



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Straftoemetingsrecht en strafvorming

Schoep, G.K.

Citation

Schoep, G. K. (2008, October 20). *Straftoemetingsrecht en strafvorming*. Meijers-reeks. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13475>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13475>

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

Straftoemetingsrecht en strafvorming

Straftoemetingsrecht en strafvorming

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van de Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op maandag 20 oktober 2008
klokke 16.15 uur

door

Gerard Klaas Schoep

geboren te Den Haag in 1975

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. C.P.M. Cleiren
Overige leden: prof. mr. J.W. Fokkens (VU)
prof. mr. M.A. Loth (EUR)
prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
prof. mr. Th.A. de Roos (UvT)
prof. mr. J.L. de Wijkerslooth de Weerdesteijn

Lay-out: AlphaZet prepress, Waddinxveen

© 2008 G.K. Schoep, Den Haag

ISBN 978 90 1306 018 8

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Er is naar gestreefd in deze uitgave zorgvuldig om te gaan met beeldrechten. Wie desondanks meent rechten te kunnen laten gelden, kan zich richten tot de uitgever.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Aan mijn ouders

Voor Marlies

Inhoud

INHOUDSOPGAVE		IX
DEEL I	INLEIDING EN VERKENNING	1
1	INLEIDING	3
1.1	De legitimiteit van de strafbeslissing	3
1.2	De aanleiding: rechterlijke samenwerking met het oog op een consistente straftoemeting	17
2	EEN VEELZIJDIGE EN MEERDUIDIGE CONTEXT VAN HET VRAAGSTUK VAN LEGITIMITEIT VAN DE STRAFTOEMETING	23
2.1	Inleiding	23
2.2	Straftoemeting in handelingbeschrijvende en stelselbeschrijvende zin; Straftoemetingsrecht	24
2.3	‘Consistency in Sentencing’ – begrip en doelstellingen	31
DEEL II	DE CONSTITUTIONELE, INSTITUTIONELE EN WETSSYSTEMATISCHE CONTEXT VAN DE STRAFTOEMETING	45
3	STRAFTOEMETING BINNEN DE CONSTITUTIONELE EN INSTITUTIONELE CONTEXT	45
3.1	De democratische rechtsstaat als richtinggevend en gelijktijdig open normatief concept voor het functioneren van de rechter	47
3.2	De rechtspraak en de rechter in de democratische rechtsstaat	50
3.3	Een verdeelde verantwoordelijkheid: consistente straftoemeting in de Trias Poenalis	58
4	EEN WETSSYSTEMATISCHE ANALYSE VAN DE STRAFTOEMETING	77
4.1	Inleiding – de interdependentie tussen het materiële en formele strafrecht	77
4.2	Enkele algemene uitgangspunten van het Wetboek van Strafrecht in relatie tot het strafrechtelijk sanctiestelsel en de straftoemeting	78
4.3	Het sanctiestelsel en het stelsel van strafposities	99
4.4	Formeel: De strafbeslissing in het kader van het strafvorderlijk beslissingsmodel	134
4.5	Concluderende opmerking over de wettelijke regeling van de straftoemeting	183
4.6	Resumé – de ruimte van de rechter	188

DEEL III	METHODE VAN STRAFVORMING	193
5	STRAFVORMING: EEN PROBLEEM VAN RECHTSVINDING	195
5.1	Rechtsvinding bij straftoemeting – enkele gevolgtrekkingen en vooronderstellingen	195
5.2	Rechtsvinding en rechtsvorming	199
5.3	Methode en object van rechtsvinding in de strafvorming	205
5.4	Enkele nadere specificaties van de aard en de structuur van de strafbeslissing	210
6	TYOLOGIE ALS AANKNOPINGSPUNT VOOR STRUCTURERING VAN STRAFVORMING	217
6.1	Inleiding	217
6.2	Strafvorming, materieel strafrecht en interpretatie- methoden	218
6.3	De heuristiek van het rechterlijk oordeel	224
6.4	Topische rechtsvinding en heuristische methoden	227
6.5	De betekenis van Typen voor de rechtswetenschap	232
6.6	Juridische typologie	239
6.7	De betekenis van de typologie voor de strafvorming – een verkenning	250
7	SLOTBESCHOUWING	255
7.1	De aanleiding – rechterlijke samenwerking met het oog op een consistente straftoemeting	255
7.2	De legitimiteit van de straftoemeting – het zoeken naar een oplossingsrichting	255
7.3	Straftoemeting in een veelzijdige en meerduidige context	257
7.4	De ruimte van de rechter	259
7.5	Straftoemetingsrecht en de noodzaak van strafvorming	259
7.6	Straftoemetingsrecht, strafvorming en typologie	260
	SUMMARY. SENTENCING LAW AND SENTENCING DECISION MAKING	263
	AANGEHAALDE LITERATUUR	271

Inhoudsopgave

DEEL I	INLEIDING EN VERKENNING	1
1	INLEIDING	3
1.1	De legitimiteit van de strafbeslissing	3
1.1.1	Elementen van legitimiteit van rechtspraak en het rechterlijk oordeel	6
1.1.2	De legitimiteit van het rechterlijk oordeel omtrent de straf	12
1.1.3	De primaire route – Verantwoording achteraf via de motivering van de straf	14
1.1.4	Een tweede route – Verantwoording vanuit het stelsel van de wet en de democratische rechtsstaat	15
1.2	De aanleiding: rechterlijke samenwerking met het oog op een consistente straftoemeting	17
1.2.1	(In) consistentie in de straftoemeting	18
1.2.2	Rechterlijke samenwerking met het oog op een consistente straftoemeting	20
2	EEN VEELZIJDIGE EN MEERDUIDIGE CONTEXT VAN HET VRAAGSTUK VAN LEGITIMITEIT VAN DE STRAFTOEMETING	23
2.1	Inleiding	23
2.2	Straftoemeting in handelingbeschrijvende en stelselbeschrijvende zin; Straftoemetingsrecht	24
2.2.1	Vraagstukken op het niveau van straftoemeting in stelselbeschrijvende zin	26
2.2.2	Vraagstukken op het niveau van straftoemeting in handelingbeschrijvende zin	28
2.3	‘Consistency in Sentencing’ – begrip en doelstellingen	31
2.3.1	Vraagstukken van consistentie veronderstellen in feite (zoeken naar) normering	33
2.3.2	Recommendation (92) 17, ‘Consistency in Sentencing’	38
2.3.3	Conclusies met betrekking tot ‘consistency in sentencing’	43

DEEL II	DE CONSTITUTIONELE, INSTITUTIONELE EN WETSSYSTEMATISCHE CONTEXT VAN DE STRAFTOEMETING	45
3	STRAFTOEMETING BINNEN DE CONSTITUTIONELE EN INSTITUTIONELE CONTEXT	45
3.1	De democratische rechtsstaat als richtinggevend en gelijktijdig open normatief concept voor het functioneren van de rechter	47
3.2	De rechtspraak en de rechter in de democratische rechtsstaat	50
3.2.1	De verhouding rechter – wetgever in de rechtsvorming	50
3.2.2	Waarborgen voor een goed functioneren van de rechter: onpartijdigheid en onafhankelijkheid	55
3.3	Een verdeelde verantwoordelijkheid: consistente straftoemeting in de Trias Poenalis	58
3.3.1	Strafrechtelijk beleid: richtlijnen voor strafvordering	59
3.3.2	Rechterlijke samenwerking, rechtsvorming en de organisatie van de rechtspraak	60
3.3.3	De inbedding van rechterlijk beleid in de organisatie van de rechtspraak, in het bijzonder met betrekking tot de straftoemeting	66
3.3.4	Een verdeelde verantwoordelijkheid	76
4	EEN WETSSYSTEMATISCHE ANALYSE VAN DE STRAFTOEMETING	77
4.1	Inleiding – de interdependentie tussen het materiële en formele strafrecht	77
4.2	Enkele algemene uitgangspunten van het Wetboek van Strafrecht in relatie tot het strafrechtelijk sanctiestelsel en de straftoemeting	78
4.2.1	Legaliteit	79
4.2.2	De inhoud van het strafbegrip	92
4.2.3	Meervoudigheid van sanctiedoelen	93
4.2.4	Proportionaliteit	95
4.3	Het sanctiestelsel en het stelsel van strafposities	99
4.3.1	Straffen en maatregelen	99
4.3.2	Hoofd- en bijkomende straffen	100
4.3.3	Voorwaardelijke straf	101
4.3.4	Begrenzers: het stelsel van strafposities en de strafbedreiging	101
4.3.5	Tussenconclusies aangaande het materiële recht van de strafbeslissing	112
4.3.6	Wettelijke criteria voor de strafbeslissing	113

4.4	Formeel: De strafbeslissing in het kader van het strafvorderlijk beslissingsmodel	134
4.4.1	Inleiding	134
4.4.2	Strafvorderlijke legaliteit	135
4.4.3	Doelstellingen van het strafproces	140
4.4.4	Preliminaire opmerking met betrekking tot het beslissingsmodel	141
4.4.5	Het onderzoek naar de vragen van art. 348 en 350 Sv, met uitzondering van de vraag over de oplegging van straf of maatregel	144
4.4.6	Het onderzoek naar de vraag- en de beslissing over de oplegging van straf of maatregel	146
4.4.7	De verhouding strafeis en strafbeslissing	158
4.4.8	De motivering van de strafbeslissing	165
4.4.9	Conclusies met betrekking tot de plaats van de strafbeslissing in het beslissingsmodel	181
4.5	Concluderende opmerking over de wettelijke regeling van de straftoemeting	183
4.5.1	Straftoemeting tussen de wal en het schip van materieel en formeel strafrecht	183
4.5.2	Overspannen verwachtingen van het procesrecht?	184
4.5.3	Naar een herwaardering van het materiële straftoemetingsrecht?	185
4.5.6	Straftoemeting omvat 'strafvorming', 'strafbeslissing', 'strafmotivering' en 'strafoplegging'	186
4.6	Resumé – de ruimte van de rechter	188
4.6.1	Aanvaarding van de vrijheid van de rechter...	188
4.6.2	...betekent een keuze voor het perspectief van de rechter	191
DEEL III	METHODE VAN STRAFVORMING	193
5	STRAFVORMING: EEN PROBLEEM VAN RECHTSVINDING	195
5.1	Rechtsvinding bij straftoemeting – enkele gevolgtrekkingen en vooronderstellingen	195
5.1.1	Het straftoemetingsprobleem als probleem van strafvorming	196
5.1.2	Nader over het begrip strafvorming	197
5.1.3	Strafvorming is een probleem van rechtsvinding	198
5.2	Rechtsvinding en rechtsvorming	199
5.2.1	Iets meer over rechtsvinding	200
5.2.2	(Niet zo) gemakkelijke gevallen	202

5.3	Methode en object van rechtsvinding in de strafvorming	205
5.3.1	Methodologische consequenties van de meerduidelijkheid van de strafbeslissing	205
5.3.2	Strafvorming in een meerduidelijke en meerdimensionale context	208
5.3.3	Strafvorming als beslissingsmodel van afweging en fixatie	209
5.4	Enkele nadere specificaties van de aard en de structuur van de strafbeslissing	210
5.4.1	Scheiding tussen feiten en overwegingen	210
5.4.2	Scheiding tussen doelbepaling, feitenvaststelling en -waardering, afweging en fixatie	211
5.4.3	Strafvorming als typegebonden methode van oordeelsvorming	213
6	TYPLOGIE ALS AANKNOPINGSPUNT VOOR STRUCTURERING VAN STRAFVORMING	217
6.1	Inleiding	217
6.2	Strafvorming, materieel strafrecht en interpretatiemethoden	218
6.2.1	De basismethode: deductie, subsumptie en syllogisme	219
6.2.2	Legitimiteit en legitimatie	221
6.2.3	Legitimatie, methode en rationaliteit	222
6.3	De heuristiek van het rechterlijk oordeel	224
6.3.1	De verhouding tussen legitimatie en heuristiek	224
6.3.2	Het zoeken naar relevante gezichtspunten: topiek en heuristische methoden	226
6.4	Topische rechtsvinding en heuristische methoden	227
6.4.1	Topica en topische rechtsvinding	227
6.4.2	Toegepaste heuristiek – het vergelijkende denken en het Type	230
6.5	De betekenis van Typen voor de rechtswetenschap	232
6.5.1	De wetenschappelijke betekenis van de typologie	232
6.5.2	Nadere materiële duiding van het Type	235
6.6	Juridische typologie	239
6.6.1	Begriffsjurisprudentz, afbeeldingsdenken en Typologie	240
6.6.2	Reductie, concretisering en ordening	243
6.6.3	Plaatsbepaling van de typologie in de rechterlijke oordeelsvorming en de methoden van rechtsvinding	244
6.6.4	Typologie en systematisering	246
6.6.5	Enkele samenvattende opmerkingen	247
6.6.6	Juridische Typen – functie en verschijningsvormen	248

6.7	De betekenis van de typologie voor de strafvorming – een verkenning	250
6.7.1	Typologie als methode van ordenen bij Radbruch	252
6.7.2	Typologie en de verantwoording vanuit de bestaande praktijk	252
6.7.3	Typologie en het categoriseren van strafbare feiten	253
6.7.4	Typologie en de concretisering van het delict	254
6.7.5	Straftoematingsrecht, strafvorming en typologie	254
7	SLOTBESCHOUWING	255
7.1	De aanleiding – rechterlijke samenwerking met het oog op een consistente straftoemeting	255
7.2	De legitimiteit van de straftoemeting – het zoeken naar een oplossingsrichting	255
7.3	Straftoemeting in een veelzijdige en meerduidige context	257
7.4	De ruimte van de rechter	259
7.5	Straftoematingsrecht en de noodzaak van strafvorming	259
7.6	Straftoematingsrecht, strafvorming en typologie	260
	SUMMARY. SENTENCING LAW AND SENTENCING DECISION MAKING	263
	AANGEHAALDE LITERATUUR	271
	RECHTSPRAAKREGISTER	293
	TREFWOORDENREGISTER	295
	CURRICULUM VITAE	297

DEEL I

INLEIDING EN VERKENNING

1 Inleiding

1.1 DE LEGITIMITEIT VAN DE STRAFBESLISSING

Straffen betekent niet alleen het aanspreken van iemand op zijn of haar verantwoordelijkheid. Het is óók verantwoordelijkheid nemen jegens die ander. Die verantwoordelijkheid schept verplichtingen. Bij de (publiekrechtelijke) verantwoordelijkheid voor het opleggen van de straf past dan ook een (publiekrechtelijk) stelsel van verantwoording. Over de wijze waarop invulling kan worden gegeven aan die verantwoording gaat dit onderzoek.

De noodzaak tot verantwoording komt in de eerste plaats voort uit de klassieke kenmerken van de publiekrechtelijke straf, zoals de eenzijdige toepassing van overheidsmacht op een individu en de intentionele toevoeging van leed. Ook de aard en de functie van het rechterlijk oordeel dragen bij aan de noodzaak tot een (voortdurende) analyse van de wijze waarop rekenschap wordt gegeven van de rechterlijke beslissing over de straf. Daarvoor geldt immers dat het wordt uitgesproken in functie van de macht van de staat. Rechtspreken is dan ook in laatste instantie het uitspreken van een machtswoord in naam en functie van de gemeenschap. De beslissingsmacht ontleent de rechter aan zijn functie binnen de staat. De *macht* van zijn beslissing berust op de mogelijkheid deze ook ten uitvoer te (laten) leggen of de nakoming daarvan af te (laten) dwingen. Van dit machtsbegrip van het rechterlijk oordeel is te onderscheiden het *gezag* van de rechterlijke beslissing, dat daarenboven steunt op de (innerlijke) aanvaarding van de beslissing door de direct belanghebbenden, procespartijen of procesdeelnemers en overige leden van de gemeenschap tot welke de beslissing zich richt.¹ Hoewel de machtsstruc-

1 Het gehanteerde onderscheid tussen macht en gezag slaat terug op Max Weber; Macht, in de sociologische definitie de mogelijkheid of de omstandigheid de eigen wil ook tegen de wil van anderen door te drukken of af te dwingen, vormt in dat kader een meer formeel begrip terwijl gezag (*Herrschaft*) begrepen moet worden tegen de achtergrond van de aanvaarding van die macht. Gezag betreft dan in de woorden van Weber de omstandigheid dat een op grond van die macht genomen beslissing daadwerkelijk acceptatie vindt binnen de door de beslissing aangesproken gemeenschap. Gezag wordt dan ook wel beschreven als 'legitieme macht', de omstandigheid dat het bestaan van een machtsrelatie als juist en redelijk wordt aanvaard. In een dergelijke situatie heeft het gezag gelding en zullen de betrokkenen zich in hun handelen oriënteren op de daaruit voortvloeiende plicht overeenkomstig de aanwijzingen van het gezag te handelen. Legitiem overheids-handelen wordt elders ook wel omschreven als zijnde 'in overeenstemming met het geloof onder burgers en de gezagsdragers dat de overheid bepaalde geaccepteerde waarden dient op grond waarvan gehoorzaamheid burgerplicht is'. Legitimiteit vormt aldus een bestaansvoorwaarde voor gezag. Zie o.m.: Weber (1921) 2002, p. 16-17, 28-29, 122-124, 542.

turen die het bestraffingsmonopolie van de strafrechter vestigen aan erosie onderhevig zijn,² richt dit onderzoek zich op de elementen die van invloed zijn op het gezag van de rechterlijke uitspraak: het gaat derhalve over de legitimiteit van de rechterlijke beslissing over de straf.

Het brede spectrum van factoren die de legitimiteit van de beslissing over de straf bepalen, kan in zekere zin in kaart worden gebracht vanuit twee verschillende invalshoeken. Aan de ene kant is er het (zedelijke, normatieve) vraagstuk van de rechtvaardiging en doeleinden van de straf, aan de andere kant speelt het vraagstuk hoe de realisering van de verantwoordelijkheid tot oplegging daarvan gestalte krijgt. De verhouding tussen beiden is subtiel, maar van groot belang. Strafrechttheorieën begeven zich op het vlak van de filosofische en rechtstheoretische vraagstukken omtrent rechtvaardiging en doelstellingen van het straffen. De rechterlijke beslissing over de straf voltrekt zich evenwel in een context, waarbinnen niet slechts rechtsfilosofische noties over de rechtvaardiging en de doelstellingen van het straffen een rol spelen. Nog daargelaten de sociologische, psychologische en criminologische aspecten die van invloed zijn op de legitimiteit van de beslissing over de straf, moet de specifiek rechtsstatelijke en juridische context van de rechterlijke beslissing evenzeer worden geacht daarop van invloed te zijn. De realisering van de straf kent zijn eigen context.³ Deze verschillende invalshoeken en disciplines op elkaar te kunnen betrekken is misschien wel een van de meest actuele en urgente vraagstukken rondom de legitimiteit van de straf en de straftoemeting in deze tijd.⁴

Dit onderzoek richt zich in het bijzonder op de rechtsstatelijke en juridische context van de beslissing over de straf en is gericht op het leveren van een bijdrage aan het denken over de legitimiteit van de beslissing van de rechter over de straf vanuit het perspectief van de realisering daarvan in het kader van het strafproces en breder, binnen de kaders van de democratische rechtsstaat. Het onderzoek is niet gericht op theorievorming over grondslagen en doelstellingen van straf en straffen, hoewel die natuurlijk relevant moet worden geacht voor- en richting kan geven aan de praktijk van de realisering van de straf.⁵

De rechterlijke beslissing over de straf wordt genomen in relatieve vrijheid: wet en recht worden in Nederland gekenmerkt door een grote terughoudendheid ten aanzien van de door de rechter te maken keuzes omtrent strafsoort, strafmaat en strafmodaliteit. De discussie over de legitimiteit van de rechterlijke beslissing over de straf houdt binnen het Nederlandse strafrechtstelsel

2 Vgl. in dit verband binnen de strafrechtelijke kolom de invoering van de strafbeschikking (Wet van 7 juli 2006, gefaseerde inwerkingtreding vanaf 1 februari 2008) en daarbuiten de toenemende mogelijkheden tot bestuursrechtelijke 'handhaving', die het vraagstuk rondom bestraffing in het bestuursrecht nadrukkelijk op de voorgrond plaatsen.

3 Vgl. ook: Hart 1970.

4 Zie in dit verband bijvoorbeeld: Claes 2006, p. 29-31.

5 Zie bijvoorbeeld de benadering van Duff in: Duff 2001, p. 131 en hoofdstuk 5.

dan ook direct verband met- en werkt door op die rechterlijke vrijheid bij de straftoemeting. De aanleiding van dit onderzoek is gelegen in de opkomst van twee verschijnselen die dan ook daarop van invloed zijn: het streven naar een consistente straftoemeting enerzijds en beleidsmatige activiteiten binnen de rechtsprekende macht ter bevordering daarvan anderzijds. In die aanleiding is ook het perspectief gelegen van waaruit dit onderzoek is opgezet: Het is de rechter die binnen het bestaande stelsel van wettelijke regelingen met betrekking tot de straftoemeting geldt als voornaamste probleemeigenaar in het kader van het streven naar een consistente straftoemeting.⁶ Vanzelfsprekend zijn wetgever en openbaar ministerie belangrijke andere actoren met taken en verantwoordelijkheden met betrekking tot de straftoemeting. Het systeem van de wet legt evenwel het zwaartepunt van de realisering van de verantwoordelijkheid voor de beslissing over de straf bij de strafrechter. De legitimiteit van de beslissing over de straf hangt derhalve in belangrijke mate af van de wijze waarop de strafrechter gebruik maakt van de vrijheid die door de wet wordt geboden.

De vrijheid van de rechter bij de straftoemeting wordt vaak omschreven als een discretionaire bevoegdheid. Deze term wordt in de literatuur als een soort verzamelbegrip gehanteerd ter aanduiding van die bevoegdheden van overheidsfunctionarissen waarbij in de uitoefening van die functie sprake is van een beperkte- of in ruim gestelde bewoordingen genormeerde ruimte (bijvoorbeeld als gevolg van de afwezigheid of onderbepaaldheid van de wet) bij de beslissing tot toepassing van die bevoegdheid en bij de vaststelling en/of de weging van de maatstaven waarop die beslissing is gebaseerd. Die ruimte verleent de betrokken organen derhalve een zekere autonomie van beoordeling en beslissing.⁷ Deze autonomie is in zekere zin altijd relatief, omdat de toepassing van discretionaire bevoegdheden aan bepaalde grenzen is gebonden. Zo dient zij altijd in overeenstemming te zijn met de doelstellingen waartoe de specifieke bevoegdheid is verleend.⁸ Deze vrijheid in gebondenheid vormt een sterk programmatisch uitgangspunt, doordat zij te allen tijde vraagt om een nadere analyse van de betekenis en omvang van het domein waarbinnen de rechterlijke vrijheid functioneert. Tegenover die vrijheid staat bovendien de plicht tot verantwoording voor de wijze waarop daarvan gebruik is of wordt gemaakt. In de eisen die aan de verantwoording van het rechterlijk oordeel worden gesteld, liggen opvattingen besloten over de legitimiteit van de rechtspraak en het rechterlijk oordeel. Het is derhalve deze context die in zijn volledigheid bepalend is voor de legitimiteit van het rechterlijk oordeel. Ricoeur omschreef deze context als volgt: Rechtspraak is legitiem indien zij is gebaseerd op geschreven wetten, plaatsvindt binnen een institutioneel kader, alsmede naar aanleiding van een (openbaar) proces

6 Cleiren & Schoep 2001a, p. 6.

7 Galligan 1986, p. 8, 21. Bruns 1985; Cleiren 1989.

8 Cleiren 1989.

en wordt verricht door daartoe aangewezen gekwalificeerde, competente en onafhankelijke personen.⁹ Genoemde aspecten betreffen allen elementen die de context van de legitimiteit van de rechtspraak en het rechterlijk oordeel bepalen.

1.1.1 *Elementen van legitimiteit van rechtspraak en het rechterlijk oordeel*

De onderlinge verbondenheid tussen legaliteit en legitimiteit maakt dat het gezag van het rechterlijk oordeel in de eerste plaats wordt ontleend aan de functie die het vervult binnen de democratische rechtsstaat. Als gezegd, rechtspreken is in laatste instantie het uitspreken van een machtswoord in naam en functie van de gemeenschap die haar met deze taak heeft belast. Dat zij in naam en functie van de gemeenschap rechtspreekt, komt tot uiting in de binding aan de wet. Het gezag van het rechterlijk oordeel is derhalve verbonden met het gezag van de rechtspreekende macht als functie in de staat. (Gepercipieerd) Vertrouwen in de rechtspraak vormt daarvoor een belangrijk constitutief element, maar is uiteindelijk een onvolledig criterium voor de legitimiteit van de rechtspraak. Daarnaast zijn nog enkele andere, deels wel met het vertrouwen in de rechtspraak samenhangende constitutionele en institutionele voorwaarden voor legitieme rechtspraak te onderscheiden.

De constitutionele dimensie van de legitimiteit van het rechterlijk oordeel krijgt vorm in haar relatie tot de wetgevende en uitvoerende macht binnen de kaders van de democratische rechtsstaat en wordt bepaald door de mate waarin de rechtspreekende macht in staat wordt gesteld zijn taak naar behoren te vervullen. Hoewel het klassieke beeld van de scheiding van machten reeds lang is afgezworen en heeft plaatsgemaakt voor een meer genuanceerde visie op de taak van de rechter binnen het staatsbestel, door Witteveen raak getypeerd met 'evenwicht van machten', vormt de constitutionele scheiding van machten en de daaraan in het continentale rechtssysteem verbonden gebondenheid van de rechter aan de wet op conceptueel niveau nog immer het uitgangspunt van denken voor de taak van de strafrechter. Dat levert voor dit onderwerp in ieder geval op dat de legitimiteit van het functioneren van de rechtspreekende macht primair wordt bepaald door de wijze waarop wordt gewaarborgd dat dit plaatsvindt op grond van de vooraf door de wetgever opgestelde wetten,¹⁰ een eis die een bijzondere betekenis heeft voor het functioneren van de organen van de strafrechtspleging, en tevens dat het handelen van de rechter geschiedt in onafhankelijkheid van zowel de wetgevende als de uitvoerende macht.

Op institutioneel niveau dient de organisatie en het beheer van de rechtspraak op orde te zijn. Een taakverdeling tussen de verschillende gerechtsniveaus, procedures die overzichtelijk en transparant zijn; de organisatie zal

⁹ Ricoeur 2000, p. 128.

¹⁰ Zie voor een inleidend sociologisch perspectief hierop: Hoekema 1991.

goed moeten functioneren. Tenslotte zal de rechtsprekende macht moeten laten zien te beschikken over de juiste mensen: in ons geval goede, professionele rechters. Opvattingen over leken- dan wel professionele rechtspraak en in dat laatste geval over de aard van de juridische (rechterlijke) professie blijken vanuit dit perspectief uiterst relevant voor de legitimiteit van de rechtspraak.¹¹

De legitimiteit van het rechterlijk oordeel berust in grote lijnen op het fundament van deze constitutionele en institutionele voorwaarden voor het functioneren van de rechtspraak. Geheel dekkend zijn deze voorwaarden evenwel niet, omdat de rechterlijke beslissing zelf een eigen context van rechtvaardigheid en rechtvaardiging kent. Loth beschrijft deze in termen van substantiële en procedurele rechtvaardigheid. De beslissing zelf en de gronden waarop deze berust vormen belangrijke, bijna vanzelfsprekende, aspecten van de legitimiteit van het rechterlijk oordeel. In dat verband is het wel van belang welke functie men toekent aan het rechterlijk oordeel. Loth baseert zich in dat verband op Ricoeur, die stelt dat het rechterlijk oordeel in de eerste plaats een einde moet maken aan het concrete geschil en in de tweede plaats (op de langere termijn) moet bijdragen aan de 'maatschappelijk vrede': sociale cohesie, samenhang aldus Loth.¹² Naast de gronden waarop de rechterlijke beslissing rust, is een belangrijke bron van legitimiteit te vinden in de procedure die leidt tot de totstandkoming er van. De idee van procedurele rechtvaardigheid berust in belangrijke mate op het gedachtegoed van Rawls en biedt een aanvulling op de gedachte dat de gelding van een rechterlijk oordeel uitsluitend een materiële kant zou hebben.¹³ Het belang van een dergelijke interpretatie van wat de legitimiteit van een rechterlijk oordeel bepaalt, wordt groter naarmate 'overeenstemming over de substantiële gronden moeilijker te bereiken is'.¹⁴ Niet alleen daar waar de rechter zich gedwongen ziet zich te begeven op het terrein van de (rechts)politiek, ook daar waar de rechter *qualitate qua* een ruimte van beoordelen en beslissen toekomt, zoals dat het geval is bij de beslissing over de straf, lijkt deze benadering van waarde te zijn.

In een meer directe relatie tot het rechterlijk oordeel staat de zelfstandige (legitimerende) functie van het proces zelf dat voorafgaat aan de uiteindelijke beslissing van de rechter. Dit aspect kan theoretisch worden onderscheiden in het eigen karakter en de specifieke functie van het (straf)proces enerzijds en het verloop van deze procedure anderzijds. Zoals zo vaak leren we in dat verband het eigene kennen door naar het andere te kijken. In haar Leidse oratie over de verhouding tussen strafrechtelijke vormen van Alternative Dispute

11 Zie bijvoorbeeld: De Roos 2006. Zie voor een bespreking van invloedrijke opvattingen over de juridische professie: Hol & Loth 2001.

12 Ricoeur 2000, p. 129-131; Loth 2005, p. 58-59.

13 'The intuitive idea is to design the social system so that the outcome is just whatever it happens to be, at least so long as it is within a certain range.' Rawls 1999, p. 74.

14 Loth 2005, p. 59.

Resolution (ADR) en *mediation* enerzijds en het geding voor de strafrechter anderzijds worden door Cleiren enkele kernelementen van het strafgeding geanalyseerd.¹⁵ Het bezit forum, decorum en potentie, aldus Cleiren. Het forum van het strafgeding biedt een openbaar podium waarin de communicatie plaatsvindt die uiteindelijk leidt tot de beslechting van een geschil. Het decorum van het strafgeding is de weerslag van de eigen ruimte van het geding en omvat de eigen rituelen en vormgeving van de rechtspraak. De potenties van het strafgeding staan in de visie van Cleiren voor de vermogens die het strafgeding bezit: bescherming, conflictoplossing, bindend vermogen. Het meest krachtige daarvan is ongetwijfeld het vermogen dat een onafhankelijke derde, de rechter, een bestaand geschil beslecht. De beslissing van de rechter betekent immers een (voorlopig) einde van de rechtsstrijd.¹⁶ De conclusie van Cleiren, dat het bepaald niet voor de hand ligt bovenstaande eigenschappen van het strafgeding in te wisselen voor meer informele procedures van geschillenbeslechting zoals *mediation*,¹⁷ bewijst de nauwe band die bestaat tussen het geconstrueerde, kunstmatige karakter van de procedure en de legitimiteit van de rechtspraak.

Het zelfstandig belang van het verloop van de procedure voor de legitimiteit van het rechterlijk oordeel is met name met de inzichten van Luhmann onder de aandacht gebracht in de moderne sociologische en juridisch-wetenschappelijke literatuur. De legende van de rechter die, na schijnbaar goed luisteren naar de standpunten van de beide partijen, uiteindelijk in raadkamer beslist met de worp van een dobbelsteen en welke uitspraak zonder meer wordt aanvaard door de partijen mag dan wat overdreven zijn, een kern van waarheid bevat zij wel. In zijn *Legitimation durch Verfahren* vat Luhmann de weg naar de aanvaarding van het rechterlijk oordeel op als een leerproces.¹⁸ Uitgaande van de Weberiaanse stelling dat de aanvaarding van een regel als juist betekent dat de betrokkene de regel als premisse van het eigen handelen overneemt en tevens als uitgangspunt van het eigen verwachtingspatroon neemt, kan legitimiteit niet worden beschouwd als een vrijwillig aanvaarden, maar is het gebaseerd op 'einem sozialen Klima, das die Anerkennung verbindlicher Entscheidungen als Selbstverständlichkeit institutionalisiert und sie nicht als Folge einer persönlicher Entscheidung, sondern als Folge der Geltung der amtlichen Entscheidung ansieht'.¹⁹ De legitimiteit van het rechterlijk oordeel wordt in dat kader niet alleen bepaald aan de hand van het procesrecht of de wijze waarop het rechterlijk oordeel past in de lijn van de rechtspraak, maar ook door het verloop van het proces dat voorafgaand aan de beslissing van de rechter plaatsvindt. In dat proces, dat door Luh-

15 Cleiren 2001, p. 17-26.

16 De scheidsrechtelijke functie van de rechtspraak geeft vaak aanleiding de vergelijking te maken met een sportwedstrijd. Zie bijvoorbeeld: Hart 1997, p. 141-147; Ricoeur 2000, p. 129.

17 Cleiren 2001, p. 28.

18 Luhmann 1983, p. 32-33.

19 Luhmann 1983, p. 34.

mann wordt omschreven als een 'Lernen im sozialen System', staat niet de persoonlijke waardering van een rechterlijke beslissing centraal, maar het 'umstrukturieren' van verwachtingen van de betrokkenen.²⁰ Daarin spelen bovengenoemde elementen een belangrijke rol. Er moet derhalve een verband aanwezig geacht worden tussen de aanvaarding van het rechterlijk oordeel en de aard en inhoud van de daaraan voorafgaande procedure.

Het vonnis, de drager van de beslissing en tevens één van de communicatiemiddelen waarvan de rechter zich bedient bij het openbaar maken van de beslissing, vormt een onmiskenbare schakel tot aanvaarding van de rechterlijke beslissing. Als middel tot verantwoording is het vonnis dan ook van grote betekenis, een wijze van verantwoording die ten dienste staat van de eerder door Loth onder woorden gebrachte noodzaak tot overtuigen: wil de rechter het door Ricoeur beschreven einde van een rechtsstrijd bewerkstelligen, dan zal het vonnis dienen te overtuigen en dus 'moeten responderen op het partijdebat'.²¹ Ook in andere opzichten is het vonnis van de rechter als communicatiemiddel ter discussie gesteld. Zo staat de begrijpelijkheid van de rechtspraak de laatste jaren nadrukkelijk in de belangstelling, in welk kader de wijze waarop (de taal waarin) de beslissing in het vonnis wordt geformuleerd een belangrijk element is.²²

Meer materiële aspecten van de legitimiteit van het rechterlijk oordeel komen aan de orde wanneer bijvoorbeeld wordt gewezen op de sinds geruime tijd waargenomen noodzaak tot of beweging richting het vergroten of versterken van de responsiviteit van het rechterlijk oordeel. Met responsiviteit, een term die werd geïntroduceerd door Nonet en Selznick,²³ wordt bedoeld op het gegeven dat het recht en de rechtspraak aandacht zouden moeten hebben voor wat er in de samenleving leeft en wat er van het recht wordt gevraagd. Een belangrijke eigenschap van het recht zou in dat perspectief moeten zijn dat het meer biedt dan alleen een vorm van procedurele rechtvaardigheid. In zoverre vormt deze denkrichting dan ook een kritiek op het formalisme, de nadruk op procedures en regels, dat eigen zou zijn aan het juridisch metier. Eén van de consequenties van deze gedachte is dat de rechter meer zou moeten doen dan alleen een juridisch-technisch juist vonnis vervaardigen. Het vonnis moet ook voor een breed publiek, en bovenal voor de partijen begrijpelijk zijn en inhoudelijk aansluiten bij hetgeen maatschappelijk leeft (of daar niet te ver van af komen te staan).²⁴ Thans lijkt een groot deel van deze discussie zich af te spelen rondom het vraagstuk naar de betekenis

20 Luhmann 1983, p. 35-37.

21 Loth 2005, p. 58.

22 Zie bijvoorbeeld Van de Bunt & Mevis 2004 en Malsch & Van Manen 2007. Ook PROMIS, het project binnen de rechtsprekende macht dat was opgezet om met name de bewijs- en strafmotivering te verbeteren, verdient in dat kader vermelding.

23 Nonet & Selznick 2001, in het bijzonder p. 73 e.v.

24 Kwak 2003, p. 67-68. Zie ook: Huls, Mevis & Visscher 2003. Hier speelt een belangrijk probleem ten aanzien van de betekenis van de 'klantvriendelijkheid' van de rechter.

van de publieke opinie voor de (straf)rechter en het strafrechtelijk beleid.²⁵ Dat neemt niet weg dat belangrijke rechtsfilosofische en materieelrechtelijke vraagstukken die samenhangen met de rechtvaardigheid van het rechterlijk oordeel meespelen en bijvoorbeeld met betrekking tot de beslissing over de straf leiden tot de (voor de hand liggende) vaststelling dat ook vraagstukken omtrent doel en rechtvaardiging van straffen, wat een rechtvaardige strafbeslissing moet inhouden en bijvoorbeeld omtrent de invulling van het voor de strafbeslissing relevante begrip 'de ernst van het feit' van invloed zijn op, of worden beïnvloed door deze wijze van beoordeling van de legitimiteit van het rechterlijk oordeel over de straf.

De verbondenheid tussen legaliteit en legitimiteit verbindt nog een ander aspect van het handelen van de rechter met de legitimiteit van het rechterlijk oordeel. De legitimiteit van het rechterlijk oordeel kent niet alleen een context van randvoorwaarden waarbinnen de rechterlijke beslissing geacht moet worden gelegitimeerd te zijn (zoals die voortvloeien uit de constitutionele en institutionele context alsmede de zelfstandige procedure binnen welke de beslissing tot stand komt) of een materiële component, die verband houdt met de uitkomst van de beslissing en de argumenten die daaraan ten grondslag liggen. De legitimiteit van rechterlijke beslissingen wordt in de literatuur ook wel in verband gebracht met de (juridische) methode die wordt gebruikt bij de totstandkoming van het rechterlijk oordeel: bij het vinden van argumenten of bij het bepalen van de uitkomst. Zo wordt binnen de strafrechtelijke literatuur wel aangenomen dat, waar het de interpretatie van delictsbestanddelen betreft, de traditioneel onderscheiden interpretatiemethoden de uitdrukking vormen van- en invulling geven aan de verantwoordingsplicht van de rechter *in het licht van het legaliteitsvereiste*.²⁶ En waar de interpretatiemethoden enerzijds als instrument ten behoeve van de rechtsvinding door de rechter worden gebruikt, zijn zij evenzeer van belang als instrument van verantwoording naar direct betrokkenen en de maatschappij en, in het gegeven geval, ten behoeve van de rechtsvorming.²⁷ De hieruit sprekende dubbele functie van de methode van oordeelsvorming mag evenwel niet verhullen dat juist ten aanzien van de methodologie van het rechterlijk beslissen een belangrijke discussie gevoerd kan worden over de vraag of en in hoeverre de methodologie (in bredere zin dan in welk kader hiervoor daarover werd gesproken) een rol speelt bij de legitimiteit van rechterlijke beslissingen. Aangenomen dat de legitimiteit van het rechterlijk oordeel de resultante is van constitutionele en institutionele randvoorwaarden, procedurele (processuele) waarborgen en materiële criteria (het standpunt dat hierboven werd ingenomen) dan ligt de conclusie voor de hand dat de juridische methodologie, in abstracte zin of

25 Voor een uitputtende, zij het ietwat oudere overzichtspublicatie zij verwezen naar: Roberts 1992. Zie ook: Roberts 2008b.

26 Voor een dergelijke benadering, zie bijvoorbeeld: 't Hart 1997 en Cleiren 2006.

27 Cleiren 2006.

als aanduiding van de gereedschapskist van de rechter, nooit uitsluitend de legitimiteit van de rechterlijke beslissing bepaalt. De juridische methodologie wordt in de literatuur wel als criterium voor de geldigheid van een rechterlijk oordeel benoemd,²⁸ maar gezien het feit dat alleen al over de rangorde van de toe te passen interpretatiemethoden geen overeenstemming bestaat,²⁹ de gereedschapskist van de rechter meerdere hulpmiddelen bevat³⁰ en de context van het vinden van de argumenten (de context van de heuristiek van het rechterlijk oordeel) niet zonder meer samenvalt met de context van verantwoording (de legitimatie van het rechterlijk oordeel³¹), is het op voorhand problematisch de juridische methodologie aan te wijzen als richtpunt voor de analyse van de legitimiteit van het rechterlijk oordeel. Het meest pregnante probleem van een te ver doorgevoerde nadruk op de methodologie is misschien wel het feit dat, zoals ik 't Hart begrijp, in de keuze voor- en toepassing van een methode tot het beantwoorden en verantwoorden van een rechterlijke beslissing, impliciete oordelen over fundamentele vraagstukken verscholen liggen en het erom gaat juist die impliciete standpunten inzichtelijk te maken. Met betrekking tot het strafrecht stelt 't Hart dat het in dat verband gaat over: 'theoretische onderwerpen betreffende taal, tekst, grondslagen van het recht en het specifieke van het strafrecht.'³² Claes ziet achter de klassieke interpretatiemethoden in dat verband specifieke richtlijnen schuilgaan die, anders dan de methoden zelf, invulling kunnen geven aan eisen van legaliteit als voorspelbaarheid, controleerbaarheid en juistheid.³³ De juridische methodologie, zo zou men dit kunnen begrijpen, gaat dus altijd ook over vraagstukken van juistheid en rechtvaardigheid. Aandacht voor de methodologie van het rechterlijk oordeel gaat samen met en veronderstelt tevens de noodzaak van een bezinning op doelstellingen en grondslagen – het veronderstelt in feite een soort holistische (vergeef me de term) benadering van de legitimiteit van het rechterlijk oordeel die samenhangt met de hierboven beschreven bredere context van de legitimiteit van de rechtspraak. De daarbij passende en veronderstelde claim op legitimering van het rechterlijk oordeel d.m.v. de verbinding tussen legaliteit en interpretatiemethoden is in dat verband sterk op de proef gesteld, volgend op de vaststelling van een noodzakelijke *open texture* van de wet. Zo stelt Claes zich de vraag in hoeverre de (strikte) interpretatiemethoden in het klassieke ('conventionele') strafrechtelijke rechtsvindingsdiscours nog hanteerbaar en van waarde kunnen zijn en kiest in navolging van Dworkin voor een constructivistische, hermeneutische be-

28 En bestreden door: Crombag, De Wijkerslooth & Cohen 1973.

29 Zie: Engisch 2005, p. 101 e.v.; Alexy 1983, p. 18-19.

30 Asser-Vranken 1995, p. 75 e.v.

31 Nieuwenhuis 1976; Smith 2005, p. 77-78.

32 't Hart 1997. Ook Engisch stelt vast dat een verdieping noodzakelijk is om zicht te krijgen op een juiste toepassing en allocatie van (interpretatie)methoden: Engisch 2005, p. 105-107.

33 Claes 2003, p. 52-54.

nadering als alternatief.³⁴ Daarbij komt dat de aard van het rechtspreken, in de woorden van Vranken: kiezen, zich niet altijd verhoudt tot een vaste methodische uitgangspositie, vaste regels en rangordes van methoden, richtlijnen en gezichtspunten. Aandacht voor de methode zou in dat kader minder noodzakelijk zijn dan aandacht voor de motivering, aldus Vranken. Dáárin wordt inzicht verschaft in het 'wat en waarom van de argumenten die tot zijn beslissing hebben geleid'.³⁵

Er zijn aldus sterke argumenten de legitimiteit van het rechterlijk oordeel niet primair vanuit de methode van oordeelsvorming te onderzoeken. Dat neemt niet weg dat er redenen kunnen zijn juist het methodologisch aspect (van de totstandkoming) van het rechterlijk oordeel op de voorgrond te plaatsen. In veel gevallen komt het er immers op aan de juiste verhouding te vinden tussen al deze aspecten van de legitimiteit van het rechterlijk oordeel. Die verhouding zal moeten worden bepaald aan de hand van de specifieke juridische en rechtsstatelijke context waarbinnen het vraagstuk rondom de legitimiteit van het rechterlijk oordeel speelt. In het kader van dit onderzoek wordt die context bepaald door de dynamiek van grondslagen en beginselen van het strafrecht binnen de kaders van de democratische rechtsstaat.

1.1.2 *De legitimiteit van het rechterlijk oordeel omtrent de straf*

De rechterlijke beslissing over de straf voltrekt zich binnen een (noodzakelijk) problematische context, die hieronder nog nader zal worden onderzocht. Aan die analyse ligt ten grondslag de brede opvatting van legitimiteit van het rechterlijk oordeel, zoals die ook al hierboven werd beschreven. Er is op deze plaats kort gelegenheid enkele observaties weer te geven met betrekking tot het discours rondom de legitimiteit van de beslissing over de straf. Al vanaf de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht in 1886 is die legitimiteit onderwerp van discussie. Dat houdt onder meer verband met op het oog onverklaarbare verschillen in de opgelegde straffen in vergelijkbare gevallen. Dat neemt niet weg dat ook andere factoren waarneembaar zijn in de achtergronden waartegen de maatschappelijke discussie wordt gevoerd. Zichtbaar is dat beleidsmatig en vanuit de wetenschap het zwaartepunt is verlegd van een nadruk op ongerechtvaardigde verschillen in de opgelegde straffen,³⁶ naar een toegenomen aandacht voor de wijze waarop de verantwoording van die beslissing plaatsvindt. In dat laatste geval staan niet zozeer

34 Dworkin 2001. Vgl. in dit verband Claes 2003, p. 53: 'Justitiabelen die verwachten dat het legaliteitsbeginsel het schrikbeeld van een onvoorspelbare en oncontroleerbare staat zal bezweren, kunnen nooit van dit beginsel eisen dat het hen in staat zou stellen uit elke interpretatiemethoden afzonderlijk de achterliggende motivering van de strafrechter af te leiden.' Vormt dit niet in feite de bevestiging van de juistheid van het onderscheid tussen heuristiek en legitimatie?

35 Asser-Vranken 1995, nr. 217-218.

36 Grofweg vanaf de jaren zeventig tot in de jaren negentig van de vorige eeuw.

de verschillen in de opgelegde straffen centraal, als wel de *aanvaardbaarheid*, de *aannemelijkheid*, de *transparantie* van het rechterlijk oordeel en de rechterlijke oordeelsvorming over de straf. Zo bezien staat niet meer het eindresultaat op de voorgrond, maar veeleer de benadering die is gevolgd om te komen tot die beslissing en waarvoor de rechter in het vonnis verantwoording aflegt. Inzicht in de feiten en argumenten die hebben geleid tot het oordeel over de straf gaat ook logischerwijs vooraf aan uitspraken over de (on)gerechtvaardigdheid van verschillen in opgelegde straffen. De toegenomen aandacht voor het afleggen van verantwoording voor de beslissing over de straf past in het beeld van een rechtspraak die zich naar eigen zeggen inzet voor een betere communicatie tussen strafrechter en andere procesdeelnemers en die tussen strafrechter en samenleving.³⁷ Op die manier wordt beoogd een bijdrage te leveren aan de versterking van het gezag van de uitspraak van de rechter en daarmee, in bredere zin, aan het vertrouwen in de rechtsprekende macht. Ook hier gaat het dus om de legitimiteit van het rechterlijk oordeel en de wijze van verantwoording van de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting. Tegenover deze (merendeels institutionele) pogingen de acceptatie van het rechterlijk oordeel te vergroten, staat de maatschappelijke realiteit zoals die blijkt uit onderzoeken onder burgers naar het vertrouwen in de rechtspraak. Hoewel dat in het algemeen weliswaar dalende is, maar nog altijd hoog is te noemen,³⁸ blijkt er ten aanzien van de perceptie van het werk van de rechter in relatie tot de beslissing over de straf een verband te bestaan tussen (vermeend) punitief klimaat en vertrouwen in de rechter: 'Mensen die van mening zijn dat in Nederland te licht wordt gestraft, zijn over het algemeen de mening toegedaan dat rechters niet goed hun werk doen.'³⁹ Voeg daarbij de vaststelling dat het vertrouwen in de rechtspraak geen duidelijk verband lijkt te houden met de mate waarin rekening wordt gehouden met responsiviteit of rechtsgelijkheid en een fikse relativering is, gelet op het onderzoek van Van der Meer, op zijn plaats.⁴⁰ Zonder evenwel de maatschappelijke perceptie van de rechtspraak, zoals deze blijkt uit genoemde en andere onderzoeken te willen miskennen, is de rechtsontwikkeling en daarmee de maatschappelijke inbedding van het rechterlijk oordeel gebaat bij een onderzoek naar de systematiek waarbinnen de beslissing over de straf zich voltrekt en de wijze waarop deze systematiek bijdraagt aan de verantwoording van die beslissing. Als gezegd: vertrouwen in de rechtspraak vormt een constitutief, maar onvolledig criterium voor de legitimiteit van de rechtspraak en het rechterlijk oordeel. De context van verantwoording waarbinnen de legitimiteit van de beslissing over de straf wordt gerealiseerd, kent twee pijlers: enerzijds de reeds aangestipte verantwoording die plaatsvindt door middel van de moti-

37 Raad voor de rechtspraak 2006, p. 14.

38 Van der Meer 2004, p. 50-51.

39 Van der Meer 2004, p. 47. Deze bevinding wordt bevestigd door resultaten uit eerdere onderzoeken. Zie daartoe het onderzoek van Van der Meer t.a.p.

40 Van der Meer 2004, p. 51.

vering van het rechterlijk oordeel. Deze weg lijkt in het huidig tijdsgewricht de meest bewandelde te zijn. Desalniettemin, zo zal ik betogen, is er aanleiding ook naar een andersoortige wijze van verantwoording te kijken, te weten de wijze waarop (binnen de grondslagen en de systematiek van het gehele stelsel van regelingen met betrekking tot de straftoemeting) aandacht voor de methode van totstandkoming kan bijdragen aan de legitimiteit van de beslissing over de straf.

1.1.3 *De primaire route – Verantwoording achteraf via de motivering van de straf*

De legitimiteit van de rechterlijke beslissing is onlosmakelijk verbonden met het hierboven beschreven gezagsbegrip en de daarin besloten aanvaardingsregel. Vanuit die optiek heeft de rechter er dus ook belang bij dat zijn beslissing kenbaar en herleidbaar is en wordt (of kan worden) begrepen. Aspecten van transparantie en begrijpelijkheid komen daarmee op de voorgrond te staan bij de wijze waarop door rechter en maatschappij wordt gekeken naar de oordeelsvorming en de wijze van verantwoording daarvan in het vonnis. Het wekt geen verbazing dat de ontwikkelingen op het gebied van het verbeteren van de consistentie in de straftoemeting zich vooral voordoen t.a.v. de motivering van de straf. Daarin geeft de rechter idealiter inzicht in de feiten en argumenten die de straf hebben bepaald.

De toegenomen aandacht voor de rechterlijke oordeelsvorming met betrekking tot de straf en de wijze van verantwoording daarvoor in het vonnis heeft tot gevolg dat de strafbeslissing in zekere zin niet meer wordt beschermt door het comfortabele zonnescherm van de apodictisch aandoende formulering dat de opgelegde straf 'in overeenstemming is met de aard en de ernst van het bewezen verklaarde feit en de omstandigheden waaronder dit is begaan, alsmede de persoon van verdachte zoals van een en ander uit het onderzoek ter terechtzitting is gebleken'. Het komt er immers op aan inzicht te geven in de wijze waarop invulling wordt gegeven aan deze begrippen. Een uit oogpunt van strafrecht(e)lijk beleid belangrijk 'oordeel' van deze route is de terughoudendheid die daarmee kan worden ingenomen ten aanzien van de inhoudelijke vraagstukken met betrekking tot de op te leggen straf. Vanzelfsprekend leidt deze terughoudendheid er toe dat de rechterlijke vrijheid intact gelaten en met de nodige distantie benaderd wordt. Dat neemt niet weg dat ook met betrekking tot de strafmotivering in het vonnis diverse vraagstukken onbeantwoord zijn gebleven én blijven. Daarmee wordt duidelijk dat een eenzijdige oriëntatie op de (structurering van de) strafmotivering in het licht van de legitimiteit van de beslissing over de straf uiteindelijk onvoldoende soelaas kan bieden: Juist de pogingen tot structurering van de strafmotivering (daarop wordt concreet nader ingegaan in § 4.4.8.3) roepen vragen op die belangrijke dwarsverbanden hebben met andere elementen van de legitimiteit van de beslissing over de straf. Een in het licht van de

aanleiding van dit onderzoek interessante vraag is bijvoorbeeld die naar de plaats van de oriëntatiepunten straftoemeting in diezelfde motivering. De beantwoording van die vraag dwingt tot een bredere analyse dan alleen van de structuur van de strafmotivering. Het is om die reden alleszins begrijpelijk dat de projectgroep Promis II in haar rapport concludeerde dat weliswaar de begrijpelijkheid van het vonnis gediend was met opneming van een oriëntatiepunt in de motivering, maar dat het in het kader van deze rapportage niet op haar weg lag een uitspraak te doen over de vraag wat als uitgangspunt zou hebben te gelden voor de straftoemeting, wat de inhoud daarvan zou kunnen zijn en hoe dit uitgangspunt tot stand zou moeten komen en zou moeten worden toegepast.⁴¹ Antwoorden op deze en de daarmee samenhangende vragen moeten worden gezocht in een bredere benadering van dit probleem waarin de hierboven genoemde aspecten van legitimiteit van het rechterlijk oordeel aan de orde kunnen komen. Dat brengt ons bij de tweede route die kan worden gevolgd ten behoeve van de analyse van het vraagstuk omtrent de legitimiteit van de rechterlijke beslissing over de straf.

1.1.4 Een tweede route – Verantwoording vanuit het stelsel van de wet en de democratische rechtsstaat

Met de aandacht voor de strafmotivering is als gezegd niet het gehele spectrum blootgelegd van factoren die bepalend zijn voor de legitimiteit van de beslissing over de straf. Het gaat dan ook niet slechts om het afleggen van verantwoording *achteraf*, maar ook om de wijze waarop *voorafgaand* aan de beslissing over de straf de verantwoordelijkheid voor de realisering daarvan wordt vormgegeven. De daarmee verbonden bredere context komt in zicht wanneer men de feitelijke aanleiding tot dit onderzoek in ogenschouw neemt. Deze is zoals gezegd gelegen in de toegenomen rechterlijke activiteiten ten behoeve van het vergroten van de consistentie in de straftoemeting, welke in het bijzonder zichtbaar zijn geworden met de ontwikkeling en (beoogde) toepassing van de Databank Consistente Straftoemeting en de eerder genoemde oriëntatiepunten straftoemeting. In het algemeen worden beide instrumenten en de voorwaarden waaronder deze kunnen en/of dienen te worden gebruikt, geschaard onder het thema rechterlijke samenwerking (daarop wordt nader ingegaan in § 1.2). Deze thematiek kent een zelfstandige en specifieke context die, losgekoppeld van de straftoemeting, verband houdt met opvattingen over de taak van de rechter binnen de kaders van de democratische rechtsstaat. Betreft men deze context in de discussie rondom het bevorderen van de consistentie in de straftoemeting, dan dient te worden geconcludeerd dat de legitimiteit van de beslissing over de straf niet slechts verband houdt met de kwaliteit van de motivering. De beslissing over de straf ontleent haar legitimiteit óók aan de wijze waarop de rechter en

41 Eindrapport Promis II 2007, p. 35.

de rechtsprekende macht binnen de kaders van de democratische rechtsstaat functioneren. De legitimiteit van de beslissing over de straf is aldus ook de resultante van de elementen van de legitimiteit van de rechtspraak en het rechterlijk oordeel die hierboven werden besproken. Daarbij past een benadering gericht op de methode van totstandkoming van het rechterlijk oordeel over de straf.

Zowel de constitutionele als de institutionele dimensie van de legitimiteit van de rechterlijke beslissing, bieden de kern en een eerste aanzet tot een programma van aandachtspunten. In dat kader kan men spreken van een dimensie van verantwoording voor het rechterlijk functioneren dat voorafgaand aan het nemen van de beslissing aanwezig dient te zijn; de daaruit voortvloeiende eisen vormen vóóraf te vervullen voorwaarden voor een legitieme beslissing over de straf. Het is in dit verband interessant om, aldus de WRR, vast te stellen dat met betrekking tot de legitimiteit van het handelen van de overheid in het algemeen een verschuiving heeft plaatsgevonden van input-legitimatie naar een perspectief van output-legitimatie. Het gezag van de overheid wordt in die visie meer en meer afhankelijk van de wijze waarop zij laat zien dat haar handelen is gericht op kwaliteit van – en doelmatigheid in de dienstverlening (output) en wordt in mindere mate aanvaard op grond van de positie en functie van de overheid als representant van de burger (input).⁴² Met betrekking tot de strafrechtspleging en de legitimiteit van het handelen van de rechtsprekende macht moet worden vastgesteld dat die analyse niet geheel op gaat. Zowel in- als output gerelateerde aspecten zijn te herkennen in de discussies de laatste jaren over de legitimiteit van het handelen van de rechtspraak en de rechter. De reorganisatie van de rechtsprekende macht, die zijn beslag kreeg met de in 2002 in werking getreden Wet organisatie en beheer gerechten en de Wet raad voor de rechtspraak kan in belangrijke mate als een uiting van een output georiënteerde benadering worden beschouwd, terwijl ook de beleidsmatige nadruk op de strafmotiveering (Promis) kenmerken dragen van een dergelijke benadering. Het toegenomen belang van het slachtoffer in het strafproces, niet in de laatste plaats op het onderzoek ter terechtzitting, alsmede de discussie over de invoering van een vorm van leken- en/of juryrechtspraak zijn evenwel uitingsvormen van een (mogelijkerwijs) veranderende opvatting over de positie en functie van de overheid als representant van de burger. In de discussie over de legitimiteit van de beslissing over de straf, voert de output-gerelateerde benadering de boventoon. Hoewel dat thans tegen de maatschappelijke stroom lijkt in te gaan, is het mijns inziens van belang juist de aard en de mate van verantwoording te onderzoeken, die uitgaat van – en gelegen is in de grondslagen en systematiek van de wettelijke regelingen die het functioneren van de rechter omgeven. Het gaat daarbij niet om vraag naar de wijze waarop de burger een rol kan spelen bij de beslissing over de straf: dat is slechts één aspect van een dergelijke input-gerelateerde benadering van de legitimiteit

42 WRR 2002, p. 109-110.

van het handelen van de strafrechter. Het is als met een smakelijk gerecht: de geur bepaalt voor het grootste gedeelte de smaak, en het ruikt het best als de juiste en kwalitatief goede ingrediënten zijn toegevoegd en het op de juiste wijze is bereid.

Dit onderzoek zal geen antwoord opleveren op de vraag naar de betekenis en de rechtvaardiging van de straf. Theorievorming over grondslagen en doelstellingen van straf en straffen, ook die relevant is voor- en richting geeft aan de praktijk van het straffen, wordt niet beoogd. Het onderzoek is er evenmin op gericht invulling te geven aan de verantwoordingsplicht van de rechter voor de beslissing over de straf in het kader van de motivering. Aanzetten daartoe kunnen aan dit onderzoek wellicht wel worden ontleend, maar het vormt niet de hoofdmoot van dit onderzoek zoals dat bijvoorbeeld het geval is in het onderzoek van Schuyt.⁴³

1.2 DE AANLEIDING: RECHTERLIJKE SAMENWERKING MET HET OOG OP EEN CONSISTENTE STRAFTOEMETING

Het onderhavige onderzoek vindt zoals gezegd zijn aanleiding in het samenstel van twee verschijnselen die in onderlinge samenhang de discussie over de straftoemeting van het laatste decennium in belangrijke mate hebben gedomineerd: het streven naar consistentie in de straftoemeting en de daarop gerichte toegenomen activiteiten binnen de rechtsprekende macht. Beide verschijnselen raken, ieder op eigen wijze, aan de legitimiteit van de rechterlijke beslissing over de straf. In de meest algemene termen gaat het ook bij de straftoemeting om de verzoening van twee elkaar op het oog tegensprekende aspiraties van de rechtspraak: recht doen aan het gelijkheidsbeginsel en het verbod van rechterlijke willekeur enerzijds en recht doen aan de individuele omstandigheden van een geval anderzijds. Achter dit dilemma, dat ook wel aanleiding geeft de vergelijking te trekken tussen maatwerk en confectie,⁴⁴ gaan diverse soorten discussies schuil over de betekenis van gelijkheid voor de straf en de straftoemeting en de taak en functie van strafrechter bij de straftoemeting. In het navolgende zal in beschrijvende zin kort worden ingegaan op deze verschijnselen. Op grond daarvan zal een eerste aanzet tot de probleemstelling kunnen worden gegeven. In het daarna volgende zal worden getracht deze vraag nader te specificeren en zal, waar dat nodig blijkt, een nadere inperking van de beantwoordingsrichting van deze vraag worden gegeven.

⁴³ Dissertatie Schuyt (nog te verschijnen).

⁴⁴ Brenninkmeijer 1989, p. 1624. Rozie 2006.

1.2.1 (In) consistentie in de straftoemeting

Reeds geruime tijd functioneert de rechterlijke straftoemetingspraktijk onder vermoedens én bewijzen van onverklaarbare verschillen in de straftoemeting. Niet altijd is dat een probleem geweest. In dat verband is het dan ook interessant te bezien om welke redenen juist het belang van gelijkheid en consistentie zo'n prominente plaats heeft gekregen in het discours rondom de legitimiteit van de beslissing over de straf. Al in 1933 onderzocht Van Sandick de rechterlijke straftoemetingspraktijk met het oog op het verkrijgen van inzicht in 'eenheid in berechting'. Deze eenheid werd door de schrijver in zekere zin waargenomen en bestond daarin dat de onderzochte arrondissementsen 'een en dezelfde gedragslijn tegenover bepaalde typen van misdadigers (volgden)'.⁴⁵ Deze gedragslijn, door de schrijver ook wel strafpolitiek genoemd, had in het bijzonder betrekking op de keuze voor de strafsoort (gevangenisstraf, geldboete) en de strafmodaliteit (voorwaardelijk, onvoorwaardelijk) en de perceptie van de verhoudingen tussen de delicten en delictsvormen met betrekking tot de ernst daarvan. Meer verschillen constateerde de schrijver waar het de opgelegde strafmaat betrof; deze bleek in veel gevallen nogal uiteen te lopen. Veel later wees Fiselier, alleen en in samenwerking met Lensing, op verschillen in de opgelegde straffen, de uitgangspunten die daarvoor worden gehanteerd en de invloed van bepaalde factoren op de strafsoort en strafmaat.⁴⁶ Berghuis onderzocht hoe groot de verschillen zijn tussen rechtbanken met betrekking tot de straftoemeting inzake eenvoudige mishandeling, vernieling en beschadiging, eenvoudige en gekwalificeerde diefstal, valsheid in geschrift, rijden onder invloed en bepaalde delicten uit de Opiumwet. Een belangrijke bevinding in dit onderzoek betrof de conclusie dat verschillen tussen rechtbanken vooral betrekking hadden op de strafmaat, in het bijzonder bij de oplegging van de onvoorwaardelijke gevangenisstraf en minder bij de geldboetes.⁴⁷ Vooral het onderzoek van Berghuis heeft veel stof doen opwaaien. Met deze verzameling van onderzoeksresultaten kan men spreken van een basis aan gegevens die, weliswaar beperkt in omvang, het bestaan van ongerechtvaardigde verschillen in de straftoemeting lijken te bevestigen.

Ook de wijze waarop de rechter binnen de vrije ruimte beslissingen neemt en accenten legt, welke criteria worden gehanteerd, is in empirisch onderzoek aan de orde geweest. Naast het zojuist genoemde onderzoek van Fiselier en Lensing, waarin aandacht werd besteed aan de weging van factoren als verstek, voorarrest en de samenloopregeling van art. 56 en 57 Sr, constateerde Kannegieter in een onderzoek naar de invloed van de sociale positie van de verdachte dat verdachten mét werk bij bepaalde delicten structureel anders werden gestraft dan werklozen in 'vergelijkbare gevallen'. Het verschil leek

45 Van Sandick 1933, p. 356.

46 Fiselier 1985; Fiselier & Lensing 1995.

47 Berghuis 1992.

met name te zijn gelegen in het feit dat bij werkenden eerder een voorwaardelijke gevangenisstraf werd opgelegd, terwijl de werkloze eerder een onvoorwaardelijke gevangenisstraf diende te ondergaan.⁴⁸ Het onderzoek is in het bijzonder op twee punten interessant. In de eerste plaats vanwege het feit dat het blootlegde dat de arbeidspositie van de verdachte als strafbepalende factor in de overweging van de rechter meespeelt. De consequentie die aan de arbeidspositie van de verdachte werd verbonden (de werkloze werd op basis van dit onderzoek eerder tot een vrijheidsstraf veroordeeld dan de werkende) kan voor beroering hebben gezorgd. De verklaringen die daarvoor werden aangedragen bleken niet altijd even consistent te zijn en maakten dat de rechter iets had uit te leggen.⁴⁹ Verschillen in straftoemeting tussen de hoven onderling werden zichtbaar gemaakt door Van Tulder en Diephuis, die vaststelden dat bij niet-gewelddelicten en in de toepassing van criteria bij de straftoemeting (zoals toerekeningsvatbaarheid en geschokte rechtsorde) verschillen bestonden. Ook in de verhouding tussen de hoven en rechtbanken zijn verschillen aangetoond: gemiddeld blijken de hoven lagere straffen op te leggen dan de rechtbanken.⁵⁰

Vanuit een geheel ander perspectief, en met gebruikmaking van een andere methode dan de statistische methode, komen verschillen naar voren in de voorkeuren onder rechters voor bepaalde strafdoelen. De Keijser onderzocht de vraag of de praktijk van het straffen is ingebed in een samenhangend en richtinggevend kader van beginselen. In dat kader trof de onderzoeker substantiële verschillen aan in voorkeuren voor strafdoelen. Daarnaast kwam uit het onderzoek naar voren dat de voorkeur voor bepaalde strafdoelen 'niet bijzonder relevant is voor de beslissing omtrent straffen en bijzondere voorwaarden'. Het bleek dat de keuze voor een bepaalde straf niet kon worden teruggevoerd op één enkel strafdoel, maar dat verschillende opvattingen over strafdoelen in een concrete zaak konden resulteren in dezelfde straffen.⁵¹ Ook werden verschillen in de straftoemeting aangetoond op basis van semi-experimenteel onderzoek aan de hand van de beoordeling door verschillende rechters van telkens dezelfde fictieve casusdossiers.⁵²

Ook, en vooral, in het buitenland is onderzoek gepubliceerd waarin verschillen in straftoemeting duidelijk worden. Op grond van een onderzoek naar de straftoemeting van twaalf *Magistrates' Courts* in het Verenigd Koninkrijk komt bijvoorbeeld Hood tot de bevinding dat bij gelijksoortige feiten en na een controle van de daderkenmerken verschillen aanwijsbaar zijn in (de

48 Kannegieter 1994, p. 233.

49 Overigens zou de verklaring voor de omstandigheid dat een werkloze eerder dan een werkende een vrijheidsstraf kreeg opgelegd kunnen liggen in de persoonlijke omstandigheden: de werkloze levert tijd in met een vrijheidsstraf, de werkende met geld.

50 Van Tulder & Diephuis 2007, p. 46-47.

51 De Keijser 2000, p. 187.

52 De Keijser & Van Koppen 2004, p. 174-175, waarbij ook door de onderzoekers wordt erkend dat nivellering van de aantoonbare verschillen mogelijk was geweest indien gekozen zou zijn voor een experimentele raadkamer-setting.

voorkeur voor) het opleggen van gevangenisstraffen.⁵³ In de Verenigde Staten van Amerika verschenen diverse onderzoeken waaruit kan worden opgemaakt dat zich onverklaarbare verschillen in de straftoemeting voordoen.⁵⁴ Ook Duits onderzoeksmateriaal geeft voeding aan de gedachte dat zich verschillen in opgelegde straffen voordoen in gevallen waarin dat op het oog niet verklaarbaar is.⁵⁵

Uit bovenstaande samenvatting van slechts enkele van de vele onderzoeken die beschikbaar zijn, blijkt al dat ongelijkheid in de straftoemeting zich op verschillende manieren kan voordoen. Die vaststelling noopt tot een nadere keuze omtrent het gebruik van het begrip gelijkheid in relatie tot de straftoemeting. In mijn ogen duidt het begrip ongelijkheid in relatie tot de straftoemeting teveel op verschillen in opgelegde strafmaat in vergelijkbare gevallen. Nu op basis van bovenstaande inventarisatie is gebleken dat het probleem van de ongelijkheid in de straftoemeting zich op veel meer manieren kan voordoen, is het aangewezen de discussie daarover in andere termen te voeren. Aansluitend bij wat in het algemeen als een treffende overkoepelende omschrijving wordt beschouwd en welk begrip ook ruimte geeft aan de wat mij betreft meerlagige, meerduidige en open context van de straftoemeting, wordt in het onderstaande gekozen voor consistentie in straftoemeting als aanduiding van de hier aan de orde zijnde problematiek.

1.2.2 *Rechterlijke samenwerking met het oog op een consistente straftoemeting*

Rechters overleggen over hun werk, over hun beslissingen en doen dat ook buiten de raadkamer om. Soms leidt dat tot wat Van Sandick al in 1933 omschreef als ‘strafpolitiek’, een gedragslijn met betrekking tot de op te leggen straffen tegenover bepaalde typen van misdaden en misdadigers.⁵⁶ Een bevestiging van het bestaan van dergelijke vormen van samenwerking tussen rechters met betrekking tot de straftoemeting werd gevonden in een publicatie van Corstens en Vegter,⁵⁷ maar kon ook eerder worden gevonden in bijdragen van Enschedé, Fokkens, Machielse, en de NVVR.⁵⁸ Ook G.E. Mulder beschreef dit verschijnsel.⁵⁹ Het spreekt voor zich dat deze ‘producten’ er op gericht waren meegenomen te worden in de rechterlijke oordeelsvorming. Uit onderzoek is inderdaad gebleken dat producten van dergelijke vormen

53 Hood 1962, nog eens overgedaan in: Hood 1992. Voor een uitvoeriger beschrijving van buitenlandse onderzoeken op dit terrein zij verwezen naar Beyens 2000, p. 32-82.

54 Zie hierover bijvoorbeeld Ashworth 1992, p. 183-185.

55 Zie bijvoorbeeld Albrecht 1994.

56 Van Sandick 1933, p. 356.

57 Corstens & Vegter 1989.

58 Enschedé, Moor-Smeets & Swart 1975; Fokkens 1986; Machielse 1987; NVVR 1985; NVVR 1987.

59 G.E. Mulder 1991.

van rechterlijke samenwerking ook daadwerkelijk worden meegenomen in de rechterlijke oordeelsvorming.⁶⁰ Bevestigingen daarvan zijn opgenomen in de breedtestudie van Miranda Boone c.s. naar de stand van zaken binnen de rechterlijke organisatie na de invoering van de Wet organisatie en bestuur gerechten en de Wet Raad voor de rechtspraak.⁶¹ Er worden inmiddels veel inspanningen geleverd op het gebied van het vergroten van de rechtseenheid, zo concluderen Boone e.a.

Rechterlijke samenwerking kan worden omschreven als een vorm van coördinatie van rechtspraak met het oog op het vergroten van de eenheid in de rechtspraak. Zowel in het burgerlijk (proces)recht, het bestuursrecht als in het strafrecht zijn in de loop der tijd overlegstructuren of samenwerkingsverbanden ontstaan die met elkaar gemeen hebben dat zij erop gericht zijn (de totstandkoming van) uitspraken van verschillende rechters zoveel mogelijk met elkaar in overeenstemming te doen zijn of zo min mogelijk met elkaar te doen botsen.⁶² Rechterlijke samenwerking onderscheidt zich van de gebruikelijke methoden om de eenheid in de toepassing en de uitleg van het recht te waarborgen doordat het daarbij gaat om overleg of afstemming tussen rechters dat zich *los van de beslissing in een concrete zaak* afspeelt. Teuben spreekt in dat verband van diverse vormen van min of meer geïnstitutionaliseerd overleg tussen rechters, welk overleg erop is gericht de wijze waarop in toekomstige gevallen gehandeld of beslist zal worden, af te stemmen.⁶³

Wanneer het thema rechterlijke samenwerking in relatie tot het strafrecht wordt besproken, gaat verreweg de meeste belangstelling uit naar de rechterlijke oriëntatiepunten voor de straftoemeting. Hoewel het gebruik van 'strafmaatlijstjes' binnen de rechtsprekende macht bepaald geen onbekend fenomeen is, heeft de landelijke bekendmaking van de oriëntatiepunten in 1998 en een overzichtspublicatie in Trema in 2003 de aandacht voor deze vorm van rechterlijke samenwerking aanzienlijk versterkt.⁶⁴ De oriëntatiepunten zijn een uitvloeisel van de gedachte ook op landelijk niveau voor een aantal veel

60 De Keijser & Van Koppen 2004; Schoep & Schuyt 2005. Dit blijkt ook uit het benoemen van de oriëntatiepunten in de strafmotivering. Zie daarover: Schoep 2006a.

61 Boone e.a. 2006, § 5.5 en 5.6.3. Deze studie werd verricht ten behoeve van het rapport 'Rechtspraak is kwaliteit' van de Commissie evaluatie rechterlijke organisatie (Commissie Deetman). Zie: Commissie Deetman 2006.

62 Schoep & Teuben 2006. Eerder werd daarover al uitvoerig gepubliceerd in het themanummer van het NJB over rechterlijke samenwerking: *NJB* 1989, bijvoegsel nr. 45/46, p. 1609-1672.

63 Teuben 2004, p. 3. Hoewel door sommigen ook het overleg in raadkamer als een vorm van rechterlijke samenwerking wordt beschouwd, sluit deze definitie dergelijke vormen van onderling overleg tussen rechters uit. Cleiren 1997, p. 28-29. Zie voor een overzicht en bespreking van verschillende vormen van rechterlijke samenwerking: *NJB* 23/30 december 1989, Speciaal 'Rechterlijke samenwerking'; Cleiren & Schoep 2001b en Schoep & Teuben 2006.

64 Zie voor een overzicht: Oriëntatiepunten Straftoemeting 2003, alsmede www.rechtspraak.nl voor de meest actuele overzichten.

voorkomende delicten op de rechterlijke praktijk gebaseerde uitgangspunten te formuleren die als oriëntatiepunt kunnen dienen bij de totstandkoming van de beslissing over de op te leggen straf in een concreet geval en daarmee de rechtseenheid op dit terrein te vergroten. De oriëntatiepunten bieden een korte typebeschrijving van het feit en ófwel een gefixeerde indicatie van de daarvoor op te leggen straf, ófwel een indicatie van de bandbreedte waarbinnen de op te leggen straf zich zou kunnen bevinden. Diverse oriëntatiepunten zijn gepubliceerd op *www.rechtspraak.nl*.⁶⁵ Daarnaast circuleren er vele lokale lijstjes, waarvan sommige ook openbaar zijn gemaakt.⁶⁶

Het streven naar een grotere consistentie in de straftoemeting heeft er tevens toe geleid dat binnen de rechtsprekende macht een databank voor de straftoemeting tot ontwikkeling is gebracht. De Databank biedt, in tegenstelling tot de oriëntatiepunten, geen concrete beschrijvingen van een zgn. standaardgeval en een daarbij passende indicatie van de straf, maar beoogt de straftoemetingsbeslissingen van rechterlijke colleges in concrete gevallen inzichtelijk te maken voor collega-rechters die ten behoeve van een beslissing in een andere zaak op zoek zijn naar vergelijkbare gevallen.⁶⁷

65 In beginsel bestrijken de oriëntatiepunten de veel voorkomende strafbare feiten waarvoor in de regel niet meer dan vier jaar gevangenisstraf wordt opgelegd en de daad-component een niet al te grote variatie vertoont. Genoemde delicten vormen het gros van de zaken die door de politierechters en meervoudige strafkamers worden afgedaan. De ontwikkeling en vaststelling van de oriëntatiepunten vindt plaats onder auspiciën van het LOVS, het overlegorgaan van de voorzitters van de strafsectoren van de hoven en de rechtbanken en wordt uitgevoerd door een daartoe ingestelde (sub)commissie. Thans is dat de commissie Rechtseenheid. De bekendmaking verloopt in het algemeen door middel van het uitgeven van persberichten en het informeren van het College van Procureurs-Generaal en de NOvA. Een beschrijving van de ontwikkeling en de vaststelling van de oriëntatiepunten, alsmede informatie over de inbedding ervan in de praktijk is te vinden in: Schoep & Schuyt 2005.

66 Voor lokale 'lijstjes', zie bijvoorbeeld de voor het ressort 's-Gravenhage geldende 'indicatiepunten' voor de straftoemeting, die zijn te vinden op de website van zowel de rechtbank als het gerechtshof 's-Gravenhage, te bereiken via *www.rechtspraak.nl*.

67 De voorgeschiedenis van dit project is, evenals het Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken, gelegen in het PVRO, binnen welk kader in 1999 het project Consistente Straftoemeting werd gestart. Dit project heeft uiteindelijk geresulteerd in de Databank Consistente Straftoemeting, die voor medewerkers van de gerechten vanaf 2000 via het interne kennissysteem Porta Iuris beschikbaar is gemaakt. De Databank is tevens beschikbaar voor het OM en de advocatuur. Het gaat bij de Databank in beginsel om zaken waarin een gevangenisstraf van vier jaar of meer is opgelegd. Tot op heden wordt de Databank gevuld met uitspraken van de gerechtshoven. Het beheer van de Databank is, voor wat betreft de uitvoerende en technische aspecten, in handen van het Bureau Internet Systemen en Toepassingen Rechterlijke Organisatie (BISTRO), gevestigd te Utrecht. Het inhoudelijk beleid met betrekking tot de Databank wordt gevoerd door een redactieraad, die daarvoor verantwoording aflegt tegenover het LOVS. Zie voor achtergronden en onderliggende documentatie: Oskamp 1998; Oskamp & Schmidt 1998; PVRO 1999; De Vries 2001. Zie voor een beschrijving van de ontwikkeling van de Databank, alsmede informatie over de inbedding ervan in de praktijk tevens: Schoep & Schuyt 2005. Een nadere analyse met aanknopingspunten voor verbetering wordt geboden in: Van Tulder & Diephuis 2007.

2.1 INLEIDING

Hierboven werd geconcludeerd tot de noodzaak van een contextuele benadering van de problematiek die zich voordoet rondom het fenomeen rechterlijke samenwerking in relatie tot het streven naar een consistente straftoemeting. In het onderstaande zal bedoelde context nader worden beschreven met het oog op een nadere ordening van de factoren die van invloed zijn op deze problematiek. In dit onderzoek wordt het streven naar een grotere consistentie in de straftoemeting als een gegeven beschouwd. Naar vorm en inhoud is het verschijnsel evenwel vooralsnog onbepaald. In die ontwikkeling, en ik volg hier de analyse van Ashworth, zijn in feite vier vraagstukken aan de orde die volgen op de beleidsmatige beslissing gehoor te geven aan de wens de consistentie in de straftoemeting te vergroten. Daarbij wordt in de regel als een vanzelfsprekendheid aanvaard, dat het perspectief nog steeds de rechterlijke straftoemetingspraktijk is en dat deze onderworpen dient te worden aan een (verdergaande) vorm van sturing of richtinggevend instrumentarium. Vanuit dat perspectief dienen zich vragen aan over de herkomst daarvan (wetgever, gedelegeerde regelgevende organen, rechtspraak) over de aard van het instrument, de regel of het recht (wetgeving, doorwerking via precedentes, *soft-law*) en daarmee samenhangend over de methode van sturing (beginselen, numerieke richtlijnen). Bovendien dienen zich vragen aan over de grondslagen en de inhoud van het instrumentarium.⁶⁸ Veelal zullen de diverse vragen en de keuzes op basis daarvan met elkaar samenhangen en afhankelijk zijn van de invulling van het politieke model van de democratische rechtsstaat, de aard van het rechtstelsel en de rechtstraditie met betrekking tot dergelijke vraagstukken. Zo bezien is het complexe vraagstuk van het vergroten van de consistentie in de straftoemeting niet louter een juridisch thema, maar veronderstelt het een zekere samenhang met straftheoretische, penologische, criminologische en sociologische thema's die raken aan vraagstukken omtrent aard, functie, verschijningsvormen en effectiviteit van straffen.⁶⁹

Aan de hand van deze ordening kan vervolgens een specifiekere afbakening worden gemaakt van zowel de probleemstelling als van de aan de orde te stellen onderwerpen ter beantwoording daarvan. In de eerste plaats

⁶⁸ Ashworth 1992, p. 202.

⁶⁹ Zie voor een samenhangend inzicht in die context bijvoorbeeld: Garland 1990; Beyens 2000.

zal worden stilgestaan bij de betekenis en de doelstellingen van een meer algemene ontwikkeling die ook en met name in enkele landen om ons heen de aandacht heeft gevraagd en zichtbaar is geweest, te weten de ontwikkeling van *the project of sentencing reform*.⁷⁰ Nationale tradities en verhoudingen zijn voorts mede bepalend voor de wijze waarop de diverse actoren betrokken zijn bij het streven naar consistentie in de straftoemeting. Die verhoudingen vinden wij terug in wat Bleichrodt welsprekend de Trias Poenalis heeft genoemd, welke eveneens hieronder zal worden besproken.⁷¹ Ook materiële aspecten van consistentie in de straftoemeting komen voor het voetlicht en blijken van belang in die veelzijdige en meerduidige context.

2.2 STRAFTOEMETING IN HANDELINGBESCHRIJVENDE EN STELSELBESCHRIJVENDE ZIN; STRAFTOEMETINGSRECHT

Met betrekking tot het begrip straftoemeting moet worden geconstateerd dat het niet alleen op verschillende manieren en in verschillende betekenissen wordt gebruikt, maar ook dat het in vrijwel iedere betekenis problematisch is. Dat betekent tweeërlei: 'De straftoemeting' bestaat in feite niet, het vormt een verzamelbegrip voor de meerdimensionale, meerduidige en dynamische context waarbinnen de oplegging van een straf (of het afzien daarvan) wordt gerealiseerd. In hoofdstuk 2 zal deze context nader worden toegelicht. Voor een goed begrip is het dienstig de verschillende betekenissen van 'straftoemeting', zoals deze naar mijn mening kunnen worden onderscheiden, op deze plaats nader toe te lichten. Daarmee wordt zicht gekregen op de aard van de problematiek die ten grondslag ligt aan de moeizame of weinig doorzichtige ontwikkeling die rechterlijke samenwerkingsvormen en -producten tot op heden doormaken. De discussie over rechterlijke samenwerking als zelfstandig fenomeen, is juist in relatie tot de straftoemeting moeilijk te voeren zonder allereerst die specifiek strafrechtelijke context van het streven naar consistentie in de straftoemeting in een analyse te betrekken. De uitingsvormen van een nadere normering van de straftoemeting met het oog op het vergroten van consistentie, verkrijgen geen plaats zonder dat het 'straftoemetingsrecht' zelf in kaart is gebracht. Dat is geen eenvoudige opgave, maar een belangrijke vaststelling met het oog op de reikwijdte van de bevindingen van dit onderzoek. De ontwikkeling naar een vergroting van de consistentie in de straftoemeting is aldus verbonden met op zichzelf reeds problematische gebieden binnen het straf(proces)recht, de rechterlijke organisatie en de verhoudingen binnen de trias politica en moet zich daaraan optrekken als een beginnend schaatser aan een wankelende stoel op glad ijs. In die zin is dit

70 Een (vooral academische) 'beweging', gericht op een bezinning op straffen en sanctiestelsels in het algemeen en 'consistency in sentencing' als bijzonder onderdeel daarvan. Zie in deze zin: Von Hirsch 2001.

71 Bleichrodt 2002, p. 98 e.v.

onderzoek (helaas) slechts een aanzet tot, geen pasklare oplossing voor het 'probleem' dat zich voordoet bij het streven naar meer consistentie in straftoemeting. Het gegeven dat consistentie vooral een streven zal blijven en wellicht nooit zal worden bereikt, maakt bovendien dat onderzoek (met het oog) op consistentie met de nodige bescheidenheid zal moeten worden verricht.⁷² Desalniettemin volgt hieronder een poging de aard van de problematiek nader voor het voetlicht te brengen aan de hand van twee te onderscheiden betekenissen die worden verleend aan het begrip straftoemeting in de zin zoals het wordt gebruikt in dit onderzoek.

Het begrip straftoemeting kan worden onderscheiden naar stelsel en handeling. Beide zijn weliswaar nauw op elkaar betrokken, maar kennen eveneens een eigenstandige context waar het de normering betreft. Een korte duiding: Bezien vanuit het kader van de strafrechtspleging kan het begrip straftoemeting betrekking hebben op bestraffende activiteiten binnen de gehele strafrechtelijke keten. Daaronder vallen in dat geval de buitengerechtelijke afdoeningsmodaliteiten die tot de bevoegdheden van het OM dienen te worden gerekend, alsmede het deel van de punitieve sanctioneringspraktijk dat onder de strafrechter valt.⁷³ In dat begrip ligt tevens besloten de tenuitvoerlegging van het rechterlijke sanctionerende vonnis. In dit onderzoek wordt de term straftoemeting beperkter gebruikt, namelijk ter aanduiding van de (realisering van de) op de rechter rustende verantwoordelijkheid tot beslissen over oplegging en toemeting van een straf. Het begrip straftoemetingsrecht duidt in aanvulling daarop op de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de realisering van de verantwoordelijkheid van de rechter tot oplegging en toemeting van de straf plaatsvindt.

Binnen het genoemde kader is het begrip straftoemeting te onderscheiden in een beperkte en in een ruime betekenis. Het begrip straftoemeting in een meer beperkte zin heeft betrekking op het concrete beslissingsproces in een individuele strafzaak en ziet in dat geval dus op het proces van oordeelsvorming – de totstandkoming van de beslissing over de straf. Straftoemeting in deze zin vat ik op als de handelingbeschrijvende betekenis van het begrip. In het verlengde van dit begrip ligt ook de nog verder ingeperkte betekenis van 'straftoemeting' als aanduiding van het resultaat daarvan: de uiteindelijk

72 Ik verwijs hier graag naar Witteveen: 'Ambitieuze theorieën die een corpus van regels en begrippen proberen af te leiden van a priori aanvaarde beginselen, zijn net zozeer tot falen gedoemd als meer bescheiden pogingen om te laten zien dat de verschillende deelgebieden van het recht elk hun eigen interne samenhang vertonen en op logische wijze te ordenen zijn.' Wat optimistischer klinkt de door hem geciteerde O.W. Holmes in zijn beroemde *The Common Law*: 'The truth is that the law is always approaching, and never reaching, consistency. (...) It will become entirely consistent when it ceases to grow.' Zie: Witteveen 2001, p. 280.

73 Dit onderzoek wordt dan ook uitdrukkelijk beperkt tot die punitieve sancties die hun grond en regeling vinden in het strafrecht.

opgelegde straf. Het begrip 'straftoemeting' in ruime zin heeft betrekking op het geheel van beginselen en regels die de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de strafrechter de beslissing over de straf neemt, normeren. In dat kader heeft het begrip overigens niet slechts betrekking op de positiefrechtelijke regeling, maar ook op de grondslagen en structuur er van en verwijst het naar eigenschappen van het Nederlandse straf(proces)recht die niet alleen op grondslagentheoretisch niveau functioneren, maar ook ontsproten zijn uit- en ingebed zijn in onze rechtscultuur. Straftoemeting in deze ruime zin benoem ik als de stelselbeschrijvende betekenis van het begrip. Het onderzoek, dat aanving bij de beweerde noodzaak tot het bereiken van meer consistentie in de strafoplegging, heeft aldus *in abstracto* betrekking op visies op de normering van het stelsel en de handeling van de straftoemeting, afzonderlijk en in onderlinge samenhang bezien.

2.2.1 Vraagstukken op het niveau van straftoemeting in stelselbeschrijvende zin

Als werkdefinitie werd hierboven onder straftoemeting in stelselbeschrijvende zin verstaan het geheel van wettelijke regelingen, alsmede de grondslagen en doelstellingen daarvan, die de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de strafrechter de beslissing over de straf neemt, normeren. Daaruit vloeit reeds voort dat de realisering van de straf geen autonome bezigheid van de strafrechter of de rechtsprekende macht is. Het vraagstuk van normering van de straftoemeting betreft in dit verband de strafrechtelijke *rechtsvorming* binnen het kader van de democratische rechtsstaat. Daarin spelen algemene noties over de verhouding tussen de staatsmachten in de rechtsvorming een rol, alsmede de daarmee samenhangende vragen naar mogelijkheden en grenzen van wat hierboven als rechterlijke samenwerking werd omschreven. In deze zin valt het begrip straftoemeting samen met de invulling die hierboven werd gegeven aan de constitutionele in institutionele elementen die bepalend werden geacht voor de legitimiteit van de rechtspraak en het rechterlijk oordeel (zie § 1.1). In dit onderzoek gaat met name de aandacht uit naar de oriëntatiepunten straftoemeting, hetgeen vragen oproept omtrent bevoegdheid en verantwoordelijkheid, een aspect van de legitimiteit van de straftoemeting dat bijvoorbeeld voorop stond in de dissertatie van Duker.⁷⁴

Binnen deze context zal primair moeten worden gekeken naar de wettelijke regeling van de straftoemeting en de consequenties daarvan voor de rechtsvorming door de rechter. Hoewel dat nauwelijks een beperking is, kan die analyse zich in het bijzonder richten op de systematiek van de wettelijke regeling van de straftoemeting. De niet aan de orde komende aspecten van het positieve straftoemetingsrecht liggen in het verlengde daarvan en moeten uit oogpunt van consistentie wel van groot belang worden geacht. Uit oogpunt van rechterlijke rechtsvorming is de juridische en feitelijke status van

74 Duker 2003.

de oriëntatiepunten straftoemeting van belang. Concreet komt dit vraagstuk tot uiting in de discussie over de vraag of deze oriëntatiepunten hebben te gelden als 'recht' in de zin van art. 79 RO, een vraagstuk dat aan de orde is gekomen in HR 3 december 2002, NJ 2003, 570. Daarin stelde de Hoge Raad zich op het standpunt dat rechterlijke oriëntatiepunten ten behoeve van de straftoemeting géén recht in de zin van art. 79 RO vormen. De aard, inhoud en toepassing van rechterlijke oriëntatiepunten zijn dientengevolge niet aan het oordeel van de Hoge Raad onderworpen. De onderzoeksvraag naar de normering van de straftoemeting in ruime zin te beschouwen als een vraag naar bevoegdheid en verantwoordelijkheid, betekent ook dat gekeken zal moeten worden naar de betekenis van het legaliteitsvereiste als ordenend beginsel voor de strafrechtelijke rechtsvorming. De betekenis van het strafvorderingsbeleid van het OM is daarbinnen een blijvend punt van discussie, nu de daarop gebaseerde strafeis feitelijk van groot belang moet worden geacht voor de beslissing van de rechter, maar een verdergaande oriëntatie van de rechter op het beleid van het OM (een benadering die doorklinkt in het proefschrift van Duker en ook is terug te vinden in het gedachtegoed van Enschedé) niet zonder meer kan worden aanvaard.

In de systematiek van de wettelijke regeling van de straftoemeting zou, ook impliciet, de opvatting van de wetgever besloten liggen over de verhouding tussen wetgever, openbaar ministerie en rechter bij de straftoemeting in brede zin. Dit zou richtinggevend moet worden geacht voor de wijze waarop de straftoemeting in de handelingbeschrijvende zin wordt gerealiseerd. In het licht van de discussie over consistentie in de straftoemeting staat dit aspect van de straftoemeting (in beperkte zin derhalve) in de schaduw en wordt vooral stilgestaan bij het discours rondom taken en verantwoordelijkheden in het kader van de rechtsvorming. Het is evenwel van belang vast te stellen dat, waar het discours over rechterlijke samenwerking ten behoeve van de consistentie in de straftoemeting lijkt te zijn gestokt, het discours rondom de straftoemeting in handelingbeschrijvende zin andere mogelijkheden biedt in het kader van het streven naar consistentie in de straftoemeting.

Het startpunt van een dergelijke analyse, gericht op de rechterlijke oordeelsvorming ten behoeve van de beslissing over de straf, vormt de vrijheid van de rechter. Deze is, zo wordt alom aangenomen, geen vrijheid te handelen naar bevind van zaken of naar believen. Het handelen van de rechter is, ook in die situaties waarin de wet de rechter een zekere mate van beoordelings- en beslissingsvrijheid verleent, altijd een handelen in gebondenheid. In dat handelen dient de rechter zich telkens te oriënteren op de doelstellingen van de bewuste bevoegdheid. Deze gedachte komt voort uit de idee van de 'droit-fonction', de doelgebonden vrijheid, of zoals Van Wijnbergen het omschrijft: 'een bevoegdheid, aan de ambtsdrager verleend niet ten eigen behoeve, maar ten dienste van zijn functie'.⁷⁵ Voor het strafproces concludeerde Cleiren dat

⁷⁵ De term komt van Dabin en wordt in Nederland o.a. gebruikt door Van Wijnbergen 1955, p. 7 en Cleiren 1989, p. 37.

‘uitoefening van justitiële taken in het strafproces binnen de discretionaire ruimte dient te geschieden met het oog op de taak die het betreffende justitiële orgaan binnen en met betrekking tot het ‘doel’ van het strafproces heeft’.⁷⁶ In deze zin verwijst ook de bestudering van de vrijheid van de rechter terug naar de doelstellingen waartoe de rechter deze bevoegdheid heeft verkregen.

2.2.2 *Vraagstukken op het niveau van straftoemeting in handelingbeschrijvende zin*

Met het voorgaande is één aspect, het stelselbeschrijvende deel, van een op consistentie gerichte straftoemeting en straftoemetingspraktijk behandeld. De normering van de straftoemeting in de meer beperkte zin, gericht op de oordeelsvorming omtrent de uiteindelijke strafbeslissing in een concrete zaak, is weliswaar in belangrijke mate gerelateerd aan de eisen en voorzieningen die uit het *stelsel* van straftoemeting voortvloeien, maar kent vanuit het oogpunt van de beslissing als *handeling* een geheel eigensoortige context. Vanuit dat perspectief is de straftoemeting een vraagstuk van *rechtsvinding*. Dat roept niet alleen de vraag op naar de grenzen van rechterlijke rechtsvorming en rechtsvinding in het kader van de democratische rechtsstaat, maar dient vanuit de noodzaak de straftoemeting te analyseren op mogelijkheden en grenzen van consistentie ook te leiden tot een nadere analyse van de aard van de beslissing en de wijze waarop deze als onderdeel van het beslissingsproces van de rechter nader kan en moet worden genormeerd. Waar het vraagstuk van consistentie in de straftoemeting in de stelselbeschrijvende zin vooral een vraagstuk van bevoegdheid en verantwoordelijkheid is genoemd, is het vraagstuk van consistentie in de straftoemeting in de handelingbeschrijvende zin vooral een vraagstuk van handelingsvrijheid en methode: de specifieke context van de oordeelsvorming die een tweede laag van verantwoording veronderstelt bij het streven naar consistentie in de straftoemeting. In deze zin komt het methodologisch aspect van de straftoemeting naar voren. De rechtsvinding, zo typeert Witteveen, is gericht op het werk van de rechter bij de totstandkoming van zijn oordeel en heeft als zodanig vooral een reflexief karakter, gericht op de methode van werken. Deze is, met de afzwering van het beeld van de rechter als zuivere wetstoepasser, meer dan alleen de deductieve methode, en bestaat uit een uitgebreid ‘repertoire aan redeneerwijzen, argumentatiestijlen en interpretatiemethoden’. Dit ‘methodenbewustzijn’, zoals Witteveen het omschrijft, komt tot uiting in de aandacht voor de manier van werken van de individuele rechter en het ‘amalgam van rechtsgeleerdheid, praktijkkennis, logisch redeneren en psychologisch inzicht’ dat tot het instrumentarium van de rechter moet worden gerekend.⁷⁷

⁷⁶ Cleiren 1989, p. 37.

⁷⁷ Witteveen 2001, p. 271.

Het hier beschreven handelingsperspectief op de straftoemeting leidt, meer nog dan het geval is vanuit het stelselperspectief, tot aandacht voor de persoon van de rechter of in ieder geval voor het subjectieve element in de rechtsvinding. Dat lijkt een vruchtbare weg, daar in ieder geval een deel van de problematiek rondom het vergroten van de consistentie in de straftoemeting in de regel wordt toegeschreven aan de persoon van de rechter. Met de vaststelling dat het beeld van de rechter als zuivere wetstoepasser heeft afgedaan, komt deze onmiskenbaar in beeld als één van de factoren die op het oog kunnen bijdragen aan de zweem van willekeur, die volgens sommigen over de beslissing over de straf hangt. Vranken heeft in dat verband laten zien dat de aanwezigheid en zichtbaarheid van het subjectieve element in de rechtsvinding één van de 'verworvenheden' is van hedendaagse rechtsvindingstheorieën en als een gegeven dient te worden beschouwd. Dat heeft wel consequenties voor de wijze van verantwoording van het rechterlijk oordeel: de behoefte aan objectivering blijft, onder erkenning van het subjectieve element in de rechtsvinding, onverminderd bestaan. De wijze waarop die objectiviteit kan worden nagestreefd en verkregen, is gelegen in de gereedheidskist van de rechter: 'objectivering veronderstelt maatstaven, richtlijnen en gezichtspunten', in ieder geval op een dusdanige manier dat daarmee een 'archimedisch punt' ontstaat.⁷⁸ Het is binnen dit discours dat het handelingsperspectief op de straftoemeting van waarde kan zijn. Wijzen de instrumenten die worden gebruikt ter ondersteuning van de rechter (oriëntatiepunten straftoemeting en de Databank Consistente Straftoemeting) niet ook die kant op? Vormen zij niet in de kern methodologische aanvullingen op de gereedheidskist van de rechter bij de totstandkoming van de beslissing over de straf? Met betrekking tot de straftoemeting in beperkte zin lijken de oriëntatiepunten niet alleen de bestaande vrijheid alsook een dergelijke methode te veronderstellen. De rechtstheoretische betekenis van de oriëntatiepunten straftoemeting is dan ook groter dan tot dusver lijkt te kunnen worden opgemaakt uit de wetenschappelijke literatuur daaromtrent. De oriëntatie op 'vergelijkbare gevallen' of 'richtinggevende typen' van gevallen zijn zowel vanuit de algemene rechtsvindingsleren als vanuit de continentale strafrechtelijke rechtsvindings-theorie methoden van oordeelsvorming die aanleiding geven tot een nadere analyse van de straftoemeting in beperkte zin in relatie tot deze methode van oordeelsvorming.⁷⁹ De omgang met dit vraagstuk in het Nederlandse strafrecht vergt evenwel een extra stap, te weten de analyse van de context waarbinnen de oordeelsvorming omtrent de straf wordt gerealiseerd en van het bestaande materiële en formele recht met betrekking tot de straftoemeting. Als gezegd: het betreft methodologische *aanvullingen* op de gereedheidskist van de rechter die, zo moet worden aangenomen, slechts in relatie tot het gehele spectrum van het 'beslissingsmodel' van de straftoemeting kunnen worden bestudeerd. Hieruit volgt bijvoorbeeld de noodzaak van een

78 Asser-Vranken 1995, p. 74-75.

79 Zie in dat verband: Wiarda 1999, Bruns 1985, p. 58-59.

‘straftoematingsrecht’ - een systematische benadering van- en verdieping in de (wettelijke) grondslagen van- en voorwaarden voor de vaststelling van de rechtsgevolgen van het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Straftoemeting is rechtstoepassing, óók wanneer die beslissing vrijwel uitsluitend aan de discretie van de rechter is gelaten. Indien de conclusie zou luiden dat de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting behouden dient te blijven, dan verdient juist om die reden de wijze van verantwoording de aandacht die mogelijk is vanuit de methode van oordeelsvorming. Pogingen tot structureren van de strafmotivering zoals die bijvoorbeeld werden voorgesteld in het intern-rechterlijke project ter verbetering van de motivering in strafvonnissen PROMIS,⁸⁰ wijzen in feite ook die richting op en bevestigen de noodzaak van een bredere, ook materieelrechtelijke benadering van vraagstukken van straftoematingsrecht.⁸¹ Juist het ogenschijnlijk ontbreken daarvan, nog daargelaten of dat in de methode ligt of in het materiële of formele recht, bepaalt de discussie over consistentie in de straftoemeting. De behoefte aan een beter uitgewerkt referentiekader ten behoeve van de straftoemeting is dan ook te begrijpen vanuit het ontbreken van een traditie van verdieping in het straftoematingsrecht.⁸²

In de Nederlandse rechtscultuur staat de vorming van een straftoematingsrecht nog sterk onder invloed en kwade reuk van wat de juridisering kan worden genoemd, hetgeen zich niet goed zou verhouden tot de gewenste mate van individualisering in de totstandkoming van de beslissing over de straf.⁸³ Aan die positie moet worden getwijfeld. Paradoxaal genoeg staat het ontbreken van een straftoematingsrecht op dit moment juist in de weg aan een bevredigende ontwikkeling van een dergelijk referentiekader, in het bijzonder aan de hand van de ontwikkeling en toepassing van rechterlijke oriëntatiepunten voor de straftoemeting. Deze oriëntatiepunten krijgen daardoor misschien naar buiten toe wel veel meer gewicht dan hen daadwerkelijk toekomt, juist omdat zij *de facto* en *de iure* altijd functioneren in relatie tot andere vraagstukken van straftoematingsrecht, zoals met betrekking tot de te hanteren strafdoeleinden, vraagstukken van strafverzwarende en strafverlichtende omstandigheden en de inhoud en functie van ‘begrippen’ als de ernst van het feit en de persoon van de dader. Het is even onwenselijk als onnodig gegijzeld te worden door deze situatie. Thans blijft de discussie over de betekenis van oriëntatiepunten straftoemeting geïsoleerd van andere vraagstukken van straftoematingsrecht gevoerd worden of vraagstukken van materieel straftoematingsrecht worden verkapt ‘opgelost’ binnen de context van ontwikkeling en vaststelling van rechterlijke oriëntatiepunten. Dit betekent dat de discussie over de ontwikkeling van rechterlijke oriëntatiepunten voor de straftoemeting niet alléén gevoerd moet worden vanuit het perspectief van

80 Eindrapport Promis II 2007.

81 Op deze aspecten wordt nader ingegaan in hoofdstuk 4.

82 In dit verband eveneens Fokkens & Duker 2006, p. 2.

83 Vgl. Kelk 1983, die spreekt van juridisering.

de verhoudingen binnen de democratische rechtsstaat, de rechtsvorming door de rechter en de onafhankelijkheid van de rechter. Daaruit vloeit als het ware het fundament en het buitenwerk van de rechterlijke beslissing over de straf voort: het geeft aan binnen welke grenzen en met inachtneming van welke voorwaarden de vrijheid van de rechter kan worden benut ten behoeve van de beslissing over de straf. Het binnenwerk is dan aan de rechter zelf en juist ten behoeve daarvan is, gegeven de rechterlijke vrijheid, een visie nodig op de straftoemeting als handeling – straftoemeting als rechtsvinding. Vanzelfsprekend komt daarbij die bredere context aan de orde, maar vanuit het handelingsperspectief lijkt het de straftoemeting te ontbreken aan een bruikbaar concept ten behoeve van de totstandkoming van de strafbeslissing en, in samenhang daarmee, aan een visie op de aard, inhoud en inpasbaarheid in de rechterlijke oordeelsvorming van vormen van rechterlijk beleid ten behoeve van de straftoemeting. Het is dit probleem dat in dit onderzoek centraal staat. Ter nadere duiding zal hieronder getracht worden een beeld te schetsen van de context waarbinnen deze problematiek zich afspeelt.

2.3 ‘CONSISTENCY IN SENTENCING’ – BEGRIP EN DOELSTELLINGEN

Het debat over de straftoemeting speelt zich niet af in een vacuüm. Het is beslist niet alleen een Nederlandse aangelegenheid. Bezieet men de hervormingen van de wettelijke regelingen van de straftoemeting in enkele van de landen om ons heen en de daartoe gevoerde discussie, dan kan men zich niet aan de indruk onttrekken dat deze context zelfs mede het gevoel van urgentie heeft versterkt de problematiek van de straftoemeting ook in Nederland hernieuwd onder ogen te zien. Op deze plaats wordt mede om die reden beknopt stilgestaan bij de internationale context van de ‘strafteometingsdiscussie’.

Vanaf de jaren zeventig van de twintigste eeuw is een grote verscheidenheid aan ‘oplossingen’ en denkrichtingen ontwikkeld over de aanvaardbaarheid van (de praktijk van) het straffen in relatie tot het probleem van het vergroten van de consistentie in de straftoemeting. Een fundamenteel, maar ook bekritiseerd theoretisch raamwerk voor de diverse hervormingen van de regelingen van de straftoemeting wordt in het algemeen gezien in het werk van Von Hirsch en zijn *just deserts*-benadering.⁸⁴ De meest in het oog springende feitelijke hervorming van het stelsel van regelingen met betrekking tot de straftoemeting is wel de invoering geweest van de federale

84 De *just deserts*-benadering van het straffen zoals Von Hirsch deze aanhangt, is een zogenaamde retributivistische benadering van de legitimiteit van het straffen, waarin de straf fungeert als middel tot het herstellen van de balans tussen baten en lasten: de strafbare dader dient zijn voordeel te worden ontnomen en verdient ‘blaat’ als expressie van de afkeuring wegens die daad. Juist omdat de dader iets verwerpelijks heeft gedaan, is die afkeuring verdiend. Zie: Von Hirsch 1986, oorspronkelijk verschenen in 1976; Von Hirsch 1995. De Keijser wijst er op dat deze theorie van vereffening in zekere zin al terug te vinden is in het werk van Polak. Zie: De Keijser 2004, p. 48; Polak 1947.

sentencing guidelines in de Verenigde Staten. Deze kreeg in 1984 zijn beslag met de inwerkingtreding van de Sentencing Reform Act en zorgde voor een vrijwel absolute binding van de rechter aan numerieke richtlijnen voor de straftoemeting.⁸⁵ Vormen van rechterlijke zelfbinding via precedents zijn te vinden in de systematiek van *guideline judgments* in het Verenigd Koninkrijk, een methode die in meerdere common-law jurisdicties doorgang vond en bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk verweven raakte met een adviserend orgaan, te weten het Sentencing Advisory Panel.⁸⁶ In Schotland, maar ook in Canada en Nieuw-Zeeland is veel aandacht besteed aan de ontwikkeling van informatiesystemen voor de straftoemeting, systemen die informatie verschaffen over de opgelegde straffen in naar het oordeel van de gebruiker, de rechter, vergelijkbare gevallen.⁸⁷ Ontwikkelingen in continentale jurisdicties wijzen eveneens verschillende richtingen op, hoewel de instelling van een de *Sentencing Commission* of het *Sentencing Advisory Panel* gelijkend gremium daarin geen brede navolging lijkt te krijgen. Eerder is sprake van vergaande hervormingen op het terrein van de wettelijke regeling van de straftoemeting zelf. In Zweden werden in 1988 enkele bepalingen aan het Wetboek van Strafrecht toegevoegd die betrekking hadden op de wijze waarop de straf diende te worden bepaald: in het bijzonder diende de rechter daarbij aansluiting te zoeken bij het concept van de *penal value* van een strafbaar feit (verwant aan de ernst van het feit, zie daaromtrent nader § 4.3.6.2) en de uniformiteit in de straftoemeting.⁸⁸ Het Finse Wetboek van Strafrecht bevat sinds 1976 veranderingen naar algemeen regulerende beginselen als proportionaliteit met

85 In 2005, in de zaak *United States v. Booker* (543 U.S. 220, 2005), oordeelde het Supreme Court evenwel dat de toepassing van deze richtlijnen in strijd was met het grondwettelijke recht op een juryproces, daarbij het karakter van de richtlijnen aanpassend van bindend (*mandatory*) naar raadgevend (*advisory*). Baanbrekend voor de ontwikkeling van de sentencing guidelines was: Frankel 1973 en ook Frankel 1998 (oorspronkelijk verschenen in 1972). In meer theoretische zin wordt deze ontwikkeling ook verbonden met het gedachtegoed verwoord in: Von Hirsch 1986 (oorspronkelijk verschenen in 1976), maar gezien ook zijn latere werk is die verbinding niet geheel zuiver. Zie bijvoorbeeld: Von Hirsch 2001. Voor een overzicht van de achtergronden en doelstellingen van de sentencing guidelines en de daarmee verbonden oprichting van een sentencing commission, zie: Nagel 1990. Fundamentele kritiek op deze systematiek wordt onder meer geleverd in: Tonry 1993; Doob 1995; Stith & Cabranes 1998.

86 Zie Ashworth 1992, p. 203. De systematiek van *guideline judgments*, die op enig moment tot stand dienden te komen op basis van een advies van het *Sentencing Advisory Panel* (zie hierover o.m. Schuyt 2003), is inmiddels grotendeels doorkruist door de instelling van de *Sentencing Guidelines Council* in 2004, op grond waarvan de regelgevende bevoegdheden in het kader van de *guideline judgments* werden 'teruggeplaatst' naar dit van de rechtspraak onafhankelijk orgaan waarin ook het parlement een stem heeft. Zie hieromtrent: Ashworth 2005, § 1.5 en 2.2.

87 Zie in dit verband o.m. Tata, Wilson & Hutton 1996. Ook in Schotland zijn voorstellen gedaan tot oprichting van een 'sentencing commission'. Zie in dit verband: The Sentencing Commission for Scotland 2006.

88 Het betreft de paragrafen 29 en 30 van het Zweede Wetboek van Strafrecht, in Engelse vertaling te raadplegen via: <http://www.sweden.gov.se/>. Zie omtrent deze hervorming: Jareborg 1995.

betrekking tot de ernst van het feit en de schuld van de dader en een verwijzing naar algemene *starting points* voor de beslissing over de straf. Daarbij komt in het bijzonder betekenis toe aan de uniformiteit van de straftoemingspraktijk, in welk kader het begrip *normal punishment* tot ontwikkeling is gekomen.⁸⁹ Het Duitse Wetboek van Strafrecht kent van oudsher enkele algemene bepalingen met betrekking tot de straftoemeting, waarvan art. 46 de meest in het oog springende is: daarin wordt voorgeschreven dat de rechter bij de beslissing over de straf, die zijn grondslag vindt in de schuld van de verdachte, rekening houdt met de effecten van de straf, terwijl bovendien enkele bijzondere omstandigheden worden benoemd waarop acht dient te worden geslagen. Kenmerkend voor de Duitse wettelijke regeling van de straftoemeting is bovendien dat deze voorziet in minimumstraffen en zogenaamde *Strafrahmen*, delicts- en feitafhankelijke kaders waarbinnen de beslissing over de strafmaat zich dient te bevinden.⁹⁰

De hierboven getoonde context biedt vooral inzicht in de grote variëteit aan oplossingsrichtingen die denkbaar zijn voor het gepercipieerde probleem rondom het streven naar consistentie in de straftoemeting. Interessant is wel dat, buiten Nederland, weinig aandacht lijkt te worden besteed aan- of ruimte is voor de meer informele of alternatieve vormen van regulering van de rechterlijke oordeelsvorming met betrekking tot de straf. Op grond van de beschikbare literatuur lijkt Nederland daarin redelijk uniek, hoewel niet kan worden uitgesloten dat dergelijke informele regelingen ook op de werkvloeren in andere landen bestaan.⁹¹

2.3.1 *Vraagstukken van consistentie veronderstellen in feite (zoeken naar normering)*

2.3.1.1 De relatie tussen consistentie en coherentie

Consistentie is te begrijpen, zo volg ik de Van Dale, als het 'zichzelf gelijk blijven', het 'vrij zijn van innerlijke tegenspraak' of veronderstelt in ieder geval 'zamenhang' (uit de eerste editie van 1864). Deze algemene omschrijving wordt van een specifieke betekenis voorzien door de juridische context

89 Het betreft paragraaf 6 van het Finse Wetboek van Strafrecht, in het bijzonder art. 3 en 4. Het wetboek is in Engelse vertaling te raadplegen via <http://www.finlex.fi/en>. Zie hieromtrent: Lappi-Seppälä 2001.

90 Het betreft hier in het bijzonder art. 46 StGB. Zie: Weigend 2001; Tak 2001; Streng 2007. Omtrent minimumstraffen: Van Kalmthout & Tak 2003, p. 85-116. Over de strafkaders: Montenbruck 1983.

