidive en het vaststellen van het succes van strafrechtelijke interventies*, Den Haag: WODC 2009.

53 Farrington, *a.w.*; Wartna, *a.w.*

54 Uit gegevens van Statline valt bijvoorbeeld af te leiden dat 611 op de 10.000 Nederlands Antillianen in 2013 als verdachte werden geregistreerd, tegenover 95 op de 10.000 autochtonen: een ratio van 1:6,4. En als gegevens van Statline worden gecombineerd met die van DJI blijkt dat mensen die op de Nederlandse Antillen zijn geboren, ruim veertien keer zo vaak voorkomen in de gevangenisbevolking als in de algemene bevolking (P. Linckens & J. de Looft, *Gevangeniswezen in getal 2009-2013*, Den Haag: Ministerie van Veiligheid en Justitie, Dienst Justitiële Inrichtingen 2014).

rekening te houden met kenmerken waarvan de statistiek aantoont dat het risicofactoren zijn? In de slotparagraaf komen we hierop terug.

4.3 Tegenstrijdige effecten

Hiervoor is uiteengezet welke kenmerken en omstandigheden van de dader binnen de morele straftheorieën een rol mogen spelen bij de straftoemeting. Deze lijsten sluiten elkaar niet uit. In Nederland zijn de retributieve en de utilitaristische rechtvaardigingstheorieën voor straf immers samengebracht in een verenigingsleer. Vergelding vormt weliswaar de grondslag en de bovenmaat van de straf, maar binnen die bovenmaat is ruimte voor utilitaristische doeleinden.⁵⁵ Retributieve en utilitaristische overwegingen kunnen zo met elkaar worden gecombineerd, afhankelijk van de strafdoelen die in een concrete zaak worden nagestreefd. In de praktijk blijken rechters inderdaad verschillende strafdoelen tegelijkertijd na te streven.⁵⁶

Het combineren van retributieve en utilitaristische overwegingen maakt de straftoematingsbeslissing niet eenvoudiger: het onderscheid tussen daderkenmerken die een rol spelen binnen het retributivisme en binnen het utilitarisme is niet zwart-wit. Er zijn verschillende daderkenmerken die binnen beide stromingen een rol kunnen spelen. Voorbeelden daarvan zijn:

- jonge leeftijd;
- verstandelijke beperkingen;
- psychische problemen;
- een slechte jeugd.

Echter, waar deze kenmerken binnen het retributivisme redenen zijn om lagere straffen op te leggen, omdat deze factoren ervoor zorgen dat de verwijtbaarheid lager is, hebben zij binnen het utilitarisme juist een strafverzwarende werking, omdat deze factoren de kans vergroten dat de dader in de toekomst opnieuw de fout ingaat: er zijn dan ingrijpendere interventies nodig. Het ligt dus aan het strafdoel dat wordt nagestreefd of deze factoren strafverlichtend of -verzwarend dienen te werken. Daarom is het belangrijk dat rechters bij hun overwegingen de redenen om een bepaalde sanctie op te leggen expliciet koppelen aan de strafdoelen die zij in het concrete geval nastreven. In Promis-strafmotiveringen wordt deze koppeling ook expliciet in het vonnis opgenomen.

Omdat voor straffen met utilitaristisch oogmerk de baten voor de maatschappij moeten opwegen tegen de zwaarte van de sanctie, speelt het recidiverisico van de dader hier bij uitstek een rol.

4.4 Geen lichtere of zwaardere straf, maar een andersoortige straf

Bovendien is er een aantal factoren aan te wijzen die bij de straftoematingsbeslissing van de rechter volgens de morele rechtvaardigingstheorieën voor straf niet mogen leiden tot een lichtere of zwaardere straf, maar wel tot een andersoortige straf. Binnen het retributivisme is het gerechtvaardigd om vanwege bepaalde omstandigheden van de dader een andere straf op leggen, zolang de strafzwaarte maar hetzelfde is. Factoren die op deze wijze een rol mogen spelen zijn praktisch van aard. De rechter kan bijvoorbeeld besluiten af te zien van onvoorwaardelijke gevangenisstraf omdat de dader:

- zorgtaken heeft voor zijn kinderen;
- zijn woning zal kwijtraken;
- zijn baan zal kwijtraken;
- gezondheidsproblemen heeft of detentieongeschikt is.