91 Zie in dat verband de opmerking van Martens dat rechterlijke samenwerking nog niet in veel landen doorgang lijkt te vinden: Martens 1997, p. 23. Dit kan er bovendien op duiden dat de vrijheid van de strafrechter in Nederland groter is dan in vergelijking met andere landen.

waarbinnen het begrip in het kader van dit onderzoek fungeert. De eis van consistentie, die klaarblijkelijk aan de straftoemeting wordt gesteld, wordt in het algemeen beschouwd als een aspect van een bredere aspiratie van recht, juridische argumentatie, rechtsvinding en rechtsvorming, te weten de eis van coherentie of samenhang, een aspiratie die op zichzelf weer is verbonden met het denken over de systematiek en de systematisering van het recht. Met de 'eis' van coherentie wordt tot uitdrukking gebracht dat het systeem van het recht en de toepassing daarvan zoveel mogelijk een geheel dienen te vormen, waarin inconsistenties worden vermeden en 'beslissingen in individuele gevallen niet willekeurig zijn maar berusten op algemene normen en beginselen'.⁹² Dit zou betekenen dat coherentie voor de geldigheid van het recht een zelfstandige waarde vertegenwoordigt, een stelling die zowel wordt onderschreven als bestreden.⁹³

Het ideaal van samenhang van- en in het recht speelt sinds lang een rol in het rechtstheoretisch discours, maar blijft problematisch omdat het in zijn uitwerking verbonden is met visies op (de inhoud van) het recht en onderscheiding in de diverse soorten normen die het recht in zich draagt.⁹⁴ Niet alleen wordt coherentie gezien als een aspect of aspiratie van het recht, tevens vormt zij een zelfstandige verwijzing naar een methode die bijdraagt aan de geldigheid van het rechterlijk oordeel, zo kan uit het bovenstaande worden opgemaakt.⁹⁵ Daarnaast werd zichtbaar dat coherentie in zekere zin retrospectief van karakter is. Het verwijst, doordat zij ziet op een noodzakelijk verband tussen het bijzondere en het algemene, naar een context van bestaande algemene rechtsnormen. Dat wordt echter gerelativeerd door Brouwer, waar hij stelt dat de eis van coherentie garandeert dat geen rechtsnormen worden afgeleid en toegepast *die geen voldoende basis in het recht zouden hebben*. Verschuivingen, actualisering in de inhoud en de rangorde van rechtsnormen lijken aanvaardbaar voor zover de band met het recht niet wordt doorgesneden. De eis van coherentie stelt een verbinding met waarden en beginselen van de betreffende rechtsorde voorop en laat een oordeel over de juistheid daarvan achterwege. Daarom is het ook een formeel vereiste en kan het niet zelfstandig dienen ter rechtvaardiging van een normatief oordeel. De functie

92 Brouwer 1992, p. 178.

93 Zo aanvaard Brouwer dat coherentie als formeel criterium waarborgt dat rechtsnormen ook rechtens juiste normen zijn en dat hun onderlinge verbanden inzichtelijk en begrijpelijk zijn. Zie: Brouwer 1992, p. 189-190. Raz is daarentegen uiterst kritisch over het denken in grote verbanden in termen van coherentie. Zie bijvoorbeeld: Raz 1992. Hij aanvaardt wél dat coherentie binnen specifieke deelterreinen van het recht van belang is, daarbij zich aansluitend bij: Levenbook 1984.

94 In deze omschrijving komt tevens een functie van coherentie aan het licht, waar hij stelt dat coherentie-theorieën zich veelal baseren op de vooronderstelling dat het recht een samenhangend geheel vormt en rechterlijke beslissingen geldig zijn indien zij passen in een samenhangende theorie van het recht. Zie: Hage 2004, p. 87.

95 In deze zin ook: Levenbook 1984, p. 355.

en de waarde van coherentie is voornamelijk gelegen in de methodische verantwoording die het biedt.

Hoewel het problematisch karakter van de betekenis van coherentie voor het recht op deze plaats noodzakelijkerwijs beperkt aan de orde kan worden gesteld, lijkt het met het oog op een nadere plaatsbepaling ten opzichte van het begrip consistentie van belang toch enkele woorden daaraan te wijden. Het begrip samenhang, dat uitwisselbaar met het begrip coherentie kan worden gebruikt, is in het daaraan gewijde proefschrift van Brouwer in vier abstract geformuleerde aspecten opgedeeld.⁹⁶ Samenhang veronderstelt ten eerste dat er (afzonderlijke) elementen zijn, dat daartussen relaties bestaan en dat deze relaties bepaalde eigenschappen bezitten. Samenhang in het recht ziet voorts op de onderlinge verhouding tussen rechtsbeginselen en rechtsnormen. Samenhang kan in die visie pas tot uitdrukking komen in een verband tussen rechtsbeginselen en rechtsnormen: de verzameling rechtsnormen die het resultaat zijn van een afweging en concretisering van rechtsbeginselen. Het begrip samenhang wijst in dat kader, aldus Brouwer, op een cluster van eigenschappen, waarbij het altijd de vraag is welke eigenschappen nu bepalend zijn om van samenhang te kunnen spreken. Consistentie, in de betekenis van de afwezigheid van tegenspraak, komt daarin als één van die aspecten naar voren en verwijst voornamelijk naar een op de logica gebaseerde kwaliteitseis. In deze zin valt het begrip consistentie samen met een uit de eis van wetenschappelijkheid voortvloeiende noodzaak van rationaliteit. Rationaliteit, in de zin van wetenschappelijkheid, kent in wezen twee pijlers: de logica en de feitelijkheid. De logica vereist dat het wetenschappelijk redeneren zich houdt aan de regels voor het geldig redeneren, zoals die binnen de logica zijn opgesteld. Daarnaast vereist de logica-pijler van de rationaliteit dat de wetenschappelijke theorieën vrij zijn van logische tegenspraak. Koningsveld vat deze eisen samen in de eisen van logische consistentie: 'het redeneren en de theorie behoren in de wetenschap logisch consistent te zijn (...). Een argumentatie waarin de regels van het geldige redeneren worden overtreden is alleen al daarom (...) onaanvaardbaar; een theorie die een contradictie bevat is weer alleen al daarom waardeloos.'⁹⁷ Wanneer men zich, aldus Brouwer, op het standpunt stelt dat consistentie een noodzakelijke voorwaarde vormt voor coherentie, dan duidt dit er op dat het recht geen logisch tegenstrijdige normen, die immers een innerlijke tegenspraak kunnen bewerkstelligen, mag bevatten.⁹⁸ Het lijkt dat in dat verband een onderscheid gemaakt dient te worden tussen de (innerlijke) consistentie van een redenering (de redenen die ten

96 Brouwer 1990, p. 24-29.

97 Koningsveld 1979, p. 74-75.

98 Brouwer 1992, p. 182. Elkaar uitsluitende normen worden door Brouwer onderscheiden in *contraire* en *contradictoire* normen. In de *contradictoire* verhouding moet één van de normen gelden, in de *contraire* verhouding, aldus Brouwer, bestaat logisch de mogelijkheid dat geen van beide geldt.

grondslag liggen aan een beslissing) en de coherentie binnen een (rechts)stelsel. In het eerste geval zal het voor de gelding van een beslissing vanzelfsprekend van belang zijn dat de redenering die er aan ten grondslag ligt voldoet aan de eisen van rationaliteit: die beslissing dient logisch beredeneerbaar te zijn. Het is echter de vraag of een rechtsstelsel waarbinnen rechtsbeginselen en doelstellingen juist ruimte bieden aan tegenstrijdigheden en dubbelzinnige begrippen, daarmee ook als niet-coherent moet worden beschouwd. De analyse van consistentie in de betekenis van afwezigheid van tegenspraak is aldus een analyse gericht op het redeneren en op de handeling, de totstandkoming van de beslissing. Systematische aspecten van het vraagstuk omtrent de consistentie in de straftoemeting zijn evenwel beter thuis binnen de analysekaders van- en het streven naar coherentie in het recht. Daarin heeft consistentie wel een plaats, en zal zij ook moeten worden gerealiseerd, maar slechts binnen de relativerende kaders van de eis van samenhang; een ruimer begrip. Beide aspecten van de straftoemeting, het stelsel en de oordeelsvorming, komen aan de orde bij de vervolgvraag die opkomt: de normering van de straftoemeting.

2.3.1.2 Consistentie en coherentie in verhouding tot gelijkheid

De verhouding tussen consistentie en coherentie is hierboven enigszins en in zeer beknopte vorm blootgelegd.⁹⁹ Telkens is bij het vraagstuk van de coherentie de vraag aan de orde naar de verhouding tussen het algemene en het bijzondere. Zoals Brouwer in zijn preadvies stelt: 'Coherentie vereist dat op de individuele personen of gevallen toegespitste normen met algemene normen verbonden zijn'.¹⁰⁰ De eis van consistentie veronderstelt daarbij, als een aspect van coherentie, dat het recht of de rechterlijke uitspraak vrij dient te zijn van innerlijke tegenspraak. Dat is een formele regel, gericht op de verkrijging van geldigheid van een redenering. Het belang van consistentie als noodzakelijke voorwaarde voor coherentie wordt indringender waar laatstgenoemd begrip in verband word gebracht met het gelijkheidsbeginsel. Dat beginsel vraagt, zo stelt Brouwer bijvoorbeeld, om een voortgezette toepassing van eisen van coherentie. Het gelijkheidsbeginsel is echter in zoverre anders van aard dan coherentie als eigenschap van het recht, doordat het gelijkheidsbeginsel meer behelst dan formele gelijkheid: Het gelijkheidsbeginsel, tot uitdrukking komend in het adagium 'gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk, naar de mate van hun ongelijkheid', kent ook een materiële component die gericht is op de gerechtvaardigdheid van differentiaties. Enkele opmerkingen met betrekking tot het onderscheid tussen formele en materiële gelijkheid zijn nu wel op hun plaats.

99 Voor meer diepgaandere beschouwingen met betrekking tot coherentie zij o.m. verwezen naar MacCormick 1978, Brouwer 1990, Raz 1992 en Hage 2004.

100 Brouwer 1992, p. 185.

De aristotelische formule van gelijkheid veronderstelt als gezegd dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate waarin zij verschillen. In deze beschrijving zit verscholen wat in het algemeen wordt omschreven als de formele en materiële benadering van gelijkheid. Formele gelijkheid veronderstelt een gelijke behandeling van gelijke gevallen en ziet tevens op de constructie van een gelijke behandeling voor die gevallen waarin weliswaar sprake is van feitelijk bestaande inhoudelijke verschillen, maar waarin het als wenselijk wordt ervaren dat deze verschillen niet als zodanig tot verschillende rechtsgevolgen leiden.¹⁰¹ Als voorbeeld kan in dat kader worden verwezen naar de geconstrueerde gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De formele gelijkheid in deze zin heeft dan ook een sterk emancipatoir karakter, zij richt zich immers op het wegwerken van duidelijk zichtbare verschillen.¹⁰² Met deze vorm van gelijkheid is echter het probleem van het gelijkheidsbeginsel nog niet volledig beschreven. Een formeel gelijke behandeling kan immers nog steeds tot ongewenste resultaten, en in haar uitwerking tot ongerechtvaardigde ongelijkheden leiden. Dit probleem kan worden ondervangen met het materiële gelijkheidsbegrip. Materiële gelijkheid wordt in het algemeen verbonden met de eis dat ongelijke gevallen ook ongelijk worden behandeld naar de mate waarin zij verschillen. Dit is in tegenstelling tot formele gelijkheid meer gericht op de feitelijke gevolgen, de resultaten van de classificaties. Juist het aanbrengen van differentiaties zorgt in deze visie voor een gelijke behandeling. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het door Loenen aangehaalde voorbeeld van het recht op onderwijs. Door de organisatie van het onderwijs bijvoorbeeld af te stemmen op de gemiddelde leerling voldoet de overheid formeel aan zijn plicht een gelijke behandeling van alle leerlingen te garanderen. Echter, de blinde leerling zal daardoor uit de boot vallen. Juist door een differentiatie aan te brengen in de organisatie van het onderwijs ten behoeve van de blinde leerlingen wordt dan voldaan aan het voor iedereen geldende recht op onderwijs.¹⁰³

Het bovenstaande laat zien dat de formele en de materiële gelijkheid op verschillende niveaus functioneren: het formele meer in de wijze van benaderen en op het niveau van de classificaties, en het materiële meer in de werkelijkheid, de feitelijke situatie.¹⁰⁴ Een belangrijke beperking van de formele gelijke behandeling is met het bovenstaande voorbeeld gegeven: zij kan in voorkomende gevallen er niet voor zorgen dat recht wordt gedaan aan relevante verschillen. Een beperking of een noodzakelijk probleem bij de materiële gelijke behandeling is gelegen in de complicaties die optreden bij het vaststellen van de relevante verschillen die een ongelijke behandeling met het oog op het gelijkheidsbeginsel rechtvaardigen. Daar speelt de vraag welke

101 Loenen 1998, p. 21.

102 Gerards 2002, p. 13; Loenen 1998, p. 21-23.

103 Loenen 1998, p. 23-24.

104 Gerards 2002, p. 12-13.

de relevante verschillen zijn en tot hoever een differentiatie in behandeling moet of mag gaan.

Naast formele en materiële gelijkheid wordt ook wel het begrip procedurele gelijkheid gebruikt, een benadering van gelijkheid die in zekere zin een tussenpositie inneemt tussen beide voornoemde begrippen. Met het begrip procedurele gelijkheid wordt bedoeld tot uitdrukking te brengen het creëren van gelijke kansen (*equality of opportunity*). Dit begrip onderscheidt zich volgens Gerards van formele gelijkheid doordat daarin tot op zekere hoogte, en in tegenstelling tot bij formele gelijkheid, wel rekening wordt gehouden met bestaande verschillen tussen mensen. Dit gelijkheidsbegrip is er immers op gericht mensen een gelijke uitgangspositie te bezorgen. Het onderscheidt zich van materiële gelijkheid doordat niet wordt gestreefd naar een gelijkheid in uitkomsten, het creëren van gelijke kansen of een gelijke uitgangspositie laat dit inderdaad open.¹⁰⁵

2.3.1.3 Consistentie vereist systematisering en normering

Welke gevolgtrekkingen kunnen nu worden gemaakt naar aanleiding van het bovenstaande? Bepalend lijkt de vaststelling dat het belang van consistentie, als een aspect van coherentie, niet dient te worden overschat, met name niet nu het begrip en het vereiste weliswaar een logische waarborg vormen voor een geldige uitspraak, maar vanuit hun aard geen normatieve rechtvaardiging daarvoor kunnen bieden. Een tweede daarmee samenhangende relativisering komt voort uit de relatie met het gelijkheidsbeginsel. In lijn met Brouwer hangt (de concretisering van) het gelijkheidsbeginsel in de lucht voor zover het niet wordt gerelateerd aan waarden en beginselen die als vergelijkingsmaatstaf worden gehanteerd. Pas in die verhouding en met behulp van een daarinbinnen te plaatsen afweging kunnen uitspraken worden gedaan over de gerechtvaardigheid van verschillen.¹⁰⁶

2.3.2 Recommendation (92) 17, 'Consistency in Sentencing'

Breed en inzichtelijk van opzet is Recommendation (92) 17 van de Raad van Europa over 'Consistency in Sentencing'. Juist vanwege haar overkoepelend karakter kunnen op grond daarvan enkele algemene lijnen worden getrokken over en inzicht geboden in de wijze waarop consistentie in straftoemeting kan worden bevorderd. Dit in 1992 gepubliceerde document doet verslag van de gedeelde problematiek van de lidstaten en de belangrijkste elementen die naar het oordeel van de Raad van Europa deel moeten of kunnen uitmaken van maatregelen die tot meer consistentie in de straftoemeting kunnen leiden. Aan de basis van dit document heeft een in 1987 gehouden internationaal col-

¹⁰⁵ Gerards 2002, p. 14-15.

¹⁰⁶ Brouwer 1992, p. 187.

loquium over ongelijkheid in de straftoemeting gelegen.¹⁰⁷ Terugvoerend op de Nederlandse context is bijvoorbeeld zichtbaar dat dit document zowel in de ontwikkeling van de oriëntatiepunten als in de ontwikkeling van de Data-bank Consistentie Straftoemeting een rol heeft gespeeld.¹⁰⁸

De Aanbeveling biedt zicht op een aantal wezenlijke elementen van de straftoemetingsproblematiek en inzicht in de elementen die deel uitmaken van een rationele straftoemetingspraktijk. De aanbevelingen hebben betrekking op de wenselijkheid van het expliciteren en formuleren van de strafdoelen, op het stelsel van strafposities, de verhoudingen tussen de bij de straftoemeting betrokken actoren, de wijze waarop dient te worden omgegaan met strafverhogende en –verlagende factoren en eerdere veroordelingen en de motivering van de strafbeslissing. Dit brede spectrum van onderwerpen dat aan de orde komt, maakt de Aanbeveling aantrekkelijk voor zowel de meer constitutioneel en institutioneel georiënteerde lezer als de meer op de straftoemetingspraktijk gerichte belangstellende. Eén van de vooruitgeschoven opvattingen van de voorbereidende commissie was de keuze voor de aard van de te realiseren consistentie: het ging de commissie om consistentie van *benadering* in plaats van de aritmetische, rekenkundige, eenheid van *resultaten* in de straftoemeting. Daarnaast biedt de wijze van opbouw van- en de formuleringen in de Aanbeveling de lidstaten uitdrukkelijk de mogelijkheid om binnen de eigen constitutionele en institutionele tradities en op grond van de nationale doelstellingen en karakteristieken van het strafrecht op zoek te gaan naar methoden en technieken voor een consistente straftoemeting. Onderstaande inventarisatie levert bij voorbaat op dat ‘straftoemeting’ en ‘consistentie’ diverse betekenissen hebben en het streven naar ‘consistentie in straftoemeting’ reeds om die reden een nadere verdieping veronderstelt.

2.3.2.1 Grondslagen en doelstellingen van de straftoemeting

Consistentie in straftoemeting begint naar het oordeel van de commissie met een helder wettelijk kader voor de straftoemeting. De wetgever dient om die reden zekerheid en duidelijkheid te verschaffen over de beginselen en doelstellingen van de straftoemeting. De vaststelling en bekendmaking van de leidende strafdoelen of beginselen, zo nodig in de wet, vormt dan ook één van de belangrijkste uitgangspunten van de Aanbeveling. In het geval dat landen traditioneel meerdere doelstellingen tegelijkertijd aanvaarden, zoals Nederland, zou de wet duidelijkheid dienen te verschaffen over de wijze waarop deze (soms tegenstrijdige) doelstellingen in individuele gevallen

107 Council of Europe 1989.

108 Zie bijvoorbeeld PVRO 1999 en Hendriks 2002. De Aanbeveling als zodanig werd geïntroduceerd door: Frijda 1992. Frijda maakte deel uit van de commissie die verantwoordelijk was voor de voorbereiding van de Aanbeveling. Over de totstandkoming en doorwerking van Aanbevelingen van de Raad van Europa, zie: Nijboer 2001.

kunnen worden verenigd. Een andere manier waarop landen zouden kunnen omgaan met de toepassing van meerdere en/of tegenstrijdige strafdoelen is door in de wet categorieën van strafbare feiten op te nemen waarin uitdrukkelijk de afwijking van de hoofddoelstelling is toegestaan dan wel geboden. Hoewel de Aanbeveling verder zwijgt over de keuze voor de hoofddoelstelling van de straftoemeting, wordt aangegeven dat er één op de rechtvaardigheid van de straf terugslaand beginsel is, dat als uiterste grens in alle stelsels dient te zijn opgenomen: de proportionaliteit van de straf in verhouding tot de ernst van het begane strafbare feit.

2.3.2.2 Het stelsel van strafposities en structurering van de rechterlijke oordeelsvorming¹⁰⁹

Eveneens primair tot de wetgever gericht zijn de aanbevelingen met betrekking tot het stelsel van strafposities. Uiteengezet wordt dat het veelvoorkomende stelsel waarin een grote ruimte bestaat tussen het vastgestelde strafmaximum en het strafminimum (óók in stelsels waarin de wet voorziet in delictspecifieke minimumstraffen) een grote afstand van de wet tot de praktijk tot gevolg kan hebben. Om die reden is een periodieke herijking van het stelsel van strafminima en strafmaxima van belang voor een consistente straftoemeting. Maar ook met een dergelijke periodieke herijking moet worden vastgesteld dat de betekenis van, met name, strafmaxima niet altijd even helder is voor de beslissing over de straf in een individueel geval. Om de informatieve waarde van de wet en haar relevantie voor de straftoemetingspraktijk te vergroten, stelt de Aanbeveling enkele alternatieven voor. Gedacht wordt aan een nadere differentiatie van de verschillende delictstypen of gradaties van delicten in de wet, waaraan verschillende minimum-maximumstraffen zijn verbonden. Ook wordt aandacht geschonken aan de delictspecifieke minimumstraffen. Een dergelijk stelsel dient, ook uit oogpunt van gelijkheid van bestraffing, de rechter de mogelijkheid te blijven bieden in bijzondere omstandigheden beneden het voorgeschreven strafminimum te gaan, aldus de commissie.

Ondanks maatregelen als de hierboven beschrevenen, zal in de ogen van het comité een ruime mate van vrijheid voor de rechter blijven bestaan. Die vrijheid dient te worden gekoesterd, zo valt te lezen. Om tegemoet te komen aan de wens en noodzaak tot structurering van de wijze waarop de rechter binnen de wettelijke ruimte tot de strafbeslissing komt, wordt de aandacht gevestigd op twee technieken die kunnen worden benut als indicaties voor de sanctieruimte bij bepaalde variaties van strafbare feiten aan de hand van strafverzwarende en strafverlichtende factoren. In de Aanbeveling wordt dan ook aanvaard dat rechters bij de straftoemeting gebruik maken van 'indi-

109 Raad van Europa 1992, Explanatory Memorandum, III B 1-8.

catoren' (*indicators*).¹¹⁰ De primaire doelstelling van het werken met indicatoren is te bevorderen dat rechters de strafbeslissing vormen vanuit een zelfde vertrekpunt. De commissie gebruikt hiervoor respectievelijk de benamingen 'sentencing orientations' en 'starting points'.

We betreden hier het terrein van de totstandkoming van de beslissing binnen de grenzen van de door de wet aan de rechter geboden vrijheid. Interessant is dat het comité hier verslag legt van de verschuiving in terminologie waarin de discussie werd gevoerd. In de eerste fase van de werkzaamheden werd gesproken over *guidelines*, terwijl dit begrip in een later stadium plaatsmaakte voor de meer neutrale termen *sentencing orientations* en *starting-points*. Het onderscheidend element tussen de twee is in de visie van het comité in het bijzonder gelegen in de wijze waarop de vertrekpunten zijn geformuleerd. *Orientations* zijn in deze vorm gericht op het bieden van uitgangspunten voor het denken over de straf in de vorm van bandbreedtes en richten zich, als richtlijnen, op terwijl de *starting-points* een concreet uitgangspunt bieden voor het zgn. normale geval dat in de regel uit de praktijk zou zijn op te maken.¹¹¹ In de letterlijke weergave van de Engelstalige versie van de Aanbeveling heet het als volgt:

B. Penalty structure

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.

Deze aanbeveling is misschien wel de meest innovatieve waar het de structureren van de totstandkoming van de beslissing over de straf betreft. De afwijking in terminologie ten opzichte van de term *guidelines* is hier overigens van grotere importantie dan de inhoud van de daar tegenover gestelde begrippen *sentencing orientations* en *starting-points*. Deze lijken elkaar op sommige punten te overlappen. De afwijking van de term *guidelines* wordt gemotiveerd op grond van een negatieve beoordeling van het Amerikaanse systeem van *sentencing guidelines* en de suggestie die bij hantering van die term uit zou

110 Raad van Europa 1992, Explanatory Memorandum, III.B.3.

111 Raad van Europa 1992, Explanatory Memorandum, III.B.3. Zie over de 'starting-points' ook Ashworth 1989, p. 113.

gaan van de voorstellen van het comité. Het was het comité er op dit punt immers 'slechts' om te doen invloed uit te oefenen op de totstandkoming van de strafbeslissing, niet om de vrijheid van de rechter weg te nemen, zoals het geval is bij de toepassing van de *sentencing guidelines* in de Verenigde Staten. 'Starting-points are not finishing-points', aldus de commissie en passen dan ook beter in de gekozen visie op consistentie als eenheid in benadering i.p.v. eenheid in uitkomsten.

De Aanbeveling laat het niet slechts bij het inbrengen van deze twee technieken, maar benoemt in hetzelfde hoofdstuk ook de mogelijkheden voor de implementatie van dergelijke technieken:

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 judgments by superior courts;
 - iii. an independent commission;
 - iv. Ministry circular;
 - v. guidelines for the prosecution.

Dit onderdeel bestrijkt derhalve het vraagstuk van de probleemeigenaren en laat de beantwoording daarvan over aan de respectievelijke lidstaten en de daar heersende constitutionele en rechtsculturele opvattingen.

2.3.2.3 Overige aandachtsgebieden in de Aanbeveling

Naast de hierboven weergegeven thema's, wordt gewezen op de strafverhogende en strafverlagende factoren, recidive, de motivering van de straf en de informatievoorziening en statistisch onderzoek naar de straftoemeting als onderwerpen die in het kader van het streven naar consistentie in de straftoemeting onder ogen moeten worden gezien.

Ten aanzien van de strafverhogende en strafverlagende factoren wordt aanbevolen dat de belangrijkste daarvan in de wet of jurisprudentie worden gearticuleerd. Daarenboven wordt gewezen op de vaak lichtere of afwezige bewijsstandaard met betrekking tot de voor de hoogte van de straf relevante factoren. Deze factoren maken vaak geen deel uit van wat ik hier onder delictsomschrijving versta en zijn als zodanig niet onderworpen aan de daarvoor bestaande bewijsregels. Een eerlijke procesvoering brengt met zich mee, aldus de commissie, dat factoren die van substantieel belang zijn voor de (hoogte van de) straf ook dienen te worden 'bewezen' onder het regime van dezelfde bewijsstandaarden als de standaarden die in het algemeen gelding

hebben. Interessant genoeg beroept de commissie zich in deze op de analogie met artikel 6 § 2 EVRM, dat de onschuldpresumptie tot uitdrukking brengt en waaraan tevens normen ten aanzien van de bewijsvoering kunnen worden ontleend.¹¹²

Informatievoorziening over de praktijk van de straftoemeting (verschuivingen in het strafrechtelijk beleid, de staat van de gevangenissen, veranderingen in de praktijk van de vervroegde invrijheidstelling) wordt door de commissie beschouwd als een essentieel onderdeel van een consistente straftoemeting, al moet worden vastgesteld dat de wijze waarop de informatievoorziening kan worden georganiseerd nogal kan verschillen. De permanente educatie, conferenties en seminars kunnen rechters bij elkaar en in discussie brengen over met de straftoemeting samenhangende vragen, hetgeen als een doelstelling op zichzelf kan worden beschouwd. Daarnaast kunnen zij een podium bieden voor voorlichting en debat over eventuele instrumenten ter bevordering van de consistentie in de straftoemeting. In sommige landen wordt bovendien met informatiesystemen voor de straftoemeting gewerkt.

2.3.3 *Conclusies met betrekking tot 'consistency in sentencing'*

De internationale context waarbinnen het vergroten van de consistentie in de straftoemeting als onderwerp op de agenda's van wetgeving, beleid, rechtspraak en wetenschap terecht is gekomen, lijkt in ieder geval een rol te hebben gespeeld bij het vergroten van het bewustzijn over de achterliggende problematiek en de noodzaak tot handelen. Hapklare oplossingen zijn er evenwel niet, een structureel en (voor)gestructureerd vervolg naar aanleiding van bijvoorbeeld deze Aanbeveling is achterwege gebleven. De doelstellingen die worden verwoord in de Aanbeveling worden weliswaar gedeeld, maar het zijn vooral specifiek nationale verhoudingen en uitgangspunten die de aard en inhoud van de discussie omtrent de specifieke uitingsvormen van het streven naar een consistentie straftoemeting bepalen. Kenmerkend voor de omgang met het streven naar consistentie in de straftoemeting in Nederland is de weinig gecentraliseerde aanpak. 'Probleemeigenaren' dienen zichzelf een plaats te geven in deze dynamische context. Hier speelt allicht ook het traditioneel pragmatische en weinig dogmatisch karakter van het Wetboek van Strafrecht een rol. Hoewel de doorwerking van verschuivingen in de theoretische oriëntatie daarmee niet wordt tegengehouden, wordt die wel gedempt. Dat karakter is enerzijds voordelig, doordat het een zekere flexibiliteit aan het stelsel verleent, anderzijds kan het de legitimiteit van het stelsel aantasten, doordat feitelijke verschuivingen zich min of meer verscholen doorzetten en vaak slechts achteraf kunnen worden vastgesteld.

112 Raad van Europa 1992, Explanatory Memorandum, III.C.3. Zie nader over de doorwerking van artikel 6 § 2 EVRM op de normering van het bewijsstelsel o.m.: De Hert 2004, p. 551-561.

Waar de Aanbeveling logischerwijs niet in treedt, is de wijze waarop de lidstaten gevolg zouden moeten geven aan de oproep te komen tot een stelsel waarin meer consistentie in de straftoemeting is gewaarborgd. Binnen de eigen, nationale tradities en verhoudingen, zouden de lidstaten technieken kunnen introduceren die de uitoefening van de rechterlijke discretie structureren en tegelijkertijd de rechter de mogelijkheid blijven bieden specifieke omstandigheden mee te kunnen laten wegen in de straftoemetingsbeslissing. Dat is op zichzelf reeds een stevige conclusie, nu deze direct treedt in datgene wat in veel jurisdicties als verboden terrein wordt beschouwd: de vrijheid van de rechter bij de totstandkoming van de beslissing over de straf. Het gaat, ook vanuit dit perspectief, dus om de vrijheid van de rechter en de mate waarin en de wijze waarop deze kan of moet worden gestructureerd of ingevuld. Als instrumenten ter structurering van de uitoefening van de rechterlijke vrijheid worden, naast de hierboven genoemde *orientations* en *starting-points*, bijvoorbeeld wetgeving, ministeriële circulaire, *guideline judgements* en richtlijnen van het Openbaar Ministerie aangedragen.¹¹³ Hiermee wordt een concreet raamwerk neergezet voor de ontwikkeling van instrumenten ter bevordering van de eenheid in de straftoemeting. Niet slechts omdat zij aangeeft welke aspecten daarin verwerkt dienen te worden, maar vooral ook omdat zij de lidstaten aanspoort binnen de eigen verhoudingen en tradities op zoek te gaan naar oplossingen voor de problematiek. Het belang van de Aanbeveling kan niet worden onderschat, maar zij is ook, in haar betrekkelijke eenvoud, verraderlijk. De oplossing voor 'het probleem van de straftoemeting' dient te worden gevonden in de verdeling van verantwoordelijkheid en taakverdeling binnen de kaders van de invulling die op nationaal niveau wordt gegeven aan de democratische rechtsstaat. De grenzen en mogelijkheden van het streven naar een consistente straftoemeting liggen dáárin en in de grondslagen en tradities van de wettelijke regeling van de straftoemeting besloten. Het vinden van een oplossing, óók binnen de kaders van de Aanbeveling, werpt ons dan ook terug op de eigen constitutionele en institutionele context en de grondslagen en doelstellingen van het strafrechtelijk sanctiestelsel en het stelsel van strafposities.

De gekozen contextuele benadering voor dit onderzoek sluit hierbij aan en leidt tot een, op de straftoemeting betrekking hebbende, nadere duiding van de taken en verantwoordelijkheden van de organen van de staat binnen de kaders van de democratische rechtsstaat.

113 Raad van Europa 1992, B. 3 & 4.

DEEL II

DE CONSTITUTIONELE, INSTITUTIONELE EN WETSSYSTEMATISCHE CONTEXT VAN DE STRAFTOEMETING

3.1 DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT ALS RICHTINGGEVEND EN GELIJKTIJDIG OPEN NORMATIEF CONCEPT VOOR HET FUNCTIONEREN VAN DE RECHTER

De erkenning dat er sprake is van een grote mate van vrijheid bij het nemen van de strafbeslissing houdt in dat zal moeten worden gezocht naar aanknopingspunten voor de wijze waarop de rechter van deze vrijheid gebruik dient te maken. Deels, vooral materieel, zijn deze terug te vinden in de grondslagen en doelstellingen van de wettelijke regeling van de straftoemeting en de (voortschrijdende) doctrine inzake de grondslagen en doelstellingen van het straffen zelf. Een ander aspect van de vraag op welke wijze de rechter gebruik dient te maken van de hem toekomende vrijheid van beslissen, betreft, voor zover de invulling van die vrijheid gepaard gaat met een nadere rechterlijke normering van die strafbeslissing, de grondslag van dat zelfstandig handelen. Met betrekking tot deze laatste vraag komt de positie van de rechter en de rechtsprekende macht in verhouding tot de overige staatsmachten aan de orde. In algemene zin dienen daarom enkele opmerkingen te worden gemaakt over de positie van de rechtsprekende macht binnen het kader van de democratische rechtsstaat.

Een gezaghebbende visie op het functioneren van de rechtsprekende macht binnen de kaders van de (democratische) rechtsstaat is neergelegd in het rapport van de WRR over de toekomst van de nationale rechtsstaat.¹¹⁴ Het rapport heeft vooral betrekking op de betekenis van de rechtsstaat als normatief concept voor de legitimiteit van het functioneren van de overheid; weliswaar wordt aanvaard dat de toevoeging van het democratische element de legitimiteit van het handelen van de overheid kan versterken, maar als zodanig vormt dit aspect niet het belangrijkste onderwerp van onderzoek in het rapport van de WRR.¹¹⁵ In zekere zin worden als gevolg van het ontbreken van op de democratische inbedding gerichte analyse van de plaats van de rechtsprekende macht binnen de rechtsstaat enkele, met name in het straf(proces) recht spelende kwesties onbesproken gelaten. De steeds vaker gehoorde gedachte de inbreng van leken in de strafrechtspraak te vergroten vormt daar-

114 WRR 2002.

115 Zie in dit verband de opvatting van Van der Pot/Donner, dat de rechtsstaat altijd een verbinding aangaat met een ander 'idee'; dat kán, zoals thans te doen gebruikelijk, de democratie zijn. Zie: Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 1995, p. 135-136.

van een belangrijk voorbeeld. Ook vormt voor vele auteurs het ontbreken van een democratische verantwoordingsstructuur een belangrijk argument voor een terughoudende opstelling van de rechtsprekende macht in politiek gevoelige kwesties: daaromtrent stelt het rapport wel het nodige vast. Over de rechterlijke rechtsvorming binnen de kaders van de rechtsstaat worden hieronder enkele korte opmerkingen gemaakt.

Onder de vaststelling dat de rechtsstaat in publieke discussies in vele betekenissen wordt gebruikt, hanteert de WRR een gelaagde definitie van de rechtsstaat. Onderscheiden worden de grondidee, de daaronder fungerende en aan de grondidee uitwerking gevende rechtsbeginselen, de juridische regelingen die de praktische staatsinrichting en de taakverdeling tussen de staatsorganen regelen en (als vierde laag) de concrete invulling in de vorm van rechtsregels, rechtsbeslissingen en uitvoeringsbesluiten die de dagelijkse uitvoering en rechtspleging sturen.¹¹⁶

De rechtsstaat als grondidee slaat in de visie van de WRR terug op de binding van de staatsmacht aan de regels van het recht met het oog op de inperking en reductie van willekeur en het tegengaan van machtsconcentraties. De rechtsbeginselen die daaraan een uitwerking geven, zijn o.m. het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van rechtszekerheid, het beginsel van rechtsbescherming door een onafhankelijke rechter en het legaliteitsbeginsel dat met name in het strafrecht een belangrijke rol speelt. De uitwerking van de grondidee en de daarmee verbonden rechtsbeginselen van de rechtsstaat kan evenwel verschillen en vindt zijn weerslag in de juridische regelingen met betrekking tot de inrichting van de staat en de verhouding tussen de staatsorganen (vgl. bijvoorbeeld de diverse binnen moderne staten bestaande opvattingen over een constitutioneel toetsingsrecht). Ook in de praktische uitwerking van de idee van de rechtsstaat zijn verschillen denkbaar, bijvoorbeeld op het niveau van benoeming en beloning van rechters, de inrichting van de rechtspleging (aantal rechtsgangen) en ten aanzien van de regelingen omtrent de oplegging en ten uitvoerlegging van straffen.¹¹⁷ Het is deze verscheidenheid in concreet ontwerp en praktische uitwerking die de rechtsstaat een dynamisch karakter geeft, terwijl de gedachte tot verwezenlijking van de grondidee en de in dienst daarvan staande rechtsbeginselen de rechtsstaat een vaste kern en een intrinsieke waarde verleent. De aanleiding voor de studie naar de toekomst van de nationale rechtsstaat was dan ook niet primair gelegen in de gebleken verschuivingen op de eerste twee niveaus, maar in de dynamiek op het niveau van het ontwerp en de praktijk van de rechtsstaat en rechtspleging. De ten opzichte van het basisontwerp verschoven verhoudingen tussen de staatsmachten, de toegenomen druk op de overheid alsmede de voortschrijdende internationale invloeden op de ontwikkeling van de nationale rechtsorde en de veranderde opvattingen omtrent burgerschap en de verhouding

116 WRR 2002, p. 23-24.

117 WRR 2002, p. 24.

tussen overheid en burger noopten, met het oog op het behoud, dan wel versterking van de legitimiteit van de rechtsstaat, tot een hernieuwde inventarisering van de omgeving van de rechtsstaat en de betekenis daarvan voor het ontwerp van de rechtsstaat.¹¹⁸

De kern van de rechtsstaat is in de visie van de WRR, overeenkomstig de doctrine, gelegen in vier op de klassieke liberale conceptie van de rechtsstaat betrokken kenmerken: het legaliteitsbeginsel, de verdeling van machten, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en (het waarborgen van) grondrechten van burgers.¹¹⁹ Op deze terreinen, met name waar het de verdeling van machten en de positie van de rechterlijke macht daarbinnen en het legaliteitsbeginsel betreft, hebben zich ontwikkelingen voorgedaan die maken dat de traditionele beelden daarvan bijstelling behoeven. Neemt men de laagdheid van het begrip rechtsstaat tot uitgangspunt, dan ontkomt men vervolgens niet aan een heroriëntatie op diezelfde rechtsstaat en diens specifieke kenmerken.

In de beschrijving van de aanleiding de toekomst van de rechtsstaat te onderzoeken, werd gewag gemaakt van de verschoven verhoudingen tussen de staatsmachten. Het perspectief van Montesquieu op de functieverdeling binnen de staat heeft lange tijd als aanknopingspunt gegolden voor de scheiding van wetgeving, bestuur en rechtspraak. Naar huidige opvattingen wordt deze vrij rigoureuze scheiding van machten gerelativeerd en veeleer omschreven als een *evenwicht* van machten. Met deze visie op de functies van de staatsmachten wordt aanvaard dat er van een zuivere scheiding van taken en functies van de staatsmachten geen sprake is, maar dat (de uitoefening van) de respectievelijke taken en functies kan leiden tot een zekere overlap.¹²⁰ Ook wordt wel gesuggereerd dat van een driedeling binnen de staatsmachten in feite geen sprake meer is, maar van een tweedeling: een *duas politica*, waarin de scheiding tussen wetgeving en bestuur in belangrijke mate dient te worden gerelativeerd.¹²¹ Met name het evenwicht van machten als tegenhanger van de klassieke scheiding van de staatsmachten heeft belangrijke consequenties voor de verhouding tussen staatsmachten en, betrokken op het onderwerp van deze studie, voor de taak en functie van de rechterlijke macht.

118 WRR 2002, p. 26-30.

119 WRR 2002, p. 43 e.v. Zie ook: Burkens e.a. 2006, p. 41 e.v.

120 Witteveen 1991.

121 WRR 2002, p. 45.

3.2 DE RECHTSPRAAK EN DE RECHTER IN DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT

3.2.1 *De verhouding rechter – wetgever in de rechtsvorming*

Dat er in de uitoefening van de functies van de staat sprake is van enige overlap tussen de verschillende staatsmachten, heeft in ieder geval op het terrein van de rechtsvorming en de bevoegdheid daartoe tot veel discussie geleid. Het is deze discussie die de verhouding rechter – wetgever op scherp zet. Binnen de kaders van de democratische rechtsstaat ligt het primaat vanzelfsprekend bij de wetgever. Art. 11 en 12 AB getuigen daarvan: de rechter moet volgens de wet ‘regtspreken’ en in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid daarvan mag beoordelen. Art. 12 AB stelt dat de rechter alleen in het concrete geval mag oordelen en zijn beslissingen geen verdergaande strekking mag geven. Deze bepalingen markeren, meer nog dan de Grondwet, de traditionele visie op de taakverdeling tussen wetgever en rechter. De door de wetgever vastgestelde wet vormt de bron van het recht (rechtsvorming komt exclusief toe aan de wetgever), de rechter dient slechts de wet toe te passen. Voor het straf(proces)recht geldt daarenboven dat de rechtsvorming in het bijzonder gebonden is aan de wet. De rechtsbeschermende functie van het in art. 1 Sr en art. 1 Sv neergelegde legaliteitsbeginsel stelt belangrijke beperkingen aan de rechtsvormende mogelijkheden van de strafrechter.¹²²

Dit beeld van de verhouding wetgever – rechter en de daarmee samenhangende rol van de rechter in de rechtsvorming voldoet echter geenszins aan het bestaande beeld van de positie van de rechter. Natuurlijk heeft de rechter altijd recht gevormd. Dat ligt in de aard van zijn taak, aldus Martens.¹²³ Een belangrijke verschuiving in de doctrine met betrekking tot de verhouding wetgever – rechter is juist gelegen in de erkenning van de zelfstandige rol van de rechter in de rechtsvorming. In het stelsel van evenwicht van machten binnen de kaders van de democratische rechtsstaat is rechtsvorming derhalve geen autonome aangelegenheid van de wetgever, maar krijgt het vorm juist in ‘het systeem van tegenkrachten en tegenwichten binnen en tussen verschillende rechtsvormende organen’.¹²⁴ De wijze waarop de strafrechter heeft kunnen bijdragen aan de normering van leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid is hiervan een sprekend voorbeeld. Dat neemt niet weg dat er duidelijke principiële en praktische verschillen bestaan tussen de rechtsvorming door de wetgever en door de rechter. Deze verschillen zijn door Rijpkema helder uiteengezet. Belangrijke aspecten die de legitimatie van de rechtsvorming door hetzij de wetgever, hetzij de rechter beïnvloeden, komen voort uit de aanwezigheid van de politieke strijd en het democratisch leiderschap als voorwaarde voor de totstandkoming van algemeen

¹²² Op de betekenis van legaliteit wordt nader ingegaan in: § 4.2.1 en 4.4.2.

¹²³ Martens 2000.

¹²⁴ Rijpkema 2001, p. 47.

geldende rechtsregels door de wetgever; de onpartijdigheid van de rechter als voorwaarde voor een eerlijk (besluitvormings-)proces in een concreet geschil kleurt daarentegen de mogelijkheden en grenzen van de rechterlijke rechtsvorming. Daarnaast speelt het pragmatische georiënteerde argument een rol dat de wetgever in de regel meer en beter geëquipeerd zal zijn en het besluitvormingsproces in het kader van de totstandkoming van wetgeving zal zijn ingericht op een langdurig traject. De rechter daarentegen heeft, niet in het minst vanuit het perspectief van een eerlijk proces en de daaruit voortvloeiende eis van een behandeling ter terechtzitting en beslissing binnen een redelijke termijn, die ruimte niet en de organisatie is er (mede daarom) ook niet op ingericht.¹²⁵ Meer rechtstheoretisch komt in deze discussie ook de vraag aan de orde naar de wijze waarop de rechter in de hem toekomende ruimte voor rechtsvorming kan worden gebonden, bijvoorbeeld door middel van interpretatiemethoden of door middel van (Dworkiaanse) doelen, belangen en beginselen die aan het bestaande recht ten grondslag liggen.¹²⁶ Het is deze 'oriëntatie op het geldende normen- en waardenpatroon'¹²⁷ welke een belangrijke voorwaarde vormt voor een gelegitimeerde rechtsvorming door de rechter. Dit in wezen retrospectieve en naar haar aard conservatieve karakter van de rechterlijke rechtsvorming staat in contrast met de toekomstgerichtheid als kenmerk van wetgeving en beleid door respectievelijk wetgever en openbaar bestuur. Die toekomstgerichtheid behoeft een ander soort handelen en een ander soort legitimatie.

Gegeven deze klassieke uitgangspunten voor de verhouding wetgever – rechter in de rechtsvorming, welke een beperking betekenen voor de mogelijkheden tot rechterlijke rechtsvorming, en de verhouding wetgever-bestuur-rechter, is het primaat van de wetgever in de rechtsvorming de laatste decennia onder druk komen te staan. In de eerste plaats is de taak van de uitvoerende macht veel omvattender dan het bovenstaande suggereert: het betreft, zoals de WRR constateert, de gehele handelende kant van de overheid welke zich uitstrekt van het doen van wetsvoorstellen tot het zelfstandig ontwikkelen en uitvoeren van (overheids)beleid.¹²⁸ Het beeld van een strikte scheiding tussen wetgevende en uitvoerende macht berust derhalve grotendeels op een fictie en miskent (onder de erkenning dat het primaat daartoe bij de wetgevende macht ligt) dat het openbaar bestuur van groot belang is voor de rechtsvorming vanwege de overheid en om die reden ook een zelfstandige rol heeft in de invulling van de rechtsbetrekking tussen burger en overheid.

Daarmee kan ook een ander aspect, of liever gezegd: aspiraties van de rechtsstaat onder druk komen te staan, te weten de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. De verwezenlijking van deze rechtsbeginselen is binnen de con-

125 Rijkema 2001, p. 48-58.

126 Zie hierover onder (veel) meer en inleidend: Van Klink & Broers 2001.

127 WRR 2002, p. 185.

128 WRR 2002, p. 156.

tinentalen rechtstradities grotendeels verbonden met het primaat van de wetgevende macht: juist de algemeenheid van de wet en (binnen de kaders van de democratische rechtsstaat) de democratische wijze van totstandkoming daarvan vormen waarborgen daarvoor. De erkenning van een eigenstandige rechtsvormende rol van het openbaar bestuur doorbreekt dat schema en roept, met het oog op de rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid, de vraag op naar de wijze van normering van- en controle op het handelen van het openbaar bestuur. Die vraag wordt indringender naarmate het openbaar bestuur meer en ruimer omschreven bevoegdheden worden toegekend; een ontwikkeling die zich in de tweede helft van de twintigste eeuw, mede als gevolg van de opkomst van de verzorgingsstaat, heeft voorgedaan. Die ontwikkeling, de toename van discretionaire bevoegdheden van het openbaar bestuur alsmede de noodzaak deze overeenkomstig de beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid in te vullen en toe te passen, moet in relatie worden gezien tot de formulering en toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als onderdeel van de rechtmatigheidstoets door de rechter van het handelen van het openbaar bestuur.¹²⁹ Naast een toetsingsmaatstaf achteraf toe te passen door de rechter voorzien deze beginselen tevens in gedragsnorm vooraf, hetgeen het openbaar bestuur op zijn beurt in een meer beleidsvoerende rol dwingt. Daarmee worden ook de rechtsvormende activiteiten van het openbaar bestuur nader genormeerd: de eisen van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en het verbod van willekeur gebieden het openbaar bestuur conform het eigen beleid te handelen.

Voor het openbaar bestuur betekende deze ontwikkeling een ommekeer in het denken over de invulling van- en het afleggen van verantwoording voor de vrije ruimte van beslissen en beoordelen die zij met de ruim geformuleerde bevoegdheidsverlenende normen in toenemende mate verkreeg. Vrijheid van beslissen en beoordelen, zo was de gedachte, sluit een normering in het recht in geen geval uit. Discretionaire bevoegdheden dienden overeenkomstig de ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur te worden ingevuld en toegepast. Op deze wijze werd, onder erkenning van de bijzondere positie van bestuursorganen, bijgedragen aan de verwezenlijking van de materiële en formele waarborgen die de rechtsstaat in zich bergt. Inmiddels zijn verschillende van de ongeschreven rechtsbeginselen gecodificeerd in afdeling 3.2 van de Awb. Voor de rechter betekende het toetsen van het handelen van het openbaar bestuur aan de beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke uitbreiding van zijn taak. Daarmee werd ook de rechtsvormende kracht en potentie van de rechter zelf manifest: toetsing vond immers plaats aan de hand van ongeschreven rechtsbeginselen.¹³⁰

129 Voor een overzicht van deze ontwikkeling in het stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid zij verwezen naar: Wiarda 1970, i.h.b. p. 366-371 en Wiarda 1999, p. 61-70.

130 Zij viel tevens samen met een vrijere opstelling van de rechter ten opzichte van de wet en is als zodanig dan ook in verband te brengen met een vrijere rechtsvindingstheorie.

De rechtsvormende potentie van rechtspraak is de laatste jaren in het bijzonder in de belangstelling komen te staan als gevolg van de voortschrijdende ontwikkeling in het denken over rechtsvorming door precedentwerking van rechterlijke uitspraken en de ontwikkeling van regelingen die de uitkomst zijn van wat kan worden verstaan als rechterlijke samenwerking. Tegenwoordig wordt deze discussie eveneens gevoerd in het kader van het begrip alternatieve regelgeving.¹³¹ Het gaat in deze discussie over vormen van zelfregulering die onder omstandigheden juridisch en/of feitelijk materiële normen voor de beslechting van geschillen (gaan) inhouden. Vanuit het perspectief van de verhouding tussen wetgever en rechter in de rechtsvorming, betreft deze discussie (naast de vraag naar de precedentwerking van rechterlijke uitspraken) in de eerste plaats een vraagstuk van bevoegdheidsverdeling in de rechtsvorming. De vaststelling dat wetgever en rechter in feite *partners in de the business of the law* zijn, moge juist zijn; daarmee is de specifieke problematiek van de bevoegdheid tot rechterlijke rechtsvorming door- of met behulp van producten van rechterlijke samenwerking nog niet opgelost. De vraag is dan in hoeverre de bestaande bevoegdheidsverdeling in de rechtsvorming, in het algemeen tot uitdrukking komend in art. 120 Gw en de art. 11-13 AB en voor wat betreft het straf(proces)recht specifiek ingekleurd door art. 1 Sr en art. 1 Sv, ruimte bevat voor een meer 'gelaagde' rechtsontwikkeling. Rijkkema verdedigt in dat kader de prikkelende stelling dat voor een absoluut primaat voor de wetgever bij de vaststelling van het geldend recht geen principiële rechtvaardiging is te vinden. Rechtsvorming vindt plaats in een kader van een systeem van 'tegenkrachten en tegenwichten', in welk kader de diverse betrokken actoren elkaar kunnen 'controleren en corrigeren'.¹³² Dit algemeen beeld gaat wellicht wel op voor de rechtsvorming in het burgerlijk recht. Voor wat betreft het strafrecht, zo onderkent ook Rijkkema, vormt het materieel- en formeelrechtelijk legaliteitsbeginsel, alsmede art. 16 Gw wél een principiële scheidslijn voor de bevoegdheidsverdeling tussen wetgever en rechter.¹³³ Wil men de mogelijkheden en grenzen van de werking van rechtsvorming door de rechter in het strafrecht onderzoeken, dan zal men zich moeten verhouden tot die beginselverklaringen in art. 1 Sr en art. 1 Sv. In algemene zin verplichten deze bepalingen de strafrechter af te zien van rechtsvorming voor zover deze leidt tot aantasting van de positie van de verdachte. Maar wat de grenzen zijn van de rechterlijke rechtsvorming, ook buiten het kader van het concrete strafgeding, is niet op voorhand te zeggen in geval die rechtsvorming dient ter bescherming van de positie van de verdachte of in algemene zin de kwaliteit van de rechtspraak is gediend met een actieve rol van de rechter.

Naast een vraagstuk van bevoegdheid, en de daarmee verband houdende vraag naar de wettelijke grondslag voor rechtsvorming door de rechter buiten de rechterlijke uitspraak om, leidt een volgend probleem in de verhouding

131 Köhne 2000; Teuben 2004; Giessen 2007; De Wijkerslooth 2007.

132 Rijkkema 2001, p. 206.

133 Rijkkema 2001, p. 207-210.

wetgever – rechter en de relatie van de rechter tot producten van rechterlijke samenwerking. Deze onderscheiden zich van het normale ‘product van de rechtspraak’ doordat zij in beginsel tot stand komen buiten het concrete (straf) geding. Een eventuele status zal derhalve daaraan moeten worden *verleend*: deze bezitten zij van rechtswege (nog) niet. Daartoe zal ofwel de wetgever een voorziening moeten treffen voor een behoorlijke omgang met dergelijke regelingen, ofwel de rechtsprekende macht zelf, bij monde van de Hoge Raad in het kader van zijn rechtspraak omtrent de reikwijdte van art. 79 RO, moeten aannemen dat dergelijke regelingen de werking hebben van een rechtsnorm.¹³⁴

In het licht van het democratisch rechtsstatelijk bestel is ook het vraagstuk naar de verhouding tussen rechters en gerechten onderling, de verhouding tot het stelsel van rechtsmiddelen en, sinds 1 januari 2002, ook de verhouding tussen de Hoge Raad en de Raad voor de rechtspraak aan de orde. Waar men tot de conclusie zou komen dat aan producten van rechterlijke samenwerking geen juridische status kan worden verleend, bijvoorbeeld door dergelijke regelingen te kwalificeren als recht in de zin van art. 79 RO, en een binding van de rechter daaraan ook op andere gronden niet mogelijk wordt geacht (zodat de inpasbaarheid in de gebruikelijke infrastructuur van de rechtsprekende macht waarbinnen de controle op de eenheid en juistheid in de toepassing van het recht is ingebed lijkt uitgesloten), komt de verantwoordelijkheid van de Raad voor de rechtspraak en die van de gerechten zelf in beeld. Het betreft dan immers een onderwerp dat in relatie staat tot de uniformiteit in de toepassing van het recht en de kwaliteit van de rechtspraak, zoals deze is neergelegd in de taakstellende bepalingen daaromtrent in de Wet op de rechterlijke organisatie.¹³⁵ De activiteiten die in dat kader worden ontplooid leiden weliswaar hoogstens tot *ondersteuning* van het proces van rechtsvorming en, voor zover het geen betrekking heeft op de vorming van ‘recht’, tot *ondersteuning* van de oordeelsvorming. Desalniettemin lijken kwaliteit van rechtspraak en de uniformiteit in de rechtstoepassing onlosmakelijk verbonden met de ontwikkeling van rechterlijke rechtsvorming.¹³⁶ Daarnaast

134 Voor wat betreft de rechterlijke oriëntatiepunten is geen van beide situaties aan de orde: de wet verwijst er noch in materiële, noch in formele zin naar en de Hoge Raad oordeelde in HR 3 december 2002, NJ 2003, 570 dat genoemde oriëntatiepunten geen recht in de zin van art. 79 RO vormden. Het ontbreken van een juridische status van, in dit geval, rechterlijke oriëntatiepunten ten behoeve van de straftoemeting, neemt het vraagstuk van de binding daaraan (van de rechter, van de burger?) niet weg. Integendeel, de voortschrijdende ontwikkeling ervan noopt juist tot een nadere verdieping. In hoeverre kan er sprake zijn van een binding van de rechter aan dergelijke regelingen of afspraken? En in hoeverre zou een procesdeelnemer aanspraak kunnen maken op toepassing van dergelijke oriëntatiepunten? Dergelijke vraagstukken vinden in de regel hun beantwoording in het licht van het (materiële) wetsbegrip.

135 Het betreft art. 23 lid 3 en art. 94 RO.

136 Alleen al omdat de bewaking van de kwaliteit van rechtspraak en de rechtseenheid ook een verantwoordelijkheid is van de Hoge Raad. Om die reden pleit de Commissie Deetman, die de herziene Wet op de rechterlijke organisatie evalueerde, in 2006 voor overleg tussen de Raad voor de rechtspraak en de Hoge Raad. Zie: Commissie Deetman 2006, p. 20.

moet, bijvoorbeeld op grond van het genoemde arrest HR 3 december 2002, NJ 2003, 570, worden aangenomen dat de ondersteuning van de rechterlijke oordeelsvorming een zelfstandige functie en plaats heeft naast de controle die Hoge Raad uitoefent op de toepassing van het recht. Deze verhouding speelt een belangrijke rol in de discussie over de ontwikkeling en toepassing van rechterlijke oriëntatiepunten voor de straftoemeting en noopt, mede in het licht van het strafvorderlijke en strafrechtelijke legaliteitsbeginsel, tot een nadere beschouwing over de plaats van dergelijke regelingen in de rechterlijke oordeelsvorming.

Het onderscheid tussen (ondersteuning van) rechts- en oordeelsvorming zal een dunne scheidslijn zijn, maar het is in het licht van de organisatie van de rechtspraak wel een fundamentele onderscheiding. Dat blijkt bijvoorbeeld tegen de achtergrond van de waarborgen die in het algemeen bepalend worden geacht voor de legitimiteit van de rechtspraak: onpartijdigheid en onafhankelijkheid.

3.2.2 *Waarborgen voor een goed functioneren van de rechter: onpartijdigheid en onafhankelijkheid*

Binnen de hierboven beschreven dynamiek van constitutionele, rechtstheoretische en (daarvan afgeleide) pragmatische argumenten in de discussie over de verhouding wetgever – rechter in het kader van de rechtsvorming, is de positie van de rechterlijke macht nooit een onveranderlijke grootheid en mede afhankelijk van de betekenis die aan de democratische rechtsstaat wordt verleend. In de visie van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeeringsbeleid, zoals hierboven weergegeven, bestaat er een zekere mate van overeenstemming over het bestaan van een eigen rol en verantwoordelijkheid van de rechterlijke macht in het proces van rechtsvorming. De erkenning daarvan dient wél te worden gekoppeld aan een sluitend systeem van verantwoording, zowel met betrekking tot de individuele zaak als met betrekking tot het functioneren van de organisatie als geheel. De legitimiteit van het oordeel van de rechter wordt in dat kader in belangrijke mate bepaald door de inbedding van het functioneren van de rechtsprekende macht binnen de kaders van de democratische rechtsstaat. Ankerpunten daarvoor zijn daarom de constitutioneel en verdragsrechtelijk gewaarborgde onafhankelijkheid en onpartijdigheid, zowel van de rechter en rechterlijke colleges als van de rechtsprekende macht als geheel ten opzichte van de andere organen van de staat. Onafhankelijkheid en onpartijdigheid vormen de hoekstenen van het functioneren van de rechtsprekende macht binnen de constitutionele verhoudingen en van het functioneren van de rechter binnen de institutionele verhoudingen en de kaders van het (straf)geding. Verdragsrechtelijk staan zij in relatie tot de waarborgen voor een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM.¹³⁷ In het navolgende zal kort worden ingegaan op de betekenis van

137 Kuijer 2004. Wagner 2001.

deze twee kernbegrippen voor het goed functioneren van rechter en rechtspreekende macht.

3.2.2.1 De onpartijdigheid van de rechter

De eis van onpartijdigheid van de rechter ziet op de onbevangen en onbevooroordeelde houding van een rechter ten opzichte van de hem/haar voorliggende zaak. Van de rechter wordt verwacht dat een zekere mate van neutraliteit wordt betracht ten opzichte van de partijen of procesdeelnemers en de door hen naar voren gebrachte standpunten, hetgeen in het belang is van de objectiviteit van de uitspraak. In bredere zin is de onpartijdigheid noodzakelijk voor de legitimiteit van de uitspraak en het vertrouwen van burgers in de rechtspraak. Op grond van de jurisprudentie van het EHRM wordt de onpartijdigheid van de rechter in de regel in twee aspecten onderscheiden, resulterend in een subjectieve en objectieve test.¹³⁸ Het subjectieve element bestrijkt de persoonlijke overtuigingen van de rechter, terwijl het objectieve aspect betrekking heeft op de vraag of er feiten of omstandigheden zijn die de schijn van partijdigheid van de rechter wekken. Van partijdigheid kan bijvoorbeeld worden gesproken indien uitzonderlijke omstandigheden worden vastgesteld die zwaarwegende aanwijzingen opleveren dat de rechter een vooringenomenheid koestert, althans dat de dienaangaande bestaande vrees objectief gerechtvaardigd is. Kern van ook de Nederlandse jurisprudentie is dat de rechter in beginsel vermoed wordt onpartijdig te zijn, tenzij het tegendeel kan worden aangetoond.¹³⁹

De relevantie van de onpartijdigheid van de rechter voor dit onderzoek is niet zomaar gegeven. Vergezichten voor een mogelijk spanningsveld met de eis van onpartijdigheid kunnen zijn gelegen in het proces van ontwikkeling van rechterlijke oriëntatiepunten: in geval gekozen wordt voor een ‘beleidsmatiger’ aanpak en samenspraak met belanghebbenden, betrokken organisaties en burgers ligt het voor de hand deze ontwikkeling ook te bespreken in het licht van de eis van onpartijdigheid. Daarmee is nog niets gezegd over de

138 EHRM 24 mei 1989, NJ 1990, 627 (Hauschildt): “The existence of impartiality (...) must be determined according to a subjective test, that is on the basis of the personal conviction of a particular judge in a given case, and also according to an objective test, that is ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect (...). As to the subjective test (...) the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary (...). Under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge’s personal conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. In this respect even appearances may be of a certain importance. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused. Accordingly, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw (...).”

139 HR 18 november 1997, NJ 1998, 244. Zie nader over dit thema o.m.: Veldt 1997; Kuijer 2004. Zie ook de ‘Leidraad onpartijdigheid van de rechter’, te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

onpartijdigheid van de rechter op het onderzoek ter terechtzitting. Hier speelt 'slechts' de vraag in hoeverre de rechtsprekende macht zich uit oogpunt van onpartijdigheid in de fase van ontwikkeling van instrumenten ter ondersteuning van de rechterlijke oordeelsvorming moet verhouden tot genoemde partijen. In voorkomende gevallen is het mogelijk dat deze eis botst met de voorzieningen die nodig zijn uit oogpunt van kwaliteit van rechtspraak.

3.2.2.2 De onafhankelijkheid van de rechter

In tegenstelling tot de onpartijdigheid van de rechter, waar het in het bijzonder gaat om de verhouding tussen rechter en justitiabele en/of procesdeelnemer, betreft de onafhankelijkheid van de rechter vooral de constitutionele en institutionele positie van de rechter. Het gaat dan om de positie van de rechterlijke macht als orgaan ten opzichte van de andere twee staatsmachten en de verhouding tussen rechters onderling. De onafhankelijkheid van de rechter vormt in zekere zin een noodzakelijke voorwaarde voor de onpartijdigheid van de rechter: 'Slechts een onafhankelijke rechter kan onpartijdig zijn en het vertrouwen van burgers verwerven', aldus Franken.¹⁴⁰

De onafhankelijkheid van de (straf)rechter vormt ten opzichte van de eis van onpartijdigheid een ietwat weerbarstiger thema, niet in de laatste plaats omdat er nogal wat discussie mogelijk is over de inhoud en reikwijdte van het begrip. Daarbij komt dat ook de perceptie ervan binnen de beroepsgroep zelf kan variëren. De relevantie van het onderwerp in het kader van dit hoofdstuk is in het bijzonder gelegen in de omstandigheid dat opvattingen over de betekenis van de onafhankelijkheid van de rechter doorwerken op visies op de structuur en het functioneren van de organisatie van de rechterlijke macht alsmede op het functioneren van de individuele rechter daarbinnen. In zijn Leidse diesrede stelde Franken vier typen van onafhankelijkheid aan de orde, te weten de constitutionele, functionele, rechtspositionele en praktische onafhankelijkheid.¹⁴¹ In andere literatuur over dit onderwerp wordt dit onderscheid ook wel ingeperkt in twee typen onafhankelijkheid: functionele en rechtspositionele onafhankelijkheid.¹⁴² Kort gezegd verwijzen deze begrippen naar het volgende:

Functionele onafhankelijkheid heeft betrekking op het functioneren van de rechterlijke macht ten opzichte van de overige staatsmachten. In deze opvatting is functionele onafhankelijkheid op te vatten als wat Franken de constitutionele onafhankelijkheid noemt: In de uitoefening van haar taken, waaronder ook te verstaan valt het uitoefenen van controle op de overheid, dient de rechterlijke macht gevrijwaard te blijven van bemoeienis van de wetgevende en uitvoerende macht. Functionele onafhankelijkheid wordt in de literatuur ook een andere dimensie toegeschreven, te weten de feitelijke onaf-

140 Franken 1997, p. 9.

141 Franken 1997, p. 10 e.v.

142 Verhey 2001, p. 20-24. Kuijer 2004, p. 207-210.

hankelijkheid die zich uit in de vrijheid van de rechter om diens beslissing uitsluitend te kunnen baseren op de wet en het eigen geweten van de rechter. In deze visie is de functionele onafhankelijkheid breder dan alleen betrekking hebbend op de afwezigheid van invloed van andere overheidsorganen op de rechterlijke oordeelsvorming en betreft het ook de afwezigheid van invloed of druk van externe bronnen of omstandigheden zoals de publieke opinie, de media of anderszins invloeden van buitenaf die niet afkomstig zijn van overheidsorganen.

De rechtspositionele onafhankelijkheid heeft betrekking op de waarborgen rondom het functioneren van de rechter als functionaris binnen de rechterlijke organisatie. Voor zover deze beoogt te waarborgen dat de rechter in vrijheid beslissingen kan nemen, staat zij in relatie tot de functionele onafhankelijkheid. Regels rondom de benoeming, bezoldiging, schorsing en ontslag van rechters geven vorm aan de rechtspositionele of personele onafhankelijkheid en zijn grotendeels neergelegd in de Grondwet en de Wvra. Ook zijn de rechtspositionele regelingen in de Wet RO van belang. Zo is de vraag aan de orde op welke wijze de uitoefening van de daarin neergelegde bevoegdheden van de leidinggevendenden binnen een gerecht van invloed zijn op (de inhoud van) het werk van de rechter. Dit vraagstuk vormt daarom in zekere zin een met de functionele onafhankelijkheid overlappend thema, omdat het gevolgen kan hebben voor de wijze waarop de rechter zonder aanwijzingen of pressie vooraf te werk kan gaan.

3.3 *Een verdeelde verantwoordelijkheid: consistente straftoemeting in de Trias Poenalis*

Het perspectief op het functioneren van de strafrechter in verband met het streven naar consistentie in de straftoemeting wordt vanuit het democratisch-rechtsstatelijke perspectief niet alleen bepaald door (percepties van) de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De min of meer gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de rechtsvorming binnen het kader van de democratische rechtsstaat duidt al op de omstandigheid dat het functioneren van de rechter, ook ten aanzien van de straftoemeting, mede wordt bepaald in relatie tot de overige bij de strafrechtspleging betrokken actoren. In dat verband sprak Bleichrodt al eerder van de trias poenalis, in zekere zin de concretisering van de dynamiek die het evenwicht van machten met zich brengt ten aanzien van de straftoemeting.¹⁴³ De realisering van de straf kan dan ook niet worden beschouwd als een monopolie van de strafrechter, maar is de resultante van wat Zimring omschreef als een omgeving van *multiple discretions*.¹⁴⁴ Daarmee opent zich een subtiel samenstel van onderlinge verhoudingen en interdependenties in taken en verantwoordelijkheden van de betrokken

143 Bleichrodt 2002, p. 98 e.v.

144 Zimring 1994, p. 165.

organen. Dat is goed zichtbaar waar het de verantwoordelijkheid voor (het bevorderen van) een consistente straftoemeting aangaat: zowel wetgever, openbaar ministerie als rechtsprekende macht hebben onderscheiden verantwoordelijkheden en taakopvattingen die concreet tot uitdrukking komen in het zogenaamde ongelijkheidsdiscours. Soms betreffen deze voorstellen een aanscherping van de motiveringsverplichting van de rechter, soms hebben deze betrekking op een steviger positiefrechtelijk kader voor de straftoemeting, waarbij de betekenis van het legaliteitsvereiste voor de straftoemeting aan de orde wordt gesteld. Ook zijn voorstellen gedaan om de betekenis van de strafeis (en het daaraan ten grondslag liggende strafvorderingsbeleid van het openbaar ministerie) te versterken. Ten aanzien van de rol van de rechter wordt deze discussie als gezegd veelal gevoerd rondom het (onderzoeks) thema rechterlijke samenwerking, de mogelijkheden en grenzen van onderling overleg en (het gebruik van) voorafgaande onderlinge afspraken voor de afhandeling van individuele rechtszaken, in het bijzonder de oriëntatiepunten straftoemeting. De ontwikkeling en het gebruik van de Databank Consistente Straftoemeting heeft weliswaar een plaats in deze discussie, maar is uit oogpunt van binding en rechterlijke onafhankelijkheid minder controversieel.

3.3.1 *Strafrechtelijk beleid: richtlijnen voor strafvoordering*

De Nederlandse strafrechtspleging kenmerkt zich, in de fase voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting, door een dominante positie van het OM en de officier van justitie. Dat komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in het vervolgingsmonopolie (art. 167 Sv). Op grond daarvan staat vast dat de officier van justitie bepaalt of een zaak aan het oordeel van de strafrechter wordt voorgelegd.¹⁴⁵ Daarmee wordt het externe domein van de strafrechter afgebakend. Op het onderzoek ter terechtzitting is de strafrechter gehouden te beslissen op grondslag van het tenlastegelegde feit, zo volgt uit het beslissingsmodel van art. 348/350 Sv. Zo bepaalt de officier van justitie ook binnen het strafgeding het onderwerp waarover beslist moet worden. Op deze twee manieren is de taakuitoefening van de officier van justitie van groot belang voor het functioneren van de strafrechter. Met betrekking tot de beslissing over de straf ligt de verhouding tussen officier van justitie en rechter iets genuanceerder.

Het openbaar ministerie is in de jaren zeventig van de vorige eeuw aangevangen met de ontwikkeling van richtlijnen voor de strafvoordering, richtlijnen die tevens de grondslag vormen van de strafeis van de officier van justitie ter terechtzitting.¹⁴⁶ De dissertatie van Franken over het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie is baanbrekend geweest, het gaf inzicht in de

145 De enige uitzondering hierop vormt de procedure ex art. 12 Sv e.v., op grond waarvan het gerechtshof het OM de opdracht kan geven tot het instellen van een vervolging.

146 Schurer en Van Loon 2000.

criteria die ten grondslag lagen aan beslissingen tot vervolging inzake gevallen van rijden onder invloed (het huidige art. 8 WVV 1994) en beoogde op die manier bij te dragen aan het herstel van vertrouwen in de strafrechtspleging: kennis van verschillen in straftoemeting wordt voorafgegaan door kennis van verschillen in vervolgingsbeleid.¹⁴⁷ De richtlijnen voor strafvordering richten zich naar hun aard 'slechts' tot de leden van het openbaar ministerie, die ingevolge art. 130 lid 4 RO gehouden zijn deze richtlijnen toe te passen. Het systeem van de wet gebiedt de officier van justitie in de vordering die wordt gedaan op het onderzoek ter terechtzitting een strafeis te formuleren. Op grond van de jurisprudentie omtrent de reikwijdte van art. 311 Sv moet worden vastgesteld dat de mede op het genoemde strafvorderingsbeleid gebaseerde strafeis de rechter slechts van advies kan dienen bij de vaststelling van een passende straf. (zie nader: § 4.4.7.1). Behoudens een motiveringsplicht ex art. 359 lid 2 Sv is de rechter juridisch niet gebonden aan de strafeis. Dat betekent in de kern dat het op consistentie in de praktijk van de strafrechtspleging gerichte strafvorderingsbeleid zijn rol voornamelijk waar kan maken voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting. De beslissing over de oplegging van de straf komt toe aan de rechter.

3.3.2 *Rechterlijke samenwerking, rechtsvorming en de organisatie van de rechtspraak*

3.3.2.1 Rechterlijke samenwerking en rechtsvorming

Rechterlijke samenwerking werd hierboven omschreven als een vorm van coördinatie van rechtspraak met het oog op het vergroten van de eenheid in de rechtspraak. Eerder hebben we laten zien dat ook in het burgerlijk (proces) recht en het bestuursrecht overlegstructuren of samenwerkingsverbanden zijn ontstaan die gemeen hebben dat zij erop gericht zijn (de totstandkoming van) uitspraken van verschillende rechters zoveel mogelijk met elkaar in overeenstemming te doen zijn of zo min mogelijk met elkaar te doen botsen.¹⁴⁸ Rechterlijke samenwerking onderscheidt zich van de gebruikelijke methoden om de eenheid in de toepassing en de uitleg van het recht te waarborgen doordat het daarbij gaat om overleg of afstemming tussen rechters dat zich *los van de beslissing in een concrete zaak* afspeelt. Als gevolg daarvan ontstaat de behoefte dit fenomeen te bespreken in termen van rechterlijk beleid, een voor het rechterswerk problematisch begrip, dat in dit kader evenwel een nadere invulling zou kunnen krijgen. Teuben spreekt in dat verband van diverse vormen van min of meer geïnstitutionaliseerd overleg tussen rech-

¹⁴⁷ Franken 1973, p. 354.

¹⁴⁸ Schoep & Teuben 2006. Eerder werd daarover al uitvoerig gepubliceerd in het themanummer van het NJB over rechterlijke samenwerking: *NJB* 1989, bijvoegsel nr. 45/46, p. 1609-1672.

ters, welk overleg erop is gericht de wijze waarop in toekomstige gevallen gehandeld of beslist zal worden, af te stemmen.¹⁴⁹ Hoewel door sommigen ook het overleg in raadkamer als een vorm van rechterlijke samenwerking wordt beschouwd, sluit deze definitie dergelijke vormen van onderling overleg tussen rechters uit.

Inmiddels moet worden geconstateerd dat, ondanks het feit dat de juridische status van het verschijnsel verre van helder is, rechterlijke samenwerking zowel op politiek niveau als in de Wet RO en op de rechterlijke werkvloer een belangrijke plaats heeft gekregen in het bevorderen van de uniformiteit in de rechtspraak.¹⁵⁰ Het structureel onderling rechterlijk overleg heeft een grote vlucht genomen en heeft bovendien een prominente plaats gekregen als instrument ten behoeve van de professionalisering van de rechterlijke organisatie. Dit laat onverlet dat het fenomeen nog steeds prangende vragen opwerpt en een gevoel van spanning oproept tussen de eisen van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid enerzijds en het streven naar rechtseenheid en rechtsgelijkheid anderzijds. Daarbij moet evenwel niet uit het oog worden verloren dat producten van rechterlijke samenwerking lijken te voorzien in een overduidelijk bestaande behoefte aan materieel recht ten behoeve van de beslissing over de straf. Daarmee is het fenomeen rechterlijke samenwerking van groot belang voor het kennen en ontwikkelen van een materieel straftoemetingsrecht. De meeste discussies aangaande de groter wordende zichtbaarheid van producten van rechterlijke samenwerking betreffen echter de daardoor ook relevante vraag naar de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de bij die rechterlijke samenwerkingsvormen betrokken gremia.

De opkomst van rechterlijke samenwerking ten behoeve van de rechterlijke oordeelsvorming kan vanuit rechtsstatelijk perspectief worden begrepen vanuit de realisering van de aan de rechtsstaat te ontlelen rechtsbeginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Gelijkheid en voorspelbaarheid zijn om die reden ook kernbegrippen van de rechterlijke oordeelsvorming.¹⁵¹ Vanuit het perspectief van de democratische rechtsstaat doet zich dan het interessante verschijnsel voor dat rechterlijke samenwerking enerzijds, voor zover het dient ter bevordering van de eenheid in de rechtspraak, in het teken staat van de realisering van de rechtsstaatgedachte, terwijl het anderzijds spanningen oproept met de uit diezelfde (democratische) rechtsstaat voortvloeiende verhouding tussen wetgever en rechter bij de rechtsvorming en met percepties van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter.¹⁵²

149 Teuben 2004, p. 3.

150 Zie bijvoorbeeld nog: Commissie Deetman 2006, p. 10.

151 In deze zin o.m. Martens 1997, p. 11; Scheltema in zijn annotaties bij HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118 en HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119.

152 Zie in dit verband bijvoorbeeld de bespreking van de oriëntatiepunten straftoemeting vanuit het perspectief van 'alternatieve regelgeving': De Wijkerslooth 2007.

De wijze waarop producten van rechterlijke samenwerking (zouden kunnen) bijdragen aan de rechterlijke oordeelsvorming en de rechterlijke rechtsvorming houdt evenwel verband met een wisseling in perspectief op de rechtsvorming door de rechter. Alleen bij aanvaarding van een het specifieke geschil overschrijdende betekenis van het rechterlijk oordeel, komt een open discussie over de mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking tot volle wasdom. Rechterlijke rechtsvorming móét, aldus Vranken in zijn *Algemeen Deel****, vaststellende dat wetgeving en rechtspraak ‘partners in de business of law’ zijn.¹⁵³ Deze visie sluit aan op het beeld van de verhouding tussen wetgever en rechter zoals dat hierboven onder § 3.2.1 is geschetst. Tegelijkertijd voegt de discussie over rechterlijke samenwerking daaraan twee elementen toe. In de eerste plaats wordt de noodzaak en het domein van rechterlijke rechtsvorming niet uitsluitend bepaald noch beperkt door de taak en de taakopvatting van de Hoge Raad. Juist voor producten van rechterlijke samenwerking geldt dat zij voorkomen op terreinen waarop de Hoge Raad zich (nog) niet wil of kan begeven. Aangenomen dat ook op die terreinen gelijkheid en voorspelbaarheid in de rechterlijke praktijk dienen te worden gerealiseerd, zal moeten worden gezocht naar alternatieven voor de gebruikelijke rechtseenheidsvoorziening of zelfs een (autonome?) wijze van normering. Binnen de organisatie van de rechtsprekende macht gaat het dan vooral om de invulling van de verantwoordelijkheid van de gerechtshoven ten opzichte van de rechtbanken, maar óók over de wijze waarop de rechterlijke oordeelsvorming ‘van onder af’ kan worden ondersteund.

In de tweede plaats voegt het thema rechterlijke samenwerking iets toe aan discussie over de rechterlijke rechtsvorming door de betekenis te benadrukken van *aan de beslissing voorafgaande* overleggen en daaruit voortvloeiende afspraken, richtlijnen, gedragsnormen, beleidslijnen of welke term men daarvoor zou willen gebruiken. Niet de rechtsvorming die plaatsvindt naar aanleiding van- en volgend op een beslissing in een concreet geschil (vgl. de discussie over de precedentenwerking in het Nederlandse recht¹⁵⁴) vormt het onderwerp van dit onderzoek, maar de wijze waarop en de voorwaarden waaronder daaraan voorafgaande producten, niet zijnde rechterlijke uitspraken, kunnen worden betrokken in het proces van rechtsvinding door de rechter.¹⁵⁵ In dat opzicht dient te worden gewezen op de omstandigheid dat de rechtsvinding door de strafrechter in belangrijke mate wordt gekleurd door- en gebonden is aan de vereisten van het legaliteitsbeginsel en is het de vraag in hoeverre de hierboven weergegeven relativering van de grondvorm van de verhouding wetgever – rechter consequenties heeft voor het hande-

153 Asser-Vranken 2005, nr. 9.

154 Asser-Scholten 1974, § 19. Voor een uitvoerige bespreking van de werking van precedenten in het Nederlands recht: Teuben 2004, p. 259-293.

155 Voor een analyse van de wijze waarop bepaalde producten van rechterlijke samenwerking, door Teuben omschreven als ‘rechtshandelingen’, door middel van precedentwerking een zekere mate van binding van rechters daaraan kan bewerkstelligen, zij verwezen naar: Teuben 2004, p. 295-337.

len van de strafrechter. In aanvulling hierop zien we, betrokken op de strafbeslissing, alternatieve vormen van normering daarvan ontstaan die vanuit rechtsvindingsperspectief wellicht te verwelkomen zijn, maar tegelijkertijd vele vragen oproepen met betrekking tot de totstandkoming, de toepassing en de wijze van verantwoording voor de toepassing ervan.¹⁵⁶ In het licht van een samenhangend en overkoepelend beeld van de wijze waarop verantwoording kan worden afgelegd voor de beslissing over de straf, speelt de institutionele inbedding van het fenomeen rechterlijke samenwerking een belangrijke rol.

3.3.2.2 Rechterlijke samenwerking en de relevantie van de organisatie van de rechtspraak voor dit onderzoek

De verhoudingen binnen de Trias Politica vormen geen statisch gegeven, maar zijn interdependent en mede om die reden dynamisch. Wetgeving, rechtspraak en bestuur hebben ieder een eigen verantwoordelijkheid voor de rechtsvorming die als grondvorm duidelijk is afgebakend, maar in haar uitwerking tot nuancering daarvan aanleiding geeft.¹⁵⁷ Die dynamische context is van belang voor het onderwerp van deze studie, nu die mede betrekking heeft op de taak van de strafrechter. Aanknopingspunten voor de bepaling van de inhoud daarvan kunnen mede worden ontleend aan de ontwikkelingen binnen de constitutionele en institutionele context van de rechtspraak. Het constitutionele aspect daarvan wordt bepaald door de verhoudingen binnen de Trias Politica en de wijze waarop de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de rechtsprekende macht wordt gewaarborgd. De wijze waarop de institutionele omgeving van het functioneren van de (straf)rechter is vormgegeven, speelt daarnaast een belangrijke rol voor dit onderzoek. Daarbij komt in het bijzonder betekenis toe aan de veranderingen in de rechterlijke organisatie die met ingang van 1 januari 2002 hun beslag hebben gekregen. De instelling op die datum van de Raad voor de Rechtspraak en de tegelijkertijd en in samenhang daarmee gewijzigde structuur van de organisatie van de gerechten vormden het sluitstuk van een belangwekkende moderniseringsoperatie van de ZM waarover al in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw werd gesproken.¹⁵⁸ In het kader van dit onderzoek is van belang de in beide wetten expliciet gemaakte verantwoordelijkheid van de organisatie van de rechtspraak voor de kwaliteit van- en uniformiteit in de rechtspraak. De institutionele inbedding daarvan is van belang voor een nadere analyse van de taak(uitoefening) van de strafrechter ten behoeve van een consistente straftoemeting. Die betekenis laat zich zien op twee manieren. Conform de

156 Zie in dit verband: Loth 2001, p. 117 en De Wijkerslooth 2007, p. 191-197.

157 Zie § 3.2.

158 E.e.a. is voorzien bij Wet van 6 december 2001 (Wet organisatie en bestuur gerechten), Stb. 582 en bij Wet van 6 december 2001 (Wet Raad voor de Rechtspraak), Stb. 583 (i.w.tr. op 1 januari 2002).

systematiek van de rechterlijke organisatie en de inbedding van voorzieningen ten behoeve van de uniformiteit in- en kwaliteit van de rechtspraak, zullen de mogelijkheden die de rechterlijke organisatie kent om invulling te geven aan de verantwoordelijkheid van de rechter voor het vergroten van de consistentie in de straftoemeting eerst een rol kunnen spelen indien op basis van de systematiek van de wet en de aard en inhoud van de wettelijke regeling van de straftoemeting dient te worden vastgesteld dat dergelijke voorzieningen (binnen de grenzen van rechtsstatelijkheid) dienen te worden benut. De organisatie van de rechtspraak zou derhalve in de eerste plaats volgend op- en voorwaarden scheppend zijn voor de realisering van de op de rechter rustende verantwoordelijkheid. Voor zover de reorganisatie van de rechtsprekende macht en de Wet RO van belang is en daartoe aanleiding geeft, kan zij evenwel ook als redengevend worden aangemerkt en beïnvloeden zij elkaar over en weer. Het is in dat verband interessant te moeten vaststellen dat er met betrekking tot juist die taak en verantwoordelijkheid de nodige onduidelijkheid blijkt te bestaan. Belangrijk startpunt voor de uitvoering van het traject tot reorganisatie van de rechterlijke macht, was het rapport van de Commissie Leemhuis. Rechtseenheid en rechterlijke samenwerking (in het bijzonder met betrekking tot de straftoemeting) werden in dat rapport als knelpunten in de rechterlijke organisatie aangeduid. Gepleit werd voor nadere organisatorische maatregelen ter bevordering van de rechtseenheid.¹⁵⁹ Hoewel de voorstellen van de Commissie Leemhuis op het gebied van de rechtseenheid nadrukkelijk de grenzen van rechterlijke onafhankelijkheid opzochten (en ogenschijnlijk vonden: gepleit werd voor het opstellen van richtlijnen voor de straftoemeting binnen een zekere hiërarchie die zou ontstaan met de oprichting van de Raad voor de rechtspraak¹⁶⁰), werd voor het eerst expliciet gemaakt dat een dergelijk probleem, dat samenhangt met de inhoud van het werk van de rechter, óók een probleem van de organisatie was. Sindsdien is het onderwerp rechtseenheid ook niet meer van de agenda's van de betrokken lichamen binnen de rechterlijke organisatie verdwenen.¹⁶¹

Hoewel er de laatste jaren diverse onderzoeken zijn verschenen over het functioneren van de rechterlijke organisatie, is het institutionele aspect dat verbonden is met rechterlijke samenwerking en de bevordering van de uniformiteit in de rechtstoepassing betrekkelijk weinig aan de orde gekomen. In 'Rechtspraak is kwaliteit', in 2006 uitgebracht door de Commissie Deetman,¹⁶² alsmede in de ten behoeve van dat rapport verrichte breedtestu-

159 Commissie-Leemhuis 1998, § 3.4.

160 Bij teruglezing zijn deze voorstellen misschien wel genuanceerder dan ze in eerste instantie werden gepercipieerd. Zie: Commissie-Leemhuis 1998, § 3.4 en 4.2.2.

161 Zie bijvoorbeeld: Contourennota Modernisering rechterlijke organisatie, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 352, nr. 2, p. 4; *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 181, nr. 3 (MvT), p. 2-3; *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 182, nr. 3 (MvT), p. 21-22; Raad voor de rechtspraak 2004, p. 21-22; Raad voor de rechtspraak 2007, p. 4-5.

162 Commissie Deetman 2006.

die van Miranda Boone c.s. naar de stand van zaken binnen de rechterlijke organisatie na de invoering van de Wet organisatie en bestuur gerechten en de Wet Raad voor de rechtspraak¹⁶³ wordt dan ook op verschillende manieren uiting gegeven aan een zekere bezorgdheid met betrekking tot de ontwikkeling van niet in de Wet op de rechterlijke organisatie genoemde gremia als het LOVS, het overlegorgaan van voorzitters van de strafsectoren van de rechtbanken en de gerechtshoven.¹⁶⁴ De institutionele inbedding van initiatieven met het oog op het vergroten van de eenheid in de rechtspraak laat met andere woorden te wensen over.¹⁶⁵ Boone c.s. stellen vast dat in het wetgevingstraject richting de vernieuwde organisatie van de rechtspraak te weinig aandacht is geweest voor de waarborging van kwaliteitszorg met betrekking tot de inhoudelijk-juridische kwaliteit van de rechtspraak.¹⁶⁶ De nadruk op de verbetering van de bedrijfsvoering in de gerechten en de efficiency in de rechtspraak lijkt er, hoe noodzakelijk ook, toe te hebben geleid dat de organisatie van inhoudelijk-juridische kwaliteit op dit punt is achtergebleven bij die van de organisatie van de bedrijfsvoering en tot onduidelijkheid heeft geleid omtrent de verantwoordelijkheden en taken van de betrokken gremia. Daarmee komt als vanzelf ook het spanningsveld tussen rechtspraak en bedrijfsvoering en het onderwerp van de rechterlijke onafhankelijkheid om de hoek kijken. Het is deze context die niet kan worden vermeden in een discussie over de aanvaardbaarheid en legitimiteit van vormen en producten van rechterlijke samenwerking met het oog op een consistente straftoemeting. De legitimiteit van dergelijke instrumenten ter bevordering van de rechtseenheid staat daarmee immers in rechtstreeks verband. Om die reden is ook de institutionele context van de rechtspraak van belang voor de uitkomst van dit onderzoek.

Tegelijkertijd bergt die benadering het gevaar in zich dat het zicht op de doelstelling, te weten het streven naar (meer) consistentie in de straftoemeting, kan doen vertroebelen. Het is moeilijk zich aan de indruk te onttrekken dat de discussie over de doorwerking van producten van rechterlijke samenwerking in de rechtspraak zich in een impasse bevindt. Slechts met betrekking tot een zeer gering aspect van het rechterlijk functioneren wordt aanvaard dat rechterlijke samenwerking kan leiden tot 'recht' in de zin van art. 79 RO, het richtpunt voor het bereik van de cassatierechtspraak en het toepassingsdomein van de feitenrechters, terwijl ook anderszins geen binding aan producten van rechterlijke samenwerking wordt aanvaard.¹⁶⁷ In dat geval doet zich nog steeds de vraag voor in hoeverre producten van rechterlijke samenwerking ook zonder de kwaliteit van recht in de zin van

163 Boone e.a. 2006.

164 Commissie Deetman 2006, p. 26-27. Zie ook een andere voorstudie ten behoeve van dat rapport: Franssen, Mein & Verberk 2006, p. 6, 28, 36.

165 Dit werd ook geconcludeerd in: Schoep & Schuyt 2005, § 5.2.

166 Boone e.a. 2006, p. 165.

167 Hoewel daartoe wel onderzoek is verricht en concrete voorstellen zijn gedaan, zie bijvoorbeeld: Terlouw 2003; Teuben 2004.

art. 79 RO kunnen bijdragen aan de legitimiteit van de beslissing: rechterlijke samenwerking is immers ook hier een middel, niet een zelfstandige doelstelling. Daarbij komt dat het fenomeen zich ook zonder die kwaliteit blijft doorzetten: organisatie en rechtspraktijk laten zich door dit 'gebrek' in ieder geval niet er van weerhouden bij te blijven dragen aan de ontwikkeling en toepassing van producten van rechterlijke samenwerking.¹⁶⁸ Dat roept niet alleen de vraag op de verhouding tussen deze producten en de rechterlijke oordeelsvorming, alsook naar de wijze van verantwoording die plaatsvindt voor de ontwikkeling en toepassing er van. In dat verband moet betekenis worden toegekend aan de wijze waarop rechterlijke samenwerking als verschijnsel is ingebed in de rechterlijke organisatie. De kwaliteit daarvan maakt deel uit van de elementen die van invloed zijn op de legitimiteit van de rechterlijke beslissing, zo werd eerder vastgesteld. Langbroek geeft uitvoerig inzicht in de wijze waarop en hoe e.e.a. zich verhoudt tot (opvattingen over) organisatie en kwaliteit(szorg).¹⁶⁹

3.3.3 *De inbedding van rechterlijk beleid in de organisatie van de rechtspraak, in het bijzonder met betrekking tot de straftoemeting*¹⁷⁰

3.3.3.1 De organisatie van de rechtspraak

Met ingang van 1 januari 2002 heeft de rechterlijke organisatie waar het de zittende magistratuur (ZM) betreft een grondige gedaanteverwisseling ondergaan. Deze reorganisatie stond niet op zichzelf, maar moet in verband wor-

¹⁶⁸ Zie: Schoep & Teuben 2006; Boone e.a. 2006; Commissie Deetman 2006.

¹⁶⁹ Zie: Langbroek 2006, § 5.5.3 en 5.6.

¹⁷⁰ Deze paragraaf is gebaseerd op: Schoep & Schuyt 2005, hoofdstuk 2. De betekenis van het begrip beleid wordt op deze plaats niet nader uitgewerkt, maar het is te zeggen dat toepassing van het begrip beleid in het licht van de praktijk van de rechtspraak in zekere zin problematisch is. Beleid wordt wel gedefinieerd als 'de voornemens, keuzes en acties van een of meer bestuurlijke instanties gericht op de sturing van een bepaalde maatschappelijke ontwikkeling' (Bovens e.a. 2001, p. 82). Volgens een gangbaar onderscheid veronderstelt (overheids)beleid sturing: 'Om bepaalde doelstellingen te kunnen bereiken (beleid), zal men maatschappelijke processen in een bepaalde richting moeten beïnvloeden (sturing), hetgeen op zich reeds het vermogen tot het beperken en verruimen van gedragsalternatieven (macht) impliceert.' (Witteveen, Bovens & Derksen 1987, p. 4). Naast deze neutraal-instrumentele betekenis, die de activiteiten beschrijft die een overheid gebruikt ter realisering van de door haar gewenste sturing richting een bepaalde maatschappelijke ontwikkeling, kent beleid ook een meer methodische, op de oordeelsvorming gerichte connotatie, terugvallend op de aristotelische en thomistische wijsbegeerte. Het kernbegrip dat daarbij past is prudentie: dit is te herleiden tot het door met name Aristoteles in zijn *Ethica Nicomachea* uitgewerkte begrip *phronésis*, het praktisch inzicht, en het daarmee samenhangende, later door Thomas van Aquino uitgewerkte begrip *prudentia*. De eigenschap, zo kan het worden omschreven, praktisch inzicht is in de woorden van de Aristoteles noodzakelijk om 'in combinatie met een waar redelijk beginsel te handelen op het gebied van wat voor een mens goed en slecht is (Aristoteles 2005, VI.5.4-7). Zie in deze zin bijvoorbeeld: Hirsch Ballin 1979, p. 57.

den gezien met de reorganisatie van het openbaar ministerie welke in 1999 zijn beslag heeft gekregen.¹⁷¹ De instelling van de Raad voor de rechtspraak en de tegelijkertijd en in samenhang daarmee gewijzigde structuur van de gerechten vormden het sluitstuk van een belangwekkende moderniseringsoperatie van de ZM waarover al in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw werd gesproken. De in 2002 afgeronde reorganisatie van de rechtsprekende macht was gericht op een versterking van de onafhankelijke positie van de rechtsprekende macht ten opzichte van de overige staatsmachten, de verbetering van de communicatie van de rechtsprekende macht met de bij de rechtspraak betrokken partijen en de verbetering van de eenheid in optreden van de rechterlijke organisatie en van het daaraan ten grondslag liggende organisatorisch vermogen.¹⁷² Inmiddels heeft de Raad voor de rechtspraak een aantal elementen daaraan toegevoegd, zo blijkt bijvoorbeeld uit de agenda van de Raad voor de periode 2005-2008. Vanuit haar missie te zorgen voor een tijdige beslechting van geschillen en berechting van strafbare feiten door onafhankelijke rechters, en een bijdrage te leveren aan de instandhouding van de rechtsstaat en aan het vertrouwen van de burger in het recht, komt de Rechtspraak, zoals zij zichzelf noemt¹⁷³, tot de volgende doelstellingen: het waarborgen van de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en integriteit van de Rechtspraak, een differentiatie van de zaakbehandeling met normering doorlooptijden; het bevorderen van de rechtseenheid; het doorvoeren van specialisatie door concentratie en het vergroten van de transparantie.

De veranderingen in de structuur van de rechterlijke organisatie weerspiegelen voor een groot deel de gewijzigde opvattingen over de taak van de rechter en de voorwaarden voor een goed functionerende rechtsprekende macht binnen het constitutionele staatsbestel. De verschoven positie van de rechter en de rechtsprekende macht binnen de kaders van onze democratische rechtsstaat vindt zijn plaats in de huidige gereorganiseerde rechterlijke organisatie, die op haar beurt als een nog *unvollendete* moet worden beschouwd. De geschiedenis van de reorganisatie van de rechterlijke macht is ook wel de geschiedenis van een organisatie tegen wil en dank. Als gevolg van de maatschappelijke wens tot meer snelheid in procedures, meer en betere communicatie met de rechtzoekende en meer uniformiteit in de rechtspraak wordt zij gedwongen haar organisatie daaraan aan te passen. Veranderingen in de manier van werken van rechters zijn het gevolg, veranderingen binnen de organisatiestructuren van de gerechten, alsmede verschuivende accenten in de uitoefening van de rechtsprekende functie.

171 Bij Wet van 19 april 1999 (Wet reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket), Stb. 194. *Kamerstukken II* 1996/97-1997/98, 25 392, nr. 1-29; *Kamerstukken I* 1997/98-1998/99, 25 392, nr. 330-46e. Zie daaromtrent: 't Hart 2001b, p. 3-101.

172 Contourennota modernisering rechterlijke organisatie, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 352, nr. 2, p. 2-5.

173 Met de term Rechtspraak wordt volgens de Raad voor de rechtspraak bedoeld het geheel van de rechterlijke organisatie, d.w.z. zowel de Raad als de gerechten (incl. de niet-rechtsprekende gerechtsambtenaren). Zie Raad voor de rechtspraak 2004, p. 5.

De Raad voor de rechtspraak

De Raad voor de rechtspraak (hieronder ook: de Raad) is een orgaan van de rechterlijke organisatie dat niet met rechtspraak is belast. De Raad is verantwoordelijk voor de vaststelling van de begroting van de organisatie van de rechtsprekende macht, de toekenning van budgetten ten laste van de rijksbegroting aan de gerechten, de ondersteuning van de bedrijfsvoering bij de gerechten, het toezicht op de uitvoering van de begroting door de gerechten, het toezicht op de bedrijfsvoering bij de gerechten en landelijke activiteiten op het gebied van werving, selectie, aanstelling, benoeming en opleiding van het personeel bij de gerechten.¹⁷⁴ Het gaat daarbij in het bijzonder om automatisering en bestuurlijke informatievoorziening, huisvesting en beveiliging, de kwaliteit van de bestuurlijke en organisatorische werkwijze van de gerechten, personeelsaangelegenheden en overige materiële voorzieningen.¹⁷⁵ In het kader van dit onderzoek is vooral van belang dat de Raad voor de rechtspraak ook tot taak heeft ondersteuning te bieden aan activiteiten van de gerechten die gericht zijn op uniforme rechtstoepassing en bevordering van de juridische kwaliteit.¹⁷⁶ Tenslotte heeft de Raad de taak regering en Staten-Generaal te adviseren omtrent algemeen verbindende voorschriften en te voeren beleid van het Rijk op het terrein van de rechtspleging.¹⁷⁷

Ter uitvoering van haar taken op het gebied van de organisatie en het beheer van de gerechten beschikt de Raad over een formele aanwijzingsbevoegdheid.¹⁷⁸ Deze kan worden benut in gevallen waarin dit noodzakelijk is met het oog op een goede bedrijfsvoering binnen de gerechten en kan ingevolge de memorie van toelichting betrekking hebben op de verplichting voor de gerechten om de kwaliteit van de bestuurlijke en organisatorische werkwijze volgens een bepaalde methode te laten doorlichten en de resultaten daarvan op een eenvormige en toetsbare wijze te rapporteren. Ook kan de Raad aanwijzingen geven die gericht zijn op andere aspecten van de bedrijfsvoering, bijvoorbeeld het personeelsbeleid of de toepassing van informatietechnologie.¹⁷⁹ Daarnaast beschikt de Raad over een aantal minder vergaande instrumenten waarmee de organisatie en het beheer van de gerechten kan worden beïnvloed. De wetgever achtte het niet passend de Raad de bevoegdheid te geven tot het opstellen van richtlijnen of beleidsregels die betrekking hadden op het inhoudelijk beleid van de rechter. In de wet is deze (tot de grondwettelijke verhoudingen terug te voeren) terughoudendheid ten aanzien van dit rechterlijk beleid neergelegd in artikel 96 RO. Daarin wordt bepaald dat bij de uitvoering van de taken, in het bijzonder genoemd in de artikelen 94 en 95 RO,

174 Art. 91 lid 1 RO.

175 Art. 91 lid 2 RO.

176 Art. 94 RO. De begrippen juridische kwaliteit van rechtspraak en uniforme rechtstoepassing lijken ingevolge de wetsgeschiedenis in gelijke zin te kunnen worden gebruikt als rechterlijk beleid.

177 Art. 95 RO.

178 Art. 92 RO.

179 Art. 92 RO; *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 182, nr. 3 (MvT), p. 62-63.

de Raad niet treedt in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een concrete zaak. De aanwijzingsbevoegdheid van de Raad ten opzichte van de gerechten heeft dan ook alleen betrekking op de bedrijfsvoering van de gerechten. De rol van de Raad bij de bevordering van de uniforme rechtstoepassing en de juridische kwaliteit van rechtspraak, is ingevolge de wettelijke inbedding eerder te omschrijven als coördinerend en stimulerend.¹⁸⁰

De organisatie van de gerechten

De reorganisatie van de rechtsprekende macht had niet alleen de instelling van de Raad voor de rechtspraak tot gevolg, maar leidde tevens tot een ingrijpende verandering in de organisatiestructuur van de gerechten. Naast het feit dat de kantongerechten bestuurlijk werden ondergebracht bij de rechtbanken, voorzag de reorganisatie in de invoering van een nieuw bestuursmodel voor de gerechten. In de praktijk voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wet organisatie en bestuur gerechten, bestond er geen wettelijke basis voor een gerechtsbestuur. De bedrijfsvoering van een gerecht stond, zoals hierboven al kort werd aangehaald, onder verantwoordelijkheid van een gemandateerd ambtenaar van het ministerie van justitie, de directeur beheer gerechten. In de praktijk bestond er aldus een scheiding in verantwoordelijkheid voor rechterlijk beleid enerzijds, die lag bij de rechters, en bedrijfsvoering anderzijds, die was toebedeeld aan de directeur beheer gerechten. Deze scheiding werd in een aantal rapporten als onwenselijk omschreven, omdat daarmee het goed functioneren van een gerecht werd beperkt. Zo was de directeur beheer gerechten wel verantwoordelijk voor het beheer en het ondersteunend personeel, maar had deze geen zeggenschap over de gang van zaken binnen een gerecht. Er bleek onduidelijkheid te zijn ontstaan over de taakverdeling tussen de president en de collegevergadering enerzijds en de directeur beheer gerechten anderzijds, mede als gevolg van de steeds verdergaande vervlechting tussen het werk van ondersteunend en rechterlijk personeel. Uiteindelijk moest worden vastgesteld dat de bestaande structuur van de gerechten het 'bestuurlijk vermogen van de gerechten' beperkte.¹⁸¹ Aan die situatie maakte de Wet organisatie en bestuur gerechten een eind door de verantwoordelijkheid voor het algehele functioneren van de gerechten in handen te leggen van een gerechtsbestuur. Daarin hebben zitting de voorzitter, de voorzitters van de tegelijkertijd ingestelde sectoren van de gerechten en een niet-rechterlijk lid die als directeur bedrijfsvoering belast is met de bedrijfsvoering binnen een gerecht.¹⁸² Het gerechtsbestuur is ingevolge art. 23 RO belast met de algemene leiding, de organisatie en de bedrijfsvoering van het gerecht.

180 *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 182, nr. 3 (MvT), p. 17.

181 *Kamerstukken II 1999/00*, 27 181, nr. 3, p. 2 (MvT).

182 Art. 15, 20 RO. Binnen een gerecht kunnen maximaal vier sectoren worden ingesteld. Een rechtbank kan derhalve maximaal uit vijf sectoren bestaan: de sector kanton wordt van rechtswege ingesteld, zie art. 47 RO.

Kenmerkend aan het gekozen bestuursmodel, integraal management, is in vergelijking met de voorafgaande situatie dat een gerecht de volledige verantwoordelijkheid draagt voor haar eigen functioneren.¹⁸³ De omschrijving van de verantwoordelijkheidsgebieden van het gerechtsbestuur is in terminologie vergelijkbaar met de taakomschrijving van de Raad. Het gaat daarbij zowel om de bedrijfsvoering (bijvoorbeeld automatisering en bestuurlijke informatievoorziening, de voorbereiding, vaststelling en uitvoering van de begroting, huisvesting, beveiliging en personeelsaangelegenheden) als om de bevordering van de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing binnen een gerecht.¹⁸⁴ Ter uitvoering van haar op de bedrijfsvoering gerichte taak kan het gerechtsbestuur alle bij het gerecht werkzame gerechtsambtenaren algemene en bijzondere aanwijzingen geven.¹⁸⁵ Waar het de bevordering van de juridische kwaliteit van rechtspraak en de uniformiteit in de rechtstoepassing betreft, stelt de wet dat het gerechtsbestuur 'daartoe overleg (voert) met een sectorvergadering of een gerechtsvergadering'.¹⁸⁶ Bovendien geldt hier de restrictie dat het gerechtsbestuur bij de uitvoering van deze taak niet treedt in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een concrete zaak.¹⁸⁷

De gerechtsvergadering wordt gevormd door alle bij het gerecht werkzame rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast (met uitzondering van de plaatsvervangers), de gerechtsauditeurs, die tevens raadsheer-plaatsvervanger of rechter-plaatsvervanger zijn, en de rechterlijke ambtenaren in opleiding.¹⁸⁸ Haar taak richt zich vooral op de advisering en opiniëring inzake sectoroverstijgend rechterlijk beleid. Zij heeft daartoe de bevoegdheid het gerechtsbestuur gevraagd en ongevraagd van advies te voorzien op dit terrein.¹⁸⁹ Uit de wetsgeschiedenis blijkt overigens dat van verschillende kanten werd gepleit voor een 'sterkere' gerechtsvergadering. Zo werden het recht van aanbeveling bij rechterlijke benoemingen en het recht van advisering ten aanzien van de bedrijfsvoering bepleit. Ook werd van bepaalde kanten bepleit dat de gerechtsvergadering of de sectorvergadering de bevoegdheid moest hebben tot vaststelling van rechterlijk beleid. Geen van de opties werd evenwel aanvaard, omdat daarmee te veel zou worden ingegrepen in de bevoegdheden van het gerechtsbestuur.¹⁹⁰

De sectoren vormen de organisatorische eenheden waaruit een gerecht is opgebouwd. Een sector bestaat uit zowel rechtsprekend als niet-rechtsprekend

183 Art. 17 RO stelt dat beslissingen door het gerechtsbestuur genomen worden bij meerderheid van stemmen.

184 Art. 23 lid 1 en 3 RO.

185 Art. 24 lid 1 RO.

186 Art. 23 lid 3 RO.

187 Art. 23 lid 3 RO.

188 Art. 22 lid 1 RO.

189 Art. 28 jo art. 23 lid 3 RO.

190 *Kamerstukken II 1999/2000, 27 181, nr. 3 (MvT), p. 20-21.*

personeel. De rechterlijke ambtenaren vormen, met uitzondering van de plaatsvervangers, samen met de binnen de sector in opleiding zijnde rechterlijke ambtenaren in opleiding en de binnen de sector werkzame gerechtsambtenaren de sectorvergadering.¹⁹¹ De sectorvoorzitter is ingevolge art. 21 RO belast met de dagelijkse leiding van de sector. Voor aangelegenheden die het functioneren van de sector betreffen, beschikken de sectorvoorzitters over zelfstandige en van het gerechtsbestuur afgeleide bevoegdheden. Het gaat dan om bevoegdheden met betrekking tot het voeren van functioneringsgesprekken, budgetbeheer, bestuurlijke informatievoorziening, organisatorische werkwijzen, huisvesting en beveiliging. De sector is ten aanzien van het vormgeven van een beleid over de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing de eerst aangewezen. Het volgende citaat uit de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel organisatie en bestuur gerechten kan dit illustreren: '(...) de sectoren vormen de operationele basiseenheden van het gerecht waar (...) de beleidsvorming ten aanzien van het primaire werkproces in eerste instantie plaatsvinden.'¹⁹² Over de positie van de sectorvoorzitter in dit kader bevat de memorie (en ook de verdere behandeling van het wetsvoorstel) weinig informatie. De gerechtsbesturen staan dus bij de ontwikkeling van deze vorm van rechterlijk beleid op enige afstand: zij kunnen zoals gezegd met de sectoren in overleg treden.

Het primaat van de vorming van rechterlijk beleid met het oog op bevordering van de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing ligt, gezien de wetsgeschiedenis, bij de sectoren van de gerechten. De vraag is op welke wijze aan deze taak invulling wordt gegeven en hoe in dat kader de verhouding tussen de sectorvoorzitter en de sectorvergadering is vormgegeven. Veel van de taken en bevoegdheden die bij de sectorvoorzitters en de sectoren zijn neergelegd, en in bredere zin de wijze waarop de gerechten functioneren, hebben hun concretisering gevonden in de bestuursreglementen van de desbetreffende gerechten. De bestuursreglementen vervullen in de nu bestaande rechterlijke organisatie een belangrijke functie: zij geven een nadere invulling aan de Wet op de rechterlijke organisatie.¹⁹³

3.3.3.2 Landelijke overlegorganen binnen de rechtsprekende macht

Binnen de rechterlijke organisatie zijn op diverse niveaus en ten aanzien van diverse thema's overlegorganen actief. De basis van deze overlegorganen is binnen de huidige organisatiestructuur veelal te herleiden tot de gerechtsbesturen. Zowel de presidenten als de directeuren bedrijfsvoering en de sectorvoorzitters kennen ieder hun eigen landelijk overlegorgaan, waarbij wel moet worden aangetekend dat landelijk overleg van bestuurders of coördi-

191 Art. 20 RO.

192 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 181, nr. 3, p. 16 en ook p. 20.

193 Zie hieromtrent nader: Schoep & Schuyt 2005, p. 11-13.

natoren binnen de gerechten al lang voor de instelling van de Raad voor de Rechtspraak bekend was.¹⁹⁴ Ook op een meer gespecialiseerd niveau wordt overleg gevoerd door rechters. Buiten het strafrecht kunnen in dat kader worden genoemd het landelijk overleg van persrechters, de rechters-commissarissen in faillissementen (ReCoFa) en de kring van kantonrechters. Binnen het strafrecht vindt dat thans plaats binnen de commissie Rechtseenheid en het landelijk overleg van rechters-commissarissen in strafzaken. Dat onderling overleg en (informele) kennisontwikkeling verband houden met het thema van specialisatie van rechters en gerechten bewijst ook het Kenniscentrum Milieu en Openbare Gezondheid van het gerechtshof 's-Hertogenbosch.¹⁹⁵

3.3.3.3 Taak en functie van het LOVS

Deelnemers aan het LOVS zijn de voorzitters van de strafsectoren bij de gerechten (hoven én rechtbanken). In die hoedanigheid zijn zij derhalve allen lid van het bestuur van het gerecht waar zij werkzaam zijn. Dat maakt hen binnen de grenzen van de besluitvormingsprocedure binnen de gerechten beslissingsbevoegd ten aanzien van de organisatie en het beheer van hun gerecht. Vanuit de hen toekomende bevoegdheid (en verantwoordelijkheid) voor de sector hebben de sectorvoorzitters strafrecht er voor gekozen binnen het LOVS op bepaalde terreinen gezamenlijk op te trekken en doen dat inmiddels op zeer regelmatige basis. Bijeenkomsten vinden zo ongeveer ieder kwartaal plaats.

De secretariële en organisatorische ondersteuning van het LOVS is thans gesitueerd op de Raad voor de rechtspraak.¹⁹⁶ Het LOVS kent een eigen bestuur, dat op verschillende terreinen met goedkeuring van de vergadering gemandateerd is besluiten te nemen, bijvoorbeeld over de samenstelling van commissies zoals de commissie Rechtseenheid. Besluiten over de vaststelling van oriëntatiepunten, de opheffing van de commissie Straftoemeting en de samenstelling van de Redactieraad Databank Straftoemeting zijn plenair genomen. Het bestuur is tevens gemandateerd de commissie Rechtseenheid zelfstandig te verzoeken voorstellen te doen ten aanzien van door haar geselecteerde thema's.

Het LOVS fungeert primair als overlegorgaan van de voorzitters van de strafsectoren over sectorgebonden en vakinhoudelijke aangelegenheden. De uitwisseling van informatie die binnen dit gremium plaatsvindt, maakt dat het LOVS zowel een belangrijke signaleringsfunctie vervult als een forum biedt waarbinnen kan worden nagedacht over structurele aangelegenheden die betrekking hebben op het functioneren van de strafsectoren. Een terug-

194 Zo stelt Van Delden dat begin jaren '50 voor het eerst een vergadering van de presidenten van de rechtbanken werd gehouden en dat dit gezelschap sinds die tijd regelmatig (ongeveer twee-maandelijks) bijeenkomt. Zie: Van Delden 1989.

195 Zie in dit verband: Kempen, Kroes & De Lange 2006.

196 Vóór de oprichting van de Raad was de ondersteuning ondergebracht bij het Algemeen Secretariaat voor de Zittende Magistratuur op het Paleis van Justitie in Den Haag.

kerend thema bij de besprekingen van de afgelopen jaren is, zo blijkt uit de verslagen van de bijeenkomsten van het LOVS, het ontwikkelen en uitvoeren van het sectorprogramma strafrecht. Veel aandacht gaat in dat kader uit naar de verbetering en uniformering van de werkprocessen, naar een betere afstemming binnen 'de keten' (met name gericht op de afstemming met het openbaar ministerie) en de invoering van GPS (Geïntegreerd Processysteem Strafrecht, een systeem dat voorziet in de invoering van o.m. elektronische dossiers). Onderwerpen die de laatste jaren de revue zijn gepasseerd, waren bijvoorbeeld werklasmetingen (bijvoorbeeld in het kader van 'megazaken'), capaciteitsproblemen binnen de sectoren en onderzoek en registratie van aanhoudingen in strafzaken en de vergoedingen van reiskosten voor de raadsman. Ook werden onderwerpen (al dan niet naar aanleiding van interne notities) besproken die betrekking hadden op de meer rechterlijke arbeid, zoals de aanvraag van rapportages over de persoon van de verdachte, bevordering van eenheid in de uitvoering van de Wet Terwee en een wijziging van de tabel vervangende hechtenis bij geldboete en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Regelmatig laat men zich ook voorlichten over wijzigingen binnen de strafrechtspleging (bijvoorbeeld aan de hand van een presentatie over de ontwikkelingen en bezuinigingen bij de reclassering). Ook vormt de opleiding van RAIO's, RIO's en de ondersteunende staf een onderwerp waarover binnen het LOVS overleg en afstemming plaatsvindt.

Naast een forum voor informatie-uitwisseling en (strategische) gedachtevorming vervult het LOVS tevens een adviserings- en voorlichtingsfunctie ten behoeve van de Raad. Op veel van de hierboven genoemde en andere onderwerpen die binnen het LOVS aan de orde komen, fungeert het LOVS als gesprekspartner van de Raad. Dat is, gezien de thema's die in het algemeen aan de orde zijn, niet verwonderlijk. De Raad heeft immers als taak ondersteuning te bieden aan activiteiten die tot verbetering van de organisatie van de rechtspraak kunnen leiden en binnen het LOVS vinden nu juist veel activiteiten plaats die daarop zijn gericht. De eerste aanzet tot het contact dat tussen het LOVS en de Raad bestaat, is gegeven door de Raad. Kort na haar oprichting gaf de Raad in een gezamenlijk overleg met het LOVS te kennen veel belang te hechten aan een goed contact tussen de twee. Gezien de organisatie van de gerechten en de status van de Raad achtte de Raad het van belang een aanspreekpunt te hebben dat ten aanzien van het rechterlijk domein meer zeggingskracht had dan zij zelf. Bovendien is het voor het functioneren van de Raad binnen het maatschappelijk krachtenveld van groot belang dat men aansluiting heeft met de gerechten. Naast de presidentenvergadering, dat op de meer overkoepelende vraagstukken wordt aangesproken, zijn de overleggen van de sectorvoorzitters belangrijke aanspreekpunten en overlegpartners, hoewel enige overlap in de aan de orde te stellen thema's niet valt uit te sluiten. Een vertegenwoordiger van de Raad onderhoudt een nauw contact met het bestuur van het LOVS en woont periodiek (delen van) vergaderingen van het LOVS bij. Deze structuur is er dan ook niet alleen op gericht te komen tot afstemming tussen de gerechten onderling, maar inmiddels ook tot een goede afstemming en uitwisseling van informatie tussen de gerechten en de Raad.

Het proces van informatie-uitwisseling en gedachtevorming wil ook nog wel eens andersom lopen. Dan is de Raad initiator of brengt agendapunten aan in het overleg van de sectorvoorzitters of de presidentenvergadering. Zo werd het LOVS gevraagd een oordeel te geven over het conceptadvies van de Raad over het wetsvoorstel videoconferentie, dat door de Raad bij de presidentenvergadering was neergelegd. De Raad fungeert in gevallen van verzoeken tot wetgevingsadvisering primair als doorgeefluik naar ofwel de presidentenvergadering ofwel direct naar het landelijk overleg van de sectorvoorzitters. Daarmee wordt gehoor gegeven aan de wettelijk neergelegde opdracht in art. 95 RO: ten aanzien van het formuleren van adviezen door de Raad geldt dat deze niet worden vastgesteld dan na overleg met de gerechten, in deze vertegenwoordigd door de respectievelijke overlegorganen.

3.3.3.4 Beslissingsbevoegdheid van het LOVS ten opzichte van de gerechten en de sectoren

Een blik op de activiteiten van het LOVS wijst uit dat zij zich op het gebied van informatievoorziening en informatie-uitwisseling, afstemming en besluitvorming tot een belangrijke speler heeft ontwikkeld. Daarnaast blijkt het LOVS voor de Raad een aantrekkelijke gesprekspartner te zijn en fungeert het LOVS als orgaan waar de Raad adviesaanvragen kan neerleggen.

Geregeld vindt besluitvorming plaats binnen het LOVS, besluitvorming niet alleen op het terrein van de bedrijfsvoering en organisatie van de sector, maar ook besluitvorming die leidt tot de toepassing van regels over bijvoorbeeld de oplegging van taakstraffen, over de normbedragen die gelden voor de schadevergoeding wegens ten onrechte in verzekering of voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd, over de vergoeding van reis- en verblijfskosten aan de verdachte ex. art. 591a Sv en over de vaststelling van een tabel voor vervangende hechtenis bij veroordeling tot een geldboete en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Eén van de meest in het oog springende besluiten die door het LOVS is genomen, en die ook in het kader van dit onderzoek het meest relevant zijn, betreft uiteraard de vaststelling van de oriëntatiepunten voor de straftoemeting. De vraag is in deze welke status kan worden toegekend aan de besluiten die binnen het LOVS worden genomen. Besluiten van het LOVS binden de gerechten noch de sectoren of rechters formeel. De Wet op de Rechterlijke Organisatie voorziet immers niet in een formele positie van de landelijke sectorvergaderingen, maar plaatst juist de gerechtsbesturen in het hart van de organisatie.¹⁹⁷ Met betrekking tot de ontwikkeling van rechterlijk beleid ten behoeve van de bevordering van de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing, geldt bovendien dat

¹⁹⁷ Ingevolge art. 23 RO is het bestuur verantwoordelijk voor de algemene leiding, de organisatie en de bedrijfsvoering van het gerecht. Art. 15 RO bepaalt dat de sectorvoorzitters deel uitmaken van het bestuur van het gerecht. Besluitvorming binnen het bestuur vindt plaats op basis van meerderheid van stemmen (art. 17 RO).

dit tot het terrein van de sectoren behoort. En de bevoegdheden van (ook) de sectorvoorzitters vinden juist hun begrenzing in de concrete (behandeling van) rechtszaken. Op basis van deze structuur moet men vaststellen dat de activiteiten binnen het LOVS plaatsvinden op informele basis en dat de binnen dat gremium totstandgekomen besluitvorming slechts formele gelding krijgt indien zij via de weg van het gerechtsbestuur dan wel de sectorvergadering zijn vastgesteld. Voor deze besluiten geldt evenwel (wederom) de restrictie dat zij niet mogen treden in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een concrete zaak of in categorieën van zaken.¹⁹⁸

De wijze waarop de sectorvoorzitters binnen de rechterlijke organisatie zijn ingebed, geeft aanleiding een parallel te trekken met hetgeen bij de behandeling van het Wetsvoorstel organisatie en bestuur gerechten is overwogen omtrent de positie en het gezag van de president van een gerecht: 'Dat gezag moet gebaseerd zijn op persoonlijke kwaliteiten van betrokkene als mens en als deskundig rechter.'¹⁹⁹ Daaraan kan bovendien worden toegevoegd het belang van de sectorvergadering. Een formele binding kan met betrekking tot het rechterlijk beleid dat is gericht op de bevordering van de juridische kwaliteit en de uniforme rechtstoepassing slechts onder zeer beperkte voorwaarden tot stand worden gebracht. Men kan bijvoorbeeld denken aan een nadere uitwerking van de wijze waarop de werkprocessen worden gestructureerd. Deze binding is zelfs uitgesloten ten aanzien van de behandeling van concrete zaken.²⁰⁰ Waar rechters zich genoodzaakt voelen zich ten behoeve van de genoemde doelstellingen te binden, dan zal dat 'slechts' een informele binding zijn. Daarnaast is het karakter van de binding afhankelijk van de aard van de beslissing die binnen een sector tot stand komt en, ten aanzien van het onderhavige onderwerp, afhankelijk van de wijze waarop het instrument inwerkt op de beslissing van de rechter over de straftoemeting.

Tot wat verplichten de rechters zich wanneer zij instemmen met oriëntatiepunten? Uit de beschrijving van de aard van het instrument en de manier waarop het van belang kan zijn bij de totstandkoming van het oordeel over de straftoemeting, komt naar voren dat zij met name bedoeld is als richtsnoer bij de vaststelling van de ernst van het feit. Instemming met een oriëntatiepunt lijkt in de eerste plaats een bevestiging te zijn dat het bedoelde oriëntatiepunt de bestaande straftoemetingspraktijk met betrekking tot het aan de orde zijnde delict juist of voldoende weergeeft. Daarnaast houdt de instemming ook een zekere belofte in, te weten de belofte het vastgestelde oriëntatiepunt in toekomstige zaken bij het oordeel te betrekken.

198 Hier speelt met name art. 23 lid 3 en art. 24 lid 2 RO, waarin de genoemde restrictie op de bevoegdheden van het bestuur wordt vermeld.

199 Opgetekend uit de mond van het Tweede Kamerlid Vos (VVD) in: *Kamerstukken II* 2000/01, 27 181, nr. 22, p. 10 (Verslag wetgevingsoverleg op 21 mei 2001 over wetsvoorstellen inzake organisatie en bestuur gerechten en Raad voor de rechtspraak).

200 Bovend'eert meent op grond van een tekstuele uitleg dat wel bevoegdheden bestaan ten aanzien van categorieën van zaken. Zie: Bovend'Eert 2008, p. 90 e.v.

3.3.4 Een verdeelde verantwoordelijkheid

Het vraagstuk van de inhoud en de aard van de normering van de straftoemeting betreft ook de wijze waarop de straftoemeting is ingebed binnen de kaders van de democratische rechtsstaat. Slechts een beknopte verwijzing naar de activiteiten binnen de Trias Poenalis levert het beeld op van niet alleen een gedeelde verantwoordelijkheid voor de straftoemeting, maar waar het de implementatie van uitingvormen van het streven naar consistentie betreft vooral ook van een verdeelde verantwoordelijkheid. Tot op heden lijkt het er op dat over de verantwoordelijkheden die de wetgever legt bij de rechtsprekende macht en het openbaar ministerie verschil van mening bestaat, zowel met betrekking tot de inhoud van de te bereiken doelstellingen als ten aanzien van de (juridische en rechtsstatelijke) structuur waarbinnen dit vorm gegeven dient te worden. Dit weerhoudt beide organen van de staat er evenwel niet van voort te gaan op de ingeslagen weg. Zowel de ontwikkeling van oriëntatiepunten en een databank voor de straftoemeting als de (verdere) uitbouw en verfijning van het stelsel van richtlijnen voor de strafvordering worden bevorderd zonder in de kern de discussie aan te gaan over de verhouding tussen beiden. Thans bestaan de richtlijnen voor strafvordering en de oriëntatiepunten tegelijkertijd en naast elkaar. In sommige gevallen overlappen zij elkaar zelfs. Nu behoeft dat niet op voorhand een probleem te zijn, maar het roept wel vragen op. Niet alleen de vraag naar de materiële verhouding tussen oriëntatiepunten en richtlijnen voor de strafvordering, maar ook de vraag naar de respectievelijke verantwoordelijkheden: wie komt de verantwoordelijkheid voor een (op consistentie gericht) straftoemetingsbeleid toe? Het is met name deze vraag die de discussie over consistentie in de straftoemeting de laatste jaren heeft gekleurd, maar welke tot op heden niet op een bevredigende manier is beantwoord. Bij een voortgaande ontwikkeling van rechterlijke oriëntatiepunten voor de straftoemeting, alsook een steeds geprononceerdere plaats daarvan in de strafmotivering,²⁰¹ en een uitbreiding van de mogelijkheden om via de Databank Consistente Straftoemeting informatie te vergaren en uit te wisselen over opgelegde straffen in vergelijkbare zaken, zullen zich ongetwijfeld steeds indringender dergelijke vraagstukken voordoen, een ontwikkeling die, in het slechtste geval, aanleiding kan geven tot domeinconflicten en verscherpte concurrentieverhoudingen. Het gebruikelijke evenwichtige beeld van de verdeling van machten moet hier wijken voor dat van een latent gespleten Trias.

201 Zie in dit verband de discussie omtrent het benoemen van het gebruik van oriëntatiepunten in de straftoemeting in het kader van PROMIS in: Raad voor de rechtspraak 2007, § 5.3.2.

4.1 INLEIDING – DE INTERDEPENDENTIE TUSSEN HET MATERIËLE
EN FORMELE STRAFRECHT

Het vraagstuk van de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting voert in de eerste plaats terug op de inhoud van- en omgang van de rechter met de wettelijke regeling van de straftoemeting. De daarin besloten normering van de straftoemeting bepaalt immers de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de rechter tot de beslissing over de straf komt. De beslissing over de straf is in de kern gericht op drie deelaspecten. De rechter dient te beslissen over de strafsoort, de strafmaat en de strafmodaliteit. De regeling van de straftoemeting in het materiële recht biedt de wettelijke basis voor deze beslissingen. In dat kader kan een onderscheid worden gemaakt tussen de regeling van het sanctiestelsel enerzijds (waarin wordt voorzien in de strafsoorten en de modaliteiten) en de systematiek van strafposities anderzijds, waarin wordt voorzien in regelingen die aangeven binnen welke bandbreedtes de beslissing over de strafmaat zich dient te bevinden. De systematiek van minima en maxima van de straffen, alsmede de regelingen met betrekking tot de verhoging en verlaging van de strafmaxima, maken van dit stelsel deel uit. Van de materieelrechtelijke normering van de beslissing over de straf is te onderscheiden de formeelrechtelijke regeling, welke is ingebed in de systematiek van het rechterlijk beslissingsmodel van art. 348 en 350 Sv. Deze ziet in haar huidige vorm vooral op de motivering van de beslissing over de straf, maar bepaalt bijvoorbeeld ook dat de strafrechter, als uitvloeisel van art. 350 Sv, de straf oplegt die op het feit is gesteld (art. 351 Sv). De vraag is natuurlijk wat de betekenis is van die bepaling. Tegen de achtergrond van de discussie over criteria voor de straftoemeting speelt het formeelrechtelijk kader van de beslissing over de straf een niet te onderschatten rol. De aard en de functie daarvan dient dan ook te worden begrepen vanuit de wijze waarop de strafbeslissing materieelrechtelijk is vormgegeven. Het is deze interdependentie en verwevenheid tussen het materiële en processuele kader van de strafbeslissing die in belangrijke mate de analyse van het wettelijk kader van de straftoemeting kleur geeft en bepaalt. Aan de hand van deze werkhypothese kan dan ook worden gesuggereerd dat beide 'normeringssferen' ten aanzien van de straftoemeting niet los van elkaar functioneren en elkaar wederzijds beïnvloeden.

Het Wetboek van Strafrecht kent enkele belangrijke eigenschappen die voor een goed begrip (maar wellicht ten overvloede) op deze plaats kort voor het voetlicht kunnen worden gebracht. Uit zijn begintijd wordt het Wetboek van Strafrecht onder meer eenvoud, hanteerbaarheid, 'liefde voor gelijkheid'

en een groot vertrouwen in de rechterlijke macht toegeschreven.²⁰² Deze eigenschappen kleuren de wijze waarop het sanctiestelsel en het stelsel van strafposities zijn vormgegeven. Daarbij genomen het ontbreken van definities of gradaties van bijvoorbeeld de subjectieve bestanddelen²⁰³ (samenvallend bijvoorbeeld met in bandbreedte meer beperkte strafposities), maakt de ruimte voor de rechter groot, evenals diens verantwoordelijkheid voor de behartiging van de in zijn handen gelegde belangen in het kader van het strafproces.

4.2 ENKELE ALGEMENE UITGANGSPUNTEN VAN HET WETBOEK VAN STRAFRECHT IN RELATIE TOT HET STRAFRECHTELIJK SANCTIESTELSEL EN DE STRAFTOEMETING

Eenvoudig, praktisch, gedragen door een groot vertrouwen in de rechterlijke macht en met liefde voor gelijkheid. Met deze trefwoorden karakteriseerde Modderman het Wetboek van Strafrecht. Daaraan voegde hij toe dat het wetboek was gekleurd door opvattingen over de verhouding tussen staat en maatschappij (de afkeer van de almachtige staat), een zekere erkenning van de doorwerking van religieuze overtuigingen in het wetboek en de openheid (zowel in de ontwikkeling als in de uitkomst) ten aanzien van de politieke en morele grondslagen van het wetboek: 'Mannen van alle richtingen hebben zoowel tot den voorbereidenden arbeid als bij de openbare discussien en de eindstemming hunne hooggewaardeerde medewerking verleend'.²⁰⁴ Tegelijkertijd moet ook de ultimatum-remedium-gedachte worden benoemd als onderdeel van de ideeëngeschiedenis van het strafrecht, met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit als uitlopers.²⁰⁵ In hoeverre dat thans nog het geval is, moet evenwel met De Hullu worden betwijfeld.²⁰⁶ Deze eigenschappen kleuren wel de wijze waarop het sanctiestelsel en het stelsel van strafposities zijn vormgegeven. De inrichting van het strafrechtelijk sanctiestelsel is dan ook geen kwestie van wetgevingstechniek alleen. Ten grondslag aan het hierboven geschetste stelsel ligt een complexe dynamiek van opvattingen over grondslagen en doelstellingen van het straffen, opvattingen die niet alleen van belang zijn voor de inrichting van het sanctiestelsel als zodanig, maar tevens voor de strafbeslissing *in concreto*. Enkele algemene uitgangspunten die doorwerken op de aard en inhoud van het strafrechtelijk sanctiestelsel worden hieronder nader toegelicht. Deze zijn te herleiden tot de straftheoretische grondslag van het wetboek, maar dragen inmiddels ook de sporen van de ontwikkelingen die zich nadien hebben voorgedaan, bijvoorbeeld op het gebied van het materiële strafbegrip en de betekenis van proportionaliteit en schuld voor toepassing van het strafrecht.

202 Smidt I 1881, p. 20-21.

203 Vgl. de discussie hieromtrent in Smidt I 1881, p. 66-82.

204 Smidt I 1881, p. 21-22.

205 Smidt I 1881, p. 11.

206 De Hullu 2006, p. 17.

4.2.1 Legaliteit

Legaliteit fungeert in verschillende gedaanten binnen onze rechtsorde. Zij vormt zowel een leidraad voor de wetgever, als voor de organen van de strafrechtspleging en voor de burger. In dat kader onderscheidt Nijboer bijvoorbeeld de werking van legaliteit als ideaal, als beginsel voor het positieve recht en als regel van positief recht. Legaliteit als ideaal wordt met name verbonden met de aanvaarding van de wet als primaire rechtsbron, in tegenstelling tot een stelsel waarin bijvoorbeeld precedents en het gewoonterecht tegelijkertijd als bron van recht fungeren. De wet is in deze opvatting “de bevoegd vastgestelde, voor de toekomst bindende (tot burgers en gezagsdragers – met betrekking tot hun onderlinge verhouding – gerichte) bron van algemene regels”.²⁰⁷ De aanvaarding van de wet als primaire rechtsbron wordt in het algemeen geplaatst tegen de achtergrond van de ontwikkeling van het verlichtingsdenken en kan worden gezien als middel ter bevordering van rechtsgelijkheid en het tegengaan van willekeur.²⁰⁸ Veel schrijvers plaatsen het legaliteitsbeginsel in het verlengde daarvan tegen de achtergrond van het belang van rechtszekerheid en rechtsbescherming, waarbij vooral de voorzienbaarheid van- en bescherming tegen het optreden van de overheid jegens een natuurlijke of rechtspersoon een rol speelt.²⁰⁹ Daarmee is zeker de meest vooraanstaande werking van het legaliteitsbeginsel genoemd. Daar staat tegenover dat het legaliteitsbeginsel uit oogpunt van criminele politiek en maatschappelijke ordening ook een andere functie toekomt. Hoewel niet noodzakelijkerwijs met elkaar verbonden, is er in de geschiedenis een belangrijke lijn waarneembaar tussen legaliteit en codificatie.²¹⁰ Dat laatste heeft ook een sterk ordenende functie die (deels) inhoudelijk los staat van de idee van het bieden van rechtsbescherming of rechtszekerheid. Dupont en 't Hart achten de visie op het legaliteitsbeginsel als zijnde een vooral rechtsbeschermend beginsel dan ook te beperkt en hechten bij de bepaling van de betekenis van het legaliteitsbeginsel grote waarde aan de crimineel-politieke context waarbinnen de op legaliteit steunende codificaties van (vooral het Franse) recht plaatsvond. Weliswaar wordt in deze visie de rechtsbeschermende dimensie van het legaliteitsbeginsel, door Dupont de rechts-politieke dimensie genoemd, aanvaard als toetssteen van moderne rechtsstaat, maar zij

207 Nijboer 1987, p. 107. In deze zin ook: 't Hart 1983b, p. 210.

208 Beccaria 1982.

209 Bijvoorbeeld: Peters 1972; Groenhuijsen 1987, p. 45.

210 Zie hierover: Nijboer 1987, p. 110. In deze lijn is het ook interessant te kijken naar de interpretatie van het wetsbegrip van artikel 7 EVRM, waarin het ‘*nullum crimen*’-beginsel is vervat. Op grond daarvan wordt aanvaard dat bestraffing niet alleen overeenkomstig een wettelijke bepaling kan geschieden, maar ook gebaseerd kan zijn op het ongeschreven recht, d.w.z. het gewoonterecht en jurisprudentie. Het recht waarop de strafbaarheid wordt gebaseerd dient dan wel te voldoen aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid. Zie hierover onder verwijzing naar de relevante rechtspraak van het EHRM: Cromheecke & Dhont 2004, p. 668-669.

wordt niet als enig constituerend element ervan gezien. Dupont onderscheidt naast de eerder genoemde rechts-politieke dimensie de crimineel-politieke en organisatorische dimensies. Het legaliteitsbeginsel, zo kan men Dupont lezen, heeft vanuit crimineel-politiek perspectief vooral een rol gespeeld bij het creëren van een hanteerbaar en rationeel strafrechtssysteem, gericht op en deel uitmakend van strategieën ter bestrijding van misdaad. De organisatorische dimensie van het legaliteitsbeginsel onderstreept haar pragmatisch karakter: het houdt tevens een opdracht in tot het op orde brengen en onderhouden van de strafrechtssystemen.²¹¹ 't Hart lijkt deze analyse te volgen en verbindt in zijn theorie het beschermende element van het legaliteitsbeginsel met het instrumentele aspect van de strafrechtspleging waar hij stelt dat het klassieke strafrecht weliswaar rechtszekerheid en rechtsbescherming van de burger tegenover de staat met zich meebracht, maar "(...) steeds gekoppeld (was) aan en (...) deel uit(maakte) van een pogen om een stringenter beheersing van de maatschappij mogelijk te maken".²¹² Legaliteit als ideaal refereert op grond van het voorgaande voornamelijk aan de rechtsbeschermende functie ervan. Vanuit het perspectief van de wetgever lijkt legaliteit óók een opdracht tot ordening en het karakter van instrumentalisering in zich te dragen.

4.2.1.1 De betekenis van *nullum crimen, nulla poena sine lege* voor het sanctiestelsel en het stelsel van strafposities

Voor een meer concrete, positiefrechtelijke benadering van het legaliteitsbeginsel kan aansluiting worden gezocht bij de het bekende adagium *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*, dat in de 19^e eeuw door Von Feuerbach werd geformuleerd.²¹³ Een drietal vereisten kan aan de formulering van Von Feuerbach worden ontleend: geen strafoplegging die niet op de wet is gebaseerd, geen strafoplegging als niet een door de wet strafbaar gestelde daad is begaan en geen strafbaar gesteld feit zonder toepassing van de door de wet bedreigde straf.²¹⁴ Met deze vuistregels is ook direct helder waarop

211 Dupont 1979, p. 49-54. Andere elementen die van belang zijn voor een begrip van de idee-engeschiedenis van het legaliteitsbeginsel zijn o.m. het mensbeeld (*homo economicus*), het wetsbegrip (algemene regels) en het strafbegrip. Voor een kort overzicht van de idee-engeschiedenis zij verwezen naar: Groenhuijsen 1987.

212 't Hart 1983a, p. 200. Achter deze opvatting over de betekenis van het legaliteitsbeginsel ging een uitvoerige discussie schuil met A.A.G. Peters, die in zijn Utrechtse inaugurele rede naar de mening van 't Hart te zeer de nadruk legde op de rechtsbeschermende functie van het legaliteitsbeginsel. Het betreft hier in het bijzonder een waardering van de historische achtergrond van de functie van het legaliteitsbeginsel in de wording van de moderne rechtsstaat in het Frankrijk van na de revolutie. 't Hart, evenals Dupont, weet zich in zijn analyse gesteund door Foucault in zijn studie naar het ontstaan van het moderne gevangeniswezen. Zie: 't Hart 1983a, p. 192-200; Peters 1972; Foucault 2001.

213 Von Feuerbach 1801, § 24.

214 In deze zin: 't Hart 1983b, p. 209.

het beginsel in de kern betrekking heeft: de eis van wettelijkheid ten aanzien van de strafbaarheid van gedragingen en ten aanzien van de straf.²¹⁵ Bekende van dit beginsel afgeleide normen zijn, naast de eis van een wettelijke basis (lex scripta) voor het strafrechtelijk aansprakelijk stellen van een natuurlijke- of rechtspersoon, het verbod van terugwerkende kracht, het *Bestimmtheitsgebot* (lex certa) en de beperkingen die worden gesteld aan de interpretatievrijheid van de rechter: het verbod van analogie.²¹⁶ Aspecten van deze legaliteitsvereisten kunnen worden teruggevonden in artikel 1 lid 1 Sr, dat bepaalt: 'Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling'. Artikel 1 lid 2 Sr stelt dat bij verandering van wetgeving de voor de verdachte gunstigste bepaling wordt toegepast. Andere voor de Nederlandse rechtsorde relevante codificaties van (elementen van) het legaliteitsbeginsel zijn te vinden in artikel 16 Gw, artikel 4 AB, artikel 7 lid 1 EVRM en de artikelen 6 lid 2 en 15 lid 1 IVBPR, waarin in verschillende bewoordingen uiting wordt gegeven aan de normen die voortvloeien uit het legaliteitsbeginsel. In het bijzonder lijkt voor ons relevant artikel 7 lid 1 EVRM, dat in haar eigen bewoordingen de principes van *nullum crimen* en *nulla poena sine lege* waarborgt.²¹⁷ Hoewel het *nulla poena*-beginsel als zodanig niet letterlijk is opgenomen in artikel 7 lid 1 EVRM, moet op grond van de zaak *Kokkinadis v. Greece* worden aangenomen dat dit wel deel daarvan uitmaakt.²¹⁸ Aldus kan ook op grond van het EVRM niemand een straf worden opgelegd die niet in de wet is vastgelegd.²¹⁹

Het *nullum crimen*, *nulla poena*-beginsel heeft betrekking op zowel de vestiging van strafbaarheid als op de straf zelf. Voor wat betreft de vestiging van de strafbaarheid van een gedraging zijn vooral van belang het wetsbegrip, de wijze waarop de strafbare gedraging in de wet moet zijn omschreven en, in samenhang daarmee, de ruimte voor de rechter tot interpretatie van de strafwet. Voor de straftoemeting is, naast de definiëring van het strafbegrip

215 Zie: De Hullu 2003, p. 87.

216 Onder veel meer: De Hullu 2003, p. 87-112; Groenhuijsen 1987, p. 15; Haveman 2003, p. 40-53.

217 Artikel 7 lid 2 EVRM creëert overigens een exceptie op de eis van wettelijkheid en het verbod op terugwerkende kracht in geval sprake is een handelen of nalaten dat overeenkomstig de 'door de beschaaftde volkeren' erkende algemene rechtsbeginselen als een misdrijf dient te gelden.

218 Artikel 7 lid 1 EVRM 'also embodies, more generally, the principle that only the law can prescribe a penalty (*nulla poena sine lege*)'. Zie: EHRM 25 mei 1993, *ECHR, Series A*, Vol. 260-A, § 52 (*Kokkinakis v. Greece*). Dit uitgangspunt kan onder druk komen te staan op het moment dat er een grote discrepantie bestaat tussen de door de rechter opgelegde straf en de wijze waarop deze door het openbaar ministerie wordt tenuitvoergelegd. Vanuit het perspectief van het legaliteitsbeginsel is er dan ook veel aan gelegen dat strafoplegging en straftenuitvoerlegging op elkaar zijn afgestemd.

219 Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 483; Cromheecke & Dhont 2004, p. 684. Schending van het legaliteitsvereiste werd geconstateerd in EHRM 9 februari 1995, *NJ* 1995, 606 (*Welch v. UK*). Daarin werd een andere (hogere) straf opgelegd dan welke ten tijde van het plegen van het feit daarop was gesteld.

zelf, vooral van belang op welke wijze deze in de wet moet zijn omschreven. Hoewel de wetsgeschiedenis en de ontwikkeling van het Nederlandse straf(proces)recht daarover niet altijd expliciete informatie geeft, kan uit de wijze waarop de straftoemeting daarin is neergelegd reeds het nodige worden opgemaakt over de levende opvattingen over de betekenis van legaliteit voor de straftoemeting. Ook de jurisprudentie van het EHRM kan als leidraad dienen voor een bepaling van de relevantie en de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel voor de regeling van de straftoemeting.

De discussie over de betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de vestiging van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt hier grotendeels buiten beschouwing gelaten. Een enkele opmerking daarover kan echter niet misstaan, nu de inherente beperking aan de eis van wettelijkheid voor de vaststelling van de strafbaarheid van een gedraging een bijzondere verantwoordelijkheid voor de rechter met zich brengt. Hoewel de eis van wettelijkheid voor de vaststelling van strafbare gedragingen anders doet vermoeden, gebied de realiteit (en ook de aard van de wet) dat die wettelijke bepalingen slechts in algemene zin de strafbare gedraging kunnen omschrijven. Daaraan ligt ten grondslag de feitelijke onmogelijkheid iedere vorm waarin een bepaalde strafbaar gestelde gedraging zich kan voordoen in de wet op te nemen. Bovendien kan het vanuit het oogpunt van flexibiliteit van wetgeving voordelen opleveren de redactie van een strafbepaling binnen algemene termen te houden.²²⁰ Een zekere vaagheid in de omschrijving van de strafbare gedragingen is dan onvermijdelijk. In de meerderheid van de gevallen zal er weinig discussie zijn over de vraag of een bepaalde handeling onder een wettelijke strafbepaling valt te brengen. In een aantal uitzonderingsgevallen speelt die vraag echter wel degelijk. Dat brengt met zich mee dat de rechter door middel van een interpretatie van die bepalingen zal moeten onderzoeken of ook die gedraging strafbaar is gesteld. De interpretatiemethoden vormen in dat geval het aanvullend fundament en de verantwoording van het rechterlijk oordeel. De klassieke opvatting over het legaliteitsbeginsel verbiedt het toepassen van analogie, waarbij op grond van de ratio van een strafbepaling een bepaalde gedraging onder het bereik van een delictsomschrijving wordt gebracht, terwijl dit louter op basis van de wettekst niet voor de hand ligt. In recentere publicaties en jurisprudentie wordt meer aandacht geschonken aan de wél toegestane (en soms moeilijk daarvan te onderscheiden) extensieve interpretatie van strafbepalingen, waarin het gaat om de reikwijdte van de tekst van de wet.²²¹ De kern van dit leerstuk, de verhouding tussen legaliteit, de kwaliteit van de omschrijving van het strafbare feit en de interpretatievrij-

220 Het feit dat de vele thans nog geldende delictsomschrijvingen nog stammen uit het Wetboek van Strafrecht van 1886 is daarvan een voorbeeld.

221 Ook wordt gesteld dat de grens tussen beide methoden niet scherp te trekken is en dat de kwalificatie van een bepaalde methode afhankelijk is van tijd en plaats. Zie bijvoorbeeld: De Hullu 2003, p 106.

heid van de rechter, is gestoeld op het primaat van de wetgever bij de vaststelling van wat strafbaar is. De erkenning van de interpretatievrijheid van de rechter bij de vaststelling van de strafbaarheid van een gedraging duidt evenwel op een zekere taakverdeling tussen beiden en de erkenning van de rol van de rechter in de rechtsvorming. Die taakverdeling wordt in ieder geval begrensd door het problematische karakter van de uitbreiding van de strafbaarheid van gedragingen die het gevolg is van rechterlijke interpretatie: hier laat het rechtsbeschermende aspect van het legaliteitsbeginsel zich gelden.²²² De invulling die de rechter geeft aan de desalniettemin daarmee verbonden vrijheid wordt beheerst door kwaliteitseisen die voortvloeien uit het legaliteitsbeginsel. Het EHRM heeft in dat kader bepaald dat ook een strafbaarheid-uitbreidende interpretatie van de strafwet onder omstandigheden door de rechter kan worden aanvaard.²²³ De voorzienbaarheid van de strafwaardigheid van de gedraging, maar ook het uiteindelijke resultaat van de strafbaarheid-uitbreidende jurisprudentie speelt mee in de beoordeling van het Hof. De voorzienbaarheid van de strafwaardigheid van de gedraging

222 De Nederlandse strafrechter heeft verschillende gelegenheden gehad een positie dienaangaande in te nemen. Enkele voorbeelden daarvan zijn de uitspraken rondom de strafbaarheid van verkrachting binnen het huwelijk en de strafbaarheid van het binnen Nederland voeren van een adoptiekind als mensenroof in de zin van art. 278 Sr. Resp. HR 9 februari 1988, *NJ* 1988, 613 (m.nt. G.E. Mulder) en HR 20 november 2001, *NJ* 2003, 632. Meerdere voorbeelden kunnen hier worden genoemd, waaronder HR 7 januari 1997, *NJ* 1997, 361. Hierover uitgebreid: Rozemond 1999. Voor een rechtstheoretische exercitie over de verhouding tussen legaliteit en de interpretatievrijheid van de rechter zij verwezen naar: Claes 2003.

223 Het betrof in dit geval de uitbreiding van de strafbaarheid van verkrachting tot die gevallen waarin dit binnen een huwelijk plaatsvond, hetgeen een verandering betekende in de heersende jurisprudentie in het Verenigd Koninkrijk, op grond waarvan de dader tot dan toe kon rekenen op strafrechtelijke immuniteit. Het Hof: 'There will always be a need for adaptation to changing circumstances. Article 7 can not be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen.' En in het concrete geval was sprake van: '(...) an evident evolution, which was consistent with the very essence of the offence, of the criminal law through judicial interpretation towards treating such conduct generally as within the scope of the offence (...). This evolution had reached a stage where judicial recognition of the absence of immunity had become a reasonably foreseeable development of the law'. EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 (*C.R. v. United Kingdom*, m.nt. Knigge). Bovendien speelde in de gedachte van het Hof mee dat de eventuele strafrechtelijke immuniteit van de verdachte in deze zaak in strijd zou komen met zowel het concept van wat een huwelijk moet inhouden als met de fundamentele doelstellingen van het EVRM, te weten de eerbiediging van de menselijke waardigheid en de menselijke vrijheid. Handhaving van de bestaande Engelse jurisprudentie zou dan vanuit dat perspectief een onaanvaardbaar resultaat opleveren. Hierop is in de literatuur de nodige kritiek geuit. Het morele gehalte van deze overweging zou in dat kader geen afdoende argument vormen voor een opzij schuiven van het legaliteitsbeginsel in haar zuivere vorm. Dat zou juist tegen dit soort overwegingen moeten beschermen, aldus De Hullu in: De Hullu 2003, p. 107. In zijn noot bij het onderhavige arrest plaatst Knigge de overweging in het kader van de voorzienbaarheid van de strafbaarheid van de gedraging en is aldus iets minder kritisch.

wordt in de jurisprudentie van het EHRM vanuit twee perspectieven benaderd. Het hierboven gekozen perspectief stelt de evolutie van de strafbepaling voorop en kan in zekere zin ook wel geobjectiveerd worden. Daarnaast spelen ook subjectievere elementen een rol, zoals het aantal, de status of de hoedanigheid van de onder de strafbepaling vallende personen.²²⁴ Het belang van deze uitspraken voor de verhouding tussen het legaliteitsbeginsel en de interpretatievrijheid van de rechter, en daarmee voor de rolverdeling tussen wetgever en rechter, is navenant. Het legaliteitsbeginsel functioneert in dat kader niet, en zou dit ook niet kunnen gezien de veelheid van rechtsculturen waarop het EVRM van toepassing is, als een tot codificatie dwingende bepaling, maar stelt onder erkenning van de eigen rol van de rechter in de vorming van het (straf)recht en strafbaarstellend recht kwaliteitseisen aan de totstandkoming daarvan. Daarin staat de voorspelbaarheid (rechtszekerheid) voorop. Het betekent geen principiële afwijzing van rechtersrecht, maar geeft juist onder bepaalde voorwaarden ruimte aan de rechter om op basis van goede argumenten in concrete gevallen strafbaarheid-uitbreidende jurisprudentie te ontwikkelen.²²⁵ In zekere zin zou men in dergelijke gevallen niet eens behoeven te spreken van een *uitbreiding* van strafbaarheid, nu het oordeel in feite gegrond is op de vooronderstelling dat de gedraging reeds in de wettelijke strafbepaling lag besloten, dat de strafbepaling (weliswaar naar huidig inzicht) de gedraging naar haar aard reeds omvat. Een dergelijke op actualisering door de rechter van de betekenis van een strafbepaling gerichte methode ligt vanzelfsprekend gevoeliger in landen met een continentale rechtstraditie dan in landen waarin van oorsprong met een common-law systeem wordt gewerkt.²²⁶

De bovenstaande relativering van de oriëntatie op de wet als uitvloeisel van het legaliteitsbeginsel, gebaseerd op jurisprudentie van het EHRM, brengt evenwel nog niet een verschuiving van opvattingen daarover binnen het Nederlandse strafrecht met zich mee. Daarvoor is de nationale context te dominant. Het betekent wel dat de taakverdeling tussen wetgever en rechter,

224 Zie hierover: EHRM 15 november 1996, *RJ&D ECHR* 1996-V, § 35 (*Cantoni v. France*) en Cromheecke & Dhont 2004, p. 672-676.

225 In deze zin ook: Rijkema 2001, p. 208.

226 Een bewijs daarvan vormt de wijze waarop binnen de Nederlandse situatie is omgegaan met een met EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 (*C.R. v. United Kingdom*, m.nt. Knigge) vergelijkbaar geval. Daarin toonde de rechter zich niet bereid over te gaan tot een extensieve interpretatie van het bestanddeel 'buiten echt' uit artikel 242 Sr (oud) en kwam de verandering in rechtsopvatting via het schrappen van het bewuste bestanddeel in 1991 tot de rechter. De discussie daarover markeert opvattingen over de taak van de rechter en de vrijheid die deze zich kan veroorloven ten opzichte van de wet, waarin gekozen kan worden voor een primaire oriëntatie op de wet of op de redelijkheid en de aanvaardbaarheid van de beslissing. Zie daarover de conclusie van A-G Meijers bij HR 9 februari 1988, *NJ* 1988, 613 (m.nt. G.E. Mulder), waarin wordt verwezen naar Langemeijer: 'Het verdient ... opmerking dat ook de strafrechtelijke rechtspraak van de HR niet streng legistisch is. Vele beslissingen (...) zijn onmiskenbaar meer door de aanvaardbaarheid van het resultaat ... dan door stipte trouw aan de wet ingegeven'. Zie ook: Rozemond 1999.

zoals die bleek uit de wijze waarop de problematiek omtrent de strafbaarheid van verkrachting binnen een huwelijk werd opgelost, geen vast gegeven is.²²⁷

Legaliteit stelt aldus bepaalde (kwaliteits)eisen aan de vaststelling van de strafbaarheid (*nullum crimen sine lege*) van gedragingen. Naast de eis van wettelijkheid spelen daarbij, afhankelijk van de rechtscultuur, ook in ruimere zin de eisen van voorspelbaarheid en toegankelijkheid een rol, hetgeen een bevestiging vormt van de nauwe band die bestaat tussen legaliteit (dus niet: legisme) en rechtszekerheid. Het is in dit verband in wezen zuiverder de discussie over het belang van het legaliteitsbeginsel voor het strafrecht en de straf(toemeting) vanuit een andere invalshoek te benaderen. De kern van het beginsel is niet alleen dat alle strafbaarheid gebaseerd dient te zijn op de wet. Het vestigt daartoe wel het primaat van de wet, maar doet dit op grond van de kwaliteiten daarvan. De wet komt het dichtst bij deze garantiefunctie van legaliteit; de wet ordent, geeft zekerheid en bescherming en biedt waarborgen voor rechtseenheid. Op die gebieden waar de wet zwijgt, kan worden aangenomen dat ofwel de wetgever daaraan bij het opstellen van de bepaling niet heeft gedacht, ofwel de ordening, rechtszekerheid en rechtseenheid van ondergeschikt belang achtte (omdat de waarborgfunctie van het recht juist zou zijn gediend met een terughoudend wettelijk kader), ofwel de rechter beter in staat achtte die ordening (met het oog op de rechtszekerheid en de rechtseenheid) aan te brengen. In dat laatste geval kan op de rechter de taak berusten zelfstandig, vanuit de haar binnen de kaders van de democratische rechtsstaat toekomende functie en met inachtneming van haar beperkte rol in de rechtsvorming, een ordening aan te brengen in het deelgebied waarbinnen de noodzaak kennelijk aanwezig is én activiteiten van de wetgever achterwege blijven. Met name dat laatste is van belang nu ook daarin de impliciete erkenning is of kan zijn gelegen van de verantwoordelijkheid van de rechter. Het legaliteitsbeginsel schept vanuit dit perspectief aldus ook een verantwoordelijkheid ordening aan te brengen, een verantwoordelijkheid die vanwege het primaat van de wet in eerste instantie bij de wetgever ligt, maar op gronden van soort en kwaliteit, maar ook uit pragmatisme, aan de rechter kan worden gelaten. De grenzen van die verantwoordelijkheid zijn de algemene grenzen waaraan de rechter is gebonden in zijn rechtsvormende taak – in dat verband is het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel relevant.

227 Daaraan doet niet af het feit dat in onderhavige zaak de Hoge Raad voor de meest degelijke oplossing lijkt te hebben gekozen gezien het feit dat niet veel later een verandering van wetgeving doorgevoerd werd. Het schrappen van een bestanddeel, dat een uitbreiding betekent van de kring van gedragingen dat onder te brengen zou zijn in de delictsomschrijving, is dan ook de uitkomst van een gebleken verandering van inzicht in de strafbaarheid van een bepaalde gedraging, die niet samenhangt met de interpretatie van bijvoorbeeld wettelijke strafuitsluitingsgronden en ook nog eens in het nadeel van de verdachte zou uitwerken. In andere gevallen waarin de Hoge Raad een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan de rechtsvorming in het materiële strafrecht betrof het vrijwel altijd de uitleg van bestaande en te handhaven wettelijke termen, zoals bij de ontwikkeling van de jurisprudentiële interpretatie van de wettelijke termen opzet en schuld.

4.2.1.2 Nulla poena sine lege– de (relatieve) betekenis van de wet voor de straf en de straftoemeting

Art. 1 lid 1 Sr ziet, als bekend, tevens op de straftoemeting, d.w.z. op de strafvorming, strafbeslissing en strafoplegging en daarmee op het sanctiestelsel en het stelsel van strafposities. Helemaal los van het *nullum crimen* vereiste kan deze regel niet worden gezien. De wijze waarop de strafbare gedraging is omschreven, heeft bijvoorbeeld belangrijke consequenties voor bepaaldheid van de strafbedreiging: hoe onbepaalder of ruimer die delictsomschrijving, hoe minder het voor de hand ligt daaraan strikt gespecificeerde strafbedreigingen te verbinden.

Art. 1 Sr vormt een gebod dat zich zowel tot de wetgever als de rechter richt.²²⁸ De rechtspolitieke achtergrond van het legaliteitsbeginsel, alsmede het samenstel van voorschriften of normen die aan dit beginsel worden ontleend (in het bijzonder het verbod van terugwerkende kracht en het *lex certa*-beginsel) doen veronderstellen dat ook de regels die betrekking hebben op de straftoemeting gezamenlijk een helder, scherp omlijnd en toegankelijk geheel vormen, op grond waarvan duidelijk wordt in welke gevallen welke sanctie wordt opgelegd en wat de hoogte van de sanctie zal zijn.²²⁹ Over de wijze waarop dit het geval is en zou moeten zijn, is evenwel discussie mogelijk. Naar haar huidige uitwerking lijkt het vooral een belangrijk streven te zijn, eerder dan een beschrijving van de staat van het sanctiestelsel en de normering van de straftoemeting. Bezie men het geheel van het sanctiestelsel, het stelsel van strafposities en het stelsel van strafverhogende, strafverlagende en strafuitsluitende gronden en de ontwikkelingen in de discussie over de inrichting daarvan, dan blijkt de wettelijke regeling niet zo eenvoudig noch erg inzichtelijk en op bepaalde aspecten slechts in de marges de grenzen aan te geven voor de strafbeslissing. De normering van de strafbeslissing van de rechter is dan ook zeer beperkt en terughoudend – de exacte vormgeving daarvan komt hieronder nog aan de orde. Dit houdt ook een relativering van de betekenis van het legaliteitsbeginsel in; de rechtsbeschermende dimensie van legaliteit blijkt juist ten aanzien van de straftoemeting van weinig betekenis te zijn, omdat diezelfde rechtsbescherming traditioneel verbonden is met een grote mate van vrijheid van beoordelen en beslissen voor de strafrechter. Dat betekent echter niet dat het beginsel zonder betekenis is, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de min of meer recente ontwikkelingen met betrekking tot de hervorming van het strafrechtelijk sanctiestelsel en de voorwaardelijke veroordeling.

228 Heijder spreekt in dit verband van een zelfbeperking van de wetgever, omdat uit het beginsel zelf dergelijke eisen niet noodzakelijkerwijs zouden voortvloeien. Zie: Heijder 1979, p. 138-140.

229 In deze zin: De Hullu 2003, p. 100.

Twee voorbeelden: Sancties in Perspectief en de voorwaardelijke veroordeling

De wensen tot hervorming van de inrichting van het sanctiestelsel, zoals die bijvoorbeeld naar voren komen in de ministeriële beleidsnota Sancties in Perspectief uit 2000, zijn er bijvoorbeeld juist met het oog op de eisen van legaliteit op gericht de inzichtelijkheid en de eenvoud ervan te vergroten.²³⁰ In die nota wordt het legaliteitsvereiste genoemd als één van de ontwerpcriteria voor het (te herziene) sanctiestelsel. Ook de (daarop gevolgde) discussie over de optimalisering van voorwaardelijke sancties herbergt elementen in zich van de problematiek die voortvloeit uit de vraag naar de betekenis van de wet voor de strafbeslissing van de rechter.²³¹

Het parcours van een gedeeltelijke herziening van het sanctiestelsel is neergelegd in de genoemde nota Sancties in Perspectief uit 2000.²³² De nota is opgebouwd vanuit een algemeen kader van ontwerpcriteria of randvoorwaarden voor deze herziening. Beveiliging, legaliteit, menswaardigheid, transparantie, flexibiliteit en innovatieve kracht, doelmatigheid en slagvaardigheid vormen de bakens of voorwaarden waarop men zich dient te richten of welke dienen te zijn gewaarborgd.²³³ De voorstellen tot herziening die op grond hiervan worden gedaan, hebben betrekking op een grote verscheidenheid aan onderwerpen: o.m. wijzigingen in de regeling van de voorlopige hechtenis, de voorwaardelijke veroordelingen, de mogelijkheden van buitengerechtelijke afdoening, de taakstraffen, een herziening van de Pbw en de herziening van de vervroegde invrijheidsstelling.²³⁴ Deze zullen op deze plaats om begrijpelijke redenen niet nader worden uitgewerkt. De daaraan voorafgaande analyse is echter van belang om de betekenis van het legaliteitsvereiste voor de inrichting van het sanctiestelsel te achterhalen. Als gezegd: legaliteit geldt daarin als één van de ontwerpcriteria voor het sanctiestelsel. De betekenis die in de nota aan het begrip wordt verleend, benadrukt vooral de voorspelbaarheid in de sanctietoepassing. In de regelgeving dient helder te zijn neergelegd in welke gevallen welke sancties kunnen worden opgelegd en hoe deze kunnen worden uitgevoerd.²³⁵ Veel meer bevat de nota niet, zo moet helaas wor-

230 Sancties in Perspectief 2000.

231 Commissie Vrijheidsbeperking 2003, p. 22-23.

232 De herzieningsvoorstellen in deze beleidsnota hebben slechts betrekking op de vrijheidsbeperkende en vrijheidsontnemende straffen voor volwassenen en laten de vermogenssancties, de maatregelen en het sanctiestelsel voor jeugdigen buiten beschouwing.

233 Vegter bekritiseert deze poging tot ordening van ongelijksoortige argumenten en criteria voor de inrichting van het sanctiestelsel vanwege haar gebrekkig wetenschappelijke fundament en resultaatloze uitkomst daarvan. Zie: Vegter 2000, p. 20.

234 Sancties in Perspectief 2000, p. 65-67. Nadere voorstellen met betrekking tot de vervroegde invrijheidsstelling zijn gedaan door: Commissie Herziening vervroegde invrijheidsstelling 2002. Een nadere wettelijke regeling hieromtrent wordt voorgesteld in: *Kamerstukken II* 2005/06, 30 513, nr. 1-3: Voorstellen met betrekking tot de voorwaardelijke veroordeling worden gedaan door: Commissie Vrijheidsbeperking 2003.

235 Sancties in Perspectief 2000, p. VII.

den vastgesteld.²³⁶ Ogenschijnlijk meer gevoel voor de spanning tussen de eisen van legaliteit en de belangen van een op maat gesneden strafbeslissing spreidt de Commissie Vrijheidsbeperking ten toon. Als uitvloeisel van de beleidsnota Sancties in Perspectief werd deze commissie gevraagd een oordeel te geven over, kort gezegd, de voorwaardelijke veroordeling. Eén van haar kernoverwegingen in de rapportage heeft betrekking op de straftoemingsvrijheid, welke wordt geproblematiseerd aan de hand van de vraag in hoeverre de wettelijke regeling richtinggevend kan of moet zijn voor de strafbeslissing.²³⁷ Dat vergt een zoektocht en altijd een afweging tussen de belangen van de rechterlijke vrijheid en de verantwoordelijkheden van de wetgever, aldus de commissie. Ten aanzien van de wettelijke regeling van de voorwaardelijke veroordeling is al langer de kritiek geweest dat de in art. 14c lid 2 sub 5 neergelegde voorwaarde 'het gedrag van de veroordeelde betreffende' tot een weinig inzichtelijke praktijk in de oplegging en toepassing van de bijzondere voorwaarden heeft geleid. De commissie oordeelde in dat kader dat de gedragsvoorwaarden zoals die in de praktijk tot ontwikkeling zijn gekomen te onbepaald zijn voor de justitiabelen en tot een te grote discretionaire beslissingsruimte van de rechter heeft geleid.²³⁸ Het voorstel van de commissie om deze praktijk te codificeren en een limitatieve wettelijke opsomming te geven van de bijzondere voorwaarden die in geval van een voorwaardelijke veroordeling kunnen worden opgelegd, betekent in ieder geval een nadere normering van de rechterlijke vrijheid op dat punt (welke thans vrijwel onge-limiteerd is, zie het genoemde art. 14c lid 2 sub 5 Sr) en markeert in zekere zin

236 Dat verbaast reeds vanwege de ogenschijnlijk vernieuwende dimensie die men het beginsel als ontwerp criterium toedicht. De vraag of en in hoeverre hiermee een verschuiving wordt beoogd te bewerkstelligen in het denken over de betekenis van legaliteit voor de inrichting en de praktijk van het sanctiestelsel en daarmee voor de verhouding wetgeving, rechtsprekende macht en uitvoerende macht, wordt niet beantwoord. De consequenties van een vasthouden aan legaliteit als voorwaarde voor een legitiem sanctiestelsel en dito sanctietoepassing lijken dan ook, hoewel begrijpelijk, enigszins uit de lucht te komen vallen, zowel wat de keuze van de thema's betreft als de wijze waarop deze worden beschreven: heldere en geobjectiveerde criteria voor de *sanctietoepassing*, het tegengaan van overlappende werkingsgebieden van de *sanctiemodaliteiten*, de ontwikkeling van *strafvorderings-* en eventueel *strafstoemingsrichtlijnen*, een nadere verankering van sanctietoepassingsmodaliteiten in wet- en regelgeving en het consequent en eenduidig reageren op het niet-naleven van voorwaarden in het kader van de voorwaardelijke veroordeling. Bevreemding wekt ook de keuze om transparantie, een ander ontwerp criterium, los van legaliteit te behandelen. Zoals hierboven reeds werd getoond, en in de nota bovendien ook wordt aangestipt, staan legaliteit en transparantie in nauw verband met elkaar, sterker nog: legaliteit vergt transparantie, terwijl transparantie in het algemeen is gediend met een strikte handhaving van het legaliteitsvereiste. Aanbevelingen die al voortvloeiden uit het legaliteitsvereiste komen ook vanuit het perspectief van transparantie terug, waaronder de ontwikkeling van *strafvorderings-* en *strafstoemingsrichtlijnen*. Dat de ontwikkeling daarvan terug te voeren is op de eisen van legaliteit en transparantie ligt gevoelsmatig voor de hand, maar vergt een diepgaandere en bredere analyse van de betekenis van het legaliteitsvereiste ten aanzien van dit thema dan de opstellers van de nota bieden.

237 Commissie Vrijheidsbeperking 2003, p. 22-23.

238 Commissie Vrijheidsbeperking 2003, p. 44.

een verschuiving in de aard van de verantwoordelijkheden die de wetgever zich dient toe te bedelen.²³⁹ In minder hoogdravende bewoordingen zou men de voorstellen op dit punt ook kunnen zien als een uitvloeisel van de verantwoordelijkheid van de wetgever de ordening op dit punt te bewerkstelligen, een ordening die nodig bleek als gevolg van de ‘kapstokwerking’ die het bedoelde voorschrift bleek te hebben in de rechtspraak.²⁴⁰

4.2.1.3 Desalniettemin: de betekenis van het bepaaldheidsvereiste voor de straftoemeting

Reeds uit oogpunt van inzichtelijkheid, zo blijkt, maar ook uit oogpunt van ordening, valt het nodige te zeggen over de betekenis van het legaliteitsvereiste bij de straftoemeting. Daarbij past wel een belangrijke relativering. Bij de inrichting en de toepassing van de wettelijke regeling voor de straftoemeting spelen, zo zal hieronder nog nader worden beschreven, veelal aan elkaar tegengestelde belangen een rol. Dat vraagt uit oogpunt van wetgevingstechniek om ruimte voor de vaststelling van relevante feiten en omstandigheden, om een wegings- en beoordelingsruimte die zich, naar huidige opvattingen, moeilijk in enig wettelijk kader laat vastleggen. De wetsgeschiedenis van de wettelijke regeling van de straftoemeting laat zien dat de belangenafweging die daarbij past vrijwel volledig in handen van de rechter is gelegd – de waarborgen die de wettelijke regeling beoogt te bieden verhouden zich niet (altijd) goed met een sterk prescriptief en uitgewerkt wettelijk kader. Rechtsgelijkheid en rechtszekerheid zijn juist uit oogpunt van de (doelstellingen van de wettelijke regeling van de) straftoemeting relatievere begrippen dan bijvoorbeeld in het kader van de vestiging van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het vertrouwen in de rechterlijke macht, dat zo prominent ten grondslag lag aan de aard van de wettelijke regeling van de straftoemeting is ook in dit verband relevant en heeft ook in de verdere uitbouw van het sanctiestelsel steeds op de achtergrond meegespeeld. Het uitgangspunt van individualisering van de beslissing gaat dan ook hand in hand met dit vertrouwen.

De betekenis van het nulla-poenabeginsel voor de straftoemeting dient op grond van het voorgaande in ieder geval sterk worden gerelativeerd. Voor zover het legaliteitsvereiste met zich brengt dat naast het strafbare feit ook de straf vóóraf in de wet omschreven dient te zijn om te kunnen worden opgelegd, voldoet de Nederlandse wetgeving uiteraard aan dit vereiste. De wet geeft aan welke straffen er zijn en in welke gevallen deze kunnen worden opgelegd. De wet biedt daarbij veel ruimte aan de rechter bij de keuze voor

239 De commissie stelt concreet voor om 15 voorwaarden in de wet op te nemen, inclusief een restcategorie die gelijklopend is aan het huidige art. 14c lid 2 sub 5 Sr. Deze categorie wordt, aldus de commissie, door de nadere bepaling en omlijning van de wel genoemde voorwaarden, van minder groot belang geacht. Zie: Commissie Vrijheidsbeperking 2003, p. 65.

240 De term kapstop komt van Vegter in: Cleiren & Nijboer 2004 (T&C Sr), art. 14c, aant. 7.

strafsoort, strafmaat en strafmodaliteit. Tot veel meer lijkt het *nulla poena*-beginsel naar de heersende opvatting ook niet te dwingen. Een bevestiging daarvan is bijvoorbeeld te vinden in de redactie van art. 1 lid 1 Sr. Dat bepaalt 'slechts' dat zowel de strafbaarstelling als de strafbedreiging bij wet dienen te zijn voorgeschreven. Ook in de rechtspraak van het EHRM wordt niet meer dan dat 'geëist'. De strafbepaling behoeft naar de maatstaven van het EHRM niet een exacte strafmaat of een limitatieve opsomming van de strafalternatieven te bevatten. Het gaat er in de rechtspraak van het EHRM daaromtrent slechts om dat de verdachte moet kunnen weten welke de maximumstraf is die wegens een strafbaar feit kan worden opgelegd.²⁴¹ In zoverre is de zekerheid van bestraffing, die in de leer van de psychologische dwang van Von Feuerbach zou moeten leiden tot gedetailleerde vooraf vastgestelde straffen of strafposities, als uitvloeisel van het legaliteitsbeginsel in ieder geval niet overheersend en in feite achterhaald.²⁴²

De relativering van het belang van het legaliteitsvereiste voor de straftoemeting neemt niet weg dat de betekenis van het bepaaldheidsvereiste nader dient te worden onderzocht. Het discours omtrent het bevorderen van de consistentie in de straftoemeting kan moeilijk anders worden begrepen dan dat de daarmee gepaard gaande eisen van inzichtelijkheid een dergelijke benadering noodzakelijkerwijs veronderstellen. In bredere zin is de uitbouw van het sanctiestelsel een sterk argument uit oogpunt van legaliteit de bestaande wetgeving te herzien.²⁴³ Voor dit onderzoek is de vraag dan aan de orde in hoeverre de eisen van voorspelbaarheid en inzichtelijkheid, leidende tot rechtszekerheid, meer dan thans het geval is tot uitdrukking kunnen en/of dienen te komen in de wettelijke regeling van de straftoemeting. Het betreft dan in het bijzonder de betekenis van het bepaaldheidsvereiste ten aanzien van de rechtsgevolgen die (kunnen) worden verbonden aan de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid (de positieve beantwoording van de eerste drie vragen van art. 350 Sv). Het gaat daarbij niet aan het bekritiseerde stelsel van *peines fixes* opnieuw ten tonele te voeren of de aan de versterking van de *rule of law* gelieerde benadering van problemen in de straftoemeting in de Verenigde Staten. Een dergelijke benadering is er in de kern op gericht de vrijheid van de rechter weg te nemen, dan wel sterk aan banden te leggen.²⁴⁴

241 Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 483; Cromheecke & Dhont 2004, p. 684. Schending van het legaliteitsvereiste werd geconstateerd in EHRM 9 februari 1995, NJ 1995, 606 (Welch v. UK). Daarin werd een andere (hogere) straf opgelegd dan welke ten tijde van het plegen van het feit daarop was gesteld.

242 In deze zin ook: 't Hart 1983b, p. 225-226.

243 Een gegeven dat speelt in: Sancties in Perspectief 2000. Zie ook in deze zin: Kelk 2007.

244 Vergelijk ook in dit verband het betoog van Schünnemann, wiens analyse met betrekking tot het *nullum crimen*-vereiste overtuigt, maar waar het de *nulla poena* regel betreft naar mijn idee doorschiet in zijn kritiek op het wettelijk systeem van strafdaders in Duitsland. In zijn ogen zijn de daar in de wet neergelegde strafdaders exorbitant en dienen zij in kleinere brokken te worden verdeeld. Hoe e.e.a. zich verhoudt tot de overige bij de straftoemeting betrokken belangen, wordt niet duidelijk. Zie: Schünnemann 1978, p. 37-38.

Bekeken zal kunnen worden wat precies de betekenis van het bepaaldheidsvereiste kan zijn zowel wat betreft de indeling van het sanctiestelsel als het stelsel van strafposities, zonder het uitgangspunt van de rechterlijke vrijheid van beoordelen en beslissen in de kern geweld aan te doen.

Kelk biedt in dat verband een interessante benadering waar hij stelt dat het nulla poena-beginsel opfrissing behoeft, juist opdat de straftoemeting een aangelegenheid van de 'professionele rechterlijke macht' blijft. Kelk pleit, naar aanleiding van de toegenomen complexiteit en daarmee de verminderde inzichtelijkheid van het sanctiestelsel en de sanctietoepassing en met het oog op het vergroten van de inzichtelijkheid, voor een 'herschikking, herformulering en aanvulling van de bestaande wettelijke voorschriften'.²⁴⁵ Verduidelijking van de identiteit van de sancties, nadere regels per sanctiesoort, wetgeving inzake de tenuitvoerlegging en de formulering van een aantal wettelijke straftoemingsregels vormen het hart van de voorstellen van Kelk.²⁴⁶ In dat laatste aspect dringen opvattingen over proportionaliteit en subsidiariteit van de straftoemeting door, aspecten die een rol spelen in het referentiekader van de strafrechter bij de totstandkoming van de strafbeslissing en om die reden op een andere plaats nader worden beschreven.²⁴⁷ Het is een interessante benadering, ook omdat daaraan ten grondslag ligt de overtuiging dat de rechterlijke vrijheid een steviger fundament krijgt juist door het wettelijk kader waarbinnen de rechterlijke beslissing over de straf wordt gerealiseerd, op te tuigen. En daaraan liggen niet alleen argumenten van (on)gelijkheid ten grondslag – de wettelijke basis dient inzichtelijk te zijn en uiting te geven aan de beginselen die de straftoemeting inkleuren. Naast transparantie komt dan ook de normstellende en normbevestigende functie van de strafwet in beeld. Het valt te bezien in hoeverre de gedachte van een sterkere wettelijke basis voor de straftoemeting (in brede zin) navolging krijgt. Allereerst zal men de gewenste mate van stelselmatigheid en innerlijke consistentie moeten vaststellen, of zelfs eenvoudigweg moeten kunnen waarnemen. Daar tekent zich wel een zekere richtingsstrijd af: De Hullu zal daar bijvoorbeeld anders over denken en wellicht opteren voor het 'open' stelsel.²⁴⁸ Het streven naar een consistente straftoemeting, óók door de rechterlijke macht, staat evenwel in een onwrikbaar verband met het legaliteitsbeginsel, in het bijzonder het daaruit voortvloeiende bepaaldheidsvereiste.

245 Kelk 2007, p. 99-103.

246 Kelk 2007, p. 104-107.

247 Zie in dit verband al wel: Kelk 1983, p. 252-266.

248 Dat leid ik af uit: De Hullu 2006, p. 16-17, 26. Tegelijkertijd: zijn boek biedt geen analyse van het sanctiestelsel en in zijn preadvies voor de NJV worden diverse voorstellen tot herziening van het sanctiestelsel gedaan.

4.2.2 De inhoud van het strafbegrip

De aard en omvang die aan het strafrechtelijk sanctiestelsel toekomt en de voorwaarden onder welke de toepassing van de straf wordt gerealiseerd, worden mede bepaald door het daarmee in verband staande materiële strafbegrip. In de korte bespreking van het strafbegrip hieronder zal de uitvoerige rechtstheoretische literatuur daarover, onder erkenning van het belang daarvan, slechts beknopt aan de orde komen en niet ten gronde ter discussie worden gesteld.

Klassieke definities van de straf benadrukken veelal de bewuste leedtoevoeging als kenmerk van de straf. Vergelijk in dit verband de visie van Jonkers: 'Straf is een doelbewust toegebracht leed wegens een handelwijze die men had behoren na te laten'.²⁴⁹ In de discussie over de houdbaarheid van het onderscheid tussen straffen en maatregelen (zie hieronder § 3.3.1) wordt niet zozeer het intentionele als wel het leedtoevoegende karakter als constitutief element van de straf sterk gerelativeerd – argumenten daarvoor worden bijvoorbeeld ontleend uit de staat van het strafrechtelijk sanctiestelsel. Daarin fungeren (ook) andere doelstellingen bij het straffen, terwijl buiten het bereik van de straf, maar binnen het strafrechtelijk sanctiestelsel ook leedtoevoeging kan plaatsvinden: te weten in het kader van de toepassing van de strafrechtelijke maatregel.²⁵⁰ Ruimere definities van het strafbegrip worden veelal omschreven als sanctie. De Hullu opteert in dat verband voor een ruimer, objectiever begrip van de strafrechtelijke reactie op overtreding van een juridische norm: 'Een in een strafrechtelijk kader uitgesproken overheidsreactie op overtreding van een strafbepaling voor welke overtreding iemand in beginsel in strafrechtelijke zin aansprakelijk wordt gesteld'.²⁵¹ Een ruimere definitie van het strafbegrip hanteert ook het EHRM. De zaak *Welch v. UK*, alsook *Jamil v. France* laten zien dat de bewuste leedtoevoeging als (enige) kenmerk van het strafkarakter van een sanctie in het licht van de reikwijdte van het EVRM een te beperkte opvatting van dat begrip inhoudt.²⁵² Aard en doel van de sanctie en de kwalificatie ervan in het nationale recht, de procedure die gevolgd moet worden om de maatregel aan te nemen en ten uitvoer te leggen, alsmede de zwaarte van de sanctie geven in de rechtspraak van het EHRM omtrent art. 7 eveneens invulling aan het strafbegrip. In het licht van

249 Jonkers 1999. Zie ook: Bleichrodt 2002, p. 108. Daarbij wordt in zekere zin aangesloten bij de definitie van Hart, die stelt dat de straf de volgende vijf constitutieve kenmerken bezit: Er moet sprake zijn van leedtoevoeging (i), wegens de overtreding van een juridische norm (ii), jegens de overtreder van die norm (iii). De straf dient opzettelijk te worden toegepast door een ander dan de overtreder zelf (iv) en afkomstig zijn van een instantie die volgens de rechtsorde waarvan de geschonden norm deel uitmaakt bevoegd is (v). Zie: Hart 1970, p. 4-5. Voor de vertaling van enkele begrippen uit de definities van Hart is gebruik gemaakt van: Hildebrandt 2002, p. 108-109.

250 Zie in deze zin: De Hullu 2002, p. 8.

251 De Hullu 2002, p. 9.

252 EHRM 9 februari 1995, NJ 1995, 606 (*Welch v. UK*, m.nt. Knigge); EHRM 8 juni 1995 (*Jamil v. France*), NJ 1996, 1).

de rechtspraak omtrent art. 6 EVRM moet eveneens worden vastgesteld dat het zuivere leedtoevoegende karakter niet uitsluitend het strafbegrip inhoud geeft: de aard van de inbreuk en de ernst van de sanctie vormen (alternatieve) criteria om te bepalen of art. 6 EVRM van toepassing is op administratief-rechtelijke of tuchtrechtelijke procedures.²⁵³ Wel van belang blijft de vraag in hoeverre de sanctie een repressief karakter draagt en niet louter gericht is op herstel. Het punitieve karakter blijft in de verhouding tot de genoemde rechtsgebieden een onderscheidend criterium, zoals ook kan worden opgemaakt uit de zaken *Bendenoun v. Frankrijk* en *Escoubet v. België*.²⁵⁴ Wat de inhoud daarvan is, blijft lastig te bepalen: de rechtspraak van het EHRM is ondanks de objectiverende criteria sterk casuïstisch bepaald. Punitief is in ieder geval de sanctie die vrijheidsbeneming mogelijk maakt.²⁵⁵ Ook de beperking van de vervroegde invrijheidstelling kan punitief werken.²⁵⁶ 'The nature of the charge' en 'the nature and severity of the penalty' blijven de begrippen die in dat verband het bereik van art. 6 EVRM bepalen.

4.2.3 Meervoudigheid van sanctiedoelen

Op straftheoretisch niveau wordt de vormgeving van het Wetboek van Strafrecht in verband gebracht met het neo-klassieke gedachtegoed. Op grond van daaropvolgende ontwikkelingen in het denken over straffen wordt als *communis opinio* aanvaard dat aan het strafrechtelijk sanctiestelsel de zogenaamde verenigingstheorie ten grondslag ligt. Voor zover in dit geval daadwerkelijk van een alomvattende theorie kan worden gesproken, is in die gedachte de grondslag van het straffen gelegen in de vergelding van verwijtbaar begaan onrecht.²⁵⁷ Ten aanzien van de strafdoelen kenmerkt het Nederlandse strafrechtelijk sanctiestelsel zich door de meervoudigheid daarvan. Die meervoudigheid komt in het sanctiestelsel onder meer tot uitdrukking in de diversiteit van sanctiesoorten, zoals opgesomd in art. 9 Sr. De verenigingstheorie veronderstelt voorts dat meerdere strafdoelen bij de strafbeslissing een rol kunnen spelen. De Hullu citeert ter illustratie daarvan uit de wetsgeschiedenis van de Gratiwet en laat zien dat zowel conflictoplossing, vergelding, generale preventie, resocialisatie en beveiliging van de maatschappij worden nage-

253 EHRM 8 juni 1976, *ECHR Series A Vol. 22* (*Engel v. Netherlands*); EHRM 21 februari 1984, *ECHR Series A Vol. 73*, NJ 1988, 937 (*Oztürk v. Germany*).

254 EHRM 24 februari 1994, *ECHR Series A Vol. 248*, NJ 1994, 496 (*Bendenoun v. France*); EHRM 28 oktober 1999, nr. 26780/95, *RJ&D ECHR 1999-VII* (*Escoubet v. Belgium*). Zie ook: EHRM 28 juni 1984, *ECHR Series A Vol.* (*Campbell and Fell v. UK*).

255 EHRM 22 mei 1990, *ECHR Series A Vol. 177* (*Weber v. Switzerland*).

256 EHRM 9 oktober 2003, *RJ&D ECHR 2003*, 90 (*Ezeh and Connors v. UK*).

257 Bleichrodt 1996, p. 37-38. Sommigen zien de vergelding overigens tevens als doel van de straf, voor zover daarin de maatschappelijke functies van de straf, bijvoorbeeld publieke afkeuring en het temperen van onrustgevoelens tot uitdrukking komen. Zie: De Hullu 2002, p. 12-13.

streeft in de strafrechtstoepassing.²⁵⁸ De hierop gestoelde inrichting van het strafrechtelijk sanctiestelsel en de wijze waarop de toepassing er van dient te geschieden, wordt in het algemeen gezien als de resultante van twee belangrijke theoretische stromingen die (de toepassing van) het strafrecht hebben gekleurd: de Klassieke en Moderne Richting. Het (neo-)klassieke karakter van het Wetboek kan, in de visie van Van der Landen, worden opgemaakt uit de weerslag die het vormt van (rechts)beginselen als het schuldbeginnsel, het principe van proportionele vergelding, gelijkheid, openbaarheid (publiciteit) en vooral subsidiariteit en legaliteit. Zowel de bescherming van de burger tegen de overheid, als een vergroting van de doelmatigheid in de bestrijding van criminaliteit en het bieden van een rechtsgrond voor repressieve maatregelen van de overheid jegens de burger zijn in dat kader belangrijke ankerpunten geweest voor de wetgever.²⁵⁹ Bleichrodt verengt dit nog eens en karakteriseert het op de Klassieke Richting gestoelde sanctiestelsel van het Wetboek van 1886 als 'eenvoudig, relatief mild, retrospectief in de nadruk op de evenredigheid van de straf en de ernst van het feit en eenvormig in de wijze van tenuitvoerlegging'.²⁶⁰ Dit betekende een relatief eenvoudig systeem van drie hoofdstraffen, gevangenisstraf, hechtenis en geldboete, en enkele bijkomende straffen, waarin de nadruk lag op toepassing van de vrijheidsstraf. De Moderne Richting vulde het karakter en de inhoud van het strafrechtelijk sanctiestelsel aan. De Moderne Richting beschouwde de straf vooral als een instrument ter beveiliging van de maatschappij. Met het doel crimineel gedrag in de toekomst te voorkomen, moest de straf worden afgestemd op de persoon van de dader.²⁶¹ Naast een versterkte aandacht voor (onderzoek naar) de oorzaken van criminaliteit, leidde deze beweging tot verschillende wijzigingen in het sanctiestelsel: De invoering van de voorwaardelijke veroordeling en de vervroegde invrijheidstelling, de Psychopatenwetten en de differentiatie in de tenuitvoerlegging van de straffen zijn allen schatplichtig aan deze stroming.²⁶²

Het vorenstaande in ogenschouw nemende, kent het strafrechtelijk sanctiestelsel derhalve niet een enkel strafdoel, maar is zij gebonden aan- en verbonden met de geschiedenis van haar ontwikkeling, waarin juist de meervoudigheid van strafdoelen tot uitdrukking komt. Vergelding, normbevestiging, generale preventie, beveiliging van de maatschappij, conflictoplossing en resocialisatie spelen nu vrijwel altijd een rol in wetgeving en beleid, terwijl in recentere discussies, met de opkomst van de zelfstandige positie van het slachtoffer in het strafproces, nadrukkelijk de aandacht is gevraagd voor de belangen van herstel en genoegdoening binnen de praktijk van de straf-

258 De Hullu 2002, p. 10-11.

259 Van der Landen 1992.

260 Bleichrodt 2002, p. 92-94 en 96 (citaat). De Hullu 2002, p. 5-7.

261 Zie over de ontwikkelingen binnen de Moderne Richting Van der Landen 1992, Kooijmans 2002, Bleichrodt 2002.

262 Bleichrodt 2002, p. 95-96.

rechtspleging.²⁶³ De verenigingstheorie duidt vanuit wetgevingsperspectief op de inrichting van een sanctiestelsel waarin recht kan worden gedaan aan alle bij de straf betrokken belangen en vanuit het perspectief van de rechter op de principiële openheid ten aanzien van de te hanteren doelstellingen bij de straf. Van een aan het wettelijk sanctiestelsel ten grondslag liggende algemeen geldende straftheorie lijkt dan ook geen sprake te zijn, eerder van een rechtscultuur die ruimte geeft aan de vaak divergerende eisen zoals die uit de diverse strafdoeleinden voortvloeien. Voor de strafrechter is van belang dat bij de straftoemeting meerdere doelen kunnen en mogen meespelen, zonder dat binnen die categorie strafdoelen enige vorm van rangorde is aangebracht.²⁶⁴

De logische consequentie van een systeem waarin de meervoudigheid van strafdoelen vooropstaat, is een grote diversiteit van hoofd- en bijkomende straffen en de mogelijkheid voor de rechter de afweging te maken tussen de verschillende belangen die als gevolg hiervan een rol dienen te spelen bij de realisering van de straf door de rechter. De voortdurende uitbouw van dit systeem heeft tegelijkertijd de gevoelde noodzaak versterkt tot herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel, juist met als doel tegenover die toegenomen complexiteit de inzichtelijkheid en interne samenhang binnen het strafrechtelijk sanctiestelsel te bewaken en waar nodig te vergroten.²⁶⁵

4.2.4 Proportionaliteit

De meervoudigheid van strafdoelen en de betekenis van het strafbegrip hebben belangrijke systematische consequenties voor de inrichting van het sanctiestelsel. Daarnaast zijn zij van groot belang in verband met de voorwaarden waaronder de realisering van de straf plaatsvindt, hetgeen het voorgaande ook in de sleutel van de rechterlijke straftoemeting plaatst. De vorming van het strafbegrip in de rechtspraak van het EHRM vormt daarvan een van de meest pregnante voorbeelden. De Hullu wijst er voorts op dat de keuze voor een aanhouden van een onderscheid tussen straf en maatregel nogal eens instrumentalistisch van aard is, juist om eisen die traditioneel met het strafbegrip verbonden zijn buiten de deur te houden: draagkracht, proportionaliteit en een verband tussen bewezenverklaard feit en sanctie. Dat brengt ons bij enkele begrenzingen waarover, los van het principiële uitgangspunt van de meervoudigheid van strafdoelen, enige *communis opinio* lijkt te bestaan of en in hoeverre zij invulling en richting geven aan de straf of aan de sanctie.

263 Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 1984/85, 19 075, nr. 3, p. 15. Voor 'genoegdoening' zij verwezen naar Cleiren 2003; de herstelgedachte is in Nederland mooi geanalyseerd in: Van Stokkom (red.) 2004.

264 In deze zin o.m. Jonkers 1999; Van der Landen 1992, Kooijmans 2002; De Hullu 2002; Bleichrodt 2002.

265 Zie in dit verband: Balkema & Corstens 1986; Sancties in Perspectief 2000; De Hullu 2002, p. 5-7. Bleichrodt 2002, p. 94-96.

In de kern gaat het over vergelding als centrale grondslag en/of doelstelling van de strafrechtspleging als geheel en het straffen in het bijzonder en het verband dat in dat licht dient te bestaan tussen strafbaar feit, dader en straf. De wetgever hechtte duidelijk waarde aan de proportionaliteit als maatstaf bij de toepassing van de straf. Het ging immers ook om 'eene toebedeeling van de straf in juiste verhouding tot de betrekkelijke zwaarte der misdrijven (...)'.²⁶⁶ En ook in latere beleidsstukken komt de eis van proportionaliteit nadrukkelijk naar voren, zoals in de nota Sancties in perspectief.²⁶⁷ In relatie tot die proportionaliteit wordt ook het ultimum remedium karakter naar voren gebracht: Niet alleen dient in de toemeting van de straf te worden gezocht naar maatvoering met het oog op het delict en de overige omstandigheden, de toepassing van de straf zelf dient onderworpen te zijn aan regelen van subsidiariteit.²⁶⁸

Het aanvaarden van een beginsel als proportionele vergelding doet de vraag rijzen wat precies wordt vergolden. Is dat de persoonlijke schuld (in de zin van verwijtbaarheid) van de verdachte of richt de vergelding zich op iets anders, bijvoorbeeld de ernst van het feit? Of heeft de vergelding betrekking op beide aspecten, zoals de nota Sancties in Perspectief lijkt te veronderstellen waar wordt gesteld dat vergelding zowel een ethische dimensie heeft als een dimensie gericht op de handhaving van de rechtsorde?²⁶⁹ En welke betekenis komt in dat verband toe aan het begrip proportionaliteit? In welke zin vormt het begrip tevens een begrenzing?

Proportionaliteit als grondslag en doelstelling van de toepassing van de straf is in de afgelopen decennia een meer centrale rol gaan spelen in het wetenschappelijk en rechtspolitieke debat. Van groot belang daarbij is geweest de opkomst van de zogenaamde *just-deserts* theorie, die uitgaat van de 'verdiende straf' en in dat verband de nadruk legt op de betekenis van proportionaliteit als verdelend principe bij de toepassing van de straf.²⁷⁰ Ook in de Europese rechtsruimte geldt proportionaliteit als (begrenzend) criterium voor de toepassing van de straf, hetgeen een nadere duiding van dit begrip, ook in relatie tot de grondslagen en doelstellingen van het strafrechtelijk stelsel in Nederland, aangewezen maakt.

4.2.4.1 Straf naar de mate van schuld

Straffen wordt ook wel omschreven als vergelden van schuld, ofwel in de woorden van Bleichrodt: 'De grondslag van de straf is gelegen in vergelding van het verwijtbaar begaan onrecht'.²⁷¹ De schuld in de zin van verwijtbaarheid fungeert op deze plaats als voorwaarde voor toepassing van de straf,

²⁶⁶ Smidt I 1881, p. 137.

²⁶⁷ Sancties in Perspectief 2000.

²⁶⁸ Kelk 2007, p. 99.

²⁶⁹ Sancties in Perspectief 2000, p. 27.

²⁷⁰ Zie onder meer: Von Hirsch 1990; Von Hirsch & Ashworth 2005.

²⁷¹ Bleichrodt 1996, p. 37-38,

een uitvloeisel van het beginsel 'geen straf zonder schuld', zoals dat aan het stelsel ten grondslag ligt en in de rechtspraak van de Hoge Raad is aanvaard.²⁷² Deze straffunderingsschuld wordt ook wel onderscheiden van de straftoemetingsschuld, waarbij het vraagstuk aan de orde komt in hoeverre de schuld in bovengenoemde zin niet alleen een noodzakelijke voorwaarde vormt voor de toepassing van straf (dus legitimeert), maar die straf ook limiteert. De straf zou in die visie bepaald worden door de mate van schuld. Deze visie wordt in ieder geval niet door de Hoge Raad gedeeld: de stelling vindt in geen rechtsregel steun.²⁷³ In de literatuur wordt deze opvatting van de Hoge Raad evenwel bestreden, waarbij zowel wetshistorische en straftheoretische argumenten als meer systematische argumenten naar voren worden gebracht en zich, in de woorden van Hofstee, een scheiding voltrekt tussen pragmatici en dogmatici.²⁷⁴ De dogmatische visie op de schuld als begrenzing van de straf kan worden herleid tot de hierboven gememoreerde klassieke opvatting van straf als vergelding van schuld. In die vergelding ligt de grondslag en de grens van het straffen. Het verband tussen straf en schuld veronderstelt om die reden ook een straf naar de mate van schuld – datgene dat vereffend dient te worden. Leijten is in dat verband van mening dat uit het schuldbeginsel zelf reeds voortvloeit dat de straf de schuld niet te boven mag gaan: wanneer dat het geval is, zal de straf in ieder geval voor dat gedeelte niet meer worden 'gedekt' door de schuld en mitsdien in strijd komen met het beginsel 'geen straf zonder schuld'.²⁷⁵ Een systematische relativering van het standpunt van de Hoge Raad kan worden gemaakt door te kijken naar de verhouding tussen de strafmaxima bij doleuze en culpose delicten. Daaruit blijkt dat de aard en intensiteit van de schuld in brede zin van belang is. Hofstee wijst er voorts op dat de wetsgeschiedenis in het geheel niet eenduidig is over de afwijzing van 'straf naar de mate van schuld'.²⁷⁶ Tegenover deze dogmatische argumenten staat de visie op het straffen die uitgaat van een andere grondslag van de straf en een breder palet aan doelstellingen dat met het straffen wordt nagestreefd. Waar meerdere doelstellingen een rol spelen, is het verband tussen vergelding en schuld en delict en straf minder prominent aanwezig, minder noodzakelijk ook. De aanvaarding van een bovengrens bij de straf die wordt bepaald door de schuld zou in deze visie kunnen leiden tot een miskenning van de overige bij de straf te realiseren doelstellingen. Deze visie doortrekkend, wordt het beginsel *straf* naar de mate van schuld in een stelsel dat is gebaseerd op een onderscheid tussen straf en maatregel ook verdedigd, ook al is het begrip schuld in zichzelf problematisch en niet eenvoudig te concretiseren.²⁷⁷

272 HR 14 februari 1919, NJ 1916, p. 681 (Melk en Water).

273 HR 24 juli 1967, NJ 1969, 63.

274 Hofstee 1987, p. 205-207.

275 In zijn conclusie bij HR 4 juni 1985, NJ 1986, 95.

276 Hofstee 1987, p. 197-201.

277 In deze zin bijvoorbeeld: Enschedé in zijn annotatie bij HR 24 juli 1967, NJ 1969, 63 en Kooijmans 2002, p. 34-35.

4.2.4.2 Proportionele vergelding: de verhouding tussen schuld en wederrechtelijkheid

De discussie over de afstemming van de straf op de mate van schuld heeft belangrijke dwarsverbanden met het (bredere) vraagstuk van proportionaliteit als begrenzing van de straf. Dat verband blijkt reeds uit de dogmatiek omtrent het leerstuk van de culpa, op grond waarvan moet worden vastgesteld dat de vaststelling van de verwijtbaarheid niet los kan worden gezien van de wederrechtelijkheid. Het leggen van accenten binnen dat kader is evenwel mogelijk. De Hullu stelt in dat verband dat de vergelding vooral dient te worden gerelateerd aan de ernst van het feit – een term die in feite invulling blijkt te geven aan de verhouding tussen verwijtbaarheid en wederrechtelijkheid (zie nader over het begrip ‘ernst van het feit’ § 3.3.6.2). De mate van verwijtbaarheid is in dat kader niet beslissend, aldus De Hullu, maar kan binnen de grenzen van de objectieve en subjectieve bestanddelen van de delictsomschrijving doorwerken aan de hand van de persoon van de verdachte en diens omstandigheden.²⁷⁸ Hoewel daarmee niet kan worden uitgesloten dat de schuld (mede) de bovengrens van de straf bepaalt, krijgt de schuld hiermee als strafbepalende factor een meer relatieve functie. In deze zin lijkt ook de rechtspraak van de Hoge Raad dienen te worden begrepen, waar hij stelt dat ‘de mate van schuld niet de enige factor is die de rechter in acht behoort te nemen, doch dat hij ook rekening kan houden met andere omstandigheden van feitelijke aard, zoals de schok die een ernstig misdrijf in de rechtsorde heeft teweeggebracht en de generaal en speciaal preventieve werking welke van een dergelijke straf uitgaat.’²⁷⁹ De relatie tussen schuld in de zin van verwijtbaarheid en wederrechtelijkheid maakt dat ook in relatie tot de betekenis van proportionaliteit, belang moet worden gehecht aan begrippen als de ernst van het feit en de persoon en persoonlijkheid van de dader, begrippen die materieelrechtelijk van belang zijn voor de strafbeslissing.

Het voorgaande neemt niet weg dat het probleem van proportionaliteit (hetzij gericht op de schuld, hetzij op de ernst van het feit, hetzij op beiden), een probleem van inschalen is – het betreft altijd een oordeel over de relatieve ernst. Om die reden is de theoretische uitbouw van het proportionaliteitsbeginsel zo gericht op de criteria die invulling kunnen geven aan die inschaling.²⁸⁰

²⁷⁸ De Hullu 2002, p. 13-14.

²⁷⁹ HR 15 juli 1985, NJ 1986, 184.

²⁸⁰ In dit verband kiezen Von Hirsch en Ashworth voor ‘ordinale’ en ‘cardinale’ schaalverdelingen: de ordinale schaal houdt verband met de relatieve ernst van strafbare feiten ten opzichte van elkaar, de cardinale schaal heeft betrekking op het vaststellen van het absolute niveau van zwaarte van het sanctiestelsel. Zie: Von Hirsch 1995; Von Hirsch & Ashworth 2005, p. 137-148.

De werking van het proportionaliteitsbeginsel in het Nederlandse strafrecht is evenwel vooral begrenzend. Aanwijzingen hiervoor zijn bijvoorbeeld te ontlelen aan het Goldflake-arrest.²⁸¹ Formeel gesproken was er sprake van motiveringsgebrek, maar ook annotator Pompe kan zich niet aan de indruk onttrekken dat in dit geval de straf 'exorbitant' hoog was en dat de Hoge Raad zich 'eenigermate in der beoordeling der feiten' mengde. De rechtspraak van het EHRM bepaalt eveneens dat proportionaliteit in ieder geval als limiterend beginsel een rol speelt, terwijl ook het Hof van Justitie en het Handvest van Grondrechten (waarvan de status onduidelijk is) adhesie betuigen aan het beginsel van proportionaliteit.²⁸² Ook in de eerder besproken Aanbeveling van de Raad van Europa (zie § 2.3.2) wordt het proportionaliteitsbeginsel prominent naar voren gehaald.²⁸³

4.3 HET SANCTIESTELSE EN HET STELSEL VAN STRAFPOSITIES

4.3.1 *Straffen en maatregelen*

Een belangrijk constitutief element van het wettelijk sanctiestelsel vormt het twee-sporenstelsel, dat berust op een (principeel) onderscheid tussen straffen en maatregelen. In het algemeen wordt dit onderscheid gebaseerd op een verschil in grondslag en doelstelling tussen de beide sancties. Waar de straf, kort gezegd, vergelding (van schuld) is en bestaat uit bewuste leedtoevoeging, vindt de maatregel zijn rechtvaardiging in de gevaarlijkheid of de maatschappelijke schade en richt het zich primair op doelen als de bescherming van de maatschappij of het herstel in de (rechtmatige) toestand zoals deze bestond voordat het strafbare feit plaatsvond. Leedtoevoeging staat daarbij niet voorop (maar kan zeer wel een gevolg zijn van de oplegging van een maatregel). Belangrijk is voorts dat de schuld niet alleen als voorwaarde voor de oplegging van een straf wordt gezien (en derhalve de straf legitimeert), maar ook als de begrenzing daarvan. De schuld legitimeert én limiteert de bestraffing. Bij de maatregel is dit (op het beginsel van proportionaliteit terug te voeren) verband tussen schuld, de ernst van het feit en de sanctie veel minder duidelijk en vormt het strafbare feit veel meer de aanleiding voor oplegging van de sanctie. Beperkingen in de sfeer van de proportionaliteit zijn als zodanig niet met de idee van de maatregel verbonden. Hoewel op verschil-

281 HR 25 februari 1947, NJ 1947, 161.

282 EHRM 2 maart 1987, nr. 9787/82, ECHR Series A Vol. 114 (*Weeks v. UK*); EHRM 19 februari 1997, RJ&D ECHR 1997-1 (*Laskey, Jaggard and Brown v. UK*); HvJ EG 11 november 1981, nr. 203/80, Jur. 1981, p. 2595 (Casati). Het Handvest van Grondrechten van de Europese Unie stelt in art. VI-49 lid 3: 'De zwaarte van de straf mag niet onevenredig zijn aan het strafbare feit.' Over de betekenis van deze bepaling en de vraag of daarmee iets anders wordt bedoeld dan hetgeen op grond van genoemde jurisprudentie kan worden aangenomen, zie: Van Zyl Smit & Ashworth 2004.

283 Raad van Europa 1992, A.4.

lende terreinen, bijvoorbeeld op het gebied van de vrijheidsstraf en de tbs, het onderscheid tussen straf en maatregel niet meer zo helder is en dogmatisch gezien ter discussie staat, geldt het onderscheid nog steeds als maatgevend voor de onderverdeling van sancties binnen het sanctiestelsel.²⁸⁴

4.3.2 *Hoofd- en bijkomende straffen*

In artikel 9 lid 1 sub a en b Sr worden de straffen onderverdeeld in hoofd- en bijkomende straffen. Dit onderscheid is terug te voeren tot de afwijzing van de oorspronkelijke koppeling van bepaalde vrijheidsstraffen aan het van rechtswege vervallen van burgerlijke en staatkundige rechten en bevoegdheden. Die koppeling is in het Wetboek van Strafrecht van 1886 losgelaten, maar creëerde wel de wens om naast deze vrijheidsstraffen te voorzien in een aantal ontterende straffen die weliswaar niet van rechtswege bij de oplegging van een vrijheidsstraf zouden intreden, maar waarvan het wel wenselijk werd geacht dat de rechter de mogelijkheid zou hebben deze in voorkomende gevallen op te leggen. Aldus ontstond het onderscheid tussen de hoofdstraffen en de (daarbij komende) bijkomende straffen.²⁸⁵ De hoofdstraffen (gevangenisstraf, hechtenis, taakstraf en geldboete) kunnen thans zowel afzonderlijk als in combinatie met elkaar worden opgelegd. Het oorspronkelijke verbod van cumulatie van hoofdstraffen is in 1995 komen te vervallen.²⁸⁶

De bijkomende straffen (ontzetting van bepaalde rechten, verbeurdverklaring en de openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak) kunnen slechts worden opgelegd indien de wet dit uitdrukkelijk vermeldt (zie bijvoorbeeld art. 339 Sr). Oorspronkelijk konden, als gezegd, bijkomende straffen slechts in combinatie met een hoofdstraf worden opgelegd. Met de inwerkingtreding van de Wet vermogenssancties is evenwel bepaald dat, in samenhang met het invoeren van art. 9a Sr (rechterlijk pardon), de rechter kan volstaan met de oplegging van enkel een bijkomende straf.²⁸⁷ Dit is thans neergelegd in art. 9 lid 5 Sr. Het onderscheid tussen hoofd- en bijkomende straffen heeft daarmee voor de praktijk geen functie meer.²⁸⁸ Zowel de opheffing van het cumulatieverbod als de mogelijkheid tot het zelfstandig opleggen van een bijkomende straf hebben de armslag van de rechter bij de keuze voor de strafsoort(en) aanzienlijk verruimd, zonder evenwel nadere criteria te geven die van belang kunnen zijn bij de bepaling van de (combinatie van de) strafsoort(en).

284 Voor de discussie over het (dogmatisch) onderscheid tussen straf en maatregel, zie o.m.: Van der Landen 1992; De Hullu 2002; Bleichrodt 2002; Kooijmans 2002.

285 Zie bijvoorbeeld Mevis 1997, p. 8-11.

286 Wet van 21 december 1994, Stb. 1995, 32.

287 *Kamerstukken II* 1977/78, 15 012, nr. 3, p. 38-39.

288 De Hullu 2002, p. 61. In gelijke zin: Bleichrodt 2002, p. 121.

4.3.3 Voorwaardelijke straf

Artikel 14a lid 1 en 3 Sr bepaalt dat alle hoofd- en bijkomende straffen geheel of gedeeltelijk voorwaardelijk worden opgelegd. Dat houdt in dat de rechter bepaalt dat een door hem opgelegde straf geheel of gedeeltelijk niet zal worden tenuitvoergelegd. Daarvoor geldt een proeftijd (art. 14b Sr) en kunnen aan de voorwaardelijke strafoplegging voorwaarden worden verbonden (art. 14c Sr). Deze zijn deels specifiek in de wet omschreven (art. 14c lid 2 sub 1-4), maar kunnen tevens onder de restcategorie vallen van voorwaarden die het gedrag van de veroordeelde betreffen (art. 14c lid 2 sub 5). Met name die laatste categorie is een kapstok gebleken voor allerlei vormen van (alternatieve) sancties en een grote diversiteit in voorwaarden waaraan de veroordeelde zich dient te houden, zoals straatverboden, medische ingrepen en aanwijzingen van de reclassering. Het spreekt voor zich dat de vrijheid van de rechter, maar ook de noodzaak deze in overleg met het OM en de reclassering in te vullen, groot is.²⁸⁹

4.3.4 Begrenzers: het stelsel van strafposities en de strafbedreiging

In het stelsel van strafposities, de wijze waarop de strafbedreiging in de wet is omschreven, lijkt de ontwikkeling in de theoretische gedachtevorming zoals die hierboven werd beschreven duidelijk terug te komen. Wezenlijke kenmerken van het huidige wetboek waren echter al terug te vinden in het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland, dat gold tussen 1809 en 1810, het jaar waarin de Code Pénal in werking trad.²⁹⁰ De kern van het stelsel van strafposities in het Wetboek van Strafrecht van 1886 was het systeem van bijzondere strafmaxima en een algemeen strafminimum, waarbij het maximum van de vrijheidsstraf haar begrenzing vond in twintig jaar gevangenisstraf en het algemene minimum werd gesteld op één dag vrijheidsbeneming. Geldboetes werden eveneens binnen ruim gestelde kaders, categorieën, omschreven. Zoals Mevis terecht opmerkt, week Nederland in dat opzicht af van de trend die zich in de landen om ons heen aftekende.²⁹¹ Het Duitse stelsel bij-

289 De voorwaardelijke veroordeling is uitputtend beschreven en geanalyseerd door: Bleichrodt 1996.

290 In de geschiedenis van het nationale strafrecht neemt dit wetboek een belangrijke plaats in. Het Wetboek, dat slechts zeer korte tijd in Nederland heeft gegolden, legde reeds de fundamenteën voor de bestaande rechterlijke vrijheid. De kennis over het ontstaan en de inhoud van dit wetboek is in belangrijke mate gebaseerd op twee werken: de uitgave van J.M. Kemper uit 1809 van het Crimineel Wetboek, voorzien van enige inleidende beschouwingen en commentaren, (Kemper 1809) en de rechtshistorische studie naar het Crimineel Wetboek van Van Binsbergen, zie: Van Binsbergen 1949. Uit deze geschriften wordt duidelijk dat het Crimineel Wetboek juist ten aanzien van de straftoemeting door de rechter een andere koers insloeg, een koers die in het licht van de kort daarvoor in gang gezette codificatiebeweging van het strafrecht opmerkelijk kan worden genoemd.

291 Mevis 2003, p. 26.

voorbeeld, dat vooral voor de dogmatische ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van groot belang is (geweest), voorzag toen reeds in specifieke minimumstraffen. Dit beperkte de bandbreedte waarbinnen de strafbeslissing van de rechter zich diende te bevinden. Bij de algehele hercodificatie van het Wetboek van Strafrecht dat was gebaseerd op de Code Pénal van 1810 stond de wetgever voor de keus voort te borduren op het bestaande stelsel, waarin werd voorzien in specifieke strafminima en waarbinnen zich een (deels buitenwettelijke) praktijk van strafverzachtende omstandigheden had ontwikkeld, of hiermee te breken. Theoretische en praktische bezwaren tegen het stelsel van specifieke strafminima hebben de Nederlandse wetgever uiteindelijk doen besluiten een andere weg in te slaan. Enerzijds was men, op grond van de ervaringen met de Franse wetboeken, tot de conclusie gekomen dat specifieke minimumstraffen in voorkomende gevallen tot onrechtvaardige resultaten konden leiden, óók indien een dergelijk stelsel voorzag in wettelijke vastgelegde verzachtende omstandigheden die het mogelijk maakten onder het vastgestelde minimum te duiken. In bepaalde gevallen zou dit zelfs hebben geleid tot een oneigenlijk, of in ieder geval een zeer ruimhartig gebruik van de wettelijk verankerde verzachtende omstandigheden.²⁹² De mogelijkheid dat de rechter zich in deze gevallen op humanitaire gronden tegen de wet zou keren, werd logischerwijs als zeer onwenselijk beschouwd. Bovendien bleek men van oordeel dat de omschrijving van het strafminimum moest zijn georiënteerd op de lichtst denkbare vorm waarin het delict kon worden gepleegd.²⁹³ Een stelsel van specifieke, vaak hoge minimumstraffen in combinatie met een stelsel van verzachtende omstandigheden verhiel zich slecht hiermee, een dergelijk stelsel is vanuit dat perspectief in ieder geval theoretisch inconsistent. Ook de praktische onmogelijkheid de gevallen te omschrijven waarin bijzondere omstandigheden zich zouden kunnen voordoen die een doorbreking van het minimum rechtvaardigden, vormde een belangrijk argument tegen de invoering van specifieke minimumstraffen. Het stelsel van strafposities biedt de rechter derhalve op grond van theoretische en praktische overwegingen een ruime bandbreedte om de strafmaat te bepalen.

Volgens velen wordt het humane karakter van het Nederlandse strafrecht tot uitdrukking gebracht in de beschreven ruime bandbreedte voor de rechter. De vraag is echter of de afschaffing van het stelsel van minimumstraffen in het Nederlandse strafrecht daarmee voldoende wordt verklaard. Hierboven bleek dat ook rechtspolitieke argumenten en opvattingen over de mogelijkheden van de wet (in ieder geval op de achtergrond) een rol hebben gespeeld.

292 Van der Hoeven 1875, p. 37. Pols 1879, p. 30-33. Hieruit blijkt dat zich naast de wet een daarvan afwijkende praktijk ('praxis') had ontwikkeld die er op gericht was te voorkomen dat de rechter zich zou binden aan de wet indien 'het summum jus eene summa injuria na zich zoude slepen'.

293 Modderman, geciteerd in: Smidt I 1891, p. 154-155.

Mevis stelt bijvoorbeeld dat het toekennen van vrijheid door de wetgever aan de rechtsprekende macht en het Openbaar Ministerie 'een door pragmatisme ingegeven wezenskenmerk van het Nederlandse strafrecht' is.²⁹⁴ De schrijver wijst in dat kader bijvoorbeeld op de rol die de rechtspraak heeft gespeeld bij de invulling van begrippen als causaliteit, daderschap en opzet. Dat wezenskenmerk laat zich tevens zien bij nadere bestudering van de verhouding tussen de bijzondere criteria voor strafbaarheid zoals deze zijn neergelegd in de delictsomschrijvingen en de criteria voor de straftoemeting. Daarnaast dient men ten aanzien van de doelstellingen van de bestraffing een ander voorbehoud te maken. Een eenzijdige oriëntatie op de persoon van de dader als grondslag voor de wettelijke regeling van de straftoemeting miskent immers de (neo-klassieke) achtergrond van de wet, welke zich juist oriënteert op de rechtszekerheid en evenredigheid van – en rechtseenheid in de bestraffing.

In de strafbedreiging, die deel uitmaakt van de wettelijke strafbepaling, wordt aangegeven binnen welke specifieke grenzen een straf kan worden opgelegd. Het stelsel van strafposities geeft aan op welke wijze de strafwet voorziet in de omschrijving van minimum- en maximumstraffen. Diverse soorten stelsels zijn in dit verband denkbaar. Bekend en berucht is het (oude Franse) stelsel van absolute strafposities. Een dergelijk stelsel verleent de rechter geen enkele ruimte bij de bepaling van de straf. De wet schrijft in dergelijke gevallen de straf voor die in het individuele geval dient te worden opgelegd. Absolute zekerheid omtrent de strafoplegging vormde daarvoor het uitgangspunt. Strafminima en strafmaxima bestonden in de zin waarin deze hier worden besproken dan ook niet. In reactie daarop ontstonden, ook in Nederland, systemen waarbinnen de ruimte voor de rechter weer werd teruggewonnen. Van een stelsel van absolute strafbedreigingen evolueerde het naar een stelsel waarbinnen de wet de minimale en maximale straffen bepaalde en de rechter binnen deze grenzen de keuze werd gelaten voor een passende straf. Het systeem van de Nederlandse strafwet laat thans zien dat de strafmaxima voor de tijdelijke vrijheidsstraffen per delict zijn bepaald, maar de in art. 10 Sr genoemde grens van dertig jaar niet te boven mogen gaan. Ten aanzien van de minima gelden geen delictspecifieke bepalingen, maar wordt een algemeen minimum voorgeschreven van één dag gevangenisstraf of hechtenis (art. 10 lid 2 en art. 18 Sr) en drie euro geldboete (art. 23 lid 2 Sr). De strafbedreigingen in de strafbepalingen geven bijgevolg aan tot welk maximum de rechter bij de bepaling van de strafmaat kan gaan.

294 Mevis 2003, p. 26.

4.3.4.1 Strafmaxima

De functie van het strafmaximum valt grofweg uiteen in de betekenis die het heeft voor de systematiek voor het stelsel van straf(proces)recht en voor de beslissing van de rechter in individuele gevallen.²⁹⁵ Beiden houden evenwel verband met de opvatting van de wetgever over de (relatieve) ernst van het delict, waarvan het strafmaximum de belangrijkste uiting is. Het algemeen strafminimum heeft in zoverre geen systematische functie, maar vormt, zo zal blijken, de uitdrukking van de complexe gedachte dat de ernst van de gepleegde strafbare feiten dusdanig kan zijn dat daarvoor weliswaar een straf dient te worden opgelegd, maar waarvoor *in abstracto* geen passend minimum voor lijkt te kunnen worden bepaald. Voor die gevallen geldt dus de lichtst denkbare en bepaalbare sanctie, waarvan nog wordt gesteld dat deze het karakter van een straf bezit, te weten een dag vrijheidsstraf en een boete van drie euro.

Uit oogpunt van wetssystematiek is het strafmaximum als ijkpunt voor de relatieve ernst van het delict van belang voor de bepaling van de onderlinge verhouding tussen de delicten. In de verhoudingen daartussen dient een consistent en rationeel bepaalbaar patroon terug te vinden zijn. Zo oordeelde althans de minister van Justitie bij de indiening van het Wetsvoorstel geldboetecategorieën.²⁹⁶ Het was ook deze opvatting die ten grondslag lag aan het verzoek van de wetgever tot inventarisatie van de wettelijke strafmaxima en de verschuivingen die zich hebben voorgedaan in de uitgangspunten die gelden of golden bij de vaststelling daarvan. Deze motie die uiteindelijk heeft geresulteerd in een daarop gericht onderzoek naar de systematiek van de wettelijke strafmaxima van De Hullu, Koopmans en De Roos, een onderzoek dat uiteindelijk de opmaat bleek te zijn voor een omvangrijk wetgevingstraject, leidende tot de Wet herijking strafmaxima.²⁹⁷ Binnen de maxima voor de verschillende strafsoorten spelen de maxima voor de vrijheidsstraffen voorts de meest prominente rol: die indeling is in de meeste gevallen bepalend voor de maxima van de overige strafsoorten. Een voor de hand liggende methode voor de indeling van strafmaxima kwam naar voren in het regeringsstandpunt naar aanleiding van het genoemde rapport van De Hullu, Koopmans en De Roos: de indeling en vergelijking van strafmaxima geschiedde door bepaalde delicten als uitgangspunt te nemen en vervolgens, tegen de achtergrond van bestaande maatschappelijke opvattingen over de strafwaardigheid van bepaalde gedragingen, de verhouding na te gaan van

295 Men zou de betekenis van het strafmaximum ook kunnen zien in het licht van de strafdoelen. Het strafmaximum zou dan een afschrikwekkende, preventieve werking hebben.

296 *Kamerstukken II* 1983/84, 15 012, nr. 3, p. 29.

297 De Hullu, Koopmans & De Roos 1999. Wet van 22 december 2006, Stb. 2006, 11 (i.w.tr. op 1 februari 2006).

deze delicten tot andere (gelijksoortige) delicten.²⁹⁸ Een ander belangrijk systematisch aspect dat is gerelateerd aan de wettelijke strafmaxima is de verhouding tot de toepassing van bepaalde dwangmiddelen en het opleggen van buitengerechterlijke 'sancties', zoals de strafbeschikking en in de periode daarvoor de transacties. Het Wetboek van Strafvordering geeft aan in welke gevallen toepassing van voorlopige hechtenis is toegestaan (art. 67 Sv): dat is mede gerelateerd aan de ernst van het delict, tot uitdrukking komend in het wettelijk strafmaximum. Ook de transactiegrens (art. 74 Sr) en de oplegging van een strafbeschikking (het nog in werking te treden art. 257a Sv) zijn verbonden met de in het wettelijk strafmaximum tot uitdrukking komende ernst van het delict. Het wettelijk strafmaximum heeft dan ook verdergaande systematische consequenties dan alleen ten aanzien van de indeling van de strafbedreigingen en de relatieve ernst van de delicten.

Aangenomen moet worden dat het wettelijk strafmaximum daarnaast van belang is voor de beslissing van de rechter in individuele gevallen. In de eerste plaats biedt het immers de absolute bovengrens van de op te leggen straf (in geval van de tijdelijke gevangenisstraf en de overige strafsoorten, de tbs valt hier vanzelfsprekend buiten). Daarnaast zou het strafmaximum, als algemene indicator van de ernst van het delict, voor de beslissing van de rechter een indicatie geven van de ernst van het gepleegde feit. Die gevolgtrekking lijkt logisch, maar moet bijvoorbeeld vanwege het feit dat het strafmaximum vrijwel nooit daadwerkelijk wordt opgelegd, worden gerelativeerd.²⁹⁹ In beperkte zin opgevat zou het strafmaximum dan ook slechts relevant zijn voor de bepaling van de strafmaat bij de meest ernstige vormen van het delict. Voor het overige zou dan de betekenis van de strafmaxima vooral op systematisch niveau liggen, als vergelijkingsmaatstaf voor de onderlinge verhouding in ernst van de delicten.

Nader onderzoek lijkt gezien het bovenstaande benodigd om bij de bepaling van de strafmaat de precieze verhouding vast te stellen tussen de algemene ernst van het delict, tot uitdrukking komend in de maximumstraf, en de ernst van het bewezenverklaarde feit. Vanuit dat perspectief biedt de recent in werking getreden Wet herijking strafmaxima in potentie een belangrijk aanknopingspunt.³⁰⁰ Een korte excursie naar de ratio achter (delen van) de Wet herijking strafmaxima kan dit verduidelijken. Een vraag die speelde betrof de betekenis van de verhoging van strafmaxima voor de straftoemetingspraktijk: werd beoogd ook verhoging daarin (zowel van het strafforderingsbeleid als de straftoemetingspraktijk) te bewerkstelligen of niet? In de toelichtingen op

298 Zie hierover o.m.: *Kamerstukken II 1999/2000 26 800 VI*, nr. 66, p. 1; *Kamerstukken II 2001/02*, 28 848, nr. 3.

299 Zie in dit verband ook het gedachte-experiment in: Schuyt 2005. Wat zou er gebeuren wanneer er geen maxima zouden zijn?

300 Wet van 22 december 2005, Stb. 2006, 11 (i.w.tr. op 1 februari 2006).

het wetsvoorstel wordt, in antwoord op daarop gerichte vragen, gesteld dat de verhoging van de bedoelde strafmaxima niet tevens een verhoging van de strafmaat in individuele gevallen behoeft te impliceren. Zij kan, aldus de minister, evengoed of zelfs beter worden verstaan als een reactie van de wetgever op maatschappelijke tendensen en een geleidelijke verhoging van de strafmaat in de strafrechtspraktijk en in zoverre zou zij eerder responsief dan directief van karakter zijn.³⁰¹ Dat is op zichzelf een aanvaardbare argumentatie, die in de kern gerelateerd is aan de systematische betekenis van het stelsel van strafmaxima, ware het niet dat in veel gevallen (óók bij de delicten waar een verhoging van het strafmaximum plaatsvond) het bestaande strafmaximum nooit wordt gehaald. Meer of andere informatie daarover verschaft het wetsvoorstel in ieder geval niet en het is jammer dat het onderzoek naar de wettelijke strafmaxima (dat was gericht op een systematische ordening van de ijkpunten van die strafmaxima en hun onderlinge verhouding) niet vergezeld is gegaan van een onderzoek naar de betekenis daarvan in en voor de praktijk. De strafmaatverhogingen uit de rechtspraktijk lijken in dat kader dan ook op zichzelf weinig zelfstandige betekenis te (kunnen) hebben voor een herijking van de wettelijke strafmaxima. Andere overwegingen moeten dan ook wel een rol spelen. Indien wordt uitgegaan van enig verband tussen het wettelijk strafmaximum en de bepaling van de strafmaat in individuele gevallen, kan het bijna niet anders dan dat tevens wordt beoogd een signaal af te geven dat niet alleen van wetssystematisch van belang is en zich niet alleen tot de maatschappij, maar ook tot de rechter richt. De toegenomen maatschappelijke afkeuring van crimineel gedrag vertaalt zich immers dan niet slechts meer in een verhoging van de strafmaat binnen de grenzen van de bestaande strafbedreigingen, maar tevens in hogere strafmaxima: een breder en indringender signaal waaraan de rechter ook los van de strafmaatverhogingen in de praktijk omwille van de legitimiteit van het rechterlijk oordeel tegemoet zal lijken te moeten komen.³⁰²

De relativering van de betekenis van de wettelijke strafmaxima voor de bulk van strafbare feiten komt in een andere paragraaf, waar wordt gesproken over de wettelijke criteria voor de strafbeslissing, nader aan de orde.³⁰³ Daar zal tevens worden ingegaan op de wettelijke voorschriften ter verhoging en verlaging van de toe te passen strafmaxima, een vraagstuk dat hier niet aan de orde wordt gesteld.