Als daders de Nederlandse taal niet machtig zijn, of geen vaste woon- of verblijfplaats hebben, kan dat voor rechters juist een reden zijn om af te zien van een taakstraf of voorwaardelijke straffen met gedragsinterventies als bijzondere voorwaarde. Vanuit het retributivisme mogen deze omstandigheden leiden tot andere sancties: het is te rechtvaardigen dat de dader die zijn baan zou kwijtraken door een onvoorwaardelijke gevangenisstraf in plaats daarvan bijvoorbeeld een voorwaardelijke gevangenisstraf en een taakstraf krijgt opgelegd, zolang de sancties maar even zwaar zijn. In de praktijk zal dit een lastig punt zijn, omdat het onduidelijk is hoe de zwaarte van verschillende sanctietypen en -modaliteiten zich tot elkaar verhouden.⁵⁷ Op dit punt heeft de rechterlijke macht nog een slag te maken in haar streven naar meer gelijkheid en transparantie.

Niet alleen binnen het retributivisme, maar ook binnen het utilitarisme is er ruimte voor kenmerken en omstandigheden van de dader die andersoortige straffen rechtvaardigen. Als het strafdoel *resocialisatie* wordt nagestreefd, dient de rechter theoretisch gezien eerst (op basis van de factoren genoemd in paragraaf 4.2) te bepalen hoe zwaar de interventie moet zijn (de kostenpost), om toekomstige delicten (de baten) te voorkomen. Daarna moet de rechter bepalen welke interventie de dader dan moet ondergaan. Voor deze beslissing zijn de factoren die betrekking hebben op de criminogene behoeften en responsiviteit van de dader van belang, zoals woonsituatie, arbeidsmarktpositie, opleiding, relaties, vrienden, verstandelijke beperking of psychische problemen, en houding. De rechter kan de interventie zo afstemmen op de behoeften en capaciteiten van de dader. In de praktijk doen rechters dit ook als zij resocialisatie nastreven.

Bij het strafdoel *afschrikking* moet de straf theoretisch gezien precies zo zwaar zijn dat de dader besluit in de toekomst geen

55 N.D. Jörg, C. Kelk & A. Klip, *Strafrecht met mate*, Deventer: Kluwer 2012; J.W. de Keijser, 'Theoretische reflectie. De vergeten basis voor een bezonnen rechtspleging', *Delikt en Delinkwent* 2001b, p. 390-415.

56 De Keijser, a.w. (2001a).

57 Zie Van Wingerden & Van Wilsem, a.w.

delicten meer te plegen. Zolang andersoortige sancties hetzelfde afschrikwekkende effect op de dader hebben, kan de rechter kenmerken en omstandigheden van de dader laten meewegen bij zijn beslissing over de sanctie. In de praktijk zal dit lastig zijn, omdat de rechter geen inzicht heeft in de subjectieve kosten-batenanalyse van de dader.

Bij het strafdoel *incapacitatie* zullen daderkenmerken die andersoortige straffen rechtvaardigen minder een rol spelen, omdat er bij onschadelijkmaking niet aan de dader gaat worden gesleuteld. Het wordt de dader alleen fysiek onmogelijk gemaakt om delicten te plegen. Wellicht spelen de kenmerken en omstandigheden van de dader hier nog een rol voor de afweging of iemand de gevangenis in moet of dat zijn omstandigheden dusdanig zijn dat hij door middel van bijzondere voorwaarden, zoals een contact- of gebiedsverbod, kan worden weerhouden van het plegen van nieuwe delicten.

5. Discussie en conclusie

Met deze bijdrage hebben wij geprobeerd een aanzet te geven tot reflectie op en discussie over de kenmerken en omstandigheden van de dader die een rol mogen spelen bij de straftoemeting. Er is immers weliswaar veel onderzoek verricht naar (on)gelijkheid bij de straftoemeting, maar in de Nederlandse literatuur wordt – op enkele uitzonderingen na – voorbijgegaan aan de vraag welke factoren een rol zouden mogen spelen bij de straftoemetingsbeslissing van de rechter. In de rechtspraak wordt wel veel aandacht besteed aan het verbeteren van de kwaliteit van de strafmotiveringen, maar ook in dergelijke Promis-motiveringen wordt weinig aandacht besteed aan de *rechtvaardiging* van de straf.