301 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 484, nr. 7, p. 3.

302 Hierbij wordt buiten beschouwing gelaten de verhogingen van strafmaxima die het gevolg zijn van de wens tot ruimere toepassingsmogelijkheden van (catalogi van) dwangmiddelen.

303 Zie § 4.3.6.

4.3.4.2 Delictspecifieke strafminima

Met betrekking tot de bepaling van de strafmaat heeft de wetgever de rechter een grote vrijheid gelaten door in plaats van een systeem van delictspecifieke strafminima (eventueel in combinatie met wettelijke strafverminderingsgronden) te kiezen voor één algemeen geldend strafminimum van één dag gevangenisstraf en, thans, drie euro geldboete. Daarmee is uitdrukking gegeven aan de wens de mogelijkheid open te houden om ook in de lichtst denkbare gevallen de lichtst mogelijke straf op te kunnen leggen. In de (veel geciteerde) woorden van Modderman: 'Gelijk men bij het stellen van het maximum het oog moet vestigen op het zwaarste geval, zoo moet men omgekeerd bij het stellen van het minimum, denken aan het lichtste geval.'³⁰⁴ Deze argumentatie vormde in feite het eindpunt van een ontwikkeling die was ingezet met geleidelijke wijzigingen op de Code Pénal van 1810. Het absolutistisch karakter van de Franse wetgeving heeft lange tijd zijn invloed doen gelden op het Nederlandse strafrechtstelsel. Mede daardoor bleven voor bepaalde categorieën van strafbare feiten specifieke strafminima bestaan. Op humanitaire en pragmatische gronden volgde echter correctie op correctie. Naast de aanvankelijk absolute strafbedreigingen ontwikkelde zich in de loop der jaren dan ook een stelsel van verzachtende omstandigheden, dat de rechter de gelegenheid bood beneden het bedreigde minimum te gaan of alternatieve of facultatieve straffen op te leggen, niet alleen in gevallen in de wet voorzien, maar ook in gevallen daarbuiten.³⁰⁵ Tegen deze achtergrond stond men bij de algehele hercodificatie van het wetboek van strafrecht, uiteindelijk ingezet door de Staatscommissie onder voorzitterschap van De Wal (1870), voor de keus het stelsel van specifieke strafminima in combinatie met dat van verzachtende omstandigheden af te schaffen óf verder uit te werken en te perfectioneren. In diezelfde periode werd in een tweetal preadviezen aan de NJV het onderwerp besproken door Van der Hoeven en Fockema Andreae, waarbij de vraag werd gesteld of de geldende (specifieke) strafminima verlaagd dienden te worden in combinatie met afschaffing van het stelsel van verzachtende omstandigheden.³⁰⁶ Het beeld dat daarin naar voren kwam van dat stelsel was allerm minst vleierend. Met name Van der Hoeven laat zien dat, als gevolg van de veranderingen in de wet en de toepassing daarvan, de rechter *de facto* vrij was beneden de gestelde strafminima te gaan: naast de wet blijkt zich een daarvan afwijkende straftoemetingspraktijk te hebben ontwikkeld waarin de rechter zich niet laat binden in gevallen waarin "het summum jus eene summa injuria na zich zoude slepen".³⁰⁷ Een te strenge strafwet wordt in de praktijk getemperd door

304 Smidt I 1881, p. 154.

305 Hierover o.m.: Van Hamel/Van Dijk 1927, p. 546 ev.

306 Van der Hoeven 1875, p. 34-62 en Fockema Andreae 1875, p. 63-87.

307 Van der Hoeven 1875, p. 37. Zie ook Pols 1879, p. 30-33, waarin de schrijver wijst op enkele treffende voorbeelden waaruit een zich naast en in afwijking van de wet ontwikkelende *praxis* blijkt, zijns inziens terecht omdat deze meer in overeenstemming zou zijn met 'het strafrecht der rede, de vrucht van de levende rechtsovertuiging'.

een ruimhartig gebruik van het stelsel van verzachtende omstandigheden, zo blijkt, en schept het probleem dat de rechtsprekende macht zich in wezen tegen de wet keert, althans daarvan een oneigenlijk gebruik maakt. Dit hangt samen met een onvolmaaktheid en theoretische inconsistentie van het stelsel van verzachtende omstandigheden: een wettelijk minimum zal geschreven moeten zijn met het oog op het lichtst denkbare geval, hetgeen juist het bestaan van wettelijke verzachtende omstandigheden overbodig maakt.³⁰⁸

De wijze waarop de minima in de strafwet zouden moeten zijn omschreven, vormt sinds enige jaren weer een onderwerp dat de aandacht trekt. Een toegenomen beweging tot harmonisering van de verschillende strafrechtstelsels binnen de Europese Unie, alsmede een verschuivende nationale context van het debat over (de hoogte van de) strafbedreigingen en de strafoplegging in individuele gevallen lijken de betrekkelijke stilte rondom dit aspect van de structuur van de strafbedreiging te verstoren.³⁰⁹ Vanzelfsprekend raken dergelijke voorstellen de vrijheid van de rechter. De ruimte voor de vaststelling van de strafmaat is binnen een stelsel van minimumstraffen immers kleiner dan binnen het huidige Nederlandse stelsel.

In de discussie over de eventuele invoering van delictspecifieke minimumstraffen spelen diverse soorten argumenten een rol. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat het Wetsvoorstel invoering minimumstraffen voor moord en doodslag, alsmede zijn (ingetrokken) voorganger,³¹⁰ vooral worden en werden ingegeven door een vermeend gevoel van lankmoedigheid in de rechterlijke straftoemtingspraktijk. De invoering van delictspecifieke minimumstraffen zou in die visie moeten leiden tot een versteviging van het punitieve, afschrikwekkende en repressieve karakter van de Nederlandse strafrechtspleging.³¹¹ Daarmee wordt een verschuiving zichtbaar in het denken over de doelstellingen van het strafrechtelijk sanctiestelsel, een verschuiving die in zoverre van belang is daar zij een eenduidige oriëntatie op de punitieve en generaal preventieve werking van de straf(bedreiging) voorstaat en bijvoorbeeld het complexe vraagstuk van proportionaliteit in

308 In deze zin o.a. Van Hamel/Van Dijk 1927, p. 547; A.E.J. Modderman tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer over invoering van het wetboek van Strafrecht in: Smidt I 1881, p. 154-155 en A.F. de Savornin Lohman tijdens de behandeling van de genoemde preadviezen van Van der Hoeven en Fockema Andreae over de verlaging van strafminima met afschaffing van de leer der verzachtende omstandigheden, p. 148-158. Ook Mevis wijst, zich baserend op kennis over de toepassing van dergelijke wetgeving op de Antillen, op de omstandigheid dat een 'ongehoorzame' rechterlijke praktijk de betekenis van delictspecifieke minimumstraffen voor de strafbeslissing kan doen ondergraven. Zie: Mevis 2003, p. 30.

309 Deze ontwikkeling is feitelijk in gang gezet door het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel tot invoering van minimumstraffen bij bepaalde geweldsdelicten. Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 640, nr. 1-3. Het wetsvoorstel is vanwege de gebleken complexiteit van het onderwerp ingetrokken bij brief d.d. 26 juni 2006 (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 640, nr. 4).

310 Zie de voorgaande noot.

311 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 659, nr. 1-3.

de strafoplegging uit het oog verliest. Ten aanzien van de verhouding wetgever – rechter moet men dan vaststellen dat tegelijkertijd sprake is van een accentuering van het belang van het legaliteitsbeginsel ‘ten koste van’ de rechterlijke vrijheid, evenwel slechts ten aanzien van de bandbreedte waarbinnen de strafbeslissing van de strafrechter zich dient te bevinden. Betrokken op de bestaande mogelijkheid dat zowel het vervolgingsbeleid als de rechterlijke straftoemingspraktijk zich af zullen keren van de dwangmatige toepassing van minimumstraffen voor specifieke delicten, kan men bovendien nog denken aan de problemen die ontstaan vanuit het oogpunt van waarheidsvinding als doelstelling van het strafproces. Naast deze rechtspolitieke en beginselmatische benadering kan men, in navolging van Mevis, nog wijzen op de juridisch-technische complicaties van de invoering van delictspecifieke minimumstraffen. Zo speelt de vraag naar de verhouding tot de beslissing over de strafsoort, de verhouding tot de voorwaardelijke veroordeling, de verhouding gemeen – bijzonder strafrecht een rol, evenals de betekenis van het opportunititeitsbeginsel en de daarmee samenhangende keuze voor het ten laste te leggen strafbare feit.³¹² In dat kader speelt ook de verhouding tot de strafbeschikking een rol.³¹³ De aanvaardbaarheid van de invoering van een stelsel van delictspecifieke minimumstraffen hangt derhalve samen met een complex samenstel van rechtspolitieke, straftheoretische, wetssystematische en juridisch-technische factoren.³¹⁴ Hoewel op veel van deze fronten het Nederlandse strafrecht niet is ingericht op een dergelijk stelsel, zal de wetgever op enig moment (ook vanuit Europees perspectief) voor afwegingen komen te staan die betrekking hebben op deze factoren.³¹⁵ Het lijkt derhalve aangewezen de studie naar delictspecifieke minimumstraffen voort te zetten, zij het uit oogpunt van een zorgvuldige omgang met de materiële criteria voor de strafbeslissing. In dat verband dient ook de systematiek van strafverzwarende en strafverlichtende omstandigheden aan de orde te komen. Als gezegd, deze passen in de behandeling van het binnenwerk van de strafbeslissing. Het spectrum van criteria en factoren die binnen de door de wetgever gestelde grenzen en beperkingen met betrekking tot strafsoort, -maat en -modaliteit *in concreto* de strafbeslissing bepalen.

312 Mevis 2003, p. 30-31. Intrigerend is het beeld dat opduikt uit een studie van de *United States Sentencing Commission* met betrekking tot de toepassing van minimumstraffen: de praktijk van *plea-bargaining* en de belangrijke rol van het openbaar ministerie bij de keuze voor de tenlastelegging van de strafbare feiten zijn belangrijke factoren voor de daar gesignaleerde problemen bij de toepassing van minimumstraffen. Zie de bevindingen in: *United States Sentencing Commission* 1991, p. i-iii en de uitwerking daarvan in de volgende hoofdstukken.

313 Wet van 7 juli 2006, Stb. 330.

314 Voor een studie naar het voorkomen en de praktijk van minimumstraffen in enkele Europese staten: Van Kalmthout & Tak 2003.

315 Zie in dit verband ook de niet-principieel afwijzende houding van de minister van justitie in: *Kamerstukken II* 2002/03, 29 049, nr. 1, p. 6.

4.3.4.3 Strafmaximumverhogende en strafmaximumverlagende omstandigheden

Welke factoren als strafverzwarend of strafverlichtend gelden bij de totstandkoming van de strafbeslissing en in welke mate dat het geval is, is niet een onderwerp dat in de literatuur veel aandacht krijgt. De betekenis ervan voor een consistente straftoemeting (in beperkte zin) is evenwel groot, nu daarin bijvoorbeeld het vraagstuk aan de orde komt of en in hoeverre bepaalde omstandigheden kunnen gelden als strafverzwarend of strafverlichtend en of de toepassing daarvan ook uniform dient te zijn, bijvoorbeeld in die zin dat dezelfde factoren niet tegelijkertijd in de rechtspraak reden geven tot verzwaring én verlichting van de straf. Ook uit oogpunt van consistentie in de straftoemeting is er derhalve aanleiding de systematiek van de (toepassing van) deze factoren nader te onderzoeken.³¹⁶

De wet voorziet in een systematiek van strafmaximumverhogende en –verlagende omstandigheden: regels van algemene en bijzondere aard die van invloed zijn op het door de rechter toe te passen strafmaximum. Waar in het vervolg wordt gesproken van strafverzwarende en strafverlichtende omstandigheden, dan wordt daarmee bedoeld de factoren aan te duiden die buiten deze systematiek in strafverzwarende of strafverlichtende zin bepalend zijn voor de beslissing over de straf.

De regels met betrekking tot straf(maximum)verhogende en straf(maximum)verlagende omstandigheden kunnen worden onderverdeeld in objectieve en subjectieve omstandigheden. De Titels IV, V en VI van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafrecht geven aan dat poging tot, deelneming aan en samenloop van misdrijven gevolgen kunnen hebben voor het toe te passen strafmaximum dat op het specifieke misdrijf is gesteld. Ook de recidive-regeling van art. 43a en 43b Sr biedt een algemene regeling voor het toe te passen strafmaximum in geval sprake is van het plegen van soortgelijke feiten (welke zijn aangeduid in art. 43b Sr). Daarnaast is ook de regeling van de schending van een bijzondere ambtsplicht in art. 44 Sr een algemeen strafmaximumverhogend criterium.

Veel bijzondere criteria voor de vestiging van strafrechtelijke aansprakelijkheid die in aanvulling op de algemene regeling uit Boek I gevolgen hebben voor de toepassing van het specifieke strafmaximum zijn per delict of groep van delicten geregeld.³¹⁷ Hier laat bijvoorbeeld de systematiek van gekwalificeerde en geprivilegieerde delicten zich zien. Als voorbeeld kan worden gewezen op de regeling van art. 304 en 304a Sr.³¹⁸ Op grond van deze regelingen wordt het strafmaximum bij (zware) mishandeling (met voorbedachten rade) verhoogd met respectievelijk een derde en de helft. Ook de *specialis*

316 Zie bijvoorbeeld: Ashworth 2005, hoofdstuk 5 en Roberts 2008a.

317 Smidt I 1881, p. 383.

318 Nader over de consequenties van het onderscheid tussen algemene en bijzondere strafverzwarende omstandigheden: Mevis 1997, p. 36-40.

art. 311 Sr biedt ten opzichte van de *generalis* art. 310 Sr specifieke strafverzwarende omstandigheden die toepassing van een hoger strafmaximum rechtvaardigen. Eenzelfde constructie is iets verderop te vinden bij de art. 314 en 315 Sr (de stroperij resp. onder strafverzwarende omstandigheden).³¹⁹ Ook kan in dit kader worden gewezen op art. 258 Sr, dat bepaalt dat het te vondeling leggen (strafbaar gesteld in art. 256 Sr) door één van beide ouders wordt bedreigd met een strafmaximum dat een derde hoger ligt dan het maximum dat is gesteld op overtreding van het gronddelict, art. 256 Sr. Strafmaximumverlagend werkt de omstandigheid genoemd in art. 259 Sr.

De genoemde in de wet neergelegde strafverzwarende en strafverlichtende omstandigheden hebben betrekking op de vaststelling van het toe te passen strafmaximum. Deze factoren bepalen derhalve (mede) de bandbreedte waarbinnen de beslissing over de strafmaat zich dient te bevinden. Ingeval sprake is van een gekwalificeerd of geprivilegieerd delict dienen de betreffende bijzondere omstandigheden bovendien strafverzwarend resp. strafverlichtend te werken ten opzichte van de 'grondvormen' van die delicten. In zoverre lijkt er sprake te zijn van een daadwerkelijk criterium voor de strafbeslissing. Daar staat tegenover dat ook in deze gevallen het betreffende criterium bepalend is voor de vestiging van de strafrechtelijke aansprakelijkheid en de bepaling van de bandbreedte waarbinnen de strafbeslissing zich dient te bevinden. In samenhang met art. 350 Sv moet daarom worden vastgesteld dat de bestanddelen in de delictsomschrijving voor de strafbeslissing in ieder geval van belang zijn bij de bepaling van de bandbreedte waarbinnen de strafbeslissing zich dient te bevinden. Het ijkpunt daarvoor is gelegen in de positieve beantwoording van de kwalificatievraag van art. 350 Sv. Als criterium voor de strafbeslissing kunnen zij evenwel niet zonder meer gelden.

De zoektocht naar specifieke criteria en factoren die binnen de door de wetgever gestelde bandbreedtes de strafbeslissing ten voor- en/of ten nadele van de verdachte *in concreto* bepalen, eindigt op deze plaats met de vaststelling dat het wettelijk stelsel daarin nauwelijks voorziet. Inzicht in materieelrechtelijke aanknopingspunten met betrekking tot de criteria of de factoren die daarvoor in aanmerking komen, kan bijvoorbeeld worden verkregen door te kijken naar het Kader voor Strafvordering en BOS/Polaris van het OM en, in zekere zin, de rechterlijke oriëntatiepunten straftoemeting. Voor het overige is de strafmotivering de bron voor het achterhalen van de criteria en de factoren die in concreto de strafbeslissing hebben bepaald. In zoverre komt ook vanuit materieelrechtelijk oogpunt betekenis toe aan de initiatieven tot structurering van de strafmotivering, zoals in het kader van het Project motiveringsverbetering in strafvonnissen (PROMIS). Deze en daarmee samenhangende onderwerpen komen nader aan de orde in § 3.2.6 waarin nader wordt stilgestaan bij het vraagstuk van criteria voor de strafbeslissing en in § 3.3, waarin de procesrechtelijke normering van de strafbeslissing nader wordt bestudeerd.

319 Voor een vollediger en meer uitgewerkt overzicht van de specifieke wettelijke criteria zij verwezen naar: dissertatie Schuyt (nog te verschijnen).

4.3.5 Tussenconclusies aangaande het materiële recht van de strafbeslissing

In bovenstaande paragrafen is geprobeerd een systematische analyse te maken van de materieelrechtelijke normering van de strafbeslissing. Zichtbaar werd dat de wetgever (in het bijzonder) 'slechts' het buitenwerk van de strafbeslissing heeft neergezet: het binnenwerk, de criteria die moeten worden aangelegd voor de strafbeslissing en de factoren die de invulling daarvan bepalen, is aan de rechtspraak overgelaten. Geen normen, wel grenzen, zo karakteriseerden Enschedé c.s. het wettelijk kader.³²⁰

De normering van de strafbeslissing wordt, zo bleek, in de eerste plaats gekleurd door de principiële openheid ten aanzien van de te hanteren strafdoelen, andere criteria en de factoren die ten grondslag kunnen worden gelegd aan de strafbeslissing. De daarmee verbonden afwegingen en beoordelingen zijn voor het overgrote deel niet door de wetgever voorgestructureerd, maar dienen te worden gemaakt door de rechter en plaats te vinden naar aanleiding- en met medeneming van de resultaten van het onderzoek ter terechtzitting. In deze sleutel werd hierboven de betekenis van de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting geplaatst. De rechter wordt in dat verband slechts beperkt door de wettelijk bepaalde strafsoorten en modaliteiten, de daarvoor geldende wettelijke buitengrenzen.

De vrijheid van vaststelling en weging én de vrijheid met betrekking tot het daaraan te verbinden rechtsgevolg, dient er toe een individuele afweging van de bij de straftoemeting betrokken belangen mogelijk te maken. Dit geheel vestigt het principiële belang van de zinsnede, dat 'Bij het bepalen van de hoegrootheid der straf, (...) de regter in elk bijzonder geval (heeft) te letten op de objectieve en subjectieve bestanddelen, waaronder het strafbare feit is gepleegd, op de daad en op den dader'.³²¹ In combinatie met een terughoudende attitude van de wetgever bij het omschrijven van die objectieve en subjectieve omstandigheden (en dus een principiële openheid aanvaardend ten aanzien van die omstandigheden) is deze structuur in belangrijke mate bepalend en richtinggevend voor de wijze waarop en de voorwaarden waaronder het streven naar een consistente straftoemeting en, in het bijzonder de ontwikkeling van een (vorm van) rechterlijk straftoemetingsbeleid, kan plaatsvinden. Het leidt tot de vaststelling dat er geen limitatieve catalogus bestaat van omstandigheden die ten grondslag kunnen of mogen worden gelegd aan de strafbeslissing. Bovendien dient de beslissing over de straf altijd de uitkomst te zijn van een oordeelsvorming *in concreto* en derhalve in grote lijnen niet vooraf bepaald, maar wel begrensd door de wet. Het materiële recht met betrekking tot de straftoemeting in beperkte zin is dan ook in beginsel open, zowel in de totstandkoming van de beslissing als in het uiteindelijke resultaat daarvan.

320 Enschedé, Moor-Smeets & Swart 1975, p. VII.

321 Smidt I 1881, p. 386-387.

Voor de criteria voor de strafbeslissing is het hierboven beschreven materiële recht dan ook niet het primaire aanknopingspunt, zo lijkt het. Niettegenstaande het open karakter van de wettelijke regeling van de straftoemeting, is het van belang nader te onderzoeken of in de systematiek van het stelsel in ieder geval enige houvast kan worden gevonden voor een analyse van straftoemingscriteria – het belang van het achterhalen daarvan is uit oogpunt van consistentie niet te onderschatten. Immers: waar wordt gesproken over meer gelijkheid in straftoemeting gaat het óók om een uniforme, d.w.z. op gelijke rechtsgevolgen gerichte toepassing van gelijk(soortig)e criteria. In de diversiteit van feiten en omstandigheden waaronder delicten worden begaan, alsmede in de diversiteit in persoonskenmerken van de dader is, zo moet worden aangenomen, een belangrijke oorzaak gelegen voor verschillen in opgelegde straf. Het is nog steeds één van de doelstellingen van de wettelijke regeling van de straftoemeting de diversiteit in objectieve en subjectieve factoren te kunnen laten samengaan met verschillen in rechtsgevolgen. Vanuit deze gedachte zijn verschillen in strafoplegging in beginsel aanvaardbaar voor zover zij berusten op casuïstieke en/of met de persoon van de dader samenhangende factoren. Komen strafbare gedragingen op relevante aspecten met elkaar overeen, dan ligt het voor de hand (en vraagt het recht ook daarom) ook ten aanzien van de daaraan te verbinden rechtsgevolgen uniformiteit te betrachten. Hieronder zal, voortbouwend op de achtergronden en systematiek van de wettelijke regeling van de straftoemeting, nader worden gekeken naar de vraag welke de *bepalers* zijn van de beslissing over de straf: de criteria voor de strafbeslissing.

4.3.6 Wettelijke criteria voor de strafbeslissing

Met de behandeling van de vraag naar de wettelijke criteria voor de strafbeslissing, wordt in wezen het terrein betreden van de materiële grondslag van die strafbeslissing. Alvorens te pogen een nadere ordening aan te brengen in het materiële recht met het oog op die criteria, is het aangewezen kort iets over de gehanteerde terminologie naar voren te brengen. Wanneer wordt gesproken over de criteria voor de strafbeslissing is er immers zowel een probleem op begripsniveau (wat dient daaronder te worden verstaan?) als een probleem dat samenhangt met de aard van de strafwet: deze is ook in materieel opzicht grotendeels open ten aanzien van de keuze voor- en weging van de aan de strafbeslissing ten grondslag liggende factoren.³²² In deze zinsnede komt een ten behoeve van de beschrijving van de systematiek van het stelsel te hanteren zeer basaal onderscheid in terminologie naar voren. Onder de

322 Deze openheid wordt gedragen door de procesrechtelijke inbedding van de beslissing over de straf: de aan de strafbeslissing ten grondslag liggende factoren behoeven bijvoorbeeld niet te worden bewezen in strafvorderlijke zin. Zie daarover en over andere aspecten van de procesrechtelijke inbedding van de strafbeslissing § 4.4.

criteria voor de strafbeslissing wil ik voorlopig verstaan de maatstaven die dienen te worden aangelegd bij de totstandkoming van de strafbeslissing of de gezichtspunten die daarbij in acht dienen te worden genomen. De (feitelijke) elementen die daaraan invulling geven, worden de *factoren* genoemd.³²³ In grote lijnen komen de hieronder aan de orde gestelde aspecten van de strafbeslissing overeen met wat Kelk bijvoorbeeld de referentiekaders voor de straftoemeting noemde.³²⁴

Op deze plaats beperk ik mij tot een analyse van het systeem van de wet met betrekking tot de criteria en de factoren voor de strafbeslissing. Een analyse van wetsgeschiedenis en rechtspraak met het oog op het achterhalen van daarbuiten aanwijsbare criteria en factoren voor de strafbeslissing ligt buiten het bereik van deze studie. Dat neemt niet weg dat het belang daarvan voor de uiteindelijk te realiseren consistentie in de straftoemeting zeer groot is en in feite onmisbaar voor de ontwikkeling van een straftoemetingsrecht. De studie van Schuyt getuigt daarvan.³²⁵

Wat kan nu, gegeven de beschreven beperkingen en binnen de kaders van de voorgaande paragrafen, worden vastgesteld omtrent de aanwezigheid van criteria en factoren voor de strafbeslissing in het materiële strafrecht? De aard van de strafbedreiging en het stelsel van strafposities, alsmede de keuzemogelijkheden met betrekking tot de oplegging van strafsoort en strafmodaliteit creëren en begrenzen de vrijheid van de rechter bij het bepalen van het rechtsgevolg van de vestiging van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De openheid van het materiële strafrecht op dit gebied betekent dat criteria voor de strafbeslissing slechts betrekking kunnen hebben op (het benoemen van) de maatstaven of de gezichtspunten die de rechter heeft te gebruiken in de totstandkoming van de strafbeslissing, zonder deze te verbinden met een verplichtend eindresultaat omschreven in een specifieke strafsoort, -maat en -modaliteit. Welke, uit oogpunt van wetgeving, zijn deze en welke aard en functie hebben zij?

4.3.6.1 Over criteria voor strafbaarheid, criteria voor de strafbeslissing en het *Doppelverwertungsverbot*

In verband met de wettelijke straftoemetingscriteria en -factoren komt de vraag op naar de betekenis van de wettelijke strafverzwarende en strafverlichtende omstandigheden voor de strafbeslissing. Daarover is in § 4.2.4.1 al gezegd dat die betekenis voor het merendeel van de strafbeslissingen

323 Daarbij aansluitend bij de definities van beide begrippen in de Van Dale: criterium staat voor 'beginsel waarnaar, kenmerk waardoor het ware van het onware, het werkelijke van het schijnbare wordt onderscheiden'; een factor wordt o.m. omschreven als een 'omstandigheid die invloed op de uitslag van iets uitoefent, (een) medebepalend element'.

324 Kelk 1983, p. 252.

325 Dissertatie Schuyt (nog te verschijnen).

beperkt is: toepassing van het strafmaximum is voorbehouden aan de (naar het oordeel van de rechter) meest ernstige uitingsvormen van het delict. Wettelijke criteria en/of factoren die daaraan invulling geven, lijken maar beperkt voorhanden. Bovendien wordt de Nederlandse rechter als gevolg van het gekozen stelsel niet genoodzaakt stil te staan bij zogenaamde 'overgangsgebieden van ernst', zoals dat wel het geval is in stelsels met minimumstraffen gekoppeld aan een genormeerde mogelijkheid tot afwijking daarvan. Daarmee komt, in de tweede plaats, de vraag naar de relevantie van de delictsomschrijvingen voor de strafbeslissing in beeld. Delictsomschrijvingen geven, zoals De Hullu het formuleert, een beschrijving van het gedrag dat onder bepaalde subjectieve en objectieve omstandigheden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden.³²⁶ De bestanddelen van de delictsomschrijving fungeren dan primair als factoren voor de vestiging (én begrenzing) van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Een ander aspect dat nauw verbonden is met het vraagstuk naar criteria voor de strafbeslissing betreft de betekenis van de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoonlijkheid van de dader; in art. 9a Sr genoemd als 'criteria' waarlangs moet worden bepaald of strafoplegging achterwege kan blijven en in ruimere zin in de praktijk van de strafmotivering genoemd als algemene criteria voor de strafbeslissing. Een vierde aspect van deze benadering van de criteria voor de strafbeslissing betreft de relevantie van de straftheorie en de strafdoelen voor de totstandkoming (en motivering) van de strafbeslissing.

De aard van de genoemde aspecten die van belang worden geacht voor het stelsel van criteria voor de strafbeslissing verschilt nogal. Sommige aspecten betreffen als het ware stempelposten op de tocht naar de strafbeslissing: je moet kunnen aantonen de gehele route te hebben afgelegd, want zonder stempel geen kruisje.³²⁷ Deze aspecten sturen, doordat zij doorwerken op de motiveringsverplichting van de rechter, de totstandkoming van de strafbeslissing en hebben dan ook de gedaante van criterium. Zij laten de concrete uitkomst van de beslissing die aan de hand daarvan is genomen open. Daarnaast zijn er de begrenzers: het stelsel van strafbedreiging en strafposities en, ook al valt de beslissing binnen deze grenzen, het (niet wettelijke) beginsel van proportionaliteit. Van criteria of factoren voor de strafbeslissing *in concreto* lijkt in die gevallen geen sprake te zijn.

In het onderstaande zal nader worden gezocht naar criteria en factoren in het materiële recht. Vanuit de gekozen benadering komt daarbij in de eerste plaats aan de orde de systematiek van de omschrijving van het strafbare feit en de verhouding tussen delictsomschrijving, sanctienorm (met inbegrip van de strafverzwarende en strafverlichtende omstandigheden) en strafbeslissing.

326 De Hullu 2006, p. 65.

327 Zie in dit verband over de rechter als automobilist: Schuyt 2007. In dit verband wordt bijvoorbeeld de toepassing van art. 24 Sr ook wel een instructienorm voor de rechter genoemd. Zie: HR 18 juni 1974, NJ 1974, 452 (m.nt. Th.W.v.V.).

Een deel van de problematiek omtrent de kenbaarheid van criteria en factoren voor de strafbeslissing is te herleiden tot de betekenis die bestanddelen hebben voor de strafbeslissing. Vormen de bijzondere voorwaarden voor strafbaarheid, zoals deze tot uitdrukking komen in de delictsomschrijvingen, relevante criteria of factoren voor de strafbeslissing? Of op welke andere wijze kan de doctrine omtrent de structuur van het strafbare feit, tot uitdrukking komend in de elementen daarvan, het onderzoek naar de straftoemingscriteria en –factoren verder helpen? In dat verband moet de aard en functie van delictsomschrijvingen in het materiële strafrecht nader aan de orde worden gesteld. De primaire functie van de delictsomschrijvingen is gelegen in de vestiging en begrenzing van strafrechtelijke aansprakelijkheid. In de strafbepaling is tevens de met de delictsomschrijving verbonden strafbedreiging opgenomen. Delictsomschrijvingen geven, zoals De Hullu het formuleert, een beschrijving van het gedrag dat onder bepaalde subjectieve en objectieve omstandigheden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden.³²⁸ De bestanddelen van de delictsomschrijving fungeren dan primair ten behoeve van de vestiging (én begrenzing) van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De vaststelling van het rechtsgevolg van de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt aan de hand van de strafbedreiging en het sanctiestelsel slechts binnen zeer algemene kaders genormeerd, zo is reeds vastgesteld. Dient dit nu, zoals het geval is in de Duitse strafrechtelijke doctrine, te leiden tot de vaststelling dat diezelfde bestanddelen niet tevens als strafbepalende factor zouden mogen dienen? Uit een bevestigende beantwoording van deze vraag zou moeten worden geconcludeerd dat een nadere invulling of systematisering van de rechterlijke vrijheid bij de straftoemeting niet mogelijk is zonder zicht te krijgen op de noodzakelijkerwijs daarmee verbonden problematiek omtrent de materiële criteria voor de strafbeslissing. De rechterlijke vrijheid als structuurkenmerk van het Nederlandse strafrecht zou in dat kader mede voortvloeien uit – en betrekking hebben op de betrekkelijke irrelevantie van de bestanddelen van de delictsomschrijving voor de strafbeslissing. Uit oogpunt van logica en de bestaande verhouding tussen wetgever en rechter bij de straftoemeting is er veel voor te zeggen deze aan het Duitse *Doppelverwertungsverbot* ontleende gedachte nader te onderzoeken.³²⁹ De consequentie die aan deze gedachte zou kunnen worden verbonden, te weten dat de bestanddelen van de delictsomschrijving niet tevens kunnen gelden als criteria voor de strafbeslissing, leidt tot de vervolgvraag hoe en waar deze dan wél kunnen worden gevonden.

328 De Hullu 2006, p. 65.

329 Zie in dit verband Jescheck & Weigend 1996, p. 901. Voor een algemene inleiding in de ontwikkeling en de grondslagen van het *Doppelverwertungsverbot* zij in het bijzonder verwezen naar: Hettinger 1982, p. 30-51.

Het *Doppelverwertungsverbot* zoals dat is neergelegd in de Duitse strafwet houdt, voor zover relevant, in dat bestanddelen van de delictsomschrijving niet mogen worden meegenomen als factoren die *in concreto* redengevend worden geacht voor de strafbeslissing: 'Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden.' (§ 46 III StGB)³³⁰ Hoewel dit uitgangspunt voor de totstandkoming en motivering van de strafbeslissing ook in Duitsland niet onomstreden is, kan het van waarde zijn twee belangrijke argumenten die aan dit, ook logisch te verantwoorden, *Doppelverwertungsverbot* ten grondslag liggen nader voor het voetlicht te brengen.

In de eerste plaats dient het *Doppelverwertungsverbot* in relatie te worden gezien tot de rechterlijke plicht de strafbeslissing (voldoende) feitelijk te onderbouwen, een plicht die niet slechts in het bijzonder van belang is met het oog op de uitoefening van controle op de totstandkoming van de strafbeslissing, maar tevens de rechter dwingt tot een onderzoek naar de factoren die voor de individuele strafbeslissing redengevend zijn.³³¹ Aangenomen dat de bijzondere omstandigheden van het geval uiteindelijk maatgevend zijn voor de individuele strafbeslissing leidt dat tot het volgende beeld van de verhouding tussen wetgever en rechter (een tweede argument dat ten grondslag ligt aan het *Doppelverwertungsverbot*): Met de vaststelling van een delictsomschrijving, de daarin verwoorde bestanddelen en een daarbij passend geachte minimale en maximale strafbedreiging³³² voldoet de wetgever aan zijn verantwoordelijkheid om *in abstracto* de straftoemeting te reguleren. De logica alsmede de systematiek van de wet en de daaruit voortvloeiende taakverdeling tussen wetgever en rechter vereisen vervolgens, aldus de Duitse doctrine, dat de rechter ter staving van de strafbeslissing niet nogmaals kan verwijzen naar de bestanddelen die reeds zijn aangewezen als bepalend voor de (mate van) strafwaardigheid zoals deze tot uitdrukking komt in de strafbedreiging.³³³ Voor de materiële grondslag van de strafbeslissing zal, ook vanuit het perspectief van het *Doppelverwertungsverbot*, moeten worden teruggevallen op wijze waarop het delict zich feitelijk heeft verwezenlijkt.

330 In aanvulling op § 46 III StGb stelt § 50 StGb: 'Ein Umstand, der allein oder mit anderen Umständen die Annahme eines minder schweren Falles begründet und der zugleich ein besonderer gesetzlicher Milderungsgrund nach § 49 ist, darf nur einmal berücksichtigt werden'. Deze bepaling wordt eveneens als een uitwerking van het *Doppelverwertungsverbot* beschouwd.

331 Bruns 1967, p. 337-338; Ahlers-Grzibek 2003, p. 76-77.

332 De bemoeienis van de Duitse wetgever op dit punt gaat verder dan in Nederland, nu het Duitse strafrecht voorziet in delictspecifieke minimumstraffen en een vrij uitgewerkt stelsel van in bandbreedte beperkte strafkaders: *Strafrahmen*. Zie hierover o.m.: Bruns 1967; Montenbruck 1983.

333 Bruns 1967, p. 337. In het Duitse systeem moet in dat kader een onderscheid worden gemaakt tussen *Strafrahmenbildende* en *Strafbildende Umstände*.

Over de aard van de delictsomschrijvingen wordt in het algemeen gezegd dat deze zich beweegt rondom en in het spanningsveld tussen de belangen van scherpe en helder afgebakende normen van materieel recht enerzijds en de noodzakelijke algemeenheid van de (straf)wet anderzijds.³³⁴ De redactie van delictsomschrijvingen blijft vanuit die achtergrond altijd problematisch en leidt in moeilijke gevallen in de strafrechtspraak tot vraagstukken van interpretatie van de bestanddelen van de delictsomschrijvingen. Betrokken op de verhouding met de formulering van de strafbedreiging lijkt er op logische gronden een nauwe relatie te bestaan tussen de bestaande ‘abstracte’ of ‘ruim geformuleerde’ delictsomschrijvingen en de ruime wettelijke bandbreedtes voor de strafbeslissing. Dat kan worden herleid tot de grote diversiteit aan gevallen die onder een strafbepaling dienen te kunnen vallen en de als uitgangspunt van wetgeving geldende maxime de strafbeslissing vrijwel volledig afhankelijk te maken van de omstandigheden van het geval. Zou een strafbaar feit als doodslag strikter en/of in meerdere verschijningsvormen zijn geformuleerd, bijvoorbeeld aan de hand van de in de wetsgeschiedenis en/of strafrechtspraak tot wasdom gekomen gradaties van opzet of culpa (waarmee het toepassingsbereik van de respectievelijke strafbepalingen zou worden verkleind) dan zou ook een nadere delictspecifieke begrenzing van de strafbedreiging tot de mogelijkheden behoren en zelfs (los van de discussie met betrekking tot delictspecifieke minimumstraffen) kunnen worden beargumenteerd. In dergelijke onderscheidingen voorziet het Nederlandse strafrecht echter in zeer beperkte mate: onderscheidingen op dat niveau worden typisch aan de rechtspraak gelaten.³³⁵ In het licht van de taakverdeling wetgever – rechter, alsmede uit oogpunt van logica, is er ook in de Nederlandse situatie veel voor te zeggen de bestanddelen van de delicts-

334 ‘t Hart 1983b, p. 220-221. Een klassieke tegenstelling die is te herleiden tot de problematiek omtrent de vereisten van legaliteit. Het gaat in die discussie aldus Groenhuijsen bijvoorbeeld om de vraag ‘onder welke omstandigheden het (...) onvermijdelijk is om de gedragsregels vager te omschrijven dan wij in beginsel wenselijk en geboden achten.’ Zie: Groenhuijsen 1987, p. 17.

335 En waar deze onderscheidingen in de wet lijken te worden gemaakt, hebben zij, in overeenstemming met de afwezigheid van absolute strafbedreigingen, betrekking op de bandbreedte: Zie bijvoorbeeld de bespreking van gekwalificeerde en geprivilegieerde delicten. Ook zou men in dit kader kunnen wijzen op de strafbedreiging bij delicten waarvan zowel een neutrale (zonder schuldvorm) als een opzetvorm bestaat (welk onderscheid veelal samengaat met het onderscheid misdrijven – overtredingen; vgl. art. 2 lid 1 WED en de verwijzing naar de resp. strafbedreigingen in art. 6 lid 1 WED). De aard van de onderscheidingen waarop gedoeld wordt wijkt echter in zoverre af van de systematiek van gekwalificeerde en geprivilegieerde delicten doordat zij, betrokken op de strafbeslissing, vraagt om onderscheidingen ten aanzien van *elk* delict en *elk* bewezenverklaard strafbaar feit. Interessant vanuit dit perspectief is wellicht de toevoeging van de bijzondere schuldvorm ‘roekeloosheid’ aan art. 307 en 308 Sr alsmede aan art. 175 lid 2 WvW 1994; uit wetssystematisch oogpunt een zeldzaamheid, vergelijkbaar met de vermelding van ‘oogmerk’ als bijzondere gradatie van opzet.

omschrijving niet zonder meer als criteria voor de strafbeslissing te beschouwen; naar hun functie hebben zij 'slechts' betrekking op de vaststelling van de bandbreedte waarbinnen deze zich dient te bevinden. Hierbij dient te worden aangetekend dat de wet noch de jurisprudentie zich verzet tegen een meervoudig gebruik (d.w.z. zowel in de vorm van strafbaarheid bepalende omstandigheid, als strafbepalende omstandigheid) van de bestanddelen van de delictsomschrijving. Hetgeen hier daaromtrent wordt gesteld, betreft dan ook slechts een analyse op basis van de logica, die er toe leidt dat de materiele factoren voor de strafbeslissing ergens anders dan in de delictsomschrijving dienen te worden gevonden of in ieder geval als een verfijning dienen te worden beschouwd van deze objectieve en subjectieve bestanddelen. Dit gegeven kan ook gevolgen hebben voor de toets van de begrijpelijkheid van het oordeel over de straf: indien wordt verwezen naar redengevende omstandigheden die niet meer of anders inhouden dan redenen waarom er sprake is van de strafbaarstelling, dan zou de begrijpelijkheid van het vonnis in het geding kunnen komen. Het is ook aangewezen te onderzoeken of met de in de rechtspraak aangebrachte onderscheidingen ten aanzien van de verschillende verschijningsvormen van de delicten specifieke 'informele' bandbreedtes zijn verbonden. Deze kunnen dan, waar het de vraag naar de hoogte van de straf betreft, een nader referentiekader vormen. Een sluitend antwoord te geven op deze vraag lijkt evenwel, gericht op de hier verkregen informatie, nog te voorbarig.

4.3.6.2 De ernst van het feit de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoonlijkheid van de dader

De mogelijkheden om te variëren met de strafsoort en strafmodaliteit en de ruime bandbreedtes binnen welke de hoogte van de straf kan worden vastgesteld, bieden de Nederlandse rechter een aanzienlijke ruimte en vrijheid van beoordelen en beslissen. Tegen de achtergrond van het afschaffen van het stelsel van bijzondere strafminima, is bij het ontwerp van het huidige wetboek de noodzaak verdwenen tot het formuleren van wettelijke voorschriften met betrekking tot strafverminderende omstandigheden. Ook de omstandigheden die tot verhoging van de straf aanleiding gaven, konden (mits leidend tot een binnen de grenzen van de wet blijvende straf) naar bevindt van zaken door de rechter worden aangenomen:

'De regter behoeft overigens geen bijzonder mandaat van den wetgever om op verzachtende omstandigheden te letten. Hij is steeds verplicht, bij de bepaling der straf binnen de door de wet zoo ruim mogelijk te stellen grenzen, op alle omstandigheden, aan den dader en aan den daad eigen, verzachtende zoowel verzwarende, acht te slaan.'³³⁶

336 Smidt I 1881, p. 364.

Het is deze structuur van denken, 'omstandigheden aan den dader en aan den daad eigen', die richtinggevend is voor het denken over de criteria voor de strafbeslissing. Tegelijkertijd noopt het casuïstisch karakter van de criteria en factoren voor de strafbeslissing, met het oog op de consistentie in de straftoemeting, tot een nadere ordening waarbinnen deze aspecten kunnen worden achterhaald en bediscussieerd. Daartoe kan aansluiting worden gezocht bij 'de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoonlijkheid van de dader'. Het meest pregnant kwam deze formule naar voren bij de invoering van het rechterlijk pardon ex art. 9a Sr bij de Wet vermogenssancties in 1983. Deze bepaling stelt de rechter in staat om, in geval dit in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan raadzaam wordt geacht, in het geheel geen straf of maatregel op te leggen. De wens tot het invoeren van deze voor het gehele strafrecht geldende bepaling dient te worden begrepen tegen de achtergrond van het eveneens bij de Wet vermogenssancties verhoogde minimum voor de geldboete. Daarmee werd dit minimum weer geacht als een sanctie te kunnen worden beschouwd. Tegelijkertijd diende de rechter in die gevallen waarin een materiële sanctie als overbodig werd beschouwd ook daadwerkelijk de mogelijkheid te krijgen daaraan gevolg te kunnen geven. Aldus werd besloten tot de invoering van het rechterlijk pardon.³³⁷

De formulering van de genoemde ijkpunten aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of het achterwege laten van de oplegging van straf of maatregel opportuun is, werd feitelijk overgenomen uit de bepalingen die het rechterlijk pardon mogelijk maakte in het jeugdstrafrecht en voor de

337 Vóór inwerkingtreding van de Wet vermogenssancties kende zowel het kinderrecht als de kantonrechter reeds de mogelijkheid tot het achterwege laten van de oplegging van straf of maatregel. Zie nader: *Kamerstukken II 1977/78*, 15 012, nr. 1-3, p. 22-24. De zelfstandige functie van het algemeen strafminimum (voor de vrijheidsstraf en de geldboete neergelegd in art. 10, 18 en 23 Sr) zou in het licht van de invoering van het rechterlijk pardon ter discussie kunnen worden gesteld. Feitelijk zouden deze immers geen betekenis meer hebben. De zelfstandige functie van artikel 9a Sr ten opzichte van de algemene strafminima per strafsoort blijft mijns inziens echter bestaan: er blijft een fundamenteel verschil bestaan tussen het oordeel dat geen straf of maatregel moet worden opgelegd en het oordeel dat weliswaar een straf of maatregel zal worden opgelegd, maar dat deze zo goed als nihil is. Ook de laagste of lichtste straf zal een bepaald doel hebben te dienen, een eis waaraan de toepassing van het rechterlijk pardon niet zal kunnen en behoeven te voldoen (maar wel kan hebben). De beslissing tot het achterwege laten van de oplegging van straf of maatregel behoeft derhalve een eigen referentiekader en daarin is mijns inziens de zelfstandige functie van art. 9a Sr gelegen. Dat neemt niet weg dat op sommige plaatsen, in het bijzonder art. 351 Sv en de daarin vervatte verwijzing naar de straf die op het feit gesteld zou zijn, aanpassingen in de wet benodigd zijn en dat het referentiekader van art. 9a Sr los staat van het materieelrechtelijk stelsel van de straftoemeting. Integendeel, bezien vanuit de praktijk van strafoplegging en strafmotivering wekt het verbazing dat het hierboven weergegeven referentiekader wettelijk slechts verwijst naar de beslissing tot toepassing van het rechterlijk pardon.

kantonrechter.³³⁸ In algemene zin konden zij echter al worden beschouwd als de gezichtspunten die betrokken dienden te worden bij iedere beslissing over de straf. Kenmerkend in dat kader is dat de motivering, bestaande uit de zinsnede, dat “de straf in overeenstemming is met de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoonlijkheid van de verdachte” of varianten daarop reeds lang ingang heeft gevonden in de praktijk en in sommige gevallen zonder nadere duiding of explicitering een voldoende redengeving voor de opgelegde straf kan inhouden.³³⁹ Tot op heden heeft deze omstandigheid niet tot verandering van wetgeving geleid, een verandering die in navolging van de gebruikelijke inhoud en structuur van de strafmotivering de criteria voor de toepassing van art. 9a Sr ook in algemene zin en in aanvulling op de bestanddelen van het strafbare feit als bijzondere voorwaarden voor strafbaarheid van toepassing zou verklaren voor de strafbeslissing.³⁴⁰ Dat roept dan wel de vraag op naar de verhouding tussen de criteria voor strafbaarheid en de criteria voor de strafbeslissing. Deze vraag zal hieronder aan de orde worden gesteld waar wordt doorgegaan op de (materiële) criteria voor de strafbeslissing.

Hierboven werd vastgesteld dat op logische gronden de bestanddelen van de delictsomschrijving niet zonder meer gelijkgesteld kunnen worden met criteria of factoren voor de strafbeslissing. Tegelijkertijd staat de rechter niets in de weg de delictsbestanddelen tevens te beschouwen als factoren die de strafbeslissing bepalen. Het is ook niet zo dat voor het overige in het materiële strafrecht geen voor de strafbeslissing relevante aanknopingspunten of richtpunten kunnen worden aangewezen. Voor de vaststelling van de hoogte van de geldboete geldt overeenkomstig art. 24 Sr het draagkrachtbeginsel, echter alleen binnen de grenzen van wat als een (gezien de ernst van het feit) passende straf wordt beschouwd. Meer algemeen geldende criteria zijn overeenkomstig het reeds genoemde art. 9a Sr te vinden in de ernst van het (gepleegde) feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoonlijkheid van de dader. Dit zouden de criteria zijn die op grond van de bestaande (motiverings)rechtspraak in algemene zin moeten worden beschouwd als de feitelijke bouwstenen van - of vindplaatsen van argumenten voor de strafbeslissing. Vergelijk in dit verband ook de volgende passage uit de Memorie van Toelichting bij het Wetboek van Strafrecht:

‘Bij het bepalen van de hoegrootheid der straf, heeft de regter in elk bijzonder geval te letten op de objectieve en subjectieve bestanddelen, waaronder het strafbare feit is gepleegd, op de daad en op den dader.’³⁴¹

338 Zie daarover de vorige noot.

339 Bekende voorbeelden van het gebruik van deze ‘standaardmotivering’ door de Hoge Raad werd toegestaan en geen nadere duiding werd verlangd van het relatieve gewicht van de factoren die in aanmerking zijn genomen bij het bepalen van de straf, zijn: HR 8 januari 1934, *NJ* 1934, 543; HR 8 juni 1948, *NJ* 1948, 555 m.nt. WP.

340 Zie nader over de strafmotivering: § 4.4.8.

341 Smidt I 1881, p. 386-387.

De specifieke uitwerking en invulling van deze gezichtspunten en de bepaling van de onderlinge verhouding daartussen is voorbehouden aan de feitenrechter. Het is misschien wel in die vrijheid van vaststelling en beoordeling van strafbepalende factoren waarin één van de belangrijkste aspecten van de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting is gelegen. Men zou deze onderverdeling, mede in het licht van de doctrine in het stelsel van strafposities ook als een markering van de grens tussen de taak van de wetgever en die van de rechter kunnen beschouwen. Nu de vrijheid van de rechter zich in de vaststelling en weging van deze factoren nadrukkelijk manifesteert, is een nadere analyse daarvan een aangewezen weg in de ontwikkeling van een straftoemetingsrecht. Voorbeelden van empirisch onderzoek naar straftoemetingsfactoren zijn eerder genoemd.³⁴² In meer algemene zin, vanuit een meer systematisch perspectief, is het daarnaast van belang de betekenis van deze criteria te achterhalen en, zij het noodzakelijk onvolkomen, vast te stellen waarnaar zij in feite verwijzen. Als basiskkenmerk zou bijvoorbeeld kunnen worden gewezen op het feit dat de structuur van de criteria voor de strafbeslissing lijkt aan te sluiten bij de structuur van de criteria voor strafbaarheid: deze hebben een objectieve en een subjectieve kant.

De ernst van het strafbare feit

De betekenis van de ernst van het feit is niet slechts gelegen in de toepassing van het begrip bij de strafbeslissing, maar laat zich daarnaast zien bij de keuze voor de vaststelling van de strafmaxima bij de in het Wetboek van Strafrecht neergelegde delicten. Dit normatieve criterium vormt nog steeds een dragend ijkpunt voor de vaststelling van strafmaxima en de ingeschaalde ordening naar de beschermde rechtsgoederen of rechtsbelangen in de diverse Titels van het Wetboek van Strafrecht.³⁴³ Ook in het vervolgingsbeleid is de 'ernst' een belangrijk legitimerend criterium. Hier vooral van belang is dat de 'ernst', getuige o.m. art. 9a Sr,³⁴⁴ een belangrijke plaats wordt toegedicht als criterium voor de strafbeslissing. Het gaat in die fase om de ernst van het gepleegde *feit* in tegenstelling tot de abstracte, in de strafbedreiging tot uitdrukking komende ernst van het *delict* (hetgeen vanzelfsprekend een belangrijke indicatie vormt voor de invulling van de ernst van het gepleegde feit).

³⁴² Zie bijvoorbeeld Van der Kaaden 1977 en nader: § 1.2.1.

³⁴³ Zie hieromtrent De Hullu, Koopmans & De Roos 1999, i.h.b. p. 5 & 114-116. Andere door de onderzoekers onderscheiden ijkpunten voor de vaststelling van strafmaxima zijn de systematiek van strafmaxima zelf (bijvoorbeeld in verhouding tot strafmaxima in bijzondere wetten), de onderlinge verhoudingen tussen delicten met een zekere samenhang, de inrichting van de delictomschrijvingen (gedifferentieerd of algemeen), internationale overwegingen (kaderbesluiten), strafprocessuele overwegingen en instrumentele overwegingen. Zie: De Hullu, Koopmans & De Roos 1999, p. 6-7.

³⁴⁴ De ernst van het feit speelt eveneens een rol bij de beslissing over de oplegging van tbs ex art. 37a Sr en het toepassen van het jeugdstrafrecht ex art. 77b en 77c Sr.

In beide gevallen worden we geconfronteerd met een zeer complex begrip. Hulsman typeert de ernst als de 'operationalisering binnen het s.r.s. (strafrechtelijk systeem, GKS) van hetgeen in wijdere zin in juridische systemen van westerse snit het beginsel van proportionaliteit wordt genoemd'.³⁴⁵ Op de niveaus binnen het strafrechtelijk systeem die Hulsman voor zijn analyse onderscheidt, te weten strafbaarstelling, vervolging en straftoemeting (waaraan men in zekere zin zou kunnen toevoegen de tenuitvoerlegging van de straf), is sprake van een verschil in betekenis van de 'ernst', een verschil dat samenhangt met de 'graad van concretisering van het object waarop deze beslissing betrekking kan hebben'.³⁴⁶ Hoewel de primaire aandacht uitgaat naar de betekenis van het begrip als criterium voor de strafbeslissing, is het aangewezen enkele nadere opmerkingen te maken omtrent de betekenis ervan in eerdere fasen van het strafrechtelijk systeem, in het bijzonder in het kader van de strafbaarstelling en de daaraan te verbinden maximum strafbedreiging.

De betekenis van de ernst van het delict vormt als gezegd een belangrijk ijkpunt voor de vaststelling van strafmaxima en kan, aldus De Hullu c.s., worden onderscheiden in een objectieve en een subjectieve kant. In objectieve zin komt de ernst van een delict, aldus de onderzoekers, tot uitdrukking in 'de gevolgen, de bijzondere positie van het slachtoffer of (...) het misbruik van vertrouwen dat uit het delict spreekt'.³⁴⁷ De subjectieve zijde van de ernst van het delict kan volgens de onderzoekers worden afgeleid uit de specifieke opzetvormen³⁴⁸ of andere aspecten die betrekking hebben op de psychische gesteldheid van de dader op het moment van het plegen van het feit. Daarbij komt met name betekenis toe aan het onderscheid tussen doleuze en culpose misdrijven.³⁴⁹ Daarenboven kan de ernst van een delict, als ijkpunt voor de vaststelling van een strafmaximum, worden gedestilleerd uit 'een straftoemetingspraktijk die op een patroon van gevallen betrekking heeft'.³⁵⁰ In aanvulling op deze (als werkhypothese gekozen) invulling van de ernst als één van de ijkpunten voor de bepaling van strafmaxima komen de onderzoekers tot de bevinding dat de daadwerkelijk ingetreden gevolgen van belang moeten worden geacht, evenals de bijzondere gevaarlijkheid van de gedraging. Ook de waardering van de geschonden of in gevaar gebrachte rechtsbelangen en de bijzondere kwetsbaarheid van de benadeelde vormen blijkens het onderzoek aanknopingspunten voor de invulling van de ernst van het delict.³⁵¹

345 Hulsman 1981, p. 108.

346 Hulsman 1981, p. 108.

347 De Hullu, Koopmans & De Roos 1999, p. 5.

348 In het rapport wordt gesproken van 'oogmerkvormen'.

349 De Hullu, Koopmans & De Roos 1999, p. 5.

350 De Hullu, Koopmans & De Roos 1999, p. 5.

351 De Hullu, Koopmans & De Roos 1999, p. 115-116.

Hulsman onderscheidt in dit verband de 'ernst' in uitwendige (graad van schade of risico) en inwendige (wetenschap, houding betrokkene) 'ingrediënten'.³⁵² Een gelijksoortige onderscheiding brengt Von Hirsch aan waar hij een aanzet geeft tot theorievorming omtrent de meetbaarheid van de ernst van strafbare feiten: 'The gravity of a crime depends upon the degree of harmfulness of the conduct, and the extend of the actor's culpability.'³⁵³

De complexiteit van het begrip is onder meer gelegen in het dynamische karakter ervan, in die zin dat de 'ernst' geen vaste betekenis heeft. Zoals het straf(proces)recht zich continu beweegt binnen een veranderlijke maatschappelijke en rechtspolitieke context, zo zal ook de betekenis van de 'ernst' fluctueren. In de woorden van De Hullu c.s.: 'Het ernst-oordeel van de strafwetgever weerspiegelt die wijzigingen, en dat proces vindt zijn weerslag in de afschaffing en invoering van strafbaarstellingen, en ook in de keuze van de strafmaxima. Mede om die reden is het ondoenlijk een min of meer universeel geldende rangorde van rechtsbelangen (rechtsgoederen) vast te leggen, ook al komt uit het patroon van maxima duidelijk naar voren dat sommige rechtsgoederen (...) hoger worden gewaardeerd dan andere (...).' Het is om deze reden misschien wel zuiverder te spreken van de *gepercipieerde* ernst van een delict.³⁵⁴

De moeilijkheid een finaal oordeel te geven over de ernst van een delict kleurt natuurlijk ook de toepassing van dat begrip in de totstandkoming van de strafbeslissing. Waar de wetgever zich met de vaststelling van de ernst van een delict in abstracte zin tot het begrip moet verhouden, dient de rechter zich een beeld te vormen van de ernst van het concreet gepleegde *feit*. Daarbij speelt natuurlijk het strafmaximum als indicator van de ernst van het delict een rol (en in zoverre zijn alle aan de vaststelling van het strafmaximum ten grondslag liggende overwegingen van belang), maar de beoordeling van de ernst van het gepleegde feit vergt een extra stap die, overeenkomstig de visie van Hulsman, verbonden is met de nadere concretisering van het delict.³⁵⁵ Dat maakt dat niet alleen de veranderlijkheid van het begrip vanuit het oogpunt van meetbaarheid problematisch is, maar ook dat vragen moeten worden gesteld over de concrete invulling er van. Interessant in dit verband is dat het 'adagium' van zowel art. 9a Sr als van de strafmotivering een

352 Hulsman 1981, p. 108.

353 Von Hirsch 1995, p. 29.

354 De Hullu, Koopmans & De Roos 1999, p. 116. Daarbij dient men zich de vraag te stellen vanuit *wiens* perspectief. Ook dat is geen onveranderlijke grootheid: Elementen van de discussie over de democratisering van de strafrechtspleging komen hierin terug, zie bijvoorbeeld het voorstel tot het instellen van een burgerpanel dat 'meedenkt' over het vervolgingsbeleid van het OM. Zie: Openbaar Ministerie 2006, p. 22. Zie ook de observatie van Janse de Jonge betrekking hebbend op de betekenis van de criminele politiek voor de vaststelling van de ernst van het feit: 'Wat onrecht waard is bepalen de burgers.' Zie: Janse de Jonge 1987, p. 576. Er is vanuit sociaal-wetenschappelijk perspectief veel onderzoek verricht naar de betekenis en meetbaarheid van de (perceptie van de) ernst van het feit. Zie onder veel meer: Parton, Hansel & Stratton 1991.

355 Hulsman 1981, p. 107.

onderscheid suggereert tussen de ernst van het feit en de omstandigheden waaronder het is begaan (de objectieve criteria) enerzijds en de persoonlijkheid van de dader (subjectief) anderzijds. Dit onderscheid komt in de hierboven gehanteerde interpretaties van het begrip 'ernst van het delict' niet naar voren: de ernst van het delict wordt zowel met objectieve als met subjectieve factoren ingevuld.³⁵⁶ Vanuit het oogpunt van transparantie en ordening is overigens het aanhouden van het onderscheid tussen de objectieve en subjectieve factoren die de ernst van het delict en het feit bepalen, ondanks de theoretische bezwaren die aangeven dat schuld en onrecht niet wezenlijk van elkaar te scheiden zijn, zeker wel van nut. Theoretisch lijkt er op dit onderscheid wel het een en ander aan te merken.

Waarop de rechter zich inhoudelijk dient te richten, is een vraag die niet eenvoudig valt te beantwoorden, de gedachtevorming daaromtrent is op zijn minst nog niet uitgekristalliseerd.³⁵⁷ Vastgesteld kan wel worden dat, aangenomen dat zowel de objectieve als de subjectieve factoren bepalend zijn voor de beoordeling van de ernst van het feit, (de doctrine van) het materiële strafrecht de rechter wél houvast biedt aangaande de beoordeling van- en onderscheidingen in de subjectieve factor (in dit verband zouden de in de doctrine tot uitdrukking gekomen gradaties van opzet en schuld, alsmede de schulduitsluitingsgronden een rol spelen).³⁵⁸ Ten aanzien van de objectieve factor en de beoordeling en weging daarvan ook op theoretisch, conceptueel niveau relatief nog in het duister. Onderzoek naar de factoren die de daadwerkelijke invulling door de rechter van de ernst van het feit bepalen wordt, zo lijkt het, slechts in zeer beperkte mate geoperationaliseerd en ingesloten of besproken in de juridische theorievorming.³⁵⁹ Misschien heeft het onderzoek naar de (in)consistenties in de straftoemeting zich wel teveel gericht op het achterhalen van verschillen in uitkomsten en heeft het onderzoek naar de feitelijke vaststelling en waardering van straftoemeteringscriteria en -factoren teveel op de achtergrond gestaan. Wel kan de functie van de 'ernst' als criterium voor de strafbeslissing nader worden aangeduid. Van belang daartoe is dat enigermate, en vooruitlopend op een diepgaandere analyse, wordt ingegaan op de structuur van de totstandkoming van de strafbeslissing. In de literatuur wordt gesuggereerd dat de strafbeslissing wordt genomen aan de hand van in ieder geval twee groepen criteria, samenhangend met respectie-

356 In een iets afwijkende vorm stelt Enschedé o.m. dat de mate van schuld 'in het verband van de straftoemeteringsproblematiek (...) is te verstaan als ernst van het feit.' Zie: Enschedé 1983, p. 85.

357 Voor een prikkelende poging een normatieve invulling te geven aan de bepaling van de ernst van het feit, waarbij inhoudelijk aansluiting is gezocht bij het begrip 'kwaliteit van leven' (*living-standard*) als meetlat: Von Hirsch & Jareborg 1991, waarvan een herziene versie is opgenomen in: Von Hirsch & Ashworth 2005.

358 Hoewel op dit punt moet worden gewezen op de discussie met betrekking tot de vraag naar de schuld als maatgevend criterium. Zie daarover: Hofstee 1987.

359 Zie in dit verband bijvoorbeeld: Van der Kaaden 1977, p. 17-19.

velijk de daad en de dader (overeenkomstig de gedachte dat sprake is van een daad-dadercomplex³⁶⁰). De ernst van het feit blijkt een belangrijke functie te vervullen in de ordening van strafbare feiten met het oog op de totstandkoming van de strafbeslissing. 'De straftoemeter (...) ordent op een schaal van ernst', aldus Hulsman, en hij drukt die ordening uit 'in een tekenstelsel dat is samengesteld uit strafsoort en de omvang van de straf binnen die soort.'³⁶¹ Daarenboven blijkt het in belangrijke mate bepalend, maatgevend, voor de uiteindelijke strafbeslissing zelf.³⁶²

De persoon en persoonlijkheid van de dader

Kenmerken van de dader worden in de regel als een zelfstandig criterium voor de strafbeslissing gehanteerd. Daarmee wordt uitdrukking gegeven aan de gedachte dat de eigen verantwoordelijkheid van de dader en de bijzondere omstandigheden die bij de dader een rol hebben gespeeld er toe doen, relevant zijn voor de strafbeslissing. Niet helemaal vast staat waar de grens ligt tussen de factoren die samenhangen met de persoon en de persoonlijkheid van de dader, terwijl men zich op grond van hetgeen hierboven werd vastgesteld tevens de vraag kan stellen in hoeverre de ernst van het feit valt los te zien van de persoon en de persoonlijkheid van de dader.

Kenmerken van de dader kunnen worden onderscheiden in meer objectieve en meer subjectieve kenmerken. Mulder onderscheidt in die lijn de uiterlijk en niet-uiterlijk waarneembare factoren.³⁶³ Objectieve gegevens met betrekking tot de persoon van de dader (los van de vraag of en in hoeverre deze ook daadwerkelijk als strafbepalende omstandigheid hebben te gelden) zijn bijvoorbeeld geslacht, leeftijd, ras, recidive, sociale klasse en de woon- en werksituatie. Ook draagkracht zou hieronder kunnen vallen, maar kent een zelfstandige regeling in art. 24 Sr. Kenmerken van de persoonlijkheid van de dader, de niet-uiterlijk waarneembare kenmerken, kunnen daarvan worden onderscheiden voor zover de laatste categorie iets zegt over de psychische gesteldheid of de structuur van de persoonlijkheid van de dader. Deze komt bijvoorbeeld aan de orde bij de vraag of tot oplegging van tbs moet worden overgegaan, maar kan ook daarbuiten een rol spelen bij de strafbeslissing. De keuze van de straf wordt immers mede gebaseerd op het gewenste effect dat met de stafoplegging wordt beoogd; die keuze is mede afhankelijk van de persoonlijkheid van de verdachte. Dat deze categorie kan overlappen met de meer objectief vast te stellen factoren die samenhangen met de persoon van de dader, laat het meewegen van recidive als strafbepalende factor zien: daarachter kan een complexe gedragsproblematiek schuil gaan. Waarden die in de visie van Janse de Jonge samenhangen met de persoon van de dader

360 Van der Kaaden 1977; Enschedé, Moor-Smeets & Swart 1975, p. 16.

361 Hulsman 1981, p. 107-108.

362 Van der Kaaden 1977, p. 18-19.

363 A. Mulder 1981, p. 190.

zijn schuld, berouw en strafbekwaamheid.³⁶⁴ De vraag of en op welke wijze schuld als zelfstandig (d.w.z. los van de ernst van het feit) en strafbepalend criterium geldt, vergt een aparte behandeling.³⁶⁵

4.3.6.3 Materiële criteria en factoren, het Kader voor Strafvordering en de oriëntatiepunten straftoemeting

Uit oogpunt van de gekozen taakverdeling tussen wetgever en rechter is de hierboven beschreven wetgevingstechniek met betrekking tot de criteria voor de strafbeslissing op zichzelf goed te begrijpen. Ook is nu meer duidelijk geworden over een aspect van de wettelijke regeling van de straftoemeting dat, gegeven de wens tot een grotere consistentie en transparantie, nadere invulling behoeft: de wet biedt de rechter ten aanzien van de criteria voor de strafbeslissing vrijwel geen houvast, terwijl juist het materieelrechtelijk aspect van groot belang is voor het bereiken van een grotere consistentie in de gezamenlijkheid van de strafbeslissingen.³⁶⁶ Het verbaast dan ook eigenlijk niet dat de 'instrumenten' ter bevordering van die consistentie in wezen ook inhoud blijken te geven aan juist dit aspect van de straftoemeting.

364 Janse de Jonge 1991, p. 188-189. De factor berouw in de totstandkoming van de strafbeslissing doet in het licht van het huidige strafrechtelijk klimaat enigszins gedateerd aan, maar lijkt, gezien ook het feit dat ook de houding van de verdachte tijdens de terechtzitting kan worden meegewogen bij de strafbeslissing, in beginsel niet te zijn verbannen uit de praktijk van de strafrechtspleging. Zie in dit verband ook het onderzoek van Van de Bunt, die aangeeft dat onder officieren van justitie aan (getoond) berouw gewicht wordt (werd) toegekend (Van de Bunt 1985, p. 246). Kritisch over de vermeende lankmoedigheid onder rechters die hierop zou zijn gebaseerd, is Eerdmans (LPF) in: *Kamerstukken II* 2003/04, 28 484, nr. 34, p. 17 (Verslag van een wetgevingsoverleg). Ook bekennen, het meewerken aan het opsporingsonderzoek kunnen onderdeel uitmaken van (het tonen van) berouw. In het meewerken aan het opsporingsonderzoek in ruil voor het verminderen van de strafeis kan evenwel minder het tonen van berouw alsook een berekenende houding van de verdachte zijn te herkennen. In dit verband is van belang de op 1 april 2006 in werking getreden Wet van 12 mei 2005, Stb. 254 (Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken). Strafbekwaamheid heeft in de visie van Janse de Jonge betrekking op de vraag naar de geschiktheid van de dader voor (het ondergaan van) een bepaalde straf. In deze zin heeft de strafbekwaamheid betrekking op de zin en doelstelling van de straf en staat het derhalve in directe relatie tot de strafdoelen. Elementen van deze vraagstukken zijn terug te vinden in de eerder genoemde vraag naar de omstandigheden waaronder kan worden afgezien van strafoplegging, ook daarin speelt de vraag naar de strafbekwaamheid naar het zich laat aanzien een rol. Ook in art. 2b van de Gratiwet is deze vraag onder te brengen. Janse de Jonge plaatst voorts art. 24 Sr, dat het draagkrachtbeginsel in het kader van de bepaling van de hoogte van de geldboete vastlegt, in het licht van de strafbekwaamheid. Er is dan ook een zekere overlap met andere (objectieve) categorieën factoren en criteria die relevant zijn voor de strafbeslissing. Men zou immers ook verslaafdheid, leeftijd of het hebben van werk als een factor kunnen beschouwen die van invloed is op de strafbekwaamheid van de dader. We hebben het hier dan in feite over omstandigheden of factoren die op zichzelf niet vast liggen, maar waaraan uit oogpunt van bijvoorbeeld humaniteit wordt vastgehouden en op die gronden ook een plaats verdienen in het beslissingsschema van de rechter.

365 In dit verband speelt de discussie over straf naar de mate van schuld. Zie § 4.2.4.1.

366 Zie in dit verband zeer uitgesproken: Roberts 2008a.

De betrekkelijke soberheid van de materiële strafwet lijkt vooralsnog niet te leiden tot een behoefte aan meer wettelijke criteria (zowel voor de strafverhogende en strafverzwarende omstandigheden als voor de feitelijke materiële criteria). Die behoefte lijkt grotendeels te worden getemperd door het vervolgings- en requireerbeleid van het openbaar ministerie. Dat is met name van belang in die gevallen waarin geen directe aanleiding bestaat tot het verhogen van de wettelijk bedreigde strafmaxima, maar een verhoging van de opgelegde straffen wordt beoogd als onderdeel van een breder beleidsprogramma tot bestrijding van bepaalde vormen van criminaliteit. Interessant is dat het requireerbeleid van het OM door middel van BOS/Polaris is gericht op de strafeis in een individuele strafzaak. Het richt zich, in tegenstelling tot het wettelijk kader dat voorziet in bandbreedtes, op de formulering van een specifiek voorstel voor een straf. Dat maakt het Kader voor Strafvordering ook vanuit materieelrechtelijk perspectief van belang. Een voorbeeld van de wijze waarop dit kan uitwerken, vormt de beleidswijziging inzake de voorgestelde strafmaat bij geweldszaken, zoals deze op 26 oktober 2006 is aangekondigd.³⁶⁷ Daarin is bepaald dat bij geweld tegen iemand in de uitoefening van zijn of haar functie, het OM de strafeis tegen de verdachte zal verdubbelen. Ook zal het OM een in vergelijking met de 'normale gevallen' twee keer zo hoge straf eisen in geval iemand slachtoffer van geweld wordt bij het tonen van 'burgermoed', dat wil zeggen wanneer door moedig optreden wordt geprobeerd te verhinderen dat een geweldsdelict wordt gepleegd. Hier wordt niet primair beoogd de strafbaarstelling dan wel de strafbedreiging van mishandeling te veranderen, maar wordt binnen die bestaande grenzen beleid gevoerd aan de hand van een bepaalde verschijningsvorm van dat delict. De optie tot verandering van wetgeving wordt in lijn met dit structuurkenmerk van het Nederlandse strafrecht als secundair beschouwd.³⁶⁸ Hoewel de uit dit beleid voortvloeiende strafeis vooralsnog inhoudelijk als niet-bindend moet worden beschouwd (zie daaromtrent nader § 4.4.7) ligt het voor de hand deze, in overleg met de minister van Justitie tot stand gekomen³⁶⁹, richtlijnen voor strafvordering te beschouwen als aanvulling op het ruim

367 Zie: <http://www.om.nl/nieuws/actueel/30462/> en het Actieprogramma "Aanpak agressie en geweld tegen werknemers met een publieke taak" op <http://www.minbzk.nl/contents/pages/82035/actieprogram-definitieveversietk.pdf>. Zie eveneens: *Kamerstukken II* 2006/07, 28 684, nr. 100.

368 Aldus de minister: 'Mocht uit de evaluatie blijken dat de aangepaste richtlijn geen effect heeft, zal ik de mogelijkheid bezien om voor deze categorie slachtoffers te komen tot verbreding van het strafrecht in de vorm van een gekwalificeerd delict.' Zie: *Kamerstukken II* 2006/07, 28 684, nr. 100, p. 4.

369 Het College van procureurs-generaal heeft op grond van art. 130 lid 4 Wet RO de bevoegdheid tot het vaststellen van algemene en bijzondere aanwijzingen met betrekking tot de uitoefening van de taken van de leden van het OM. Dit beleid wordt in het algemeen in samenspraak met de minister van justitie vastgesteld. Daarnaast heeft de minister zelfstandig de bevoegdheid tot het vaststellen van algemene en bijzondere aanwijzingen. Het betreft hier de aanwijzingsbevoegdheid van art. 127 en 128 Wet RO.

geformuleerde wettelijke kader van strafbaarstelling en strafbedreiging.³⁷⁰ Materieelrechtelijk zijn de in het Kader voor Strafvordering omschreven uitingvormen van strafbaar gestelde gedragingen te beschouwen als een nadere uitwerking en verfijning van de ernst van het delict.

Het omvattende karakter van het strafvorderingsbeleid van het OM kan, in samenhang met de systematische sluiting op juridisch niveau door het strafvorderingsbeleid te beschouwen als recht in de zin van art. 79 RO, verklaren waarom op wetgevingsniveau weinig is veranderd ten aanzien van deze systematiek. Tegelijkertijd houdt deze taakverdeling verband met opvattingen over de aard en functie van de strafwet. Deze opvatting bepaalt mede de ruimte waarbinnen het beleid van het OM wordt ontwikkeld. De consequentie hiervan is dat materieelrechtelijke onderscheidingen met betrekking tot de typen delicten en de daaraan te verbinden strafsoort, (minimum- en maximum)strafmaat en strafmodaliteit nauwelijks ingang hebben gevonden in wetgeving, maar de rechter bereiken via de op het strafvorderingsbeleid gebaseerde strafeis van de officier van justitie. Reeds om die reden moet aan dit strafvorderingsbeleid belang worden gehecht. De juridische betekenis van het strafvorderingsbeleid voor de strafbeslissing hangt vooral samen met de status van de strafeis die de officier van justitie ter terechtzitting formuleert. Dit onderwerp zal hieronder worden besproken, waar de processuele context van de strafbeslissing aan de orde komt.

De eerder beknopt aan de orde gestelde oriëntatiepunten voor de straftoemeting zijn, als product van rechterlijke samenwerking, om dezelfde reden vanuit materieelrechtelijk oogpunt interessant, maar *lijken* alleen al vanwege de beperktere omvang en reikwijdte praktisch van minder groot belang. Dat kan anders zijn, niet alleen in geval deze oriëntatiepunten ook informeel worden ontwikkeld en toegepast, maar ook indien, hetgeen hier onderwerp van onderzoek is, het tot de taak van de rechter zou kunnen worden gerekend dit stelsel van oriëntatiepunten uit te bouwen. Daarmee houdt verband de hierboven genoemde sluiting van het juridisch systeem door elementen van een dergelijk beleid te beschouwen als recht in de zin van 79 RO, een onderwerp dat juist ten aanzien van het 'beleid' van de rechter zeer discutabel is en om een ander soort analyse vraagt.

Maar ook buiten het vraagstuk van de 'binding' van de rechter aan het 'beleid' zijn de oriëntatiepunten van belang. Zij kunnen worden gezien als aanknopingspunt voor ontwikkeling van een methode tot vergroten van de legitimiteit van oordeelsvorming, een methode die de stap tussen delictomschrijving en strafbedreiging enerzijds en de strafbeslissing anderzijds kan duiden én structureren. Op verschillende van de hierboven aangehaalde aspecten van de rechterlijke oordeelsvorming omtrent de straf zou daarvoor

370 Concreet dient te worden gekeken naar BOS/Polaris, het systeem aan de hand waarvan de officier van justitie wordt geacht de strafeis te bepalen. Zie daaromtrent nader: § 4.4.7.2.

aanleiding kunnen zijn. Dat kan misschien het best aan de hand van een voorbeeld worden getoond:

Het LOVS heeft op enig moment enkele oriëntatiepunten gepubliceerd voor verschillende verschijningsvormen van diefstal (art. 311 Sr, uitgaande van een alleen opererende dader). Deze waren:

Art. 311 Sr diefstal uit een auto (autokraak)

Diefstal d.m.v. braak/verbreking uit een auto op straat.

Oriëntatiepunt: 3 weken;

Art. 311 Sr diefstal van een auto

Het wegnemen van de straat van een auto d.m.v. braak/verbreking.

Oriëntatiepunt: 5 weken;

Art. 311 Sr diefstal uit een woning (woninginbraak)

Dader komt naar binnen via bijv. een bovenlichtje of d.m.v. valse sleutel, er is relatief weinig braakschade. Er is niemand thuis en de rotzooi/schade die is aangericht is niet extreem. De waarde van de onvreemde voorwerpen beperkt zich tot ten hoogste enkele duizenden guldens.

Oriëntatiepunt: 10 weken;

Art. 311 Sr diefstal uit scholen, kantines etc.

Eenvoudige inbraken (met beperkte braakschade) in objecten, niet zijnde woningen.

De waarde van de onvreemde voorwerpen beperkt zich tot ten hoogste enkele duizenden guldens en bestaat uit bijvoorbeeld de personeelspot, snoep, een pc, enige geluidsapparatuur etc.

Oriëntatiepunt: 5 weken.³⁷¹

We zien hier specifieke verschijningsvormen van diefstal nader uitgewerkt aan de hand van object, aan de hand van locatie en aan de hand van schade. Daarmee wordt de wettelijke delictsomschrijving in zekere zin verfijnd en wordt er aan die verfijnde verschijningsvorm van het delict een in dit geval gefixeerd uitgangspunt voor de straf bepaald: van drie tot tien weken gevangenisstraf. En zie bijvoorbeeld ook de categorieën daders die worden onderscheiden in de toelichting bij het oriëntatiepunt voor overtreding van art. 2, onder A, Opiumwet bij drugskoeriers (met uitzondering van Schipholzakken):

1. pakezels. Criteria:

Er is sprake van een complex van factoren, waardoor iemand die op zich niet als crimineel kan worden aangemerkt ertoe gebracht is drugs te smokkelen. De volgende factoren kunnen een rol spelen: · armoede (gerelateerd aan het land van herkomst, maar ook het bestaan van een sociaal vangnet in de rijke landen neemt niet weg dat iemand naar de maatstaven van dat land armoedig kan zijn) · overwicht van de organisatie, bijv. door eerst een lening te verstrekken en die vervolgens op te eisen of door gebruik te maken van de jeugd, ouderdom of naïviteit van betrokkene · persoonlijke sociale omstandigheden, zoals de operatie van een familielid, de zorg (vaak als alleenstaande ouder) voor kinderen e.d. De daders in deze groep bekennen vaak, dan wel geven een verklaring die direct voorwaardelijk opzet oplevert. Op geraffineerde wijze ontkennen dan wel zich beroepen op zwijgrecht e.d. kan een contraindicatie zijn om het pakezelschap aan te nemen. Deze daders nemen in het algemeen geen initiatief, zij worden benaderd.

³⁷¹ Te raadplegen op www.rechtspraak.nl. De bedragen zijn inmiddels in euro's omschreven.

2. standaard. Criteria:

Het gaat hier om de daders die minder aanvaardbare en begrijpelijk redenen voor hun handelen kunnen aangeven en voor wie het gemakkelijk en snel geld verdienen een belangrijke drijfveer lijkt te zijn. De volgende factoren kunnen een rol spelen: · geen ernstige financiële problemen (ook geen rijken vanzelfsprekend, maar een redelijk inkomen en wel enige maar geen torenhoge schulden) · er kan enig eigen initiatief van de dader uitgegaan zijn, of zo niet dan geldt toch dat de dader in beginsel vrije keuze had en daarmee een zelf willend werktuig in de handen van de organisatie is geworden · tot de groep behoren degenen, die zelf gebruiken en zo in een keer veel willen verdienen, degenen die zo een studie, zaakje e.d. willen betalen, of in een klap enkele 'luxe' schulden willen aflossen. Voor deze groep geldt, dat zij niet door overwicht gedwongen zijn, al kan het zijn dat in de loop van de contacten dreigementen zijn geuit, omdat men wilde terugkrabbelen.

3. organisatie. Criteria:

Het gaat hier om de meer criminele daders die kennelijk enige rol in de organisatie spelen, als regelmatige koerier, controller of afhaler. De volgende factoren kunnen een rol spelen: · aantoonbare positie in een smokkelorganisatie · betreft anderen bij de smokkel (pak-ezels, vrienden, familie) · heeft recidive, althans een zodanig reispatroon dat herhaling voldoende aannemelijk is · hebzucht is de voornaamste beweegreden.³⁷²

Ook hier zien we specifieke onderscheidingen, in dit geval van diverse typen daders. Het betreft hier niets anders dan materieel straftoemetingsrecht, een verfijning van datgene wat is strafbaar gesteld in de delictsomschrijving. Zowel op het niveau van de objectieve en subjectieve factoren die de straf bepalen als de daadwerkelijk op te leggen straf wordt aldus nader gestructureerd en ingeperkt en lijkt het te voldoen aan de vanuit het wettelijke stelsel bestaande behoefte aan- en noodzaak tot een nadere inkadering en materieelrechtelijke invulling van het speelveld van de strafbeslissing. Deze oriëntatiepunten, toch binnen de rechtsprekende macht zelf tot ontwikkeling gekomen, lijken aldus zowel methodologisch als materieelrechtelijk het aanknopingspunt te kunnen vormen voor een op consistentie gerichte structurering van de straftoemeting (in beperkte zin).³⁷³ Die gedachte verdient vanuit het perspectief van de rechterlijke oordeelsvorming een nadere uitwerking: rechterlijke oriëntatiepunten als methodologisch richtpunt ten behoeve van het vergroten van de consistentie in de straftoemeting – wellicht worden daarmee de contouren duidelijk van de mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking met betrekking tot de straftoemeting. Een perspectief dat iets toe lijkt te voegen aan het reeds geruime tijd spelende debat omtrent de mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking. Er rijzen evenwel belangrijke vragen omtrent de vaststelling en de toepassing van deze oriëntatiepunten, en niet alleen uit oogpunt van rechtsvorming en de bevoegdheid tot vaststelling van dergelijke 'regelingen'. Zij leggen ook een terrein van discussie bloot over de uitgangspunten er van, over de gevallen waarin daarvan wordt afgeweken en de mate waarin dat consequenties

372 Te raadplegen op www.rechtspraak.nl.

373 In zekere zin verschilt BOS/Polaris hier niet van, zij het dat dat in uitwerking (zowel feitelijk als formeel) nogal verschilt en ver af staat van de rechterlijke oordeelsvorming.

heeft voor de op te leggen straf, bijvoorbeeld in het kader van strafverzwarende en strafverlichtende omstandigheden. Met andere woorden: het biedt de mogelijkheid op het niveau van de rechtspraak te komen tot een nadere ontwikkeling van het straftoematingsrecht: een belangrijk aspect van een consistente straftoemeting.

4.3.6.4 Redenen en omstandigheden; Het vonnis en de motiveringsplicht als aanknopingspunt voor het materiële straftoematingsrecht?

De materiële grondslag van de strafbeslissing is hierboven met name geëxploreerd naar zijn feitelijke en normatieve betekenis. Hun *functie* kan worden opgemaakt uit de wijze waarop het formele recht zich verhoudt tot deze gezichtspunten en maatstaven. Op grond van art. 359 Sv kan worden aangenomen dat zij een argumentatief en een feitelijk karakter hebben. Art. 359 Sv vestigt een motiverings- en in sommige gevallen ook een responsieplicht met betrekking tot (standpunten over) de (te nemen) strafbeslissing. In dat verband is het voor de materieelrechtelijke benadering van criteria voor de strafbeslissing van belang in welke gevallen en met betrekking tot welke aspecten van de strafbeslissing deze motiverings- en responsieplicht bestaat. Deze begrippen bepalen immers, in combinatie met art. 358 Sv, hetgeen daaromtrent in het vonnis wordt vermeld en vinden voor een deel hun oorsprong in de wens de toegepaste 'criteria' voor de strafbeslissing te expliciteren. Voor wat betreft de procesrechtelijke inhoud en reikwijdte van deze voorschriften zij verwezen naar § 4.4. Op deze plaats wordt gekeken naar de materieelrechtelijke betekenis van deze bepalingen.

De motivering van de strafbeslissing is gerelateerd aan de '(...) redenen (...), die de straf hebben bepaald of tot de maatregel hebben geleid.' (art. 359 lid 5 Sv). Ook lid 6, dat een 'extra' motivering eist bij oplegging van een vrijheidsbenemende straf of maatregel, verwijst naar de 'redenen' die daartoe hebben geleid. Daarnaast geeft datzelfde lid 6 aan dat zoveel mogelijk ook 'de omstandigheden' dienen te worden aangegeven waarop bij de vaststelling van de duur van de straf is gelet. Ook de responsieplicht ex. art. 359 lid 2 Sv verwijst naar de 'redenen' die tot afwijking van de standpunten van de procesdeelnemers hebben geleid. Met de 'redenen' heeft de wetgever oorspronkelijk tot uitdrukking willen brengen dat de rechter zich rekenschap geeft van de 'beginselen' door welke hij zich heeft laten leiden bij het nemen van de beslissing. De opvatting, als zouden de redenen slechts betrekking hebben op de strafdoelen, lijkt in het licht van de jurisprudentie evenwel te beperkt. Onder 'redenen' in de zin van art. 359 lid 5 en art. 359 lid 2 lijken ook te moeten worden verstaan de argumenten die in algemene zin meer duidelijkheid verschaffen over de vraag waarom een bepaalde straf in een bepaalde zaak de juiste zou zijn.³⁷⁴ Los van de betekenis die het voorschrift in de praktijk heeft

³⁷⁴ Zie in dit verband: HR 11 februari 1929, NJ 1929, 503: '(een) bijzondere, (...) afzonderlijke, redengeving (...) voor de in concreto gevolgde toepassing van straf of maatregel.'

gekregen, lijkt te kunnen worden vastgesteld dat de functie van de 'redenen' in de zin van bovengenoemde wetteksten vooral argumentatief van aard is en dat deze iets weer moeten geven van de overwegingen die in het bijzonder de straf hebben bepaald.

Het benoemen van de 'omstandigheden', blijkens de wettekst slechts benodigd in geval er sprake is van de oplegging van een vrijheidsbenemende straf, lijkt te moeten worden beschouwd als uitvloeisel van de niet in andere gevallen zichtbare plicht tot (nadere) feitelijke onderbouwing van deze beslissing. Hoewel de functionele scheiding tussen overwegingen en feiten hier louter wordt gehanteerd ten behoeve van de analyse, zullen beiden in de praktijk nauw met elkaar verweven zijn. Opvallend is wel dat slechts in geval er sprake is van een vrijheidsbenemende straf de feitelijke onderbouwing in de zin van het noemen van 'omstandigheden' daadwerkelijk wordt vereist. In alle andere gevallen lijkt de feitelijke grondslag ergens anders te moeten worden gezocht (zij het dat de algemene overweging dat mede is gelet op de omstandigheden waaronder het feit is begaan een ruimer bereik van de 'eis' van feitelijke grondslag veronderstelt). In deze gevallen is het aan het oordeel van de Hoge Raad onderworpen of en in hoeverre bedoelde omstandigheid kan bijdragen aan de opgelegde straf.

De noodzaak tot nadere invulling van deze aanknopingspunten door middel van de feiten benadrukt het belang van het vonnis, in het bijzonder de (materieelrechtelijke) bewezenverklaring en de (formeelrechtelijke) strafmotivering. De kenbron van deze feitelijkheden is immers niet de delictsomschrijving, noch de kwalificatie van het bewezenverklaarde, maar primair het bewezenverklaarde zelf. In de bewezenverklaring vindt men de uitwerking van de wijze waarop en de omstandigheden waaronder de objectieve en subjectieve bestanddelen van de delictsomschrijving zijn verwerkt. Het is deze gedachte die in een later stadium, wanneer het geheel van de wettelijke regeling is weergegeven en geanalyseerd en de context van de problematiek van de straftoemeting is geëxploreerd, van belang kan zijn voor een nadere structurering en invulling van de discussie over de rol van de rechter. Daarover hebben we op grond van het systeem van de wet reeds kunnen vaststellen dat de verhouding tussen criteria voor strafbaarheid en criteria voor de strafbeslissing in zekere zin ook de markering vormt van de grens tussen de taak van de wetgever en de taak van de rechter. In de concretisering van de delictsomschrijving ligt, betrokken op de straftoemeting, een belangrijke factor van de rechterlijke vrijheid besloten. De betekenis van deze vaststelling kan in volle omvang aan de orde worden gesteld bij een nadere analyse van de strafbeslissing in het kader van het strafvorderlijk beslissingsmodel, zoals hieronder zal plaatsvinden. Blijft deze grens intact, dan is het aangewezen de positie van de (feiten)rechter nader te onderzoeken aangaande de eventuele vorming en toepassing van een 'straftoemetingsbeleid'.

Naast de bewezenverklaring vormt de strafmotivering een belangrijke kenbron voor de criteria voor de straftoemeting. In bredere zin zou overigens kunnen worden gesteld dat het procesrechtelijk kader van de straftoemeting meer aan het licht kan brengen aangaande de criteria voor de straftoemeting. Dat kader centreert zich als bekend rondom het beslissingsmodel van art. 348 en 350 Sv. Het belang van de strafmotivering klemmt te meer, nu wet noch rechtspraak de rechter veel beperkingen opleggen in de keuze en het gebruik van de criteria en de factoren ten behoeve van de strafbeslissing, ook buiten de bewezen verklaarde feiten om. Daarop zal hieronder worden ingegaan.

4.4 FORMEEL: DE STRAFBESLISSING IN HET KADER VAN HET STRAFVORDERLIJK BESLISSINGSMODEL

4.4.1 *Inleiding*

De normering van de strafbeslissing wordt intuïtief vooral in verband gebracht met materiële criteria voor de strafbeslissing. Het Wetboek van Strafrecht voorziet daarin echter maar ten dele, zoals werd getoond, en laat veel over aan de nog amper ontgonnen (want nauwelijks uitputtend geanalyseerde) rechtspraak. Vastgesteld moet dan ook worden dat in de straftoemingsrechtspraak kennelijk een veelvoud aan materiële criteria voor de strafbeslissing aanwezig is en wordt toegepast, maar dat deze vaak niet worden geëxpliciteerd. Daartoe is de strafmotivering het geëigende instrument. Aldus wordt ook het formeelrechtelijk kader van de strafbeslissing relevant. Het formeelrechtelijk kader van de strafbeslissing heeft vanuit deze optiek de potentie een compenserende functie te vervullen voor de terughoudende wijze waarop het materieelrechtelijke kader van de strafbeslissing vooraf is genormeerd. Het is uit oogpunt van interdependentie tussen het materiële en het formele strafrecht bepaald interessant te noemen dat één van de meest uitvoerige studies op dat terrein verricht werd juist in het kader van de motivering van de strafbeslissing. Schuyt analyseerde de rechtspraak over de straftoemeting bij een aantal delicten en schiep een kader voor de strafmotivering aan de hand van de uit de rechtspraak gedestilleerde criteria voor de strafbeslissing.³⁷⁵ Daarmee maakt zij zichtbaar hoeveel er op dit punt aan transparantie te winnen is. Dit hoofdstuk beoogt inzicht te verlenen in de relevantie van het strafvorderlijk kader van de strafbeslissing voor de normering van de straftoemeting.

Het formeelrechtelijk kader van de strafbeslissing is gecentreerd rondom het strafvorderlijk beslissingsmodel van de artikelen 348 en 350 Sv. Tevens vormt zij de uitdrukking en concretisering van de procesverplichting, voor zover daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat geen straf zal worden tenuit-

375 Dissertatie Schuyt (nog te verschijnen).

voergelegd zonder een voorafgaand strafproces voor een door de wet aangewezen en onafhankelijke rechter.³⁷⁶ Daarin komt de gebondenheid van het strafproces aan de wet (art. 1 Sv) in volle omvang tot uitdrukking. Hieronder zal kort worden stilgestaan bij de betekenis die in de regel wordt toebedeeld aan art. 1 Sv, in het bijzonder waar het de bevoegdheden van respectievelijk wetgever en rechter betreft. Ook de doelstellingen van het strafproces komen, in relatie tot de strafbeslissing, kort aan de orde. Daarna zal aan de hand van een meer positiefrechtelijke benadering gekeken worden naar de procesrechtelijke normering van de strafbeslissing.

4.4.2 *Strafvorderlijke legaliteit*

4.4.2.1 Openheid en geslotenheid als structureigenschap van het Wetboek van Strafvordering

Eerder werd gewezen op art. 351 Sv, de 'schakelbepaling' waarin de onderlinge verwevenheid tussen het materiële en het formele strafrecht tot uitdrukking komt. De strafbeslissing dient men als zodanig te rekenen tot het formele recht, de wijze waarop en de voorwaarden waaronder deze tot stand komt wordt mede ingevuld of bepaald door het sanctiestelsel en het stelsel van strafposities in het Wetboek van Strafrecht. Op grond daarvan werd gesteld dat ook de inhoud en de grondslagen van het Wetboek van Strafvordering, met name waar zij betrekking heeft op de taakverdeling tussen wetgever, rechter en openbaar ministerie relevant was voor een bepaling van het belang van het legaliteitsbeginsel voor onderhavige probleemstelling. De onderlinge verwevenheid tussen beide wetboeken is in positiefrechtelijke zin reeds uit de doeken gedaan in de beschrijving van de normering van de strafbeslissing, zowel in het kader van het strafvorderlijk beslissingsmodel als vanuit haar inbedding in het materiële strafrecht. Daaruit bleek dat het strafvorderlijk kader van de strafbeslissing beoogt een zekere mate van compensatie te bieden voor de uit het strafrechtelijk sanctiestelsel en het stelsel van strafposities voortvloeiende afwezigheid van inzichtelijke en bruikbare referentiekaders voor de strafbeslissing. Het slaagt daarin maar half. Als gevolg daarvan ontstaat dan ook de noodzaak en de behoefte het bestaande raamwerk op een andere wijze nadere invulling te geven. Dat levert vervolgens de vraag op naar de taak en de bevoegdheid van de bij de strafbeslissing betrokken procesdeelnemers, zowel op constitutioneel en institutioneel niveau als in het

³⁷⁶ Nijboer 1987, p. 81. In gelijke zin: Corstens 2005, p. 6, waarin wordt gesteld dat het strafproces de noodzakelijke schakel vormt tussen het strafbaar feit en de door de rechter op te leggen strafrechtelijke sanctie. Dit uitgangspunt wordt onder druk gezet met de invoering van de Wet OM-afdoening, dat voorziet in de mogelijkheid voor het OM tot het opleggen van een strafbeschikking. Zie: Wet van 7 juli 2006, Stb. 330. Voor een bredere definitie van het procesbeginsel, gerelateerd aan de constitutieve elementen van een eerlijk proces, zie: Hildebrandt 2002, i.h.b. hoofdstuk 5.

kader van het onderzoek ter terechtzitting. Op constitutioneel en institutioneel niveau woedt de discussie reeds geruime tijd tegen de achtergrond van de vraag of, en zo ja hoe een vorm van beleid van de rechter ten aanzien van de straftoemeting dient te worden vormgegeven. Ten aanzien van de rol van de rechter speelt de vraag of de rechter, ook in brede zin, wel de bevoegdheid bezit buiten-wettelijke normen (criteria) voor de strafbeslissing te ontwikkelen en in te vullen. Veelal wordt de discussie daarover gevoerd aan de hand van opvattingen over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter. Naar mijn overtuiging heeft deze discussie evenwel vooral betekenis voor de grenzen die aan de *werking* van een rechterlijk beleid ten aanzien van de straftoemeting kunnen worden gesteld, maar bergt zij, los van de vraag naar de betekenis van rechterlijk beleid, niet een antwoord in zich ten aanzien van de *bevoegdheid* respectievelijk de *plicht* tot het voeren van een vorm van beleid. Juridische en op de rechtsstaat betrokken aanknopingspunten voor een antwoord op deze vraag dienen zich wel aan vanuit het perspectief van het Wetboek van Strafvordering als stelsel van publieke bevoegdheidsverlenende normen.

De strafvorderlijke legaliteitseis, neergelegd in art. 1 Sv, bepaalt dat strafvordering alleen plaatsvindt als dit bij de wet is voorzien. Het voorschrift behelst derhalve, op grond van het formele wetsbegrip, in de eerste plaats een opdracht aan de hoogste nationale wetgever tot codificatie van het strafprocesrecht. Voorts stelt het de dwingende eis dat de toepassing van het strafprocesrecht gebaseerd dient te zijn op deze (formele) wet. In zoverre richt het voorschrift zich tot de uitvoerende en de rechtsprekende macht. Het Wetboek van Strafvordering fungeert vanuit dat perspectief als een stelsel van bevoegdheidsverlenende normen ten dienste van de handhaving van het materiële strafrecht, de voornaamste doelstelling van strafproces. Toch *creëert* het Wetboek van Strafvordering niet alleen de bevoegdheden van de uitvoerende en de rechtsprekende macht om de handhaving van het materiële strafrecht mogelijk te maken, zij worden ook daardoor *begrensd*. Strafvordering vindt immers alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien. In deze begrenzing openbaart zich het rechtsbeschermend aspect van de eis van legaliteit. Op grond van deze beide eigenschappen van het wetboek, constitutief en limitatief ten aanzien van de bevoegdheden van de uitvoerende en rechtsprekende macht, acht Cleiren in haar Rotterdamse oratie het stelsel van strafvordering als een in beginsel gesloten stelsel van bevoegdheidsverlenende normen.³⁷⁷ In beginsel, want niet iedere handeling van of namens organen binnen de strafrechtspleging is in de wet genormeerd. Het wetboek bevat in dat opzicht 'leemten'. Ook kunnen zich leemten voordoen in de omschrijving van de norm of de regel: deze kunnen in zeer vage of algemene bewoordingen zijn gesteld en dientengevolge weliswaar een bevoegdheid creëren, maar de invulling en de toepassing er van open laten. De consequentie daarvan voor

377 Cleiren 1992, p. 15-16.

de betekenis van art. 1 Sv is vooral dat het voorschrift dient te worden gelezen als een intentieverklaring het strafprocesrecht als een gesloten systeem van bevoegdheidsverlenende normen te beschouwen. Dat geeft volgens Cleiren het stelsel van strafvordering tegelijkertijd een open karakter.³⁷⁸

De vaststelling dat het Wetboek van Strafvordering leemten bevat, de aanvaarding van openheid als structuureigenschap van het stelsel van strafvordering, heeft belangrijke implicaties voor de wijze waarop de organen van de strafrechtspleging zich zelfstandig én ten opzichte van elkaar dienen te gedragen. Immers, daar waar de wet leemten bevat en/of rechtsvragen niet op basis van de wet kunnen worden beantwoord, mag of moet het stelsel worden aangevuld. Voor de rechter is in dat kader art. 13 AB richtinggevend, dat gebied dat te allen tijde recht zal worden gesproken, ook indien de wet geen, onduidelijke of onvolledige bepalingen bevat die een voorliggend geval juridisch normeren. Het specifieke wettelijk stelsel zelf moet daartoe wél de bevoegdheid verlenen. Wordt aangenomen dat het stelsel van strafvordering als een in beginsel gesloten, maar feitelijk open systeem moet worden beschouwd, dan brengt dit tevens de op de normadressanten van het wetboek rustende plicht met zich dit stelsel te voltooien, te sluiten. De bevoegdheid daartoe ligt volgens Cleiren besloten in art. 1 Sv zelf. In artikel 1 Sv ligt aldus de opdracht besloten om, daar waar een juridische normering ontbreekt, deze te creëren.³⁷⁹ Deze opdracht geldt, zij het in verschillende vormen en binnen verschillende grenzen, voor zowel de politie, het openbaar ministerie als de rechter: de normadressanten van het Wetboek van Strafvordering.³⁸⁰

Met bovenstaand model heeft Cleiren ook in strafrechtelijk-juridische zin een plaats gevonden voor de feitelijk reeds lang in ontwikkeling zijnde verhoudingen binnen de Trias Politica richting een evenwicht van machten. De genoemde structuureigenschappen van het Wetboek van Strafvordering sluiten daarop aan. Niettegenstaande de pretentie van artikel 1 Sv laat de daaruit sprekende legaliteitseis dan ook ruimte voor een gelaagde rechtsontwikke-

378 Cleiren 1992, p. 27-28. De structuurkenmerken 'openheid' en 'geslotenheid' ontleende Cleiren aan: Brouwer 1979, die op zichzelf zijn bevindingen ten dele baseert op het onderscheid van Hart in primary en secondary rules (Hart 1997, p. 79-99). De eerste categorie van regels betreft handelingen die individuen moeten, mogen of niet mogen verrichten. De tweede categorie van regels staat ten dienste van de eerste. Zij dienen er toe deze vast te stellen, te wijzigen, toe te passen of op te heffen. Volgens Brouwer is een rechtsgebied gesloten op het primaire niveau wanneer voor iedere menselijke gedraging een impliciete of expliciete juridische normering bestaat. Het bestaan van een ruimte voor interpretatie van deze regels doet niet af aan de geslotenheid van een dergelijk stelsel, dat is immers tot op zekere hoogte onvermijdelijk. Wanneer een rechtsgebied niet gesloten is in deze zin kan sluiting volgens Brouwer op het secundaire niveau plaatsvinden door normen die voorzien in het scheppen van een juridische normering.

379 Cleiren 1992, p. 30.

380 Van de verdediging kan niet zonder meer worden gezegd dat zij normadressaat is. Zie hierover: Cleiren 1992, p. 21-23.

ling in het stafprocesrecht. Voor de daadwerkelijke vorm en inhoud van de wijze waarop deze 'voltooiing' van het stelsel van strafvordering zal plaatsvinden en de grenzen waaraan deze ontwikkeling is gebonden, biedt artikel 1 Sv evenwel slechts een aanzet en zal naar aanvullende referentiekaders moeten worden gezocht, waarbij met name van belang is welke de grenzen zijn die art. 1 Sv aan de strafvorderlijke rechtsvinding stelt. Cleiren vindt deze in de rechtsstatelijke context van het stelsel van strafrecht en strafvordering en in de doelstellingen van het Wetboek van Strafvordering zelf. Concreet betekent dit primair dat de formele waarborg die met de legaliteitseis is verbonden, zoveel mogelijk dient te worden nagestreefd. De wet en de daarin gestelde voorwaarden dienen met het oog op de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te worden nageleefd en van bestaande (gedrags) normen mag niet worden afgeweken. In de tweede plaats mogen noch de uitvoerende macht, noch de rechtsprekende macht bevoegdheden in het leven roepen die (verdere) inbreuken op rechten en vrijheden van burgers mogelijk maken.³⁸¹ In gevallen waarin ruimte bestaat voor rechterlijke rechtsvorming zal voorts de inherente spanning tussen de instrumentele en beschermende, waarborgende functie van het stelsel ook in de gemaakte afwegingen zichtbaar moeten worden gemaakt.

Uit oogpunt van interdependentie tussen het materiële en het formele strafrecht valt op dat aan zowel het materiële als het formele legaliteitsbeginsel argumenten zijn te ontleen voor wat een actieve rechter en een actieve rechtsprekende macht zou kunnen worden genoemd. In § 4.2.1 werd in dat verband vastgesteld dat het primaat van de wet niet in de weg hoeft te staan aan rechtsvormende activiteiten van de strafrechter, in het bijzonder op gebieden waar de wetgever dit (op diverse gronden) achterwege heeft gelaten, maar een zekere mate van ordening uit oogpunt van legaliteit wel gewenst lijkt. Deze redenering loopt in belangrijke mate parallel aan de opvatting over de betekenis van art. 1 Sv, zoals die hierboven is weergegeven. De mogelijkheid van een gelaagde rechtsontwikkeling, volgend uit de analyse van art. 1 Sv, wordt gecomplementeerd door de uit art. 1 Sr volgende noodzaak daartoe. De afwezigheid van wetgeving noopt tot een op de realisering van die verantwoordelijkheid gerichte actieve rechter en, dit ondersteunend, een actieve rechtsprekende macht.

381 Cleiren 1992, p. 31-33. Niet altijd is duidelijk wanneer volstaan kan worden met een expliciete wettelijke juridische normering. Voor de bijzondere opsporingsmethoden of het afnemen van DNA-materiaal was het uiteindelijk snel duidelijk dat voor de toepassing daarvan een expliciete wettelijke voorziening benodigd was. De voeging ad-informandum in strafzaken, de kop-staartvonnissen en het grondslagstelsel met betrekking tot de tenlasteleggingen zijn of waren in dat kader problematisch of meer discutabel in relatie tot de vraag of het legaliteitsvereiste in deze gevallen een codificatie vereiste. Zie in dit verband ook: Rozemond 1998, p. 194-195.

4.4.2.2 De betekenis van art. 1 Sv voor de omgang met discretionaire bevoegdheden

Wat zijn de consequenties van deze interpretatie van het legaliteitsvereiste voor het handelen van de organen van de strafrechtspleging, in het bijzonder in die gevallen waarin de organen een discretionaire bevoegdheid is toegekend? Zoals gezegd biedt deze visie op de betekenis van artikel 1 Sv ruimte voor het ontwikkelen van aanvullende juridische normen op terreinen waar de wet leemten bevat. In deze zin dragen wetgever, openbaar ministerie en rechter gezamenlijk de verantwoordelijkheid voor de realisering van de rechtsstaatsgedachte. De vraag die hier aan de orde wordt gesteld, betreft de reikwijdte van de taak van de strafrechter met het oog op de structureren van de strafvorming en normering van de strafbeslissing. De analyse daarvan in dit deel is gegrond op de publiekrechtelijke en meer specifiek strafrechtelijke benadering van de normering van discretionaire bevoegdheden. De strafbeslissing wordt in dat kader binnen de genoemde literatuur regelmatig aangehaald als een discretionaire bevoegdheid, een vraagstuk dat hieronder nog nader aan de orde zal komen. De kern van de omgang met- en normering van discretionaire bevoegdheden is de vaststelling dat de toepassing ervan nooit in volledige vrijheid plaatsvindt, maar altijd een vrijheid in gebondenheid is. De aard en inhoud van die gebondenheid bepaalt grotendeels de wijze waarop de discretionaire bevoegdheid kan worden gebruikt en dient om die reden tegen de achtergrond van het straf(proces)rechtelijke stelsel nader te worden ingevuld.

Doelgebonden vrijheid

Met het bovenstaande is de bevoegdheid, dan wel plicht tot in- en aanvulling van het wettelijk stelsel nader besproken vanuit een meer rechtstheoretisch perspectief. De normering van de vrijheid van de rechter, de oriëntatie bij de toepassing van de discretionaire bevoegdheid, moet nog wel concreet worden ingevuld. Dit vindt plaats vanuit de overtuiging dat discretionaire bevoegdheden weliswaar breed worden erkend, maar dat de uitoefening daarvan niet ongelimiteerd is. In het bestuursrecht wordt in dat kader aangenomen dat de toegekende bevoegdheid moet worden toegepast overeenkomstig de doelstelling(en) met het oog waarop de discretionaire bevoegdheid is verleend en de taak welke het betreffende orgaan heeft te vervullen. Deze gedachte komt voort uit de idee van de *droit-fonction*, de doelgebonden vrijheid, of zoals Van Wijnbergen het omschrijft: 'een bevoegdheid, aan de ambtsdrager verleend niet ten eigen behoefte, maar ten dienste van zijn functie'.³⁸² Voor het strafproces concludeert Cleiren vanuit dat perspectief dat 'uitoefening van justitiële taken in het strafproces binnen de discretio-

382 De term komt van Dabin en wordt in Nederland o.a. gebruikt door Van Wijnbergen 1955, p. 7 en Cleiren 1989, p. 37.

naire ruimte dient te geschieden met het oog op de taak die het betreffende justitiële orgaan binnen en met betrekking tot het 'doel' van het strafproces heeft'.³⁸³ Van belang is hier te verwijzen naar de bestuursrechtelijke achtergrond van de *droits-fonction*, welke kan leiden tot de overtuiging dat het leerstuk van de doelgebonden vrijheid voor het strafproces slechts opgaat indien en voor zover er sprake is van de uitoefening van een bevoegdheid *ten dienste van het openbaar belang*. Dat zou, zo lijkt me de gedachte, ook de invulling van die bevoegdheid in het strafproces op ongelukkige wijze sturen en inkleuren, een gedachte die zich dan ook niet of slecht verhoudt met de specifieke taak en functie van de procesdeelnemers, in het bijzonder de rechter. Juist ten aanzien van deze procesdeelnemers is het moeilijk te aanvaarden dat zij hun handelen dienen te richten ten dienste van de publieke zaak. De oriëntatie op het strafproces wijst in dat kader een andere richting uit. Laat men dit aspect buiten beschouwing en aanvaardt men de op zichzelf overtuigende redenering dat de normering van discretionaire bevoegdheden in eerste instantie wordt bepaald door de doelstellingen waarmee de bevoegdheid is verleend en de taak die het betreffende orgaan heeft te vervullen, dan komt een andere, meer aanvaardbare oriëntatie van de betreffende procesdeelnemer in zicht. In deze zin versta ik dan ook de opvatting van Cleiren dat, vanwege de constitutioneel en institutioneel gegarandeerde onafhankelijkheid van de rechter en de rechterlijke macht, van een *droits-fonction* geen sprake kan zijn, maar dat vanuit een oriëntatie op de doelstellingen van het strafproces wél mogelijkheden bestaan voor een normering van de toepassing van discretionaire bevoegdheden door de rechter. De daarbij passende taak van de strafrechter is een op de realisering van die verantwoordelijkheid gerichte actieve rechter en rechtsprekende macht.

4.4.3 Doelstellingen van het strafproces

Het bevorderen van de toepassing van het strafrecht op de daadwerkelijk schuldigen en de veroordeling en het voorkomen daarvan in geval er sprake is van onschuldigen. Deze vormen naar de woorden van het oorspronkelijk ontwerp de tweeledige doelstelling van het strafproces.³⁸⁴ Hoewel daarover discussie mogelijk is en accenten kunnen verschillen kan aan deze formule, ook te lezen als 'een juiste toepassing van het materiële strafrecht',³⁸⁵ worden ontleend dat binnen het strafproces ter juiste realisering van het materiële strafrecht, materiële waarheidsvinding en het bieden van rechtsbescherming dienen te worden nagestreefd. Het strafproces heeft derhalve niet slechts een dienende functie ten opzichte van het materiële strafrecht, het behoort tot de

383 Cleiren 1989, p. 37.

384 Kamerstukken II 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

385 Corstens 2005, § I.3; Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 15.

verworvenheden van de rechtswetenschap dat aanvaard wordt dat het strafproces zelf ook rechtsbescherming moet bieden.³⁸⁶

Neemt men de opdracht tot juiste realisering van het materiële strafrecht letterlijk, dan is met betrekking tot het onderwerp van deze studie direct een probleemveld geïdentificeerd: hierboven is vast komen te staan dat er juist op het gebied van het materiële straftoemetingsrecht een grote ruimte (leemte) bestaat. Wat in dat kader als een juiste toepassing kan worden gezien, blijft in dat geval zeker onduidelijk. Het is Kelk die in dat verband (en in navolging van Hulsman³⁸⁷) nadrukkelijk de aandacht vestigde op het belang van de procedure die leidt tot de vaststelling van de straf: Een contradictoire straftoemetingsprocedure, met aandacht voor communicatie tussen de procesdeelnemers en communicatie in de richting van- en met de samenleving, de rol van de verdachte, onderzoek naar de materieelrechtelijke referentiekaders die een rol (moeten) spelen etc.³⁸⁸ Deze gedachte past in de lijn in het wetenschappelijk denken die, verschil van mening op het substantiële vlak aanvaardend, antwoorden op legitimiteitsvraagstukken zoeken in vormen van procedurele rechtvaardigheid.³⁸⁹ Het valt in het onderstaande te bezien of en zo ja, in hoeverre het procesrechtelijk kader van de strafbeslissing, gericht op het vinden van de materiële waarheid en het bieden van rechtsbescherming, bijdraagt aan de legitimiteit ervan.

4.4.4 *Preliminair opmerking met betrekking tot het beslissingsmodel*

Het beslissingsmodel van art. 348 en 350 Sv richt zich tot de rechter en biedt een imperatief onderzoekskader waarin de door de rechter te beantwoorden vragen en een daaraan gerelateerd stelsel van limitatief opgesomde einduitspraken is opgenomen. De art. 348 en 350 Sv behelzen de vragen waarop door de rechter moet worden beslist; het stelsel van einduitspraken is neergelegd in de art. 349, 351 en 352 Sv.³⁹⁰ De vraagpunten van art. 348 Sv hebben betrekking op de zogenaamde formele vragen (de geldigheid van de dagvaarding, de competentie van de rechtbank, de ontvankelijkheid van de officier van justitie en de redenen voor schorsing van de vervolging). Indien deze vragen positief (dan wel negatief voor wat betreft de hier gebruikte formule-

386 Vergelijk in dit verband de discussie over de doelstellingen van het strafproces naar aanleiding van het project *Strafvordering 2001*: Groenhuijsen & Knigge 2001 en de reactie daarop: Brants e.a. 2003. Crijns & Van der Meij 2005 benadrukken de intrinsieke verbanding tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming als uitvloeisel van de genoemde hoofddoelstelling van het strafproces.

387 Hulsman 1969.

388 Kelk 1983.

389 Rawls 1999.

390 Rechterlijke beslissingen worden ingevolge art. 138 Sv onderscheiden in beschikkingen en (eind)uitspraken. In zekere zin vormt overigens ook de toepassing van het rechterlijk pardon (art. 9a Sr) een zelfstandige einduitspraak.

ring van de redenen voor schorsing van de vervolging) worden beantwoord, biedt art. 350 Sv het kader waarbinnen over de materiële vragen, over het feit zelf, wordt beslist (de bewezenverklaring, de strafbaarheid van het feit, de strafbaarheid van de dader en de oplegging van een straf of maatregel). De beslissing over de laatste vraag kan pas worden genomen indien op alle voorgaande vragen van art. 350 Sv positief is geantwoord. In zoverre vormt een positieve beantwoording van de daaraan voorafgaande vragen een *conditio sine qua non* voor de behandeling van de vraag naar de op te leggen straf of maatregel. Het onderzoek dat plaatsvindt ten behoeve van de beantwoording van deze vragen is dan ook een onderzoek naar het invullen van de voorwaarden waaronder tot het opleggen van een straf of maatregel kan worden overgegaan.³⁹¹

De functie en ratio van het beslissingsmodel dienen te worden onderscheiden van de regels met betrekking tot de inhoud van het vonnis. Die worden beheerst door de art. 358 en 359 Sv, waarin de uitgangspunten staan geformuleerd voor de inrichting van het vonnis in de gevallen waarin door de rechter bij een einduitspraak is beslist. Een belangrijke plaats wordt daarin ingenomen door de motiveringsverplichtingen. Deze regelingen kunnen eveneens een belangrijke rol spelen bij de normering van het onderzoek en de einduitspraken op basis van de art. 348 en 350 Sv. De verhouding tussen de beslissing zelf en het afleggen van verantwoording daarover speelt overigens in het bijzonder een rol ten aanzien van de pogingen te komen tot een nadere normering van de strafbeslissing.³⁹²

De betekenis van het strafvorderlijk beslissingsmodel is meerduidelijk. In de eerste plaats is zij bepalend voor het door de rechter ter terechtzitting te verrichten onderzoek en de beraadslaging in raadkamer, dat zich in die volgorde dient te richten op de beantwoording van de in de art. 348 en 350 Sv neergelegde vraagpunten.³⁹³ Tevens is zij de maatstaf voor de verantwoording daarover in het vonnis.³⁹⁴ Het voorwerp waarop de rechterlijke beslissing betrekking heeft, wordt bindend en exclusief bepaald door het openbaar ministerie. Als uitgangspunt moet vervolgens met Melai worden aangenomen dat tegenover deze macht van het openbaar ministerie de vrijheid van de rechter staat zelfstandig ('onbelemmerd') de wettelijk vereiste beslissingen omtrent het onderwerp van onderzoek te nemen.³⁹⁵ De rechter heeft aldus een geheel eigen verantwoordelijkheid voor het verloop van het strafgeding, de inhoud van het onderzoek ter terechtzitting en (vanzelfsprekend) voor het oordeel over de uitkomsten daarvan. Deze omstandigheid is weer bepalend voor de

391 In deze zin ook: Kortenhorst 1990, p. 20 & 107.

392 Zie daarover nader: § 6.2 en 6.3.

393 Hoewel de volgorde van 348 Sv op zichzelf niet verplicht is, gebiedt de logica de in het artikel gegeven volgorde aan te houden.

394 Kortenhorst 1990, p. 18.

395 Melai 1968, p. 72.

eigen, actieve rol die de rechter binnen het Nederlandse, gematigd accusatoire, proces inneemt. Hieronder zal nader worden gekeken naar enkele kernpunten van de processuele inbedding van de strafbeslissing: het belang van het onderzoek ter terechtzitting (zelf) voor de strafbeslissing, de motivering van de strafbeslissing en de verhouding tussen de strafeis van de officier van justitie en de strafbeslissing. De verschillende onderdelen dienen vervolgens om, in het kader van de beschrijving van de normering van de strafbeslissing, enkele algemene conclusies te trekken ten aanzien van de processuele inbedding van de strafbeslissing.

Gegeven de uit de wet voortvloeiende eigen verantwoordelijkheid voor het onderzoek ten behoeve van de beantwoording van de formele en materiële vragen, kan niet zonder meer worden gesteld dat de rechter geheel vrij is in zijn beslissingen in het kader van het stelsel van de art. 348 en 350 Sv. Het handelen van de rechter is immers altijd een handelen in gebondenheid. Waar een principiële ongebondenheid bestaat aan hetgeen door het openbaar ministerie en de verdachte voor juist wordt gehouden, is de rechter wel gebonden aan de wet, aan het onderzoek ter terechtzitting en in zekere zin ook aan de resultaten daarvan. De betekenis daarvan is cruciaal voor een nadere uitdieping van de factoren die (moeten) meewegen bij de strafbeslissing. In aanvulling op de wet heeft de rechtspraak een belangrijke rechtsvormende rol gespeeld in het ontwikkelen van de formele en materiële voorwaarden waaronder een positieve beantwoording van deze vragen mogelijk was.

Waar hierboven werd gesteld dat het beslissingsmodel in zekere zin indicatief is voor de inhoud en verdeling van de taken en verantwoordelijkheden van OM en rechter, kan inmiddels worden vastgesteld dat de rechter een zelfstandige handelingsbevoegdheid en verantwoordelijkheid heeft op- en ten behoeve van het onderzoek ter terechtzitting. Beide staan in het teken van de beantwoording van de vragen van het beslissingsmodel en, vanuit de rechtsbeschermende beperkingen aan het onderzoek ter terechtzitting, het waarborgen van de rechtspositie van de verdachte. Om een concreter beeld te krijgen van de aard en de omvang van de taak en verantwoordelijkheid van de rechter voor de straftoemeting werd aldus in eerste instantie aansluiting gezocht bij de betekenis van het strafvorderlijk beslissingsmodel voor de taak van de rechter en de plaats daarin van de beslissing over de straf. Als aanknopingspunt daarvoor kan worden genomen dat het beslissingsmodel een model van onderzoek behelst, dat aangeeft welke vragen door de rechter dienen te worden onderzocht en positief beantwoord alvorens tot de oplegging van een straf of maatregel kan worden besloten. Na een korte bespreking van de procesrechtelijke inbedding van het onderzoek naar de vragen van art. 348 en 350 Sv in het algemeen, zal specifiek worden ingegaan op de processuele grondslag van het onderzoek naar en de beslissing over de vraag naar de oplegging van straf of maatregel.

4.4.5 *Het onderzoek naar de vragen van art. 348 en 350 Sv, met uitzondering van de vraag over de oplegging van straf of maatregel*

Zowel het onderzoek naar de vragen van art. 348 Sv als het onderzoek naar de vragen van art. 350 Sv worden geleid door de voorwaarde dat dit geschiedt op grondslag van de tenlastelegging. De daarop volgende beraadslagingen vinden plaats mede naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting. Het onderzoek naar de vragen van art. 348 Sv is formeel in de zin dat dit niet is gericht op de waarheidsvinding omtrent het door het OM in de tenlastelegging aangevoerde. Het onderzoek is gericht op het verschaffen van duidelijkheid over de formele vereisten die gelden om daartoe over te gaan en dient in zoverre tot het verschaffen van duidelijkheid over de aard en de strekking van de tenlastelegging en de procesrechtelijke posities van de rechter en het OM daarbij.³⁹⁶ De positieve uitkomst van dit onderzoek leidt tot de vaststelling dat het onderzoek ter terechtzitting kan worden voortgezet.³⁹⁷

Indien de rechtbank overgaat tot de beantwoording van de vragen van art. 350 Sv, dient een beslissing daarop ex art. 351 of 352 Sv te allen tijde in het vonnis te worden opgenomen (art. 358 lid 2 Sv). Met uitzondering van de bewezenverklaring, welke kan worden opgemaakt uit de gehanteerde bewijsmiddelen, dienen deze beslissingen op grond van art. 359 lid 2 Sv eveneens te worden gemotiveerd. Daarbuiten dient het vonnis de gemotiveerde verwerping te bevatten van verweren gericht op de voorvragen en de vragen van art. 350 Sv. De responsieplicht ten aanzien van bewijsverweren nemen in dat kader een bijzondere positie in. Deze vonden van oorsprong hun weerlegging in de selectie van de in het vonnis opgenomen bewijsmiddelen, maar op grond van de jurisprudentiële uitbreiding van de responsieplicht inzake bewijsverweren als ook de ontwikkelingen in wetgeving is aan deze praktijk een einde gekomen en is een algehele motiveringsplicht gecreëerd met betrekking tot de door betrokken partijen uitdrukkelijk voorgedragen standpunten.³⁹⁸

³⁹⁶ Melai, suppl. 23, aant. 2 bij art. 348-349.

³⁹⁷ Indien daartoe naar het oordeel van de rechter aanleiding bestaat, spreekt de rechtbank ingevolge art. 349 lid 1 Sv respectievelijk de nietigheid van de dagvaarding, haar onbevoegdheid, de niet-ontvankelijkheid van het OM of de schorsing van de vervolging uit. Deze beslissing dient op grond van art. 358 lid 1 jo 359 lid 2 Sv gemotiveerd in het vonnis te worden opgenomen. Indien de rechtbank geen reden ziet één van de genoemde voorvragen negatief te beantwoorden, behoeft het vonnis daarover niet bepaaldelijk een beslissing te bevatten. Deze beslissing volgt immers impliciet uit het feit dat is overgegaan tot de inhoudelijke behandeling van de zaak op grond van de vragen van 350 Sv. De situatie waarin door de verdachte vergeefs preliminaire verweren worden gevoerd, is hierbij buiten beschouwing gelaten. Op grond van art. 358 lid 3 jo 359 lid 2 Sv dient de rechtbank de beslissing daarop gemotiveerd in het vonnis op te nemen.

³⁹⁸ Zie voor het overzicht inzake de jurisprudentiële uitbreiding van de responsieplicht ten aanzien van bewijsverweren nader: Corstens 2005, § 18.12. Het valt voorts nog te bezien welke consequenties in dit kader zijn verbonden aan de invoering van de algemene responsieplicht in het kader van art. 359 lid 2 Sv met de inwerkingtreding op 1 januari 2005 van de Wet van 16 november 2004, Stb. 2004, 580 (Wet bekenkende verdachte). Het ligt voor de hand dat hiermee voor een groot aantal gevallen een einde is gemaakt aan de stilzwijgende weerlegging van bewijsverweren. Zie: Corstens 2005, p. 687.

Het onderzoek naar de voorvragen is in eerdere publicaties wel vergeleken met de door de piloot aan de hand van een check-list uit te voeren controle van een voor vertrek gereedstaand vliegtuig.³⁹⁹ Voor zover daarmee wordt aangegeven dat het onderzoek dient plaats te vinden aan de hand van vooraf gegeven en in die volgorde te behandelen vragen, kan dit evenzeer worden gesteld ten aanzien van de vragen van art. 350 Sv. In zoverre heeft deze omschrijving geen onderscheidend vermogen ten opzichte van het onderzoek naar de vragen van art. 350 Sv. In beide modellen wordt immers een zekere mate van stelselmatig handelen voorgeschreven. Onderscheidingen kunnen daarentegen wel worden aangebracht naar gerichtheid van de procedure, zoals hierboven kort werd aangegeven.

Het beslissingsmodel vormt het culminatiepunt van het strafproces. De rechter zal slechts die factoren ter terechtzitting onderzoeken die relevant zijn voor de beantwoording van één van de vragen van het beslissingsmodel. Andersom geldt dat het OM en de verdachte slechts die factoren naar voren dienen te brengen die eveneens relevant zijn in het kader van het beslissingsmodel. Op basis hiervan kan worden vastgesteld dat al hetgeen in het kader van het beslissingsmodel relevant is, als rechtens relevant moet worden gekwalificeerd. Het gaat in al deze gevallen om rechtsvragen. Dat deze vaststelling meer is dan het intrappen van een open deur wordt duidelijk wanneer hieronder nader wordt ingegaan op de beslissing over de oplegging van straf of maatregel.

De beslissingen die de rechter neemt in het kader van het strafvorderlijk beslissingsmodel zijn vooral ja/nee-beslissingen. Daarbinnen verhouden de diverse vragen zich evenwel tot elkaar in verschillende gradaties van beslissingsvrijheid. Zo heeft de rechter nauwelijks of geen speelruimte bij de beoordeling van de geldigheid van de dagvaarding of haar eigen competentie, maar bestaat er een zekere ruimte bij de beoordeling van de niet-ontvankelijkheid van het OM in het kader van het sanctioneren van vormverzuimen die hebben plaatsgevonden in het vooronderzoek (art. 359a Sv).

Twee beslissingen vallen vanuit bovenstaand perspectief in het bijzonder op. Dat zijn de bewijsbeslissing en de beslissing over de straf. Ten aanzien van de bewijsbeslissing geldt bijvoorbeeld dat deze, hoewel gesteld in termen van ja/nee, uiteindelijk is verbonden met de rechterlijke overtuiging (art. 338 Sv). Bovendien geldt dat de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal een taak van de feitenrechter is. De controle van de Hoge Raad beperkt zich, naast een controle op de rechtmatigheid van de vergaring van het bewijs, tot een controle op het sluitend zijn en de innerlijke consistentie van de bewijs-

399 Kortenhorst 1990, p. 21, waarin deze vergelijking ten onrechte wordt toegeschreven aan A. Mulder. In zijn Leidse afscheidsrede trekt de schrijver een vergelijking met de straftoemeting, waar een dergelijke controlelijst in de visie van de schrijver ontbreekt. Zie: A. Mulder 1965, p. 66-67.

constructie. Voor zover aan deze regels is tegemoetgekomen en gebruik is gemaakt van de wettige bewijsmiddelen (art. 339 lid 1 Sv) is de beoordeling en de weging daarvan aan de feitenrechter en als zodanig, buiten de gestelde motiveringsverplichtingen, in cassatie niet toetsbaar. In de kern zou men kunnen stellen dat de bewijsbeslissing een irrationeel element kent, tot uitdrukking komend in het cumulatieve vereiste van de rechterlijke overtuiging. In zoverre wordt ook wel gesteld dat de bewijsbeslissing niet een zuivere rechtsvraag behelst, een standpunt dat ook wel wordt ingenomen met betrekking tot de vraag naar de oplegging van de straf of maatregel.⁴⁰⁰

4.4.6 *Het onderzoek naar de vraag- en de beslissing over de oplegging van straf of maatregel*

De beslissing over de oplegging van de straf of maatregel wordt in het kader van het beslissingsmodel ook wel de spreekwoordelijke vreemde eend in de bijt genoemd, een *corpus alienum* in de strafrechtspraak.⁴⁰¹ Waar de vragen van art. 348 en 350 Sv vooral ja/nee-vragen zijn, betreft de vraag naar de oplegging van de straf of maatregel niet alleen die naar de vraag of tot oplegging daarvan moet worden besloten (welke immers met een enkel ja of nee kan worden beantwoord, zie in dit verband art. 9a Sr), maar ook, indien wordt besloten tot oplegging van een straf, de vraag naar de soort, de maat en de modaliteit daarvan.⁴⁰² Ten aanzien van deze vraag werd ook al eens gesteld dat daarmee het gebied van het recht werd verlaten.⁴⁰³ De suggestie dat de beslissing over de straf geen grond in het recht zou vinden, doet evenwel geen recht aan de wettelijke inbedding daarvan in het stelsel van het beslissingsmodel. Wél is het duidelijk dat het een ander sóort vraag betreft, alleen al omdat het bij de beantwoording van de overige vragen van het beslissingsmodel gaat om het vaststellen wat het recht(ens) is, terwijl de beslissing over de straf ook gaat over wat er in de toekomst met de verdachte moet gebeuren.⁴⁰⁴ Tegelijkertijd wordt de beslissing over de straf in belangrijke mate toevertrouwd aan de discretie van de feitenrechter en is, gelijk het geval is bij de beoordeling van de bewijsbeslissing, een toets in cassatie van de strafbeslissing derhalve slechts in beperkte mate mogelijk.

400 Zie daarover nader: noot 403 alsmede Asser-Scholten 1974, p. 131.

401 Corstens & Vegter 1989, p. 1635. Of dat een aan de ontwikkeling van het straftoemingsrecht dienstige vaststelling is, valt te betwijfelen. Door de strafbeslissing te blijven beschouwen als de spreekwoordelijke vreemde eend in de bijt, wordt (misschien ongewild) een bijdrage geleverd aan de sacrosancte positie van de strafbeslissing als een metafysisch rechterlijk oordeel.

402 Corstens & Vegter 1989, p. 1635.

403 Ik wijs hier op de opmerking van Scholten in zijn Algemeen Deel: '... de rechter gevoelt dat hij het gebied van het recht verlaat'. Zie: Asser-Scholten 1974, p. 131.

404 Corstens & Vegter 1989, p. 1635.

De beslissing over de vraag naar de oplegging van een straf of maatregel onderscheidt zich op een aantal belangrijke aspecten van het onderzoek naar de voorgaande vragen. Primair geldt, zoals is gebleken, dat de rechter binnen de door de wet gestelde ruimte vrij is in de keuze voor de straf en in de keuze en de weging van de daaraan ten grondslag liggende factoren. Dit roept de vraag op naar de betekenis van het onderzoek ter terechtzitting en de aldaar en in dat kader vastgestelde feiten en omstandigheden voor zover deze ten grondslag hebben gelegen aan de bewijsbeslissing, dan wel de (nadere) oordelen over de strafbaarheid van feit en dader. De binding aan de tenlastelegging en het onderzoek ter terechtzitting lijkt de strafbeslissing van de rechter in te kapselen in een stevig procesrechtelijk fundament dat de strafbeslissing legitimeert. Tegelijkertijd behoeft die binding enige nuancering: ook procesrechtelijk is de strafbeslissing nauwelijks genormeerd. Dat heeft in belangrijke mate te maken met de (met het beslissingsmodel van 348 en 350 verbonden) structuur van het overleg in raadkamer, in relatie tot de vormgeving van het onderzoek ter terechtzitting en de motiveringsplicht ten aanzien van de oplegging van straf- of maatregel.

4.4.6.1 Naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting

De feitelijke grondslag voor de beslissing over de straf is niet gelegen in de tenlastelegging, maar in hetgeen tijdens het onderzoek ter terechtzitting daaromtrent stapsgewijs is vast komen te staan.⁴⁰⁵ De beslissing over de straf zal derhalve genomen worden binnen de grenzen van hetgeen is bewezen-verklaard, de kwalificatie daarvan en het oordeel omtrent de strafbaarheid van feit en dader. Hier heeft de binding van de rechter aan de resultaten van het (eigen) onderzoek ter terechtzitting mede haar beslag. De binding van de rechter aan de *resultaten* van het onderzoek ter terechtzitting lijkt te kunnen worden opgemaakt uit de zinsnede dat de rechter beraadslaagt 'naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting', welke formulering tot gevolg heeft- en bedoelt te waarborgen dat 'geen andere gegevens – met uitzondering van de feiten van algemene bekendheid - aan de beslissing ten grondslag worden gelegd dan die waarover het OM en de verdachte zich ten processe hebben kunnen uitlaten'.⁴⁰⁶ Blok/Besier formuleren het aldus:

405 Hier tekent zich in zekere zin ook het belang van het *Doppelverwertungsverbot* af. Zie: § 4.3.6.1.

406 Melai, suppl. 47, aant. 7 bij art. 350. De wijzigingen in art. 359 Sv in verband met de Wet van 16 november 2004, Stb. 2004, 580 (Wet bekende verdachte), zoals deze per 1 januari 2005 hun beslag hebben gekregen en waarin een algemene motiveringsplicht voor de rechter werd ingevoerd bij afwijking van de door de officier van justitie en de verdachte naar voren gedragen standpunten, beogen weliswaar tevens de beslissing van de rechter te sturen en zodoende een zekere mate van binding aan deze standpunten te verwezenlijken, maar hebben naar hun aard de 'beperking' dat zij slechts zien op de motivering van die beslissing.

‘Overigens geldt ook hier, dat de beraadslaging geschiedt naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting en alleen naar aanleiding van dit onderzoek, dus niet van inlichtingen elders verkregen’.⁴⁰⁷

Het voorschrift, dat het belangrijkste aanknopingspunt vormt van de processuele inbedding van de strafbeslissing, is er op gericht ‘de hoeveelheid gegevens op grond waarvan de rechter mag beslissen’ te beperken met het oog op een ‘redelijke procesorde’ waarin zowel van de zijde van het OM als van de verdediging ruimte is te reageren op het ter terechtzitting aan de orde gestelde materiaal.⁴⁰⁸ Deze eis geldt evenwel niet alleen in verband met het verloop van het strafgeding, maar dient ook (in combinatie met het opmaken van een p-v van de terechtzitting op grond van art. 326 en 327 Sv) de controle achteraf in hoger beroep en cassatie te vergroten. Dat kan in feite alleen in combinatie met een motivering van de beslissing die in het licht van het ter terechtzitting naar voren gekomene niet onbegrijpelijk is.⁴⁰⁹

De vraag is of nu dient te worden uitgesloten dat (behoudens gegevens van algemene bekendheid) andere gegevens dan die op het onderzoek ter terechtzitting naar voren zijn gekomen ten grondslag mogen liggen aan de strafbeslissing. In dat verband dient betekenis te worden gehecht aan de vaststelling dat het voorschrift dat de beraadslagingen plaatsvinden op de grondslag van de tenlastelegging en naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting *het kader scheppen* waarbinnen de vragen van het beslissingsmodel dienen te worden beantwoord.⁴¹⁰ De bespreking in Melai van de art. 348 en 349 lijkt, in lijn met Blok/Besier, te veronderstellen dat dit een exclusief kader is:

‘Bijzonder – niet algemeen bekende – feiten die buiten het onderzoek op de terechtzitting ter kennis van de rechtbank zijn gekomen, kunnen niet geldig aan de beslissing van de rechtbank ten grondslag worden gelegd: deze beperking geldt ten aanzien van alle onderdelen van de rechterlijke beslissing, met name ook ten aanzien van de gegevens die een rol kunnen spelen bij de in art. 350 opgeworpen vragen’.⁴¹¹

Ook Van Bemmelen/Van Veen geven uiting aan het gevoel dat het onderzoek ter terechtzitting in ieder geval de basis moet vormen voor de voor de aan de strafbeslissing ten grondslag liggende argumenten: ‘De rechter dient zijn argumenten ter motivering van de opgelegde straf of maatregel te ontleenen aan het onderzoek ter terechtzitting’.⁴¹² De formulering ‘te ontleenen aan’ laat overigens nog wel de nodige ruimte. Toch stelt het systeem van het recht enkele belangrijke beperkingen aan het ongebreideld gebruik van mogelijk redengevende feiten en omstandigheden. Een bestaande wettelijke

407 Blok & Besier 1925, p. 183.

408 Melai, suppl. 47, aant. 8 bij art. 350.

409 Melai, suppl. 34, aant. 6 bij artt. 348-349.

410 Melai, suppl. 47, aant. 7 bij art. 350.

411 Melai, suppl. 34, aant. 6 bij artt. 348-349.

412 Van Bemmelen/Van Veen 1989 p. 330.

beperking aan het ongelimiteerd gebruikmaken van willekeurige feiten en omstandigheden is bijvoorbeeld te vinden in art. 301 lid 4 Sv, dat bepaalt dat geen acht mag worden geslagen op schriftelijke stukken die ten bezware van de verdachte hebben meegewogen bij de beslissing over de straf, indien deze niet zijn voorgelezen of waarvan de inhoud niet kort is medegedeeld.⁴¹³ Ook in de jurisprudentie zijn enige beperkingen gesteld aan het gebruik van niet uit de bewijsmiddelen voortkomende feiten of omstandigheden ten behoeve van de strafbeslissing. Kernpunt daarvan is (weer) dat de feiten en omstandigheden waarop de beslissing steunt, wél op de terechtzitting moeten zijn gebleken, dan wel ter sprake zijn gekomen en bovendien dat deze 'enige grond' hebben.⁴¹⁴ Deze zullen nader worden bekeken in de hiernavolgende paragraaf.

Het laten samenvallen van de vraag naar de oplegging van straf of maatregel met de overige materiële vragen van art. 350 Sv heeft consequenties voor de invulling van de rol van de rechter op het onderzoek ter terechtzitting. Niet alleen dient informatie te worden vergaard met betrekking tot de bewijs-, kwalificatie en schuldvraag, ook dient de rechter tijdens datzelfde proces te anticiperen op een positieve beantwoording van al deze vragen. In de woorden van Blok/Besier:

'Reeds ter terechtzitting zal dus de rechter er op bedacht moeten zijn, dat hij de vraag naar de strafmaat misschien te beantwoorden zal krijgen en zal hij dus materiaal voor de beantwoording daarvan en voor hare omkleiding met redenen moeten verzamelen.'⁴¹⁵

De verwevenheid van de verschillende soorten vragen van art. 350 Sv tijdens de beraadslagingen naar sluiting van het onderzoek ter terechtzitting wekt de suggestie dat de procedure met betrekking tot de vaststelling van voor de strafbeslissing relevante feiten gelijksoortig is aan de procedure rondom bewijs en schuld. Dat is niet het geval. De formulering van art. 350 Sv laat in zekere zin, en in tegenstelling tot hetgeen Blok/Besier te dien aanzien concluderen, de vraag open naar de aard van de binding van de strafbeslissing aan de resultaten van het onderzoek ter terechtzitting. Bedoeld of onbedoeld, de plaatsing van de punt-komma achter 'oplevert', maakt dat art. 350 Sv óók kan worden gelezen in de zin dat de eis van gebondenheid aan de resultaten van het onderzoek ter terechtzitting 'slechts' betrekking heeft op de bewijs- en kwalificatievraag.⁴¹⁶ De vraag naar de aanwezigheid van strafuitsluitings-

413 Zie HR 26 mei 1998, *NJ* 1998, 713 waarin de HR expliciet verwijst naar stukken welke (ten bezware van de verdachte) van invloed kunnen zijn op de oplegging van straf of maatregel.

414 Corstens 2005, p. 701, waar de schrijver spreekt van het 'niet op los zand staan' van de beslissing.

415 Blok & Besier 1925, p. 183-184.

416 Naar mijn weten is deze interpretatie nergens zo geformuleerd. Zij is de vrucht van een gesprek met mijn promotor en ik wil en kan daar dan ook geen alleenrecht op doen gelden.

gronden en die naar de oplegging van een straf of maatregel lijkt processueel een andere grondslag te hebben, terwijl ook feitelijk de grondslag van de strafbeslissing niet, zoals het geval is ten aanzien van de bewijsbeslissing, uit de bewijsmiddelen hoeft te zijn gebleken, maar (ruimer) ter terechtzitting aan de orde moet zijn geweest. Ten aanzien van de bewezenverklaring geldt de cumulatieve eis dat deze omstandigheden ook bewezen worden geacht, terwijl voor de strafbeslissing de eis geldt dat 'deze omstandigheden' als redengevend worden beschouwd. Voor zover het feiten betreft die ten grondslag liggen aan de bewezenverklaring is het bewijsrecht van toepassing. Voor de strafbeslissing redengevende omstandigheden dienen weliswaar een zekere binding te hebben met het onderzoek ter terechtzitting, dat volgt immers uit de ratio en oorsprong van art. 350 Sv, maar zij hebben een andere processuele inbedding en krijgen een andere behandeling dan de omstandigheden die ten grondslag liggen aan de bewezenverklaring. De praktijk van de voeging ad-informandum vormt een belangrijk gegeven in het licht van de feitelijke grondslag van de strafbeslissing en de binding aan de resultaten van het onderzoek ter terechtzitting: hoewel het feitencomplex dat mag meewegen bij de strafbeslissing daardoor aanzienlijk wordt uitgebreid wordt middels het erkenningsvereiste ten overstaan van de rechter in enigerlei mate vastgehouden aan de resultaten van het onderzoek ter terechtzitting.⁴¹⁷

Ten aanzien van de processuele inbedding lijkt de binding aan het onderzoek ter terechtzitting te moeten worden gerelativeerd, een hypothese die hieronder aan de hand van jurisprudentie nader zal worden onderzocht. Ten aanzien van de normering van de verkrijging van (eventueel) voor de strafbeslissing relevante feiten, dient te worden gekeken naar de relevantie van het bewijsrecht. Daarvan werd vastgesteld dat dit slechts gold met betrekking tot het bewijsoordeel over het tenlastegelegde feit. Dat laat nog wel de vraag over of er in de praktijk een verschil wordt gemaakt tussen de verschillende soorten getuigen en bewijsmiddelen aan de hand van de te beantwoorden vraag. Daarop wordt eveneens in onderstaande paragraaf nader ingegaan, zij het in zeer beknopte zin.

Beziet men deze systematiek met een andere bril, dan wordt de tenlastelegging als grondslag voor het onderzoek ter terechtzitting waar het de strafbeslissing betreft, vervangen door de grondslag van de bewezenverklaring. De bewezenverklaring te beschouwen als de grondslag voor de strafbeslissing is evenwel in zoverre niet in overeenstemming met het systeem van de wet daar de strafrechter ten behoeve van de strafbeslissing in feite ook buiten de bewezenverklaring kan treden in de vaststelling van- en keuze voor de voor de strafbeslissing redengevende omstandigheden: ook andere omstandigheden en feiten kunnen daarin worden meegewogen mits het vonnis, in het bijzonder de motivering van de staf, voldoet aan de daaraan

417 Zie bijvoorbeeld: HR 5 december 2006, NJ 2006, 666.

gestelde eisen, de opgelegde straf een wettelijke is en zich bevindt binnen de door de wet gestelde minimum- en maximumgrenzen. Het ontbreken van het uit het *ne bis in idem*-beginsel voortvloeiende *Doppelverwertungsverbot* (zie § 4.3.6.1) vormt een belangrijke uitingvorm van deze materieelrechtelijke openheid. Evenmin kunnen we in het Nederlandse strafrecht spreken van een met de concretisering van de delictsomschrijving in de bewezenverklaring verbonden nadere inkadering van de bandbreedte waarbinnen de beslissing over de straf zich dient te bevinden. Ook speelt de vraag of en in hoeverre bij de motivering van de straf in strafverzwarende zin rekening mag worden gehouden met omstandigheden die, zo deze bewezen zouden zijn, tot een bewezenverklaring en kwalificatie wegens een gekwalificeerd delict zouden opleveren.

De verwevenheid in het strafgeding tussen bewijs-, schuld- en straftoemetingenvraag roept diverse vragen op. Zo kan men in de afwijkende aard van de beslissing een aanknopingspunt vinden voor een andersoortige procedurele inbedding, die niet zozeer gericht behoeft te zijn op de vaststelling van de materiële waarheid, maar veeleer op de behandeling van de voor de strafbeslissing redengevende omstandigheden. In die straftoemetingsprocedure zou een andere rolverdeling tussen de procesdeelnemers voor de hand liggen. Het zou bijvoorbeeld een versteviging van de rol van de verdachte en de verdediging tot gevolg kunnen hebben. Ook de rol van de strafrechter lijkt dan anders te zijn: binnen de huidige regeling zou het anticiperen op de strafbeslissing theoretisch in strijd kunnen komen met de onbevangenheid waarmee de rechter het door de procesdeelnemers naar voren gebrachte materiaal tegemoet dient te treden. Zou het vanuit dat perspectief niet zuiverder zijn eerst na een op een openbare zitting uitgesproken waardering van de bewijs- en schuldvraag pas de vraag naar de op te leggen straf of maatregel te behandelen? In het bovenstaande zouden argumenten kunnen zijn gelegen voor een splitsing van art. 350 Sv en de daarmee samenhangende procedure.

4.4.6.2 Rechtspraak met betrekking tot de gebondenheid aan het onderzoek ter terechtzitting in relatie tot de strafbeslissing

Met betrekking tot het tenlastegelegde feit is de rechter gehouden de bewijsregels van art. 338 e.v. Sv in acht te nemen, hetgeen bovendien impliceert dat de rechter tevens op basis daarvan de overtuiging dient te hebben bekomen dat verdachte het feit heeft begaan.⁴¹⁸ Op de strafbeslissing zijn deze regels evenwel niet van toepassing: de feiten en omstandigheden waarop de beslissing over de straf berust behoeven niet in de bewijsmiddelen voor te

418 De bewijsregels strekken zich niet uit tot de feitelijke beoordeling van een beroep op een strafuitsluitingsgrond, zie in dit verband: Melai 1968, p. 86-90.

komen.⁴¹⁹ De rechterlijke overtuiging geldt evenmin voor de strafbeslissing. In feite geldt het wettelijk bewijsrecht alleen voor het bewijsoordeel.⁴²⁰ Deze omstandigheid is in de eerste plaats terug te voeren tot de afwijkende aard van de strafbeslissing ten opzichte van de eerste vraag van art. 350 Sv. Voor zover de feiten en omstandigheden een rol hebben gespeeld bij de bewezenverklaring en kwalificatie van het bewezenverklaarde zal gelden dat deze op zichzelf wel in de bewijsmiddelen zullen zijn terug te vinden. Iets anders is of deze feiten en omstandigheden tevens als redengevend voor de strafbeslissing moeten worden beschouwd. In het kader van de strafbeslissing zullen deze feiten immers op een geheel andere wijze tegemoet moeten worden getreden. Zij dienen dan niet meer te worden beschouwd als bewijs van een in het verleden plaatsgevonden hebbende gebeurtenis, maar als redengevend ten aanzien van de beslissing over de straf en de in de toekomst plaatshebbende uitvoering daarvan. Feiten en omstandigheden die van belang zijn geweest voor de vaststelling van de strafbaarheid van een gedraging kunnen weliswaar van invloed zijn op de beslissing over de straf, maar behoeven in het vonnis niet als redengevend daartoe te zijn aangewezen. De processuele inbedding van de strafbeslissing is dan ook geen probleem van bewijsrechtelijke aard. De aard van de strafbeslissing verzet zich daartegen, zo wordt gezegd; zij hoeft niet te worden bewezen doch slechts beargumenteerd.⁴²¹ Dit in ogenschouw nemende, en bovendien in aanmerking genomen dat de rechter ook ten behoeve van de strafbeslissing gebruik kan maken van feiten van algemene bekendheid (die geen bewijs behoeven, art. 339 lid 2 Sv) en de eigen waarneming (art. 340 Sv), is de armslag van de rechter bij de vaststelling en het gebruik van de voor de strafbeslissing relevante feiten groot. Desalniettemin is het van belang zicht te krijgen op de wijze waarop de binding aan het onderzoek ter terechtzitting, van belang in verband met de controleerbaarheid van de strafbeslissing, in de jurisprudentie wordt uitgelegd. In feite wordt daarmee zicht verkregen op de materiële grenzen van de strafbeslissing ten aanzien van de invulling van wat hierboven criteria voor de strafbeslissing werden genoemd: de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het werd begaan alsmede de persoon van de dader.

419 Corstens 2005, p. 701. Zie in dit verband bijvoorbeeld: HR 14 februari 2006, *NbSr* 2006, 68. Gesteld werd dat 'voor zover het middel er van uitgaat dat omstandigheden die worden gebruikt ter motivering van de straf moeten kunnen worden ontleend aan de in de bestreden uitspraak gebezigde bewijsmiddelen dan wel aan nader aangeduide bewijsmiddelen, het betoog uitgaat van een eis die het recht niet kent. Voldoende is dat van die omstandigheden ter terechtzitting is gebleken'.

420 Melai 1968, p. 87.

421 Ik meen dat dit een citaat is, maar ben in gebreke gebleven ten aanzien van de vindplaats daarvan.

'Ter terechtzitting gebleken'

In dit verband kan worden gewezen op HR 14 februari 2006, *NbSr* 2006, 68. Daarin stelt de Hoge Raad zich op het standpunt dat voor gebruikmaking van omstandigheden ter motivering van de straf voldoende is dat van deze omstandigheden ter terechtzitting zijn gebleken. Dit arrest kan overigens op verschillende manieren en slechts in samenhang met andere jurisprudentie worden gelezen. Het ziet op de vraag of omstandigheden die in de strafmotivering worden aangeduid als redengevend ten aanzien van de opgelegde straf moeten zijn terug te voeren op de bewijsmiddelen. Die vraag beantwoordt de Hoge Raad ontkennend. Voldoende is dat deze omstandigheden ter terechtzitting zijn gebleken. De vraag is echter of hieruit een algemene regel kan worden afgeleid die bepaalt dat voor de straf redengevende feiten of omstandigheden altijd ter terechtzitting aan de orde moeten zijn geweest. Dat lijkt, ondanks verschillende jurisprudentiële beperkingen aan een ongebreideld gebruik van feiten en omstandigheden ten behoeve van de strafbeslissing, niet het geval te zijn. Ook andere factoren dan die uit de gedingstukken blijken, kunnen door de rechter worden gebruikt ten behoeve van de strafbeslissing.⁴²² Een vergelijking met gegevens van algemene bekendheid dringt zich in dit geval op.

Bekend is bijvoorbeeld dat de rechter bij de beslissing over de straf de ontkennende houding en het zwijgen van verdachte mee mag wegen.⁴²³ De als redengevend geïnterpreteerde overweging dat de pakkans behoorlijk klein was, waarmee gesuggereerd werd dat sprake was van meerdere malen recidive van rijden onder invloed dan feitelijk was vast komen te staan, werd niet geaccepteerd: 'Voor zover de strafoplegging mede berust op de overweging "terwijl de pakkans bijzonder klein is" is zij onbegrijpelijk, aangezien de daarin besloten liggende veronderstelling dat de verdachte zich vaker aan het hem verweten gedrag zou hebben schuldig gemaakt zonder "gepakt" te zijn, geen grondslag vindt in de stukken van het geding en mitsdien niet redengevend kan zijn voor de strafoplegging.'⁴²⁴ Ook mocht ten nadele van de verdachte geen rekening worden gehouden met feiten die in een eerder stadium waren geseponneerd en waarvoor de verdachte derhalve niet onherroepelijk was veroordeeld.⁴²⁵

Met betrekking tot het prospectieve element van de straftoemeting, dat zich (buiten de deskundigenrapportages) moeilijker laat binden aan enig

422 Zie in deze zin ook: Van Dorst 2004, p. 220.

423 HR 18 december 1984, *NJ* 1985, 358; HR 18 november 1980, *NJ* 1981, 134.

424 HR 19 juni 1990, *NJ* 1990, 804, r.o. 5.2.

425 HR 28 maart 2006, nr. 00780/05. Eveneens strikt in de binding aan het onderzoek ter terechtzitting: HR 17 oktober 2006, *NJ* 2006, 578: 'In aanmerking genomen dat noch de stukken van het geding noch het verhandelde ter terechtzitting zowel in eerste aanleg als in hoger beroep iets inhouden omtrent de draagkracht van de verdachte, behoeft het nadere verklaring waarom het Hof heeft geoordeeld dat de verdachte in staat moet worden geacht tot betaling van € 100.000.' De onderzoeksplicht die voortvloeit uit het draagkrachtbeginsel zal daaraan hebben bijgedragen.

resultaat van onderzoek ter terechtzitting, ligt dit weer iets anders, ook indien dit in het nadeel van de verdachte werkt: 'Het staat de rechter vrij bij de strafoplegging in aanmerking te nemen hetgeen in redelijkheid is te verwachten met betrekking tot het toekomstig gedrag van de beklaagde of verdachte. Bezwaarlijk valt in te zien dat het hof, van die vrijheid gebruik makend, niet zou hebben "geoordeeld op grondslag van de telastelegging en naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting".⁴²⁶ In het kader van de WOTS is bovendien bepaald dat de exequaturrechter bij de strafomzetting acht mag slaan op feiten en omstandigheden die de buitenlandse rechter niet kende, ook wanneer dit ogenschijnlijk in het nadeel van de verdachte is zoals bij het laten meewegen van antecedenten van de veroordeelde.⁴²⁷

Ook op een ander punt wordt de binding aan het onderzoek ter terechtzitting gerelativeerd: In HR 28 januari 1992, NJ 1992, 382 was de vraag aan de orde of de verwijzing in de strafmotivering van het gerechtshof Den Bosch naar de norm van gelijke berechting in soortgelijke gevallen, zonder dat deze norm concreet ter terechtzitting in eerste aanleg en in hoger beroep ter sprake was gebracht, in strijd was met het vereiste dat de rechtbank dient te beraadslagen naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting. De Hoge Raad bepaalde in dit geval dat deze norm als zodanig niet ter terechtzitting behoeft te zijn gebleken en volgde daarin A-G Meijers die in dat verband een vergelijking trok met feiten van algemene bekendheid, die op grond van art. 339 lid 2 Sv geen bewijs behoeven. Zo brengt het recht van een verdachte op tegenspraak niet met zich, aldus de A-G, dat bij toepassing van bedoelde norm die gevallen ook ter terechtzitting aan de orde moeten zijn geweest. Verwant met

426 HR 16 juni 1987, NJ 1988, 320, r.o. 5.2, met afwijkende conclusie van A-G Leijten ('Er zijn misschien interpretaties te geven aan deze strafmotivering, die haar door de beugel van het recht heen duwen...'). Het betrof een zgn. totaalweigeraar, die weigerde zowel de militaire als de vervangende dienstplicht te vervullen en op grond daarvan tot een gevangenisstraf van twaalf maanden was veroordeeld. Het gerechtshof had omtrent de straf o.m. het volgende overwogen: 'dat het hof daarbij in het bijzonder in aanmerking neemt de ernst van het feit, ook in verhouding tot andere delicten, zulks gelet op het totale karakter van de dienstweigering in combinatie met het weigeren een beroep te doen op de Wet gewetensbezwaren militaire dienst, welke wet direct voortvloeit uit de Grondwet; dat dit immers medebrengt dat beklaagde, in tegenstelling tot andere dienstplichtigen, de op hem rustende wettelijke verplichting - met alle daaraan verbonden inconvenienten - tot het verrichten van werkelijke militaire dienst, zowel voor eerste oefening als voor herhalingsoefeningen in vreedstijd maar ook eventueel in oorlogstijd, dan wel vervangende dienst, niet zal nakomen; dat het hof daarom en uit een oogpunt van generale preventie, het opleggen van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van na te noemen duur geboden acht.' Het middel, ingediend door E. Prakken, luidde als volgt: 'veronderstelde toekomstige weigeringen van verzoeker om aan toekomstige wettelijke verplichtingen te voldoen op grond van verzoekers huidige en veronderstelde toekomstige geweten met betrekking tot het vervullen van de militaire dienst worden meegewogen voor het opleggen - nu - van de gevangenisstraf van twaalf maanden.'

427 HR 23 november 1993, NJ 1994, 280. In verband met het laten meewegen van antecedenten is relevant: COM (2005) 690, het concept-kaderbesluit betreffende de organisatie en de inhoud van uitwisselingen van gegevens uit het strafregister tussen de lidstaten.

dit onderwerp is het ongepubliceerde arrest van de Hoge Raad, waarin in cassatie werd geklaagd over de hoogte van de straf, welk middel werd ondersteund door diverse vergelijkbare gevallen. De Hoge Raad deed de zaak af op grond van art. 81 RO, hetgeen uit oogpunt van rechtsvorming over de strafmotivering en het gebruik van vergelijkbare gevallen als argument ten behoeve van de strafvorming valt te betreuren.⁴²⁸ Een nauwer verband met het onderzoek ter terechtzitting wordt vereist in gevallen waarin andere feiten dan die zijn bewezenverklaard ter motivering van de strafbeslissing als redengevend worden benoemd. In dat kader kan een onderscheid, ook in procesrechtelijke behandeling, worden gemaakt tussen die feiten die door de verdachte zijn erkend (en derhalve ad informandum aan het dossier zijn toegevoegd ten behoeve van de strafbeslissing) en de feiten die weliswaar ten bezware van de veroordeelde hebben gewerkt, maar geen zelfstandige afdoening in het kader van het strafproces in brede zin hebben gekregen.

Andere feiten: voeging ad informandum

Een mogelijkheid om voor de strafbeslissing gebruik te maken van andere feiten dan die zijn bewezenverklaard is gelegen in de voeging ad informandum. Wanneer de verdachte ervan op de hoogte is gebracht welke feiten het openbaar ministerie via voeging ad informandum wil afdoen en als hij deze ten overstaan van de rechter erkent, mag de rechter met die feiten bij zijn strafoplegging rekening houden. Is aan die voorwaarden niet voldaan dan mag de rechter de omstandigheid dat verdachte nog andere strafbare feiten dan de bewezenverklarde heeft begaan niet mede aan de strafoplegging ten grondslag leggen.⁴²⁹ Niet behoeft te blijken in welke mate de gevoegde zaken hebben bijgedragen aan de straf.⁴³⁰

Andere feiten of uitwerking van de criteria voor de strafbeslissing?

Met het ten nadele van de verdachte laten meewegen van feiten waarvoor de verdachte niet is veroordeeld en welke hij niet ten overstaan van een rechter heeft erkend te hebben gepleegd, komt de vraag aan de orde of daarmee niet in strijd wordt gehandeld met de in art. 6 EVRM neergelegde onschuldspresumptie. Van belang in dat verband is of er sprake is van een schuldvaststelling.⁴³¹ Indien dat niet het geval is, lijkt de feitenrechter de ruimte te hebben

428 HR 4 mei 2004, nr. 01321/03. Hierover in kritische zin (en tevens steller van het middel): Duker 2005, p. 9-11. In verband met de sinds 1 januari 2005 geldende wetgeving inzake de responsieplicht ex art. 359 lid 2 Sv valt overigens nog te bezien op welke wijze zal worden omgegaan met het inbrengen van vergelijkbare gevallen in de discussie over de straf. Corstens, raadsheer in de Hoge Raad, laat er evenwel geen misverstand over bestaan: het niveau van bestraffing in vergelijkbare zaken behoeft niet ter terechtzitting te zijn gebleken. Corstens 2005, p. 702.

429 Zie o.m. HR 13 maart 1979, NJ 1979, 269 en HR 12 november 1985, NJ 1986, 421. Zie ook: Franken 1993.

430 HR 7 januari 1986, NJ 1986, 496.

431 Zie in dit verband o.m. EHRM 28 oktober 2003, NJ 2004, 261 (Baars); EHRM 9 september 1998, NJCM-Bulletin 1999, p. 675-679 (Zegwaard).

andere dan de bewezenverklaarde feiten ten grondslag te leggen aan de strafbeslissing. Daarbij dient te worden aangetekend dat de Hoge Raad in deze enkele nadere voorwaarden heeft gesteld aan het gebruik er van.

In dat verband komt betekenis toe aan de vraag of de in de strafmotivering genoemde, en buiten de bewezenverklaring vallende omstandigheden kunnen worden gezien als een nadere uitwerking van de criteria voor de strafbeslissing: de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het werd begaan en de persoon van de dader. Indien dat verband aanwezig is en de motivering zonder een verwijzing naar deze omstandigheden onbegrijpelijk zou worden, lijkt het toelaatbaar bij de strafbeslissing ten bezware van de verdachte rekening te houden met omstandigheden die eventueel ook als afzonderlijk strafbaar feit hadden kunnen worden onderzocht of vervolgd.⁴³² Schalken formuleert naar aanleiding van HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 274 enkele positieve criteria waaraan de strafmotivering dient te voldoen wanneer 'feiten worden aangehaald die op de strafmaat van invloed zijn'. Buiten de categorie ad informandum gevoegde zaken geldt dat uitdrukkelijk dient te worden aangegeven of de aangehaalde feiten kunnen worden beschouwd als een nadere uitwerking van de omstandigheden waaronder het bewezenverklaarde feit werd begaan, tenzij het verband tussen die feiten en de bewezenverklaarde misdrijven uit het verhandelde ter zitting kan worden afgeleid. Daarbij geldt voorts, aldus Schalken, dat deze feiten aannemelijk moeten zijn. Indien de voor de strafbeslissing relevante feiten aangemerkt worden als een uitwerking van de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, dan is dat slechts toegestaan indien de verdachte daarvoor onherroepelijk is veroordeeld (r.o. 4.3).

In HR 14 maart 2000, *NJ* 2000, 520 liet de Hoge Raad een veroordeling wegens overtreding van art 140 Sr in stand. Het OM was terzake van de strafverzwarende omstandigheid van lid 3 van dat artikel niet-ontvankelijk verklaard, terwijl het Hof zijn strafbeslissing mede motiveerde met de vaststelling dat de veroordeelde binnen de criminele organisatie een leidinggevende rol vervulde. Indien er ruimte bestaat voor de interpretatie van dergelijke bestanddelen dan bestaat er, aldus de redenering van de Hoge Raad, ruimte voor de rechter deze omstandigheid mee te wegen bij de strafbeslissing.⁴³³ Dit is in zoverre een verregaande conclusie nu voor interpretatie noch keuze in deze zaak ruimte was. Het betreffende bestanddeel was immers niet ter beoordeling aan de rechter nu het OM terzake geen vervolgingsrecht had. Daar het

432 Zie in dit verband o.m. de conclusie van P-G Fokkens voor: HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 274 (m.nt. Sch).

433 Deze zaak diende ook voor het EHRM in verband met een mogelijke strijd met de onschuldpresumptie. Daaruit kan met Schuyt worden opgemaakt dat de betekenis van de rechtspraak van het Hof voor de strafmotivering beperkt blijft nu het zwaartepunt voor het Hof is gelegen in de procedure tot vaststelling van schuld en niet in de procedure tot vaststelling van de feiten ten behoeve van de strafbeslissing. Zie: EHRM 25 november 2004 (Van Thuil v. Nederland) en de bespreking daarvan in: Schuyt 2004.

Hof in deze zaak geen mogelijkheid had te beoordelen of er sprake was van een bestuurder in de zin van art. 140 lid 3 Sr kon men ook niet kennelijk hebben geoordeeld dat daarvan in dit geval geen sprake was. Mitsdien verbaast de wijze van verwerving van het middel door de Hoge Raad. Met de A-G kan echter worden vastgesteld dat ook los van deze interpretatiekwestie het Hof rekening mocht houden met de leidinggevende rol van de veroordeelde. Zo blijkt uit HR 1 december 1998, NJ 1999, 222 (waarnaar ook de AG verwijst) dat bij de motivering van de straf ter zake van het voorhanden hebben van een vuurwapen rekening gehouden mocht worden met de (noodlottige) gevolgen die het voorhanden hebben heeft gehad, ook al was de verdachte vrijgesproken van moord en/of doodslag. Deze laatste uitspraak tekent de jurisprudentie op dit punt, die laat zien dat er óók in dergelijke gevallen veel ruimte voor de rechter bestaat bij de keuze voor de voor de straf redengevende omstandigheden.⁴³⁴

Waar eerder al tot de conclusie werd gekomen dat het (materieel)wettelijk kader van de strafbeslissing veel ruimte laat aan de rechter in de keuzes voor de strafbepalende factoren en de op te leggen straf, kan daaraan op grond van het bovenstaande worden toegevoegd dat ook een zelfstandig processueel kader ontbreekt, waarbinnen de rechter kan komen tot een vaststelling van voor de strafbeslissing relevante feiten. Voor wat betreft de strafbeslissing is de bewezenverklaring en de kwalificatie daarvan ook materieel in belangrijke mate de grondslag van de strafbeslissing, maar dit wordt in het systeem van de wet niet als zodanig erkend. Voor zover er daarnaast ruimte is voor de rechter om andere factoren in aanmerking te nemen bij de strafvorming, geldt dat deze ter terechtzitting 'aan de orde' moeten zijn geweest of aldaar zijn gebleken. Dit geldt in het bijzonder voor die omstandigheden die door de rechter als strafverzwarend zijn aangemerkt. Ten aanzien van feiten en omstandigheden waarvan niet duidelijk is of zij als strafverzwarend of strafverlichtend moeten worden aangemerkt, wordt de binding aan het onderzoek ter terechtzitting nog verder genuanceerd. Dat is begrijpelijk vanuit de gedachte dat het moet gaan om factoren die de straf in concreto hebben bepaald, maar te betreuren vanuit het perspectief van transparantie en communicatie binnen de rechtszaal, en draagt ook niet bij aan het publieke begrip van de strafbeslissing. Factoren die ten voordele van de verdachte hebben meegewogen krijgen binnen de huidige procesrechtelijke inbedding geen bijzondere behandeling.

434 Zie in dit verband ook: EHRM 23 september 2003 (*Snijders v. Nederland*), NJCM-Bulletin 2004, p.824-826, m. nt. E. Myer. In deze zaak was sprake van een vrijspraak ter zake van het verstrekken van cocaïne aan minderjarigen, terwijl uit de strafmotivering voor de overgebleven feiten bleek dat het hof o.a. zwaar had laten meewegen dat verdachte ook cocaïne had verstrekt aan minderjarigen.

Met betrekking tot de procedurele inbedding van de strafbeslissing moet, als gezegd, worden gewezen op het belang van art. 359 lid 2 Sv, dat met de inwerkingtreding van de Wet bekenkende verdachte op 1 januari 2005 een belangrijke wijziging heeft ondergaan en tot een versteviging van het contradictoire en responsieve karakter van de terechtzitting en het vonnis zou moeten leiden. Het schept immers de verplichting voor de rechter in te gaan op van de beslissing van de rechter afwijkende standpunten van zowel de officier van justitie als de verdediging, ook wat betreft de standpunten met betrekking tot de op te leggen straf. Desalniettemin is van een zelfstandige, specifieke procedurele inbedding van de strafbeslissing geen sprake. Men kan zelfs stellen dat het onderzoek ten behoeve van de beantwoording van de vraag de oplegging van een straf of maatregel deels buiten de werking is gesteld van de bindende werking van de resultaten van het onderzoek ter terechtzitting nu de beslissing over de straf (inclusief de beslissing tot het rechterlijk pardon ex art. 9a Sr) niet hoeft te berusten op feiten en omstandigheden zoals deze uit de bewijsmiddelen blijken.⁴³⁵ Slechts op een enkel aspect zijn in de strafwetgeving voor de strafoplegging relevante begrippen of criteria opgenomen die in meer algemene termen de strafvorming structureren (verwezen zij naar de voorbeelden hierboven van art. 9a en 24 Sr en art. 31 WOTS), doch van een model dat de rechter dwingt stelselmatig te handelen, lijkt voor wat betreft deze deelbeslissing geen sprake te zijn.⁴³⁶

4.4.7 *De verhouding strafeis en strafbeslissing*⁴³⁷

In het bovenstaande is aandacht besteed aan de betekenis van het onderzoek ter terechtzitting voor de strafbeslissing en de wijze waarop de rechter met betrekking tot deze beslissing gebonden is aan de resultaten van het onderzoek ter terechtzitting. In dat kader werd reeds gewezen op de omstandigheid dat de strafbeslissing wordt genomen op grond van hetgeen door de rechter wordt bewezenverklaard, de kwalificatie daarvan en het oordeel omtrent de aanwezigheid van strafuitsluitingsgronden. Ter staving van zijn beslissing kan de rechter gebruik maken van feiten en omstandigheden die niet noodzakelijk behoeven te blijken uit de bewijsmiddelen en waarvan slechts indien zij ten bezware van de verdachte hebben gegolden, enige relatie met het onderzoek ter terechtzitting dient te bestaan. Onderdeel daarvan vormt ook het voorleggen van de vordering van de officier van justitie aan de rechtbank (art. 311 lid 1 Sv). In het requisitoir verwoordt de officier van justitie namens het openbaar ministerie zijn/haar visie op de zaak. Daarmee krijgt

⁴³⁵ Corstens 2005, p. 701.

⁴³⁶ De hierboven gegeven vergelijking met een controlelijst is niet ongebruikelijk, in de loop der jaren zijn enkele concrete voorstellen op dat punt gedaan. Zie bijvoorbeeld: Meijers 1989 en Spriet 2005.

⁴³⁷ Delen van deze paragraaf zijn (in afwijkende vorm) eerder gepubliceerd in: Schoep 2005.

het standpunt van het openbaar ministerie meer vorm, wordt de rechtbank geïnformeerd en wordt de verdachte naast de tenlastelegging een (volgend) handvat geboden ten behoeve van de verdediging.⁴³⁸ De vordering moet de juridische kwalificatie van het feit bevatten en, wanneer de officier van justitie van mening is dat de verdachte een straf of maatregel opgelegd moet krijgen, ook de omschrijving daarvan, zo bepaalt art. 311 lid 1 Sv.

Hoewel de juridische status van de strafeis in relatie tot de strafbeslissing onderwerp van wetenschappelijk debat blijft,⁴³⁹ is de strafeis van de officier van justitie in ieder geval feitelijk van groot belang voor de rechter.⁴⁴⁰ Hieronder zal nader worden gekeken naar de bestaande wettelijke inbedding van de strafeis en de wijze waarop deze tot stand komt. In de beschrijving hieronder is uitgegaan van een onderscheid tussen de periodes vóór en na 1 januari 2005, het tijdstip waarop de Wet bekennde verdachte in werking trad.⁴⁴¹ Deze wet heeft op zichzelf geen wijzigingen aangebracht in de juridische status van de strafeis, maar zij heeft wel gevolgen voor de wijze waarop de rechter in zijn vonnis aandacht dient te besteden aan de strafeis. Vervolgens zullen enkele principiële aspecten die samenhangen met de verhouding strafeis – strafbeslissing worden benoemd.

4.4.7.1 De juridische status van de vordering ex art. 311 Sv

Van een binding van de rechter aan de strafeis van de officier van justitie blijkt uit de wet niets: de vordering van de officier van justitie dient te worden gezien als een *advies* aan de rechter.⁴⁴² Vóór de inwerkingtreding van de Wet bekennde verdachte verlangde de wet bovendien niet dat 'omtrent een vordering nopens straf of maatregel (...) ook in zoverre daaraan geen gevolg wordt gegeven bepaaldelijk wordt beslist'.⁴⁴³ De minister van justitie omschreef de status van de strafeis als '(...) een indicatieve aanduiding van de strafmaat waarmee de verdachte ten hoogste rekening moet houden'.⁴⁴⁴ Er was (en is) dan ook geen sprake van een wettelijke binding van de rechter aan de strafeis van de officier van justitie, noch was de rechter verplicht een beslissing te nemen op de vordering van de officier van justitie, of diende daarvan melding te worden gemaakt in het vonnis. In de loop der jaren is evenwel het besef ontstaan, bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van verbetering

438 Zie bijvoorbeeld: Blok & Besier 1925, p. 81-84. Ook: Th.W. van Veen 1974, p. 520-521.

439 Zie in dit verband bijvoorbeeld: Enschedé 1974 en Duker 2003.

440 Slotboom e.a. 1992, p. 64-71: Uit dit onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat in 56% van de onderzochte zaken de rechter precies de eis van de officier van justitie volgde. Vooral in verstekzaken werd conform de eis gevonnis, en in veel gevallen vormde de eis van de officier van justitie feitelijk de bovengrens voor de op te leggen straf: de afwijking van de eis was veelal een afwijking naar beneden.

441 Wet van 16 november 2004, Stb. 2004, 580.

442 HR 10 december 1985, NJ 1986, 480.

443 HR 6 februari 1973, NJ 1973, 137.

444 *Kamerstukken II* 1981/82, 15 012, nr. 5, p. 29.

van inzicht in de factoren die beslissend zijn geweest voor de strafbeslissing, de rechter meer en beter te laten motiveren. Een logisch aanknopingspunt daarvoor vormde uiteraard de vordering van de officier. Dit inzicht vond met de inwerkingtreding van artikel 359 lid 7 Sv ingang in de wet (hoewel gezegd moet worden dat het met name werd ingevoerd met het oog op het terugdringen van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf). Met de invoering van het artikellid werd een algemene verplichting tot motiveren gecreëerd in geval de rechter in zijn strafbeslissing uitkwam *boven* de strafeis van de officier van justitie.⁴⁴⁵ Interessant is dat tijdens de behandeling van het wetsontwerp in de Tweede Kamer het voorstel tot invoering van een algemene motiveringsplicht van de rechter in *alle gevallen* waarin zou worden afgeweken van de strafeis door de minister werd verworpen. Het argument dat de bewindsman daartoe naar voren bracht, was gestoeld op het in stand houden van de bestaande verhouding tussen de betrokken deelnemers aan het strafproces met betrekking tot de straftoemeting. De invoering van een algemene motiveringsplicht zoals hierboven omschreven zou een 'niet onbelangrijke verschuiving in de onderlinge verhouding' betekenen.⁴⁴⁶ Ruim twintig jaar later is met de inwerkingtreding van de Wet bekkende verdachte alsnog een algemene motiveringsplicht op de rechter komen te rusten bij een van de strafeis (indien deze kan worden beschouwd als een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt) afwijkende strafbeslissing en dient het vonnis tevens de vordering van de officier van justitie te bevatten (art. 359 lid 1 en lid 2 Sv). Artikel 359 lid 7 Sv is bijgevolg in de oude, hier besproken, vorm komen te vervallen nu zij in het licht van de wijziging van lid 2 van hetzelfde artikel geen functie meer kan vervullen. Hieruit kan mogelijk worden opgemaakt dat de wetgever heeft beoogd het debat ter terechtzitting omtrent de strafbeslissing alsmede de weerslag daarvan in het vonnis te versterken; van een wens tot verdere inhoudelijke binding van de rechter aan de strafeis is vooralsnog niet gebleken. De rechtspraak van de Hoge Raad inzake de betekenis

445 Art. 359 lid 7 Sv was onderdeel van de Wet vermogenssancties en werd ingevoerd bij Wet van 31 maart 1983, Stb. 153. Art. 359 lid 7 Sv sprak expliciet van een extra motiveringsplicht in geval de rechter een langere onvoorwaardelijke gevangenisstraf oplegde dan gevorderd door de officier van justitie. Afgaande op (door het WODC bewerkte) cijfers van het CBS is een eenduidige conclusie over het behalen van deze doelstelling niet te trekken. Weliswaar steeg het aantal opgelegde vrijheidsstraffen in absolute zin van ca. 38.000 in 1985 naar ca. 52.000 in 2003, maar daalde het aandeel van het type vrijheidsstraffen in het palet aan op te leggen sancties van 33% in 1985 naar ca. 27% in 2003. Zie hiervoor de cijfers (in het bijzonder tabel 5.10) in de studie Criminaliteit en Rechtshandhaving op de site van het WODC: www.wodc.nl. Uit een eerdere studie blijkt overigens dat de langere straffen, waaronder worden verstaan de straffen langer dan een jaar, vooral sinds de jaren tachtig een steeds groter aandeel van het totaal aantal onvoorwaardelijk opgelegde straffen uitmaken: van 0,5% in 1960 tot 3,5% in 1999. Zie: Criminaliteit en rechtshandhaving 2001, p. 101.

446 *Kamerstukken II* 1981/82, 15 012, nr. 5, p. 29.

van de vordering van de officier van justitie voor de toepassing van de responsieplicht ex art. 359 lid 2 Sv verdient in dat kader ook op deze plaats een nadere overweging. In HR 3 oktober 2006, *NJ* 2006, 549 wordt, in het kader van de afwijking van de vordering van de officier van justitie, o.m. het volgende gesteld: "De enkele ex art. 311.1 Sv overgelegde vordering van het OM levert geen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt ex art. 359.2 Sv op. Afwijking van die enkele vordering behoeft derhalve niet op die grond nader te worden gemotiveerd." Waar de gedachte was dat de wijziging van art. 359 lid 2 Sv een verschuiving in het denken over de motivering van verschillen tussen de strafeis en de strafbeslissing zou markeren, komt men nu wellicht bedrogen uit. Slechts in bijzondere gevallen, door de Hoge Raad omschreven als de gevallen waarin de afwijking van de vordering van dien aard zou zijn dat de strafbeslissing zonder opgaaf van de redenen tot afwijking onbegrijpelijk zou zijn, wordt van de rechter een nadere motivering verlangd (r.o. 3.5.4). Daarmee brengt de Hoge Raad nadrukkelijk een beperking aan in de responsieplicht inzake de door de officier van justitie overgelegde vordering en de daarin verwerkte strafeis. Een bepaalde mate van afwijking wordt hier aanvaardbaar geacht en behoeft niet nader te worden gemotiveerd. Dan blijft de vraag naar de grens van deze kennelijk aanvaardbare bandbreedte natuurlijk onbeantwoord, een vraag waarvan lijkt te kunnen worden verwacht dat deze wordt beantwoord aan de hand van een op het verbazingscriterium gelijkend criterium.⁴⁴⁷ Het is de vraag of daarmee voldoende recht wordt gedaan aan de wens het debat ter terechtzitting omtrent de straf te bevorderen en het inzicht te vergroten in de factoren die ten grondslag liggen aan de strafbeslissing. Allereerst zal nader worden ingegaan op de verhouding tussen de strafeis en de richtlijnen voor strafvordering.

4.4.7.2 De strafeis en het stelsel van richtlijnen voor strafvordering (Polaris-richtlijnen)

De strafeis van de officier van justitie komt niet uitsluitend tot stand op grond van een autonome beoordeling van de betreffende zaak, maar dient als uitgangspunt te hebben de landelijke richtlijnen voor strafvordering zoals deze binnen het openbaar ministerie worden geformuleerd en vastgesteld. Deze richtlijnen maken deel uit van het stelsel van beleidsregels dat het openbaar ministerie hanteert ten behoeve van de uitoefening van haar wettelijke taak: de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.⁴⁴⁸ Vanuit dit perspectief

447 Een omstandigheid die op een responsieplicht van de rechter ex art. 359 lid 2 Sv zou kunnen duiden, zou zich voor kunnen doen indien de eis van de officier van justitie zelf afwijkt van – en nader wordt onderbouwd ten opzichte van het door het OM ter zake gevoerde requireerbeleid.

448 Ondergebracht in art. 124 RO. Zie nader over het ontstaan en de betekenis van beleid en beleidsregels binnen het openbaar ministerie: 't Hart 1994.

ligt het zwaartepunt van het beleid van het openbaar ministerie bij de vervolgings- en afdoeningsbevoegdheden en de tenuitvoerlegging van de straffen en maatregelen. Op deze plaats is echter het requireerbeleid van belang, het stelsel van beleidsregels dat als uitgangspunt moet dienen voor de door de officier van justitie ter terechtzitting te verwoorden strafeis. Ook dit beleid wordt in het algemeen aangeduid met het stelsel van richtlijnen voor de strafvordering, hierna: de Polaris-richtlijnen.⁴⁴⁹

De Polaris-richtlijnen dienen ertoe meer consistentie in het landelijk strafvorderingsbeleid van het OM te bewerkstelligen. Met het gebruik van deze richtlijnen wordt gepoogd een landelijk uniform uitgangspunt van denken te bieden voor een passende sanctie en kan, zo is de gedachte, een beredeneerde indicatie van de modaliteit en strafmaat geboden worden bij de justitiële beoordeling van strafbare feiten. De Polaris-richtlijnen bestrijken derhalve zowel de vervolgings- en afdoeningsbevoegdheden als de basis voor de formulering van de strafeis ter terechtzitting. Kern van het systeem is een puntenstelsel dat de basis vormt voor het beoordelingsproces door de officier van justitie (of parketsecretaris). Door middel van het puntenstelsel wordt de beoordelaar gestuurd in de beoordeling van de ernst van het feit of het complex van feiten en de daaraan te verbinden consequenties: zelfstandig afdoen of dagvaarden. Vervolgens dienen de richtlijnen als uitgangspunt voor de bepaling van de strafeis.

De basisstructuur van het stelsel van richtlijnen is neergelegd in het Kader voor Strafvordering, een handleiding waarin wordt beschreven op welke wijze, via welke stappen, een strafzaak volgens de richtlijnen beoordeeld moet worden.⁴⁵⁰ Het puntenstelsel is opgebouwd op grond van het onderscheid tussen strafpunten en sanctiepunten. Strafpunten dienen ter beoordeling van de ernst van het feit, terwijl de sanctiepunten bepalend zijn voor de strafmaat. Het Kader voor Strafvordering biedt bovendien inzicht in het beoordelingsproces. Na de vaststelling van het basisdelict wordt op grond van enkele specifieke beoordelingsfactoren, zoals recidive of andere 'wettelijke factoren' het aantal strafpunten voor het feit vastgesteld. Het gaat daarbij om daad-gerelateerde factoren, hetgeen de doorwerking in de strafeis van dader-gerelateerde factoren en specifieke omstandigheden waaronder het feit is begaan, openhoudt. Het aantal strafpunten wordt vervolgens omgerekend in sanctiepunten, welk aantal vervolgens maat- en richtinggevend is voor de te eisen straf. Ter ondersteuning van de toepassing van de Polaris-richtlijnen, en derhalve ook ter vergroting van de effectiviteit van de richtlijnen, is het Beslissing Ondersteunend Systeem (BOS) ontwikkeld. Dit systeem is bedoeld

449 POLARIS: Project Ontwikkeling Landelijke Richtlijnen voor Strafvordering. Zie nader over de inbedding van beleid in de organisatie en werkwijze van het openbaar ministerie, alsmede de juridische context daarvan: 't Hart 2001a.

450 Schurer en Van Loon 2000, p. 11. Het Kader voor Strafvordering is te vinden op: www.openbaarministerie.nl. Tevens is het opgenomen in: Cleiren & Nijboer 2006 (*T&C Sr*), Bijlage 19.

het benodigde rekenwerk te verrichten dat samenhangt met het werken met de Polaris-richtlijnen en biedt bovendien in potentie de mogelijkheid inzicht te verkrijgen in de naleving en de werking van de richtlijnen.⁴⁵¹

De Polaris-richtlijnen zijn ontwikkeld voor de veel voorkomende en/of maatschappelijk gevoelige delicten en gericht op meerderjarige natuurlijke personen die worden verdacht van commune, economische, milieu- of verkeersdelicten.⁴⁵² Over de totstandkoming van de Polaris-richtlijnen is niet (bijzonder) veel gepubliceerd. Uitvoerig en baanbrekend onderzoek naar de maatstaven van het vervolgingsbeleid zoals dat bestond vóór de ontwikkeling van een beleid in de moderne zin van het woord, werd verricht door Franken.⁴⁵³ Een eerste omvangrijke sociologische studie van het verschijnsel is in de jaren zeventig van de vorige eeuw verricht door Hoekema. Het betrof een studie die nog werd geëntameerd met het oog op de vraag of richtlijnen voor de opsporing en de vervolging al dan niet openbaar dienden te worden gemaakt, een kwestie die al daarvoor door 't Hart gezaghebbend werd besproken (en gepropageerd) in zijn Tilburgse oratie.⁴⁵⁴

De wijze waarop de bestaande Polaris-richtlijnen worden ontwikkeld, heeft betrekkelijk weinig aandacht gekregen in de wetenschappelijke literatuur. Schurer & Van Loon, beiden verbonden aan Polaris, hebben laten zien dat de projectgroep ten behoeve van de formulering van de richtlijnen uitgebreid veldonderzoek verrichtte en daarbij alle landelijke en lokale richtlijnen verzamelde en aan analyseerde, structureerde en herschreven, waarna een andere commissie de richtlijnen controleerden op inhoudelijke en juridische juistheid, innerlijke consistentie en praktische toepasbaarheid.⁴⁵⁵ Vervolgens werden de richtlijnen ter vaststelling doorgestuurd naar het College van P-G's, dat daartoe na overleg met de minister van justitie over kon gaan. Deze procedure lijkt in hoofdlijnen nog steeds te worden gevolgd bij de vaststelling van nieuwe richtlijnen, met dien verstande dat bij gebleken behoefte daaraan een groep deskundigen onder begeleiding van het OM tot een voorstel voor een richtlijn komt, waarbij afstemming dient plaats te vinden met belanghebbende organen als de politie en eventuele ministeries. In het bijzonder dient in dat proces afstemming plaats te vinden met het ministerie van justitie.⁴⁵⁶

Eén van de weinige inhoudelijke commentaren op de strafvorderingsrichtlijnen biedt De Hullu in zijn eerder aangehaald preadvies over de herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel. De Hullu stelt daarbij onder meer zowel de vorm van het resultaat waarin het rekensysteem uitmondt, als de nadruk op de (objectieve) ernst van het feit die bepalend is voor de

451 Meer informatie hierover bevat: Schurer en Van Loon 2000, p. 12-13.

452 Kader voor Strafvordering, onder 'Uitgangspunten'. De delicten waarvoor inmiddels Polaris-richtlijnen zijn vastgesteld zijn te vinden op: www.openbaarministerie.nl.

453 Franken 1973.

454 't Hart 1976; Hoekema 1978.

455 Schurer en Van Loon 2000, p. 10.

456 Zie in het bijzonder: 't Hart 2001a, p. 56 en ook: Duker 2003, p. 86-87.

inhoud van de richtlijnen ter discussie.⁴⁵⁷ In de ogen van De Hullu mondt de keuze voor een vaste uitkomst uit in een vorm van schijngeelijkheid, een omstandigheid die zou kunnen worden ondervangen door een stelsel van bandbreedtes waarbinnen de officier van justitie een keus kan maken voor een te vorderen straf. De Hullu gaat daarbij uit van de veronderstelling dat de strafeis gebaseerd wordt op een vóór de terechtzitting bepaalde strafeis. Door de officier van justitie binnen de door BOS/Polaris gestelde bandbreedte een keus te laten, wordt daardoor tevens meer recht gedaan aan de resultaten van het onderzoek ter terechtzitting, aldus de schrijver. In de tweede plaats stelt De Hullu vraagtekens bij de nadruk op de ernst van het gepleegde feit als indicator voor de te vorderen straf. Ook de bepaling van de draagkracht van een verdachte zou in zijn ogen kunnen zijn geholpen met de ontwikkeling en openbaarmaking van richtlijnen. Dat daarvan werd afgezien vanwege de complexe problematiek acht de schrijver geen afdoende argument; de gedetailleerde wijze waarop de op de ernst van het feit gebaseerde richtlijnen zijn opgesteld laat immers zien dat complexiteit *an sich* geen probleem hoeft te zijn. Ook hierin ziet de schrijver overigens een argument voor de hantering van bandbreedtes in plaats van gefixeerde uitkomsten. Een derde element dat De Hullu kritisch bespreekt is de wijze waarop de richtlijnen (geen) recht lijken te doen aan het uitgangspunt of de mogelijkheid van de combineerbaarheid van sancties. Terwijl het wettelijk stelsel in beginsel vele combinaties mogelijk maakt, gaat het Kader voor Strafvordering uit van één te vorderen hoofdstraf en hanteert het een op de ernst van het feit gebaseerde rangorde binnen de hoofdstraffen waarbinnen de beoordelaar geen keuze wordt gelaten.

Ook interessant is de vaststelling van Schurer en Van Loon dat de in het BOS/Polaris-model vervatte richtlijnen voor strafvordering naast de bevordering van de uniformiteit in het vervolgings- en afdoeningsbeleid van het OM tevens de mogelijkheid bieden gedetailleerde gegevens over de naleving van de richtlijnen te verkrijgen. Gegevens die inzicht kunnen bieden in de effectiviteit van de richtlijnen en een sterkere sturing van de medewerkers van het OM mogelijk maakt.⁴⁵⁸ Tot op heden is ook daarover nog zeer weinig bekend (gemaakt), een gebrek dat de feitelijke status van die richtlijnen onwaardig is. Ook het vrijwel afwezige (wetenschappelijke) debat omtrent de vormgeving en de inhoud van de richtlijnen voor strafvordering mag verwondering wekken: het feit dat deze min of meer zijn ingebed in het democratisch bestel kan daarvoor weliswaar een verklaring bieden, maar rechtvaardigt het geenszins. De door de voorzitter van het college van PG's Brouwer geuite wens het 'publiek' meer te betrekken bij de inhoud van het Kader van Strafvordering vormt wat dat betreft een even welkome (de uitgangspunten van het strafvorderingsbeleid worden daarmee publiekelijk ter discussie gesteld) als kwetsbare en risicovolle exercitie (hoe meet men de perceptie van de ernst

457 De Hullu 2002, p. 82-87.

458 Schurer en Van Loon 2000, p. 14.

van delicten, wat te doen met uiteenlopende percepties binnen politiek, OM en burger omtrent de ernst van (categorieën) van delicten).⁴⁵⁹ Het lijkt er op dat met de theoretische fundering van het strafvorderingsbeleid de wetenschappelijke aandacht voor het fenomeen strafvorderingsbeleid op materieel niveau is verslapt, terwijl juist de analyse van de inhoud ervan een volgende stap betekent in de verdere rationalisering van de strafrechtspleging. Meer aandacht vanuit de wetenschap voor de inhoud en de grondslagen van het strafvorderingsbeleid kan daaraan bijdragen.

4.4.8 *De motivering van de strafbeslissing*⁴⁶⁰

Het belang van de strafmotivering wordt in het bijzonder duidelijk tegen de achtergrond van het wettelijk stelsel dat de strafbeslissing van de rechter omgeeft. Hierboven hebben we kunnen vaststellen dat dit stelsel de rechter in grote mate vrij laat bij het bepalen van de straf, zowel als het gaat om de soort en modaliteit van de straf als om de strafmaat. Die beslissingen zijn feitelijke beslissingen, overgelaten aan de instanties wier taak het is te oordelen over de feiten: de rechtbanken en de gerechtshoven. Een voorbeeld uit de rechtspraak waarin dit uitgangspunt wordt herhaald en bevestigd is HR 15 juli 1985, *NJ* 1986, 184, waarin de Hoge Raad uitsprak dat de feitenrechter binnen de door de wet gestelde grenzen vrij is de straf op te leggen welke hem juist voorkomt. Deze benadering is nog immer leidend, getuige ook HR 25 november 2003, *NbSr* 2004, 18, waarin de Hoge Raad nogmaals vaststelt dat de keuze van de factoren welke voor de strafoplegging van belang zijn, is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Een zekere processuele inbedding van die strafbeslissing is wel aanwezig, maar dient te worden genuanceerd vanwege het onderscheid tussen de voor de strafbaarheid bewezen en voor de strafbeslissing redengevende omstandigheden.

Tegen de op feitelijke waardering berustende strafbeslissing kan naar geldend recht in cassatie niet met vrucht worden opgekomen. Het wettelijk stelsel is zo ingericht dat de Hoge Raad het oordeel over de straf slechts in zeer beperkte mate kan toetsen. Het zelfstandig opnieuw vaststellen van de strafmaat door Hoge Raad is nog steeds uitzonderlijk, net zoals het (tarief-

459 Zie Openbaar Ministerie 2006, p. 22: 'Bij het bepalen van een evenwichtige reactie op delicten, zoals met Bos/Polaris wordt beoogd, is het wezenlijk dat deze reactie in voldoende mate aansluit op wat in de samenleving leeft. Het OM kan het zich niet permitteren om zich te ver te verwijderen van wat de burgers redelijk achten, door systematisch te licht of te zwaar te reageren op bepaalde vormen van criminaliteit. Soms is er kritiek te horen dat het OM in geweldszaken te mild zou zijn; tegelijkertijd wordt ook wel beweerd dat zonder reden almaar zwaarder wordt gestraft. Het OM zal bij een steekproef onder de bevolking onderzoeken in hoeverre de uitkomsten van het Bos/Polaris-systeem als redelijk worden ervaren.'

460 Delen van deze paragraaf zijn eerder en in afwijkende vorm verschenen in: Schoep 2006b.

matig) invullen van open begrippen zoals de 'redelijke termijn' uit art. 6 EVRM uitzonderlijk mag worden genoemd.⁴⁶¹ De toets die wel plaatsvindt, verloopt via de strafmotivering. Tegenover de ruime vrijheid bij de keuze voor de strafsoort, -maat en -modaliteit staat immers dat de wetgever wél van de rechter verlangt dat de beslissing over de straf wordt gemotiveerd, hetgeen de strafmotivering essentieel maakt voor een aanvaardbare strafbeslissing. Indachtig de algemeen aanvaarde functies van de motivering wordt de rechter daarmee gedwongen stil te staan bij de eigen beweegreden voor de op te leggen straf, inzicht te geven in het hoe en waarom van de genomen beslissing (zowel aan verdachte als aan het openbaar ministerie en de samenleving) en wordt (hoe beperkt deze ook moge zijn) controle in hoger beroep en cassatie mogelijk.⁴⁶² Het inzicht dat beoogd wordt te verschaffen in de gronden voor de strafbeslissing is nodig nu, zoals hierboven werd vastgesteld, in de wet weinig aanknopingspunten gevonden kunnen worden die dit bij voorbaat doen. Het eerder besproken compenserende karakter van het formeelrechtelijk kader van de strafbeslissing komt in het bijzonder op deze plaats tot uitdrukking. De vaststelling van het overgrote deel van de criteria voor de straftoemeting, het materiële straftoemetingsrecht dat van belang is met het oog op de vergroting van de consistentie in de straftoemeting, ligt in handen van de feitenrechtspraak. Het is echter maar zeer de vraag, zo men dit wil vinden, in hoeverre in de rechtspraak een duidelijk, werkbaar en consistent toe te passen set van criteria en factoren voor de straftoemeting is te ontwaren.

Omdat de beslissing over de straf deel uitmaakt van het rechterlijk beslissingsmodel van art. 348 en art. 350 Sv, spelen de daarvoor geldende regels met betrekking tot de inhoud van het vonnis en de motivering daarvan een rol. De systematiek van art. 358 en 359 Sv heeft, met betrekking tot de strafbeslissing, een tweeledige functie: enerzijds verplicht het de rechter inzicht te verlenen in de wettelijkheid van de strafbeslissing (art. 358 lid 2, 3, 4; art. 359 lid 1, 2, eerste volzin), anderzijds verplicht het de rechter verantwoording af te leggen van de wijze waarop deze gebruik heeft gemaakt van de hem toekomende beslissings- en beoordelingsruimte (art. 359 lid 2, tweede volzin, lid 4, 5, 6, 7).⁴⁶³ Het is met name de laatste functie die, in het licht van de probleemstelling van dit onderzoek, de aandacht vraagt.

Centraal bij de strafmotivering staat art. 359 lid 5 Sv, dat bepaalt dat het vonnis in het bijzonder de redenen opgeeft die de straf hebben bepaald of tot de maatregel hebben geleid. Dit artikel schept een algemene motiveringsplicht bij de oplegging van de straf of maatregel. Daarnaast kent de wet een aantal

461 Zie HR 17 juni 2008, *LJN* BD2578.

462 Zie bijvoorbeeld Corstens 2005, § 18.6. Het betreft hier respectievelijk de zogenaamde explicatie-, controle- en inscherpingsfunctie van de motivering.

463 Kortenhorst 1990, p. 109; Knigge 1980, p. 192-193.

specifieke motiveringsverplichtingen ten aanzien van aspecten van de strafbeslissing. Zo bepaalt art. 359 lid 6 Sv dat de oplegging van een vrijheidsbenemende sanctie in het bijzonder dient te worden gemotiveerd en voorts dat wordt aangegeven welke omstandigheden in het bijzonder in aanmerking genomen worden bij de vaststelling van de duur van die straf. Een bijzondere regeling betreft de eis van art. 359 lid 2 Sv dat het vonnis, indien de beslissing afwijkt van door de verdachte dan wel door de officier van justitie uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, in het bijzonder de redenen opgeeft die daartoe hebben geleid.⁴⁶⁴ Een volgende specifieke motiveringsverplichting volgt uit art. 359 lid 4 Sv, dat bepaalt dat bij toepassing van art. 9a Sr het vonnis in het bijzonder de redenen bevat die tot die beslissing hebben geleid. Lid 7 creëert voorts een bijzondere motiveringsplicht bij oplegging van terbeschikkingstelling met verpleging.

Voor wat betreft de eis van wettelijkheid van het vonnis bepaalt art. 358 lid 2 Sv dat indien er is beslist over de laatste vraag van artikel 350 Sv, het vonnis daarvan melding maakt. Artikel 359 lid 4 Sv stelt dat het vonnis, in geval van oplegging van straf of maatregel, de wettelijke voorschriften bevat waarop deze is gegrond. Een nadere algemene motiveringsverplichting staat vermeld in art. 359 lid 2 Sv, dat enerzijds bepaalt dat de beslissing over de straf met redenen omkleed moet zijn (art. 358 lid 2 jo 359 lid 2 Sv) en anderzijds een responsieplicht creëert ingeval de rechter in weerwil van een daartoe strekkend verweer van de verdediging een bepaalde strafverminderinggrond niet aanwezig acht (art. 358 lid 3 jo 359 lid 2 Sv). Het betreft hier echter algemene regels die pas in beeld komen voor zover de meer specifieke regels met betrekking tot de strafmotivering niet van toepassing zijn.⁴⁶⁵

4.4.8.1 De bijzondere redenen die de straf hebben bepaald of tot de maatregel hebben geleid (art. 359 lid 2 (oud) en lid 5 Sv)

In art. 359 lid 5 Sv wordt bepaald dat de rechter in het vonnis de redenen vermeldt die in het bijzonder van belang zijn geweest voor oplegging van de straf of maatregel. Met de invoering van deze bepaling in 1926 werd beoogd de rechter meer inzicht te laten geven in de beginselen waardoor de rechter zich bij de strafoplegging laat leiden en bovendien meer duidelijkheid te krijgen over de vraag waarom een bepaalde straf in een bepaalde zaak de juiste zou zijn. De betekenis van dit voorschrift dient echter in zoverre te worden gerelativeerd, dat in de jurisprudentie al vroeg is uitgemaakt dat enkel een verwijzing naar de ernst van het feit en de persoonlijkheid van de verdachte een bijzondere redengeving voor de op te leggen straf in de zin van art. 359 lid 5 Sv voldoet.⁴⁶⁶

464 Zie hierover de vorige paragraaf en de daarin besproken Wet van 16 november 2004, Stb. 2004, 580; Stb. 2004, 641.

465 Zie ook: Corstens 2005, § 18.15.

466 HR 11 februari 1929, NJ 1929, 503.

De motivering, bestaande uit de zinsnede, dat “de straf in overeenstemming is met de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoonlijkheid van de verdachte” werd daarmee een dankbaar richtpunt voor de motiveringspraktijk.⁴⁶⁷ Dit formalisme wordt door diverse schrijvers vanuit verschillende perspectieven verklaard. In de eerste plaats speelt de meervoudigheid van de doelstellingen van de straffen en maatregelen een rol, die maakt dat ook rechters hierover onderling van opvatting kunnen en mogen verschillen. De collegiale rechtspraak versterkt deze omstandigheid.⁴⁶⁸ Daarnaast wordt ook de extra werkbelasting die een uitvoerige motivering met zich meebrengt genoemd als reden voor een zuinige motiveringspraktijk. Meer principieel van aard is het argument dat men met een uitgebreidere motivering niet noodzakelijkerwijs ook veelzeggender is. Elk oordeel over de straf houdt immers uiteindelijk verband met, en is dan ook terug te voeren tot de perceptie van de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte. En wanneer er niet van de standaardwerkwijze wordt afgeweken, is er geen reden daarvan iets te laten blijken in het vonnis. Het commentaar van annotator Van Veen bij HR 20 februari 1973, NJ 1973, 245 geeft die opvatting goed weer:

‘4. In al die gevallen, waarin de rechter geen dwingende reden ziet om van de bij hem gangbare strafmaat aanzienlijk af te wijken, is de gebruikelijke formule als motivering eigenlijk zo gek niet. (...) Als de rechter meedeelt, dat de ernst van feiten en omstandigheden hem tot de opgelegde straf heeft gebracht zegt hij dat er geen bijzondere redenen zijn geweest om van de gebruikelijke straf af te wijken. Het is de primaire taak van de rechter om het hem voorgelegde geval aan andere te toetsen bij het bepalen van de strafmaat. Want dat is de gerechtigheid die binnen zijn bereik is, en die hij ambtshalve als straftoemeter verplicht is te bereiken. Uit de gebruikelijke formule lezen wij dan dat de rechter de geldende norm meent te hebben toegepast.

5. De vraag die rest is deze of in die gevallen, waarin er verwondering kan bestaan over het niet afwijken van gebruikelijke strafmaat, de rechter tot redegeving is verplicht. De Proc.-Gen. beantwoordt deze vraag bevestigend, daarmee de traditie hoog houdend, die op royalere motivering van straf in ons land al vele decennia aandringt. (...) Ook deze keer geeft de HR echter aan deze aandrang geen gevolg. Het college zou zich heel goed hebben kunnen voorstellen dat het Hof een nadere overweging had gegeven. Maar wanneer de rechter niet motiveert waarom hij niet van de gangbare straf is afgeweken, kan volgens de

467 Bekende voorbeelden waarin het gebruik van deze ‘standaardmotivering’ door de Hoge Raad werd toegestaan en geen nadere duiding werd verlangd van het relatieve gewicht van de factoren die in aanmerking zijn genomen bij het bepalen van de straf, zijn: HR 8 januari 1934, NJ 1934, 543; HR 8 juni 1948, NJ 1948, 555 m.nt. WP (en een kritische conclusie van A-G Langemeijer, waarover hieronder meer); HR 27 september 1983, NJ 1984, 189; HR 15 april 1986, NJ 1986, 741 en HR 27 januari 1987, NJ 1987, 711. Zo kan de rechter vaststellen dat de schuld een factor is die een rol speelt bij de strafoplegging, maar eist de Hoge Raad niet dat nader wordt gepreciseerd in welke mate dit het geval is geweest. Ook de ernst van het feit kan als zodanig worden genoemd, evenals de noodzaak tot handhaving van de wet. Het noemen van deze factoren zonder nader te duiden op welke wijze en in welke mate volstaat dus in het algemeen als opgave van de bijzondere reden in de zin van lid 5. In deze zin Frijda 1988, p. 945. Zie ook HR 18 september 1978, NJ 1979, 105; HR 19 december 1978, NJ 1979, 220 en HR 15 januari 1985, NJ 1985, 472 (m.nt. ThWvV).

468 Over de relevantie van de strafdoelen voor de opgelegde straf, zie: De Keijser 2000.

HR de algemene formule zijn strafoplegging dragen. De HR kiest, geloof ik, de wijste weg. De rechter moet vrijgelaten worden in het al dan niet uitdrukkelijk motiveren waarom hij niet van de gangbare straf afwijkt. Er kunnen immers gevallen zijn, waarin een dergelijke motivering juist voor de verdachte pijnlijk en voor zijn reclasseringsmogelijkheden schadelijk kan zijn. Dan moet die kunnen worden nagelaten. Alleen de rechter over de feiten kan dat beoordelen. De wet reserveert mijns inziens die vrijheid voor de rechter. Art. 359, lid 4, Sv. (het huidige lid 5, GKS) vergt wel dat de bijzondere redenen, die de straf hebben bepaald, in het vonnis worden vermeld, maar verplicht niet te vermelden waarom in een concreet geval bijzondere redenen de straf niet hebben bepaald. Daarbij ga ik er dan weer van uit dat de wetgever in art. 359, lid 4, Sv. met "de bijzondere redenen" meer heeft bedoeld dan de algemene formule waarmee de HR als strafmotivering volgens art. 359, lid 4, Sv. genoegen neemt. Het is interessant te zien dat tegenover de constante aandring op ruimer motivering van de straftoemeting zo weinig serieuze bezinning staat op de vraag waarom de rechter slechts in uitzonderlijke, afwijkende gevallen aan die aandring tegemoet komt, maar dan ook, als hij dat doet, met een bredere motivering geen moeite lijkt te hebben?

De mijns inziens bevoogdende en parternalistisch geïnspireerde argumentatie ten spijt, is het commentaar van Van Veen in ieder geval wat betreft uitkomst exemplarisch voor wat lange tijd als de heersende leer kon worden gezien. Eenzelfde redenering kan worden aangetroffen in de memorie van toelichting van de Wet vermogenssancties, waarin de vraag aan de orde werd gesteld naar de betekenis en de reikwijdte van het nieuw in te voeren art. 359 lid 7 Sv: 'Wanneer in een standaardgeval een standaardstraf wordt opgelegd, kan ook met een gestandaardiseerde motivering worden volstaan. Alleen wanneer er iets bijzonders aan de hand is (...) zou het vonnis ook een aan het geval aangepaste motivering moeten bevatten.'⁴⁶⁹ Kortenhorst laat zien dat het juist ook ten aanzien van de straftoemeting, waarover veel verschillen van inzicht bestaan, problematisch is wanneer ook de aan de zogenaamde standaardgevallen ten grondslag liggende premissen niet worden geopenbaard. Immers: '(...) juist omdat de vanzelfsprekendheid omtrent die vooronderstellingen ontbreekt valt het gebruik van standaardmotiveringen moeilijk te rechtvaardigen.'⁴⁷⁰

De enige correctie die de Hoge Raad lange tijd op de hierboven aangegeven handelwijze heeft toegepast, vormt de rechtspraak op basis van het criterium dat ook wel bekend is geworden als het 'verbazingscriterium' of het 'gefronsde wenkbrauwen-criterium'. De geschiedenis daarvan begint bij HR 25 februari 1947, *NJ* 1947, 161 (Goldflake). Het betrof in dit geval een veroordeling wegens het verkopen van 20 sigaretten van het merk Goldflake tegen een te hoge prijs. De dader, een caféhouder, kreeg daarvoor een straf opgelegd van f 50.000, sluiting van de zaak en stillegging van de bedrijfsmiddelen voor zes maanden, een verbod om gedurende drie jaar het beroep van caféhouder uit te oefenen en openbaarmaking van het vonnis. Als bijzondere reden die de straf had bepaald, had het gerechtshof vermeld dat de straf in overeenstemming was met de ernst van het feit. Dit ging de Hoge Raad te ver. Wanneer

⁴⁶⁹ *Kamerstukken II* 1977/78, 15 012, nr. 3, p. 37.

⁴⁷⁰ Kortenhorst 1990, p. 95.

de straf exorbitant hoog lijkt in verhouding tot de bewezenverklarde feiten, is motivering met enkel de ernst van het feit onvoldoende, zo blijkt, en dienen er meer specifieke feiten of omstandigheden te worden genoemd.⁴⁷¹ In de gevallen als in de zaak Goldflake moet het gaan om motiveringen die een bevreemding wekken die nadere verklaring zouden behoeven.⁴⁷² De Hullu spreekt in dit kader van een 'niet geringe verbazing'.⁴⁷³ Voor toepassing van dit verbazingscriterium werd de lat erg hoog gelegd. Dit kan te maken hebben met de schroom van de Hoge Raad te treden in de inhoudelijke, en aan de feitenrechtters overgelaten, beoordeling van de hoogte van de straf. Men kan het Goldflake-arrest immers moeilijk anders interpreteren dan dat hier niet slechts de relatie straf – motivering aan de orde was (volgens welke weg uiteindelijk wel werd vernietigd), maar tevens de exorbitante hoogte van de straf in relatie tot de bewezenverklarde feiten. Op die grond kan de Hoge Raad dan ook treden in de proportionaliteit van de opgelegde straf. De annotator bij dit arrest, Pompe, toonde zich in dat kader verheugd om te kunnen constateren dat het formalisme van de regeling van de strafmotivering voor het eerst was doorbroken. Deze vreugde bleek echter voorbarig, nu het verbazingscriterium als zodanig in de naoorlogse strafmotiveringsjurisprudentie geen vooraanstaande positie heeft ingenomen. Veeleer is de stelling te verdedigen dat Goldflake een witte raaf is gebleken en juist niet is gebruikt, zoals Pompe graag zag, om enige materiële inhoud aan het voorschrift van art. 359 lid 5 Sv te geven. Het door velen verfoeide formalisme, dat deze periode kenschetst, werd niet doorbroken.⁴⁷⁴ Wél is duidelijk dat de toets van de begrijpelijkheid van de strafmotivering ruimte biedt voor een proportionaliteitstoets.

471 Er zou overigens wel een verklaring zijn waarom de straf zo hoog was uitgevallen. De annotator Pompe wijst er op dat hier naar alle waarschijnlijkheid sprake was van een professionele zwarthandelaar, van wie slechts deze feiten bewezen werden en de OvJ in de veronderstelling verkeerde dat de afkeurenswaardige praktijk van deze man wel in de strafoplegging tot uitdrukking zou komen. Die mogelijkheid bestond ook toen, zij het dat die overige praktijk wel ter terechtzitting moest zijn gebleken. Dat nu was in onderhavige casus niet het geval.

472 Zie bijvoorbeeld HR 13 februari 1951, *NJ* 1951, 476 (m.nt. BVAR).

473 De Hullu 1998, p. 233.

474 Niet dat daar geen ruimte voor zou hebben bestaan. In HR 8 juni 1948, *NJ* 1948, 555 komt A-G Langemeijer tot de conclusie dat de opgelegde straf een nadere motivering behoefde. Het betrof in deze zaak in eerste aanleg een veroordeling wegens diefstal van een aantal hemden tot twee weken gevangenisstraf, waarbij de strafmotivering luidde dat de straf in overeenstemming was met de ernst van het door de requirante gepleegde misdrijf. Tijdens het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep was vervolgens door de verdediging aangevoerd dat de verdachte volgens een deskundigenrapport zou lijden aan een 'intelligentietekort' en 'claustrophobie'. Dit rapport had in eerste aanleg geen rol gespeeld. Het gerechtshof liet evenwel de veroordeling, de strafoplegging én de motivering daarvan in stand. Mitsdien, zo luidde het middel, kon niet worden gezegd dat het vonnis de bijzondere redenen had opgegeven die de straf hadden bepaald. Ook A-G Langemeijer achtte in dit geval de motivering van het gerechtshof ontoereikend. De strafoplegging behoefde nadere motivering nu de appélrechter, die meer en andere informatie tot zijn beschikking had dan de rechter in eerste aanleg, de straf onveranderd liet. In tegenstelling tot de A-G achtte de Hoge Raad het middel ongegrond: het stond de rechter vrij zich al dan niet door een deskundigenrapport te laten leiden.

Het duurt tot 1974 voordat er ruimte komt in de jurisprudentie van de Hoge Raad voor het aanvaarden van een meer specifieke strafmotiveringsplicht van de feitenrechters.⁴⁷⁵ HR 18 juni 1974, *NJ* 1974, 452 (m.nt. Th.W.v.V.) wordt in het algemeen gezien als een ijkpunt in de ontwikkeling van de motiveringsverplichtingen ten aanzien van de strafbeslissing.⁴⁷⁶ De combinatie van een (aanmerkelijke) strafverzwaring in hoger beroep en een ter terechtzitting gevoerd pleidooi met betrekking tot de straf leidde in dat geval tot een uitbreiding van de motiveringsplicht van de rechter en uiteindelijk dus ook tot een doorbreking van het sterk formalistisch toetsen van de strafmotivering door de Hoge Raad. Niet in alle gevallen is met de standaardformule, waarin wordt gesteld dat de strafoplegging in overeenstemming is met de ernst van het feit, de persoon van de dader en de omstandigheden waaronder het feit is begaan (of variaties daarop), voldaan aan het voorschrift dat bepaalt dat het vonnis de redenen geeft die de straf of maatregel in het bijzonder hebben bepaald.

In de literatuur wordt hiermee ook het begin gemarkeerd van de aanscherping van de motiveringseisen, waarin de Hoge Raad aanvaardt dat er factoren bestaan, op zichzelf of in combinatie met andere factoren, die een uitgebreidere strafmotivering dan de standaardmotivering noodzakelijk maken. Frijda benoemt deze: de ernst van het feit, de persoon van de dader, de door het OM gevorderde straf, de door de lagere rechter opgelegde straf en een door de verdediging gevoerd strafmaatverweer.⁴⁷⁷ Met betrekking tot de ernst van het feit hebben we reeds gezien dat de Hoge Raad slechts in gevallen als in het Goldflake-arrest enigszins in de buurt komt van een toetsing van de straf aan de ernst van het feit. Ook het strafmaximum vormt in de jurisprudentie van de Hoge Raad een aanknopingspunt voor de controle op de strafmotivering in het licht van de ernst van het feit.⁴⁷⁸ De wijze waarop de

475 Nog in 1973 doet de (inmiddels) P-G Langemeijer een vergeefse poging een koerswijziging dienaangaande uit te lokken in HR 20 februari 1973, *NJ* 1973, 245. Hierboven werd reeds uit de annotatie van Van Veen bij dit arrest geciteerd.

476 In deze zaak is sprake van een veroordeling in eerste aanleg tot een gevangenisstraf van één jaar wegens diefstal met geweldpleging. In hoger beroep wordt de verdachte voor dat zelfde feit veroordeeld tot een gevangenisstraf van anderhalf jaar. Ter terechtzitting in hoger beroep werd door de verdediging een uitgebreid strafmaatverweer gevoerd, waarin onder meer aandacht werd gevraagd voor de sociale en maatschappelijke achtergrond en de geestelijke gesteldheid van de verdachte, op grond waarvan een straf van maximaal negen maanden gevangenisstraf werd bepleit. Het gerechtshof besteedde daaraan in het vonnis geen aandacht. De strafmotivering luidde: 'de strafoplegging is in overeenstemming met de aard van de feiten en de omstandigheden waaronder het is begaan'. De Hoge Raad achtte in dit geval de motivering van het gerechtshof ontoereikend: 'dat met zodanige overweging in het algemeen is voldaan aan de door de wet aan de strafmotivering gestelde eisen; dat ten deze echter van een voldoende redengeving van de opgelegde straf niet kan worden gesproken, nu het Hof stilzwijgend is voorbijgegaan aan hetgeen blijkens voormelde pleitnotities was aangevoerd in plaats van tot uitdrukking te brengen waarom het ondanks dit aangevoerde een aanmerkelijk zwaardere straf oplegde dan de Rb.' (r.o. 9)

477 Frijda 1988, p. 948-949, onder verwijzing naar nadere jurisprudentie hierover.

478 Zie o.m. HR 7 oktober 1975, *NJ* 1976, 140; HR 1 februari 1977, *NJ* 1977, 563 en HR 29 mei 1979, *NJ* 1979, 462.

persoon van de dader heeft meegewogen (of niet) bij het bepalen van de straf komt eigenlijk slechts in relatie tot een concreet gevoerd strafmaatverweer onder de controle van de Hoge Raad, zo valt bijvoorbeeld op te maken uit het hierboven besproken arrest HR 18 juni 1974, NJ 1974, 452 (m.nt. Th.W.v.V.). Geen nadere uitleg is vereist indien niet een dergelijk strafmaatverweer is gevoerd. De strafverzwaring in hoger beroep levert niet altijd een extra motiveringsplicht op. Er zijn diverse voorbeelden waarin hiervan sprake was, zonder dat dit volgens de Hoge Raad om een extra motivering vroeg.⁴⁷⁹ Daarentegen volstaat een standaardmotivering niet bij een strafverzwaring in hoger beroep waarbij sprake was van een gevoerd strafmaatverweer.⁴⁸⁰

4.4.8.2 Van motiveren naar responderen – afwijking van standpunten procesdeelnemers (art. 359 lid 7 (oud) en 359 lid 2 Sv)

Het oude voorschrift van art. 359 lid 7 Sv behelsde vooral de plicht in het vonnis te verwijzen naar het feit dat er zwaarder werd gestraft dan geëist. Niet werd verlangd dat werd aangegeven waarom dat het geval was. Van een daadwerkelijke responsieplicht was aldus geen sprake. Een vraag die onder het regime van artikel 359 lid 7 Sv (oud) vanzelfsprekend van belang was, betrof de vraag wanneer er sprake was van een zwaardere straf in de zin van deze wet. Met de inwerkingtreding van de Wet bekenkende verdachte lijkt deze onderverdeling aan belang te hebben ingeboet.⁴⁸¹ De genoemde

479 Zie bijvoorbeeld HR 19 september 1977, NJ 1978, 501, waarin de standaardmotivering voldoende bleek bij een strafverhoging in appél van twee naar drie jaar gevangenisstraf. Ook: HR 18 december 1979, NJ 1980, 204 en HR 11 november 1980, NJ 1981, 174.

480 Aldus o.m. HR 29 september 1981, NJ 1982, 289.

481 Uit de wet en de jurisprudentie kunnen enkele algemene regels worden gedestilleerd. Ingevolge art. 61 Sr geldt de volgorde van artikel 9 Sr. Dat betekent bijvoorbeeld dat een gevangenisstraf zwaarder is dan een geldboete. Ingeval de rechter dus een gevangenisstraf oplegt waar een geldboete was geëist, dan zal er extra gemotiveerd moeten (ook reeds op grond van lid 6). Waar echter de oude wetgeving niet van de rechter verlangde dat ook extra werd gemotiveerd ingeval er een gevangenisstraf was geëist, maar een geldboete opgelegd, zo bestaat thans de verplichting dit wel te doen. Onder het oude regime zou deze verplichting slechts bestaan voor zover het geheel van strafmotivering en strafbeslissing verbazing zou oproepen. In zoverre kan men stellen dat er een gat is gedicht tussen het ogenschijnlijk ten faveure van de verdachte afwijken van de strafeis en de vrijwel buiten bereik liggende criteria van het verbazingscriterium. Dat is niet onredelijk, omdat ook de samenleving en zeker het OM, mogen weten waarom de strafeis van de officier van justitie als te zwaar werd beoordeeld. Daarbij moet wel in het oog worden gehouden dat strafeis en strafbeslissing kunnen zijn gestoeld op een verschillend feitencomplex: er kan licht zitten tussen datgene dat wordt tenlastegelegd en datgene dat wordt bewezenverklaard. In de tweede plaats is de verhouding voorwaardelijk – onvoorwaardelijk van belang. Daarvoor geldt dat bij gelijksoortige hoofdstraffen het onvoorwaardelijk deel daarvan relevant is. Die eis kan men ten derde ook stellen ten aanzien van ongelijks-oortige hoofdstraffen. Een laatste algemene regel, die reeds kort werd aangehaald, betreft het geval waarin er weliswaar geen verschil is tussen eis en beslissing, maar er een verschil is in het daaraan ten grondslag liggende feitencomplex, waardoor het met het oog daarop een verzwaring oplevert. Ook deze situatie vereist een extra motivering. Zie o.m.: Corstens 2005, p. 707-709.

omstandigheden blijven weliswaar onder het huidige wettelijke regime van kracht als relevante gezichtspunten voor een gedachtewisseling ter terechtzitting over de straf, maar de juridische discussie over de vraag wanneer er sprake is van een zwaardere straf, in welk geval de rechter zal moeten voldoen aan een extra motiveringsplicht, behoort tot het verleden. Thans dient immers iedere afwijking van uitdrukkelijk voorgedragen standpunten van de procesdeelnemers, ook ten aanzien van de straf, uitdrukkelijk te worden gemotiveerd. De vraag is echter of dit voorschrift, dat ook ten dienste staat van het vergroten van inzicht in de factoren die tot de strafbeslissing hebben geleid, niet een zelfde lot zal zijn beschoren als het oude artikel 359 lid 7 Sv. Naast de kwaliteit van de gevoerde straftoematingsverweren,⁴⁸² hangt veel af van de reikwijdte die de Hoge Raad toekent aan het voorschrift. In algemene zin zal bijvoorbeeld aandacht moeten zijn voor de uitleg die wordt gegeven aan de zinsnede 'uitdrukkelijk voorgedragen standpunten', dat immers als een poortwachter voor de aanvaarding van een responsieplicht fungeert.

In HR 11 april 2006, NJ 2006, 393 kreeg de Hoge Raad voor het eerst de gelegenheid zich uit te laten over de reikwijdte van het nieuwe art. 359 lid 2 Sv. Voor de motivering van de straf moet mede op grond daarvan het volgende worden vastgesteld:⁴⁸³ Vooropgesteld wordt dat het nieuwe art. 359 lid 2 Sv geen wijziging beoogt van de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting. In aanvulling op de bestaande wettelijke motiveringsverplichtingen, beoogt het wel te bewerkstelligen dat in een aantal gevallen de beslissing dienaangaande nader zal moeten worden gemotiveerd (r.o. 3.8.1). Voor een bepaling van de omvang daarvan is wel enige interpretatie vereist van deze regel, een interpretatie waarin een afweging zal moeten worden gemaakt van belangen van efficiency enerzijds en belangen van transparantie anderzijds. Voor een restrictieve interpretatie lijkt reeds op grond van het bovenstaande geen plaats meer, nu de Hoge Raad overweegt dat in een aantal gevallen nader zal moeten worden gemotiveerd. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad bij de vaststelling van de reikwijdte van de bepaling juist aanknopingspunten biedt voor de vaststelling van gevallen waarin niet nader behoeft te worden

482 Baumgardt & Van der Kruijs 2004.

483 De wijziging van art. 359 lid 2 Sv heeft als gezegd eveneens consequenties voor de motivering van bewezenverklaring en de responsieplicht bij bewijsverweren. Ten aanzien van bewijsverweren bestond een beperkte responsieplicht, welke in de jurisprudentie tot stand was gekomen. Het betrof de zgn. Dakdekker-verweren, de Meer en Vaart-verweren, de onrechtmatig verkregen bewijs-verweren en de betrouwbaarheidsverweren. Zie hieromtrent o.m. Corstens 2005, XVIII.12 en, ten aanzien van de verhouding met Promis: HR 15 mei 2006, LJN BA0424 en HR 15 mei 2007, LJN BA0425. De wetsgeschiedenis leert dat de wetswijziging op dit punt vooral bedoeld is als een codificatie van deze jurisprudentie. Zie: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 255, nr. 8. Zie voor nadere literatuur omtrent de totstandkoming en de betekenis van de wijziging van art. 359 lid 2 Sv: Groenhuijsen 2005; Buruma 2005; Fokkens 2005 en de uitvoerige conclusie van Knigge bij HR 11 april 2006, NJ 2006, 393.

gemotiveerd.⁴⁸⁴ Wat de concrete betekenis daarvan zal zijn voor de praktijk van de strafmotivering is nog niet helemaal duidelijk, ook omdat de gevallen waarin een nadere motivering kan worden verlangd erg uiteen kunnen lopen en e.e.a. ook afhankelijk is gesteld van de kwaliteit van het aangevoerde.⁴⁸⁵

Daarmee lijkt de lijn die is ingezet ten aanzien van de geadstrueerde strafverweren te worden voortgezet en is een duidelijke lijn waarneembaar tussen de richting die is ingeslagen in het besproken arrest HR 18 juni 1974, NJ 1974, 452 (m.nt. Th.W.v.V.) en het signaal van de wetgever met het thans geldende art. 359 lid 2 Sv. Onder dat regime is met name van belang in welke gevallen sprake is van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt in de zin van de wet. Daarover is reeds de nodige rechtspraak gewezen.⁴⁸⁶ Te beoordelen naar de lijn in de rechtspraak daaromtrent, lijkt de Hoge Raad in ieder geval ervoor te waken deze bepaling als een soort vergaarbak en tweede kans voor bijvoorbeeld kansloze verweren te beschouwen.⁴⁸⁷ In dergelijke gevallen hanteert de Hoge Raad een vrij restrictieve lijn, hetgeen op grond van de bedoeling van de wet en uit oogpunt van werkbelasting een verstandige keuze lijkt te zijn.