Om de vraag te beantwoorden welke daderkenmerken een rol mogen spelen bij de straftoemeting hebben we aansluiting gezocht bij de morele rechtvaardigingstheorieën voor straf. Vanuit het retributivisme mogen kenmerken en omstandigheden van de dader een rol spelen voor zover zij samenhangen met de verwijtbaarheid van het delictgedrag. Vanuit het utilitarisme mogen bij het bepalen van de sanctiezwaarte bij het strafdoel speciale preventie kenmerken en omstandigheden van de dader een rol spelen voor zover zij samenhangen met het recidiverisico. Als resocialisatie wordt nagestreefd, mogen bij het bepalen van het soort interventie ook kenmerken en omstandigheden van de dader meewegen die betrekking hebben op zijn criminogene behoeften en responsiviteit. Bij afschrikking en incapacitatie is hier minder ruimte voor. Daarnaast zijn er factoren die zowel binnen het retributivisme als binnen het utilitarisme een rol mogen spelen. Echter, daderkenmerken die bij vergelding leiden tot lichtere straffen, zoals een jonge leeftijd, leiden bij speciale preventie juist tot strafverzwaring. Het expliciteren van de strafdoelen die de

**Het is belangrijk
dat rechters bij
hun overwegingen
de redenen om
een bepaalde
sanctie op te
leggen expliciet
koppelen aan de
strafdoelen die zij
in het concrete
geval nastreven.**

rechter in een concrete zaak naleeft is dan ook belangrijk voor een meer transparante en legitieme straftoemetingspraktijk.⁵⁸ In Promis-vonnissen is hier al veel aandacht voor.

Door aan te sluiten bij de morele rechtvaardigingstheorieën zijn echter niet alle vragen rondom de factoren die een rol mogen spelen bij de straftoemeting beantwoord. Ten eerste speelt de vraag: als straffen met utilitaristisch oogmerk worden opgelegd, mag de rechter dan zijn risico-inschatting baseren op zijn eigen gevoel en ervaring,⁵⁹ of mag hij alleen kenmerken en omstandigheden van de dader meewegen waarvan wetenschappelijk is vastgesteld dat zij risico-indicatoren zijn? Dit laatste heeft enerzijds als voordeel dat de risicotaxatie nauwkeuriger wordt. Anderzijds bergt een

lijst met *evidence based*-risicofactoren het gevaar in zich dat zij objectiever lijken dan ze zijn. Is er bij onderzoek naar de herkomst van de dader als voorspeller van recidive bijvoorbeeld al wel of niet gecontroleerd voor diens sociaaleconomische status? En in hoeverre is er in de data waar het onderzoek op is gebaseerd al sprake van selectie-effecten? Als bepaalde sociale groepen een grotere kans hebben te worden opgepakt, vervolgd en gestraft, kunnen we dan wel goed zeggen hoe vaak criminaliteit voorkomt onder andere sociale groepen die de dans vaker ontspringen? Kortom: rechters moeten uitkijken niet blind te varen op lijstjes met *evidence based*-risicofactoren, maar zij moeten er ook niet blind voor zijn.

Een andere kwestie is hiervoor al opgeworpen: in hoeverre laat het gelijkheidsbeginsel het individualiseren van straffen toe? Het rekening houden met de persoon en de omstandigheden van de dader bij de strafoplegging staat op gespannen voet met art. 1 Grondwet: *“Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.”* Ongelijke behandeling mag dan ook alleen als het gerechtvaardigd is.⁶⁰ Wat maakt verschillen dan gerechtvaardigd? Wij hebben hiervoor teruggegrepen op de morele rechtvaardigingstheorieën voor straf.⁶¹

58 Zie De Keijser, *a.w.* (2001a).

59 Uit onderzoek naar de rol van het recidiverisico bij de straftoemeting bleek dat rechters zeggen af te gaan op hun eigen risico-inschatting en niet op de uitkomst van de RIsc (laag, gemiddeld of hoog recidiverisico) (Van Wingerden, Moerings & Van Wilsem, *a.w.*).