484 In dat kader overweegt de Hoge Raad, dat a. dat de motiveringsplicht slechts geldt bij de niet-aanvaarding van een ter terechtzitting ingenomen en “uitdrukkelijk onderbouwd standpunt”; b. dat de motiveringsplicht niet geldt indien in de einduitspraak niet wezenlijk wordt afgeweken van zo een standpunt. Dat kan zich voordoen in het geval van een afwijking van de eis van het openbaar ministerie of het standpunt van de verdediging ter zake van de strafoplegging, welke afwijking van beperkt belang is; c. dat de omvang van de motiveringsplicht afhankelijk is van de aard van het onderwerp en de mate waarin wordt afgeweken van het ingenomen standpunt. Zo kan bij afwijking van een “uitdrukkelijk onderbouwd standpunt” van het openbaar ministerie of van de verdediging met betrekking tot de bewijsbeslissing met een beperktere motivering worden volstaan indien de afwijking slechts een onderdeel en niet de gehele tenlastelegging betreft; d. dat de motiveringsplicht niet zo ver gaat dat bij de niet-aanvaarding van een “uitdrukkelijk onderbouwd standpunt” op ieder detail van de argumentatie moet worden ingegaan. (r.o. 3.8.4)

485 Zie HR 11 april 2006, NJ 2006, 393, r.o. 3.8.1.

486 De betekenis van ‘uitdrukkelijk onderbouwde standpunten’ en de kenbron van de beweerdelijk gevoerde verweren ten aanzien waarvan een responsieplicht zou hebben te gelden is in meerdere zaken aan de orde geweest. Zie naast het genoemde arrest o.m. HR 16 mei 2006, LJN AV1581 en HR 18 april 2006, NJ 2006, 395. Inzake de uitdrukkelijk onderbouwde standpunten wordt in HR 11 april 2006, NJ 2006, 393 overwogen dat ‘moet worden aangenomen dat niet ieder ter terechtzitting ingenomen standpunt bij niet-aanvaarding noopt tot een nadere motivering. Tevens moet op grond van die bewoordingen worden aangenomen dat de verdachte of zijn raadsman dan wel het openbaar ministerie, wil het ingenomen standpunt de – uiteindelijk in cassatie te toetsen – verplichting tot beantwoording scheppen, zijn standpunt duidelijk, door argumenten geschraagd en voorzien van een ondubbelzinnige conclusie ten overstaan van de feitenrechter naar voren dient te brengen’ (r.o. 3.7.1). Voorts is ook de responsieplicht inzake strafverminderversverweren als gevolg van de overschrijding van de redelijke termijn (art. 6 EVRM) binnen het bereik van deze bepaling te brengen. Zie het door de verdediging aangevoerde cassatiemiddel in: HR 6 juni 2006, LJN AW2430.

487 Het biedt, zo blijkt, wel de gelegenheid de discussie omtrent de betrouwbaarheid en geloofwaardigheid van bewijsmateriaal nadrukkelijk te voeren en een oordeel daaromtrent van de rechter uit te lokken.

Fokkens acht het bijvoorbeeld denkbaar dat de wijziging er toe zal leiden dat gemotiveerde voorstellen tot een taakstraf of elektronisch toezicht in plaats van een vrijheidsstraf onder de zes maanden gemotiveerd zullen moeten worden weerlegd.⁴⁸⁸ Een zelfstandige vraag die speelde bij de uitdrukkelijk voorgedragen standpunten met betrekking tot de op te leggen straf, had betrekking op de positie van de strafeis in de vordering ex art. 311 Sv. In HR 3 oktober 2006, NJ 2006, 549 wordt, in het kader van de afwijking van de vordering van de officier van justitie, het volgende gesteld:

“Indien het gaat om een uitdrukkelijk onderbouwd OM-standpunt, kan verdachte in cassatie in de regel niet met vrucht klagen over de nadere (of ontbrekende) motivering van de afwijking van dat standpunt. Verdachte mist i.h.a. een rechtens te respecteren belang bij zo een klacht. Hetzelfde geldt voor het OM t.a.v. uitdrukkelijk onderbouwde standpunten van verdachte. De enkele ex art. 311.1 Sv overgelegde vordering van het OM levert geen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt ex art. 359.2 Sv op. Afwijking van die enkele vordering behoeft derhalve niet op die grond nader te worden gemotiveerd.”

Deze uitspraak wekt, naar de letter van de wet gelezen, geen verbazing. Bezie men de achterliggende doelstelling van de wijziging van art. 359 lid 2 Sv, te weten het vergroten van het tegensprekelijk karakter van het strafproces en (daarmee ook) het vergroten van het inzicht in de factoren die ten grondslag liggen aan de rechterlijke beslissing, dan valt moeilijk in te zien waarom slechts de ‘voordragende’ procesdeelnemer een rechtens te respecteren belang heeft dat noopt tot een nadere motivering ex art. 359 lid 2 Sv. Inzicht in de factoren die de rechterlijke beslissing dragen, vormt immers een de procesdeelnemers overstijgend belang. De Databank Straftoemeting vormt daarvan een bewijs. Op deze wijze wordt bovendien een nogal beperkte taakopvatting van de rechter zichtbaar, welke een rol kan spelen in de discussie over de invulling van de rol van de rechter. Deze bergt het gevaar in zich van een zekere verschraling van de zelfstandige onderzoeks- en verantwoordingsplicht van de rechter, voor zover met het contradictoire geding wordt beoogd de invloed van de procesdeelnemers op het verloop en de inhoud van het geding te vergroten. Dat bij niet-aanvaarding van een uitdrukkelijk voorgedragen standpunt voortkomend uit, in dit geval, de strafeis, het rechtens te respecteren belang voorop wordt gesteld, vormt een miskennis van de doelstelling van de wijziging van art. 359 lid 2 Sv, dat immers ook het inzicht in de straftoemingscriteria en -factoren wil doen vergroten. Dat aspect zou dienen te prevaleren en in dier voege vormt deze uitspraak een verbazingwekkende beperking van de responsieplicht van de rechter in de zin van art. 359 lid 2 Sv. Dat de enkele vordering gedaan ex art. 311. lid 1 Sv geen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt in de zin van de wet vormt, is evenmin uit oogpunt van inzichtelijkheid en tegensprekelijkheid een bevredigende uitkomst, maar zou in dit geval voldoende grond hebben opgeleverd het cassatieberoep te

488 Fokkens 2005, p. 147.

verwerpen. Een andersluidend oordeel zou immers leiden tot de situatie dat de rechter rechtstreeks een uitspraak zou moeten doen over het terzake gevoerde afdoeningsbeleid van het OM. De rechter heeft naar de huidige stand van het recht wél de mogelijkheid de eis van de officier van justitie te beschouwen in het licht van dat beleid, maar zal zich ten opzichte van dat beleid zelf terughoudend dienen op stellen. Ook uit oogpunt van werkbelasting lijkt het als onwenselijk te worden beschouwd dat de enkele vordering van de officier van justitie een standpunt in de zin van art. 359 lid 2 Sv behelst.

In het licht van de jurisprudentie omtrent uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, komt niet alleen betekenis toe aan de plaats daarin van de vordering van de officier van justitie. De rol van de oriëntatiepunten straftoemeting komt hier evenzeer in beeld. Niettegenstaande het gegeven dat oriëntatiepunten geen recht in de zin van art. 79 RO vormen, is immers denkbaar dat een responsieplicht van de rechter ex art. 359 lid 2 Sv wordt uitgelokt indien van de zijde van de verdediging een strafmaatpleidooi wordt gehouden aan de hand van de oriëntatiepunten straftoemeting.⁴⁸⁹ De rol van de oriëntatiepunten in het licht van uitdrukkelijk onderbouwde standpunten kwam aan de orde in HR 16 oktober 2007, *LJN BB2968*. Als middel tot cassatie werd aangevoerd dat – onder verwijzing naar de oriëntatiepunten van het Hof Leeuwarden – een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt was ingenomen met betrekking tot de aan verdachte op te leggen straf. Gelet op dat verweer had het Hof de strafoplegging, die volgens de stellers van het middel afwijkt van deze oriëntatiepunten, nader moeten motiveren. A-G Bleichrodt concludeert in dat verband dat ‘(...) de rechter die afwijkt van de zogenaamde oriëntatiepunten voor de straftoemeting in zijn algemeenheid niet gehouden is over de redenen daarvan verantwoording af te leggen, reeds omdat die oriëntatiepunten niet afkomstig zijn van een instantie die de bevoegdheid heeft de rechter te binden in het gebruik dat hij maakt van de hem door de wetgever gelaten ruimte. Nu is inmiddels art. 359, tweede lid tweede volzin, Sv ingevoerd, waarin is voorgeschreven dat de rechter indien hij afwijkt van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, dat nader moet motiveren. Maar die bepaling kan mijns inziens niet afdoen aan wat in genoemd arrest is beslist. Een standpunt waarvan de “uitdrukkelijke onderbouwing” bestaat uit een beroep op oriëntatiepunten, verplicht dus in het algemeen niet tot een opgave van de redenen waarom van het standpunt is afgeweken; anders zouden die oriëntatiepunten eigenlijk toch een zekere bindende werking krijgen, in die zin dat de rechter (goede) redenen moet opgeven waarom hij daarvan afwijkt. Ik zie hier geen bijzondere omstandigheden waarom van die algemene regel van genoemd arrest zou moeten worden afgeweken’. Ook de enkele verwijzing in een strafmaatverweer naar de oriëntatiepunten straftoemeting houdt geen uitdrukkelijk voorgedragen

489 Met betrekking tot het gebruik van de oriëntatiepunten in de strafmotivering zij verwezen naar § 4.4.8.4.

standpunt in, een visie waarover de Hoge Raad zich in elk geval niet uitsprekt nu hij het middel onbesproken laat.⁴⁹⁰

4.4.8.3 Structurering van de strafmotivering – controlelijsten en PROMIS

Het wettelijk kader van de strafmotivering zoals dat hierboven werd geschetst, lijkt in ieder geval door de rechtsprekende macht zelf niet als bevredigend te worden ervaren en noodzaakt tot een nadere structurering van in ieder geval de motivering van de straf. Ook in de literatuur is herhaaldelijk de aandacht gevestigd op de noodzaak van een goed gestructureerde strafmotivering, waarin liefst puntsgewijs de factoren worden opgesomd en nagelopen die bepalend zijn (geweest) voor de strafbeslissing. Aldus lijkt men inhoud en zeggingskracht te willen geven aan de op zichzelf juiste, maar in haar toepassing vaak onbevredigende formule dat de opgelegde straf ‘in overeenstemming is met de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en met de persoon van de verdachte’. Tevens wordt daarmee inzichtelijk gemaakt van welke methode men zich bedient (of zou moeten bedienen) bij de totstandkoming van de strafbeslissing. De initiatieven tot structurering van de strafmotivering, zoals hieronder beschreven, zijn aldus niet alleen vanuit procesrechtelijk perspectief van belang, maar veronderstellen, structureren én sturen materieelrechtelijke aspecten van de strafbeslissing.

Een prominent voorbeeld van de wijze waarop de feitenrechter zelfstandig en in aanvulling op de wettelijke motiveringsvoorschriften invulling geeft aan de eigen verantwoordelijkheid voor de strafmotivering is PROMIS, een project dat is opgericht met het doel om, bij een gelijkblijvende inzet van mensen en middelen, te komen tot een betere bewijs- en strafmotivering en daarmee tot een betere communicatie tussen de strafrechter, betrokkenen en uiteindelijk de samenleving als geheel.⁴⁹¹ Er werd geëxperimenteerd met één uniforme werkwijze. Daartoe was een model met richtlijnen voor de strafmo-

490 Dit oordeel is alleszins begrijpelijk, maar laat een belangrijk aspect van zowel de aard van de oriëntatiepunten als het *in casu* gevoerde verweer onbesproken. Er wordt een formele koers gevolgd, terwijl het verweer van de raadsman evenzeer kan worden gelezen als een materieel strafverweer, gericht op percepties van de ernst van het feit. Uitgaande van de ook door het LOVS gehanteerde uitgangspunt voor de betekenis van oriëntatiepunten, is het alleszins aannemelijk dat met behulp van die oriëntatiepunten invulling kan worden gegeven aan (het problematische begrip van) de ernst van het feit. Indien, los van de vraag of er daadwerkelijk is afgeweken van het bewuste oriëntatiepunt, het hof daar anders over zou denken, dan kan het zijn aangewezen een nadere motiveringsplicht te eisen. Niet omdat er een pleidooi is gevoerd met behulp van een oriëntatiepunt, maar omdat dit oriëntatiepunt wordt gebruikt om invulling te geven aan de ernst van het feit, een criterium waartoe de feitenrechter zich wel dient te verhouden. Een oriëntatiepunt is geen uitdrukkelijk voorgedragen standpunt, maar een strafverweer, gericht op de invulling van de ernst van het feit en gevoerd aan de hand van een oriëntatiepunt, kan dat wel zijn.

491 Eindrapport Pilot PROMIS 2005.

tivering ontwikkeld, een model dat bedoeld was als aanvulling op de huidige wettelijke en jurisprudentiële motiveringseisen waaraan ieder vonnis moet voldoen. In het kader van het project is er ook naar gestreefd de begrijpelijkheid van het vonnis voor verdachten en andere betrokkenen en/of belangstellenden als slachtoffers en rechtbankverslaggevers te vergroten. Kenmerkend is dat bij dit project het streven centraal stond verder te willen gaan dan de Hoge Raad van de rechter eist. Een goed streven met het oog op de maatschappelijke positie van de rechter, een streven ook dat binnen de rechtsprekende macht op veel aanhang lijkt te kunnen rekenen. Zo wordt binnen de Raad voor de Rechtspraak gestreefd naar een landelijke implementatie van de werkwijze die in het kader van PROMIS is ontwikkeld.⁴⁹²

In de inleiding op dit hoofdstuk werd geopperd dat het procesrechtelijk kader van de strafbeslissing in potentie een belangrijke compenserende functie heeft ten opzichte van het materieelrechtelijk kader ervan. Vanuit de jurisprudentie hebben we die functie niet of nauwelijks tot ontwikkeling zien komen, maar interessant is wél dat juist in het kader van PROMIS materiële aspecten van de strafbeslissing als 'reminders' naar voren worden gebracht.⁴⁹³ Ten onrechte wordt de discussie over structurering van de strafmotivering dan ook beschouwd als een louter procesrechtelijke aangelegenheid. Met betrekking tot de opbouw van de strafmotivering werden in het projectplan van PROMIS de volgende 'bouwstenen' aangedragen: Algemene aspecten, beschrijving van de feiten, impact van het feit (algemene en specifieke objectieve factoren): persoonlijke omstandigheden van verdachte (subjectieve factoren), contra-indicaties voor een nadere strafmotivering. In het Eindrapport Pilot PROMIS, waarin verslag wordt gedaan van de resultaten van experimenten met op basis van deze structuur geschreven vonnissen, worden de genoemde aspecten nader besproken. Hoewel de resultaten naar aanleiding van de experimenten in het kader van de Pilot PROMIS over het geheel genomen als bevredigend werden ervaren, bleek de structurering van de strafmotivering achter te lopen bij de verwachtingen, terwijl niet heel concreet inzichtelijk kon worden gemaakt waaraan dat lag.⁴⁹⁴ In PROMIS II, de voortzetting van het project met het oog op de mogelijkheid van een landelijke invoering van de 'PROMIS-werkwijze', werd geëxperimenteerd met een iets andere structuur voor de strafmotivering, bestaande uit: A. een korte leesbare beschrijving van de feiten; B. de feiten die de officier bewezen acht en de straf die daarvoor wordt geëist; C. het standpunt van de verdediging; D. eventuele (deel)vrijspraken in eerste aanleg; E. de straf die in soortgelijke zaken wordt opgelegd; F. wettelijke straf- en maatregelmotivering; G. nadere straf- en maatregelmotivering voortvloeiend uit uitdrukkelijk door de verde-

492 Raad voor de rechtspraak 2006. Interessant is overigens dat in het rapport blijkt dat veel gerechten bij gebrek aan capaciteit moeite blijken te hebben met de implementatie en de uitvoering van de verplichtingen die voortvloeien uit het nieuwe art. 359 lid 2 Sv.

493 Eindrapport Pilot PROMIS 2005, p. 21.

494 Eindrapport Pilot PROMIS 2005, p. 24-25.

diging of het Openbaar Ministerie onderbouwde standpunten, het debat ter terechtzitting of de jurisprudentiële motiveringseisen; H. feitgerelateerde factoren, de impact van het feit met een opsomming van algemene en specifiek objectieve factoren die van invloed zijn op de sanctietoemeting; I. verdachte gerelateerde factoren met een opsomming van subjectieve factoren die van invloed zijn op de sanctietoemeting. Onderdeel E werd niet dwingend voorgeschreven, terwijl in hoger beroep eventuele (deel)vrijspraken in eerste aanleg en de straf in eerste aanleg nog konden worden toegevoegd.⁴⁹⁵ In de evaluatie van dit experiment wordt zowel intern als extern aanzienlijk positiever geoordeeld over de werkwijze in het kader van de strafmotivering.⁴⁹⁶

4.4.8.4 Oriëntatiepunten straftoemeting in de strafmotivering

Onderzoek heeft uitgewezen dat de oriëntatiepunten straftoemeting deel uitmaken van het beslissingsproces van de rechter.⁴⁹⁷ Iets geheel anders is de vraag of het gebruik daarvan ook is terug te vinden in de strafmotivering.⁴⁹⁸ Ondanks het feit dat, zoals hierboven werd vastgesteld, een strafpleidooi van de verdediging aan de hand van de oriëntatiepunten straftoemeting op zichzelf geen responsieplicht ex art. 359 lid 2 Sv vestigt, blijkt de rechtspraak waarde te hechten aan het benoemen ervan in de strafmotivering. In het Eindrapport Promis II werd het gebruik van de oriëntatiepunten uit oogpunt van inzichtelijkheid en begrijpelijkheid gestimuleerd. Dat wijst op een omslag in het denken over de verantwoording van de strafbeslissing, die op zichzelf opvallend te noemen is, nu eerder onderzoek heeft uitgewezen dat de bereidheid noch de noodzaak tot het expliciteren van het gebruik van de oriëntatiepunten in sterke mate aanwezig was binnen grote delen van de rechtsprekende macht.⁴⁹⁹ De aarzelingen vanuit de pilot PROMIS bevestigden die indruk. In die attitude jegens de toepassing van oriëntatiepunten zou dus enige kentering kunnen zitten. Het toenemend verwijzen naar het gebruik van deze oriëntatiepunten is bovendien opvallend vanwege de wettelijk onverplichte handelwijze die daaraan ten grondslag ligt. Er bestaat immers, in tegenstelling tot dat van de strafeis van de officier van justitie, geen wettelijk voorgeschreven plicht (het gebruik van) de oriëntatiepunten te vermelden in de strafmotivering. Hieronder wordt kort stilgestaan bij enkele bevindingen van

495 Eindrapport Promis II 2007, p. 34, 135-136.

496 Eindrapport Promis II 2007, p. 27-29.

497 Schoep & Schuyt 2005, p. 53-55. Op welke wijze dat het geval is en of er derhalve sprake is van invloed op de rechtsvinding en rechtsvorming is op basis van het onderzoek moeilijk vast te stellen. Aan te nemen valt dat waar rechters aangeven dat zij deze gebruiken als startpunt van denken, dit ook kan worden beschouwd als een rechtsvindingsinstrument met gevolgen voor de rechtsvorming.

498 Onderstaande inventarisatie van het gebruik van de oriëntatiepunten straftoemeting is eerder en in iets afwijkende vorm gepubliceerd in: Schoep 2006a.

499 Schoep & Schuyt 2005, p. 55.

een beknopt rechtspraakonderzoek naar het benoemen van het gebruik van oriëntatiepunten in de strafmotivering.

De toepassing die in de gevonden jurisprudentie wordt gegeven aan het vermelden van oriëntatiepunten in de strafmotivering, verschilt per gerecht en soms ook per kamer binnen het gerecht, maar biedt een aardig beeld van een verschuivende oriëntatie en structuur van de strafmotivering. Interessant is dat de gevonden (op rechtspraak.nl gepubliceerde) rechtspraak met verwijzingen naar de oriëntatiepunten in de regel afkomstig is van slechts enkele gerechten. Dat wekt op zijn minst de suggestie dat het inbrengen van de onverplichte verwijzing naar het gebruik van oriëntatiepunten straftoemeting sterk lokaal is bepaald, en derhalve afhankelijk lijkt te zijn van de aldaar bestaande (strafmotiverings-)cultuur. Juist op dat aspect werkt het Eindrapport Pilot PROMIS door. Bovendien zij opgemerkt dat noch in de toelichting van het LOVS op de ontwikkeling en het gebruik van de oriëntatiepunten, noch in het kader van de Pilot PROMIS geheel duidelijk wordt op welke wijze de oriëntatiepunten dienen te worden gebruikt en/of vermeld in de strafmotivering. Wel vermeldt de toelichting van het LOVS het volgende:

‘De voorzitters van de strafsectoren hebben in 1998 een eerste aanzet gegeven om te komen tot een consistent landelijk straftoemtingsbeleid. Besloten is om in de loop van de tijd voor een aantal vaak voorkomende delicten een strafmaat (oriëntatiepunt) aan te geven waarop de rechter zich kan oriënteren bij de oplegging van de straf. Het gaat hierbij vooralsnog om veelvoorkomende delicten die niet transigabel zijn en leiden tot een straf van ten hoogste 4 jaar.

De oriëntatiepunten worden door het Landelijk overleg van voorzitters van strafsectoren vastgesteld. Bij de vaststelling van de oriëntatiepunten is steeds uitgegaan van het modale feit. Eventuele bijzondere omstandigheden (daad- en dadercomponent) dienen alsnog door de rechter verdisconteerd te worden.’⁵⁰⁰

Het Eindrapport Pilot PROMIS bevat als gezegd in de bijlagen een schema voor de straf- en de maatregelmotivering, onder meer inhoudende dat rekening moet worden gehouden met de vraag of sprake is van een standaardgeval.⁵⁰¹ In de verwijzing naar een ‘standaardgeval’ zou men, gezien ook de toelichting van het LOVS, een verwijzing naar de oriëntatiepunten kunnen lezen. Niet duidelijk wordt evenwel of dit standaardgeval (en het daarbij passende uitgangspunt voor de op te leggen straf) ook expliciet moet worden genoemd. In het projectplan van PROMIS en het daarop gebaseerde eindrapport wordt wel de aandacht gevestigd op het vermelden van de straf die doorgaans voor vergelijkbare feiten wordt opgelegd. De commissie toont zich teleurgesteld dat de verwachtingen op dit punt niet zijn uitgekomen.⁵⁰²

500 Zie de toelichting op de oriëntatiepunten, welke zijn te vinden onder ‘Landelijke regelingen’ op www.rechtspraak.nl.

501 Eindrapport Pilot PROMIS 2005, p. 27.

502 Eindrapport Pilot PROMIS 2005, p. 22.

In het eindrapport Promis II is men uitgesproken positief over het vermelden van de oriëntatiepunten in de strafmotivering. Het vergroot naar het oordeel van de rapporteurs de inzichtelijkheid van de beslissing over de straf en aanbevolen wordt deze werkwijze voort te zetten.⁵⁰³

4.4.9 Conclusies met betrekking tot de plaats van de strafbeslissing in het beslissingsmodel

In het bovenstaande is gepoogd inzicht te geven in de procesrechtelijke inbedding van de strafbeslissing met het oog op het achterhalen van de wijze waarop de normering van de strafbeslissing is vormgegeven. Als onderdeel van het strafvorderlijk beslissingsmodel is de strafbeslissing a-typisch. Die a-typische aard vertaalt zich niet in de procesrechtelijke inbedding van de strafbeslissing. Waar de overige vragen van het beslissingsmodel onderworpen zijn aan regels van bijvoorbeeld bewijsrechtelijke aard, wordt de procesrechtelijke inbedding van de strafbeslissing gekenmerkt door juist het grotendeels ontbreken daarvan. De vrijheid van de rechter bij de straftoemeting uit zich niet alleen in de vrijheid bij de keuze voor- en de weging van de factoren die ten grondslag liggen aan de strafbeslissing, maar ook in een vrijwel ongenormeerde procedure ten behoeve van de totstandkoming daarvan. De belangrijkste exponent daarvan vormt de relativering van het onderzoek ter terechtzitting als grondslag voor de strafbeslissing. In grote lijnen wordt door de Hoge Raad wel aanvaard dat het de basis dient te vormen voor de argumenten die aan de strafbeslissing ten grondslag liggen, maar de getoonde voorbeelden laten zien dat dit uitgangspunt niet onverkort geldt. Hieronder worden enkele grote lijnen bij elkaar gebracht.

Een positieve beantwoording van de aan de strafbeslissing voorafgaande vragen van art. 350 Sv vormt een *conditio sine qua non* voor het toekomen aan het oordeel over de straf. Om die reden draagt de gehele procedure rondom de beantwoording van deze vragen bij aan de legitimiteit van de strafbeslissing. De strafbeslissing zelf wordt evenwel niet of nauwelijks ingebed in een zelfstandige procedure, waardoor ook voor de procesdeelnemers een beperkte rol is weggelegd en het debat omtrent de vaststelling van de straf vooral een intern debat is onder en tussen rechters in het kader van de beraadslagingen in raadkamer. Daarvan zal in het algemeen geen verslag worden gedaan, het geheim van de raadkamer en het uitgangspunt van collegiale rechtspraak verzetten zich daartegen. De invoering van een algemene responsieplicht met betrekking tot uitdrukkelijk voorgedragen standpunten van de procesdeelnemers (art. 359 lid 2 Sv) versterkt weliswaar in potentie de basis voor een debat over de straf op het onderzoek ter terechtzitting, maar het kan niet verhullen dat in vergelijking met de overige vragen van het beslissingsmodel de processuele inbedding van de strafbeslissing mager te noemen is.

503 Eindrapport Promis II 2007, p. 39.

Het Nederlandse strafproces is, in tegenstelling tot hetgeen het beslissingsmodel doet vermoeden, in de kern ook niet ingericht op een procedure rondom de vaststelling van de straf, maar richt zich op de vaststelling van de strafbaarheid van feit en dader. Dat is niet vreemd, maar het verklaart wel waarom het van belang zou kunnen zijn na te denken over een nadere procedurele inbedding van de strafbeslissing. De wijze waarop de strafprocedure thans is ingericht onderstreept dan ook het belang van een goede, gedegen en heldere strafmotivering: De strafmotivering moet compenseren wat de procesdeelnemers tijdens het onderzoek ter terechtzitting tekortkomen.

De aard van de strafbeslissing wijkt af van de overige vragen van art. 350 Sv in zoverre dat zij, vanuit haar gerichtheid op de realisering van de strafdoelen, ook prospectieve elementen in zich bergt en niet zozeer bewezen als wel beargumenteerd dient te worden. Niet voor niets gaat het in de strafmotivering om redengevende factoren, die weliswaar aan de orde moeten zijn geweest op het onderzoek ter terechtzitting, maar niet zelfstandig bewezen hoeven te worden. Zonder te stellen dat dit anders zou moeten zijn, dient wel te worden vastgesteld dat dit een frictie oplevert met het traditionele beeld van de grondslagen en de doelstellingen van de strafprocedure. Met het oog op de strafbeslissing kan immers niet zonder meer van materiële waarheidsvinding worden gesproken. Ook de toepassing van het materiële strafrecht is met betrekking tot de strafbeslissing een uiterst gecompliceerde aangelegenheid, juist omdat ook het materiële strafrecht op dit punt belangrijke leemtes bevat en het procesrecht een in potentie compenserende rol heeft te vervullen.⁵⁰⁴ Dit gegeven maakt het 'debat' ter terechtzitting over de straf schimmig en oneigenlijk, juist ook omdat vooruitgelopen moet worden op het oordeel omtrent de strafbaarheid van feit en dader. Verweren en standpunten met betrekking tot de op te leggen straf worden daarom bijna altijd stellenderwijs ('indien tot een bewezenverklaring wordt gekomen van (...), dan (...)') naar voren gebracht. Dat is slechts anders indien sprake is van een bekende verdachte, hetgeen theoretisch en praktisch de onwenselijke situatie oplevert dat slechts indien de verdachte heeft bekend een zuiver debat over de op te leggen straf op het onderzoek ter terechtzitting kan plaatsvinden. Binnen de structuur van het Nederlandse strafproces vindt het debat over de straf in de kern plaats in de beslotenheid van de rechterlijke oordeelsvorming, waarover achteraf in de motivering (in voorkomende gevallen aan de hand van daartoe aangevoerde standpunten) verantwoording wordt afgelegd. Een zelfstandige procedure voorafgaand aan de strafbeslissing ontbreekt, hetgeen de normering van de strafbeslissing ook vanuit formeel perspectief problematisch maakt. Het is vooral vanwege deze combinatie van omstandigheden dat zo af en toe voorstellen tot het invoeren van een specifieke straftoematingszitting zijn te horen. De structuur van splitsing van het onderzoek ter terechtzitting

504 Over de doelstellingen van het strafproces en de relevantie voor de discussie over de legitimiteit van de strafbeslissing, § 4.4.3.

is in het buitenland niet onbekend, maar in Nederland nog weinig ter sprake geweest en onderzocht.⁵⁰⁵

4.5 CONCLUDERENDE OPMERKING OVER DE WETTELIJKE REGELING VAN DE STRAFTOEMETING

4.5.1 *Straftoemeting tussen de wal en het schip van materieel en formeel strafrecht*

De wettelijke regeling van de straftoemeting in het Nederlandse strafrecht is gecompliceerd, alleen al vanwege het feit dat niet is gekozen voor een dwingend en normstellend materieel straftoemetingsrecht en tot op zekere hoogte een duidelijk aanwezige, maar in haar uitwerking niet altijd even bevredigende wisselwerking wordt beoogd tussen het materiële en het formele strafrecht.

De interdependentie tussen het materiële en het formele strafrecht, als hypothese in de inleiding op dit hoofdstuk gebracht, vormt een gegeven en bepaalt de wijze waarop binnen het Nederlandse straf(proces)recht wordt omgegaan met de wijze waarop de straftoemeting wordt gerealiseerd. Vastgesteld werd dat het materiële strafrecht, vanwege haar principiële open karakter, die normen niet of slechts binnen zeer ruime bewoordingen en kaders van strafbedreigingen biedt. Geen normen, wel grenzen, zo karakteriseerden Enschedé c.s. als gezegd het wettelijk kader.⁵⁰⁶ Materieelrechtelijk acht de wetgever zich ook niet de aangewezen instantie die normering ter hand te nemen, hetgeen door Mevis óók als een voorbeeld van pragmatisme wordt beschouwd.⁵⁰⁷ Dit toch vooral principieel uitgangspunt, dat uit oogpunt van legaliteit en het bepaaldheidvereiste ook wel onder kritiek staat, bepaalt het belang dat moet worden gehecht aan de procedure die leidt tot de vaststelling van de straf en de motivering van de daarop gebaseerde beslissing. In dat kader werd gesuggereerd dat het strafprocesrecht een belangrijke compenserende functie heeft te vervullen voor de leemtes in het materiële strafrecht, hoewel de typering als 'compenserend' eigenlijk niet helemaal juist is. De dienende functie van het strafprocesrecht ten opzichte van de realisering van het materiële strafrecht komt vanwege het grotendeels ontbreken van een materieel straftoemetingsrecht niet tot zijn recht. Ten aanzien van de strafbeslissing en (vooral) de strafmotivering dient het procesrecht niet ter realisering van de normen van de straftoemeting, maar het is in naam van de begrijpelijkheid dwingender geworden en heeft het

505 Zie hierover bijvoorbeeld wel: Klaasse 1963 en De Wijkerslooth & Simonis 2001. Een mooi overzicht biedt: Horovitz 2007. Interessant is wel of deze gedachte ook doorwerking krijgt in het gestroomlijnde hoger beroepstelsel. Aangenomen dat veel hoger beroepzaken zullen zijn ingegeven door onvrede met de opgelegde straf, zou de gedachte specifiek na te denken over de aard en structuur van dergelijke zittingen helemaal niet zo gek zijn.

506 Enschedé, Moor-Smeets & Swart 1975, p. VII.

507 Mevis 2003, p. 26.

in potentie de mogelijkheid straftoemingscriteria en factoren te doen openbaren. Die grondhouding ten aanzien van de normering van de straftoemeting is ook zichtbaar in het palet aan maatregelen dat wél is genomen en in de sleutel van het vergroten van de consistentie in de straftoemeting kan worden geplaatst. Het is echter de vraag of het formele recht, dat wil in dit geval zeggen de procedure van het onderzoek ter terechtzitting alsmede de totstandkoming en motivering van de strafbeslissing, voldoende geschikt of toegerust is die verwachting waar te maken. Het vraagstuk van de rechtvaardige straf, dat schuilgaat achter de opdracht tot het bepalen van een passende straf, is in deze optiek vooral een vraagstuk van procedurele rechtvaardigheid geworden. Van een daadwerkelijk zelfstandige legitimerende procedure die leidt tot de vaststelling van een straf is evenwel nauwelijks sprake. Binnen de huidige stand van zaken lijkt de straftoemeting dan ook beland tussen de wal en het schip van het materieel en formeel strafrecht en lijkt een herijking van in de eerste plaats die wisselwerking noodzakelijk.

Twee belangrijke aspecten van de grondhouding van de normering van de straftoemeting, te weten de nadruk op het procesrecht en de daarmee samenhangende terughoudendheid ten aanzien van het materiële straftoemingsrecht, dienen in dat kader ter discussie te worden gesteld. Dat roept in de kern de vraag op naar de grondslagen en doelstellingen van de beide wetboeken, maar ook naar de verhouding tussen wetgever en rechter.

4.5.2 *Overspannen verwachtingen van het procesrecht?*

Het strafprocesrecht heeft ten opzichte van het materieel strafrecht een dienende functie: het dient ter juiste realisering van de normen van materieel strafrecht. Dat veronderstelt in zekere zin dat deze normen reeds bestaan op het moment van het strafbare handelen en op het moment van aanvang van het onderzoek ter terechtzitting. Het is evenwel een kenmerk van het materiële straftoemingsrecht dat bedoelde in de wet neergelegde algemene normen, die de rechter zouden dienen als maatstaf voor de bepaling van de straf, in belangrijke mate afwezig zijn of in ieder geval pas in relatie tot de feiten vorm krijgen. Het strafprocesrecht lijkt derhalve reeds om die reden slechts in beperkte mate te kunnen bijdragen aan de invulling van de ruimte in het materiële straftoemingsrecht; zij zal er slechts toe kunnen dienen deze normen te (doen) *openbaren*. Voor het *vinden* van deze normen is het strafprocesrecht in de huidige vorm niet zonder meer geschikt en zal moeten worden gekeken naar het materiële recht met betrekking tot de straftoemeting. Er is wel een zelfstandige functie van het strafproces voor zover het voorziet in een procedure die, terugkerend bij de idee van procedurele rechtvaardigheid in gevallen waarin binnen de grenzen van de wet meerdere uitkomsten de juiste kunnen zijn, de aanvaardbaarheid van de beslissing wordt ondersteund door een rechtvaardige procedure tot vaststelling van dat oordeel te volgen.⁵⁰⁸ We

508 Zie in dit verband: Rawls 1999, p. 74-75.

lijken hier te raken aan een hier nog niet eerder genoemde eigenschap van de Nederlandse rechtscultuur, die zich bijvoorbeeld ontwikkelt weg van de in het Duitse strafrecht kenbare voorkeur voor regelingen in het materiële strafrecht (vandaar ook de regelmatige verwijzing naar het Duitse strafrecht in het kader van de wettelijke regeling van de straftoemeting). Voor problemen op het materiële vlak van de strafbeslissing blijven we te rade gaan bij het procesrecht. Treffend in dat kader is de bijdrage van Koopmans in de vriendenbundel voor De Hullu. De titel 'Straftoemetingshandboek of motiveringshandleiding' legt de vinger precies op de zere plek, de bespreking blijft evenwel in lijn met de traditie weg van de verhouding tot het materiële recht.⁵⁰⁹

Bij de verwachtingen die men koestert ten aanzien van het strafprocesrecht speelt het feit dat de beslissing over de straf een andersoortige beslissing is dan de overige vragen van het beslissingsmodel van art. 348 en 350 Sv. Men zou op grond van deze vaststelling de hypothese kunnen formuleren dat de verwachtingen die men blijkens de activiteiten van de wetgever op het terrein van de motivering van de beslissing over de straf koestert ten aanzien van de (openbaring van) materiële normen voor de straftoemeting moeilijk te realiseren zijn zonder het aanbrengen van een onderscheid in aard en doelstelling van de procedures tot vaststelling van schuld en de vaststelling van de straf. De bestaande wisselwerking tussen materieel en formeel strafrecht levert dus, bij aanvaarding daarvan, het vraagstuk op naar de materiële grenzen van een in hoofdzaak processuele normering van de straftoemeting en de daarbij passende grenzen in taak en functie van de diverse betrokken actoren.

4.5.3 *Naar een herwaardering van het materiële straftoemetingsrecht?*

Er is bewust een ruimte voor de rechter in de Nederlandse strafwet gecreëerd waar het de normering van de straftoemeting betreft. Wanneer in het kader van het vergroten van de consistentie in de straftoemeting zoveel waarde wordt gehecht aan criteria voor- en factoren van de straftoemeting, dan is dat óók en vooral een opdracht het materiële strafrecht nader onder de loep te nemen. Wat in het procesrecht niet valt te compenseren, moet immers elders een plaats krijgen. Dit betreft een vraagstuk dat, meer nog dan een nadere invulling van de totstandkoming van de strafbeslissing en de structurering van de strafmotivering, buiten de orde lijkt te liggen van de beschreven grondhouding ten aanzien van de normering van de straftoemeting. Dient die verhouding te worden herzien en zo ja, op welke wijze zou deze herziening zijn beslag kunnen krijgen? Bezien we het programma dat de Raad van Europa voorstelt, dan lijkt die vraag in ieder geval bevestigend te moeten worden beantwoord. Maar dan is een nadere theoretische inbedding wél gewenst.

509 Koopmans 2004.

Buiten deze theoretische en op de wetgeving en rechtspraak georiënteerde benadering van de leemte van het materiële straftoematingsrecht, is het evenwel van belang stil te staan bij wat ik als een grote leemte in de beoefening van het strafrecht en de strafrechtswetenschap ervaar, te weten het ontbreken van een gestructureerde, primair op de rechtspraak georiënteerde studie van het recht en de praktijk van de straftoemeting. Het handboek dat er moest komen,⁵¹⁰ laat nog steeds op zich wachten.^{511 512} Ook langs die weg kan namelijk worden bijgedragen aan de normering van de straftoemeting, zij het dat de inhoud en de verschijningsvorm nogal verschilt van bijvoorbeeld een nadere wettelijke regeling.

4.5.6 *Straftoemeting omvat 'strafvorming', 'strafbeslissing', 'strafmotivering' en 'strafoplegging'*

Met de rechterlijke beslissing over de straf worden de rechtsgevolgen van de strafrechtelijke aansprakelijkheidsstelling bepaald. Die beslissing heeft op grond van het positieve recht betrekking op de wettelijke deelbeslissingen over de straf: de strafsoort, de strafmaat en de strafmodaliteit. Dat zijn als het ware de objecten waarop de beslissing zich uiteindelijk richt. Met het oog op de structurering van de inhoud van dit onderzoek, is het evenwel aangewezen enkele nadere onderscheidingen aan te brengen in de aard en de inhoud van het begrip 'straftoemeting'. Zoveel mogelijk zou daarbij aansluiting gezocht kunnen en dienen te worden bij de beschrijving daarvan in het wettelijk stelsel zelf. De kernbegrippen die in de discussie over de straftoemeting relevant moeten worden geacht, zijn vanuit dat perspectief de 'strafvorming', 'strafbeslissing', 'strafmotivering' en 'strafoplegging'. Sommigen zullen aan de straftoemeting de tenuitvoerlegging van de straf willen toevoegen en niet zonder reden. De straf krijgt immers in veel gevallen pas vorm én betekenis in de tenuitvoerlegging ervan. De tenuitvoerlegging van de straf betreft evenwel een terrein waarop de rechter in beginsel niet meer verantwoordelijk is. Het openbaar ministerie en het departement zijn ingevolge art. 553 Sv de organen belast met de tenuitvoerlegging van de door de rechter opgelegde sancties.⁵¹³ Om die reden wordt er in het navolgende van afgezien ook de ten-

510 Enschedé 1975.

511 Zie bijvoorbeeld redelijk recent nog: Baumgardt & Van der Kruijs 2004; Kelk 2007.

512 Maar waarom is het er dan nog niet? Mijn suggestie is dat er, wellicht ten onrechte, geen wetenschappelijke eer aan valt te behalen: zo zou een dergelijk handboek aan veel rechtenfaculteiten niet bij voorbaat meetellen als wetenschappelijke publicatie.

513 Hoewel de discussie over het nut en de noodzaak van een executie-rechter met enige regelmaat weer oplaait, ligt het weinig voor de hand de discussie over een actievere rol van de rechter bij de tenuitvoerlegging van de straf in dit onderzoek mee te nemen. Dat daarin enige nuancering kan worden aangebracht bewijst Bleichrodt. Zie Bleichrodt 2002, p. 135-138. Voor overige literatuur over de vraagstukken die samenhangen met de invoering van een executierechter, zie: Balkema 1985.

uitvoerlegging van de sanctie als onderdeel van de rechterlijke straftoemeting te beschouwen en te analyseren. Dat de tenuitvoerlegging van de straf van invloed is op de legitimiteit van de rechterlijke beslissing over de straf wordt daarmee overigens niet ontkend.⁵¹⁴

Richtpunt voor de wettelijke beslissing over de straf is vanzelfsprekend het beslissingsmodel van art. 348/350 Sv, alsmede de verdere inbedding daarvan in het vonnis conform de overige relevante bepalingen van Boek 2, Titel VI. De formele vragen in dat model hebben geen directe relevantie voor de straf, art. 350 Sv heeft dat uitdrukkelijk wel. Op grond daarvan dient de rechter, indien de daaraan voorafgaande vragen positief moesten worden beantwoord,⁵¹⁵ een beslissing te nemen over de oplegging van straf of maatregel. In combinatie met art. 351 en 358 lid 2 Sv volgt het enkele bestaan van de *strafbeslissing* als imperatief onderdeel van het rechterlijk beslissingsmodel. Deze *strafbeslissing* dient overeenkomstig art. 358 lid 2 jo. 359 lid 2 en lid 4-8 Sv te worden gemotiveerd: de *strafmotivering*. De *strafbeslissing* en de *strafmotivering* dienen in het vonnis te zijn opgenomen ingevolge de relevante bepalingen van 358 en 359 Sv. Het vonnis wordt rechtsgeldig bij uitspraak van de rechter (362 Sv). De formalisering, het rechtsgeldig worden van de *strafbeslissing* bij de einduitspraak van de rechter wordt in het navolgende de *strafoplegging* genoemd. De procesrechtelijke normering van de straftoemeting vertoont een nadruk op de verantwoording van de beslissing achteraf, maar laat de totstandkoming ervan in feite onbeschreven. Hoogstens zou men art. 351 Sv in dat licht kunnen beschouwen, dat bepaalt dat de rechter (onder de genoemde voorwaarden) de straf oplegt die op het feit is gesteld. Die bepaling is niet alleen niet meer in overeenstemming met de werkelijkheid (art. 9a Sr biedt de rechter immers de mogelijkheid de oplegging van straf of maatregel achterwege te laten), het wekt tevens de suggestie als zou er een stelsel van gefixeerde straffen bestaan op overtreding van strafbepalingen of als zou er een voor ieder feit vooraf kenbare en geldende straf bestaan.⁵¹⁶ Beide laatste gevolgtrekkingen zijn onjuist en dienen vanuit de functie van het artikel er ook in te worden gelezen. Art. 351 Sv verleent slechts een wettelijke basis aan de rechterlijke beslissing over de straf; net zoals art. 349 en 352 schrijft het voor wat de rechtbank dient uit te spreken. Welke functie art. 351 Sv dan nog heeft te vervullen naast art. 358 lid 2 Sv blijft evenwel ongewis. De suggestie als zou art. 351 Sv een soort instructienorm aan de rechter zijn is echter interessant genoeg om op deze plaats daaraan te gevolgtrekking te verbinden dat een dergelijke instructienorm over de totstandkoming van de strafbeslis-

514 In dit verband speelt bijvoorbeeld de discussie over vervroegde invrijheidstelling, welke naar huidige opvatting de geloofwaardigheid van het sanctiestelsel en de strafbeslissing zou aantasten. Zie: Sancties in Perspectief 2000; Commissie Herziening vervroegde invrijheidstelling 2002;.

515 Welke derhalve fungeren als een *conditio sine qua non* voor de uiteindelijk te nemen beslissing over de straf.

516 Cleiren & Nijboer 2007 (T&C Sv), art. 351, aant. 2.

sing in het recht ontbreekt. Waarom, bijvoorbeeld, geldt er wel een instructienorm als art. 24 Sr bij de totstandkoming van het oordeel over de hoogte van de geldboete, maar moet een algemene instructienorm ten behoeve van de strafbeslissing indirect worden opgemaakt uit de (traditie van de) strafmotivering? De totstandkoming van de strafbeslissing zal in het navolgende de *strafvorming* worden genoemd.

4.6 RESUMÉ – DE RUIMTE VAN DE RECHTER

4.6.1 *Aanvaarding van de vrijheid van de rechter...*

De vrijheid van de rechter is niet ongelimiteerd, noch is zij ongebonden. Niet-tegenstaande het gegeven dat de straftoemeting zich zowel binnen de constitutionele en institutionele context als in het kader van de wettelijke regeling van de straftoemeting tussen wal en schip bevindt, zijn aan die veelzijdige en meerduidige context argumenten te ontleen die richting kunnen geven aan de wijze waarop door rechter en rechtspraak kan worden omgegaan met de ruimte die de rechter ter beschikking staat bij de totstandkoming van de strafbeslissing.

De vrijheid van de strafrechter bij de straftoemeting kent haar oorsprong in de gedachte dat bij de vaststelling van de straf recht moet worden gedaan aan de divergerende eisen die voortkomen uit de strafdoelen, de eisen van proportionaliteit (en subsidiariteit), alsmede de ernst van het feit en de persoon van de dader, en ruimte moet worden gelaten voor het in aanmerking nemen van de (alle) omstandigheden waaronder het feit is begaan. Hoewel dit systeem het strafstelsel en de praktijk van de straftoemeting een humaan gezicht heeft kunnen geven, lijkt het er op dat de wetgever daarmee óók voor een pragmatische koers heeft gekozen.⁵¹⁷ Verschuivende opvattingen binnen die veelzijdige en meerduidige context hebben deze systematiek weliswaar onder druk gezet, maar in de kern niet aangetast. De keuze met betrekking tot de aan de strafbeslissing ten grondslag liggende feiten, de beoordeling van de ernst van het gepleegde feit, de afweging van de betrokken belangen en de met dit alles verbonden keuze voor de strafsoort, -maat en -modus, zijn (binnen de aangegeven kaders) het vrijwel exclusieve domein van de rechter. Hoewel ervaringen uit het buitenland, bijvoorbeeld de Verenigde Staten en Duitsland, laten zien dat op dat terrein andere keuzes mogelijk zijn, lijkt er vooralsnog vanuit wetenschappelijk noch maatschappelijk oogpunt reden te bestaan voor de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting bij die rechter weg te nemen. Voorstellen om tot de invoering van delictspecifieke minimumstraffen over te gaan, zoals van enkele politieke partijen en door sommigen beschouwd als een noodzakelijk aspect van harmonisering van strafrecht binnen de Europese Unie, kennen een geheel eigen context die los staat van

⁵¹⁷ Zie in deze zin: Mevis 2003, p. 26.

de discussie over consistentie in straftoemeting, maar beïnvloeden wel de wijze waarop de rechterlijke straftoematingsvrijheid wordt gepercipieerd. De gevolgen daarvan voor het stelsel waarbinnen de rechter tot zijn strafbeslissing komt zijn groot. Om deze reden zou men zich af moeten vragen of delictspecifieke minimumstraffen als middel niet erger zijn dan de kwaal: een vermeend te lankmoedige straftoemetingspraktijk.⁵¹⁸ Het kabinet deelt dit standpunt en acht de invoering van delictspecifieke minimumstraffen als middel tot 'sturing van de straftoemeting' (vooralsnog) ongeschikt.⁵¹⁹ De wetgever, zich realiserende dat in de loop der jaren de verhoudingen tussen de wettelijke strafmaxima onder druk kunnen komen te staan en dat inzichten over de ernst van strafbare feiten kunnen verschuiven, heeft daarenboven zelf laten zien het stelsel van delictspecifieke strafmaxima te willen gebruiken om ruimte te geven aan veranderde opvattingen over de strafwaardigheid van bepaalde delicten. De Wet Herijking Strafmaxima getuigt daarvan.⁵²⁰ De verhoging van de strafmaxima bij een groot aantal delicten heeft de armslag van de rechter alleen maar vergroot. Dit ligt in lijn met de reeds gesignaleerde ontwikkeling waarin de wetgever de rechter in de loop der jaren vooral meer armslag heeft willen geven bij de keuze voor de strafsoort, bijvoorbeeld door verruiming van het straffenarsenaal. Dit maakt de noodzaak tot structurering van de wijze waarop de rechter binnen die ruimte tot zijn beslissing komt niet minder groot, integendeel. Om deze reden is ook het verschijnsel rechterlijke samenwerking met betrekking tot de straftoemeting tot ontwikkeling gekomen en is het project PROMIS, voor zover daarmee de structurering van de strafmotivering aan de orde is, te verklaren. Het probleem van het verschijnsel rechterlijke samenwerking en de wijze waarop daarmee tot dusver in de literatuur is omgegaan, betreft de grote nadruk op de constitutionele en institutionele aspecten ervan. Juist de wettelijke regeling van de straftoemeting maakte duidelijk dat het slechts in relatie tot een ontwikkeld straftoemetingsrecht tot wasdom kan komen. Tegelijkertijd moet worden aangenomen dat de bestaande producten van rechterlijke samenwerking ten behoeve van een consistente straftoemeting uitingvormen kunnen zijn van een methode van

518 Zie in deze zin: De Roos & Schoep 2003.

519 Zie het Kabinetsstandpunt inzake minimumstraffen d.d. 12 september 2003, dat als bijlage is gevoegd bij kamerstuk 29 049.

520 Wet van 22 december 2005, Stb. 2006, 11. Met deze wet zijn de strafmaxima van een groot aantal misdrijven met ingang van 1 februari 2006 omhoog gegaan. Zo is de maximumstraf voor eenvoudige mishandeling van 2 naar 3 jaar gegaan, is het maximum voor dood door schuld van 9 maanden naar 2 jaar gegaan en bij dood door roekeloosheid geldt thans een maximale gevangenisstraf van 4 jaar. Bij delicten waarop een gevangenisstraf van 20 jaar of levenslang stond, kan voortaan 30 jaar of levenslang worden opgelegd. Daarnaast bevat het wetsvoorstel een nieuwe regeling voor strafverhoging bij recidive. De op een misdrijf gestelde maximale gevangenisstraf wordt met een derde verhoogd als blijkt dat iemand binnen 5 jaar een nieuw misdrijf pleegt na een eerdere onherroepelijke veroordeling tot een gevangenisstraf. Ten grondslag aan dit langdurig wetgevingstraject lag een wetenschappelijk onderzoek naar het wettelijk strafmaximum: De Hullu, Koopmans & De Roos 1999.

oordeelsvorming die juist vanuit dat perspectief een nadere analyse vergt. De constitutionele en institutionele dimensie van die discussie heeft lange tijd het zicht ontnomen op dit gegeven. Wil men het verschijnsel rechterlijke samenwerking met het oog op een consistente straftoemeting ten volle kunnen benutten, dan is het aangewezen binnen en met inachtneming van de beschreven context te zoeken naar een methode van oordeelsvorming die recht doet aan de ruimte van de rechter.

Tegenover de tendens tot het verruimen van de keuzemogelijkheden van de rechter bij de straftoemeting, staat wel dat het domein waarbinnen de rechter van zijn vrijheid gebruik kan maken aanzienlijk is ingeperkt. Binnen de strafrechtspleging is dat in belangrijke mate veroorzaakt door de ontwikkeling die de transactiebevoegdheid van het OM heeft doorgemaakt tot de huidige strafbeschikking. Een zeer groot deel van de strafbare feiten komt inmiddels niet meer voor de rechter en wordt door het OM afgedaan. Door te knagen aan het domein van de rechter wordt de armslag van het afdoeningsbeleid van het OM en daarmee de invloed van het overheidsbeleid op het functioneren van de strafrechtspleging vergroot. Dat dit ook deels geldt ten aanzien van problemen die samenhangen met consistentie en transparantie in de straftoemeting bewijst de inwerkingtreding van de Wet bekende verdachte, in welk kader het opnemen van de vordering van de officier van justitie in het vonnis verplicht werd gesteld en een responsieplicht werd gecreëerd ten aanzien van uitdrukkelijk voorgedragen standpunten van de officier (en verdediging), ook ten aanzien van de straf. Deze tweevoudige bevestiging van het (toenemend) belang van het strafvorderingsbeleid voor de straftoemeting staat aldus bezien in schril contrast met de oorverdovende stilte rondom de grondslagen en de inhoud van dat beleid. Het geloof daarin is wel standvastig, getuige bijvoorbeeld de eerder genoemde voorstellen van Enschedé, Duker en De Hullu.⁵²¹

Buiten het toegenomen bereik van de mogelijkheden tot buitengerechterlijke afdoening van strafbare feiten, culminerend in de invoering van de mogelijkheid tot het opleggen van een strafbeschikking, wordt het domein van de rechter ingeperkt als gevolg van de ook daarnaast toegenomen afdoening van strafwaardig gedrag buiten de strafrechtspleging om. De strafrechtelijke handhaving legt het met betrekking tot een groot aantal strafwaardige gedragingen af tegen de bestuursrechtelijke afdoening. Dat roept niet alleen de vraag op naar de verhouding tussen beide afdoeningsstelsels, maar ook naar de vraag wat uiteindelijk overblijft: de ruimte voor de rechter.

De vrijheid van de rechter bij de straftoemeting berust gezien het bovenstaande op paradoxale overwegingen: enerzijds wordt zij op principiële gronden verdedigd, bijvoorbeeld tegen de achtergrond van voorstellen tot invoering van delictspecifieke minimumstraffen, terwijl zij anderzijds uit oogpunt van

521 Wet van 7 juli 2006, Stb. 330 (gefaseerde inwerkingtreding). Zie voor een verkenning van de problematiek omtrent het domein van de rechter: Van den Broeke 2004.

overheidssturing lijkt te worden gemarginaliseerd. De ruimte van de rechter die overblijft, kan blijven bestaan bij gratie van het afnemend bereik daarvan, zo lijkt het, en wordt wettelijk 'slechts' door middel van aanscherping van motiveringsverplichtingen in die ontwikkeling betrokken. Juist vanwege de eigenstandige positie van de rechter en de specifiek daarmee samenhangende problematiek kan het moeilijk anders dan dat het geldend uitgangspunt van de wetgever, dat de rechter binnen de bestaande wettelijke regelingen met betrekking tot de straftoemeting een grote mate van vrijheid bezit en dient te bezitten, als uitgangspunt van denken wordt genomen voor de op dat terrein geconstateerde problemen. De geschetste ontwikkelingen hebben immers gevolgen voor het domein van de rechterlijke beslissing, maar laten de daadwerkelijke invulling van de wél bestaande beslissings- en beoordelingsvrijheid in beginsel onbesproken.

4.6.2 ...betekent een keuze voor het perspectief van de rechter

De hier beschreven vrijheid van de rechter wordt aldus zowel op theoretisch als feitelijk niveau aanvaard als een wezenlijk en geldend element van het Nederlandse strafrecht en de Nederlandse strafrechtspraak. Tegen de achtergrond van enkele min of meer recente bijdragen aan het wetenschappelijk debat op dit terrein verdient de keuze voor het perspectief van de rechter nadere verantwoording. In zijn preadvies voor de NJV stelt De Hullu dat de acceptatie van de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting kan afnemen '(...) wanneer die vrijheid (...) door de rechterlijke macht zelf wordt genormeerd en gereguleerd'. Naast het feit dat de nadere invulling van die vrijheid dóór de rechter wordt afgewezen, betekent deze vaststelling vooral ook een keuze voor het beleid van het OM als toepassings- en toetsingsmaatstaf voor de beslissing van de rechter. In deze visie is vervolgens geen plaats voor 'landelijke straftoemetingsafspraken'.⁵²² In grote lijnen volgt De Hullu hier de visie van Duker op een legitieme straftoemeting, waarin wordt gepleit voor een op de toepassing van de strafvorderingsrichtlijnen georiënteerde rechterlijke straftoemetingspraktijk. Naar het oordeel van Duker dient het strafvorderingsbeleid het uitgangspunt te zijn voor de rechter bij het bepalen van de straf, waarbij de rechter een meer (het beleid van het OM) toetsende rol zou toekomen en binnen de door dat beleid gestelde bandbreedte zijn rechtsbeschermende rol zou kunnen waarmaken.⁵²³ Beide schrijvers bevinden zich in de traditie van Enschedé, die in de jaren zeventig van de vorige eeuw reeds een sterk op het OM-beleid gerichte straftoemeting door de rechter propageerde, uitmondend in een visie op de strafeis als een petitum.⁵²⁴

522 De Hullu 2002, p. 77.

523 Duker 2003, p. 165-170.

524 Zie hierover uitvoeriger Enschedé 1974.

In tegenstelling tot de lijn zoals die wordt voorgestaan door Enschedé, Duker en De Hullu, volgt uit het bovenstaande dat juist de rechterlijke oordeelsvorming een nadere structurering behoeft. De rol van de rechter op het onderzoek ter terechtzitting en in het licht van het beslissingsmodel van art. 348-350 is eigenstandig en (op grondslag van de tenlastelegging) beslissend in plaats van toetsend. Beslissend voor de strafbeslissing is hetgeen is bewezenverklaard – niet hetgeen is tenlastegelegd. Het is ook de rechter die een zelfstandige verantwoordelijkheid heeft voor de waardering van de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoon en persoonlijkheid van de dader. De juridische status van de vordering ex art. 311 weerspiegelt dat uitgangspunt, terwijl ook de voorgeschreven binding van de oordeelsvorming aan de resultaten van het onderzoek ter terechtzitting bepalend is voor de omstandigheid dat binnen de huidige systematiek aandacht moet zijn voor de ruimte voor de rechter. Vanuit dat perspectief dient te worden gekeken naar de wijze waarop het strafrechtelijk beleid van het OM, doorklinkend in de strafeis van de officier van justitie, een rol speelt of dient te spelen bij de rechterlijke oordeelsvorming.

De keuze voor een intern, rechterlijk perspectief als oplossingsrichting voor het probleem van de straftoemeting is aldus te herleiden tot de vaststelling dat wettelijke alternatieven binnen de huidige constellatie niet opportuun zijn en een dominantere rol van de strafeis, en daarmee het strafvorderingsbeleid, voor de beslissing van de rechter over de straf op genoemde gronden niet aanvaardbaar is. Het wettelijk stelsel legt de verantwoordelijkheid voor de beslissing over de straf in de eerste plaats bij de rechter ter terechtzitting en, ondanks het feit dat met de Wet OM-afdoening de officier van justitie de bevoegdheid heeft gekregen tot het opleggen van een strafbeschikking, is er vooralsnog geen aanleiding aan dit uitgangspunt te tornen. Ook nu nog geldt de constitutioneel gewaarborgde strafoplegging door de rechter (art. 113 lid 3 Gw), ook al beperkt deze zich tot de vrijheidsstraf. De in dit deel gesignaleerde problematiek zal derhalve moeten worden geherdefinieerd met het oog op de rechterlijke oordeelsvorming.

DEEL III

METHODE VAN
STRAFVORMING

‘Opmerkingen over ‘de omstandigheden van de zaak’, de ernst van het feit’ en vele andere zijn niet zonder meer als vage, nietszeggende algemeenheden af te doen. Ze verwijzen naar het rechtskarakter van de beslissing en zijn te zien als rudimentaire pogingen om enigszins onder woorden te brengen waarom in een konkrete situatie bij de afweging van de bijzondere belangen van de betrokken verdachte en algemene belangen een bepaalde beslissing is genomen. Dat het resultaat van deze afweging haast voor elke deelnemer anders is, lijkt er op te wijzen dat in de strafrechtspraak aan de ontwikkeling van een methode van rechtsvinding behoefte is.’⁵²⁵

5.1 RECHTSVINDING BIJ STRAFTOEMETING – ENKELE GEVOLGTREKKINGEN EN VOORONDERSTELLINGEN

Uit het voorgaande volgt dat de discussie over het streven naar consistentie in de straftoemeting binnen de bestaande constitutionele en institutionele context en uit oogpunt van de wettelijke regeling van de straftoemeting noopt tot een analyse van de wijze waarop door de rechter kan worden omgegaan met de ruimte die de wet biedt ten behoeve van de strafbeslissing. In dat verband werd geconstateerd dat de kern van die problematiek zich afspeelde rondom de totstandkoming van de strafbeslissing: de strafforming. Het feit dat dit aspect grotendeels onbeschreven is gebleven, markeert de vrijheid van de rechter. De vraag naar kenmerken en objecten van rechtsvinding in het kader van de straftoemeting zal uitvoeriger worden behandeld in § 5.3 en 5.4. Op deze plaats zal worden getracht een nadere analytische onderscheiding te maken van deelaspecten van de straftoemeting in de handelingbeschrijvende zin. In vervolg daarop zal worden geprobeerd de problematiek van die straftoemeting nader te specificeren in het licht van de genoemde onderscheidingen en de consequenties te trekken uit de gekozen benadering deze problematiek van de straftoemeting te beschouwen als een probleem van de rechter en de invulling en structurering van diens vrijheid bij de straftoemeting.

Uit de voorgaande hoofdstukken is gebleken dat de beslissing over de straf wordt voltrokken binnen een complexe context waarin constitutionele, institutionele vereisten en voorzieningen in samenhang met het specifiek juridisch kader van de beslissing over de straf tezamen de legitimiteit van die beslissing beïnvloeden en tot stand moeten brengen. Op grond van de wettelijke regeling van de straftoemeting moet worden vastgesteld dat de rechterlijke oriëntatiepunten maar gedeeltelijk het referentiekader van de beslissing

525 Enschedé, Moor-Smeets & Swart 1975, p. 84.

over de straf bepalen, terwijl de oriëntatiepunten uit oogpunt van constitutionele en institutionele vereisten en voorzieningen bepaald niet vanzelfsprekend zijn. Dat laatste is één van de redenen waarom het vraagstuk rondom de rechterlijke activiteiten ten behoeve van een consistente straftoemeting thans in het idioom van de rechtsvinding wordt besproken – de straftoemeting in handelingbeschrijvende zin. Er is behoefte aan een methode van rechtsvinding op het gebied van de straftoemeting, verzuchtten Swart in 1975, Kelk in 1983 en Fokkens en Duker in 2006.⁵²⁶

De prominente plaats van de oriëntatiepunten straftoemeting in de discussie over de legitimiteit van de strafbeslissing en het bevorderen van de consistentie in het geheel van strafbeslissingen, wordt in het licht van de genoemde context niet gerechtvaardigd. Wél is het gebruik van rechterlijke oriëntatiepunten in de totstandkoming van de beslissing interessant omdat het duidt op een bepaalde methode van oordeelsvorming. Het valt derhalve te bezien in hoeverre dit instrument uit oogpunt van rechtsvinding bij de straftoemeting kan bijdragen aan de eerder genoemde verantwoorde beslissing over de straf. Ter beantwoording van die vraag zal in de eerste plaats geprobeerd worden te identificeren welk aspect van de handeling nu specifiek het onderwerp van studie moet vormen. Vervolgens zal aan de orde moeten komen wat precies het object van rechtsvinding is bij de straftoemeting in handelingbeschrijvende zin en welke plaats daarbinnen toekomt aan de rechterlijke oriëntatiepunten. Slechts in relatie tot een visie op de totstandkoming van de beslissing over de straf, kan een standpunt worden ingenomen over de betekenis van de oriëntatiepunten straftoemeting als middel tot het vergroten van de consistentie in de straftoemeting.

5.1.1 *Het straftoemetingsprobleem als probleem van strafvorming*

De problematiek omtrent de straftoemeting heeft vanuit het perspectief van de rechter betrekking op de *strafvorming*. Vastgesteld werd dat de bestaande ruimte van de rechter een gebrek aan inzicht in de wijze van totstandkoming van de strafbeslissing tot gevolg heeft. Het is dit gebrek aan inzicht dat telkenmale vragen oproept naar de wijze waarop bepaalde referentiekaders, zoals de ernst van het feit, de persoon van de dader of bijvoorbeeld de mate van consistentie, worden meegewogen in de strafbeslissing. In deze zin is dus het gebrek aan inzicht in de totstandkoming van de strafbeslissing verbonden met leemtes in het materiële recht: de behoefte aan een referentiekader. Kennelijk bezitten rechters een eigen referentiekader dat bepalend is voor de strafbeslissing, maar dat niet of nauwelijks wordt getoond.⁵²⁷ Immers, uit de wijze waarop de strafbeslissing in de regel wordt gemotiveerd, moe-

⁵²⁶ Enschedé, Moor-Smeets & Swart 1975; Kelk 1983; Fokkens & Duker 2006.

⁵²⁷ Zie in dit verband de kritiek daarop, voortkomend uit de vaststelling dat een dergelijk referentiestelsel ontbreekt: Hulsman 1969, p. 95-96.

ten wij opmaken dat het betreffende rechterlijk college in dat concrete geval de strafbeslissing voldoende verantwoord heeft geacht. Maar wat zit er dan nog meer achter? Kortenhorst heeft een deel van deze problematiek zeer treffend omschreven: '(...) juist omdat de vanzelfsprekendheid omtrent die vooronderstellingen ontbreekt valt het gebruik van standaardmotiveringen moeilijk te rechtvaardigen.'⁵²⁸ Hulsman wijst er bovendien op dat, waar de totstandkoming van de strafbeslissing het grotendeels moet doen zonder referentiekader, de straftoemetingstradities binnen de gerechten wel een zeer grote rol (blijven) spelen.⁵²⁹ Een nadere bezinning op de achtergronden en grondslagen ervan blijft dan achterwege, met het gevaar de aansluiting met het juridisch en maatschappelijk debat te verliezen. Dit gebrek aan inzicht in de totstandkoming van de strafbeslissing, ook in de zogenaamde standaardgevallen, beïnvloedt dus onvermijdelijk ook de strafmotivering. Deze blijft problematisch zolang geen inzicht wordt verleend in de (alle?) criteria en factoren die de strafbeslissing sturen en in welke mate dit in het concrete geval is geschied. De meest kwetsbare stee bij de straftoemeting is de *strafvoorming*, de totstandkoming van de strafbeslissing. Opvallend is dat dit deelaspect van de straftoemeting geen plaats heeft gekregen in het wettelijk stelsel – deze handeling wordt daarin niet beschreven. Ook het straftoemetingsrecht zelf heeft behoefte aan invulling en verdieping – alleen in relatie daarmee kan de strafvorming ook betekenis krijgen. Dit gegeven rechtvaardigt de veronderstelling dat de strafvorming de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting markeert en tegelijkertijd dus ook een nadere analyse behoeft – de vrijheid van de rechter is immers functioneel en doelgebonden, niet sacrosanct. De ruimte van de rechter vraagt wel om een straftoemetingsrecht en om een visie op strafvorming.

5.1.2 Nader over het begrip strafvoorming

De problematiek omtrent de straftoemeting wordt hier uiteindelijk geduid als een probleem van strafvorming. Dat is in lijn met eerdere onderzoeken op het terrein van de straftoemeting: Eén van de belangrijkste pleitbezorgers voor onderzoek naar- en verdieping in de problematiek van de straftoemeting, Enschedé, deed in het gelijknamige boek verslag van (door hem geïnitieerde) pogingen theoretische verdieping in het onderwerp te laten samengaan met empirische, rechtssociologische studies naar het gedrag van rechters bij de totstandkoming van de strafbeslissing.⁵³⁰ Met die term strafvorming wordt bedoeld op hetgeen ik hierboven heb beschreven als de totstandkoming van de strafbeslissing. In een latere bijdrage aan het vriendenboek voor Enschedé bespreekt Hoekema diens pogingen tot verdieping en verbreding

528 Kortenhorst 1990, p. 95.

529 Hulsman 1969, p. 96.

530 Enschedé, Moor-Smeets & Swart 1975, p. VII.

van de straftoemingsdiscussie in het kader van de rationalisering van strafvorming.⁵³¹ Daarin stelt hij weliswaar de term strafvorming omvattender voor,⁵³² maar het lijkt er ook daar op dat bedoeld wordt op een betekenis waaraan de in dit onderzoek gehanteerde verwant is. Ook Hulsman duidt de straftoemingsproblematiek in het licht van het beslissingsproces waar hij spreekt van sanctievorming.⁵³³ De nadruk op de totstandkoming van de strafbeslissing alsmede het daarmee verbonden belang van de strafmotiveering, kunnen evenwel niet verhullen dat ook het materiële recht in het kader van de straftoemeting problematisch is. Alvorens te bezien op welke wijze dit doorwerkt, alsmede onder welke voorwaarden een herijking ervan noodzakelijk is, zal moeten worden stilgestaan bij de consequenties die zijn verbonden aan de vaststelling dat het probleem van de straftoemeting in belangrijke mate een probleem van strafvorming is.

5.1.3 *Strafvorming is een probleem van rechtsvinding*

De wijze waarop de ruimte van de rechter bij de straftoemeting wordt ingekaderd en gestructureerd, vormt de weerslag van opvattingen over legaliteit en legitimiteit van de straf en de taak van de rechter bij de straftoemeting. In een veranderende samenleving, waarin visies op juist de rol van wet, rechtspraak en rechter kunnen verschuiven, kan ook de perceptie van de uitwerking van deze regelingen veranderen. Dit houdt in dat er bij de normering van de straftoemeting een zekere spanning kan ontstaan tussen de oorspronkelijke doelstellingen van de wettelijke regeling van de straftoemeting enerzijds en de (perceptie van haar) feitelijke inbedding en toepassing in de strafrechtspraktijk anderzijds. Hierboven werd vastgesteld dat binnen de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting, de strafvorming het meest acute probleem vormt. Een voor de hand liggende benadering van dit probleem is vervolgens te rade te gaan bij de theorievorming omtrent de wijze waarop de rechter zich verhoudt tot de wet, hoe de rechter de normen en argumenten vindt binnen de door de wet gegeven vrijheid en de daarin opgenomen vage of ruim gestelde bepalingen. Het vraagstuk van de strafvorming kan zo worden beschouwd als een vraagstuk van rechtsvinding. De meerwaarde die een dergelijke benadering biedt, is gelegen in het vullen van de leemte aangaande de 'theoretische bezinning op de straftoemeting'.⁵³⁴ Waar we ons moeten bekommeren om de criteria en de factoren voor de strafbeslissing, dient deze bekommernis niet slechts betrekking te hebben op het feitelijk achterhalen daarvan.

531 Hoekema 1981.

532 Hoekema 1981, p. 105.

533 Zie bijvoorbeeld: Hulsman 1968, p. 209 e.v.

534 A. Mulder 1981, p. 187.

De hierboven beschreven wettelijke regeling van de straftoemeting, haar achtergronden en haar problemen lijken een welkom gehoor te vinden in de algemene problematiek omtrent de achtergronden en de ontwikkeling van de rechtsvinding door de rechter. Die problematiek begeeft zich in de kern tussen de drie typen van rechter en rechtsvinding, zoals die bij Wiarda zijn omschreven: de rechter als spreekbuis der wet, de rechter als wetsvertolker en de rechter als 'goede man(/vrouw, GKS)', oordelend naar billijkheid.⁵³⁵ Genoemde door Montesquieu onderscheiden typen van rechtspraak en rechter houden allen verband met opvattingen over de taak van de wetgever, de functie van de wet en de taak en de functie van de rechtspraak en de rechter. We zien deze verschuiving in opvatting inderdaad terug in de gedaanteverwisseling die het stelsel van strafposities in het Nederlandse strafrecht heeft ondergaan. Van een (Frans) stelsel van gefixeerde straffen, waarin de rechter niets anders kon doen dan de wet toepassen, verliep die ontwikkeling via een stelsel van minimumstraffen in combinatie met verzachtende omstandigheden naar het huidige, waarin de rechter binnen de ruime marges van de wet vooral op zichzelf lijkt aangewezen voor de strafbeslissing. Het beeld van de rechter als een in vrijheid en naar billijkheid oordelende 'goede man' is dan wel erg treffend, maar dient tegelijkertijd als waarschuwing.

5.2 RECHTSVINDING EN RECHTSVORMING

De term *rechtsvinding* wordt in de wetenschappelijke literatuur vaak gebruikt in combinatie met of naast het begrip *rechtsvorming*. In het onderstaande wordt een onderscheid aangehouden tussen de twee, daarbij terugvallend op de door Witteveen naar voren gebrachte idee dat beide in elkaars verlengde liggen. Het onderscheid is mede gebaseerd op een verschil in object waarop het handelen, de rechtsvinding, of de gevolgen, de rechtsvorming, betrekking hebben. De rechtsvinding, zo typeert Witteveen, is gericht op het werk van de rechter bij de totstandkoming van zijn oordeel en heeft als zodanig vooral een reflexief karakter, gericht op de methode van werken. Deze is, met de afzwering van het beeld van de rechter als zuivere wetstoepasser, meer dan alleen de deductieve methode, en bestaat uit een uitgebreid 'repertoire aan redeneerwijzen, argumentatiestijlen en interpretatiemethoden'. Dit 'methodenbewustzijn', zoals Witteveen het omschrijft, komt tot uiting in de aandacht voor de manier van werken van de individuele rechter en het 'amalgam van rechtsgeleerdheid, praktijkkennis, logisch redeneren en psychologisch inzicht' dat tot het instrumentarium van de rechter moet worden gerekend.⁵³⁶ De rechtsvorming vormt een daaropvolgende dimensie van het werk van de rechter en heeft plaats op het moment van uitspraak. Dit is het moment waarop het oordeel een bijdrage levert aan de rechtsontwik-

535 Wiarda 1999, p. 13-16.

536 Witteveen 2001, p. 271.

keling.⁵³⁷ Als gevolg van dit onderscheid geldt dat de problematiek rondom beide aspecten van de rechterlijke taak niet geheel identiek is, maar wel nauw met elkaar verbonden. Rechtsvinding kan, in het bijzonder waar de rechter weinig of geen houvast ontleent aan de wet, leiden tot vraagstukken van rechtsvorming, omdat daarmee de vraag aan de orde is waar de grenzen van de rechtsscheppende taak van de rechter liggen. Immers: gegeven de rechtsvormende taak is het maar zeer de vraag of de rechter de aangewezen persoon is, laat staan in staat is om, in het bijzonder in gevallen van rechtspolitieke aard, de juiste argumenten te vinden die ten grondslag kunnen liggen aan het recht en te komen tot een ook op rechtspolitiek niveau aanvaardbare oplossing voor dat probleem, waarbij tevens geldt dat deze oplossing wordt gepresenteerd in het kader van de beslechting van een concreet geschil. Naast dit bezwaar geldt dan ook, en niet in mindere mate, de vraag in hoeverre de rechter op de stoel van de wetgever mag gaan zitten. In de combinatie van beiden opent zich het gehele spectrum van perspectieven op het werk van de rechter: het interne perspectief, de totstandkoming van het rechterlijk oordeel, de uitoefening van de rechterlijke professie en de daarmee verbonden kwaliteitseisen en het externe perspectief, de taak van de rechter binnen de constitutionele en maatschappelijke verhoudingen. Eenzelfde onderscheid zal in het hiernavolgende worden gehanteerd, waarbij zal blijken dat de strafvorming ook vanuit het gegeven onderscheid tussen rechtsvinding en rechtsvorming vooral een probleem van rechtsvinding is.

5.2.1 *Iets meer over rechtsvinding*

De scheiding der machten vormt een van de constitutieve elementen van de democratische rechtsstaat. Wetgeving, bestuur en rechtspraak zijn de in beginsel gescheiden functies van de staat. Nu is natuurlijk reeds geruime tijd aanvaard dat van een strikte scheiding van machten geen sprake is en kunnen de bestaande verhoudingen tussen de machten van de staat beter in termen van onderlinge afhankelijkheid en evenwicht worden beschreven.⁵³⁸ Dat het primaat voor de rechtsvorming is gelegen bij de wetgever staat evenwel buiten kijf. Vraagstukken van rechtsvinding worden indringender naarmate de wet de rechter meer ruimte biedt. Hoe abstracter en algemener wettelijke normen zijn geformuleerd, hoe relatiever de betekenis van de wet voor de rechtsvinding en hoe groter de verantwoordelijkheid én invloed van de rechter bij de rechtsvorming. Maar ook wanneer de wet op zichzelf duidelijk lijkt, kunnen zich omstandigheden voordoen waaraan de wetgever niet heeft gedacht en kan uit dien hoofde een interpretatie- en/of waarderingsprobleem, en dus

⁵³⁷ Witteveen 2001, p. 273. Eenzelfde visie, met enige nuanceringen, op de betekenis van rechtsvorming klinkt door in de bijdragen aan dit rijke debat van De Lange 1991, Rijpkema 2001 en de werken van Scholten en Vranken.

⁵³⁸ Witteveen 1991.

een probleem van rechtsvinding, ontstaan. Dit heeft betrekking op wat Hart de 'open texture' van de wet heeft genoemd. De wet verwijst vanwege haar algemene gelding noodzakelijkerwijs naar categorieën van personen en categorieën van feiten, omstandigheden en/of handelingen en op het moment dat de toepassing van een dergelijke regel aan de orde is, zal zij onbepaald of vaag (*indeterminate*) kunnen blijken te zijn.⁵³⁹ De rechtsvinding die plaatsvindt binnen het strafrecht wordt daarenboven nog eens extra gekleurd door de uitdrukkelijke en uitsluitende vestiging van het primaat van de wet, waaraan zowel een ordenende als een rechtsbeschermende functie valt toe te kennen.⁵⁴⁰ Toch is niet elk vraagstuk van rechtsvinding in het strafrecht problematisch. De bestuurder van een tram is geen bestuurder van een motorrijtuig in de zin van de WVV 1994, aldus valt eenvoudig op te maken uit art. 1 sub c WVV 1994.⁵⁴¹ En waar de interpretatie van 'eenig goed' in de zin van artikel 310 Sr in 1920 nog problemen opriep bij de vraag of het aftappen van elektriciteit daaronder moest worden verstaan,⁵⁴² bestaat er weinig discussie over de vraag of een fles jenever daaronder moet worden verstaan. Dat houdt mede verband met de contextuele bepaaldheid van de interpretatie van dergelijke begrippen. Zowel in het dagelijks als in het juridisch taalgebruik zal een fles jenever als een dergelijk goed hebben te gelden.⁵⁴³ Evident gevoeliger ligt evenwel de vraag of de woorden 'over de grenzen van het Rijk brengen' uit artikel 278 Sr op een dusdanige manier kunnen worden uitgelegd dat de richting waarin de grens wordt overschreden niet van belang is. De Hoge Raad oordeelde bevestigend op deze vraag en bracht derhalve de bewuste gedraging, welke bestond uit het voeren van een kind in de richting van Nederland, onder het bereik van art. 278 Sr. Is dit nu een uit oogpunt van legaliteit te wantrouwen uitbreiding van strafbaarheid of moet men het artikel lezen alsof de bewuste gedraging *altijd* al daaronder viel?⁵⁴⁴ Veel vraagstukken van rechtsvinding gaan daarom over de zogenaamde 'moeilijke gevallen', die gevallen waarin de betekenis van de regel of de toepasbaarheid van de norm ter discussie staat.⁵⁴⁵ Achter deze beknopte beschrijving van moeilijke gevallen gaan overigens diverse opvattingen over de betekenis daarvan schuil.

539 Hart 1997, p. 124-128.

540 Zie daarover hieronder: § 4.2.1 en 4.4.2.

541 HR 7 februari 2006, *LJN* AU8903.

542 HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564.

543 Rozemond 1998, p. 28. Deze benadering is eveneens zichtbaar in de jurisprudentie rondom art. 82 Sr, de gevallen die als zwaar lichamelijk letsel moeten worden aangemerkt. Buiten de in dat artikel genoemde gevallen kan lichamelijk letsel als zwaar worden beschouwd indien dat voldoende belangrijk is om naar gewoon spraakgebruik als zodanig te worden aangeduid. Zie: HR 14 februari 2006, *NbSr* 2006, 68.

544 HR 20 november 2001, *NJ* 2003, 632. Hiermee komt de traditionele visie van Scholten tevens op de voorgrond: 'Het recht is er, doch het moet gevonden worden'. Een strikte scheiding tussen rechtsvinding en rechtsvorming wordt op basis van deze redenering niet aangenomen. Asser-Scholten 1974, p. 12.

545 In spiegelbeeld: Smith 1998, p. 84. Een voorbeeld is de dissertatie van Rozemond, waarin moeilijke gevallen centraal staan: Rozemond 1998, hoofdstuk 3.

Het begrip kan zowel positief als negatief worden gedefinieerd en verdient op deze plaats een nadere duiding, in het bijzonder ten opzichte van de ‘gemakkelijke gevallen’.

5.2.2 (Niet zo) gemakkelijke gevallen

Een negatieve beschrijving van ‘moeilijke gevallen’ gaat uit van wat daaronder in ieder geval niet valt te brengen: de ‘gemakkelijke gevallen’. Hart omschrijft deze als de gevallen waarin de betekenis van de regel ogenschijnlijk geen interpretatie (inspanning) vergt. Het betreft de bekende, veel voorkomende gevallen waarin binnen de rechtspraak overeenstemming bestaat over de wijze waarop interpretatie en afdoening dienen te geschieden.⁵⁴⁶ Wiarda spreekt in dit kader van duidelijke wettelijke regels waarvan de toepassing geen problemen oplevert.⁵⁴⁷ Smith stelt dat van een gemakkelijk geval sprake is wanneer evident is dat een bepaald geval onder het toepassingsbereik van een bestaande regel valt.⁵⁴⁸ Het hierboven aangehaalde voorbeeld van de trambestuurder die niet veroordeeld had mogen worden wegens overtreding van de WVV 1994 omdat een tram geen motorrijtuig is in de zin van die wet, kan worden beschouwd als een dergelijk gemakkelijk geval.⁵⁴⁹ Artikel 1 sub c WVV 1994 bepaalt immers dat een motorrijtuig een voertuig is dat zich *anders dan langs spoorstaven* voortbeweegt. In dit geval biedt de wet een duidelijke regel die eenvoudig toepasbaar is. De rechter behoeft dan weinig meer te doen dan een eenvoudig syllogisme op te zetten om tot zijn beslissing te komen. In dergelijke gevallen, die naar het oordeel van sommigen het overgrote deel van de rechtspraak beslaan, is volgens Wiarda dan ook nog steeds het beeld van de rechter als spreekbuis van de wet (de heteronome rechter) van toepassing moet zijn.⁵⁵⁰ Het ideaalbeeld van de rechtspraak wordt hierdoor beheerst, hetgeen de verklaring kan vormen voor het feit dat de rechtsvinding in de zogenaamde ‘gemakkelijke gevallen’ in de rechtstheorie nauwelijks aan de orde is geweest.⁵⁵¹ Toch is het beeld van rechtsvinding in gemakkelijke gevallen hiermee nog niet compleet.

Het moeilijke aan gemakkelijke gevallen blijft de vraag wanneer sprake is van een duidelijke wet, d.w.z. van een voor de rechter duidelijke wet en wanneer niet. In het algemeen wordt aanvaard dat de moeilijkheid op zichzelf niet in de toepasselijke regel is gelegen, maar in de toepassing daarvan op het concrete geval. Het onderscheid tussen moeilijke en gemakkelijke gevallen zou

⁵⁴⁶ Aldus, enigszins vrij vertaald: Hart 1997, p. 126.

⁵⁴⁷ Wiarda 1999, p. 19.

⁵⁴⁸ Smith 1998, p. 136.

⁵⁴⁹ Een gegeven dat overigens aan het oog van de procesdeelnemers was ontsnapt, gezien de veroordeling door het Hof en de ambtshalve vernietiging van het arrest door de Hoge Raad. Zie: HR 7 februari 2006, *LJN* AU8903.

⁵⁵⁰ Wiarda 1999, p. 19-20.

⁵⁵¹ Smith 1998, p. 73 & 79.

dan zijn gelegen in de aanvaardbaarheid van de toepassing van een bestaande regel op een concreet geval, de aanvaardbaarheid van de beslissing.⁵⁵² Ook is nog kwetsieus de omstandigheid dat de noodzakelijke algemeenheid van de wet weliswaar niet in alle gevallen leidt tot problemen van rechtsvinding, maar wel aanleiding geeft tot een nuancering van het ideaalbeeld daarvan. Het beeld zou vooral incompleet zijn. Een nadere problematisering op dit punt is te vinden bij Claes die, zich baserend op Fuller, vraagtekens plaatst bij de wijze waarop binnen de traditionele visie op rechtsvinding in gemakkelijke gevallen wordt aangekeken tegen de oordeelsvorming van de rechter. In gevallen waarin de wet abstract geformuleerd is en beoordeeld moet worden of een bepaalde gedraging onder de betreffende delictsomschrijving valt te brengen, wordt in vele gevallen door de rechter voetstoots aangenomen dat dit wel of niet het geval is. Die evidentie is niet altijd vanzelfsprekend. In gemakkelijke gevallen levert de juridische kwalificatie van de feiten misschien geen probleem op, maar het begrijpen van deze handeling vergt een extra stap. Fuller heeft in dat kader betoogt dat de rechter handelt vanuit een zekere intuïtie, een impliciete achtergrondkennis die het mogelijk maakt blindelings te besluiten of een gedraging wel of niet binnen het bereik van de strafwet kan worden gebracht.⁵⁵³ Dit inzicht berust op de op Wittgenstein terug te voeren idee dat het handelen van mensen moet worden begrepen niet alleen als onderdeel van een bestaande praktijk, maar ook *vanuit* die achterliggende praktijk. De betekenis van een handeling wordt vanuit dat perspectief bepaald en gevormd doordat deze een 'representatie van een gevaloverschrijdend patroon' voorstelt.⁵⁵⁴ Het identificeren en kwalificeren van handelingen (en ook feiten en omstandigheden) in het kader van de toepassing van een regel op een bijzonder geval is dan niet zozeer verbonden met de uitleg van die regel, maar met de praktijk waarbinnen het bijzondere geval zich voordoet. Zoals de betekenis van een woord is gelegen in zijn gebruik, is de betekenis van een handeling gelegen in haar praktijk en is de betekenis van een regel niet slechts de interpretatie van die regel, maar is deze tevens gelegen in haar toepassing. De praktijk, opgevat als een patroon van handelingen, fungeert in dit kader als een verbindende schakel tussen de uitdrukking van de regel en de handeling.⁵⁵⁵ Deze vaststelling heeft zowel betekenis voor het sturen van bepaalde handelingen met het oog op het volgen van de regel als voor het verklaren (begrijpelijk maken) en rechtvaardigen van de toepassing daarvan op het bijzondere geval. Handvatten, wegwijzers, voor het handelen volgens een regel worden slechts als zodanig gebruikt indien deze zijn ingebed in een praktijk, er een gewoonte bestaat zich overeenkomstig een regel te gedragen. Het volgen van een regel is dan ook een gewoonte,

552 Smith 1998, p. 135-142.

553 Fuller 1957, p. 663.

554 Claes 2003, p. 130, onder verwijzing naar Glastra van Loon.

555 Wittgenstein (1958) 2002, nrs. 197 & 198.

het onderdeel uitmaken van – en deelnemen in een praktijk.⁵⁵⁶ En in gemakkelijke gevallen fungeert die praktijk, de gewoonte, tevens als de rechtvaardiging voor de toepassing van een regel op het handelen.⁵⁵⁷

Claes verhaalt indringend van de gevolgen van deze toevoeging aan het traditionele rechtsvindingsparadigma. In de eerste plaats betekent dit een herziening van het klassieke syllogisme als standaardbeeld van de rechterlijke oordeelsvorming. De gedachte dat wetten duidelijk zijn moet hiermee worden herzien. In plaats daarvan wordt een verklaring geboden voor de observatie dat een rechter ‘blindelings’ een wet kan toepassen. Dit is niet gelegen in de duidelijkheid van de regel, maar in de betekenis van de handeling binnen een bestaande praktijk. Een belangrijke voorwaarde is evenwel dat de rechter in staat is de betreffende handeling als zodanig, als onderdeel van een praktijk, te waarderen. Dit is een vaardigheid die Claes omschrijft als ‘geploogenheid’, wat letterlijk gewoonte of gebruik betekent, maar in deze context wordt gebezigd in de betekenis van een vermogen tot het waarnemen en waarderen als onderdeel van dat gebruik.⁵⁵⁸ Dit laatste veronderstelt een waarderende betrokkenheid, immers: de toepassing van een regel is participeren in een praktijk. Ook dit aspect vormt een verschuiving ten opzichte van het traditionele rechtsvindingsparadigma.

De besproken zienswijze leidt tot een nadere definiëring van de aard van bijvoorbeeld een delictsomschrijving of rechtsregel: deze verwijst niet naar zichzelf, maar vormt de abstracte articulatie van een ‘complex en nooit helemaal bepaalbaar patroon van handelingen waarmee de onderdaan en de rechter zijn vertrouwd’.⁵⁵⁹ Maar wat betekent dit voor de toepassing van rechtsregels en in het bijzonder de toepassing daarvan op situaties die niet tot een staande praktijk behoren, die geen grond vinden in de gewoonte en ook anderszins niet evident onder het bereik van een daarop gebaseerde rechtsregel vallen? Daarmee wordt het spectrum van de zogenaamde moeilijke gevallen geopend. Het spectrum waarmee burger en rechter niet zonder meer vertrouwd (kunnen) zijn. De discussie over rechtsvinding in moeilijke gevallen is niet in het bijzonder afhankelijk te stellen van onduidelijke

556 Wittgenstein (1958) 2002, nrs. 199 & 202.

557 Wittgenstein (1958) 2002, nrs. 211 & 217.

558 Claes 2003, p. 132.

559 Claes 2003, p. 131. Met het laatste deel van de zin wordt overigens gestuit op een probleem waarmee Wittgenstein zelf reeds worstelde en dat, bijvoorbeeld uit oogpunt van voorzienbaarheid van de toepassing van regels, juist ook in het recht een probleem vormt. Daarvoor moet worden teruggegrepen op een dilemma dat Wittgenstein bespreekt in het kader van het begrijpen van woorden. De betekenis van een woord, aldus Wittgenstein, is gelegen in het gebruik ervan. Over de toepassing van een woord stelt hij vast dat deze ‘in een flits’ kan worden begrepen. Maar hoe kan het dan, zo vraagt hij zich af, dat een zich in de toekomst afspelende handeling op de één of andere manier al in het begrijpen (kennen) van het woord is opgenomen, terwijl de betekenis daarvan juist is gelegen in het (in de toekomst liggende) gebruik, de praktijk? Als ik zeg dat ik wil schaken, zo stelt hij bijvoorbeeld, betekent dit dan dat ik niet weet wat ik wil spelen voordat ik daadwerkelijk gespeeld heb? Ook hier is de verbinding tussen de intentie en de handeling gelegen in de dagelijkse praktijk van het spelen, aldus Wittgenstein. Wittgenstein (1958) 2002, nr. 197.

of onvolledige rechtsregels. De *open-texture* van de wet kan dan op zichzelf niet de oorzaak zijn van problemen van rechtsvinding. De wet kan immers veelal niet anders dan naar categorieën van personen of handelingen verwijzen. Problemen met de vaststelling van de betekenis van de wet doen zich voor, aldus Smith, door de feiten: 'Het zijn de gevallen die maken dat een op zichzelf duidelijke regel onduidelijk is en dus in de toepassing niet langer algemeen aanvaard.'⁵⁶⁰ Vanuit dit perspectief is het gehanteerde onderscheid tussen moeilijke en gemakkelijke gevallen methodologisch van weinig betekenis en worden we van de theorie en methode van oordeelsvorming pas bewust ingeval het resultaat van de oordeelsvorming niet zonder meer valt in te passen binnen de bestaande praktijk.⁵⁶¹

5.3 METHODE EN OBJECT VAN RECHTSVINDING IN DE STRAFVORMING

5.3.1 *Methodologische consequenties van de meerduidigheid van de strafbeslissing*

In hun bijdrage over de verhouding rechtsvinding en straftoemeting stellen Fokkens en Duker dat de rechterlijke beslissing over de straf niet een wezenlijk andersoortige rechterlijke beslissing is dan bijvoorbeeld het uitleggen van een (bestanddeel van een) delictsomschrijving.⁵⁶² Ik deel hun analyse voor zover zij van oordeel zijn dat deze beslissing net als alle andere een rechtsvraag behelst die op zichzelf geen aanleiding geeft tot terughoudendheid *omdat* die wordt genomen binnen de marges van een ruime rechterlijke vrijheid. Het rechtskarakter van de beslissing over de straf vervalt niet omdat de Hoge Raad zich er niet of nauwelijks mee bemoeit. Het gebied van het recht wordt dan ook niet verlaten.⁵⁶³ Het ontbreken van controle door de hoogste rechter op de inhoud van de strafbeslissing veronderstelt wel een andere wijze van verantwoording, een andere benadering die bijdraagt aan de realisering van het rechtskarakter van de beslissing over de straf. Een verdieping in de rechtsvinding is om die reden aangewezen.

Eerder kwam al aan de orde de bekende beschrijving van de strafbeslissing als de vreemde eend in de bijt van het strafvorderlijk beslissingsmodel.⁵⁶⁴ Waar de vragen van art. 348 en 350 Sv vooral ja / nee-vragen zijn, betreft de vraag naar de oplegging van de straf of maatregel niet alleen die naar de vraag of tot oplegging daarvan moet worden besloten (welke immers met een enkel ja of nee kan worden beantwoord), maar ook, indien wordt besloten tot oplegging van een straf, de vraag naar de soort, de maat en de modaliteit

⁵⁶⁰ Smith 1998, p. 127.

⁵⁶¹ Dworkin 2001, p. 352-354.

⁵⁶² Fokkens & Duker 2006, p. 2.

⁵⁶³ Ik wijs hier op de opmerking van Scholten in zijn Algemeen Deel: '... de rechter gevoelt dat hij het gebied van het recht verlaat'. Zie: Asser-Scholten 1974, p. 131.

⁵⁶⁴ Zie hierboven § 4.4.6. Corstens & Vegter 1989, p. 1635.

daarvan.⁵⁶⁵ Het betreft een ander sóort vraag, alleen al omdat het bij de beantwoording van de overige vragen van het beslissingsmodel gaat om het vaststellen wat het recht(ens) is, terwijl de beslissing over de straf ook gaat over wat er in de toekomst met de verdachte moet gebeuren.⁵⁶⁶ Dat prospectieve element geeft de beslissing over de straf een ander karakter. Daaraan kan nog worden toegevoegd dat voor de overige vragen (in zekere zin: behoudens de rechterlijke overtuiging) van art. 350 Sv een finaal oordeel van de Hoge Raad mogelijk is. Zoals uit de bespreking van de wettelijke regeling met betrekking tot de straftoemeting bleek, is dat ten aanzien van de strafbeslissing niet of nauwelijks het geval.

Waar beslissingen over het aanvaarden van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de regel tot stand komen binnen een context van reductie en (op beslissingsniveau) min of meer scherpe grenzen, kenmerkt de beslissing over de straf zich in zekere zin juist door het tegenovergestelde, hetgeen belangrijke consequenties heeft voor de wijze waarop en de voorwaarden waaronder een methode van rechtsvinding functioneert en kan bijdragen aan een consistente straftoemeting. Dit behoeft een korte toelichting.

In de toepassing van het recht op een individueel geval ligt in zekere zin altijd een reductie van de werkelijkheid besloten. Met de toepassing van het strafrecht is het, waar het gaat om de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid, te doen om het selecteren van materiaal dat van belang is voor de vraag of het feit is begaan en of feit en dader strafbaar zijn en voor zover een en ander betrekking heeft op het feit zoals dat is tenlastegelegd. In die fase vindt een dubbele selectie plaats: de selectie van wat juridiseerbaar is en vervolgens een selectie daarvan met het oog op wat relevant is voor de beantwoording van de vraag naar de strafbaarheid van feit en dader.⁵⁶⁷ Wat in die fase plaatsvindt, zo stelt 't Hart, is een reductie van het meerduidige karakter van hetgeen zich in werkelijkheid heeft afgespeeld, tot de eenduidigheid van het juridisch relevante verhaal: is er strafrechtelijke aansprakelijkheid of niet?⁵⁶⁸ Deze reductie van meerduidigheid naar eenduidigheid is niet eenvoudigweg een ontkenning van het feitelijk gebeurde of een ontkenning van de betekenis die daaraan zou moeten worden verleend. De reductie van het feitelijk gebeurde heeft ook een beschermende functie in de zin dat het recht en de begrippen waar het mee werkt, óók de (individuele) vrijheid garanderen.⁵⁶⁹ Niet de gehele mens staat centraal, maar slechts voor zover dit in het licht van de strafrechtelijke regel relevant moet worden geacht. Rechtsbescherming biedt het recht door die grenzen in acht te nemen, bijvoorbeeld door voorwaarden voor strafbaarstelling te hanteren en (zo strikt mogelijke) definities van strafwaardig gedrag te hanteren.

565 Corstens & Vegter 1989, p. 1635.

566 Corstens & Vegter 1989, p. 1635.

567 't Hart 1983c, p. 439-440.

568 't Hart 1983c, p. 445-446.

569 't Hart 1995, p. 35-37.

De context waarbinnen de beslissing over de straf wordt genomen, wijkt af van dit beeld. Juist ten aanzien van die beslissing wordt aanvaard dat 'de mens' in de zin van de persoon van de dader op dat moment van de procedure weer in beeld dient te komen en (in relatie tot overwegingen omtrent de ernst van het feit en de omstandigheden van het geval) een zelfstandige plaats toekomt in het beslissingsmodel van de strafbeslissing.⁵⁷⁰ De op eenduidigheid en reductie gerichte procedure omtrent de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid, met zijn tot interpretatie aanleiding gevende begrippenkader, verschuift waar het de strafbeslissing betreft naar een procedure waarbinnen veeleer de meerduidigheid van het feitelijk gebeurde als uitgangspunt wordt genomen – dit is de consequentie van de omstandigheid dat de ernst van het feit, de persoon van de dader en de omstandigheden waaronder het feit is begaan er in onderlinge samenhang gezien toe doen. Het proces van oordeelsvorming wordt in dat verband niet gestuurd door vraagstukken van interpretatie (van bijvoorbeeld bestanddelen van de delictomschrijving), gericht op 'ja' of 'nee'. De daarbij passende wijze van verantwoording, die plaatsvindt aan de hand van de algemeen aanvaarde interpretatiemethoden, lijkt dan ook juist waar het beslissing over de straf betreft niet het geëigende instrument. Het proces van oordeelsvorming is verbonden met een context van principiële meerduidigheid, waarin keuzes voor te hanteren strafdoelen vloeiend in elkaar over kunnen gaan en samenhangen met (percepties van) de ernst van het feit, de persoon en de persoonlijkheid van de dader en de omstandigheden waaronder het feit is begaan. Hoewel de structuur van het strafproces zich daartoe niet volledig leent, zal de rechter zich dienen te richten op het vinden van feiten, omstandigheden en (overige) argumenten en deze tegen elkaar afwegen met het oog op de vaststelling van strafsoort, -maat en -modaliteit. De trechter van reductie wordt in deze fase als het ware weer op zijn kop gezet. Het procesrechtelijk kader van de strafbeslissing vormt daarvan de bevestiging. De (hernieuwde) relevantie van de gehele feitelijke constellatie zorgt, in combinatie met de openheid in de keuze voor het aan de strafbeslissing ten grondslag te leggen strafdoel, voor een context van veelzijdigheid en meerduidigheid. Die context dient hier dan ook als uitgangspunt te moeten worden genomen. Dit neemt overigens niet weg dat ook in dit proces van oordeelsvorming een fase van reductie is aan te duiden. Het onderscheid eenduidigheid – meerduidigheid moet worden gerelativeerd: het 'geheel' van overwegingen, feiten en omstandigheden wordt gereduceerd tot een in absolute termen en getallen vastgestelde straf. De rechter dient tot een uitspraak te komen, zo schrijft art. 13 AB hem voor. Wat in de fase van afweging nog bestond uit relatieve grootheden vindt zijn

570 Vgl. de traditie waarin het proefschrift van Janse de Jonge is geschreven, waarin respect voor de persoon van de dader als een graadmeter wordt beschouwd voor een rechtvaardige en menswaardige strafrechtspleging. Zie: Janse de Jonge 1991, p. 176 en verder uitgewerkt: p. 183 e.v. Het komt er dan natuurlijk wel op aan op welke wijze tegen deze 'mens' wordt aangekeken – in deze zin zijn dan ook gehanteerde straftheorieën van belang.

weerslag in wat uiteindelijk absoluut en finaal, maar niet onfeilbaar is een ook zeker niet de enige mogelijke uitkomst behoeft te zijn. In dat verband is de beeldspraak van Montenbruck treffend, waar hij stelt dat het veelkleurige schilderij van het daad-dadercomplex wordt gereduceerd tot een zwart-wit beeld – vereenvoudigd, de grote lijnen weergevend.⁵⁷¹

5.3.2 *Strafvorming in een meerduidige en meerdimensionale context*

Het proces van afwegen (van belangen, van feiten en omstandigheden) bij strafbeslissing is in belangrijke mate onbeschreven. Het is interessant vast te stellen dat het aspect van belangenafweging pas zeer recent ook aan de orde is gesteld voor het strafrecht. In zijn daaraan gewijde bijdrage laat Rozemond zien dat deze problematiek niet zonder betekenis is voor het materiële strafrecht, terwijl ook Cleiren laat zien dat achter interpretatiekwesaties dergelijke op belangenafweging terug te voeren aspecten een rol spelen.⁵⁷² Het verdient aanbeveling ook het vraagstuk van straftoemeting in termen van belangenafweging nader te onderzoeken. De vastlegging van de straf, hoezeer ook vergelijkbaar uit oogpunt van finaliteit, is een proces dat niet met behulp van de traditionele interpretatiemethodes kan worden beschreven en geanalyseerd.

De initiële meerduidigheid van de strafbeslissing in relatie tot de op vastlegging gerichte reductie daarvan zijn van belang voor de methode van rechtsvinding die dient te worden gevolgd: de meerduidigheid veronderstelt dat recht *kan* worden gedaan aan alle aspecten die samenhangen met de ernst van het feit, de persoon van de dader en de overige omstandigheden van het geval. Die wezenlijke openheid ten aanzien van de aan de strafbeslissing ten grondslag te leggen criteria en factoren, kleurt en bepaalt de methode van rechtsvinding en dient, waar het de structurering van de totstandkoming van de beslissing betreft, als uitgangspunt en grens van een dergelijke structurering te gelden. Deze complexiteit noopt niet alleen op het niveau van de individuele beslissing, als ook op het niveau van de abstracte analyse van strafforming tot bescheidenheid: de menselijke vermogens zijn niet altijd voldoende daaraan tegemoet te komen en alleen daar kunnen al fouten uit voortkomen.⁵⁷³

Resumerend: Hoe dient de strafforming gestalte te krijgen binnen de beschreven meerduidige en meerdimensionale context, zoals die in Deel II is beschreven? In dat verband is van belang dat het wettelijk kader van de strafbeslissing ‘slechts’ begrenzend werkt en afwegingen met betrekking tot de hanteren strafdoelen, de criteria en factoren die de invulling daarvan bepalen, niet voorstructureert. De oordeelsvorming met betrekking tot de aan de strafbeslissing ten grondslag te leggen criteria en factoren is voorts in theorie

⁵⁷¹ Montenbruck 1989, p. 27.

⁵⁷² Rozemond 2006b; Cleiren 2006. Zie ook § 4.2.

⁵⁷³ Lovegrove 1997, p. 20 met meer verwijzingen naar empirische studies op dit gebied.

verbonden met een context van debat en dialectiek – dat is de consequentie van de plaats van de strafbeslissing in het beslissingsmodel van art. 348 en 350 Sv. Het wettelijk kader laat ook de structuur van oordeelsvorming onbesproken en veronderstelt zelfs ten onrechte in art. 351 Sv dat er een zekere vanzelfsprekendheid bestaat in de keuze voor de straf. De praktijk van de rechtspraak laat zien dat bepaalde referentiekaders een rol spelen en dienen te spelen bij de strafbeslissing: dat geldt in het bijzonder voor de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoon en de persoonlijkheid van de dader, waarbij de waardering van deze referentiekaders in onderlinge samenhang bezien, is gelaten aan de het oordeel van de rechter. Strafvorming in deze meerduidige en veelzijdige context veronderstelt dat recht wordt gedaan aan deze eigenschappen van het materiële en formele straftoematingsrecht. Uit diezelfde context volgt echter evenzeer een nadere noodzaak tot ordening van dat straftoematingsrecht, een ordening die binnen de grenzen van de democratische rechtsstaat en het genoemde karakter van het straftoematingsrecht dient te blijven. Met het oog op het aanbrengen van die ordening en met het oog op een analyse van strafvorming zelf, is het aangewezen enkele nadere opmerkingen te maken omtrent de aard en de structuur van de strafvorming.

5.3.3 *Strafvorming als beslissingsmodel van afweging en fixatie*

Als gezegd heeft de straftoematingsbeslissing in de kern betrekking op drie verschillende soorten vragen. In de eerste plaats zal de rechter dienen te beslissen over de strafsoort. In de keuze voor de strafsoort komt idealiter het gehanteerde strafdoel tot uitdrukking: elementen van vergelding, generale en speciale preventie vinden hun uitdrukking in de keuze voor een (combinatie van) vrijheidsstraf, een geldboete, een taakstraf of een van de bijkomende straffen. Ook de keuze voor de modaliteit van de straf is in de kern verbonden met een keuze voor een bepaald strafdoel. De strafdoelen vormen als gezegd de articulatie van de bij de strafrechtspleging betrokken belangen van de dader, de maatschappijen, meer recentelijk, het individualiseerbare slachtoffer. Waar de beslissing over de straf is verbonden met de doelstellingen van het straffen en het sanctiestelsel, moet dan ook sprake zijn van een belangenafweging die een synthese beoogt te realiseren tussen deze belangen. Een ander soort vraag betreft de vaststelling van de strafmaat. In dit (in ieder geval theoretisch te onderscheiden) aspect van de strafbeslissing voltrekt zich het merkwaardige proces van reductie van het meervoudige en meerdimensionale daad-dader complex tot een eendimensionale vaststelling van de uitkomst van die afweging, uitgedrukt in de absolute getallen van de strafmaat. De (tripartiete) strafbeslissing, betrekking hebbend op strafsoort, strafmodaliteit en strafmaat, kan dan vanuit rechtsvindingsperspectief worden omschreven als een tweeledig beslissingsmodel van belangenafweging en fixatie. In de totstandkoming van de strafbeslissing zal aan beide elementen aandacht dienen te worden besteed.

Structurering van strafvorming betreft dus een nadere invulling en ordening van de belangenafweging en het proces van fixatie dat voorafgaat – of ten grondslag ligt aan de strafbeslissing.

5.4 ENKELE NADERE SPECIFICATIES VAN DE AARD EN DE STRUCTUUR VAN DE STRAFBESLISSING

Strafvorming heeft betrekking op de methode van de rechterlijke oordeelsvorming. De hierboven gemaakte onderscheiding tussen strafvorming, strafbeslissing, strafmotivering en strafoplegging, op grond waarvan het belangrijkste probleemgebied van de straftoemeting kon worden gelokaliseerd, lijkt inmiddels niet meer voldoende om de gewenste ordening van de strafvorming aan te brengen. De (totstandkoming van de) strafbeslissing kan als een psychologisch proces worden geduid, hetgeen als zodanig een interessant studieobject zou zijn, maar dat valt buiten het bereik van deze studie.⁵⁷⁴ Vanuit een meer juridisch perspectief zijn evenwel de nodige analyses van de strafbeslissing verricht. De hierboven kort aangestipte onderscheiding en typering van het proces van strafvorming als een model van belangenafweging en fixatie vormt daartoe een eerste aanzet die in het navolgende nader zal worden uitgewerkt. Het gaat hier nadrukkelijk nog steeds om een analytische benadering van de totstandkoming van de strafbeslissing, d.w.z. dat niet wordt beoogd weer te geven, noch gesuggereerd, dat de praktijk van de totstandkoming van de strafbeslissing volledig langs deze lijnen plaatsvindt. Dat maakt het belang van een dergelijke benadering niet minder: iedere poging de strafvorming en de strafbeslissing nader onder woorden te brengen en te analyseren, en daarmee ordening aan te brengen in de problematiek van de straftoemeting, stimuleert het denken daarover (niet in de laatste plaats ook dat van de rechter).⁵⁷⁵

5.4.1 *Scheiding tussen feiten en overwegingen*

In § 4.3.6 werd reeds gewezen op het verschil in straftoemetingscriteria en straftoemetingsfactoren. Daarbij werd het onderscheid grofweg gebaseerd op de werking als norm en de werking als (feitelijke) omstandigheid die de invulling van die norm bepaalt. Een tweedeling in criteria en factoren draagt bij aan het inzicht in het normenvrije veld waarbinnen de strafbeslissing in feite fungeert, maar voldoet niet volledig in het licht van een logische analyse van de verschillende stappen die in het proces van de totstandkoming van de strafbeslissing theoretisch worden genomen. Een verwante wijze van indelen

574 Zie in dit verband o.m.: Van Duyne 1980; Fitzmaurice & Pease 1986; Pennington & Lloyd-Bostock 1987.

575 Montenbruck 1989, p. 21.

van de aard van de strafbeslissing is die tussen feiten en overwegingen, een onderscheid dat art. 359 Sv ook lijkt te hanteren.⁵⁷⁶ Een dergelijke onderscheiding is terug te vinden in het onderscheid tussen de in het Duitse straftoemittingsrecht ingang gevonden hebbende *finale, reale* en *logische Strafzumessungsgründe*.⁵⁷⁷ In deze driedeling zit in de eerste plaats verweven het onderscheid tussen feiten en overwegingen; onder de *reale Gründe* worden verstaan de feiten en onder de *logische Strafzumessungsgründe* de overwegingen, de beoordeling ervan. Terminologisch is deze onderscheiding misschien niet zo zuiver, de verwijzing 'logisch' duidt op een vanzelfsprekendheid die de praktijk van de straftoemeting juist vaak vreemd is, maar handzaam is zij wel voor zover daarmee de verschillen tussen feiten en overwegingen kunnen worden geduid. De driedeling voegt daaraan bovendien de zelfstandige betekenis van de strafdoelen toe, waar het de *finale Strafzumessungsgründe* benadrukt. Deze dienen, even los van de op het oog verwarrende woordkeus, te worden beschouwd als de representatie van de doelen die aan de oplegging van de straf zijn verbonden. Eén aspect van het beoordelingsproces (eigenlijk dus de fase van de logica, de redenering) komt in dit model specifiek naar voren en wordt los gemaakt van overige elementen die in de beoordeling een rol spelen. Dat is een sterker onderscheid dan bijvoorbeeld kan worden gemaakt op basis van het onderscheid tussen criteria en factoren, nu daarin een zekere één op één relatie tussen beiden wordt verondersteld. Het onderscheid sluit daarentegen aan bij het onderscheid tussen redenen en omstandigheden, aspecten van de strafmotivering die in § 3.3.6.4 werden beschouwd als materiële rechtelijke aanknopingspunten voor de strafbeslissing en om die reden niet alleen maar een procedurele betekenis hebben.

5.4.2 *Scheiding tussen doelbepaling, feitenvaststelling en -waardering, afweging en fixatie*

Het onderscheid tussen feiten en overwegingen volgt in grote lijnen een voor de inhoud en transparantie (in de toepassing) van het recht noodzakelijke scheiding tussen feit en norm. Hoewel op grond van de theorievorming over de wisselwerking tussen feit en norm moet worden vastgesteld dat deze scheiding analytisch misschien wel van nut kan zijn, maar in werkelijkheid en om die reden ook ten aanzien van de invulling van die norm genuanceerder moet worden opgevat, komt het specifieke problematische karakter van de strafbeslissing nog te weinig tot uitdrukking in deze omschrijving en zal moeten worden gezocht naar een nadere beschrijving van de aard en de structuur van de totstandkoming van de strafbeslissing.

⁵⁷⁶ Zie § 4.4.8 en Montenbruck 1989, p. 17.

⁵⁷⁷ Spendel 1954, p. 191 e.v.

Een invloedrijke,⁵⁷⁸ doch vrij technische omschrijving van de te onderscheiden stappen van het rechterlijk oordeel omtrent de straf, waarin die problematiek helderder voor het voetlicht komt te staan, is in dat kader gegeven door Bruns. De strafbeslissing kenmerkt zich in zijn model door vijf verschillende, elkaar in de visie van Bruns opvolgende fasen: a) de vaststelling van het (primaire) strafdoel; b) de vaststelling van de relevante feiten; c) de waardering van de relevante feiten, met het oog op: d) het tegen elkaar afwegen daarvan, opdat: e) er een omzetting (*Umwertung*) kan plaatsvinden van het geheel van de op deze manier verkregen relatieve orde naar een getalsmatig uit te drukken straf.⁵⁷⁹ In deze laatste fase wordt wat ook wel 'de sprong' wordt genoemd, gemaakt. Alles wat in de daaraan voorafgaande fasen in relatieve zin kon worden vastgesteld en afgewogen of gecategoriseerd, bijvoorbeeld als strafverhogend of strafverlichtend, moet in deze fase leiden tot een in absolute getallen tot uitdrukking komende *Endstrafenhöhe*.⁵⁸⁰ De kenmerken van het model van Spendel zijn duidelijk aanwezig. In de eerste fase is de *finale Strafzumessungsgrund* te ontdekken, in de tweede de *reale*. De *logische Strafzumessungsgründe*, waarin het gaat om de waardering van de voor de strafbeslissing relevante feiten, alsmede om de omzetting van dit geheel in een bepaalde strafmaat, zijn terug te vinden in de laatste drie fasen van het model van Bruns. Het is een model dat invulling geeft aan wat eerder als kenmerk van de strafbeslissing vanuit rechtsvindingsperspectief werd beschouwd, te weten een beslissingsproces van afweging en fixatie. Bruns omschrijft het zelf als een proces van *Abwägung* en *Umwertung*, daarbij ook uitdrukkelijk de omzetting naar een specifieke straf(maat) als een proces van beoordeling en waardering beschouwend.⁵⁸¹ Het model van Bruns vult de driedeling van Spendel aan waar het uitdrukking geeft aan de fasen van waardering op het niveau van de afzonderlijke feiten en omstandigheden, de overkoepelende afweging en fixatie. In die fasen gaat het er om, aldus bijvoorbeeld Fahl, dat er een verbinding tot stand komt tussen feit, norm en uitkomst.⁵⁸² De omzetting van het feitencomplex en de waardering ervan naar een in absolute getallen gestelde strafmaat is niet alleen het meest in het oog springende moment van het beslissingsproces, maar ook het meest arbitraire.⁵⁸³

578 Een complete verwijzing naar bronnen die dit ondersteunen, wordt hier niet gegeven. Een overzicht daarvan wordt geboden in: Fahl 1996, p. 104 (noot 27).

579 Bruns 1985, p. 6. Opgemerkt dient te worden, dat het Duitse materiële straftoemettingsrecht bepalender is voor de strafbeslissing dan het Nederlandse. De structuur van dat recht tekent ook enigszins het model van Bruns. Omdat het naar mijn oordeel overduidelijk grensoverschrijdende kenmerken bezit, meen ik te kunnen volstaan met de weergave van het model van Bruns, zonder een nadere toelichting op de inbedding daarvan in het Duitse strafrecht. De doelstelling van deze paragraaf, zicht te krijgen op de analytisch te onderscheiden aspecten van de totstandkoming van de strafbeslissing, wordt daarmee bovendien geen geweld aangedaan.

580 Montenbruck 1989, p. 21.

581 Zie o.m. de indeling van: Bruns 1985. Zie ook: Montenbruck 1989 en Fahl 1996, p. 107.

582 Fahl 1996, p. 107.

583 Bruns 1985, p. 259.

Over de zelfstandige waarde van de systematisering van de rechterlijke oordeelsvorming aan de hand van genoemde strafbeslissingsmodellen kan men van mening verschillen. Aangenomen moet worden dat een nadere uitsplitsing van de rechterlijke oordeelsvorming met betrekking tot de strafbeslissing ten dienste staat van de opbouw en ordening van een straftoemetingrecht en dat daarmee de rechterlijke strafbeslissing rationeler en transparanter, en daarmee ook controleerbaarder kan worden. Het is in ieder geval in dat opzicht dat de ontwikkeling in het denken over de structurering van de (totstandkoming van de) strafbeslissing in de Duitse rechtswetenschap van grote verdienste is.⁵⁸⁴ Ten grondslag aan de ontwikkeling van dergelijke strafbeslissingsmodellen, ligt dan de ook de overtuiging dat deze beslissing te vatten is in modellen. Die gedachte is niet vanzelfsprekend.⁵⁸⁵ Desalniettemin vraagt de richting waarin dit onderzoek is opgegaan om een nadere specificatie van de aard en de structuur van de strafbeslissing. Dat er sprake zou zijn van een groot verschil tussen theorie en praktijk van de totstandkoming van de strafbeslissing acht ik op deze plaats geen bezwaar. Van belang is wel dat een dergelijke modellering niet alleen bijdraagt aan het inzicht in de totstandkoming van de strafbeslissing, maar ook een daadwerkelijk oplossing biedt voor zowel in de praktijk als theorie gesignaleerde problemen met betrekking tot de normering van- en consistentie in de straftoemeting.⁵⁸⁶ Ook op die manier kan worden voldaan aan de noodzaak tot verantwoording van de strafbeslissing.

5.4.3 *Strafvoorming als typengebonden methode van oordeelsvorming*

Nu de wettelijke regeling van de straftoemeting geen expliciete indicatie geeft van de structuur van de strafbeslissing, maar deze slechts impliciet uit het stelsel van het materiële recht kan worden opgemaakt, is het noodzakelijk gebleken het strafvormingsbegrip in abstracte zin te beschrijven. De Duitse dogmatiek bood in dat kader een interessant referentiekader. De strafvoorming kan vanuit het handelingsperspectief van de rechter worden omschreven als een handeling van afweging en fixatie. Een verbreding van dit model vond plaats doordat ook het proces van feitenvaststelling alsmede de waardering daarvan aan het model kon worden toegevoegd. De eerder genoemde afweging heeft aldus niet alleen betrekking op de afweging van de bij de straftoemeting betrokken belangen (waarmee een directe relatie werd gelegd met de te hanteren strafdoelen), maar heeft ook betrekking op de keuze voor de strafbepalende factoren: deze dienen te worden benoemd, geclassificeerd als strafverzwarend of strafverlichtend en vervolgens als een geheel te worden

584 Hetgeen niet wegneemt dat de theorievorming wel erg ver kan gaan en het verwijt op zich laat te ver van de praktijk af te komen te staan.

585 Zie in dit verband bijvoorbeeld nader: § 6.6.1.

586 Fahl 1996, p. 110.

afgewogen. De verdieping kan worden bereikt door het proces van afweging en fixatie nader te beschrijven. Hoe verloopt bijvoorbeeld het proces van vaststelling en weging van de strafbepalende (verhogende of verlagende) factoren, waarop dient de rechter zich in dat proces en het proces van afweging en fixatie te oriënteren om houvast voor die beslissingen te nemen? In dat kader is niet op voorhand duidelijk hoe de eisen van consistentie en vergelijkbaarheid van de opgelegde straffen daarin een plaats krijgen. Dat vormt een punt van kritiek welke aansluiting vindt bij de aanleiding van dit onderzoek, zij het dat daarbij moet worden aangetekend dat consistentie in de straftoemeting niet slechts een vraagstuk is van gelijkheid of vergelijkbaarheid, maar ook kan worden afgelezen aan de toe te passen methode. Juist de aanwezigheid van een kenbare methode ten behoeve van de totstandkoming van de strafbeslissing vergroot de rationaliteit van dat oordeel en draagt op die wijze bij aan een consistente straftoemeting.

Gesteld werd dat de oriëntatiepunten kunnen worden beschouwd als de uitingsvorm van een bepaalde methode van strafvorming, waarvan wordt aangenomen dat deze bijdraagt aan het vergroten van de consistentie in de straftoemeting. Het is deze hypothese die vanuit het handelingsperspectief op de straftoemeting en de visie op de straftoemeting als beslissingsmodel van afweging en fixatie nader zal worden onderzocht en geconfronteerd met de eisen die voortvloeien uit het stelsel en de handeling van de straftoemeting.

Het is in dat verband dat nogmaals kan worden gerefereerd aan de omstandigheid dat rechters aan hebben gegeven gebruik te maken van oriëntatiepunten straftoemeting en dat deze lijken aan te sluiten bij de werkwijze van rechters.⁵⁸⁷ Ook ten aanzien van de Databank Consistente Straftoemeting werd vastgesteld dat de daarin voorziene werkwijze aansluit bij die van de rechter.⁵⁸⁸ Als methodologische richtingwijzer wijst het LOVS in de inleiding op de op *rechtspraak.nl* te vinden lijst van landelijke oriëntatiepunten er op dat: 'Besloten is om in de loop van de tijd voor een aantal vaak voorkomende delicten een strafmaat (oriëntatiepunt) aan te geven waarop de rechter zich kan oriënteren bij de oplegging van de straf.'⁵⁸⁹ Die oriëntatie krijgt zowel aan de hand van de oriëntatiepunten als aan de hand van de Databank gestalte door de oriëntatie op ofwel zekere grondvormen van strafbare feiten of op vergelijkbare gevallen. Deze veronderstelde methode sluit aan bij het gegeven uit de literatuur dat de rechter zich bij de strafvorming daarop ook daadwerkelijk oriënteert, met name waar het de vastlegging van de straf betreft.⁵⁹⁰ Dit wijst er op, zo stelde eerder ook Bruns al vast, dat de methode

587 Schoep & Schuyt 2005, § 5.3.

588 Schoep & Schuyt 2005, § 5.2.

589 *Oriëntatiepunten straftoemeting en LOVS-afspraken*, te vinden op: *www.rechtspraak.nl* onder 'landelijke regelingen'.

590 Zie onder meer: Bruns 1967, p. 48; Bruns 1985, p. 56-58; Raad van Europa 1992, Explanatory Memorandum, III. B.3.

zich op dergelijke grondvormen te oriënteren uit oogpunt van consistentie in de straftoemeting vruchtbaar kan blijken te zijn. Deze grondvormen worden binnen dit discours Typen genoemd. Aangenomen kan worden dat deze grondvormen in ieder geval een rol spelen bij de fixatie tot een bepaalde straf. Niet voor niets is één van de meest voor de hand liggende vragen die rechters zich (kunnen) stellen de vraag naar wat andere rechters in vergelijkbare gevallen hebben gedaan en waarom.⁵⁹¹ Alleen om deze reden al is het van belang te blijven investeren in een Databank Straftoemeting: daarmee wordt voorzien in wat rechters als een informatiebehoefte zouden moeten beschouwen. Toch lijkt de werking van deze 'typegebundene' methode breder. De methode van rechtsvinding die hieraan wordt verbonden, zou er op gericht zijn 'von Fall zu Fall die Gründe und die Kriterien der (Strafzumessung) weiter zu differenzieren und zu verfeinern'.⁵⁹² Ook uit oogpunt van materieel straftoemingsrecht wordt deze benadering dan interessant.

In het volgende hoofdstuk wordt nader stil gestaan bij de betekenis van deze methode, ook in het licht van de rechterlijke oriëntatiepunten. Daarbij wordt vooralsnog voorbijgegaan aan de inhoudelijke discussie over de materiële kant van modellen ten behoeve van de strafvorming zoals bijvoorbeeld uitgewerkt door Hulsman. Van belang is op deze plaats te concluderen dat zowel de wettelijke regeling van de straftoemeting als de hierboven weergegeven visie op de rechtsvinding in het kader van de strafvorming wel noodzaakt tot de ook door Hulsman voorgestane materiële uitwerking van een referentiekader voor de straftoemeting.⁵⁹³ Ook de voorstellen tot het opstellen van een handboek, nopen tot een materiële benadering van het referentiestelsel voor de strafvorming. Vanuit het handelingsperspectief en de invulling van strafvorming komt een meer methodisch perspectief naar voren, in aanvulling waarop een nadere verdieping in het materiële straftoemingsrecht noodzakelijk zou kunnen blijken te zijn. Dat laatste vormt evenwel niet het onderwerp van onderzoek in deze studie.

591 Miller 2005, p. 1364. In dit verband is interessant om met de auteur vast te stellen dat deze vraag met name van belang is binnen systemen zonder richtlijnen voor de straftoemeting die in verregaande mate de vrijheid van de rechter wegnemen.

592 Bruns 1985, p. 58.

593 Zie in dat verband Hulsman 1969, hoofdstuk VI. Daarin stelt de auteur een bepaald referentiekader voor de straftoemeting *in concreto* voor waarin vanzelfsprekend zeer specifieke en tot nadenken stemmende voorkeuren voor de inrichting en uitwerking van het strafrechtelijk sanctiestelsel naar voren komen. Over het handboek: Enschedé 1975.

6.1 INLEIDING

De structuur van strafvorming was in het voorgaande hoofdstuk aanleiding om, in het licht van de rechterlijke oriëntatiepunten, de daaraan gekoppelde methode van oordeelsvorming nader onder de loep te nemen. Binnen die structuur van strafvorming zijn aanwijzingen dat de empirisch vastgestelde methode van oordeelsvorming aan de hand van de rechterlijke oriëntatiepunten past binnen een zogenaamde typologische benadering, zoals deze binnen de rechtsvinding wordt onderscheiden. Binnen de grenzen van de wet lijken deze typen invulling te geven aan alternatieve referentiekaders voor de strafvorming, hetzij aan de hand van in zekere zin voorgeschreven grondvormen van strafbare feiten zoals deze staan beschreven in de oriëntatiepunten straftoemeting, hetzij aan de hand van meer empirisch materiaal dat voorkomt uit informatiesystemen als de Databank Consistente Straftoemeting. In het navolgende zal de typologische methode van oordeelsvorming in het licht van de strafvorming nader worden geanalyseerd. Bekeken kan worden of en in hoeverre deze binnen de context zoals die in voorgaande hoofdstukken is beschreven, kunnen bijdragen aan de verantwoording van het rechterlijk oordeel.

Wat maakt een rechterlijk oordeel legitiem, d.w.z. wat maakt dat een uitspraak van de rechter wordt aanvaard, wordt beschouwd als gezaghebbend? Die vraag kan inmiddels met gebruikmaking van het voorgaande op onderdelen worden beantwoord. De legitimiteit van het rechterlijk oordeel blijkt immers noodzakelijkerwijs en onlosmakelijk verbonden met de positie van de rechtsprekende macht binnen de staat, de inrichting en het verloop van de procedure die aan de beslissing voorafgaat en de professionaliteit van de rechter. Daarmee is voor een groot deel de buitenkant van het rechterlijk oordeel beschreven, een buitenkant die, gezien vanuit het eerder genoemde perspectief van de 'Legitimitätsglaube' en het 'umstrukturieren des Erwartens', van groot belang is omdat deze het rechterlijk oordeel letterlijk van een fundament voorziet. Desalniettemin is een nadere analyse van de aard van het (rechterlijk) oordelen zelf benodigd om uiteindelijk een voldoende antwoord op deze vraag te kunnen geven. Hoe zij tot stand is gekomen en op welke gronden zij berust is met de beschrijving van die buitenkant nog niet gegeven. Het is dit aspect van legitimiteit dat thans aan de orde komt, ook en vooral omdat daarmee een verband kan worden gelegd tussen de structuur van de (totstandkoming van de) strafbeslissing, rechtsvindingsmethodologie en de verantwoording van de strafbeslissing in het licht van de eisen van consistentie en transparantie.

De aard van het rechtspreken dient te worden onderscheiden van de betekenis die aan haar wordt verleend als functie binnen de staat. Haar functie is te beslissen, haar aard is te handelen. Scholten stelde het als volgt: 'Die beslissing is een handeling (...). Het is een *daad*, die van de rechter wordt verwacht. (...) *Recht doen* is de taak van de rechter.'⁵⁹⁴ De rechter heeft ook geen keus. Eenmaal tot oordelen geroepen moet er beslist worden.⁵⁹⁵ De plicht tot beslissing betekent dat er in formele zin een geschil wordt beslecht. Dit is wat Hart de *finality* van het rechterlijk oordeel noemt.⁵⁹⁶ Of met de beantwoording van de rechtsvraag ook het daadwerkelijke onderliggende geschil wordt beslecht, blijft in veel gevallen de vraag. Daarbij komt dat er nauwelijks (rechts)oordelen bestaan waarvan onomstotelijk vaststaat dat deze de enige juiste zijn. Betrokken op de strafbeslissing is het bijvoorbeeld zo dat binnen de ruime grenzen van de wet meerdere beslissingen mogelijk zijn. Het rechtsoordeel, de strafbeslissing, is dan ook in die zin niet onfeilbaar (*infallible*) en daarmee kwetsbaar, voor kritiek vatbaar. De rechter moet dus handelen (kiezen, afwegen, beoordelen) en de vraag is waaruit dit handelen bestaat. Hoe komt de rechter tot zijn oordeel en wat betekent dat voor de legitimiteit daarvan? We komen daarmee bij de methode die de rechter hanteert om tot zijn oordeel te komen en beschouwen onder meer de vraag in hoeverre die methode zelf kan bijdragen aan de legitimiteit van het rechterlijk oordeel.

6.2 STRAFVORMING, MATERIEEL STRAFRECHT EN INTERPRETATIEMETHODEN

De wijze waarop binnen de hier voorgestane benadering van de strafvorming, waarin de kern van het probleem wordt onderzocht vanuit de rechterlijke oordeelsvorming, roept de vraag op naar haar verhouding tot de discussie over de rechtsvinding door de rechter in het materiële strafrecht. Deze discussie wordt in belangrijke mate gevoerd tegen de achtergrond van de vrijheid tot *interpretatie* door de rechter van normen van materieel recht. Die discussie is vooral van belang vanwege de consequenties die zij heeft voor de vestiging van strafbaarheid van bepaalde gedragingen. Het primaat van de wetgever op dit terrein is onomstreden, maar kan onder bepaalde omstandigheden worden aangevuld door de rechter, bleek in § 4.2.1. De basis voor de verantwoording daarvoor is gelegen in de door de rechter gehanteerde interpretatiemethoden.⁵⁹⁷ Om deze reden is het gerechtvaardigd te stellen

⁵⁹⁴ Asser-Scholten 1974, p. 130. Cursiveringen zijn overgenomen uit de oorspronkelijke tekst.

⁵⁹⁵ Art. 13 AB. Niettegenstaande de in het burgerlijk recht regelmatig voorkomende verzoeken aan de procespartijen 'op de gang' nog een laatste poging te doen tot consensus te komen, waarbij de plicht tot beslissen als een zwaard van Damokles boven de hoofden van partijen wordt gepresenteerd.

⁵⁹⁶ Hart 1997, p. 141.

⁵⁹⁷ Voor een beschouwing over ontwikkelingen in de rechtsvinding in het materiële strafrecht zij onder meer verwezen naar: Rozemond 1999 en Van Klink 2001.

dat ook de methode van oordeelsvorming kan bijdragen aan de legitimiteit van het rechterlijk oordeel.

De vraag is of de discussie zoals die wordt gevoerd omtrent de interpretatiemethoden en de daarachter schuilgaande vraagstukken van strafrechtelijke belangenafweging uiteindelijk relevant is voor het onderhavige onderzoek. Van belang is dat uit dit onderzoek bleek dat een belangrijk aspect van de verantwoording van de beslissing over de straf kan worden gerealiseerd door de structurering van de strafvorming, en dus op iets anders betrekking heeft dan op de vestiging van de strafbaarheid van een gedraging, de uitleg van een wettelijk begrip of de vraag of in een concreet geval sprake is van een strafuitsluitingsgrond. Die vragen zijn immers, ingevolge het rechterlijk beslissingsmodel, reeds beantwoord. Het gaat bij de strafvorming, juist vanwege het grotendeels ontbreken van wettelijke materiële normen voor de strafvorming, dan ook niet in eerste instantie om de interpretatie van wettelijke begrippen, maar om het bepalen van het rechtsgevolg van de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De wet en het recht verwijzen in feite naar referentiekaders voor strafvorming, zo moet de conclusie luiden. Slechts op enkele plaatsen in het Wetboek van Strafrecht zijn begrippen aanwijsbaar die in algemene zin als materiële normen voor de strafvorming kunnen worden beschouwd. De belangrijkste daarvan zijn de referentiekaders van art. 9a Sr voor de strafbaarverklaring zonder strafoplegging en het draagkrachtbeginsel van art. 24 Sr. Daarentegen is het standpunt gerechtvaardigd dat, hoewel het object van oordeelsvorming verschilt en ook de handeling als zodanig een ander vertrekpunt heeft, achter beide ‘momenten van rechtsvinding’ aspecten van belangenafweging naar voren komen en om die reden met elkaar verbonden zijn. Dat aspect van belangenafweging is vooral door Rozemond aan de orde gesteld, aan de hand van opvattingen over rechterlijk activisme en rechterlijke terughoudendheid.⁵⁹⁸ Daarachter gaan opvattingen schuil over de mate van responsiviteit van de strafrechter, de aard en de gerichtheid van rechtsbescherming in de context van het materiële strafrecht – vraagstukken die in de context waarbinnen de strafbeslissing wordt gerealiseerd (bijvoorbeeld uit oogpunt van de strafdoelen) niet kan worden genegeerd. Die vraagstukken, die nopen tot een inhoudelijke analyse met betrekking tot de juiste of passende straf, is in dit onderzoek evenwel niet aan de orde.

6.2.1 *De basismethode: deductie, subsumptie en syllogisme*

De methode waarvan de rechter zich bedient kan een legitimerende factor zijn van de rechterlijke beslissing. Ook in het straf(proces)recht vinden we dit terug, bijvoorbeeld in het rechterlijk beslissingsmodel van art. 348/350 Sv. Dit laat zich lezen als een bij uitstek methodologisch beginsel van de rechtspraak: strafoplegging is slechts mogelijk indien de daaraan voorafgaande vragen

598 Zoals voorgestaan door respectievelijk Dworkin en Scalia. Zie: Rozemond 2006b.

positief zijn beantwoord. Beperken we ons tot de materiële vragen van art. 350 Sv, dan fungeren de bewijsbeslissing, de kwalificatiebeslissing en de vaststelling van de strafbaarheid van daad en dader elk als een noodzakelijke voorwaarde zowel om tot een beslissing over de straf te komen als voor de strafoplegging zelf.

Het is de taak van de rechter de wet toe te passen. In deze taakomschrijving, waarin het traditionele paradigma van de trias politica wordt weerspiegeld, bevindt zich de primaire perceptie van de legitimatie van het rechterlijk oordeel. Hiermee verbonden is immers een bepaalde methode van rechtsvinding, veelal omschreven in termen van subsumptie en syllogisme. De wijze van redeneren is deductief: De rechter redeneert vanuit de algemene (wettelijke) regel naar de beslissing in een bijzonder geval en past deze regel toe in het bijzondere geval. In die fase vindt een vorm van classificatie plaats van het bijzondere onder het algemene, de subsumptie, welke ingevolge de formele wetten van de logica de minor van het dientengevolge gehanteerde syllogisme vormt. Waar de legitimiteit van het rechterlijk oordeel in de vorige paragraaf nog in verbinding werd gebracht met de 'buitenkant' van de rechterlijke beslissing, zo is de deductieve redeneerwijze van belang voor de geldigheid van de binnenkant, de argumentatie die aan het oordeel van de rechter ten grondslag ligt. Het is deze redeneerwijze die traditioneel de innerlijke rationaliteit van het rechterlijk oordeel bepaalt, hetgeen dan ook wordt gezien als een vorm van legitimiteit. Dit is een vorm van gezag dat is gebaseerd op de legaal-rationele methode, waarin het geven van een verantwoording als een noodzakelijke voorwaarde geldt voor de rationaliteit van het rechterlijk oordeel.

Deze methode geldt in het algemeen als bij uitstek geschikt als een methode van rechtvaardiging van het rechterlijk oordeel, waarvan immers als kwaliteitseis moet worden aanvaard dat zij logisch correct is. Het blijft een formele rationaliteit, nu deze methode slechts is gericht op de vorm van de redenering. De inhoudelijke rechtvaardiging van de beslissing blijft grotendeels gelegen in de aanvaardbaarheid van de aan de beslissing ten grondslag liggende beginselen, regels en (visies op de) feiten. Het syllogisme verleent aan die redenering een (noodzakelijke) maximale controleerbaarheid van de inhoudelijke draagkracht van de motivering.⁵⁹⁹ Het spreekt voor zich dat deze methode van groot belang is voor de rechterlijke beslissing in het straf(proces)recht, waarin het legaliteitsbeginsel een preponderante positie inneemt. Te allen tijde zal immers aansluiting moeten worden gezocht bij de uit de wet blijken de regel die dient te worden toegepast op het betreffende geval. Het rechterlijk beslissingsmodel van art 348/350 Sv kan dan ook, zo hebben we reeds vastgesteld, moeilijk anders worden gezien als een wettelijk methodologisch beginsel, dat als een soort zeef en trechter voor de strafvorming fungeert. Toch hebben we eerder al gezien dat de strikt legalistische

599 Nieuwenhuis 1976, p. 494 en 499: '(...) een niet te versmaden helderheid en controleerbaarheid van de discussie.'

visie op het legaliteitsbeginsel in het straf(proces)recht op onderdelen achterhaald is en moet worden genuanceerd.

Voor wat betreft de strafbeslissing geldt de relativering van het belang van de tekst van de wet in het bijzonder. In Deel II is in dat opzicht wel vastgesteld dat het legaliteitsbeginsel, en in het bijzonder het bepaaldheidsvereiste, van belang blijft voor de strafbeslissing, maar een strikter en/of meer voorgestructureerd wettelijk kader ten behoeve van de strafbeslissing vooralsnog achterwege blijft. Dat heeft, ook uit oogpunt van legaliteit, belangrijke consequenties voor de taak van de strafrechter bij de straftoemeting en, in dit verband, voor de rechtsvinding door de strafrechter. Het vergroot de noodzaak van een versteviging van de aandacht voor de methode waarop de strafbeslissing tot stand komt. Het mag verbazing wekken dat die discussie in feite nooit daadwerkelijk van de grond is gekomen, nu met name in het burgerlijk recht (dat zich van oudsher kenmerkt door een vrijere opstelling van de rechter ten opzichte van de wet) de methode van rechtsvinding als een belangrijke bron van legitimiteit van het rechterlijk oordeel wordt beschouwd. Dat zal in het straf(proces)recht niet anders zijn, getuige ook de omvangrijke studie over strafvorderlijke rechtsvinding van Rozemond.⁶⁰⁰ Het is dus van belang aandacht te besteden aan de methode van strafvorming en de wijze waarop die methode (die niet op voorhand kan worden omschreven in het traditionele discours van deductie, subsumptie, syllogisme) kan bijdragen aan de verantwoording van de rechterlijke beslissing over de straf.

6.2.2 *Legitimiteit en legitimatie*

Alvorens daartoe over te gaan is het zinvol enkele preliminaire opmerkingen te maken aangaande het kennelijke onderscheid dat in enkele behandelde en te behandelen teksten wordt gemaakt tussen de legitimiteit van de rechtspraak en de legitimatie van het rechterlijk oordeel. Het geschrevene hierboven zag in het bijzonder op het begrip legitimiteit, waarvan werd vastgesteld dat het vooral ziet op een verbinding tussen zijn en behoren, het gerechtvaardigd zijn van een bepaalde orde of handeling. Statisch is het begrip evenwel niet, zoals we reeds konden opmaken uit de factoren die van invloed zijn op de legitimiteit van de rechtspraak. De legitimatie van het rechterlijk oordeel ziet op iets anders, waarbij in het bijzonder de pretentie van het begrip legitimiteit, als zou daarmee een objectieve rechtvaardigheid kenbaar en gegeven zijn, wordt losgelaten en teruggevoerd naar de aanvaardbaarheid van de beslissing van en volgens de rechter. Bij de legitimatie van het rechterlijk oordeel gaat het om (het afleggen van) verantwoording voor de in het bijzondere geval genomen beslissing. Met die verantwoording wordt inzicht verleend in de wijze waarop de rechter zijn beslissing, binnen de door de

⁶⁰⁰ Rozemond 1998. Daarnaast kan worden gewezen op zijn methodologische benadering van het materiële strafrecht in: Rozemond 2006a.

wet gestelde grenzen, voldoende gerechtvaardigd acht. De legitimatie van het rechterlijk oordeel ziet aldus primair op het geven van redenen die *naar het oordeel* van de rechter de beslissing rechtvaardigen.⁶⁰¹ Die vaststelling lijkt ook van belang voor de strafrechter en de strafvorming, nu juist dit aspect van de straftoemeting ook binnen de door de wet gestelde grenzen en aan de hand van de gestelde motiveringsverplichtingen nauwelijks wordt gestructureerd en leidt tot een sterke autonomie voor de strafrechter. Er is al met al een nauw verband tussen legitimatie en legitimiteit, maar helemaal gelijkgesteld worden, kunnen zij niet. In het onderstaande zal nader worden ingegaan op de methode als onderdeel van de wijze van verantwoording (legitimatie) van de strafbeslissing. Daarmee kan ook de legitimiteit van het rechterlijk oordeel worden vergroot.

6.2.3 *Legitimatie, methode en rationaliteit*

Er dient zich nog een andere vraag aan die bespreking behoeft alvorens van de basismethode van de legitimatie van het rechterlijk oordeel over te gaan naar de wijze van verantwoording die ligt besloten in de structurering van de strafvorming. Het standpunt dat de methode op zichzelf bijdraagt en vormgeeft aan de legitimatie van het rechterlijk oordeel, wordt in de literatuur ook wel in verband gebracht met de eis van rationaliteit van het rechterlijk oordeel. Daarmee wordt immers tegemoet gekomen aan de noodzaak tot controleerbaarheid van de beslissing, een element dat eerder al werd geïdentificeerd als een belangrijke voorwaarde voor wetenschappelijkheid, waarmee het begrip rationaliteit vaak wordt gelijkgesteld.⁶⁰² Het traditionele wetenschappelijk paradigma kan evenwel niet volledig van toepassing zijn op de rationaliteit van het rechterlijk oordeel. De wetenschap dat een rechterlijk oordeel, in het bijzonder ten aanzien van de straf, met recht anders kan luiden verleent aan die rechterlijke beslissing een bijzondere status die consequenties heeft voor de wijze waarop die beslissing tot stand komt en wordt verantwoord. De methode van oordeelsvorming als eis van (wetenschappelijke) rationaliteit is nadrukkelijk een procedurele eis. De rationaliteit van het rechterlijk oordeel wordt evenwel geacht ook een deliberatief en op wederkerigheid gericht element te kennen: de rechter zal in voorkomende gevallen recht moeten doen aan de op tegenspraak gerichte procedure die aan de beslissing vooraf is gegaan door in het vonnis het tegensprekelijk karakter daarvan te tonen. De veelzijdigheid en meerduidigheid van de context waarbinnen de beslissing over de straf wordt voltrokken maakt het van belang aan te sluiten bij opvattingen over rationaliteit van oordeelsvorming in het licht van situaties waarin juist de pluriformiteit in opvattingen (over ethiek en politiek in dit geval)

601 Smith 1998, p. 28. Nieuwenhuis spreekt hier van het onderbouwen van de beslissing met argumenten die het juridisch forum bevredigen. Zie: Nieuwenhuis 1976, p. 494.

602 Koningsveld 1979, p. 58 e.v.

als uitgangspunt wordt genomen. De legitimiteit van het rechterlijk oordeel vindt in die gevallen niet alleen zijn grondslag in de wijze waarop het functioneren van de rechter binnen de kaders van de democratische rechtsstaat is vormgegeven. Het stelt ook bepaalde eisen aan de (verantwoording voor de) handeling van het rechtspreken zelf. Loth zoekt in dat verband aansluiting bij het aristotelische begrip praktische rationaliteit voor de beschrijving van het karakter van het rechterlijk oordeel en benadrukt het belang van de gedachteswisseling en het debat: 'Het rechterlijk oordeel als sluitstuk van een deliberatie is een handeling (...) waarin tegelijkertijd de deliberatie zich voltrekt en het maatschappelijk effect zijn oorsprong heeft.'⁶⁰³ Voor de verantwoording van het rechterlijk oordeel benadrukt Loth, in het verlengde van Rawls' *public reason*, het belang van de discussie tussen tegengestelde opvattingen en de mate waarin de verschillende perspectieven tot gelding (kunnen) komen.⁶⁰⁴ Deze opvatting over de legitimiteit van het rechterlijk oordeel (als oordelen op tegenspraak), heeft consequenties voor zowel de te volgen procedure als (de verantwoording van) de rechterlijke oordeelsvorming en lijkt in zekere zin een bevestiging van hetgeen Kelk en Hulsman eerder beschreven onder verwijzing naar het belang van een contradictoire procedure voor de strafbeslissing.⁶⁰⁵ De legitimiteit van het rechterlijk oordeel over de straf is, binnen de geconstateerde meerduidige en meerdimensionale context waarbinnen deze tot stand komt, verbonden met de wijze waarop de rechter omgaat met het spanningsveld van (vaak tegenstrijdige) belangen. Hulsman wees in zijn bijdrage aan het Congres Straftoemeting in 1969 reeds op de gevolgen van wat hij een 'polyvalente dynamische samenleving' noemde voor de wijze waarop verantwoording dient te worden afgelegd voor de beslissing over de straf: de criteria die bij de beslissing een rol spelen, dienen te worden geëxpliciteerd; waardeoordelen dienen, mits gebruikt, ook als zodanig gepresenteerd en ter discussie te worden gesteld.⁶⁰⁶

De wijze van handelen die in dergelijke gevallen wordt gevraagd, wordt door de Hoge Raad beperkt opgevat, zo blijkt bijvoorbeeld uit de rechtspraak rondom de toepassing van het draagkrachtbeginsel, maar ook uit de rechtspraak in zogenaamde standaardgevallen, waarin de (enkele) verwijzing naar de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoon van de dader als voldoende redengevend wordt beschouwd. Uit oogpunt van legitimiteit en het hier beschreven perspectief van verantwoording is er aanleiding te veronderstellen dat initiatieven van- en gericht op de feitenrechtspraak een breder perspectief van verantwoording kunnen en ook lijken te hanteren. Het voorgaande werpt immers een nieuw licht op zowel de initiatieven tot versterking van een *responsie*plicht bij door de

603 Loth 2005, p. 77; Aristoteles 2005, Boek VI, i.h.b. 1140a11-b5 t/m 1140b5-30.

604 Voor de idee van *public reason* (publieke rationaliteit) zie verwezen naar: Rawls 2002 en de bespreking ervan in: Loth 2005.

605 Kelk 1983; Hulsman 1969, p. 97.

606 Hulsman 1969, p. 97.

procesdeelnemers naar voren gedragen standpunten met betrekking tot de straf (zie § 4.4.8) als de structurering van de strafmotivering, zoals bijvoorbeeld wordt voorgestaan door PROMIS (zie vooral § 4.4.8.3). Beide richten zich op de inhoud van het vonnis. Deze initiatieven zijn te begrijpen als een poging recht te doen aan het deliberatieve karakter van de strafvorming – een poging tot het tot uiting brengen van verschillende perspectieven die doorwerken op de strafvorming. Dat is van belang omdat de procedure op het onderzoek ter terechtzitting in de kern een dergelijke voorziening mist. Om die reden is ook verklaarbaar dat, zoals hierboven (§ 4.3.7) werd gesteld, de strafmotivering beoogt te compenseren wat de procesdeelnemers tijdens het onderzoek ter terechtzitting tekortkomen. Van belang voor bijvoorbeeld de structurering van de strafmotivering (buiten de wettelijke responsieplicht) is vervolgens wel dat ook in die *structuur* zoveel mogelijk recht wordt gedaan aan de bij de strafbeslissing in acht te nemen belangen, dat de structuur ten dienste staat van het deliberatieve karakter. Het is ook deze structuur die de betekenis van rechterlijke oriëntatiepunten voor de straftoemeting voor de strafvorming bepaalt en beperkt. Het is dan ook voor de hand liggend dat de tot dusver ingevoerde wetwijzigingen met betrekking tot de strafmotivering zich met name op dat element van het rechterlijk oordeel hebben gericht: het vergroten van de inzichtelijkheid en daarmee controleerbaarheid van de strafbeslissing. Deze activiteiten maken evenwel duidelijk, zo bleek in Deel II dat de motivering achteraf *an sich* de problematiek van verantwoording van de strafbeslissing niet oplost. Een meer geïntegreerde benadering, waarin de beschreven context van de handelwijze voorafgaand aan de beslissing wordt meegenomen, is in dat verband noodzakelijk. Ook om de verantwoording via de strafmotivering te versterken. De noodzaak tot verantwoording, zoals die is ingebed in de wettelijke regeling van de strafmotivering, moet in dat verband in samenhang gezien worden met het proces van oordeelsvorming. Deze opvatting is nauw verbonden met de heuristiek van het rechterlijk oordeel; de regels met betrekking tot het zoeken en vinden van argumenten, aanknopingspunten voor een beslissing.

6.3 DE HEURISTIEK VAN HET RECHTERLIJK OORDEEL

6.3.1 *De verhouding tussen legitimatie en heuristiek*

Het rechtvaardigen van de beslissing met argumenten dient te worden onderscheiden van het vinden van de argumenten, aldus Nieuwenhuis. Naast de legitimatie is er de heuristiek van het rechterlijk oordeel, de kunst van het vinden van de juiste argumenten, feiten en omstandigheden.⁶⁰⁷ De heuristiek wordt door Koningsveld getypeerd als ‘het geheel van suggesties, hints of ongeformuleerde regels dat het onderzoek bepaalde wegen als mogelijk

⁶⁰⁷ Nieuwenhuis 1976, p. 494.

vruchtbaar doet inslaan en andere blokkeert'.⁶⁰⁸ Het begrip beschrijft in algemene zin het zoekproces van de beslisser, de onderzoeker. Betrokken op de rechtspraak zou men in dit zoekproces wellicht de kern kunnen zien van de eigenlijke daad van rechts*vinding*, waarin de rechter op zoek gaat naar aanknopingspunten voor een aanvaardbare beslissing. In een meer beperkte omschrijving wordt het ook wel aangeduid als de creatieve vonk, letterlijk uitmondend in de kreet 'Eureka!'.⁶⁰⁹ Dat is in het licht van het voorgaande evenwel een te beperkte visie op het begrip. De vraag die in dit kader voorligt, is op welke wijze de stand van de wetenschap ten aanzien van de heuristiek van het rechterlijk oordeel aanknopingspunten kan bieden voor een versterking van de legitimatie van de strafbeslissing.

De heuristiek omvat dus het gehele zoekproces naar een oplossing. Omdat dit zoekproces plaatsvindt in het kader van de rechtspraak, en dus met het oog op een voor partijen of procesdeelnemers bindende beslissing, is het gericht op het zoeken naar een aanvaardbare beslissing. Dat zal in het strafrecht een andere invulling krijgen dan in het burgerlijk recht. Het vertrekpunt van een analyse aan de hand van heuristische principes is echter in beide gevallen de onvolmaaktheid, de vaagheid of de openheid van de door de rechter toe te passen rechtsnorm. (Rechts)regels, feiten en de beslissing zelf kunnen in dat proces moeilijk los van elkaar worden gezien. De beslissing en de regels en de feiten waarop deze wordt gebaseerd krijgen voornamelijk vorm in het proces van zoeken naar de aanvaardbare beslissing. Hier laat het klassieke *ius in causa positum* zich gelden. Om die reden stelt Nieuwenhuis dat het syllogisme als methode van het vinden van argumenten ongeschikt is.⁶¹⁰ Toch zijn beide, het vinden van argumenten voor een beslissing en het rechtvaardigen ervan, sterk op elkaar betrokken. Immers, ook het syllogisme speelt als methode van legitimatie een rol bij de aanvaardbaarheid van de beslissing. Smith stelt het aldus: 'In het zoekproces naar een aanvaardbare oplossing (...) oriënteert de rechter zich zowel op de regels die het geval (kunnen) beheersen als op het feitencomplex dat onder invloed van de toepasselijk geachte regel en de oplossing die de rechter voor ogen staat, gestalte

608 Koningsveld 1979, p. 201. Wetenschapstheoretisch wordt de heuristiek ook wel onderscheiden in de negatieve en positieve heuristiek. De negatieve heuristiek heeft betrekking op de vraag welke wegen in het onderzoek niet moeten worden behandeld, terwijl de positieve heuristiek gericht is op de vraag welke wegen juist wel dienen te worden ingeslagen om wetenschappelijke vooruitgang te boeken. Betrokken op de rechterlijke beslissing wordt daarover door Bos onder meer het volgende gesteld: Uitgegaan wordt van de vooronderstelling dat de rechter bij zijn beslissingen een eigen perceptie heeft van het maatschappelijk veld en de geldende rechtsnormen. Een deel van deze feitelijke en normatieve vooronderstellingen vormt de zgn. 'harde kern' van opvattingen, welke voortsnog voor kritiek onvatbaar worden geacht. De positieve en negatieve heuristiek hebben betrekking op de strategie die de rechter gebruikt, hetzij om het onaantastbare deel van zijn beslissing onder nieuwe omstandigheden nader uit te werken, hetzij dit deel tegen verandering te behoeden. Zie hierover: Koningsveld 1979, p. 187 en Bos 1986, p. 95-99.

609 Smith 1998, p. 32.

610 Nieuwenhuis 1976, p. 498.

krijgt. (...) De logische redenering is in dit heuristisch proces, dus bij het *vin-*
den van aanvaardbare beslissingen, regels en visies op feiten, een onmisbaar
instrument.⁶¹¹ In andere woorden, de noodzaak tot rechtvaardiging van de
beslissing stuurt het proces van het vinden van de argumenten daarvoor. Het
vormt de bevestiging van de samenhang tussen de noodzaak tot verantwoor-
ding, zoals die is ingebed in de wettelijke regeling van de strafmotivering,
en het proces van oordeelsvorming, zoals in § 6.2.3 werd gesteld. Alleen die
beslissingen die ook achteraf te rechtvaardigen zijn, kunnen als aanvaard-
baar worden bestempeld. Vanuit dit perspectief is de omstandigheid dat een
beslissing feitelijk pas in de confrontatie tussen (tegenstrijdige of meerdui-
dige) regels en de feiten vormt krijgt en er derhalve van een eenduidig op het
syllogisme geënt beslissingsmodel geen sprake is, op zichzelf geen reden te
twijfelen aan de legitimiteit daarvan. Immers, de oplossing wordt gezocht
binnen de door de materiële wet en de motiveringseisen gestelde grenzen.⁶¹²
Daar staat tegenover dat in die gevallen waarin ook de noodzaak tot recht-
vaardiging van een beslissing in mindere mate wordt gevoeld, bijvoorbeeld
in gevallen waarin ook op dat aspect de rechter een grote mate van autonomie
toekomt, de sturing van het zoekproces beperkt kan zijn – in dit te dichten gat
vervult de strafvorming zijn rol.

Van dit zoekproces wordt aangenomen dat, hoewel het niet per definitie is
onderworpen aan de regels van de logica, methoden en instrumenten bestaan
die dit proces structureren. De intuïtie als ‘methode’ maakt daarvan bijvoor-
beeld deel uit. Dit bevestigt reeds de gedachte dat de vraag naar de invulling
van de strafvorming in essentie verbonden is met de theorievorming omtrent
de heuristiek van het rechterlijk oordeel. Nieuwenhuis bestrijdt overigens dat
de heuristiek met dit kenmerk tevens als een volstrekt irrationele activiteit
moet worden opgevat, in die zin dat ook ten aanzien van de heuristiek van
de rechterlijke besluitvorming methoden van onderzoek zijn te ontwaren die
behulpzaam kunnen of blijken te zijn bij de beslissing van de rechter. Hieron-
der zullen deze op beknopte wijze worden uiteengezet.

6.3.2 *Het zoeken naar relevante gezichtspunten: topiek en heuristische methoden*

De karakterisering van de rationaliteit in de oordeelsvorming van de rechter,
zoals deze hierboven werd gegeven, is niet toevallig afkomstig uit het bur-
gerlijk recht. De actieve rol van de rechter in de rechtsvinding en de symbio-
tische relatie tussen regel en feit in het proces van het vinden van een oplos-
sing is daarin beduidend minder controversieel in vergelijking tot die in het
straf(proces)recht. De erkenning van het subjectieve element in de rechtsvin-

611 En dus omschrijft Smith de relatie tussen vinden en rechtvaardigen als een duet. Zie: Smith
1998, p. 31 & 33.

612 Smith 1998, p. 31.

ding wordt zelfs zo breed gedragen dat zij als uitgangspunt geldt voor de methodologische analyse van de keuzevrijheid van de rechter door Vranken in zijn Algemeen Deel.⁶¹³ Met deze erkenning is de vraag naar de rechterlijke besluitvorming nog geen kwestie van psychologische aard geworden.⁶¹⁴ De aard van de beslissing, namelijk dat het een rechtsbeslissing is, maakt dat het gaat om het proces van meningsvorming omtrent het recht. In die beslissing, aldus Vranken, 'voltrekt zich zijn keuze van (de inhoud van) de norm en zijn selectie, vaststelling en waardering van de relevante feiten.'⁶¹⁵ Het is het ontbreken van 'een archimedisch punt' dat tot gevolg heeft dat, in die gevallen waarin de beslissing niet als vanzelf uit de toe te passen normen en de relevant geachte feiten voortvloeit, de eigen inbreng van de rechter zichtbaar wordt.⁶¹⁶ Een belangrijk aspect uit het betoog van Vranken, dat de subjectiviteit, de eigen inbreng van de rechter zich niet slechts beperkt tot grensgevallen, tot de leemten of onduidelijkheden in de wet, maar eerder een algemeen kenmerk is van de tegenwoordige rechtspraak, leidt tot een sterke en structurele behoefte aan materiële objectivering en aandacht voor de methode van besluitvorming. Dat veronderstelt maatstaven, richtlijnen en gezichtspunten.⁶¹⁷ De vraag is waar deze kunnen worden gevonden.

6.4 TOPISCHE RECHTSVINDING EN HEURISTISCHE METHODEN

6.4.1 *Topica en topische rechtsvinding*

De vaststelling van de betekenis van de wet of het recht voor de beslissing in het individuele geval is problematisch indien die betekenis niet op voorhand gegeven is of wanneer de gezichtspunten van waaruit kan worden gekeken naar het individuele geval niet op voorhand een eenduidige beslissing aanwijzen. Binnen de algemene rechtsvindingsliteratuur wordt in degelijke gevallen ook wel aangehaakt bij wat wordt genoemd de topische rechtsvinding. De kunst van het vinden van de juiste argumenten voor de juiste (optimale) beslissing vindt dan ook in het bijzonder gehoor binnen de klassieke topiek, welke zich bemoeit met de ontwikkeling van een 'zoekstrategie voor een rationele probleemoplossing'.⁶¹⁸ De oorsprong van de topiek is gelegen in de door Aristoteles ontwikkelde argumentatietechnieken. Deze speelde, zo stelt onder andere Wiarda, vooral een rol bij de retorica en ging uit van hetgeen *in het algemeen* op grond van de traditie en van gezaghebbende menin-

613 Asser-Vranken 1995, p. 75.

614 Ogenschoonlijk anders: Nieuwenhuis 1976, p. 498.

615 Asser-Vranken 1995, p. 74.

616 De verwijzing naar Archimedes is hier wel zeer op zijn plaats, nu aan hem de kreet 'eureka!' (heurèka = 'ik heb het gevonden') wordt toegeschreven nadat hij in een bad zijn naar hem genoemde natuurwet proefondervindelijk had vastgesteld.

617 Asser-Vranken 1995, p. 75.

618 Nieuwenhuis 1976, p. 495.

gen voor juist moest worden gehouden.⁶¹⁹ De klassieke topiek heeft vanuit dat perspectief betrekking op het argumenteren met behulp van algemeen aanvaarde opvattingen. De vindplaatsen van die argumenten worden *topoi* genoemd, ook wel: gemeenplaatsen of algemene gezichtspunten. Dat sluit aan bij de meest letterlijke betekenis van *topos*: plaats.

Binnen de retorica gaat het om de vindplaats van argumenten. Deze kunnen zijn gelegen in de retorische betekenis van het woord, zoals Leijten het omschrijft: '(...) een gezichtspunt van algemene aard, dat in een bepaalde tijd door allen, de meesten of de verstandigsten voor waar wordt aangezien.'⁶²⁰ Toegepast op het recht krijgt het een iets andere connotatie. Men kan bijvoorbeeld nog wel spreken van juridische gemeenplaatsen of vuistregels die in het algemeen opgaan en om die reden kunnen worden toegepast bij de totstandkoming van een rechterlijke beslissing.⁶²¹ Een mooi voorbeeld van een dergelijke juridische gemeenplaats is de klassieke vuistregel 'in dubiis pro reo'.⁶²² Ook de wet kan als een bron van *topoi* fungeren: Het strafrechtelijk verbod van analogie, vervat in art. 1 Sr, zou men als uiting kunnen beschouwen van een specifiek voor het strafrecht geldende regel of gemeenplaats. In het strafprocesrecht zou men daarnaast art. 342 lid 2 Sv kunnen noemen, de wettelijke pendant van het adagium 'één getuige, geen getuige'. Op een andere wijze, minder als vuistregel maar als daadwerkelijke verwijzing naar de vindplaats van argumenten, kan men 'de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval' uit art. 6:233 BW als *topoi* identificeren. Zij fungeren dan niet meer als zelfstandig argument, maar bieden letterlijk de vindplaatsen of de gezichtspunten waarin die argumenten gevonden moeten worden. De daadwerkelijke toepassing van *topoi* veronderstelt evenwel een afweging: immers, bij aanwezigheid van meerdere en meerduidige gezichtspunten komt het er niet alleen op aan deze te expliceren, maar wordt de aandacht gevestigd op de op grond daarvan te maken afweging. Welke gezichtspunten verdienen in het onderhavige geval de voorkeur?

De aantrekkingskracht van de op rechtspraak toegepaste topica is dat zij voorziet in een behoefte aan objectivering bij rechtsbeslissingen die (naar het oordeel van de wetgever) sterk verweven zijn met de feiten en omstandigheden in een voorliggend geval. Wiarda bestempelt het als objectief voorzover daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat de *topoi* berusten op hetgeen in een bepaalde tijd binnen een bepaalde groep als juist wordt aanvaard en derhalve een zekere consensus veronderstellen. Ze zijn subjectief en relatief doordat de rechter er naar gelang het voorliggende geval uitzonderingen op

619 Wiarda 1999, p. 91.

620 Leijten 1977, p. 30.

621 Wiarda 1999, p. 92.

622 Wiarda 1999, p. 92.

de geldende algemene regel kan toestaan of maken en men er tegelijkertijd nooit absolute rechten of zekerheid aan kan ontlelen.⁶²³

Het gevaar van toepassing van de topica op de rechtsvinding is dat zij nietszeggende, onweerlegbare formuleringen in de hand kan werken. In zekere zin, met name vanuit haar retorische wortels, bestaat de topica uit het redeneren op grond van een gezagsargument. Het gaat bij de topica immers óók om het vinden en kiezen van die argumenten of gezichtspunten die 'door de meesten of de verstandigsten voor waar *worden aangezien*'. Naast haar kracht is dat ook een potentiële zwakte. Die manifesteert zich in die gevallen waarin de *topoi* letterlijk als gemeenplaats, als doodoener worden gebruikt en de redenering daarmee onweerlegbaar wordt. Ook bij het gebruik als bewijs van feiten van algemene bekendheid kan dit gevaar spelen. De kracht van *topoi* kan slechts tot uiting worden gebracht wanneer zij in relatie tot de feiten worden gebruikt en geconfronteerd worden met andere (tegen)argumenten. Een context van dialectiek en deliberatie is derhalve van fundamenteel belang voor een juist gebruik van *topoi* als onderdeel van een argumentatie. *Topoi* hebben aldus niet alleen een heuristische waarde, maar kunnen (mits de toepassing daarvan wordt geëxpliciteerd) bijdragen aan de legitimiteit van de beslissing.⁶²⁴ De uiteindelijke legitimiteit van de beslissing hangt dan natuurlijk bovenal samen met de uitkomst van de afweging die in het individuele geval op basis daarvan is gemaakt. Dit proces, dat is te onderscheiden van het vinden en ordenen van de relevante argumenten en gezichtspunten, is weer onderworpen aan gezichtspunten van een andere aard: gezichtspunten op het niveau van (rechts)beginselen die de uitdrukking vormen van belangen en/of waarden die de betreffende rechtsvraag omgeven.⁶²⁵

De betekenis van de begripsvorming omtrent topische rechtsvinding voor de rechterlijke oordeelsvorming kan gezien het bovenstaande voor verwarring zorgen, nu de genoemde rechtsbeginselen zelfstandig als een gezichtspunt of argument in de rechterlijke oordeelsvorming moet worden betrokken en als zodanig, evenals de wet en rechtspraak, als een bron van argumenten en gezichtspunten, en daarmee als *topoi* fungeren. Op het niveau van de topische rechtsvinding bestaat geen hiërarchie in de te gebruiken bronnen van *topoi*. Die hiërarchie wordt evenwel dwingend voorgeschreven binnen de kaders van de democratische rechtsstaat en zij wordt als zodanig ook daarin aangebracht. De leer van de bevoegdheidsverdeling tussen de machten van de staat binnen de Trias Politica wordt daarmee in het kader van de methode van de rechterlijke oordeelsvorming relevant.

623 Wiarda 1999, p. 92.

624 In deze zin ook: Smith 2005, p. 99.

625 Smith 2005, 104-105. Aangesloten wordt bij de door Smith gehanteerde definities en onderscheidingen van beginselen en regels: Beginselen vormen de uitdrukking van belangen en waarden, regels zijn het resultaat van een belangenafweging en stellen aldus de standaarden in bepaalde typen rechtsproblemen vast. Zie: Smith 2005, p. 117.

Het voorgaande veronderstelt het bestaan van rechtsnormen: wetten en regels die verwijzen naar vindplaatsen van argumenten, maar de afweging van waarden en belangen en het aanbrengen van onderscheidingen in de rechtsgevolgen open laten. We hebben hierboven enkele voorbeelden daarvan gezien. Dat geeft aan dat de toepassing van dergelijke normen, en in aansluiting daarop het hanteren van de daarbij passende methode van oordeelsvorming, in een bepaald soort zaken meer voor de hand ligt dan in andere soorten zaken. Maar welke? Eerder hebben we gezien dat de formulering en de toepassing van 'vage' normen traditioneel tot het vocabulaire van het burgerlijk recht behoorde. In aanvulling daarop, maar ook zelfstandig, is in andere rechtsgebieden echter eveneens en in voldoende mate om te kunnen worden opgemerkt, gebruik gemaakt van normen en/of begrippen die gezien hun feitelijk karakter wettelijk geen nadere uitwerking kregen en waarin dientengevolge de rechter door interpretatie de betekenis van de norm vaststelde.

Nieuwenhuis stelt dat de topische rechtsnorm vaak te maken heeft met de vraag: meer of minder? Als voorbeeld laat hij zien dat bij de vraag of een aansprakelijkheidsbeperking in algemene voorwaarden onredelijk bezwaarend is (art. 6:233 BW) gezichtspunten een rol spelen als de zwaarte van de schuld en de ernst van de schade. Een tweede kenmerk hangt daarmee samen en heeft te maken met het feit dat de verschillende gezichtspunten, zoals de zwaarte van de schuld en de ernst van de schade, op elkaar betrokken zijn als communicerende vaten.⁶²⁶

6.4.2 Toegepaste heuristiek – het vergelijkende denken en het Type

De intuïtieve connotatie die is verbonden met de heuristiek kan niet verhullen dat voor het proces van vinden van argumenten in de literatuur inmiddels een behoorlijk aantal hanteerbare methoden voor het voetlicht is gebracht. Deze heuristische methoden kunnen in het algemeen worden geplaatst in het licht van het vergelijkende denken: het gelijke gelijk, het ongelijke ongelijk, aldus Nieuwenhuis.⁶²⁷ De wettekst, de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, het systeem van de wet, rechtsbeginselen, allen behoren zij traditioneel tot wat Vranken de gereedschapskist van de rechter noemt. Analogie, precedenten, rechtsverfijning, het *argumentum a contrario* hebben in aanvulling daarop vooral in het burgerlijk recht hun weg gevonden als instrument of methode die wordt gebruikt bij het vinden van de juiste argumenten of gezichtspunten voor een beslissing. De objectivering van de rechterlijke beslissing staat in dat kader in het teken van het vinden van een methode van oordeelsvorming.⁶²⁸ In het bijzonder verdient de door Wiarda beschreven vergelijkingsmethode in dit kader de aandacht.

⁶²⁶ Nieuwenhuis 1997, p. 112-113.

⁶²⁷ Nieuwenhuis 1976, p. 502.

⁶²⁸ Zie hierover: Asser-Vranken 1995, p. 75-76. Voor een recente studie naar de precedentwerking van producten van rechterlijk beleid zij verwezen naar: Teuben 2004, hoofdstuk 8.

De vergelijkingsmethode van Wiarda is vooral gericht op de objectivering van de toepassing van vage rechtsnormen. De benadering wijkt af van de 'traditionele' instrumenten van de rechter, zoals genoemd in de voorgaande paragraaf, doordat zij zich richt op de vraag 'langs welke weg en met welke methode het recht moet worden gevonden op het (...) gebied waar oriëntatie op de wet de rechter niet of nauwelijks verder helpt'.⁶²⁹ Vanuit de probleemstelling van dit onderzoek, waarin de strafvorming werd geproblematiseerd als handeling of activiteit van de rechter welke in het recht weinig wordt genormeerd, spreekt voor deze methode van gevalsvergelijking dat zij zich primair richt op besluitvormingsproces van de rechter, de totstandkoming van de beslissing, en daar ook dicht bij in de buurt blijft.⁶³⁰ De vraag of er ten aanzien van de hier behandelde problematiek omtrent de rationaliteit van strafvorming sprake is van de toepassing van een 'vage rechtsnorm', laat ik op deze plaats liggen. De vaststelling dat het in deze gaat om een methode van rechtsvinding die zichzelf karakteriseert als buitenwettelijk en het probleem definieert tegenover de onvolkomen of onvolledige wet(tekst) moge op deze plaats vooralsnog voldoende aanleiding vormen de methode nader te onderzoeken.

Het civielrechtelijk perspectief van de vergelijkende methode blijkt reeds uit de voorbeelden die Wiarda geeft. De rechter zal bij de toepassing van vage normen als redelijkheid, billijkheid, goede zeden en goede trouw zoveel mogelijk moeten zoeken naar objectieve aanknopingspunten.⁶³¹ Toch gaat het de schrijver om een breder beeld dan alleen het civielrechtelijk perspectief en is de methode zoals die door Wiarda wordt gepropageerd op zichzelf eigen aan veel rechterlijk beslissingswerk. De vergelijkingsmethode omschrijft Wiarda als het variëren op een gegeven thema. Zij houdt in dat in geval de rechter:

'voor zijn beslissing alleen op normen als redelijkheid en billijkheid of zorgvuldigheid e.d. is aangewezen, en hem voor het te berechten geval vooralsnog geen duidelijke toetsingsmaatstaf invalt, hij moet trachten zich naast het gegeven geval één of liefst meerdere gevarieerde, maar toch nog vergelijkbare gevallen voor de geest te stellen waarin de beslissing niet twijfelachtig, althans minder twijfelachtig zou zijn.'⁶³²

De kern van het vergelijkingsmodel is de vergelijking met *fictieve* gevallen, welke door het zoeken naar relevante verschillen, een meer verantwoorde beslissing in het individuele geval mogelijk maakt. De reeks van hypothetische en aanverwante gevallen kan de rechter behoeden voor een te subjectieve en

629 Wiarda 1999, p. 87.

630 Zie hierover het commentaar van Koopmans in zijn nabeschouwing in het boek. Wiarda 1999, p. 122. Of dit tevens inhoudt, zoals Koopmans stelt, dat haar relevantie vooral is gelegen in de heuristiek en in mindere mate in de rechtvaardiging, moet evenwel worden betwijfeld.

631 Wiarda 1999, p. 83.

632 Wiarda 1999, p. 107-108.

willekeurige invulling van diens vrijheid. De objectivering is in dit kader gelegen in wat Wiarda enigszins verheven de 'trans-subjectieve' inslag van de vergelijkende methode noemt. Door de confrontatie aan te gaan met gevallen waarin de één als evident juist/betamelijk/billijk en het ander als zijnde dat evident niet kan worden gekwalificeerd, komt de rechter tot oriëntatiepunten met behulp waarvan het te beoordelen geval ergens op die lijn kan worden geplaatst. In deze zin acht bijvoorbeeld Nieuwenhuis het op zijn plaats te spreken van een polaire structuur en stelt hij de methode in het licht van de rubricering: de rechter zal, teneinde te komen tot enig zicht op een lijn in de veelheid van rechterlijke beslissingen, overgaan tot het in rubrieken onderbrengen van vergelijkbare gevallen. De polaire rubricering is daarvan een afgeleide en beoogt relevante gezichtspunten naar voren te halen.

Deze interpretatie van het vergelijkende denken van Wiarda wordt ook wel in verband gebracht met het typologische denkmodel. Dit denkmodel is opgebouwd aan de hand van het Type, een (sociaal-wetenschappelijke) constructie welke ten dienste staat van de beschrijving, de ordening en de analyse van verschijnselen zoals deze zich in de werkelijkheid voordoen. Vanuit dat perspectief vormt de juridische betekenis van het Type een verbijzondering van deze algemene wetenschappelijke constructie. Het juridische Type wordt door Nieuwenhuis geplaatst tegen de achtergrond van het vergelijkende denken en de noodzaak tot objectivering van de rechterlijke oordeelsvorming, met name in die gevallen waarin gezocht moet worden naar alternatieven voor de rechterlijke intuïtie als 'methode' van oordeelsvorming.⁶³³ Zij lijkt derhalve mede in het teken te staan van de objectivering en de rationalisering van de oordeelsvorming en kan uit dien hoofde als object van onderzoek naar voren worden gebracht. In het onderstaande zal het Type als methodologisch construct voor de rechterlijke oordeelsvorming nader worden onderzocht en zal geprobeerd worden een antwoord te vinden op de vraag in hoeverre deze constructie diensten kan bewijzen aan het streven naar meer consistentie in de straftoemeting, in het bijzonder met het oog op de strafvorming.

6.5 DE BETEKENIS VAN TYPEN VOOR DE RECHTSWETENSCHAP

6.5.1 *De wetenschappelijke betekenis van de typologie*

Het beschrijven van objecten en/of verschijnselen uit de werkelijkheid en het indelen daarvan op basis van overeenkomstige kenmerken vormt binnen vele wetenschapsgebieden een gebruikelijk methodologisch uitgangspunt. Deze manier van werken stelt de wetenschapper niet alleen in staat deze overeenkomstige kenmerken te ontdekken, maar leidt ook tot inzicht in de factoren die tot afwijkingen van dat beeld leiden. De wetenschappelijke

⁶³³ Nieuwenhuis 1976, p. 512.

betekenis van de typologie laat zich hier reeds zien: zij dient de menselijke en wetenschappelijke behoefte om datgene dat zich in de werkelijkheid voordoet, te beschrijven, samen te vatten en, als een geheel, te kunnen bevatten. Tevens dient zij het begrijpen van ieder afzonderlijk object of verschijnsel. Een korte excursie naar enkele wetenschapsgebieden en maatschappelijke verschijnselen kan meer inzicht opleveren in de concrete betekenis van de typologie voor de wetenschap. De meerduideligheid van het begrip typologie zelf kan worden gecompenseerd door een beschrijving van de manieren waarop het binnen enkele wetenschapsgebieden wordt gebruikt.

Uit de sociaal-wetenschappelijke hoek zijn vooral bekend de psychologische typen, de indelingen van mensen naar bepaalde gedragskenmerken en/of verschijningsvormen (ook vaak karakterologie genoemd). Een voorbeeld daarvan is de psychologische typologie van Carl Gustav Jung, die mensen indeelde naar vier functies (denken, intuïtie, gevoelens en gewaarwording) en twee wijzen van 'zich instellen' (introvert en extravert) en een zelfstandige studie wijdde aan archetypen.⁶³⁴ Ook in de biologie, in de volkenkunde en in de kunstgeschiedenis wordt de typologie gebruikt als interpretatief instrument. In zijn boek *Voorstelling en betekenis* uit 1986 bespreekt Vanbergen de betekenis van de typus voor de historische interpretatie van de kunsten. Daarin laat hij zien dat de typus als interpretatiemethode een zelfstandige functie heeft naast de bekende classificatie van kunstwerken in genres.⁶³⁵ In de bijbelwetenschappen zien we eveneens de interpretatieve betekenis van de typologie terug, zij het in iets andere vorm. De typologie vormt in dit opzicht een verklaringswijze van de bijbel waarbij in vroegere teksten beschreven personen, voorwerpen of gebeurtenissen een soort voorafbeelding wordt gevonden van personen of gebeurtenissen uit een latere fase in de bijbelgeschiedenis.

De wetenschappelijke betekenis van de typologie, hier verstaan als een methode voor beschrijving én categorisering van objecten en verschijnselen, is gelegen in het beschrijven, het ordenen en het begrijpen daarvan. In bijna alle voorbeelden komen het ordenen en begrijpen van zowel de gemeenschappelijkheid als het bijzondere van bestaande verschijnselen als overkoepelende methode naar voren. Het referentiepunt voor het beschrijven, ordenen en begrijpen van het bestaande wordt gevonden in het Type. Tegelijkertijd veronderstelt de typologische methode dus ook dat Typen worden ontwikkeld en vormt de typenontwikkeling, gericht op de vaststelling van overeenkomstige kenmerken, een zelfstandige doelstelling van de typologie.

634 Jung 2003, i.h.b. hoofdstuk X, waarin een algemene beschrijving van deze typen wordt gegeven.

635 Vanbergen 1986, p 39-76.

Van grote invloed op de ontwikkeling van de juridische typologie is de sociaal-wetenschappelijke typologie van Jellinek en Weber geweest. In zijn 'Allgemeine Staatslehre', waarvan de eerste editie in 1900 verscheen, stelt Jellinek het sociaalwetenschappelijk onderzoek (dat in zijn studie is betrokken op de ontwikkeling van de staat) in het teken van het onderzoek naar (staats) typen. 'Die Aufgabe einer Wissenschaft vom Staate und den staatlichen Institutionen überhaupt ist es nun, diese typischen Elementen in den Staatlichen Erscheinungen und ihren gegenseitigen Beziehungen aufzusuchen',⁶³⁶ aldus Jellinek. Naast kennis van de individuele verschijningsvormen dient men voor een goed begrip van de ontwikkeling en het bestaan van individuele staatsvormen tevens inzicht te hebben in het algemene. Het individuele krijgt in deze visie pas vorm naast het algemene, het typische en het is juist de reflectie van het bijzondere op het algemene die het onderzoek, naast haar classificerende en ordenende functie, de status van wetenschappelijkheid zou verlenen.⁶³⁷ Eenzelfde zienswijze is terug te vinden bij Weber. In navolging van Jellinek stelt hij dat de ontwikkeling van typen van belang is voor het begrijpen en ordenen van de verschijnselen en verschijningen van de werkelijkheid. Typen bieden de mogelijkheid de in de werkelijkheid aangetroffen verschijnselen te relateren aan een (fictief) verschijnsel of een oervorm daarvan. Het lijkt in dat kader dus ook een belangrijke plaats in te nemen binnen het vergelijkende denken.⁶³⁸ De typen zouden het dan ook mogelijk maken deze verschijnselen op een eenduidige manier te kunnen interpreteren.⁶³⁹

De typologische methode kan worden gezien als een methode voor het verkrijgen van kennis en inzicht in individuele objecten en verschijnselen door deze af te zetten tegen een daarmee in verband staande algemene verschijningsvorm. Verbonden met de typologische methode is haar reflecterende, vergelijkende en ordenende functie: Typisch betekent karakteriserend, kenmerkend en door het bestaande te vergelijken met het Type verkrijgen we kennis van en inzicht in individuele objecten en/of verschijnselen. Dat veronderstelt uiteraard wél dat, om een object te kunnen omschrijven als of ten opzichte van een Type, kennis bestaat van dat Type. Het is vooral de ontwikkeling van Typen die in dat kader veel aandacht verdient. Immers: op welke wijze dienen de voor de Typen van belang zijnde overeenkomstige kenmerken te worden vastgesteld? Typologiseren heeft derhalve zowel betrekking op de fase van de ontwikkeling van de Typen als op de fase van de ordening en het begrijpen; de toepassing van dat Type op een individueel object of verschijnsel.⁶⁴⁰

636 Jellinek 1920, p. 34.

637 Jellinek 1920, p. 33.

638 Weber (1921) 2002, p. 4.

639 Weber (1921) 2002, p. 9.

640 Heyde spreekt in dit verband van een kennen van het Type enerzijds en het daardoor herkennen van de individuele verschijnselen anderzijds. Zie: Heyde 1952, p. 235.

De typologische onderzoeks- en denkmethode veronderstelt een bepaalde denktrant, waarover op grond van het voorgaande nog geen duidelijkheid kan worden verschaft: betreft het een denkvorm die verloopt van het algemene naar het bijzondere of juist andersom? In het algemeen lijkt te moeten worden vastgesteld dat, en die interpretatie zien we terug bij Jellinek, een heldere scheidslijn tussen een generaliserende en individualiserende denkvorm niet valt te maken. Beiden zijn zodanig op elkaar betrokken en rechtvaardigen elkaar, dat een heldere scheiding moeilijk is aan te brengen en ook niet nodig lijkt. De waarde van de typologische methode zoals die hierboven blijkt, is daarom zowel gelegen in de beschrijving en ordening op basis van overeenkomstige kenmerken als in de inzichtelijkheid van factoren die een afwijking van dat beeld veroorzaken. Zowel het algemene als het individuele dienen naar voren te komen. De te volgen denktrant lijkt met name afhankelijk te zijn van de 'fase' van typologiseren: ontwikkeling en ordening. Waar in de fase van de ontwikkeling vooral, maar niet noodzakelijk, een inductieve weg lijkt te worden bewandeld, bestaat van de fase van ordenen en begrijpen een minder helder beeld. Wel is al duidelijk dat de betekenis van het Type in de kern betrekking heeft op een beschrijving van het algemene als datgene dat identiek is aan alle individuele verschijnselen of objecten. Methodisch gezien gaat het dan in vrijwel alle gevallen om de verhouding tussen het algemene en het bijzondere.⁶⁴¹ Een nadere invulling van het begrip Type is benodigd om in het vervolg de specifieke functie en waarde van de typologie voor de (rechts)wetenschap te kunnen beoordelen.

6.5.2 Nadere materiële duiding van het Type

Een Type wordt, in de meest abstracte definitie in de Van Dale, omschreven als een grondvorm, een model of kenmerkend voorbeeld. In de bovenstaande excursie naar typologie in verschillende wetenschapsgebieden werd duidelijk dat het Type als een referentiepunt fungeert, een referentiepunt ter ordening en duiding. Typen vormen in deze zin dus de handvatten voor het begrijpen en ordenen van 'nieuwe' verschijnselen of objecten *tegen de achtergrond van het bestaande of gekende*. Het Type kan deze functie vervullen doordat zij naar algemeen inzicht de kern, het gemeenschappelijke van het geheel van verschijningsvormen en/of objecten vertegenwoordigt.⁶⁴² Dit bestaande of gekende vormt in dat kader het referentiepunt waartegen het individuele wordt afgezet. De ordening die aan de hand daarvan plaatsvindt, is in wezen een vorm van classificeren. De betekenis van dit proces (bijvoorbeeld voor de onderzoekspraktijk) is echter nogal diffuus, vooral vanwege de verschillende

641 Hierop wijst vanuit een historisch-semantische analyse van het Type: Heyde 1952, p. 243.

642 Voor een nadere geschiedkundige en taalkundige analyse van het typenbegrip zij verwezen naar: Heyde 1952, p. 242-244. Daarin wordt o.a. aangetoond dat de betekenis van het typenbegrip nauw verbonden is met de Grieks-platoonse ideeënwereld.

betekenissen van het Type-begrip en de toepassingen die daaraan kunnen worden gegeven. Het probleem van die meerduidigheid in de begripsbepaling hangt samen met de oorsprong van de grondvorm. Jellinek brengt in zijn eerder genoemde studie twee fundamentele onderscheidingen aan in de Typen: de empirische Typen en de Ideaaltypen.

6.5.2.1 Empirische Typen

Een Type als handvat voor het beschrijven, ordenen en begrijpen van objecten of verschijnselen tegen de achtergrond van het bestaande of gekende, veronderstelt dat het Type is gegrond in dat bestaande, in een (waargenomen) praktijk. In zoverre behoeft dit Type een empirische ondergrond. Dit vormt de eerste elementaire onderscheiding van Typen, door Jellinek het empirische Type genoemd. Dit Type bestaat, in de woorden van Jellinek, uit de 'Zusammenfassung von Merkmalen der Erscheinungen'.⁶⁴³ Dit Type-begrip is gebaseerd op een vergelijking van een (groot) aantal individuele objecten of verschijnselen aan de hand van één of meerdere (vooraf bepaalde) kenmerken. Bepaalde voorstellen die wij hebben, bijvoorbeeld van bepaalde beroepen of (sociale) klassen, berusten op een dergelijk type, aldus Jellinek. De ordenende functie van het empirische Type is gelegen in de ordening van de veelsoortigheid van objecten of verschijnselen door het gemeenschappelijke daarin naar voren te brengen. Het empirische Type veronderstelt dus in de ontwikkelende fase een abstraheren en een inductieve methode. Heuristisch is het empirische Type van belang vanwege het begrijpen dat als gevolg van de ordening aan de hand van Typen ontstaat en het mogelijk maakt op basis daarvan tevens uitspraken te doen over toekomstige verschijnselen of verschijningsvormen.

Een aantal vragen laten zich naar aanleiding van het voorgaande vanzelfsprekend nog stellen. In de eerste plaats dient de relativiteit van de ontwikkeling van Typen in ogenschouw te worden genomen. De vaststelling dat empirische Typen gegrond zijn in en gewonnen worden uit het bestaande betekent geenszins dat daarmee ook probleemloos aanspraak kan worden gemaakt op objectiviteit. Typen worden in bovengenoemde opvatting immers altijd gewonnen uit een vergelijking *op basis van vooraf bepaalde kenmerken*. Dat veronderstelt dat die vergelijking altijd afhankelijk is van het perspectief van waaruit wordt vergeleken en van de vraag welke kenmerken als zodanig als maatstaf voor die vergelijking worden aangelegd. Een zuiver empirisch Type bestaat dan ook niet, maar kan worden nagestreefd door in de fase van ontwikkeling niet uit te gaan van een daadwerkelijke vergelijking op basis van vooraf bepaalde kenmerken, maar van een inventarisatie van kenmerken. Het lijkt deze benadering die ten grondslag ligt aan het empirische Type van Jellinek. De vergelijking op basis van vooraf bepaalde kenmerken lijkt eerder

⁶⁴³ Jellinek 1920, p. 36.

van belang in de fase van ordening, waarbij die vooraf bepaalde kenmerken gezamenlijk het Type vormen en welke op grond van een inventarisatie zijn verkregen.

Daarnaast laat zich de vraag stellen naar de flexibiliteit van het (empirische) Type. Het moge duidelijk zijn dat een ordening aan de hand van Typen geen waarde heeft indien over de betekenis van het Type zelf geen duidelijkheid en zekerheid bestaat. Er zal derhalve enigermate moeten worden uitgegaan van de fictie van een vaststaande betekenis van het empirische Type. Tegelijkertijd, en dat is inherent aan de ontwikkeling en het bestaan van het empirische Type, wordt zij gevormd door datgene dat in de werkelijkheid wordt aangetroffen. Dat betekent dat iedere individuele verschijning het beeld van het Type zowel kan doen bevestigen als veranderen, hetgeen het Type een zeker vloeiend karakter verleent.⁶⁴⁴ Voor Jellinek is dit dubbelzinnige karakter van het Type reden om te spreken van twee soorten Typen: de 'Entwicklungstypen' en de 'Daseinstypen'.⁶⁴⁵ Daarmee wordt, naast de beschrijving van bestaande, tevens beoogd een beeld te schetsen van de richting waarin Typen verschijnselen zich (zullen) begeven.

Een nadere onderscheiding binnen de empirische Typen brengt Larenz aan, waar hij de *Durchschnitts-* of *Häufigkeitstypus* enerzijds en de *Ganzheits-* of *Gestalttypus* anderzijds tegenover elkaar stelt. Met het eerstgenoemde Type wordt bedoeld te omschrijven de 'normale' reactie van een mens of een groep mensen in een bepaalde situatie of wanneer een bepaalde toestand als gebruikelijk kan worden omschreven, bijvoorbeeld in geval de weerssituatie overeenkomt met het gebruikelijke weerbeeld voor de tijd van het jaar. Typisch betekent in dit verband wat op grond van het normaal verloop van de dingen te verwachten is, zoals het gewoonlijk verloopt.⁶⁴⁶ Daartegenover staat de *Gestalttypus*, welke minder op de ervaring als op de objectieve eigenschappen van een bepaald object of verschijnsel is gericht. Het gaat dan om het geheel van eigenschappen die het object of verschijnsel karakteriseren.⁶⁴⁷ Zo geeft Heyde het voorbeeld van een gebied, het Thüringer Wald, dat een typisch middegebergte vormt omdat het aan bepaalde, voor het middegebergte kenmerkende eigenschappen voldoet.⁶⁴⁸ Het is niet zo, aldus Larenz, dat dergelijke kenmerken altijd noodzakelijkerwijs allemaal aanwezig dienen te zijn om (in dit geval) te kunnen worden getypeerd als middegebergte.

644 Dit karakter heeft consequenties voor de inhoud en de toepassing van Typen binnen het recht, bijvoorbeeld ten aanzien van de functie van Typen in het kader van de systematisering van het recht.

645 Jellinek 1920, p. 39. Men zou kunnen zeggen dat deze ontwikkelingstypen verband houden met de in de geschiedkundige wetenschappen toegepaste *Struktur-* en *Verlaufstypen* van Scheider. Zie: Larenz 1991, p. 461.

646 Larenz 1991, p. 462.

647 Larenz 1991, p. 462.

648 Heyde 1952, p. 235.

Eerder kunnen dergelijke kenmerkende eigenschappen in verschillende gradaties en verschijningsvormen van toepassing zijn op een bepaald object of verschijnsel. Dit Type wordt door Heyde omschreven als een 'Ganzheitlich auffassendes Allgemeines'.⁶⁴⁹

6.5.2.2 Ideaaltypen

Het Ideaaltype bij Jellinek is een Type van de verbeelding en de overtuiging. Het verbeeldt het volmaakte, perfecte wezen, de (normatieve) essentie van een bepaalde soort of een bepaald verschijnsel. Deze teleologische interpretatie van het type behoeft niet louter een beschrijving van het bestaande te zijn, integendeel, zij vertolkt tegelijkertijd het letterlijke ideaalbeeld (het 'Seinsollende' tegenover het 'Seiende'). Als maatstaf voor een beoordeling maakt het Ideaaltype dat wat daarmee overeenkomt goed is en bestaansrecht heeft. Tegelijkertijd dient datgene dat daarmee niet in overeenstemming is te worden afgewezen of verworpen en wordt het bestaansrecht daarvan in twijfel getrokken.⁶⁵⁰ Deze interpretatie van het Ideaaltype heeft derhalve een sterk normatieve lading, hetgeen betekenis heeft voor de manier waarop het Type tot stand komt. Het Ideaaltype is in deze visie immers gegrond op overtuigingen en beelden van wat goed, slecht of volmaakt is. In tegenstelling tot het empirische Type heeft het daarom ook de pretentie te verwijzen naar een hogere vorm van bestaan.⁶⁵¹ De context van totstandkoming van deze Typen verschilt dan ook aanmerkelijk van die van de empirische Typen, welke (idealiter) voortvloeien uit een waarde vrije inventarisatie van bepalende kenmerken. Zo omschrijft Jellinek de context van totstandkoming van ideaaltypische staatsvormen door te verwijzen naar het gedachtegoed van de grote staatsmannen en (grote) politieke partijen en revolutionairen: een sterk gepolitiseerde en deliberatieve context derhalve.⁶⁵² Vraagstukken ten aanzien van de flexibiliteit spelen bij het Ideaaltype in feite geen rol, nu immers de norm wordt gesteld door het Ideaaltype. Dit Type wordt in de regel dan ook omschreven als het normatieve Ideaaltype.

Ook zonder het normatieve element wordt in de literatuur van een Ideaaltype gesproken. Deze visie berust in belangrijke mate op Weber, die niet zozeer het normatieve aspect bij het Ideaaltype benadrukt, maar het Ideaaltype gebruikt als een feitelijke omschrijving van de volmaakte ('Reine') vorm van een object of verschijnsel. Als type is zij dan ook niet nastrevenswaardig, en in die zin geen in acht te nemen voorbeeld, maar een als referentiepunt voor onderzoek en analyse te hanteren constructie waartegen datgene dat in de werkelijkheid wordt aangetroffen op neutrale wijze wordt afgezet.⁶⁵³

⁶⁴⁹ Heyde 1952, p. 238.

⁶⁵⁰ Jellinek 1920, p. 34-35.

⁶⁵¹ Jellinek 1920, p. 36.

⁶⁵² Jellinek 1920, p. 35.

⁶⁵³ Weber (1921) 2002, p. 10.

Op dit vlak bestaat er bovendien een verbinding met de empirische Typen, welke eveneens berusten op datgene dat in de werkelijkheid wordt waargenomen. Naar haar aard behoeft zij, evenmin als dat het geval is bij bijvoorbeeld de *Gestalttypus*, niet als zodanig in zijn geheel in de werkelijkheid te worden aangetroffen; wel gaat het bij dit Ideaaltype, meer dan het geval is bij de empirische Type, om een model dat zelf als vergelijkingsmaatstaf wordt benut. Niet alleen naar oorsprong, maar ook naar doelstelling en functie verschilt zij derhalve van de empirische *Gestalttypus*. Larenz noemt dit Type, in navolging van Engisch en in afwijking van de normatieve Ideaaltype, het logische Ideaaltype.⁶⁵⁴ Het belangrijkste verschil met het normatieve Ideaaltype is gelegen in het feit dat de laatste wordt gebruikt als een normatieve maatstaf, dat er aan de hand daarvan een normatief oordeel wordt geveld.

6.6 JURIDISCHE TYPOLOGIE

We hebben hierboven kunnen vaststellen dat de typologie en het Type kunnen bijdragen aan de beschrijving, de analyse en het begrijpen van zowel algemene objecten en verschijnselen als de individuele representanten daarvan. Ook binnen de rechtswetenschap is aan deze methode herhaaldelijk aandacht besteed, hoewel moet worden vastgesteld dat de aandacht voor de methode met name stamt uit de eerste helft van de twintigste eeuw en dan voornamelijk in de Duitse literatuur aan de orde is gekomen. Een belangrijk verschil met de hierboven gegeven inbedding van de typologie in de verschillende wetenschapsgebieden, vormt de voorwaarde waaronder de juridische typologie tot ontwikkeling moet komen. Zoals in meerdere vormen van het vergelijkende denken, is het van belang de kaders en de kenmerken vast te stellen op grond waarvan Typen tot stand komen. In tegenstelling tot vele andere vormen van typologie zal daar in het recht vaak een normatief element in zitten, in het bijzonder wanneer de wetgever gebruik zal maken van dergelijke Typen-verwijzingen. De wetgever zal immers altijd een bepaald beeld voor ogen hebben van datgene dat hij beoogt te ordenen of te sturen. Dat heeft consequenties voor de wijze waarop de typologie en het Type kan worden benut en begrepen.⁶⁵⁵ Deze consequenties zullen hieronder nader worden onderzocht. Allereerst volgen enkele opmerkingen over de verhouding van de typologische methode tot de aard van het recht, tot de rechterlijke oordeelsvorming en de betekenis van de typologie voor de strafvorming.

De uitwerking van de typologie voor het (straf)recht, zoals die hieronder zal plaatsvinden, leidt allereerst tot een nadere plaatsbepaling van deze methode binnen de theorievorming over de aard van de juridische denkvorm en de rechterlijke oordeelsvorming. Opvallend is dat de typologische metho-

654 Larenz 1991, p. 463. De normatieve Ideaaltype wordt in dat kader omschreven als de 'axiologische Typus'.

655 In deze zin: Larenz 1991, p. 469.

de in het recht een zelfstandige betekenis in de rechtsvinding heeft gekregen ten opzichte van de zogenaamde *Begriffsjurisprudenz*. Daarnaast kan aan de hand van de juridische typologie tot een verfijning worden gekomen van de hierboven gemaakte onderscheiding van Typen in empirische Typen en Ideaaltypen. Vervolgens zal specifiek worden ingegaan op de relevantie van de typologie voor de beslissing over de straf.

6.6.1 *Begriffsjurisprudenz, afbeeldingsdenken en Typologie*

Als gezegd dient, ter verduidelijking en bevestiging van de typologische methode in het licht van de rechterlijke oordeelsvorming en tevens als verklaring voor haar opkomst, te worden stilgestaan bij wat in het algemeen als *Begriffsjurisprudenz* wordt omschreven. Veelal wordt immers de ontwikkeling en toepassing van het Type in het recht gezien als een reactie op deze *Begriffsjurisprudenz*.

De *Begriffsjurisprudenz* kan, met enig gebrek aan nuance, worden beschouwd als de stroming binnen de rechtstheorie die, terugvallend op de 19^e eeuwse Pandectenwetenschap, zich ten doel stelde op basis van begripsanalyse te komen tot definities van zuiver formele, analytische begrippen waarmee op een wiskundige wijze het recht logisch kan worden geconstrueerd.⁶⁵⁶ Deze benadering van het recht en de rechtspraak vormde op zichzelf weer een reactie op de doorwerking van de inzichten van de Historische School, welke in navolging van vooral Von Savigny het rechtsbewustzijn en de gewoonte als belangrijkste bron van recht pleegde te aanvaarden. Grondlegger van wat achteraf als de *Begriffsjurisprudenz* bekend is geworden, was Von Jhering, zelf in een later stadium overigens één van de grootste critici van diezelfde stroming.

De uitwerking van de op zichzelf aanvaardbare gedachte de begrippen van het recht te betrekken in de analyse van het recht en de rechtsvorming leidde evenwel tot de kritiek dat deze stroming zich te ver van de maatschappelijke werkelijkheid verwijderde en deze ondergeschikt maakte aan het systeem en de systematisering van het recht. Niet de methode op zichzelf, de noodzaak tot systematiseren, maar de eenzijdige oriëntatie daarop werd uiteindelijk het belangrijkste kritiekpunt op deze stroming.⁶⁵⁷ De eenzijdige oriëntatie op begrippen leidt tot een overconcentratie daarop in de toepassing van het recht en veranderde de functie van begrippen van dienend naar overheersend.⁶⁵⁸ De begrippen die binnen een dergelijke methode tot stand komen, zijn producten van wetenschappelijke arbeid, eerder dan producten van het positieve recht en/of het in het samenspel met de maatschappelij-

656 Hierover o.m.: Van den Bergh 2000, p. 128; Wolff 1952, p. 199.

657 In deze zin o.m.: Franken e.a. 1993, p. 127-128; Asser-Scholten 1974, p. 46-48; Loth 1990, p. 6.

658 Loth 1990, p. 6.

ke realiteit ontstane recht.⁶⁵⁹ In de toepassing van de regel zou dan bovendien geen mogelijkheid meer bestaan te reflecteren op de doeleinden van de regel.

De verwijdering van de maatschappelijke werkelijkheid door de *Begriffsjurisprudenz* deed de behoefte ontstaan naar een manier van rechtsvinding en rechtsvorming die, meer dan daarvoor, oog had voor en ruimte kon bieden aan die maatschappelijke werkelijkheid. Dat betekende een loslaten van de zuiver systematische en analytische, sterk op de juridische begrippen gerichte benadering van de *Begriffsjurisprudenz* en een legistische visie op de rechterlijke rechtsvinding. De *Freirechtsschule* en de *Interessenjurisprudenz* hebben daaraan in Duitsland in belangrijke mate bijgedragen.⁶⁶⁰

De Nederlandse rechtswetenschap heeft deze gedachte omarmt met de doorwerking van het gedachtegoed van Scholten: 'De oude waan, dat alle recht in de wet te vinden is, dat wet en recht synoniem zijn, ligt verbroken.'⁶⁶¹ In een breder verband heeft de kritiek op de *Begriffsjurisprudenz* ingang gevonden als uitvloeisel van de discussie over de betekenis van het afbeeldingsdenken voor de legitimiteit van de wet en de rechterlijke oordeelsvorming. Foqué en 't Hart verwoordden de kritiek op het afbeeldingsdenken, de gedachte dat (juridische) begrippen een daadwerkelijke en volledige weergave (kunnen) zijn van de in de werkelijkheid aan te treffen subjecten, objecten en verschijnselen.⁶⁶²

De betekenis van de typologie voor de rechtswetenschap dient op theoretisch niveau te worden begrepen tegen de achtergrond van een destijds dominant legisme en het tegelijkertijd bestaande geloof in een volledig samengaan van maatschappelijke werkelijkheid en de tekst van de wet: het klassieke afbeeldingsdenken. De afwijzing van de in zichzelf gekeerde *Begriffsjurisprudenz* kan evenwel niet verhullen dat binnen het recht, en met name binnen het strafrecht, de behoefte en de noodzaak tot ordening en analyse is blijven bestaan. Als zodanig is de geest van de *Begriffsjurisprudenz* niet zomaar terug in de fles te plaatsen.⁶⁶³

De gespletenheid in het denken over rechtsbegrippen, werkelijkheid en ordening na de afwijzing van de *Begriffsjurisprudenz* komt tot uitdrukking in de paradoxale opkomst van het ordeningsdenken, welke zich kwalificeerde tegenover de *Begriffsjurisprudenz*. Tegenover de met de *Begriffsjurisprudenz* verbonden *Klassenbegriffe* dienden zich de zogenaamde *Ordnungsbegriffe*

659 Loth 1990, p. 5.

660 Over de betekenis en ontwikkeling van deze bewegingen, zie bijvoorbeeld: Sauer 1970, p. 588-590; Franken e.a. 1993, p. 127-130; Van den Bergh 2000, p. 159.

661 Geciteerd in: 't Hart 1994, p. 71.

662 Waar zij spreken over de opstand van de feiten tegen de wet: Foqué & 't Hart 1990, p. 203-211; Zie ook: 't Hart 1995.

663 Aldus: Loth 1990. Voor de noodzaak tot ordening wordt verwezen naar de hierboven geventileerde opvatting over het legaliteitsbeginsel. Zie § 4.2.1 en 4.4.2.

aan, ontstaan uit de behoefte recht te doen aan de werkelijkheid, die weliswaar kan worden geordend, maar waarin de onderscheidingen tussen de begrippen die de werkelijkheid beschrijven of normeren eerder vloeiend zijn dan statisch bepaald. Het Type wordt vanuit dat perspectief gebracht als de belangrijkste representant van dit ordeningsdenken. Een korte 'typering' van klassen- en ordeningsbegrippen kan hier behulpzaam zijn.

Het onderscheid tussen Klassen- en Ordeningsbegrippen is afkomstig van Hempel en Oppenheim.⁶⁶⁴ In hun studie naar het typebegrip in het kader van de logica en systeembouw in de psychologie stellen zij het Klassenbegrip, in overeenstemming met wat wij eerder zagen met betrekking tot de Begriffsjurisprudenz, voor als een begrip dat naar haar aard (zij bevat eigenschappen waaraan verschijnselen in de werkelijkheid wel of niet kunnen voldoen) verbonden is met de traditionele subsumptie. Alvorens het ordeningsdenken en het daarbij passende analytisch model nader van toepassing te verklaren op de wijze waarop het probleem van de strafvorming kan worden tegemoet getreden, zal helderheid moeten worden verkregen over de ogenschijnlijk moeilijk bepaalde relatie tussen de hierboven gevoerde discussie met betrekking tot de aard en de functie van *rechtsbegrippen* enerzijds en de voor de strafvorming van belang zijnde ordening van verschijnselen, de feiten, met het oog op het daaraan verbinden van rechtsgevolgen anderzijds. We stuiten daarbij weer op het probleem van de juridische begripsvorming en haar relatie tot de werkelijkheid. De aard van de juridische begrippen is door Hart getypeerd als zijnde van *open texture*.⁶⁶⁵ De functie die zij vervullen verschilt naar gelang men dichterbij staat, of verder af komt van de interpretatie van de *Begriffsjurisprudenz*. Waar zij binnen de *Begriffsjurisprudenz* als overheersende rechtsbron hebben te gelden en het uitgangspunt vormen voor een deductieve rechtsvorming, dienen zij bij Nieuwenhuis als maatstaf voor de vergelijking van rechtsverschijnselen in het zoekproces naar gezichtspunten en argumenten voor (nieuwe) regels en beslissingen.⁶⁶⁶

De invloed van het ordeningsdenken op de juridische typologie lijkt zich te doen gelden bij een verbreding van de betekenis die zowel Wolff als Larenz aan het juridische Type verlenen. Bepalend is daar niet meer alleen de constituerende, bijna fysieke betekenis van het Type voor de beoordeling van het individuele geval, maar haar systematiserende karakter, de betekenis die het heeft voor de ordening van de verschijningsvormen zoals die in de werkelijkheid worden aangetroffen. Allereerst een enkel woord nog over de betekenis van het Type voor de aard van het recht en de rechterlijke oordeelsvorming.

⁶⁶⁴ Hempel & Oppenheim 1936.

⁶⁶⁵ Hart 1997, p. 124 e.v.

⁶⁶⁶ Nieuwenhuis 1980, p. 107 e.v.; Loth 1990, p. 9.

6.6.2 Reductie, concretisering en ordening

In de toepassing van het recht op een individueel geval zit in zekere zin altijd een reductie van de werkelijkheid besloten. Voor het strafrecht geldt in dat verband dat de werkelijkheid van belang is voor zover zij ten dienste staat van- of te herleiden is tot de beantwoording van één van de vragen van het beslissingsmodel van art. 348 en 350 Sv. Voor de strafrechter geldt daarenboven dat de beantwoording van die vragen is beperkt tot de grondslag van de tenlastelegging. Binnen het kader van die (dubbele) reductie, welke voortkomt uit de context zoals die in Deel II is beschreven, functioneert de strafrechter.

In § 5.3.1. werd gesteld dat het proces van reductie zich moeilijk verhoudt tot de strafbeslissing, in welk geval juist wordt aanvaard dat de gehele feitelijke constellatie er, in het licht van de waardering van de ernst van het feit, de omstandigheden van het geval en de persoon en de persoonlijkheid van de dader, alsmede in het licht van de te hanteren strafdoelen, toe doet. Dat neemt niet weg dat in het proces van *Umwertung* een zekere reductie noodzakelijk is, zo werd gesteld. Het richtpunt voor die reductie, de specifieke handvatten voor de beslissing wordt evenwel slechts in beperkte mate geboden door de wet. Hiervoor werd in dat verband reeds gewezen op het belang van de bewezenverklaring als materiële grondslag van de strafbeslissing (§ 4.3.6.1). Het spanningsveld tussen concretisering en ordening, tussen reductie en veelzijdigheid is in zekere zin terug te vinden in de aard van het Type, welke los van de specifieke grondslag daarvan toch in de kern betrekking heeft op de vaststelling van de betekenis van een concrete verschijningsvorm ten opzichte van een dat overstijgend algemeen beeld, dat is gebaseerd op enkele als essentieel aangemerkte kenmerken. De reductie die in dat proces plaatsvindt, welke methodologisch is te vergelijken met de subsumptie, heeft voor het recht een dubbelzinnige betekenis die een zekere spanning oproept. Enerzijds moet die reductie vanuit de kritiek op het afbeeldingsdenken worden geacht een bescherming van het individuele op te leveren, terwijl anderzijds een reductie op zichzelf, vergelijk in dit verband ook de uitwassen van de *Begriffsjurisprudenz*, de betekenis van het bijzondere ten opzichte van het algemene kan doen marginaliseren en als gevolg daarvan afbreuk kan doen aan het beschermende karakter van het recht of de specifieke bepaling in de wet. Dat gevaar lijkt zich met name voor te kunnen doen op die terreinen van het recht waar de normering van het handelen specifiek is toegesneden op de beoordeling van de feiten en derhalve voor haar concretisering in handen is gelegd van de rechter.

Bezien vanuit het voorgaande ligt het niet voor de hand de betekenis van *Begriffe* voor het recht te marginaliseren en daartegenover als alternatief het Type te plaatsen. De getoonde uitwassen van de *Begriffsjurisprudenz* vormen, in combinatie met de eerder gesignaleerde ontwikkeling waarin de rechtspraktijk in toenemende mate wordt geconfronteerd met vage of open normen, wel de aanleiding de 'zachtere' ordening door middel van Typen aan

een nader onderzoek te onderwerpen. In het algemeen wordt als theoretisch voordeel van Typen beschouwd dat zij, al naar gelang de toegepaste soort, naar hun aard meer op de werkelijkheid zijn betrokken dan de begrippen uit de *Begriffsjurisprudenz* en aldus meer recht kunnen en moeten doen aan de grote verscheidenheid aan subjecten, objecten en handelingen waarop dat recht betrekking kan en moet hebben. Het stelt de toepassing van het recht in het teken van de mogelijkheid om, in tegenstelling tot de Begrippen, onderscheidingen aan te brengen in de rechtsgevolgen bij diversiteit in de verschijnselen zoals die zich voordoen in de werkelijkheid, alsmede een ordening daarin aan te brengen.

De vraag is nu op welke wijze deze typen ook daadwerkelijk in het recht kunnen worden aangetroffen en op welke wijze deze tot stand komen en kunnen worden toegepast. Van belang in dit geval is, naast de betekenis van het type voor het recht, de verhouding tussen wetgever en rechter in de ontwikkeling en de toepassing van dergelijke Typen.

Het recht, dat het handelen van burgers ordent en stuurt, zal zich genoodzaakt zien gebruik te maken van Typen, aldus Wolff: 'Auf Grund einer Modellvorstellung, die er sich von weiteren Bereichen des sozialen Wirkungszusammenhanges macht und die er seinem Ideal anzunähern trachtet, bestimmt er welches der in dieser typischen Situation auf dem Spiele stehenden Interessen, weil minderwertig, zurückzustehen hat.'⁶⁶⁷ Hier komt de klassieke tegenstelling tussen de noodzakelijke algemeenheid én bepaaldheid van de wet naar voren. Waar de *Begriffsjurisprudenz* te weinig ruimte bood aan de maatschappelijke werkelijkheid, is de legitimiteit van het Type juist verbonden met de complexiteit en veelvormigheid van die maatschappelijke werkelijkheid en de (on)mogelijkheid om deze binnen het recht te ordenen en te sturen.⁶⁶⁸ Om dit toch zoveel mogelijk te realiseren zal een wetgever bij de formulering van bepaalde regels uitgaan en ook uit moeten gaan van een bepaald beeld van een situatie welke wordt beoogd te regelen en de rechtsgevolgen die daaraan verbonden (kunnen) zijn. Juist binnen de beschreven meerduidige en veelzijdige context waarbinnen de beslissing over de straf wordt gerealiseerd, is er aanleiding dit concept nader te onderzoeken naar zijn betekenis voor de rechterlijke oordeelsvorming en de methode van rechtsvinding.

6.6.3 *Plaatsbepaling van de typologie in de rechterlijke oordeelsvorming en de methoden van rechtsvinding*

Op grond van het bovenstaande kan inmiddels iets meer worden ingegaan op de verhouding van de typologie tot de rechterlijke oordeelsvorming. Hierboven werd daarover al vastgesteld dat een heldere scheidslijn tussen een generaliserende en individualiserende denkvorm niet te maken valt. Beiden

⁶⁶⁷ Wolff 1952, p. 200.

⁶⁶⁸ Wolff 1952, p. 199-200.

zijn zodanig op elkaar betrokken en rechtvaardigen elkaar juist, dat een heldere scheiding ook niet nodig lijkt. Toch duidt de verkregen informatie op een onzekerheid ten aanzien van de typologische denkmethode die relevant kan zijn voor de aanvaardbaarheid daarvan voor de praktijk. De kern van dit betoog heeft betrekking op het inmiddels wat kunstmatig aandoende onderscheid tussen *Begriffe* enerzijds en Typen anderzijds. De typologische methode is immers generaliserend waar zij leidt tot een reductie of abstraaheren van de werkelijkheid in een individueel geval ten opzichte van datgene dat bijvoorbeeld in een rechtsnorm als relevant is aangeduid. Dit denkproces richt zich op het verkrijgen van inzicht in die kenmerken die het individuele geval onderbrengen in een reeks van gevallen of categorieën. In dat opzicht is de typologische methode gelijk aan het werken met *Klassenbegriffe*. Daartegenover staat dat, in overeenstemming met hetgeen hierboven werd gesteld over de ontstaansgeschiedenis van de typologie, deze methode weliswaar kan worden gezien als een generaliserende denkvorm, maar als richtpunt het individuele geval of de individuele verschijning heeft en derhalve kan worden gedefinieerd ten opzichte van (en tegenover) de *Begriffe*. Een 'Denkform des Allgemeinen'⁶⁶⁹ derhalve, welke een synthese beoogt te bewerkstelligen tussen het classificerende en het individualiserende denken. Het is om deze reden dat Wiarda en ook Nieuwenhuis de typologische methode plaatsen in het licht van het vergelijkende denken: categoriseren waar dat mogelijk is, maar onderscheidingen aanbrengen waar de aard van de situatie daar om vraagt.

Voor de rechterlijke oordeelsvorming betekent dat tweeërlei: los van de aard van het gehanteerde Type zal de rechter door de toepassing ervan op het individuele geval de betekenis van het Type versterken en bevestigen. Tegelijkertijd vereist de typologische methode dat de verfijning van die Typen doorgang moet vinden, evenals de ontwikkeling van nieuwe Typen, ter concretisering vooral van open of vage normen.⁶⁷⁰ Vanuit de klassieke methode van oordeelsvorming bezien, de subsumptie van een geval onder een wettelijke regel, betekent dit dat er in feite een tussenlaag wordt toegevoegd aan het noodzakelijk in algemene termen vervatte wettelijk kader. De typologische subsumptie, zoals Wolff het noemt, bedoelt als zodanig de verbinding tussen dat wettelijk kader en het individuele geval te verduidelijken, de plaats van het individuele ten opzichte van het algemene meer betekenis te geven.⁶⁷¹ Daartoe worden als het ware sub-categorieën gecreëerd, welke feitelijk de maatstaf vormen voor de beoordeling die plaatsvindt onder de daarboven hangende algemene wettelijke norm.

De aanduiding van de typologische methode als methode van rechterlijke oordeelsvorming doet de vraag rijzen hoe deze methode zich verhoudt tot de gebruikelijke en geaccepteerde methoden die de rechter ten dienste staan bij

669 Leenen 1971, p. 25-27.

670 Wolff 1952, p. 201.

671 Wolff 1952, p. 200-201.

de vaststelling van de betekenis van de wet. Wat is de plaats van de typologie in de gereedheidskist van de rechter? In dat kader moet worden vastgesteld dat de typologie als zelfstandige (interpretatie)methode daarin geen plaats lijkt toe te komen. Men moet zich dan ook de vraag stellen in hoeverre er dan ook daadwerkelijk sprake is van het interpreteren van de tekst van de wet. De *Typenontwikkeling* met name geeft in feite aan dat de typologische methode zich beweegt op het grensvlak van rechtsvinding en rechtsvorming.

6.6.4 *Typologie en systematisering*

De genoemde dubbelzijdige rol van het Type maakt duidelijk dat het Type niet slechts betekenis heeft als richtpunt voor de rechterlijke oordeelsvorming in een individueel geval. Kenmerk van de typologische methode is dat zij die overstijgt juist door gebruik te maken van Typen. De daaruit volgende noodzaak tot typenontwikkeling maakt daarom de typologie tot een methode die kan bijdragen aan een rechtswetenschappelijke systeembouw, waarin Typen niet als een zelfstandige of autonome entiteit voorkomen, maar vooral ook in een reeks van Typen betekenis krijgen en daardoor betekenis verlenen aan het individuele geval. De ordening of de systematisering van het recht aan de hand van Typen krijgt daarin zijn beslag en het is in deze ordening waarbinnen de specifieke aard van het Type ook meer reliëf krijgt: de ordening op basis van reeksen van Typen veronderstelt dat de overgangen op grond van die Typen een vloeiend karakter hebben en altijd in laatste instantie uitgaan van een *Gesamtbild*. Die kenmerken vormen ook de belangrijkste waarborg tegen het hierboven onderkende gevaar dat ook de classificerende Typen een te starre toepassing in de praktijk krijgen.

De betekenis van de typologie voor de systematisering van het recht laat zien dat er naast de genoemde, op de objectieve kenmerken gerichte *Gestalttypen*, de op het te verwachte handelen gerichte *Haufigkeitstype* en de verschillende soorten Ideaaltypen een ander soort, of misschien wel een andere functie van het Type te onderscheiden is voor het recht, een Type dat niet zozeer is gericht op de kenmerkende eigenschappen van het voorliggende geval als wel op de verhouding tot het systeem en de daaraan te verbinden consequenties. Deze onderscheiding wordt ook wel aangeduid als de *Typenreihe*, de geordende verzameling of reeks van Typen.⁶⁷² Daarover werd al gezegd dat juist de reeks de aard van het Type in het bijzonder tot uitdrukking brengt: waar ervan uit wordt gegaan dat het Type nooit zo sterk bepaald kan zijn als het *Begriff*, zal een beschrijving en ordening niet anders kunnen plaatsvinden dan aan de hand van vloeiend in elkaar overgaande voorstellingen van de werkelijkheid: Typen. In deze zin is het begrijpelijk dat in de literatuur de openheid, elasticiteit of de flexibiliteit van het Type wordt benadrukt. Dat is vooral belangrijk vanwege

⁶⁷² In deze zin o.m. Larenz 1991, p. 469.

de onvermijdelijk met het recht verbonden noodzaak tot het aanbrengen van onderscheidingen in rechtsgevolgen. Dat lag immers op zichzelf nog niet helemaal voor de hand op grond van de eerder genoemde onderscheiding op basis van de idee van empirische- en Ideaaltypen. Gesteld kan worden dat juist die systematiserende functie van het Type van belang is voor een goed gebruik binnen de juridische context, die er immers mede op is gericht een beslissing mogelijk te maken ten aanzien van de gevolgen die zijn verbonden aan de vaststelling van de feiten en de toepassing daarop van het recht.

De systematiserende functie van het Type, concreet tot uitdrukking komend in de *Typenreihe*, brengt ook de toepassing van het Type in de praktijk een stap verder en dichtert bij wat in de huidige literatuur veelal het categoriseren wordt genoemd, een methode die met name ingang lijkt te hebben gevonden in de rechtswetenschappelijke discussie met betrekking tot de toetsing van belangenafweging door de rechter. In dat kader wordt onder categoriseren verstaan het in een gegeven geval opstellen van een regel of een premisse met betrekking tot een grondrecht welke in het gegeven geval, maar ook in latere vergelijkbare gevallen kan worden toegepast.⁶⁷³

6.6.5 Enkele samenvattende opmerkingen

De betekenis van deze Typen voor de rechtswetenschap is op theoretisch niveau verklaard als reactie op de zogenaamde *Begriffsjurisprudenz* en het in de literatuur bekritiseerde afbeeldingsdenken dat daarmee samenhangt. Gebleken is voorts dat het recht onvermijdelijk gebruik maakt van vooronderstellingen of beelden van het menselijk handelen waar het de ordening en de sturing daarvan door middel van de wet betreft. Tegelijkertijd blijken ook de door de *Freirechtschule* en anderen bekritiseerde Begrippen noodzakelijkerwijs tot het repertoire van wetgeving te behoren. Het lijkt derhalve niet zinvol het begrippelijke denken in zijn algemeenheid af te wijzen; veeleer moet op zoek worden gegaan naar het eerder aan de orde gekomen thema in welke gevallen de typologische methode een zelfstandige betekenis heeft ter versterking en rationalisering van de rechterlijke oordeelsvorming. De vraag rijst dan naar de aard en de betekenis van de juridische Typen. Vooraleer daar nader op zal worden ingegaan is het wellicht op zijn plaats de op grond van het bovenstaande verkregen informatie samen te vatten. Het wetenschappelijk construct van het Type heeft, betrokken op het recht, zowel betekenis voor de rechterlijke oordeelsvorming als voor de samenhang en de ontwikkeling van het juridische systeem dat het handelen van burgers beoogt te sturen en/of te ordenen. In dit spanningsveld van systeemontwikkeling kan men gemakkelijk de fundamentele problematiek van de hedendaagse rechtsvinding en rechtsvorming ontdekken: het reeds lang gesignaleerde toegenomen gebruik van vage of open normen verhoudt zich niet altijd tot de op de ver-

673 Zie in dit verband recent: Gerards 2006, p. 7-12.

eisten van legaliteit te herleiden noodzaak tot ordening en realisering van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. De typologische methode lijkt een bemiddelende rol te kunnen vervullen in dit spanningsveld. De ontwikkeling en de toepassing van Typen in de rechtspraak is evenwel niet van bezwaren gespeend. In haar classificerende functie kan zij immers gemakkelijk de met de *Begriffsjurisprudenz* verbonden problemen binnenhalen wanneer de gehanteerde Typen verstarren tot dergelijke begrippen. Om over de realiteit van dergelijke bezwaren meer te weten, is het noodzakelijk op dit moment in te gaan op de wijze waarop en in welke gevallen in de literatuur daadwerkelijk van Typen wordt gesproken.

6.6.6 *Juridische Typen – functie en verschijningsvormen*

In de literatuur wordt zeer divers gedacht over de Typen, zowel waar het de relevantie voor het recht betreft als de wijze waarop deze zijn te herkennen. Over de vraag waarom Typen ook binnen de rechtswetenschap en de rechtspraktijk van belang zijn, is hierboven op grond van de analyse van de betekenis van het Type ten opzichte van het Begrip al het een en ander geschreven. Daaraan kan worden ontleend de gedachte dat de functie van juridische Typen in het bijzonder lijkt te zijn gelegen in de realisering van een gelijke behandeling en waardering aan de hand van een vergelijking of wisselwerking tussen het algemene en het bijzondere. Zo stelt Sauer het volgende: 'Das Typische beruht auf der Übereinstimmung mehrerer spezifischer Lebenserscheinungen (...) im Hinblick auf ihre positive oder negative Bedeutung zwecks gemeinsamer Behandlung und Bewertung (mijn cursivering, GKS).'⁶⁷⁴ Ook de hierboven aangehaalde ordenende functie van het Type en de *Typenreihe* berust op de gedachte dat die in het recht slechts zinvol is indien deze ten dienste staat van de daaraan te verbinden rechtsgevolgen.

In de wetenschappelijke literatuur wordt wel aanvaard dat Typen te herkennen zijn in twee gevallen: wanneer de wet daarnaar verwijst of wanneer de wet zelf een Type benoemt. Wanneer de wet zelf naar Typen verwijst, dan verschijnen in de opvatting van Larenz in het bijzonder twee soorten Typen. De eerste vorm waarin van Typen sprake kan zijn betreft de al eerder genoemde Häufigkeitstypus. Dit Type, dat verwijst naar een in het algemeen te verwachten handelingspatroon in bepaalde situaties, kan men naar het oordeel van Larenz ontwaren in de in art. 157 BGB vervatte verwijzing naar de 'Verkehrssitte', dat bepalend is voor de uitleg van de inhoud van een overeenkomst.⁶⁷⁵ Dat begrip verwijst naar hetgeen men in het algemeen gewoon is te doen en waarop men de verwachtingen ten aanzien van elkaars handelen mag stoeien. Voor het Nederlandse recht zou men in dat opzicht bijvoorbeeld kunnen

⁶⁷⁴ Sauer 1970, p. 158.