60 M. Duker, *Legitieme straftoemeting. Een onderzoek naar de legitimiteit van de straftoemeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van eerlijke procesvoering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

61 Timmerman, Bosma en Jongman (*a.w.*) geven blijk van een ander normatief kader, namelijk in hoeverre de dader 'ermee behept' is. Maar zijn er niet ook kenmerken waar de dader niets aan kan doen, maar die je toch graag in de straf zou verdisconteren, zoals psychische stoornissen? En is het dan wel gerechtvaardigd om iemand zwaarder te straffen als hij bepaalde kenmerken of omstandigheden heeft waar hij wél wat aan kan doen? In hoeverre kun je het iemand bijvoorbeeld aanrekenen dat hij werkloos is?

Het vraagstuk over welke factoren een rol mogen spelen bij de straftoemeting is daarmee echter niet opgelost. Zo blijft het de vraag of het gerechtvaardigd is om herkomst te laten meewegen bij het inschatten van het recidiverisico, aangezien het een goede voorspeller voor het recidiverisico is, zij het indirect. Vanuit het gelijkheidsbeginsel is het antwoord hierop ontkennend. Het is ongerechtvaardigd een dader te straffen op basis van de kenmerken van de sociale groep waartoe hij behoort.⁶² Het probleem is immers dat het afstemmen van de straf op de groepskenmerken van de dader geen recht doet aan

het individu. Wat is de recidivekans van bijvoorbeeld een Antilliaan? Wat zeggen groepsstatistieken nu helemaal over de individuele recidivekans van een groepslid? Eigenlijk niets. Engels onderzoek toont aan dat de 95%-betrouwbaarheidsintervallen bij voorspellingen er bijvoorbeeld voor zorgen dat een dader die op groepsniveau een recidivekans heeft van 8 tot 12 procent heeft, op individueel niveau een recidivekans heeft van 0 tot 84 procent. Daarmee is hij op individueel niveau nauwelijks te onderscheiden van iemand uit de groep met een hoog recidiverisico (43 tot 60 procent). Van deze

Daderkenmerken die bij vergelding leiden tot lichtere straffen, zoals een jonge leeftijd, leiden bij speciale preventie juist tot strafverzwaring.

persoon is de individuele kans namelijk 6 tot 95 procent.⁶³

Dit argument dat het onrechtvaardig is een individu te straffen op grond van zijn groepskenmerken is valide. Maar deze redenering zou dan ook moeten worden doorgevoerd naar de andere risicofactoren. Ook bij een dakloze, werkloze, arme, vrijgezelle, drugsverslaafde man met een procriminele houding veronderstellen we dat hij een hoog recidiverisico heeft, omdat hij kenmerken deelt met mensen die behoren tot een groep met een hoog recidiverisico: alle daklozen samen hebben gemiddeld een hoog recidiverisico, maar wat zegt dat over

de recidivekans van een individuele dakloze? Als de rechter ook hier een individu niet mag 'afrekenen' op basis van zijn groepskenmerken, betekent dit dat de rechter helemaal niet meer rekening kan houden met risico-indicatoren. En dat heeft als gevolg dat we de utilitaristische strafdoelen wel kunnen afschaffen en alleen vergelding nog als grondslag en doel van de straf kunnen vasthouden. Immers, bij inschatten over het recidiverisico worden altijd groepskenmerken toegepast op het individu. In feite is er bij de straftoemeting dan misschien wel niet zozeer sprake van individualiseren, maar groeperen. Vindt u straftoematingsverschillen dan gerechtvaardigd?

Onzes inziens dient het antwoord op het vraagstuk over de rechtvaardiging van straffen dan ook niet te worden gezocht in de 'eigen schuld' van de dader.

62 Zie B. Netter, 'Using group statistics to sentence individual criminals. An ethical and statistical critique of the Virginia risk assessment program', *Journal of Criminal Law & Criminology* 2007, p. 699-729. Opvallend is dat we bij verzekeringen wel accepteren dat premies zijn afgestemd op groepskenmerken. 'Statistische' discriminatie op basis van geslacht of leeftijd vinden we in de verzekeringscontext blijkbaar niet onrechtvaardig.

63 S.D. Hart, C. Michie & D.J. Cooke, 'Precision of actuarial risk assessment instruments. Evaluating the "margins of error" of group v. individual predictions of violence', *British Journal of Psychiatry* 2007, p. S60-S65; zie ook S.D. Hart & D.J. Cooke, 'Another look at the (im-)precision of individual risk estimates made using actuarial risk assessment instruments', *Behavioral Sciences & the Law* 2013, p. 81-102.