⁶⁷⁵ Larenz 1991, p. 464.

denken aan de verwijzing naar de verkeersopvattingen in art. 6:162 lid 3 BW. Met de verwijzing daarnaar worden die verkeersopvattingen een juridische norm, maar bepaald zijn zij niet. Evenmin vormen de daaruit voortvloeiende eisen ten aanzien van betrokken partijen begrippelijke uitgewerkte regels, zoals Larenz stelt, maar vormt zich op basis van de gedragingen die geheel volgens verkeersopvattingen plaatsvinden een set van 'bewegliche Maßstäbe' die in de wisselwerking tussen het onder het Typische gedrag gekwalificeerde handelen en de toepassing in het individuele geval telkens opnieuw moeten worden afgewogen en geconcretiseerd.⁶⁷⁶ Daarnaast, en door Larenz van groter belang geacht voor het recht, is er de meer normatieve Type. Daarvan is bijvoorbeeld sprake, aldus Larenz, wanneer de wet groepen van personen beschrijft vanuit en met het oog op de hun toekomende rol in het maatschappelijk verkeer. Voorbeelden daarvan zijn de veefokker en de houder in het eigendomsrecht (Besitzdiener), die ieder vanuit de hun toekomende rol een bepaalde handelwijze zullen moeten volgen en aan bepaalde verplichtingen moeten voldoen. Hoewel in de ogen van Larenz ook deze Typen aan de werkelijkheid zijn ontleend, volgt uit de verdere ontwikkeling en toepassing van het Type dat normatieve elementen eveneens een rol spelen in de nadere begrenzing en bepaling van deze Typen.⁶⁷⁷

Om te verduidelijken waarin het verschil is gelegen tussen 'begrippen' en 'typen' gebruikt Nieuwenhuis het voorbeeld van het 'begrip' motorvoertuig en het 'type' vrije respectievelijk gebonden mede-eigendom. Waar het bij het begrip motorvoertuig gaat om het wel of niet, de of-of vraag (iets is wel of geen motorvoertuig in de zin van de wet), gaat het bij de typen aldus Nieuwenhuis vaak om vragen van meer of minder, een vraag die wordt besproken aan de hand van de juridische nalatenschap als vrije of als gebonden vorm van mede-eigendom. De bedoelde typologische denkvorm is gericht op het rangschikken op basis van dit uitgangspunt: meer of minder. Dat ziet men ook terug in een andere beschrijving van de gevallen waarin typologische gezichtspunten een rol spelen: bij de hoegrootheid van de kans op ongevallen, de ernst van de gevolgen en de mate van bezwaarlijkheid van veiligheidsmaatregelen. De consequentie daarvan, het denken in meer of minder, is niet alleen dat het de mogelijkheden schept een scherper inzicht te krijgen in de relevante feiten en omstandigheden, maar ook dat het de rechter in staat stelt onderscheid aan te brengen in de rechtsgevolgen. Zo stelt Nieuwenhuis dat het de rechter bijvoorbeeld in staat stelt de mate van schuld te laten doorwerken in de omvang van de schadevergoeding.⁶⁷⁸ Dat biedt al enige aanknopingspunten voor de vaststelling in welke gevallen de typologie als methode aanknopingspunten biedt voor versterking van de rechterlijke oordeelsvorming.

⁶⁷⁶ Larenz 1991, p. 464.

⁶⁷⁷ Larenz 1991, p. 465.

⁶⁷⁸ Nieuwenhuis 1976, p. 513.

6.7 DE BETEKENIS VAN DE TYPOLOGIE VOOR DE STRAFVORMING
– EEN VERKENNING

Wetten bestaan voor een groot deel uit begrippen die, betrokken op de werkelijkheid, tot een reductie of constructie daarvan leiden. Een deel van het materiële strafrecht bestaat uit abstracte beschrijvingen van gedragingen die naar hun aard of (mede) naar hun gevolg als strafwaardig dienen te worden beschouwd. De afgrenzing van die begrippen is, vanuit het legaliteitsbeginsel en met het oog op de vestiging en beperking van strafrechtelijke aansprakelijkheid, van groot belang. Zowel in het kader van de voorwaarden voor strafbaarheid als in het kader van de interpretatie van (bestanddelen van) delictsomschrijvingen wordt door sommige schrijvers verwezen naar de zogenaamde *Typizität* van delictsomschrijvingen. Dat begrip verwijst naar de Duitse dogmatiek met betrekking tot de voorwaarden van een strafbaar feit, waarin het in zekere zin gelijk gesteld wordt met de delictsomschrijving.⁶⁷⁹ Daarnaast, en daarop wijzen de hieronder genoemde auteurs in het bijzonder, zou de *Typizität* van belang zijn bij de interpretatie van de bestanddelen van de delictsomschrijvingen. Deze zou dan als een soort buitengrens functioneren van gedragingen die nog onder de betreffende delictsomschrijving kunnen worden ondergebracht. Kelk stelt in dat verband, en in lijn met de rechtspraak van het EHRM waarin ‘the essence of the offence’ als criterium wordt gebruikt, dat de interpretatie van delictsbestanddelen bij het ‘karakter van het delict’ moet aansluiten.⁶⁸⁰ De Hullu stelt evenwel terecht vast dat met betrekking tot de vaststelling en begrenzing van strafrechtelijke aansprakelijkheid (en in het bijzonder met betrekking tot de vraag naar de specifieke betekenis van het bestanddeel wederrechtelijkheid) een dergelijke *Typizität* in Nederland nooit daadwerkelijk voet aan de grond heeft weten te krijgen. In het licht van de interpretatiemethoden valt ook anderszins vast te stellen dat de *Typizität* slechts een onderdeel daarvan uitmaakt en reeds om die reden niet verabsoluteerd mag worden. Ten opzichte van andere delicten (de vraag of een bepaalde feitelijke constellatie ‘typisch’ past bij een bepaalde delictsomschrijving) dient niet noodzakelijkerwijs een grens of afbakening te bestaan: die grens is in de visie van De Hullu veeleer gelegen in de uitwerking van het *ne bis in idem*-beginsel, de meer feitelijke toets met het oog op ‘het voorkomen van meervoudige aansprakelijkstelling voor hetzelfde feit’.⁶⁸¹

Aangenomen mag dan ook worden dat, in tegenstelling tot het Duitse strafrecht, de *Typizität* van een delictsomschrijving bij de beoordeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid geen grote rol speelt. Desalniettemin zijn in de Nederlandse strafwet wel trekken te ontwaren die daaraan doen denken. De wet zelf, maar ook de toepassing daarvan, trekt in het algemeen kunstmatige grenzen door gebeurtenissen, handelingscomplexen of persoonlijk-

679 Jescheck & Weigend 1996, p. 198-202.

680 Kelk 2005, p. 85-86; EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 m.nt. Kn.

681 De Hullu 2006, p. 183.

heidskenmerken die vanuit sociologisch of psychologisch oogpunt vooral als een geheel dienen te worden begrepen. Soms echter wordt aan die vloeiende overgangen in de werkelijkheid gehoor gegeven. Zo is de toepassing van het jeugdstrafrecht (voor personen vanaf twaalf en tot achttien jaar) afhankelijk gesteld van de leeftijd van de verdachte op het moment van het plegen van het feit, maar kan de rechter bij zestien- en zeventienjarige verdachten op grond van de ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan bepalen dat het strafrecht voor volwassenen zal worden toegepast (art. 77b Sr). Andersom kan de strafrechter ingevolge art. 77c Sr bij achttien- t/m twintigjarige verdachten bepalen dat, op grond van de persoonlijkheid van de verdachte en/of de omstandigheden waaronder het feit is begaan, het strafrecht voor jeugdigen zal worden toegepast. Aan de hand van deze formuleringen brengt de wetgever tot uitdrukking dat de fictie waarop de verhouding berust tussen de toepassing van het strafrecht voor volwassenen en het strafrecht voor jeugdigen niet in alle gevallen recht doet aan de grote diversiteit waarin door jeugdige en/of jongvolwassene daders strafbare feiten worden gepleegd. In die gevallen, zo zou men kunnen stellen, is het doorsnee-type dat men voor ogen had bij de indeling van beide 'rechtsgebieden' niet van toepassing en is naar het oordeel van de wetgever een afweging noodzakelijk tussen de genoemde criteria.

Ook in andere vormen ligt het voor de hand Typen en verwijzingen naar Typen in het strafrecht te onderkennen. Een vraag die in dat kader aan de orde kan komen, is in hoeverre de delictsomschrijvingen als Typen kunnen gelden. Deze discussie betreft evenwel niet de voor dit onderzoek voorliggende vraag op welke wijze de typologie als methode van oordeelsvorming kan bijdragen aan de consistentie in de straftoemeting. De strafvorming wordt interessant genoeg tevens gezien als een typologisch (denk)proces. Zo stelt Wolff dat de ruime bandbreedte waarbinnen de rechter dient te beslissen de rechter in staat zou stellen het 'psychologisch-soziologisch Totaltyp des Täters und der Tat zu berücksichtigen'.⁶⁸² Deze zienswijze biedt een aanknopingspunt om de relevantie van de typologie voor de strafbeslissing nader te onderzoeken, en legt de uit oogpunt van integratie van wetenschappen interessante verbinding tussen strafrecht en criminologie, daar waar zij beoogt de criminologische daad-daderbeelden te integreren in de rechterlijke oordeelsvorming.

⁶⁸² Wolff 1952, p. 203.

6.7.1 *Typologie als methode van ordenen bij Radbruch*

Opvallend uitgesproken over relevantie van de typologie voor de straftoemeting is Radbruch. In een opstel uit 1938 over de ontwikkeling en de toepassing van het orderingsdenken in het recht, behandelt hij de typologische methode in het licht van de discussie over wat nu veelvuldig onder de discretionaire bevoegdheden en vrijheden van de rechter wordt verstaan. Deze wordt, in overeenstemming met eerdere analyses, geplaatst tegen de achtergrond van het toegenomen gebruik van open en/of vage normen in het recht, welke leidt tot de conclusie dat de verwerkelijking en concretisering van het recht steeds meer in de handen van de rechter wordt gelegd. Hierboven werd al duidelijk dat de rechterlijke vrijheid bij de straftoemeting in grote lijnen binnen deze discussie valt te plaatsen. Juist op die gebieden, aldus Radbruch, valt de aanwezigheid van Typen en Typenreihe te verwachten. Binnen de kaders van de wettelijke strafminima en strafmaxima wordt de rechter, aldus Radbruch, voor de taak gesteld de individuele gevallen tussen deze grenzen een plaats te geven. De wettelijke minima en maxima fungeren vanuit dat perspectief als zogenoemde 'Extremtypen', zij verwijzen naar de denkbaar lichtste en denkbaar zwaarste verschijningsvormen van de strafbaar gestelde gedraging.⁶⁸³ Een verwijzing naar de woorden van Modderman met betrekking tot het stelsel van minimumstraffen treft hier doel: 'Gelijk men bij het stellen van het maximum het oog moet vestigen op het zwaarste geval, zoo moet men omgekeerd bij het stellen van het minimum, denken aan het lichtste geval.'⁶⁸⁴ Daartussen bevindt zich weinig dat niet is overgelaten aan de rechterlijke vrijheid en waar de (rechterlijke) typenontwikkeling een plaats zou kunnen toekomen. 'Dies ist das Gebiet, auf dem wir erwarten können, Typenbegriffe und Reihenordnungen zu beobachten', aldus Radbruch. 'Sie stellt den Richter für die Aufgabe, die Einzelfälle zwischen zwei Extremtypen (...) nach dem Maß ihres größeren oder geringeren Abstandes von diesen Typen einzureihen.'⁶⁸⁵ Bezien zal moeten worden of en zo ja, op welke wijze de typologische methode valt in te passen binnen de structuur van de strafvorming, hierboven aangeduid als een proces van belangenafweging en fixatie. Waar hierboven nog de vraag werd gesteld waarmee kon worden voorzien in de behoefte aan materiële objectivering, daar verschijnt de typologie als een daartoe geschikte methode.

6.7.2 *Typologie en de verantwoording vanuit de bestaande praktijk*

In § 5.2.2 werd gerefereerd aan de stroming in de rechtstheorie waarbinnen de verantwoording voor een beslissing in ieder geval gedeeltelijk werd gevonden in de omstandigheid dat de bewuste handeling die aan het oordeel van

683 Radbruch 1938, p. 50.

684 Smidt I 1881, p. 154.

685 Radbruch 1938, p. 50.

de rechter is onderworpen, deel uitmaakt van een bestaande praktijk, een representatie vormt van een gevalsoverschrijdend patroon. De praktijk, de gewoonte fungeert vooral in wat in die context gemakkelijke gevallen werden genoemd als een zelfstandige rechtvaardiging voor de beslissing zoals die is genomen. In deze lijn van denken zou ook de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de controle op de toepassing van de motiveringsvereisten kunnen worden beschouwd, zo volgt bijvoorbeeld uit de annotatie van Van Veen bij HR 20 februari 1973, *NJ* 1973, 245 (zie § 4.4.8.1, met accentverschuivingen in het licht van de toename van responsieplichten). Ook de oriëntatiepunten straftoemeting zijn blijkens de informatie die is verstrekt over de ontwikkeling ervan,⁶⁸⁶ in ieder geval in theorie een weerslag van de bestaande praktijk en dienen *op die grond* de rechter als indicatie voor de op te leggen straf. Uit oogpunt van verantwoording moet dan worden aangenomen dat de band met die staande praktijk deel uitmaakt van de legitimatie van de rechterlijke beslissing. Deze opvatting veronderstelt dat, in de terminologie van Jellinek, vooral betekenis moet worden toegekend aan het empirische Type. Het normatieve aspect van wat hierboven in § 6.5.2.2 onder het Ideaaltipe werd verstaan, houdt in dat opzicht meer verband met inhoudelijke keuzes, een onderwerp waarover juist binnen de constitutionele en institutionele context veel controverse bestaat. Betrokken op de huidige institutionele inbedding is aannemelijk dat de oriëntatiepunten in zekere zin het midden houden tussen empirische en 'normatieve' Typen, maar ook in normatieve zin kunnen keuzes met betrekking tot strafdoelen en strafverzwarende en strafverlichtende omstandigheden berusten op de kennelijk bestaande praktijk van de rechtspraak.

6.7.3 Typologie en het categoriseren van strafbare feiten

De vergelijking met 'fictieve gevallen' vormt een belangrijk aspect van het vergelijkingsmodel van Wiarda (zie § 6.4.2). De verantwoording aan de hand van de bestaande praktijk is in aanvulling daarop, zo werd hierboven getoond, een methode tot verantwoording die te relateren is aan het vergelijkingsmodel. Het resultaat van die vergelijking moet in het licht van de structuur van strafvorming worden betrokken op het proces van doelbepaling, feitenvaststelling en feitenwaardering en fixatie. De waardering en vastlegging die volgt, richt zich op het categoriseren van het feitelijk gebeurde naar bijvoorbeeld de mate van ernst of de (relevantie van de) aard van de persoon van de dader voor de beslissing. De typologie speelt dus een bemiddelende rol, zo werd hierboven in § 6.5.1 getoond, bij het ordenen en inschalen van strafbare feiten en moet om die reden als een denkvorm vanuit het algemene worden beschouwd. Vanuit het straftoemingsrecht en de strafvorming moet deze functie worden geacht betekenis te kunnen hebben voor aspecten van

686 Zie met name: Schoep & Schuyt 2005, p. 36-44.

proportionaliteit – met de inschaling van strafbare feiten wordt recht gedaan aan wat bijvoorbeeld Von Hirsch ordinale proportionaliteit noemt: de categorisering van de relatieve zwaarte van strafbare feiten ten opzichte van elkaar (zie § 4.3.1). Methodologisch is in deze fase sprake van het categoriseren van het bijzondere onder het algemene, maar het werkt spiegelbeeldig doordat het gelijktijdig noodzaakt tot in acht nemen van het bijzondere.

6.7.4 *Typologie en de concretisering van het delict*

Ook in § 6.5.1 werd duidelijk dat de typologische denkvorm, in haar bemiddelende functie naast een denkvorm vanuit het algemene een individualiserende denkvorm behelst: vanuit het type doemen vraagstukken op met betrekking tot het bijzondere en de verhouding van het bijzondere tot het algemene. Deze denkvorm en het typologisch concept biedt aldus tegelijkertijd de ruimte aan de concretisering van het delict: het strafbare feit zelf. De concrete verschijningsvorm van het delict, het strafbare feit zelf, wordt gerelateerd aan het beeld van het algemene type en noopt tot vragen van straftoemetingsrecht: welke kunnen en behoren in het concrete geval strafverzwarende en/of strafverlichtende omstandigheden of overwegingen zijn?

6.7.5 *Straftoemetingsrecht, strafvorming en typologie*

In zowel het categoriseren als het aanbrengen van onderscheidingen vervult de typologische methode een rol die ten dienste staat van de verdere ontwikkeling van een straftoemetingsrecht. Zij veronderstelt die feitelijk, maar kan daaraan ook zelfstandig bijdragen door *van onderaf* de aandacht te vestigen op de bestaande praktijk, de redenen voor afwijking daarvan en de noodzaak van een referentiekader voor de strafvorming. De typologie vormt in dat perspectief een belangrijk aanknopingspunt voor de strafvorming en draagt bij aan de legitimiteit van het gebruik van de vrije ruimte door de rechter, maar kan niet worden geïsoleerd van (overige) vragen van straftoemetingsrecht. Binnen de context zoals die is omschreven en op grond van de aard en functie van het Type, veronderstelt dit een ordening waarin recht blijft worden gedaan aan de werkelijkheid en waarin ruimte blijft voor dialectiek en debat.

7.1 DE AANLEIDING – RECHTERLIJKE SAMENWERKING
MET HET OOG OP EEN CONSISTENTE STRAFTOEMETING

Dit proefschrift maakt deel uit van een onderzoeksproject waarin het verschijnsel rechterlijke samenwerking op diverse rechtsgebieden als aanleiding is genomen. De dissertaties van Teuben en Dijksterhuis zijn daarvan eveneens een uitvloeisel.⁶⁸⁷ De aanleiding van dit onderzoek is er dan ook in gelegen de opkomst van het verschijnsel rechterlijke samenwerking met het oog op het vergroten van de consistentie in de straftoemeting. De rechterlijke oriëntatiepunten voor de straftoemeting en de Databank Consistente Straftoemeting zijn in dat verband de meest in het oog springende verschijnselen. De oriëntatiepunten zijn een uitvloeisel van de gedachte de consistentie in de straftoemeting te vergroten door op landelijk niveau voor een aantal veel voorkomende delicten op de rechterlijke praktijk gebaseerde uitgangspunten te formuleren die als oriëntatiepunt kunnen dienen bij de totstandkoming van de beslissing over de op te leggen straf in een individueel geval. Ze bieden een korte typebeschrijving van het feit en ófwel een gefixeerde indicatie van de daarvoor op te leggen straf, ófwel een indicatie van de bandbreedte waarbinnen de op te leggen straf zich zou kunnen bevinden. De Databank Consistente Straftoemeting biedt, in tegenstelling tot de oriëntatiepunten, geen concrete beschrijvingen van een zgn. standaardgeval en een daarbij passende indicatie van de straf, maar beoogt primair de straftoemetingsbeslissingen van rechterlijke colleges in individuele gevallen inzichtelijk te maken voor collega-rechters die ten behoeve van een beslissing in een andere zaak op zoek zijn naar vergelijkbare gevallen.

7.2 DE LEGITIMITEIT VAN DE STRAFTOEMETING – HET ZOEKEN NAAR EEN
OPLOSSINGSRICHTING

De opkomst van het verschijnsel rechterlijke samenwerking is in de literatuur vanuit verschillende perspectieven geanalyseerd. Veelal wordt daarin aandacht besteed aan het overkoepelend perspectief van rechtsvorming – de wijze waarop het verschijnsel rechterlijke samenwerking leidt of zou kunnen

⁶⁸⁷ Teuben 2004; Dijksterhuis 2008.

leiden tot de rechter bindende regels van materieel en formeel recht. In breder verband is het verschijnsel verbonden met het afleggen van verantwoording voor een beslissing die is genomen binnen door de wetgever gelaten marges van beoordelings- en beslissingsruimte. Als uitgangspunt van analyse is die (bredere) noodzaak tot verantwoording genomen, een verantwoordingsplicht die een bijzonder karakter draagt tegen de achtergrond van het strafrecht en de straftoemeting – de toepassing van overheidsmacht op een individu door bedoelde leedtoevoeging. Dit onderzoek beoogt, veeleer dan de mogelijkheden en grenzen te verkennen van rechterlijke samenwerking met het oog op een consistente straftoemeting, inzicht te bieden in de betekenis van het verschijnsel in het licht van de wijze waarop verantwoording wordt afgelegd voor de rechterlijke beslissing over de straf.

De wijze waarop verantwoording wordt afgelegd voor de strafbeslissing kent, zo werd gesteld, twee wegen. Veelal is in de discussie aandacht voor de verantwoording *achteraf*: de strafmotivering. De praktijk van de strafmotivering ligt onder kritiek, onder meer vanwege het beweerdelijk sjabloonmatige karakter ervan, tot uitdrukking komend in een mechanisch aandoende verwijzing naar de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoon van de dader. Om die reden zijn zowel op het gebied van wetgeving als in het kader van kwaliteitszorg binnen de rechtsprekende macht zelf pogingen ondernomen de zeggingskracht van de strafmotivering te vergroten. Dat heeft geleid tot de invoering van een rechterlijke responsieplicht ten aanzien van door procesdeelnemers uitdrukkelijk voorgedragen standpunten over de straf en institutionele pogingen tot structurering van de strafmotivering in het kader van PROMIS. Niet alleen de rechterlijke oriëntatiepunten voor de straftoemeting, maar ook de pogingen tot structurering van de strafmotivering roepen evenwel vragen op die belangrijke dwarsverbanden hebben met elementen die de legitimiteit van de beslissing over de straf in brede zin bepalen. Daarmee komt een andere wijze van verantwoording aan de orde, te weten de wijze waarop *voorafgaand* aan de beslissing over de straf de verantwoordelijkheid voor de realisering daarvan wordt vormgegeven. De beslissing over de straf ontleent haar legitimiteit immers óók aan de wijze waarop de rechter en de rechtsprekende macht binnen de kaders van de democratische rechtsstaat functioneren en niet alleen aan de wijze waarop de beslissing in het vonnis wordt verantwoord. In dat verband komt noodzakelijk betekenis toe aan de constitutionele en institutionele context van het functioneren van de rechter en de rechtsprekende macht, alsmede aan de specifiek straf(proces)rechtelijke context van de strafbeslissing. De noodzaak van de analyse van juist deze context vormt een bevestiging van één van de kernbevindingen van Recommendation (92) 17, 'Consistency in Sentencing', te weten dat de uiteindelijke oplossingsrichting voor problemen die samenhangen met consistentie in de straftoemeting uiteindelijk gevonden en gefundeerd dienen te worden in de nationale rechtssystemen.

7.3 STRAFTOEMETING IN EEN VEELZIJDIGE EN MEERDUIDIGE CONTEXT

Dit perspectief van verantwoording leidde er toe dat gaandeweg de wording van het onderzoek waarvan in dit boek verslag is gedaan, steeds duidelijker werd dat de discussie over het bevorderen van een consistente straftoemeting in het licht van het verschijnsel rechterlijke samenwerking in zekere zin een beperking vormde. Eén van die beperkingen is gerelateerd aan de stand van zaken met betrekking tot de status en rol van producten van rechterlijke samenwerking. De discussie over de inbedding ervan in het stelsel van rechtsvorming lijkt immers, na een periode van nadrukkelijke wetenschappelijke en uit de praktijk voortkomende aandacht, tot stilstand te zijn gekomen. In het spectrum van rechtsvorming binnen de kaders van de democratische rechtsstaat is het (behoudens de rol- en procesregelingen in het civiele recht) voortsnog mogelijk noch wenselijk gebleken in de praktijk van de rechtspraak een formele plaats te geven aan 'producten' van rechterlijke samenwerking, ondanks bijvoorbeeld voorstellen daartoe van Teuben en Giessen.⁶⁸⁸ Opvattingen over het primaat van de wetgever bij de rechtsvorming en over de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de individuele rechter spelen daarin een belangrijke rol, terwijl ook de potentieel aanzuigende werking op de werklast van de Hoge Raad een factor van gewicht lijkt te zijn bij het niet aanvaarden van uitkomsten van rechterlijke samenwerking als recht in de zin van art. 79 RO. Richtlijnen voor strafvordering van het OM, indertijd ontwikkeld mede met het oog op een consistente vervolgings- en afdoeningspraktijk van het OM, zijn feitelijk van belang voor de beslissing van de rechter, maar juridisch 'slechts' een advies aan de rechter. Binnen dit kader lijkt sprake te zijn van een evenwicht van verdeelde machten dat, als uitgangspunt van de verdere analyse, als een gegeven zal worden beschouwd.

In aanvulling op het constitutionele perspectief werd duidelijk dat ook binnen de organisatie van de rechtsprekende macht, d.w.z. op institutioneel niveau, onduidelijkheid blijft bestaan over de invulling die moet worden gegeven aan de in die organisatie neergelegde institutionele verantwoordelijkheid voor de bevordering van een uniforme rechtstoepassing en de juridische kwaliteit van de rechtspraak. Op dat terrein spelen belangrijke vragen met betrekking tot de verhouding tussen de Raad voor de rechtspraak en de gerechten en de positie van landelijke overlegorganen zoals het Landelijk Overleg van Voorzitters van de Strafsectoren (LOVS) van de rechtbanken en de gerechtshoven. Het institutionele kader van de rechtspraak ontbreekt het, waar het de bevordering van de uniforme rechtstoepassing en de juridische kwaliteit met betrekking tot de straftoemeting betreft, aan een met elkaar samenhangend procedureel (hoe?) en inhoudelijk (waartoe?) perspectief. Ook daarin verkeert de discussie over het bevorderen van de consistentie in de straftoemeting in een impasse. De praktijk schrijdt evenwel voort.

688 Zie de genoemde dissertatie van Teuben en Giessen 2007.

Om meerdere redenen is het op grond van het bovenstaande noodzakelijk stil te staan bij de wettelijke regeling van de straftoemeting. Deze zijn gelegen in zowel de context van verantwoording achteraf, door middel van de strafmotivering, als in de context waarbinnen de beslissing over de straf wordt gerealiseerd. De beperkingen in de rechtsvormende aspecten van het verschijnsel rechterlijke samenwerking, alsmede de samenhang tussen het ontbreken van een procedureel en inhoudelijk perspectief op de invulling van de verantwoordelijkheid van de organisatie van de rechtspraak op dit terrein, duiden op de noodzaak tot een analyse van vraagstukken op het niveau van het materiële en formele recht met betrekking tot de straftoemeting. Een in dat opzicht relevante beperking vormt het gegeven dat een instrument als de rechterlijke oriëntatiepunten voor de straftoemeting zowel een methode van oordeelsvorming lijkt te veronderstellen, als een materieel straftoemetingsrecht waartoe die oriëntatiepunten zich op één of ander wijze verhouden. De systematiek van de wettelijke regeling van de straftoemeting blijkt daarin evenwel niet te voorzien. De wettelijke regeling is in grote mate en ook ten principale open ten aanzien van de criteria en factoren die aan de strafbeslissing ten grondslag kunnen worden gelegd. De wettelijke regeling van de straftoemeting vormt de weerslag van- en opdracht tot de realisering van de bij de rechter neergelegde verantwoordelijkheid van afweging in het individuele geval van alle bij het strafproces en de oplegging van een straf betrokken belangen. Dat is de principiële betekenis van de meervoudigheid van strafdoelen en de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoon en persoonlijkheid van de dader. Vanwege het ontbreken van controle door de Hoge Raad op de straftoemeting, is het (materiële) rechtskarakter van de beslissing over de straf op de achtergrond komen te staan. De procesrechtelijke inbedding van de straftoemeting kan tekorten op het gebied van het materiële recht niet compenseren, integendeel: de procesrechtelijke inbedding veronderstelt een meer uitgewerkt kader voor de straftoemeting dan feitelijk bestaat.

Het vraagstuk van rechterlijke samenwerking met het oog op een consistente straftoemeting, maar dus ook breder, de straftoemeting zelf, is op zowel het niveau van het constitutionele en het institutionele stelsel als op het niveau van de handeling van de straftoemeting in verregaande mate problematisch. Een verdieping in de criteria en de factoren die ten grondslag (kunnen) worden gelegd aan de beslissing over de straf, is om die reden van groot belang. De beschreven context moet op grond van het voorgaande dan ook worden omschreven als veelzijdig en meerduidig. De bestaande verhoudingen binnen de Trias Poenalis worden gekarakteriseerd als een verdeelde verantwoordelijkheid, een vacuüm dat de discussie over het vergroten van de legitimiteit van de strafbeslissing in feite tot stilstand heeft gebracht. De ontwikkelingen in de rechtspraak, in het bijzonder binnen de rechtsprekende macht, nopen evenwel tot een nieuw perspectief op en voor de straftoemeting in deze veelzijdige en ook meerduidige context. Dat perspectief moet worden gezocht in hetgeen zowel uit oogpunt van constitutionele en institutionele verhoudingen als in relatie tot de wettelijke regeling overblijft: de ruimte van de rechter.

7.4 DE RUIMTE VAN DE RECHTER

De ruimte van de rechter vormt een fundamenteel uitgangspunt van de wijze waarop de beslissing over de straf door de strafrechter wordt gerealiseerd en staat als zodanig dan ook niet ter discussie. Desalniettemin is die ruimte uit oogpunt van verantwoording inmiddels problematisch gebleken. Het is een noodzakelijke ruimte, maar wel een die zich in een dynamische context bevindt en om die reden niet vanzelfsprekend is. Juist waar het de legitimiteit van het rechterlijk oordeel over de straf betreft, verdient die ruimte van de rechter continue aandacht en onderhoud. Problematisch is dat juist hier een perspectief ontbreekt: de ruimte van de rechter bevindt zich tussen wal en schip. Desalniettemin kunnen aan de beschreven context argumenten worden ontleend die de rechter de mogelijkheid bieden en ook de plicht opleggen een nadere ordening aan te brengen in die context. Niet het perspectief van rechtsvorming is dan meer bepalend, de problematiek van de straftoemeting dient in dat verband te worden geherdefinieerd in het licht van de rechtsvinding door de rechter. De constitutionele en institutionele context van de beslissing over de straf, alsmede de wettelijke regeling van de straftoemeting leiden tot de conclusie dat er een behoefte bestaat aan een aanvulling op de bestaande systematiek van verantwoording van de strafbeslissing – een wijze van verantwoording die is gelegen in de methode van oordeelsvorming.

7.5 STRAFTOEMETINGSRECHT EN DE NOODZAAK VAN STRAFVORMING

Een eerste stap in de richting van het vergroten van de legitimiteit van het rechterlijk oordeel met betrekking tot de straf is gelegen in de verdere ontwikkeling van een straftoemetingsrecht - de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de realisering van de verantwoordelijkheid van de rechter tot oplegging en toemeting van de straf plaatsvindt. Grondtrekken van de inhoud daarvan zijn beschreven (en konden ook worden gevonden) in het kader van de wettelijke regeling van de straftoemeting. In aanvulling daarop, en volgend uit het wettelijk systeem, is een nadere analyse en beschrijving noodzakelijk van de rechtsvinding bij de straftoemeting. De invulling van de ruimte van de rechter veronderstelt een visie op de strafrechtelijke rechtsvinding waarin recht wordt gedaan aan de veelzijdige en meerduidige context waarbinnen de rechter zijn verantwoordelijkheid tot oplegging en toemeting van de straf realiseert. Die context veronderstelt vanuit materieel-rechtelijk perspectief open begrippen, een keuzevrijheid ten aanzien van de aan de strafbeslissing ten grondslag te leggen strafdoelen en een openheid ten aanzien van aan de strafbeslissing ten grondslag te leggen overwegingen en feiten. Hieruit volgen eveneens binnen ruime bandbreedtes gestelde straffaders. Vanuit het perspectief van het strafproces veronderstelt die context (maar realiseert het dat niet voldoende) een open, contradictoire en op deliberatie gerichte procedure die de grondslag vormt voor de rechterlijke beslissing over de straf.

Door de straftoematingsproblematiek te beschouwen als een probleem van rechtsvinding, ontstaat de noodzaak van een nadere duiding van object en methode van rechtsvinding bij de straftoemeting. Het begrip straftoemeting kan ten behoeve van die analyse worden onderscheiden in strafvorming, strafbeslissing, strafmotivering en strafoplegging. De strafvorming, de totstandkoming van de strafbeslissing, markeert primair de ruimte van de rechter. Het invullen van de ruimte van de rechter komt in dit verband neer op een nadere structurering van de strafvorming: Binnen de bestaande kaders van de democratische rechtsstaat en de systematiek van de wettelijke regeling van de straftoemeting wordt dit aspect geacht mede de legitimiteit van de strafbeslissing te bepalen. Het streven naar consistentie in de straftoemeting (in handelingbeschrijvende zin) leidt in deze gedachtegang tot de noodzaak van een referentiekader, een strafvormingsconcept in een context van een zich nog ontwikkelend straftoematingsrecht. De primaire referentiekaders kunnen worden gevonden in de systematiek van de wettelijke regeling van de straftoemeting. De strafdoelen, de triptiek van de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en de persoon van de dader; het vormen de meest basale aanknopingspunten voor de strafvorming en construeren mede, naast de posities van de procesdeelnemers, de beslissing over de straf. De ontwikkeling van een eigen referentiekader, tot uitdrukking komend in de oriëntatiepunten straftoemeting, behoeft in dat verband nadere aandacht – uit de positie van de rechter in het kader van de democratische rechtsstaat, alsmede uit de wettelijke regeling van de straftoemeting volgt een open en dynamische opstelling. De rechter draagt immers verantwoordelijkheid voor het geheel.

7.6 STRAFTOEMETINGSRECHT, STRAFVORMING EN TYPOLOGIE

Een strafrechtelijk strafvormingsconcept blijkt een rol te kunnen spelen in het spectrum van feiten, omstandigheden en belangen die in gezamenlijkheid leiden tot een in strafsoort, -modaliteit en -maat gefixeerde strafbeslissing. In dat beslissingsmodel van feitenvaststelling en -waardering, (belangen)afweging en fixatie blijkt in de (strafrechtelijke) rechtsvindingsdogmatiek ruimte te bestaan voor een dergelijk concept. Dat concept vindt niet zijn oorsprong in de wijze van verantwoording zoals die traditioneel verbonden is met methodes van subsumptie en het syllogistisch model. De visie op strafrechtelijke rechtsvinding in het kader van de toe te passen interpretatiemethoden lijkt hier evenmin van toepassing te zijn. Waar het strafvorming betreft, wordt de methode van oordeelsvorming (stammend van de topiek en toegepaste heuristiek) beschreven vanuit het perspectief van het vergelijkende denken en de typologie. Laatstgenoemd denkmodel is opgebouwd aan de hand van het Type, een (sociaal-wetenschappelijke) constructie welke ten dienste staat van de beschrijving, de ordening en de analyse van verschijnselen zoals deze zich in de werkelijkheid voordoen. De juridische betekenis van het Type is een verbijzondering van deze algemene wetenschappelijke constructie. Juist

op gebieden waarin ten behoeve van de oordeelsvorming behoefte bestaat aan een zekere structurering, maar deze met het oog op de noodzakelijke individualisering van de beslissing en/of de onmogelijkheid wettelijk alle mogelijke omstandigheden te beschrijven én de ten dienste daarvan staande openheid van wetsbegrippen niet door wetgeving kan worden bereikt, lijkt een dergelijk concept van nut te kunnen zijn in het bevorderen van de legitimiteit en legitimatie van de strafbeslissing.

De typologische methode is gegrond op een principiële openheid ten aanzien van de beschreven en toe te passen Typen in de oordeelsvorming. Wanneer in aanvulling daarop (of mede met behulp daarvan) het straftoemingsrecht zich nadrukkelijker dan tot op heden het geval is geweest ontwikkelt, kan dit bijdragen aan de consistentie in de straftoemeting, terwijl de ruimte van de rechter ten behoeve van de realisering van de straf blijft gewaarborgd. De methode draagt de mogelijkheid in zich ordening aan te brengen op (deel-) gebieden van het straftoemingsrecht, terwijl het recht blijft doen aan de veelzijdige en meerduidige context waarbinnen de realisering van de straf zich voltrekt. De typologie veronderstelt de daarbij passende ruimte voor de rechter, fundeert en structureert deze tegelijkertijd.

In die structurering van de strafvorming voltrekt zich het bevorderen van de consistentie in de straftoemeting. Het is derhalve een structurering met het oog op een consistentie van handelen. De structurering van de strafvorming is dan ook een zelfstandig en wezenlijk aspect van een consistente straftoemeting. In dat beslissingsmodel van de strafvorming heeft de typologie een plaats, maar alleen te midden en ten dienste van dat beslissingsmodel van (in de kern) afweging en fixatie. De typologie veronderstelt in dat verband niet alleen een straftoemingsrecht, het draagt ook bij aan de ontwikkeling daarvan.

De beschrijving van enkele grondvormen van delicten, zoals zichtbaar is in de oriëntatiepunten straftoemeting, bezit naar uiterlijke verschijningsvormen eigenschappen die verwijzen naar de typologische methode. Het typologisch strafvormingsconcept laat zien dat ook buiten de discussie over rechterlijke samenwerking en rechtsvorming mogelijkheden bestaan voor een rechter en een rechtsprekende macht die zich actief richten op het vergroten van de legitimiteit van de beslissing over de straf. In zoverre vormt de hier geboden analyse een aanknopingspunt voor institutionele activiteiten gericht op het vergroten van de consistentie in de straftoemeting – het vormt een mogelijk richtpunt voor invulling van wat verstaan moet worden onder het bevorderen van de uniforme rechtstoepassing en de juridische kwaliteit.

Bij wijze van vooruitblik kan in dat verband worden gewezen op het belang van een gelaagde invulling van de ruimte van de rechter. De typologie in de strafvorming vormt een schakel tussen het proces van vaststelling en weging van feiten, omstandigheden en belangen enerzijds en de fixatie van de straf in soort, maat en modaliteit anderzijds. Zij vormt een hulpmiddel bij wat ook

wel de sprong wordt genoemd van feit naar straf. In zoverre heeft de typologie betekenis voor het proces van oordeelsvorming in individuele gevallen.

Naast de relevantie voor de rechterlijke oordeelsvorming, heeft de typologie betekenis voor de motivering van de strafbeslissing: het biedt de gelegenheid inzichtelijk te maken op welke aspecten en op welke gronden sprake is van vergelijkbare of afwijkende gevallen. De noodzaak tot verantwoorden stuurt in dit verband het proces van vinden.

Daarnaast heeft de typologie als methode van strafvorming betekenis voor de organisatie van de rechtspraak: het vormt een aanknopingspunt voor de doorwerking en het ter discussie kunnen stellen van kennis en inzichten op het gebied van (effectiviteit) van sancties. Ter realisering van de op de rechter rustende verantwoordelijkheid tot afweging en verzoening van de bij de straf betrokken belangen, dienen grondslag en doelstelling van de op te leggen straf te worden geëxpliciteerd en gerationaliseerd en dient (in het verlengde daarvan) aandacht te worden geschonken aan de doorwerking van verschillende posities van de procesdeelnemers op de beslissing over de straf. De organisatie van de rechtspraak kan, door middel van het ondersteunen van de typologie van strafvorming bijdragen aan de context van dialectiek en deliberatie die het stafproces in feite mist. De ontwikkeling en toepassing van rechterlijke oriëntatiepunten veronderstelt in dat verband niet alleen een voortdurend proces van evaluatie, maar ook een context van discussie en training, van onderzoek, dialectiek en debat over grondslagen, doelstellingen en effectiviteit van sancties, alsmede over strafbepalende factoren bij de diverse strafbare feiten. Een actieve rechter en een actieve rechtsprekende macht kan op deze wijze tegemoet komen aan de noodzaak van een verdere ontwikkeling van een straftoemetingsrecht in Nederland en, als onderdeel daarvan, aan strafvorming.

Summary. Sentencing law and sentencing decision making

The initial context of this research – judicial cooperation with regard to consistency in sentencing

This dissertation is part of a research project in which the phenomenon of judicial cooperation in several areas of the law has been taken as a starting point. The concept of judicial cooperation describes informal structures and products thereof of judicial policymaking for the purpose of the settlement of legal cases. Results of judicial cooperation concern for example the calculation of alimony, procedural rules for the settlement of civil cases and rules for the calculation of compensation after the (non voluntary) annulment of employment contracts. The initial focus of this research has been the rise of forms of judicial cooperation with regard to the topic of sentencing. To promote consistency in sentencing, the judiciary has over the years taken steps to develop so called starting-points or orientation points for sentencing as well as a database for sentencing. Both 'instruments' lack a formal status from a legal point of view, but especially the starting or orientation points proved to be influential to the decision making process. The starting- or orientation points (hereafter: orientation points) for sentencing offer a short type-description of the fact combined with either a fixed indication of the sentence to impose, or an indication of the bandwidth within which the actual imposed sentence could be. The database for sentencing offers, in contrast to the orientation points, no specific descriptions of so-called standard cases, but aims primarily to support judges searching for similar cases by providing insight into sentencing decisions in individual cases made by other judges.

The legitimacy of sentencing – finding a perspective for analyses

The rise of the phenomenon judicial cooperation in sentencing has been analyzed in Dutch academic literature from several different perspectives. Primarily attention is given to the overall perspective of judicial lawmaking – the way in which the phenomenon leads or could lead to binding rules of substantive and procedural law. From another and somewhat broader perspective, the phenomenon has been linked with aspects of justification and accountability and the way account is given for decisions taken within the boundaries of judicial discretion. That (broader) context of justification carries a particular character against the background of criminal law and punishment – it ultimately deals with the application of government power on an individual by means of intentionally inflicted harm. This research aims at,

rather than exploring the possibilities and limits of judicial cooperation with regard to consistency in sentencing, providing insight in the meaning of the phenomenon in the light of the way in which account is given for the sentencing decision.

The justification of the sentencing decision can, it was stated, be divided into two main roads. Currently, most attention is paid in the Netherlands to the justification *afterwards*: the reasoning of the sentence. The practice of the sentence-reasoning lies under critique, partly because of the alleged mechanical and common placed character of it, expressed and symbolized by the mere reference to the seriousness of the fact, the circumstances among which it has been committed and the person of the offender. For that reason, both the legislator and the judiciary attempt to increase the meaningfulness and expressiveness of the sentence reasoning. That lead for example to the coming into force of a statutory rule, obliging the courts to respond to explicitly presented opinions on the sentence to impose, stated by both the participants in criminal proceedings: the public prosecutor and the defendant. Attempts to structure the reasoning of the sentence as laid down in the verdict are made within the judiciary itself, within the framework of PROMIS to be exact, an institutionally based project to improve the reasoning in criminal cases. Not only the orientation points for sentencing, but also attempts to structure the sentence reasoning raise questions however that refer to elements that involve the legitimacy of the sentencing decision in a more broader sense. With that, another perspective of justification comes up for discussion, namely the way in which *prior* to the sentencing decision the responsibility for the realization of it is constructed. The sentencing decision derives its legitimacy not only from the way reasons have been given for it. It necessarily involves the way in which the judge and the judiciary function within the frameworks of the rule of law in a democratic society. In that respect the constitutional and institutional context of the functioning of the judge and the judiciary, as well as the specific statutory (both substantive and procedural) context of the sentencing decision become of additional significance. The need for the analysis of this context confirms one of the core findings of Recommendation (92) 17, 'Consistency in Sentencing', namely that (directions for) solutions regarding the problem of consistency in sentencing can eventually be found and founded in the national legal systems itself.

Sentencing within a multifaceted and ambiguous context

The above mentioned broader perspective of justification lead to the conviction that the discussion solely based on the promotion of consistency in sentencing in the light of the phenomenon of judicial cooperation was a restriction that would ultimately leave the reader dissatisfied. One of those restrictions was related to the state of the art concerning the status and role of products of judicial cooperation, like sentencing orientation points. Discussing the embedding of results of judicial cooperation in sentencing in terms of lawmaking powers seems to have lead us, after a period of intensive scientific and practice originating attention, into a proverbial cul-de-sac. Lawmaking

through the concept of judicial cooperation within the frameworks of the rule of law in a democratic society has (subject to the roles and process regulations in Dutch civil law) as yet appeared to be possible nor desirable. The primacy of the legislature in lawmaking and the independence and the impartiality of the judge and the judiciary play an important role in this, whereas also the potentially increase in workload for the Supreme Court seems a factor of weight at denying outcomes of judicial cooperation the status of law in the formal sense of the word. Directives for sentencing requisitions issued by the Public Prosecution Service, originally developed to achieve a consistent prosecution and settlement practice of the Public Prosecution Service, are in effect of importance for the sentencing decision, but statutory merely a recommendation to the court. Within this framework a balance of actually divided powers exists, each actor left with a specific role and responsibility. A balance that as a handle for further analysis will be considered as invariable. It nevertheless provides plenty of room for further thinking.

In addition to the constitutional perspective it also became clear that within the organization of the judiciary, i.e. on an institutional level, a lack of clarity continues to exist concerning the meaning of the statutory institutional responsibility for the promotion of uniformity in the application of the law as well as the quality in the administration of justice. In that area important questions rise concerning the relation between the Council for the Judiciary, the Courts and the position of consultation and network agencies such as the national body of presidents of the criminal law chambers of the district and appellate courts, who have taken up the responsibility for developing and issuing the sentencing orientations. The institutional framework of the jurisdiction is lacking, where the promotion of uniformity in the application of the sentence as well as the quality in the administration of the sentencing decision, in a coherent procedural (how?) and substantive (to which?) perspective. The conclusion then must be that both the constitutional and the institutional framework surrounding the discussion on promoting consistency in sentencing finds itself in an impasse. The practice however strides along.

For several (and obvious) reasons it was necessary to involve the statutory sentencing rules into this analysis. These reasons derived from both the context of justification afterwards, by means of the reasoning of the sentence, and from the context within which the sentencing decision is realized. The restrictions to the lawmaking potential of the phenomenon judicial cooperation, as well as the lacking in a procedural and substantive perspective on the meaning of the responsibility of the judicial organization, indicate the necessity of an analysis of questions at the level of the substantive and procedural law surrounding the sentencing decision. In that respect, great importance should be attached to the assumption that the sentencing orientations presuppose both a method of decision making as a substantive sentencing law, to which those orientation points relate in one way one or another. Neither the statutory sentencing rules, nor jurisprudence appear to fulfill at least this last requirement satisfactorily. They are to a great extend and also to its merits

open with respect to the determinants that shape the sentencing decision. The statutory regulation of sentencing confirms and stresses the judge's responsibility of balancing all interests involved in criminal proceedings and in sentencing. That is the fundamental meaning of the plurality and ambiguity in sentencing aims and the relevance of a connected assessment of offence-seriousness, the circumstances among which the offence has been committed and the person and individuality of the offender. Because of the absence of supervision by the Supreme Court on most parts of the sentencing decision, the (substantive) legal character of the sentencing decision has faded into the background. The procedural embedding of the sentencing decision cannot in its current state compensate shortages in the field of the substantive sentencing law. On the contrary: criminal sentencing procedure assumes a more elaborated framework for the sentencing decision than actually exists in Dutch criminal (procedural) law.

The question of judicial cooperation with regard to consistency in sentencing, but therefore also broader, the sentencing decision itself, are at the level of the constitutional and institutional scheme as well as at the level of the act of sentencing to a far-reaching degree problematic. A deepening in the criteria and the factors that (might or might not) shape the sentencing decision, is important merely for that reason alone. The described context must therefore be defined as multi-purpose and ambiguous. The existing relationships within the *trias poenalis* (the *trias politica* in sentencing) is furthermore characterized as a divided responsibility, which has led to a vacuum in the discussion concerning increasing the legitimacy of the sentencing decision. Developments in legal practice, in particular within the judiciary itself, oblige however to a new perspective on and for sentencing in these multi-purpose and ambiguous context. That perspective must be found in what ultimately (and for the time being) remains: the discretion of the judge.

The discretion of the judge

The discretion of the judge is a fundamental aspect of the way the sentencing decision is realized in current Dutch sentencing regulations. As such it is not called into question. Nevertheless it has become clear that the discretion of the judge is problematic when it comes to the justification of the sentencing decision. It leaves the judges a necessary space, but one that functions within a dynamic context and for that reason cannot be taken for granted. It needs and deserves ongoing attention and maintenance. Problematic is that here too a perspective is lacking in Dutch dogmatics and practice: the discretion of the judge falls between two stools. However, arguments can be extracted from the context as described above, that not only offer the possibility for the judge but also impose the duty to structure sentencing decision making. Not the perspective of lawmaking authority is then determinative, the problem of sentencing must be redefined in the light the act of sentencing by the judge, in the light of theories of adjudication. The constitutional and institutional context of the sentencing decision, as well as the statutory regulation of sentencing leads to the conclusion that there is a need of a supplement to the existing

system of justification of the sentencing decision – a concept of justification that derives from methods of legal decision making.

Sentencing law and sentencing decision making

A first step in the direction of increasing the legitimacy of the sentencing decision is the further development of sentencing law - the way in which and the conditions among which the realization of the sentencing responsibility of the judge takes place. Its outline was described (and could be also found) within the framework of the statutory regulation of sentencing. In addition, a closer description and analysis of adjudication in sentencing is needed. Accepting the discretion of the judge presupposes a more or less coherent view on criminal law adjudication in which justice is done to the multi-purpose and ambiguous context within which the sentence is realized. That context assumes from a substantive law-perspective, openness in the legal concepts at hand and in the choice and applications of sentencing criteria as well as a (relative) freedom of choice with respect to the aims of sentencing. Out of this, broad band widths follow for minimum and maximum penalties. From the perspective of the sentencing procedure, that context assumes an open, contradictory and deliberative procedure, which should be the foundation for the sentencing decision.

By considering the sentencing decision as a problem of adjudication, the need of a closer interpretation of object and method of adjudication at sentencing arises. Sentencing decision making, the actual creation of the sentencing decision, marks primarily the discretion of the judge. Filling in this space means in essence structuring sentencing decision making: Within the existing frameworks of the rule of law in a democratic society and the system of the statutory regulation of sentencing, this aspect is considered to stipulate the legitimacy of the sentencing decision. The striving towards consistency in the act of sentencing leads to the need of a frame of reference, a concept of sentencing decision making in a context of a still developing Dutch sentencing law. The primary frames of reference can be found in the system of the statutory regulation of sentencing. The sentencing aims, the triptyque of the seriousness of the offence, the circumstances among which it has been committed and the person of the offender; they form the most basic starting points for shaping and constructing the sentencing decision. The development of another frame of reference, coming to expression in the orientation points for sentencing, needs in that respect closer attention. What role do they play in sentencing adjudication?

Sentencing law, sentencing decision making and typology

A concept of (sentencing) decision making appears at least to be able to play a role in the spectrum of facts, circumstances and interests which, taken together, shape the sentencing decision. In that decision making model of determining and appreciation of facts, balancing of interests and the fixing of the sentence, theories of adjudication seem indeed to provide space for such a concept. That concept does not find its origin in the manner of jus-

tification traditionally linked with (civil law) methods of subsumption and the syllogistic model of argumentation. Where sentencing decision making is concerned, it is suggested that methods apply that are primarily derived from the ancient topics and applied heuristics. It is specifically linked with theoretical concepts of comparative reasoning and the concept of typology. The latter model of reasoning has been built by means of the type, a (socio-scientific) construction which stands for the use of the description, the classifying and the analysis of phenomena in the broadest sense as they appear in reality. The legal meaning of the type is a particularization of this general scientific construction. Specifically it claims to contribute to the justification of legal decision making in areas in which the decision making is under the influence of a need for structuring, but where legislation is not an option for reasons of individualization of the decision and/or the impossibility of describing all manifestations by law.

The typological method is founded upon a fundamental openness towards the described and applicable Types in the sentencing decision making, but can only be applied within a context of substantive sentencing law. When in supplement then (or with help from it) the sentencing law has been made more expressly than has been the case until now, it might very well contribute to consistency in sentencing, whereas the discretion of the judge remains guaranteed. The method carries the possibility in itself of structuring (in part) matters of sentencing law and sentencing decision making, whereas continues to do justice to the multi-purpose and ambiguous context within which the sentence itself is imposed. Typology assumes thereby the appropriate discretion for the judge, founds and structures these at the same time, it is argued.

In that structuring of sentencing decision making, the promotion of the consistency in sentencing executes itself. It is therefore a structuring of the act of decision making which can be seen as a separate and substantial aspect of consistency in sentencing. In that decision making model of sentencing, typology has a place, but only in the context of and at the use of that decision model of (in the core) assessment and determination. Typology not only assumes sentencing law and sentencing discretion, it also contributes to its development.

The description of some ground forms of offences, such as visible is in the above mentioned orientation points for sentencing in the Netherlands, has to a certain extend characteristics that are related to the typological method. The typological concept of sentencing decision making shows that even beyond the discussion concerning judicial cooperation and judicial lawmaking in the context of a civil law system, possibilities exist for a judge and for a judiciary who actively strive for increasing the legitimacy of the sentencing decision. To that extend, the analysis here offers a starting point for institutional activities aimed at increasing consistency in sentencing. Institutional responsibilities (as laid down in the Judicial Organisation Act) with respect to the uniformity

in the application of the law as well as the quality in the administration of justice may find their target in the concept of typological sentencing decision making.

Looking ahead, the importance of a layered interpretation of the discretion of the judge must be stressed. Within the context as described, the typology of sentencing decision making forms a link between the process of determination and weighting of the facts, circumstances and interests on the one hand and the fixing of the sentence in type, measure and modality on the other. The concept forms a tool in assessing what also has been described as 'the jump' from law and facts to the sentence. To that extend the typology has a meaning for the process of decision making in individual cases.

Besides the relevance for the realization of a judgment, typology has a meaning for the reasoning of the sentencing decision: it offers the opportunity to make transparent on the basis of what facts and on which grounds cases are similar or why they differ. The need to justify the sentencing decision, it is argued, therefore structures the process of fact finding.

Moreover typology has significance for the organization of the judiciary: it forms a starting point for carrying over and bringing up discussions on knowledge and insights of (effectiveness) of sanctions. The organization of the judiciary can, by means of supporting this concept of sentencing decision making contribute to the context of dialectics and deliberation in which criminal procedure in fact is lacking. The development and application of sentencing orientation points shows affinity with the typological model of sentencing decision making, and not only assumes a constant process of evaluation, but also a context of discussion and training, of research, dialectics and debate concerning fundamentals, objectives and effectiveness of sanctioning, as well as a deepening in sentence determinants. This way, and within the described context, an active judge and an active judiciary can contribute to the need for a further developed sentencing law in the Netherlands and, as a necessary feature of it, to sentencing decision making.

Aangehaalde literatuur

Ahlers-Grzibek 2003

U. Ahlers-Grzibek, *Der normative Normalfall in der Strafzumessung*, Hamburg: Verlag Dr. Kovac 2003.

Albrecht 1994

H.-J. Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*. Berlin: Duncker & Humblot 1994.

Alexy 1983

R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1983.

Aristoteles 2005

Aristoteles, *Ethica Nicomachea* (vertaald en toegelicht door Charles Hupperts en Bartel Poortman), Budel: Uitgeverij Damon 2005.

Ashworth 1989

A. Ashworth, 'Techniques for Reducing Subjective Disparity', in, *Disparities in Sentencing: Causes and Solutions*, Strassbourg: Council of Europe 1989, p. 101-137.

Ashworth 1992

A. Ashworth, 'Sentencing Reform Structures', *Crime and Justice* 1992, p. 181-241.

Ashworth 2005

A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

Balkema 1985

J.P. Balkema, 'De rechter en de executie', in: J.P. Balkema, D.H. de Jong & W. Nieboer (red.), *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 1-16.

Balkema & Corstens 1986

J.P. Balkema & G.J.M. Corstens, 'Het straffenarsenaal', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *1886-1986. Gedenkboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 303-332.

Baumgardt & Van der Kruijs 2004

R.J. Baumgardt & P.W. Van der Kruijs, 'Straftoematingsverweren', *Strafblad* 2004-1, p. 64-79.

Beccaria 1982

C. Beccaria, *Over misdaden en straffen*, Antwerpen: Kluwer 1982.

Van den Bergh 2000

G.C.J.J.v.d. Bergh, *Geleerd recht. Een geschiedenis van de rechtswetenschap in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2000.

Berghuis 1992

A.C. Berghuis, 'De harde en de zachte hand: Een statistische analyse van verschillen in sanctiebeleid.' *Trema* 1992, p. 84-93.

Beyens 2000

K. Beyens, *Straffen als sociale praktijk. Een penologisch onderzoek naar straftoemeting*, Brussel: VUB Press 2000.

Van Binsbergen 1949

W.C. van Binsbergen, *Algemeen karakter van het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland* (diss. Utrecht), Utrecht: Boekhandel H. de Vroede 1949.

Bleichrodt 1996

F.W. Bleichrodt, *Onder voorwaarde: een onderzoek naar de voorwaardelijke veroordeling en andere voorwaardelijke modaliteiten* (diss. Nijmegen), Deventer: Gouda Quint 1996.

Bleichrodt 2002

F.W. Bleichrodt, 'Het strafrechtelijk sanctiestelsel in de revisie', in: *Herziening van het sanctiestelsel* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2002-I), Deventer: Kluwer 2002, p. 89-166.

Blok & Besier 1925

A.J. Blok & L.C. Besier, *Het Nederlandsche strafproces. Deel II*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1925.

Boone e.a. 2006

M. Boone e.a., *Het functioneren van de rechterlijke organisatie in beeld. Onderzoek naar de stand van zaken binnen de rechterlijke organisatie na de invoering van de Wet OBG en de Wet Raad voor de rechtspraak*, Den Haag: WODC 2006.

Bos 1986

J.T.K. Bos, *Stelselmatige rechtspraak* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint BV 1986.

Bovend'Eert 2008

P.P.T. Bovend'Eert, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

Bovens e.a. 2001

M.A.P. Bovens e.a., *Openbaar bestuur. Beleid, organisatie en politiek*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2001.

Brants e.a. 2003

C.H. Brants e.a., 'Op zoek naar grondslagen', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-27.

Brenninkmeijer 1989

A.F.M. Brenninkmeijer, 'De grenzen van samenwerking tussen rechters', *NJB* 1989, p. 1621-1634.

Van den Broeke 2004

M. van den Broeke, 'Het domein van de rechter; een eerste verkenning', in: N.J.H. Huls & M.A. Loth (red.), *Het domein van de rechter*, Rotterdam: Sanders Instituut/Kluwer 2004, p. 1-42.

Brouwer 1979

P.W. Brouwer, 'Openheid van en in rechtsordes', *R&R* 1979, p. 128-149.

Brouwer 1990

P.W. Brouwer, *Samenhang in recht. Een analytische studie* (diss. Leiden), Groningen: 1990.

Brouwer 1992

P.W. Brouwer, 'Over coherentie in recht (Preadvies Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht)', *R&R* 1992-3, p. 178-192.

Bruns 1967

H.-J. Bruns, *Strafzumessungsrecht*, Köln: Carl Heymans Verlag KG 1967.

Bruns 1985

H.-J. Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, Köln: Carl Heymans Verlag KG 1985.

Van de Bunt 1985

H.G. van de Bunt, *Officieren van Justitie* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1985.

Van de Bunt & Mevis 2004

H.G. van de Bunt & P.A.M. Mevis, 'Het rechterlijk oordeel in strafzaken ter discussie', in: J.W. de Keijser & H. Elffers (red.), *Het maatschappelijk oordeel van de strafrechter. De wisselwerking tussen rechter en samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 5-20.

Burkens e.a. 2006

M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.

Buruma 2005

Y. Buruma, 'Motiveren: waarom?' in: A. Harteveld, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling (Liber amicorum G. Knigge)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 71-87.

Claes 2003

E. Claes, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003.

Claes 2006

E. Claes, 'Straftoemeting, bestraffingssociologie, bestraffingsfilosofie', *R&R* 2006-1, p. 29-54.

Cleiren 1989

C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Cleiren 1992

C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht. Een onderzoek naar de betekenis van artikel 1 Sv voor onze huidige strafrechtspleging* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Cleiren 1997

C.P.M. Cleiren, 'Een pleidooi voor (meer) rechterlijke samenwerking', in: P. Ingelse e.a. (red.), *De mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking*, Amsterdam: Gerechtshof Amsterdam 1997, p. 27-35.

Cleiren 2001

C.P.M. Cleiren, *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation* (oratie Leiden), Deventer: Gouda Quint 2001.

Cleiren 2003

C.P.M. Cleiren, 'Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht', in: *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2003-I), Kluwer: p. 33-104.

Cleiren 2006

C.P.M. Cleiren, 'Het legaliteitsbeginsel', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos & M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu uitgevers 2006, p. 229-250.

Cleiren & Schoep 2001a

C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep, 'Rechterlijke samenwerking; waarom, waartoe, waarheen?' in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 3-11.

Cleiren & Schoep 2001b

C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Kluwer 2001.

Commissie-Leemhuis 1998

Commissie-Leemhuis, *Rechtspraak bij de tijd* (Rapport van de adviescommissie toerusting en organisatie zittende magistratuur), Den Haag: Ministerie van Justitie 1998.

United States Sentencing Commission 1991

United States Sentencing Commission, *Mandatory Minimum Penalties in the Federal Criminal Justice System (Special Report to the Congress)*, 1991.

PVRO 1999

Concept Databank Straftoemeting, Amersfoort: PVRO 1999.

Corstens 2005

G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Corstens & Vegter 1989

G.J.M. Corstens & P.C. Vegter, 'Samenwerking tussen strafrechters', *NJB* 1989, p. 1635-1641.

Crijns & Van der Meij 2005

J.H. Crijns & P.P.J. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiele waarheidsvinding', in: R.H. Haveman & H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 45-69.

Crombag, De Wijkerslooth & Cohen 1973

H.F. Crombag, J.L. de Wijkerslooth & J. Cohen, 'Over het legitimeren van rechterlijke beslissingen', in: H.F. Crombag e.a., *Het rechterlijk oordeel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 5-26.

Cromheecke & Dhont 2004

M. Cromheecke & F. Dhont, 'Artikel 7. Geen straf zonder wet', in: J. vande Lanotte & Y. Haeck (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar. Volume I*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 653-703.

Van Delden 1989

A.H. van Delden, 'Samenwerking tussen rechters', *NJB* 1989, p. 1642-1647.

Van Dijk & Van Hoof 1998

P. van Dijk & G. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag: Kluwer Law International 1998.

Dijksterhuis 2008

B.M. Dijksterhuis, *Rechters normeren de alimentatiehoogte. Empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de Werkgroep Alimentatienormen (1975-2007)* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2008.

Doob 1995

A.N. Doob, 'The United States Sentencing Commission Guidelines: If you don't know where you are going, you might not get there', in: C.M.V. Clarkson & R. Morgan (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 199-250.

Van Dorst 2004

A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2004.

Duff 2001

R.A. Duff, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford: Oxford University Press 2001.

Duker 2003

M.J.A. Duker, *Legitieme straftoemeting* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Duker 2005

M.J.A. Duker, 'De Databank CST nu ook voor advocaten beschikbaar', *Trema Straftoemetingsbulletin* 2005-1, p. 6-11.

Dupont 1979

L. Dupont, *Beginselen van een behoorlijke strafrechtsbedeling*, Antwerpen: Kluwer 1979.

Van Duyne 1980

P.C. van Duyne, 'Een psychologische benadering van verschillen in straftoemeting', *Justitiële Verkenningen* 1980-10, p. 5-43.

Dworkin 2001

R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press 2001.

Eindrapport Pilot PROMIS 2005

Eindrapport Pilot PROMIS, Arnhem: Gerechtshof Arnhem 2005.

Eindrapport Promis II 2007

Eindrapport Promis II, 2007.

Engisch 2005

K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer 2005.

Enschedé 1974

C.J. Enschedé, 'De grenzen van de functie van de strafrechter', *RM Themis* 1974, p. 605-626.

Enschedé 1975

C.J. Enschedé, 'Een nieuw handboek', *DD* 1975, p. 1-7.

Enschedé 1983

C.J. Enschedé, 'De ernst van het feit, de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de dader', in: E. André de la Porte e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 81-85.

Enschedé, Moor-Smeets & Swart 1975

C.J. Enschedé, H.C.M. Moor-Smeets & A.H.J. Swart, *Strafvorming*, Arnhem: Gouda Quint 1975.

Council of Europe 1989

Council of Europe, *Disparities in Sentencing: Causes and Solutions*, Strassbourg: 1989.

Fahl 1996

C. Fahl, *Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe*, Berlin: Duncker & Humblot 1996.

Von Feuerbach 1801

P.J.A. von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1801.

Fiselier 1985

J.P.S. Fiselier, 'Regionale verscheidenheid in de strafrechtspleging', *DD* 1985, p. 283-295.

Fiselier & Lensing 1995

J.P.S. Fiselier & J.A.W. Lensing, 'Afstemming van de straftoemeting', *Trema* 1995, p. 105-117.

Fitzmaurice & Pease 1986

C. Fitzmaurice & K. Pease, *The psychology of judicial sentencing*, Manchester: Manchester University Press 1986.

Fockema Andreae 1875

S. Fockema Andreae, 'Preadvies', in: *De verlaging der strafminima met afschaffing van de leer der verzachtende omstandigheden* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1875-I), Gebr. Belinfante: p. 63-87.

Fokkens 1986

J.W. Fokkens, 'Rechterlijke straftoemeting en beleid', in: D.H. de Jong, J.L. van der Neut & J.J.J. Tulkens (red.), *De vrijheidsstraf*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 165-175.

Fokkens 2005

J.W. Fokkens, 'De wijziging van artikel 359 lid 2 Sv: een stap op weg naar een contradictoir strafproces', in: A. Harteveld, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling (Liber amicorum G. Knigge)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 139-149.

Fokkens & Duker 2006

J.W. Fokkens & M.J.A. Duker, 'Straftoemeting als rechtsvinding', *Trema Straftoemetingsbulletin* 2006-1, p. 1-5.

Foqué & 't Hart 1990

R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Foucault 2001

M. Foucault, *Discipline, Toezicht en Straf. De geboorte van de gevangenis*, Groningen: Historische Uitgeverij 2001.

Frankel 1973

M.E. Frankel, *Criminal Sentences: Law without Order*, New York: Hill and Wang 1973.

Frankel 1998

M.E. Frankel, 'Lawlessness in Sentencing', in: A. von Hirsch & A. Ashworth (eds.), *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 220-226.

Franken 1993

A.A. Franken, *Voeging ad informandum in strafzaken* (diss. Tilburg), Arnhem: 1993.

Franken 1973

H. Franken, *Vervolgingsbeleid* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: S. Gouda Quint - D. Brouwer en zoon 1973.

Franken 1997

H. Franken, *Onafhankelijk en verantwoordelijk (diesrede Universiteit Leiden)*, Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 1997.

Franken e.a. 1993

H. Franken e.a., *InLeiden tot de rechtswetenschap*, Arnhem: Gouda Quint bv 1993.

Franssen, Mein & Verberk 2006

J. Franssen, A. Mein & S. Verberk, *Gerechtsbesturen, integraal management en MD-beleid*, Den Haag: WODC 2006.

Frijda 1988

L. Frijda, 'De HR en de motivering van de strafoplegging', *DD* 1988, p. 943-959.

Frijda 1992

L. Frijda, 'Eventuele Straatsburgse aanbevelingen over straftoemeting', *Trema* 1992, p. 94-101.

Fuller 1957

L.L. Fuller, 'Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart', *Harvard Law Review* 1957, p. 630-672.

Galligan 1986

D.J. Galligan, *Discretionary powers: a legal study of official discretion*, Oxford: Clarendon Press 1986.

Garland 1990

D. Garland, *Punishment and society. A study in social theory*, Chicago: The University of Chicago Press 1990.

Gerards 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Gerards 2006

J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2006.

Giessen 2007

I. Giessen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: *Alternatieve regelgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2007-I), Deventer: Kluwer 2007, p. 67-168.

Groenhuijsen 1987

M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet* (oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Groenhuijsen 2005

M.S. Groenhuijsen, 'Over toeval in het wetgevingsdebat over strafprocesrecht: de uitbouw van een contradictoire gedingstructuur in strafzaken', *DD* 2005-4, p. 351-359.

Groenhuijsen & Knigge 2001

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Algemeen Deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 1-55.

Hage 2004

J. Hage, 'Law and Coherence', *Ratio Juris* 2004-1, p. 87-105.

Van Hamel/Van Dijk 1927

G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, Haarlem/'s-Gravenhage: De Erven F. Bohn/Gebr. Belinfante 1927.

't Hart 1976

A.C. 't Hart, *Om het O.M. : een verkenning van enkele aspecten van taak en functioneren van het Openbaar Ministerie in Nederland* (oratie Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1976.

't Hart 1983a

A.C. 't Hart, 'Artikel 25 WvW en het legaliteitsbeginsel', in: A.C. 't Hart, *Strafrecht en beleid. Essays*, Leuven: Uitgeverij Acco 1983, p. 189-208.

't Hart 1983b

A.C. 't Hart, 'Het nulla-poenabeginsel', in: A.C. 't Hart, *Strafrecht en beleid. Essays*, Leuven: Uitgeverij Acco 1983, p. 209-231.

't Hart 1983c

A.C. 't Hart, 'Strafrecht: de macht van een verhaalstructuur', in: A.C. 't Hart, *Strafrecht en beleid. Essays*, Leuven: Uitgeverij Acco 1983, p. 413-470.

't Hart 1994

A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

't Hart 1995

A.C. 't Hart, *Mensenwerk? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat* (Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, afdeling Letterkunde, Nieuwe reeks, Deel 58 no. 4), Amsterdam: KNAW/Noord-Hollandsche 1995.

't Hart 1997

A.C. 't Hart, 'Interpretatiemethoden', in: A.C. 't Hart, *De meerwaarde van het strafrecht. Essays en annotaties*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1997, p. 181-187.

't Hart 2001a

A.C. 't Hart, 'Het nieuwe OM', in: A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 4-101.

't Hart 2001

A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Hart 1970

H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Clarendon Press 1970.

Hart 1997

H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Second Edition), Oxford: Oxford University Press 1997.

Haveman 2003

R.H. Haveman, 'The principle of legality', in: R.H. Haveman, O. Kavran & J. Nicholls (eds.), *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 39-75.

Heijder 1979

A. Heijder, 'Nullum crimen sine lege?' in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 137-153.

Hempel & Oppenheim 1936

C.G. Hempel & P. Oppenheim, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik: wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, Leiden: Sijthoff 1936.

Hendriks 2002

P.A.M. Hendriks, 'Op weg naar consistente straftoemeting: een reisverslag', *Trema Straftoemetingbulletin* 2002-2, p. 57-60.

De Hert 2004

P. de Hert, 'Artikel 6 § 2 EVRM', in: J. vande Lanotte & Y. Haeck (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar. Volume I*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 519-581.

Hettinger 1982

M. Hettinger, *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen*, Berlin: Duncker & Humblot 1982.

Heyde 1952

J.E. Heyde, 'Typus. Ein Beitrag zur Typologik', *Studium Generale: Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden* 1952-4, p. 235-247.

Hildebrandt 2002

M. Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002.

Von Hirsch 1986

A. von Hirsch, *Doing Justice*, Boston: Northeastern University Press 1986.

Von Hirsch 1990

A. von Hirsch, 'Proportionality in the Philosophy of Punishment: From „Why Punish?“ to „How Much?“', *Criminal Law Forum* 1990-2, p. 259-290.

Von Hirsch 1995

A. von Hirsch, *Censure and Sanctions*, Oxford: Clarendon Press 1995.

Von Hirsch 2001

A. von Hirsch, 'The Project of Sentencing Reform', in: M. Tonry & R.S. Frase (eds.), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, New York: Oxford University Press 2001, p. 405-420.

Von Hirsch & Ashworth 2005

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

Von Hirsch & Jareborg 1991

A. von Hirsch & N. Jareborg, 'Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis', *Oxford Journal of Legal Studies* 1991, p. 1-38.

Hirsch Ballin 1979

E.M.H. Hirsch Ballin, *Publiekrecht en beleid. Fundamentele kwesties rondom het functioneren van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Samson 1979.

Hoekema 1978

A.J. Hoekema, 'Opsporings- en vervolgingsrichtlijnen, een rechtssociologisch onderzoek', *DD* 1978, p. 443-487.

Hoekema 1981

A.J. Hoekema, 'Rationalisering van strafvorming', in: H. Franken e.a. (red.), *Ad personam*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 105-128.

Hoekema 1991

A.J. Hoekema, *Legitimiteit door legaliteit, over het recht van de overheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1991.

Van der Hoeven 1875

H. van der Hoeven, 'Preadvies', in: *De verlaging der strafminima met afschaffing van de leer der verzachtende omstandigheden* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1875-I), Gebr. Belinfante: p. 34-62.

Hofstee 1987

E.J. Hofstee, 'Straf naar de mate van schuld?' in: Ch. J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber Amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 195-214.

Hol & Loth 2001

A.M. Hol & M.A. Loth, 'Tudex mediator; naar een herwaardering van de juridische professie', *R&R* 2001-1, p. 9-57.

Hood 1962

R. Hood, *Sentencing in the Magistrates' Courts. A study in variations of policy*, London: Stevens & Sons 1962.

Hood 1992

R. Hood, *Race and sentencing*, Oxford: Clarendon Press 1992.

Horovitz 2007

A. Horovitz, 'The Emergence of Sentencing Hearings', *Punishment & Society* 2007-3, p. 271-299.

De Hullu 1998

J. de Hullu, 'De strafmotivering', in: G. Knigge (red.), *Leerstukken van Strafprocesrecht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1998, p. 247-261.

De Hullu 2002

J. de Hullu, 'Enkele suggesties voor herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel', in: *Herziening van het sanctiestelsel* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2002-I), Deventer: Kluwer 2002, p. 1-88.

De Hullu 2003

J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Gouda Quint 2003.

De Hullu 2006

J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2006.

De Hullu, Koopmans & De Roos 1999

J. de Hullu, I.M. Koopmans & T.A. de Roos, *Het wettelijk strafmaximum*, Deventer: Gouda Quint 1999.

Criminaliteit en rechtshandhaving 2001

F.W.M. Huls e.a. (red.), *Criminaliteit en rechtshandhaving 2000. Ontwikkelingen en samenhangen*, Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek/Ministerie van Justitie, WODC 2001.

Huls, Mevis & Visscher 2003

N.J.H. Huls, P.A.M. Mevis & N. Visscher, 'De kloof tussen rechtspraak en samenleving. Hoe klantvriendelijk is de rechter?' *Justitiële Verkenningen* 2003-1, p. 11-31.

Hulsman 1968

L.H.C. Hulsman, 'De strafrechtelijke sanctie en zijn maat', *Wijsgerig perspectief op maatschappij en wetenschap* 1968-4, p. 207-232.

Hulsman 1969

L.H.C. Hulsman, 'Straftoemeting', in: CH. J. Enschedé, L.H.C. Hulsman & G.E. Langemeijer (red.), *Straf. Enige beschouwingen en meningen over het functioneren van de Nederlandse strafrechtspleging, zoals ontwikkeld op het 'Congres Straftoemeting', gehouden op 28 februari en 1 maart 1969 te Den Haag*, Baarn: Bosch & Keuning n.v. 1969, p. 61-118.

Hulsman 1981

L.H.C. Hulsman, 'Waarover beslist men eigenlijk in het strafrechtelijk systeem? (Overwegingen over de 'ernst van het feit' als criterium voor crimineel-politieke beslissingen)', in: A.J. Bins (red.), *Beginselen. Opstellen over strafrecht aangeboden aan G.E. Mulder* 1981, p. 107-116.

Janse de Jonge 1987

J.A. Janse de Jonge, 'Om de persoon van de dader: opmerkingen over straftoemeting, voorlichting en rechtsgelijkheid (II)', *DD* 1987-6, p. 576-583.

Janse de Jonge 1991

J.A. Janse de Jonge, *Om de persoon van de dader. Over straftheorieën en voorlichting door de reclassering* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1991.

Jareborg 1995

N. Jareborg, 'The Swedish Sentencing Reform', in: C.M.V. Clarkson & R. Morgan (eds.), *The politics of sentencing reform*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 95-124.

Jellinek 1920

G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Verlag Julius Springer 1920.

Jescheck & Weigend 1996

H.-H. Jescheck & T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin: Duncker & Humblot 1996.

Jonkers 1999

W.H.A. Jonkers, 'De strafrechtelijke straf: inhoud, grondslag, doeleinden', in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 163-176.

Jung 2003

C.G. Jung, *Psychologische typen*, Rotterdam: Lemniscaat 2003.

Van der Kaaden 1977

J.J. van der Kaaden, 'Straftoemetingsfactoren, de rechtsgelijkheid in de straftoemeting', *Justitiële Verkenningen* 1977-2, p. 4-36.

Van Kalmthout & Tak 2003

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

Kannegieter 1994

G. Kannegieter, *Ongelijkheid in de straftoemeting. De invloed van de sociale positie van de verdachte op strafrechtelijke beslissingen* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1994.

De Keijser 2000

J.W. de Keijser, *Punishment and Purpose. From moral theory to punishment in action* (diss. Leiden), Leiden: Thela-thesis 2000.

De Keijser 2004

J.W. de Keijser, 'Doelen van straf. Morele theorieën als grondslag voor een legitieme strafrechtspiegeling', in: B. van Stokkom (red.), *Straf en herstel. Ethische reflecties over strafdoeleinden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 43-65.

De Keijser & Van Koppen 2004

J.W. de Keijser & P.J. Koppen, 'Compensatoir straffen: over de relatie tussen bewijs, overtuiging en straf', in: J.W. de Keijser & H. Elffers (red.), *Het maatschappelijk oordeel van de strafrechter*, Boom Juridische uitgevers: 2004, p. 133-184.

Kelk 1983

C. Kelk, 'De juridisering van de straftoemingsprocedure', in: E. André de la Porte e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 247-272.

Kelk 2005

C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Kelk 2007

C. Kelk, 'Het nulla poena-beginsel behoeft opfrissing', in: M.M. Dolman, P.D. Duyx & H.G. van der Wilt (red.), *Geleerde lessen. Liber amicorum Simon Stolwijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 95-111.

Kempen, Kroes & De Lange 2006

M.A.H. Kempen, I. Kroes & A. de Lange, 'Specialisatie achter het loket. Over de borging van kennis van het economisch strafrecht op het gebied van het milieu en de openbare gezondheid', *Strafblad* 2006-3, p. 210-213.

Kemper 1809

J.M. Kemper, *Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland, met eene Inleiding en Aanmerkingen*, Amsterdam: 1809.

Klaasse 1963

N.W. Klaasse, *De splitsing van het eindonderzoek in het strafproces* (diss. Utrecht), Tilburg: H. Gianotten 1963.

Van Klink & Broers 2001

B. van Klink & E.-J. Broers, 'Ten geleide: rechtsvorming door de rechter', in: B. van Klink & E.-J. Broers (red.), *Rechtsvorming door de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 1-13.

Van Klink 2001

B.J.M. van Klink, 'Bedreigt rechtsvinding de rechtszekerheid? Een kritisch-hermeneutische visie op de rol van de rechter in het materiële strafrecht', *DD* 2001-7, p. 685-710.

Knigge 1980

G. Knigge, *Beslissen en motiveren*, Alphen aan de Rijn: Tjeenk Willink 1980.

Köhne 2000

F.M. Köhne, *Coördinatie van rechtspraak* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Koningsveld 1979

H. Koningsveld, *Het verschijnsel wetenschap. Een inleiding tot de wetenschapsfilosofie*, Amsterdam: Boom Meppel 1979.

Kooijmans 2002

T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en normering van de strafrechtelijke maatregel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002.

Koopmans 2004

I.M. Koopmans, 'Straftoemetingshandboek of motiveringshandleiding?' in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 323-340.

Kortenhorst 1990

B.M. Kortenhorst, *De motiveringsverplichting in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1990.

Kuijer 2004

M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Kwak 2003

A.-J. Kwak, 'De moderne rechter in spagaat. Over legitimiteit vóór en achter de rechter', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 63-73.

Van der Landen 1992

D. van der Landen, *Strafen maatregel* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Langbroek 2006

P.M. Langbroek, 'Organisatieontwikkeling en kwaliteitszorg in de rechterlijke organisatie', in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke Macht. Studies over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, p. 115-142.

De Lange 1991

R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Lappi-Seppälä 2001

T. Lappi-Seppälä, 'Sentencing and Punishment in Finland: The Decline of the Repressive Ideal', in: M. Tonry & R.S. Frase (eds.), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, New York: Oxford University Press 2001, p. 92-150.

Larenz 1991

K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin: Springer Verlag 1991.

Leenen 1971

D. Leenen, *Typus und Rechtsfindung*, Berlin: Duncker & Humblot 1971.

Leijten 1977

J.C.M. Leijten, 'Rechtspraak en topiek', in: W. van Gerven & J.C.M. Leijten (red.), *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 25-82.

Levenbook 1984

B.B. Levenbook, 'The Role of Coherence in Legal Reasoning', *Law and Philosophy* 1984-3, p. 355-374.

Loenen 1998

T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

Loth 1990

M.A. Loth, 'De geest van de Begrijfsjurisprudentz', *RM Themis* 1990-1, p. 3-12.

Loth 2001

M.A. Loth, 'Rechterlijke samenwerking en rechtsvinding', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 111-120.

Loth 2005

M.A. Loth, 'Oordelen op tegenspraak. Over de rationaliteit van het rechterlijk oordeel', *R&R* 2005-1, p. 57-80.

Lovegrove 1997

A. Lovegrove, *The framework of judicial sentencing: a study in legal decision making*, New York: Cambridge University Press 1997.

Luhmann 1983

N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1983.

MacCormick 1978

N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press 1978.

Machielse 1987

A.J. Machielse, 'Strafrechter en straftoemeting: dictatoriaal of collegiaal?' in: RAIO-congrescommissie (red.), *De rechter als dictator? Dynamiek in de trias. Verschuivingen in de verhouding regelgeving, bestuur en rechtspraak*, Lochem: Van den Brink & Co 1987, p. 109-122.

Malsch & Van Manen 2007

M. Malsch & N.F. van Manen (red.), *De begrijpelijkheid van de rechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Martens 1997

S.K. Martens, 'Mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking, een verkenning', in: P. Ingelse e.a., *De mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking*, Amsterdam: Gerechtshof Amsterdam 1997, p. 7-26.

Martens 2000

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, p. 747 ev.

Van der Meer 2004

T. van der Meer, *Vertrouwen in de rechtspraak: empirische bevindingen* (Rechtstreeks-1), Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2004.

Meijers 1989

L.C.M. Meijers, 'Strafmotivering; een controlelijst', in: J.G.M.P.F. van der Meijs & G.A.M. Strijards (red.), *De derde rechtsingang nader bekeken*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 209-221.

Melai 1968

A.L. Melai, *Het gezag van norm en feit in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint/Brouwer 1968.

Mevis 1997

P.A.M. Mevis, *Hoofddlijnen van het strafrechtelijk sanctiestelsel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Mevis 2003

P.A.M. Mevis, 'Naar een wettelijk systeem van bijzondere strafminima?' *Trema Straftoemittings-bulletin* 2003-2, p. 25-32.

Miller 2005

M.L. Miller, 'A Map of Sentencing and a Compass for Judges: Sentencing Information Systems, Transparency, and the Next generation of Reform', *Columbia Law Review* 2005-4, p. 1351-1395.

Montenbruck 1983

A. Montenbruck, *Strafrahmen und Strafzumessung*, Berlin: Duncker & Humblot 1983.

Montenbruck 1989

A. Montenbruck, *Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten*, Berlin: Duncker & Humblot 1989.

A. Mulder 1965

A. Mulder, 'Humane spanningen in het strafrecht', *TvS* 1965, p. 57-71.

A. Mulder 1981

A. Mulder, 'Mede gelet op de persoon van de dader', in: J.W. Fokkens & N. Keijzer (red.), *Begin-selen van strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 185-196.

G.E. Mulder 1991

G.E. Mulder, 'Samenwerking tussen rechters', in: G.J.M. Corstens (red.), *Met hoofd en hart. Opstel-len aangeboden aan prof. mr. J.C.M. Leijten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 153-170.

Nagel 1990

I.H. Nagel, 'Structuring Sentencing Discretion: The New Federal Sentencing Guidelines', *Journal of Criminal Law and Criminology* 1990-4, p. 883-943.

Nieuwenhuis 1976

J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *RM Themis* 1976, p. 494-515.

Nieuwenhuis 1980

J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu, ontwikkelingen op het gebied van de overdracht van roe-rende zaken, bevattende tevens enige beschouwingen omtrent de status van overgangsvormen in het privaatrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1980.

Nieuwenhuis 1997

J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & Compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1997.

Nijboer 1987

J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987.

Nijboer 2001

J.F. Nijboer, 'Recommendations. Over het 'zachte' recht van de Raad van Europa', *Justitiële Verkenningen* 2001-2, p. 81-87.

Nonet & Selznick 2001

P. Nonet & P. Selznick, *Law & Society in Transition. Toward Responsive Law*, New Brunswick/London: Transaction Publishers 2001.

NVVR 1985

NVVR, *Beleidsnota*, 1985.

NVVR 1987

NVVR, 'Rechterlijk beleid in de straftoemeting', *Trema* 1987, p. 276-284.

Commissie Deetman 2006

Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie, *Rechtspraak is kwaliteit*, Den Haag: 2006.

Oriëntatiepunten Straftoemeting 2003

'Oriëntatiepunten Straftoemeting', *Trema Straftoemetingsbulletin* 2003-3, p. 88-91.

Oskamp 1998

E.W. Oskamp, *Computerondersteuning bij straftoemeting* (diss. Leiden), Deventer: Gouda Quint 1998.

Oskamp & Schmidt 1998

E.W. Oskamp & A.H.J. Schmidt, 'De opmars van informatietechnologie. Een vergelijkend warenonderzoek van drie strafmaatsystemen', *Justitiële Verkenningen* 1998-5, p. 39-61.

Parton, Hansel & Stratton 1991

D.A. Parton, M. Hansel & J.R. Stratton, 'Measuring Crime Seriousness. Lessons from the National Survey of Crime Severity', *British Journal of Criminology* 1991, p. 72-85.

Pennington & Lloyd-Bostock 1987

D.C. Pennington & S. Lloyd-Bostock (eds.), *The Psychology of Sentencing*, Oxford: Centre for Socio-Legal Studies 1987.

Openbaar Ministerie 2006

Perspectief op 2010, Den Haag: Openbaar Ministerie 2006.

Peters 1972

A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1972.

Polak 1947

L. Polak, *De zin der vergelding II*, Amsterdam: G.A. van Oorschot 1947.

Pols 1879

M.S. Pols, *Het bestaan, de ontwikkeling en de tegenwoordige toestand van het Nederlandse strafrecht* (oratie Utrecht), Utrecht: J.L. Beijers 1879.

Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 1995

L. Prakke, J.L. de Reede & G.J.M. van Wissen, *Van der Pot-Donner. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Raad van Europa 1992

Raad van Europa, *Recommendation (92) 17, concerning consistency in sentencing*, 1992.

Radbruch 1938

G. Radbruch, 'Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken', *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* 1938-1, p. 46-54.

Rawls 1999

J. Rawls, *A Theory of Justice. Revised Edition*, Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press 1999.

Rawls 2002

J. Rawls, 'The Idea of Public Reason Revisited', in: J. Rawls, *The Law of Peoples*, Cambridge (MA): Harvard University Press 2002, p. 129-180.

Raz 1992

J. Raz, 'The Relevance of Coherence', *Boston University Law Review* 1992-2, p. 273-321.

Raad voor de rechtspraak 2004

Raad voor de rechtspraak, *Agenda van de Rechtspraak 2005-2008*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2004.

Raad voor de rechtspraak 2006

Raad voor de rechtspraak, *In het belang van goede strafrechtspraak. Voorstellen voor de versterking van de rechterlijke oordeelsvorming in strafzaken*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2006.

Raad voor de rechtspraak 2007

Raad voor de rechtspraak, *Agenda van de Rechtspraak 2008-2011. Onafhankelijk en betrokken*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2007.

Ricoeur 2000

P. Ricoeur, 'The Act of Judging', in: P. Ricoeur, *The Just*, Chicago/London: The University of Chicago Press 2000, p. 127-132.

Rijkkema 2001

P. Rijkkema, *Rechtshandhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2001.

Roberts 1992

J.V. Roberts, 'Public Opinion, Crime, and Criminal Justice', *Crime and Justice* 1992-16, p. 99-180.

Roberts 2008a

J.V. Roberts, 'Aggravating and Mitigating Factors at Sentencing: Towards Greater Consistency', *Criminal Law Review* 2008-4, p. 264-276.

Roberts 2008b

J.V. Roberts, 'Sentencing Policy and Practice: The Evolving Role of Public Opinion', in: A. Freiberg & K. Gelb (eds.), *Penal Populism, Sentencing Councils and Sentencing Policy*, Devon: Willan Publishing 2008, p. 15-30.

De Roos 2006

Th.A. de Roos, *Is de invoering van lekenrechtspraak in de Nederlandse strafrechtspleging gewenst?*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2006.

De Roos & Schoep 2003

Th.A. de Roos & G.K. Schoep, 'De dynamiek van minimumstraffen', *Trema Straftoemetingbulletin* 2003-2, p. 32-38.

Rozemond 1998

K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Gouda Quint 1998.

Rozemond 1999

K. Rozemond, 'Legaliteit in het materiële strafrecht', *RM Themis* 1999-4, p. 117-130.

Rozemond 2006a

K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006.

Rozemond 2006b

N. Rozemond, 'Strafrechtelijke belangenafweging in de risicosamenleving', *RM Themis* 2006-4, p. 160-168.

Rozie 2006

J. Rozie, 'Op zoek naar meer eenvormigheid in de straftoemeting: van maatpak naar confectiepak', *Rechtskundig Weekblad* 2006-38, p. 1481-1491.

Sancties in Perspectief 2000

Sancties in Perspectief. Beleidsnota inzake de heroriëntatie op de toepassing van vrijheidsstraffen en vrijheidsbeperkende straffen bij volwassenen, Den Haag: Ministerie van Justitie 2000.

Van Sandick 1933

J.C.F. van Sandick, *De straftoemeting. Statistisch onderzoek naar de straftoemeting in 1929 vergeleken met die in 1913* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1933.

Sauer 1970

W. Sauer, *Juristische Methodenlehre: zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften*, Aalen: Scientia 1970.

Schoep 2005

A. Schoep, 'Van Mauerspechten en grensbewakers. Ontwikkelingen op het grensgebied van strafeis en strafbeslissing', in: R.H. Haveman & H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 1-17.

Schoep 2006a

G.K. Schoep, 'Oriëntatiepunten straftoemeting in de strafmotivering', *Trema Straftoemetingsbulletin* 2006-2, p. 13-16.

Schoep 2006b

G.K. Schoep, 'Strafmotivering', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos & M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 183-210.

Schoep & Schuyt 2005

G.K. Schoep & P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij de straftoemeting. Een onderzoek naar de (potentiële) effectiviteit van de Databank Consistente Straftoemeting en de oriëntatiepunten voor de straftoemeting*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Schoep & Teuben 2006

G.K. Schoep & K. Teuben, 'Rechterlijke samenwerking', in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke Macht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 403-432.

Asser-Scholten 1974

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het burgerlijk recht. Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Schünemann 1978

B. Schünemann, *Nulla poena sine lege? Rechtsheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin: Walter de Gruyter 1978.

Schurer en Van Loon 2000

G. Schurer & R.P.L. van Loon, 'Strafvorderingsrichtlijnen in Nederland. Geschiedenis, heden en toekomst', *Trema Straftoemingsbulletin* 2000-1, p. 9-14.

Schuyt 2007

P. Schuyt, 'Bij de volgende verdachte rechtsaf: een TomTom voor de strafoplegging?' in: J.W. Duyvendak e.a. (red.), *Macht en verantwoordelijkheid. Essays voor Kees Schuyt*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 345-353.

Schuyt 2003

P.M. Schuyt, 'Diversiteit in strafoplegging: het verschil tussen afspreken en afstemmen', *Sancties* 2003-2, p. 90-100.

Schuyt 2004

P.M. Schuyt, 'Europees Hof voor de Rechten van de Mens 9 november 2004, Del Latte t. Nederland & Europees Hof voor de Rechten van de Mens 25 november 2004, Van Thuil t. Nederland, Motiveringsdilemma's en de onschuldpresumptie', *NJCM* 2004-8, p. 1138-1147.

Schuyt 2005

P.M. Schuyt, 'Grenzeloos straffen: een gedachte-experiment', in: R.H. Haveman & H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 35-43.

The Sentencing Commission for Scotland 2006

The Sentencing Commission for Scotland, *The Scope to Improve Consistency in Sentencing*, www.scottishsentencingcommission.gov.uk: 2006.

Slotboom e.a. 1992

A. Slotboom e.a., 'De relatie tussen eis en vonnis. Strafvordering en straftoemeting in vier arrondissementen', *Justitiële Verkenningen* 1992-8, p. 59-71.

Smidt I 1881

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Deel I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881.

Smidt I 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Deel I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

Smith 1998

C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker Publishing 1998.

Smith 2005

C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Spendel 1954

G. Spendel, *Zur Lehre vom Strafmass*, Frankfurt am Main: Klostermann 1954.

Spriet 2005

B. Spriet, 'Tabula Dupontis. De tabel Dupont tot combinatie van straf(toemings)normen', in: F. Verbruggen e.a. (red.), *Strafrecht als Roeping. Liber Amicorum Lieven Dupont (I)*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2005, p. 539-552.

Stith & Cabranes 1998

K. Stith & J.A. Cabranes, *Fear of judging. Sentencing guidelines in the federal courts*, Chicago/London: The university of Chicago press 1998.

Van Stokkom (red.) 2004

B.v. Stokkom (red.), *Strafen herstel. Ethische reflecties over sanctiedoeleinden*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2004.

Streng 2007

F. Streng, 'Sentencing in Germany: Basic Questions and New Developments', *German Law Journal* 2007-2, p. 153-172.

Tak 2001

P.J.P. Tak, 'Straffen en bestraffen in Duitsland', *Trema Straftoemeterbulletin* 2001-1, p. 3-8.

Tata, Wilson & Hutton 1996

C. Tata, J.N. Wilson & N. Hutton, 'Representations of Knowledge and Discretionary Decision-Making by Decision-Support Systems: the Case of Judicial Sentencing', *The Journal of Information, Law and Technology* 1996-2.

Terlouw 2003

A. Terlouw, *Uitspraak en afspraak. Samenwerking tussen vreemdelingenrechters bij ontbreken van hoger beroep* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Teuben 2004

K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

Tonry 1993

M. Tonry, 'Sentencing Commissions and Their Guidelines', in: M. Tonry (ed.), *Crime and Justice. A review of research*, Chicago: University of Chicago Press 1993, p. 137-195.

Van Tulder & Diephuis 2007

F. van Tulder & B. Diephuis, *Afgewogen straffen. Analyse en verbetering van de Databank Consistente Straftoemeting*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2007.

Vanbergen 1986

J.F.H.H. Vanbergen, *Voorstelling en betekenis. Theorie van de kunsthistorische interpretatie*, Leuven: Van Gorcum 1986.

Th.W. van Veen 1974

Th.W. van Veen, 'Het rekwisitoor', *DD* 1974, p. 517-528.

Van Bemmelen/Van Veen 1989

Van Bemmelen/Van Veen, *Ons Strafrecht deel 4*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Wilink 1989.

Vegter 2000

P.C. Vegter, 'Het sanctiestelsel op de schop?' *Justitiële Verkenningen* 2000-4, p. 19-32.

Veldt 1997

M.I. Veldt, *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1997.

Verhey 2001

L.F.M. Verhey, 'De onafhankelijkheid van de rechter naar Nederlands recht', in: *De onafhankelijkheid van de rechter. Handelingen van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 19-76.

Commissie Herziening vervroegde invrijheidsstelling 2002

Commissie Herziening vervroegde invrijheidsstelling, *Voorwaarden voor een veilige terugkeer*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2002.

Asser-Vranken 1995

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het burgerlijk recht. Algemeen Deel. Deel II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Asser-Vranken 2005

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het burgerlijk recht. Algemeen Deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.

De Vries 2001

I.E. de Vries, 'Eenheidsbevordering in straftoemeting en de uniciteit van de casus en de verdachte', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke Samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 127-133.

Commissie Vrijheidsbeperking 2003

C. Vrijheidsbeperking, *Vrijheidsbeperking door voorwaarden. De voorwaardelijke veroordeling en haar samenhang met de taakstraf, de voorlopige hechtenis en de voorwaardelijke invrijheidstelling*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2003.

Wagner 2001

K. Wagner, 'De onafhankelijkheid van de rechter naar Europees recht', in: *De onafhankelijkheid van de rechter. Handelingen van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 1-18.

Weber (1921) 2002

M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck 2002.

Weigend 2001

T. Weigend, 'Sentencing and Punishment in Germany', in: M. Tonry & R.S. Frase (eds.), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, New York: Oxford University Press 2001, p. 188-221.

Wiarda 1970

G.J. Wiarda, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Nederlandse recht', *Tijdschrift voor Bestuurs- en Publiekrecht* 1970, p. 365-378.

Wiarda 1999

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

De Wijkerslooth 2007

J.L. de Wijkerslooth, 'De betekenis van alternatieve regelgeving in het strafrecht', in: *Alternatieve regelgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2007-I), Deventer: Kluwer 2007, p. 169-207.

De Wijkerslooth & Simonis 2001

J.L. de Wijkerslooth & J. Simonis, 'Spreekrecht voor slachtoffers als onderdeel van een straf-toematingszitting', *NJB* 2001, p. 2079-2083.

Van Wijnbergen 1955

S.F.L. van Wijnbergen, *Vrijheid en gebondenheid van het openbaar bestuur* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Dekker & Van de Vegt N.V. 1955.

Witteveen 1991

W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Witteveen 2001

W.J. Witteveen, 'De ontdekking van de rechtsoverdracht: een terreinverkenning', in: E.-J. Broers & B. van Klink, *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 271-288.

Witteveen, Bovens & Derksen 1987

W.J. Witteveen, M.A.P. Bovens & W. Derksen, 'Rechtsstaat en sturing', in: M.A.P. Bovens, W. Derksen & W.J. Witteveen (red.), *Rechtsstaat en sturing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 1-21.

Wittgenstein (1958) 2002

L. Wittgenstein, *Filosofische onderzoekingen*, Amsterdam: Boom Klassiek 2002.

Wolff 1952

H.J. Wolff, 'Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft', *Studium Generale: Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden* 1952-4, p. 195-205.

WRR 2002

WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat* (Rapporten aan de regering - 63), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Zimring 1994

F.E. Zimring, 'Making the Punishment Fit the Crime: A Consumer's Guide to Sentencing Reform', in: R.A. Duff & D. Garland (eds.), *A Reader On Punishment*, Oxford: Oxford University Press 1994, p. 164-173.

Van Zyl Smit & Ashworth 2004

D. van Zyl Smit & A. Ashworth, 'Disproportionate Sentences as Human Rights Violations', *The Modern Law Review* 2004-4, p. 541-560.

Rechtspraakregister

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 8 juni 1976, *ECHR Series A Vol. 22 (Engel v. Netherlands)*
EHRM 21 februari 1984, *ECHR Series A Vol. 73, NJ 1988, 937 (Oztürk v. Germany)*
EHRM 28 juni 1984, *ECHR Series A Vol. (Campbell and Fell v. UK)*
EHRM 2 maart 1987, nr. 9787/82, *ECHR Series A Vol. 114 (Weeks v. UK)*
EHRM 24 mei 1989, *NJ 1990, 627 (Hauschildt)*
EHRM 22 mei 1990, *ECHR Series A Vol. 177 (Weber v. Switzerland)*
EHRM 25 mei 1993, *ECHR, Series A, Vol. 260-A, § 52 (Kokkinakis v. Greece)*
EHRM 24 februari 1994, *ECHR Series A Vol. 248, NJ 1994, 496 (Bendenoun v. France)*
EHRM 9 februari 1995, *NJ 1995, 606 (Welch v. UK)*
EHRM 8 juni 1995, *NJ 1996, 1 (Jamil v. France)*
EHRM 22 november 1995, *NJ 1997, 1 (C.R. v. United Kingdom)*
EHRM 15 november 1996, *RJ&D ECHR 1996-V, § 35 (Cantoni v. France)*
EHRM 19 februari 1997, *RJ&D ECHR 1997-1 (Laskey, Jaggard and Brown v. UK)*
EHRM 9 september 1998, *NJCM-Bulletin 1999, p. 675-679 (Zegwaard)*
EHRM 28 oktober 1999, nr. 26780/95, *RJ&D ECHR 1999-VII (Escoubet v. Belgium)*
EHRM 23 september 2003, *NJCM-Bulletin 2004, p. 824-826 (Sniekers v. Nederland)*
EHRM 9 oktober 2003, *RJ&D ECHR 2003, 90 (Ezeh and Connors v. UK)*
EHRM 28 oktober 2003, *NJ 2004, 261 (Baars)*
EHRM 25 november 2004 (*Van Thuil v. Nederland*)

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG 11 november 1981, nr. 203/80, *Jur. 1981, p. 2595 (Casati)*

Hoge Raad

HR 14 februari 1919, *NJ 1916, p. 681 (Melk en Water)*
HR 23 mei 1921, *NJ 1921, 564*
HR 11 februari 1929, *NJ 1929, 503*
HR 8 januari 1934, *NJ 1934, 543*
HR 25 februari 1947, *NJ 1947, 161 (Goldflake)*
HR 8 juni 1948, *NJ 1948, 555*
HR 13 februari 1951, *NJ 1951*
HR 24 juli 1967, *NJ 1969, 63*
HR 6 februari 1973, *NJ 1973, 137*
HR 20 februari 1973, *NJ 1973, 245*
HR 18 juni 1974, *NJ 1974, 452*
HR 7 oktober 1975, *NJ 1976, 140*
HR 1 februari 1977, *NJ 1977, 563*
HR 19 september 1977, *NJ 1978, 501*
HR 18 september 1978, *NJ 1979, 105*
HR 19 december 1978, *NJ 1979, 220*
HR 13 maart 1979, *NJ 1979, 269*
HR 29 mei 1979, *NJ 1979, 462*
HR 18 december 1979, *NJ 1980, 204*

HR 11 november 1980, *NJ* 1981, 174
HR 18 november 1980, *NJ* 1981, 134
HR 29 september 1981, *NJ* 1982, 289
HR 27 september 1983, *NJ* 1984, 189
HR 18 december 1984, *NJ* 1985, 358
HR 15 januari 1985, *NJ* 1985, 472
HR 4 juni 1985, *NJ* 1986, 95
HR 15 juli 1985, *NJ* 1986, 184
HR 12 november 1985, *NJ* 1986, 421
HR 10 december 1985, *NJ* 1986, 480
HR 7 januari 1986, *NJ* 1986, 496
HR 15 april 1986, *NJ* 1986, 741
HR 27 januari 1987, *NJ* 1987, 711
HR 16 juni 1987, *NJ* 1988, 320
HR 9 februari 1988, *NJ* 1988, 613
HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118
HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119
HR 28 januari 1992, *NJ* 1992, 382
HR 23 november 1993, *NJ* 1994, 280
HR 7 januari 1997, *NJ* 1997, 361
HR 18 november 1997, *NJ* 1998, 244
HR 26 mei 1998, *NJ* 1998, 713
HR 1 december 1998, *NJ* 1999, 222
HR 14 maart 2000, *NJ* 2000, 520
HR 20 november 2001, *NJ* 2003, 632
HR 3 december 2002, *NJ* 2003, 570
HR 25 november 2003, *NbSr* 2004, 18
HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 274
HR 7 februari 2006, *LJN* AU8903
HR 14 februari 2006, *NbSr* 2006, 68
HR 11 april 2006, *NJ* 2006, 393
HR 18 april 2006, *NJ* 2006, 395
HR 15 mei 2006, *LJN* BA0424
HR 16 mei 2006, *LJN* AV1581
HR 6 juni 2006, *LJN* AW2430
HR 3 oktober 2006, *NJ* 2006, 549
HR 17 oktober 2006, *NJ* 2006, 578
HR 5 december 2006, *NJ* 2006, 666
HR 15 mei 2007, *LJN* BA0425
HR 16 oktober 2007, *LJN* BB2968
HR 17 juni 2008, *LJN* BD2578

Trefwoordenregister

B

Begriffsjurisprudentz 240
Bepaaldheidsvereiste
 (zie ook onder nulla poena) 89
Beslissingsmodel 141, 181
 art. 348 en 350 Sv 141, 144

C

Consistency in Sentencing 31, 43
 Recommendation (92) 17 38
Consistentie 33, 38
 en coherentie 33
 en gelijkheid 36

D

Databank Consistente Straftoemeting 22
Discretionaire bevoegdheden 139
 doelgebonden vrijheid 139
Discretionaire bevoegdheid 5
Doppelverwertungsverbot 114, 117

E

Ernst van het feit 119, 122

G

Gevalsvergelijking 231
 typologische denkmodel 232

H

Heuristiek
 heuristische methoden 226
 legitimatie en heuristiek 224
 van het rechterlijk oordeel 224
Hoofd- en bijkomende straffen 100

K

Kader voor Strafvordering (zie ook richt-
lijnen strafvordering) 127

L

Legaliteit 79
 art. 1 lid 1 Sr 90
 art. 1 Sv 135, 139
 nulla poena sine lege 80
Legitimatie
 en heuristiek 224

Legitimiteit 221

 legitimiteit en legitimatie 221
 van de strafbeslissing 3
 van de straftoemeting 23
 van het rechterlijk oordeel 6, 12
 van rechtspraak 6

LOVS 72, 130, 180, 214

 beslissingsbevoegdheid van het 74

M

Minimumstraffen
 onder strafbedreiging 107

N

Nulla poena sine lege 86

O

Onafhankelijkheid van de rechter 57
Onderzoek ter terechtzitting 147
 gebondenheid aan 151
Onpartijdigheid van de rechter 56
Organisatie van de gerechten 69
Organisatie van de rechtspraak 66
Oriëntatiepunten straftoemeting 29, 30, 127,
 176, 179, 196
 t.b.v. rechterlijke samenwerking 21

P

Persoonlijkheid van de dader 119, 126
PROMIS 177
Proportionaliteit 95
 proportionele vergelding 98

R

Raad voor de rechtspraak 68
Rechterlijke oordeelsvorming 40
Rechterlijke samenwerking 17, 20, 60, 63,
 189, 255
 begrip 21
 en rechtsvorming 53
Rechtsvinding 28, 198, 199, 200, 205, 244
 bij straftoemeting 195
 topische rechtsvinding 227
Rechtsvorming 50, 60, 199, 257
Richtlijnen strafvordering
 Bos/Polaris 161

S

Sanctiedoelen
 meervoudigheid van 93
 Sentencing guidelines 41
 Strafb bedreiging 101
 strafmaxima 104
 Strafbegrip 92
 Strafbeslissing 134, 151, 158, 186
 aard en structuur 210
 motivering 165
 wettelijke criteria (zie ook
 Doppelverwertungsverbot) 113
 Strafeis 158
 Strafmotivering 14, 30, 165, 177, 179, 186, 256
 PROMIS 177
 uitdrukkelijk voorgedragen stand-
 punten 173
 Strafoplegging 186
 Strafposities 101
 Strafproces
 doelstellingen 140
 (zie ook strafbedreiging) 140
 Straftoemeting 24, 66, 86, 89, 183, 186, 195,
 257
 consistente straftoemeting 17, 20, 28, 58,
 214, 255
 grondslagen en doelstellingen 39

(in)consistentie in de straftoemeting 18
 in handelingbeschrijvende zin 24, 28
 in stelselbeschrijvende zin 24, 26
 legitimiteit van de straftoemeting 23,
 255

Straftoemetingsrecht 185, 254, 259, 260
 Strafverhogende omstandigheden 110
 Strafverlagende omstandigheden 110
 Strafverlichtende omstandigheden 110, 114
 Strafverzwarende omstandigheden 110, 114
 Strafvorming 186, 196, 197, 198, 205, 208, 213,
 218, 254, 260
 noodzaak van 259
 typologie 260

T

Trias Poenalis 58, 76
 Typologie 232
 afbeeldingsdenken 240
 empirische typen 236
 ideaaltypen 238
 klassenbegrippen 242
 ordeningsbegrippen 242
 typizität 250

V

Vonnis 132
 Voorwaardelijke straf 101

Curriculum vitae

Gerard Klaas (Ard) Schoep is op 2 januari 1975 te Den Haag geboren. In 1993 behaalde hij zijn VWO-diploma aan de Christelijke Scholengemeenschap 'Oude Hoven' te Gorinchem. In 1999 behaalde hij zijn doctoraal Nederlands Recht, afstudeerrichting strafrecht, aan de Universiteit Leiden. Van 2000 tot 2008 was hij als AIO, respectievelijk PhD-fellow verbonden aan het Departement Strafrecht en Criminologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden. Sinds 2007 is hij rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Haarlem. Thans is hij tevens werkzaam als universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2007 en 2008 verschenen:

- MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0
- MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden* (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04635 9
- MI-119 L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04357 7
- MI-120 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04036 5
- MI-121 S. Hillebrink, *Political Decolonization and Self-Determination. The Case of the Netherlands Antilles and Aruba* (diss. Leiden), 2007, ISBN 978 90 9021470 2
- MI-122 B.W. Schermer, *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2007, ISBN 978 90 8728 021 5
- MI-123 C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 412 8
- MI-124 T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13046 28 1
- MI-125 A.C. Beunen, *Protection for databases, The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 267 4
- MI-126 Z. Deen-Racsmany, *Active Personality and Non-extradition of Nationals in International Criminal Law at the Dawn of the Twenty-first Century: Adapting Key Functions of Nationality to the Requirements of International Criminal Justice* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press.
- MI-127 C.P.L. van Woensel, *MERK, GOD EN VERBOD, Oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde* (diss. Leiden), Amstelveen: Uitgeverij deLex BV 2007, ISBN 978 90 8692 010 5
- MI-128 J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13043 81 5
- MI-129 A.C. Hendriks & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Volksgezondheid in een veellagige rechtsorde. Eenheid en verscheidenheid van norm en praktijk*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04720 2
- MI-130 H.R. Kranenburg, *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie. Over de openbaarheid van persoonsgegevens* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04886 5
- MI-131 M. Kaeding, *Better regulator in the European Union – Lost in translation or Full Steam ahead?* (diss. Leiden), Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 026 0
- MI-132 S. van Wingerden, M. Moerings & J. van Wilsem, *De praktijk van schadevergoeding voor slachtoffers van misdrijven*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 948 2
- MI-133 Jubileumbundel Meijers Instituut, *Ik zou het zo weer doen. Terugblikken op proefschriften uit het 10-jarig bestaan van het Meijers Instituut*, Leiden: Leiden University Press
- MI-134 C.L.J. Caminada, A.M. Haberham, J.H. Hoogteijling en H. Vording (red.), *Belasting met beleid*, Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 12470 6
- MI-135 A. Vermeer-Künzli, *The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument* (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9022 487 9
- MI-136 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 05033 2
- MI-137 T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen. Over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvisering* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 986 4

- MI-138 P. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 04797 4
- MI-139 A. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2008
- MI-140 P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 862 1
- MI-141 S.D. Dikker Hupkes, *What Constitutes Occupation? Israel as the occupying power in the Gaza Strip after the Disengagement*, Leiden: Jongbloed 2008
- MI-142 R.A. Visser, E. van Gemerden, P.A. More & R.C.J. de Roon, *Sturing en samenwerking in handhavingsprojecten*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 0383
- MI-143 B.M. Dijksterhuis, *Rechtens normeren de alimentatiehoogte. Een empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de Werkgroep Alimentatienormen (1975-2007)*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 045 1
- MI-144 F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 376 3
- MI-145 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde, *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 8974 020 5
- MI-146 G.K. Schoep, *Straftoematingsrecht en strafvorming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 1306 018 8

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek