



Universiteit
Leiden

The Netherlands

De actuele waarde van Moddermans vergeten strafrechtstheorie: beginselen voor de strafbaarstelling en straf

Beijerse, J. uit; Struijk, S.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.;
Voorde, J. ten

Citation

Beijerse, J. uit, & Struijk, S. (2021). De actuele waarde van Moddermans vergeten strafrechtstheorie: beginselen voor de strafbaarstelling en straf. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 37-49). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464057>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464057>

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

DE ACTUELE WAARDE VAN MODDERMANS VERGETEN STRAFRECHTSTHEORIE: BEGINSELEN VOOR DE STRAFBAARSTELLING EN STRAF

Jolande uit Beijerse en Sanne Struijk

1 INLEIDING

In 2011 organiseerde het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden ter gelegenheid van het 125-jarig bestaan van het Wetboek van Strafrecht het congres 'Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek'. De redactie van de congresbundel onder voorzitterschap van Cleiren constateert in de inleiding dat het niet onterecht was dat het wetboek destijds veel lof werd toegezongen gezien de waardevastheid daarvan. De redactie vond echter dat de wetgever weinig woorden had besteed aan wat onder het bereik van het strafrecht moest vallen: wat strafbaar was gesteld, was – in ieder geval voor wat de misdrijven betreft – vanzelfsprekend strafbaar. De theorievorming over de vraag onder welke voorwaarden de overheid zou kunnen of zou moeten over gaan tot strafbaarstelling van ongewenst gedrag, zou volgens de redactie pas een kleine eeuw later op gang zijn gekomen.¹

Deze constatering wekt enige verbazing gezien de grote rol die twee Leidse hoogleraren strafrecht en voorgangers van Cleiren, te weten De Wal en Modderman, destijds hebben gespeeld bij de totstandkoming van het wetboek. De Wal als voorzitter van de Staatscommissie die het wetboek ontwierp en Modderman als lid van die commissie en als minister van Justitie die het ontwerp in de beide Kamers verdedigde. Modderman had daarbij een groot deel van zijn wetenschappelijke carrière, waaronder zijn in 1863 verdedigde dissertatie en zijn in 1864 gehouden oratie, in het teken gezet van theorievorming rond strafbaarstelling en straf. Dat zijn uitspraken nog steeds waardevol zijn, blijkt wel daaruit dat in de bundel enkele keren naar Modderman werd verwezen. Zo werd in de bijdrage van Cleiren een citaat opgenomen uit de parlementaire behandeling, waarover elders meer, en in de

¹ C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012, p. 1-2.

bijdrage van Kaptein werd zelfs een citaat van Modderman opgenomen in de titel.² Dat Modderman zelf ook criteria heeft ontwikkeld voor de strafbaarstelling, lijkt echter te zijn vergeten.

Ook het door hem uiteengezette beginsel voor de straf lijkt in de vergetelheid te zijn geraakt. Zo wordt in de literatuur over strafrechtelijke sancties het ontstaan van het resocialisatiebeginsel meestal gesitueerd in de periode direct na de Tweede Wereldoorlog terwijl Modderman daar bijna een eeuw eerder, in 1864, al een vurig pleidooi voor heeft gehouden. Daar zijn wel goede redenen voor aan te wijzen, maar dat neemt niet weg dat de theorie nog niets van zijn waarde heeft verloren en het waard is om weer eens goed voor het voetlicht te brengen. Deze afscheidsbundel voor Tineke Cleiren lijkt daar de uitgelezen gelegenheid voor. Haar naam is immers nauw met die van hem verbonden. Cleiren won met haar proefschrift de Moddermanprijs en was jaren voorzitter van de Prof. A.E.J. Modderman Stichting. Beiden promoveerden in Leiden en werden een jaar na hun promotie hoogleraar strafrecht in een andere stad – Modderman in Amsterdam en Cleiren in Rotterdam – om vervolgens weer terug te keren naar Leiden. En beiden werkten vanuit een sterk strafrechtstheoretische basis met een directe vertaalslag naar de wetgeving.

In deze bijdrage zullen we die verbinding tussen theorie en wetgeving ook maken. Daartoe beschrijven we allereerst hoe Modderman in de hiervoor genoemde Amsterdamse inaugurele rede zijn strafrechtstheorie onderbouwde en hoe hij daarbij het verband legde tussen de beginselen voor zowel de strafbaarstelling als de straf (par. 2). Hierop voortbouwend zullen we bezien hoe Modderman het beginsel voor de strafbaarstelling als minister van Justitie toepaste bij de verdediging van het Wetboek van Strafrecht en een vergelijking maken met de huidige voornamelijk door Cleiren aangezwengelde discussie over criteria voor strafbaarstelling (par. 3). Hetzelfde doen we in paragraaf 4 voor het beginsel voor de straf waarbij we ons gezien de omvang van deze bijdrage toespitsen op de wijze waarop Modderman het (nieuwe) instrument van de voorwaardelijke invrijheidstelling verdedigde en deze vergelijken met de nieuwste wetgeving op dit terrein. Tot slot zullen we de belangrijkste conclusies samenvatten en nader ingaan op de actuele waarde van Moddermans strafrechtstheorie (par. 5).

2 STRAF ALS SCHIJNBAAR KWAAD, MAAR WEZENLIJK GOED

Op 24 oktober 1864 hield Anthony Ewoud Jan Modderman, nog maar 26 jaar oud, zijn inaugurele rede aan het Athenaeum Illustre te Amsterdam. De titel *Straf-geen kwaad*, een

2 H.J.R. Kaptein, 'Het doel der strafwet zal juist dan het best bereikt worden, wanneer zij nooit behoeft te worden toegepast. Pleidooi voor strenge maatstaven van strafbaarstelling en straf', in: Cleiren e.a. 2012, p. 99.

uitgangspunt dat nu redelijk geaccepteerd is, ging destijds lijnrecht in tegen het op afschrikking gerichte strafstelsel van de nog immer geldende Code Pénal. Toen Modderman zijn studie rechten in Leiden begon, waren de in het openbaar op het schavot ten uitvoer gelegde straffen waaronder onthoofding, verwurging aan een paal, openbare geseling, schijnonthoofding en te pronkstelling nog maar net twee jaar daarvoor afgeschaft. Dat gebeurde bij de Wet van 29 juni 1854 en dankzij de inzet van de liberale minister van Justitie Donker Curtius die daarbij veel weerstand had ondervonden.³ Modderman wijdde zijn proefschrift aan deze wet waarin hij de historische herkomst van de verschillende artikelen grondig analyseerde om op basis daarvan aanbevelingen te doen voor een nieuw nationaal Wetboek van Strafrecht.⁴ In 1864 waren er geen schavotstraffen en lijfstraffen meer, maar bestond nog wel de doodstraf in de vorm van ‘eenvoudige’ ophanging alsmede de in gemeenschap ten uitvoer gelegde tuchthuisstraf in ‘gevangenisfabrieken’ waar vele besmettelijke ziektes heersten en op de slaapzalen het recht van de sterkste gold.⁵ Afschrikking was nog steeds het belangrijkste strafdoel en Modderman achtte de tijd gekomen om, ‘door herziening van het straf begrip, eene nog meer radicale genezing van het strafregt te beproeven’. Hij zag het als zijn plicht daaraan bij te dragen door de denkbeelden die hij zich had gevormd over de grondslagen van het strafrecht uiteen te zetten ‘(...) met die bescheidenheid die mijn leeftijd past, maar toch met die vrijmoedigheid waartoe de zucht naar waarheid regt geeft’.⁶

Modderman begon zijn rede met een verwijzing naar het werk *Dei delitti e delle pene* dat Beccaria precies een eeuw jaar daarvoor, in 1764 (eveneens op 26-jarige leeftijd) had geschreven en dat volgens hem de eerste stoot had gegeven voor de hervorming van de strafrechtspraktijk en strafrechtwetenschap. Dat het boek zoveel weerklank vond, kwam volgens Modderman door het daaraan ten grondslag gelegde beginsel van een noodzakelijke harmonie tussen de wetgeving en zedenleer. Omdat dit beginsel niet expliciet was gemaakt, waren de twee groepen die Beccaria wilde verenigen echter in twee stromingen uiteengevallen, een die zich verloor in abstracte beschouwingen over recht en moraal en een die zich uitsluitend richtte op het politieke doel van de straf. Volgens Modderman vond het strafrecht zijn grenzen in het wezen en de bestemming van recht en staat. De bestaansredenen daarvoor vond hij in de natuur van de mens en zijn bestemming. De mens is in voortdurende ontwikkeling en maakt daarbij deel uit van een groter geheel waarin de leden

3 J. uit Beijerse, *Op verdenking gevangengezet. Het voorarrest tussen beginselen praktische behoeften*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 12-15.

4 A.E.J. Modderman, *De hervorming onzer strafwetgeving. Kritische beschouwing der Wet van 29 Juni 1854 (Staatsblad no. 102) houdende eenige veranderingen in de straffen op misdrijven gesteld*, Den Haag: Van Stockum 1863, p. I.

5 Zie daarover: H. Franke, *Twee eeuwen gevangen. Misdaad en straf in Nederland*, Utrecht: Het Spectrum 1990, p. 75-93.

6 A.E.J. Modderman, *Straf-geen kwaad* (oratie Athenaeum Illustre Amsterdam), Amsterdam: Frederik Muller 1864, p. 7.

elkaar aanvullen en samenwerken tot hetzelfde doel, de ontwikkeling van allen en van de mensheid.⁷ Het recht zag hij in navolging van Krause als een organisch geheel van positieve of negatieve voorwaarden voor een aan de bestemming beantwoordend leven waarvan de vervulling van anderen afhangt en door dwang kan worden verkregen. Het bestond uit positieve plichten van allen jegens allen als voorwaarden voor algemene ontwikkeling, positieve plichten van enkelen jegens enkelen vanwege een bijzondere betrekking en negatieve plichten waarop het strafrecht betrekking heeft en waarvan mensen zich moeten onthouden als dat een ander het vervullen van zijn bestemming onmogelijk maakt of belemmert. De Staat moest de vervulling van deze plichten *zoveel doenlijk* verzekeren door ze te beschrijven, uitspraak doen over de uitleg van de regels en onrecht dat niet kan worden voorkomen, te herstellen.⁸

Moddermans grondslag voor het strafrecht als een door de staat te verzekeren negatieve plicht om geen inbreuk te maken op een aan de bestemming beantwoordend leven, komt in de huidige tijd wat stroef over. Maar als zijn uitleg erbij wordt betrokken dat de mens in voortdurende ontwikkeling is en deel uitmaakt van een groter geheel waarin de leden elkaar aanvullen en samenwerken tot hetzelfde doel, de ontwikkeling van allen en van de mensheid, dan past dat naadloos in het huidige begrip van de rechtsstaat. Uit de rechtsgrond van de straf en de grenzen waarbinnen het strafrecht moest worden uitgeoefend, leidde Modderman zowel het beginsel voor de strafbaarstelling als voor de straf af:

‘Vooreerst, dat alleen die handelingen of omissiën tot misdrijven kunnen worden gestempeld, waardoor, middellijk of onmiddellijk, aan de voorwaarden voor een aan zijne bestemming beantwoordend leven inbreuk gemaakt wordt. Ten tweede: dat den staat, geroepen om aan allen het bestaan der meer gemelde voorwaarden te verzekeren, het strafregt slechts toekomt onder de beperking, dat daardoor op de ontwikkeling van niemand, wie hij ook zij, mag worden inbreuk gemaakt; dat het alzoo een essentiale is in het begrip der straf en de eerste voorwaarde in ieder strafmiddel, dat daardoor den misdadiger de terugkeer tot een aan zijne bestemming beantwoordend leven niet wordt afgesneden of bemoeilijkt.’⁹

Over het beginsel voor de strafbaarstelling stelde hij dat alleen die handelingen of omissies door het strafrecht zouden mogen worden tegengegaan waardoor middellijk of onmiddellijk op stoffelijke of geestelijke positieve of negatieve voorwaarden voor een aan de bestemming beantwoordend leven inbreuk werd gemaakt. Binnen deze grenzen moest de wetgever zich

7 Modderman 1864, p. 1-4, 8-9 en 12-14.

8 Modderman 1864, p. 16-19.

9 Modderman 1864, p. 20-22.

wel steeds de vraag stellen of ‘het geneesmiddel erger zou zijn dan de kwaal’. Met betrekking tot het beginsel voor de straf verwees Modderman vervolgens naar de beide elementen die Beccaria had willen verenigen. Enerzijds die van recht en moraal, het zedelijke element, en anderzijds het politieke element. Het zedelijke element hield volgens hem in dat straf geen wezenlijk kwaad mocht zijn in de zin dat de veroordeelde daardoor het vervullen van zijn bestemming onmogelijk werd gemaakt of bemoeilijkt. Het politieke element hield in dat mensen van bepaald gedrag moesten worden weerhouden door een straf die de indruk geeft van een wezenlijk kwaad. Modderman vond de verbinding tussen beide door na overtreding van de strafwet onrecht voor de toekomst te voorkomen door de veroordeelde – voor zover dit binnen de grenzen der staatsbevoegdheid lag – van het verder plegen van misdrijven af te houden. Daarmee werd zowel het belang van de maatschappij als dat van de veroordeelde zelf gediend. Straf diende zo niet alleen om de kracht van de strafbedreiging te handhaven, maar ook om door alle rechtvaardige middelen toekomstig onrecht te voorkomen. In zijn visie zouden alleen die straffen rechtvaardig zijn die verbetering niet onmogelijk maken wat volgens hem wat anders was dan de verbeteringstheorie die zowel het wezen als het doel van de straf in de verbetering zelf vond.¹⁰

3 ‘ONRECHT’, ULTIMUM REMEDIUM EN GENEESMIDDEL NIET ERGER DAN DE KWAAL

Zoals hiervoor uiteen is gezet, gold volgens Moddermans als beginsel voor de strafbaarstelling dat alleen die handelingen of omissies tot misdrijven kunnen worden gestempeld waardoor, middellijk of onmiddellijk, aan de voorwaarden voor een aan de bestemming beantwoordend leven inbreuk wordt gemaakt. In een eveneens door Cleiren aangehaald citaat,¹¹ waarin Modderman als minister van Justitie het Ontwerp Wetboek van Strafrecht verdedigt, noemt hij ‘onrecht’ als basiscriterium voor strafbaarstelling, een *conditio sine qua non*. In antwoord op de vraag van Kamerlid Mackay wat het beginsel was ten aanzien van het al of niet straffen van handelingen of omissies reageerde hij dat dit beginsel voortdurend tussen de regels te lezen is, maar ook herhaaldelijk is uitgesproken:

‘Het beginsel is dit: dat alleen datgene mag gestraft worden, wat in de eerste plaats onregt is. Dit is een *conditio sine quo non*. In de tweede plaats komt de eisch erbij dat het een onregt zij, waarvan de ervaring heeft geleerd dat het (waarbij natuurlijk op den gegeven maatschappelijken toestand te letten is)

¹⁰ Modderman 1864, p. 24-29 en 32-35.

¹¹ C.P.M. Cleiren, ‘Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidig tijdsgewricht’, in: Cleiren e.a. 2012, p. 7-8.

door geene andere middelen behoorlijk is te bedwingen. De strafbedreiging moet blijven een *ultimum remedium*. Uit den aard der zaak zijn aan elke strafbedreiging bezwaren verbonden. Ieder verstandig mensch kan dit ook zonder toelichting wel begrijpen. Dat wil niet zeggen dat men de strafbaarstelling achterwege moet laten, maar wel dat men steeds tegenover elkander moet wegen de voordeelen en de nadeelen van de strafbaarstelling, en toezien dat niet de straf worde een geneesmiddel erger dan de kwaal.¹²

Hieruit kan worden afgeleid dat alleen dat kon worden bestraft wat ‘onrecht’ is, aangevuld met de eis dat dit onrecht met geen andere middelen op behoorlijke wijze kon worden tegengegaan. Strafbaarstelling moest dus het *ultimum remedium* zijn. Tot slot mocht de straf niet verworden tot een geneesmiddel dat erger was dan de kwaal. Dat laatste criterium had hij in zijn oratie als begrenzend criterium benoemd.

De wijze waarop deze criteria praktisch werden toegepast, wordt goed geïllustreerd in de discussie die ontstond over overspel. Dit was onder de Code Pénal strafbaar en vervolgbaar op klacht. Daarbij was het voor de gehuwde vrouw in alle gevallen strafbaar en voor de gehuwde man alleen in het geval dat hij een andere vrouw in huis nam. De straffen waren ook verschillend, voor de man een geldboete en voor de vrouw een tuchthuisstraf.¹³ De regering stelde nu voor overspel als strafbaar feit te schrappen. Vanwege het belang van de maatschappij bij de zuiverheid van de echtverbintenis kon het wel worden aangemerkt als onrecht, het basiscriterium, maar het strafrecht was niet het meest doeltreffende middel om overspel tegen te gaan en voldeed dus niet aan het *ultimum remedium*-criterium. Overspel kwam vaak voor waarop relatief zelden een klacht volgde en in dat geval meestal uitsluitend om wraak te nemen of echtscheiding te verkrijgen. In het geval van ambtshalve vervolging, dus niet op klacht, zou het geneesmiddel erger zou zijn dan de kwaal.¹⁴ Gedurende de parlementaire behandeling zag minister van Justitie Modderman zich echter gedwongen het Ontwerp op dit punt aan te passen. Niet omdat de argumenten voor schrapping waren weerlegd, maar omdat hij gezien de verontwaardigde reacties die de schrapping in het parlement opriep, vreesde voor de algemene zedelijke indruk van het wetboek. Modderman was bereid om uit eerbied voor de volksovertuiging en in het belang van de indruk van het wetboek bij de bevolking overspel alsnog strafbaar te stellen. Een strafwetboek zou zijn kracht niet alleen moeten ontleunen aan zijn strafbepalingen maar ook aan de eerbied die het wekt door zijn harmonie met de ‘publieke consciëntie’. Strafbaarstelling was mogelijk omdat overspel, zoals in de memorie van toelichting als was uiteengezet, wel voldeed aan het basiscriterium ‘onrecht’. Hij maakte, zij het onder protest

12 *Handelingen II* 1880/81, 9^e zitting, 25 oktober 1880, p. 100.

13 Artikelen 337-339 Code Pénal (versie 1854).

14 *Kamerstukken II* 1878/79, 110, nr. 3, p. 107-108 (MvT).

van diverse Kamerleden die dit onderscheid wensten te behouden, wel een einde aan het onderscheid tussen de gehuwde man en de gehuwde vrouw. Het was voor hem een principeel punt dat man en vrouw voor de wet gelijk moeten worden behandeld.¹⁵

Het is een belangrijke verdienste van Cleiren dat zij aandacht heeft gevraagd voor een meer theoretische fundering van de strafbaarstelling. De laatste decennia worden er geregeld voorstellen gedaan voor strafbaarstelling zonder dat daar een evenwichtige belangenafweging op basis van duidelijke criteria aan ten grondslag ligt. Cleiren inventariseerde de criteria die in het wetenschappelijke en politieke debat sinds 1880 aan de orde zijn geweest waaronder zowel ideologisch en normatief als meer evaluerend en instrumenteel georiënteerde criteria. Daaronder het moreel verwerpelijk karakter van het gedrag, het tolerantie-criterium, het principe van ultimum remedium, het schade-principe, de handhaafbaarheidsnorm, een effectiviteitseis en de frequentie van het gedrag. De criteria kunnen volgens haar vooral een faciliterende functie vervullen door te dienen als denkschema om tot een verantwoorde, evenwichtige en legitieme afweging te komen bij de vraag of gedrag strafbaar moet worden gesteld.¹⁶ Een aantal criteria is ontwikkeld tijdens het debat dat in de jaren '60 en '70 van de vorige eeuw is gevoerd, een periode waarin de nadruk niet lag op criminalisering, zoals nu, maar juist op decriminalisering. Tijdens een in 1971 door de Coornhert Liga in samenwerking met het Leidse strafrechtelijk en criminologisch dispuut S.O.S. georganiseerd congres over 'decriminalisering en depenalisering' introduceerde de Rotterdamse hoogleraar strafrecht Hulsman met het oog daarop 'negatieve criteria voor strafbaarstelling'.¹⁷

De door Cleiren geïnventariseerde criteria zijn reeds te herkennen in de argumenten die Modderman aanvoerde in verband met de strafbaarstelling van overspel. Volgens Modderman kon het moreel verwerpelijke karakter niet als zelfstandig criterium dienen, maar alleen tot strafbaarstelling leiden als aan het basiscriterium 'onrecht' was voldaan in combinatie met het criterium van *ultimum remedium*. In de eerder weergegeven discussie over overspel werd dit *ultimum remedium*-argument echter wel opgeofferd aan de publieke opinie waarin overspel nog steeds als een strafbaar feit werd beschouwd. Dit raakt aan de opvatting van Cleiren en Dorst dat strafwetgeving met een 'louter' of overwegend symbolische betekenis soms ook gerechtvaardigd kan zijn.¹⁸ In een andere bijdrage constateerde Cleiren samen met Ten Voorde en Van Waas dat het voorstel tot strafbaarstelling van *sextortion* wel voldeed aan het schadebeginsel, maar niet aan de *maxime ultimum remedium* en het bij de strafbaarstelling van *sexchatting* net andersom was. Ze wezen erop dat de

15 *Kamerstukken II* 1879/80, 47, nr. 25, p. 147-148.

16 Cleiren 2012, p. 7-24.

17 L.H.C. Hulsman, 'Criteria voor strafbaarstelling', in: E. André de la Porte, C.I. Dessaur & D. Chapman (red.), *Strafrecht te-recht? Over decriminalisering en depenalisering*, Baarn: In den Toorn 1972, p. 80-92.

18 C.P.M. Cleiren & J. Dorst, 'Wetsvoorstel strafbaarstelling misbruik prostitué(e)s die slachtoffer zijn van mensenhandel. Een toets vanuit wetssystematisch en dogmatisch perspectief', *NJB* 2017(28), p. 1960-1956.

uitkomsten van beide uitgevoerde toetsen duiden op de meerwaarde van een empirisch perspectief voor het proces van strafbaarstelling.¹⁹

Dit belang van de empirie werd ook door Modderman onderschreven. Zijn standpunt was dat iets dat geen theoretische grondslag heeft, praktisch zeker niet goed is en andersom dat wat praktisch niet uitvoerbaar is, geen goede theoretische grondslag heeft.²⁰ In de discussie over overspel droeg hij daartoe ook veel feitelijke informatie aan waaronder statistieken over het aantal ingediende klachten en informatie over de praktische werking in andere landen. Wat betreft de criteria voor strafbaarstelling zou hij op basis van de resultaten van de toets van Cleiren en collega's de strafbaarstelling van sexchatting waarschijnlijk van de hand hebben gewezen. In het geval dat een gedraging niet aan het schadebeginsel voldoet, is er immers ook geen sprake van 'onrecht' in de zin van een handeling of omissie die een ander het vervullen van zijn bestemming onmogelijk maakt of belemmert, dat hij als basiscriterium ziet. En als dat basiscriterium niet aanwezig is, doet ook de *ultimum remedium*-toets er niet meer toe. Bij sextortion ligt dat anders omdat dat wel aan het schadebeginsel voldoet en dus aan de basisvoorwaarde van 'onrecht'. Nu dit niet aan de *ultimum remedium*-toets voldoet, zou er in de visie van Modderman desondanks wel strafbaarstelling kunnen volgen als de publieke opinie dit algemeen als strafbaar ervaart, zoals is gebeurd met de strafbaarstelling van overspel in het Wetboek van Strafrecht van 1886. Dit zou kunnen omdat er wel sprake is van het basiscriterium 'onrecht'. De criteria hebben bij Modderman dus een duidelijke rangorde. Het lijkt dan wel goed om nader te vast te stellen hoe de publieke opinie wordt gepeild en hoe zwaar die mag wegen. Datzelfde geldt overigens ook voor de door Cleiren en Dorst genoemde rechtvaardiging van strafwetgeving met een 'louter' of overwegend symbolische betekenis.

4 STRAFFEN IN HET BELANG VAN DE MAATSCHAPPIJ ÉN HET INDIVIDU

Eenzelfde exercitie als hiervoor werd ondernomen met betrekking tot het door Modderman ontwikkelde beginsel voor de strafbaarstelling, is uit te voeren met betrekking tot het beginsel voor de straf. Dat moest volgens zijn theorie een 'schijnbaar', maar geen waarachtig kwaad zijn. De veroordeelde mocht niet worden belemmerd in de terugkeer tot een aan zijn bestemming beantwoordend leven. Ook deze theorie werd in het Wetboek van Strafrecht praktisch toegepast door onder andere de vervanging van de straf van plaatsing in een tuchthuis die weinig kans bood op verbetering, door de cellulaire gevangenisstraf die voor de langere straffen werd gecombineerd met de mogelijkheid van voorwaardelijke

19 C.P.M. Cleiren, J.M. ten Voorde & W. van Waas, 'Strafbaarstelling van sexchatting en sextortion onder de loep. De meerwaarde van een empirisch perspectief', *Strafblad* 2019(2), p. 69-76.

20 A.E.J. Modderman, *De methode der wetenschap van het Strafrecht* (oratie Leiden), Leiden: Van Doesburgh 1871.

invrijheidstelling. In het oorspronkelijke regeringsvoorstel voor het Ontwerp Wetboek van Strafrecht kon die invrijheidstelling onder voorwaarden na minimaal een jaar en twee derde van de straftijd plaatsvinden. Opnieuw in zijn hoedanigheid als minister van Justitie verdedigde Modderman dit zwaar bekritiseerde destijds nieuwe instituut dat door veel Kamerleden als ‘ziekelijke filantropie’ werd bestempeld. Hij wees erop dat het in de eerste plaats een instrument was in het belang van de maatschappij omdat daardoor lange vrijheidsstraffen konden worden bekort zonder gevaar voor de openbare orde en veiligheid. Het toezicht kwam in de plaats van het veel strengere, door muren en grendels verzekerde toezicht van de gevangenvaarder. Behalve ter beveiliging van de maatschappij diende het tevens het belang van de veroordeelde die vanwege goed gedrag voorwaardelijk was ontslagen. Door het voortdurende toezicht konden werkgevers hem met meer gerustheid het vertrouwen geven dat nodig was om hem in de eerste tijd na zijn ontslag en voordat zijn straftijd was verstreken, in zijn goede voornemens te sterken en aan werk te helpen.²¹ In reactie op het schriftelijke verslag van de Tweede Kamer benadrukte de minister dat de voorwaardelijke invrijheidstelling een regeling van de straf was in *utilitatem publicam*. Het algemeen belang viel dus samen met dat van de gevangene zelf.²²

Tijdens het debat in de Tweede Kamer benadrukte Modderman nogmaals dat het strafstelsel niet langer was gebaseerd op de afschrikkingstheorie, waarin het belang van het individu wordt opgeofferd aan dat van de maatschappij zonder onderzoek of dat strikt noodzakelijk is, maar evenmin op de verbeteringstheorie waarin het belang van het individu boven dat van de maatschappij wordt gesteld. In het wetboek zou het belang van de maatschappij op de voorgrond worden gesteld, maar niet ten koste van het individu. De verwachting was dat de wetsovertreder door cellulaire opsluiting en afzondering van andere gedetineerden een kans kreeg zich te verbeteren, hetgeen niet alleen zijn individuele belang was, maar ook het belang van de maatschappij.²³ Dat het voor een ex-gevangene moeilijk zou zijn om weer aan werk te komen, ontkende de minister niet, maar dat zou zonder de voorwaardelijke invrijheidstelling nog moeilijker zijn. Het feit dat het bestaande stelsel niet werkte, was reden te meer om te bezien of een ander stelsel, dat elders werkte, ook hier minder slecht zou werken dan het bestaande stelsel.²⁴

De levenslange tuchthuisstraf, die in 1870 in de plaats was gekomen van de doodstraf,²⁵ werd gehandhaafd als levenslange gevangenisstraf. De regering erkende dat deze straf streed met het uitgangspunt om in beginsel bij langdurige straffen de gevangenen trapsgevijs weer aan het verkeer met anderen te laten wennen en in de maatschappij terug te brengen en de gevangene na kortere of langere tijd – niet als gunst, maar als recht – zedelijk

21 *Kamerstukken II* 1878/79, 110, nr. 3, p. 55-56 (MvT).

22 *Kamerstukken II* 1879/80, 47, nr. 25, p. 89-92.

23 *Handelingen II* 1880/81, 10^e zitting, 26 oktober 1880, p. 109.

24 *Handelingen II* 1880/81, 11^e zitting, 27 oktober 1880, p. 135 en 138.

25 Wet van 17 september 1870 (*Stb.* 1870, 162).

gerehabiliteerd in het vrije leven te laten terugkeren. De straf werd echter wel opgelegd in het belang van de maatschappij. Iemand kon zich namelijk zodanig aan de wet en orde hebben vergrepen dat de algemene rust en veiligheid zijn voortdurende afzondering uit de vrije samenleving zouden eisen. De levenslange gevangenisstraf kon dus, hoe hard ook, naar de eisen van een gestrenge rechtvaardigheid evenredig zijn aan het bedreven kwaad waarbij de mogelijkheid van gratie alsnog een prikkel kon zijn voor zedelijke verbetering.²⁶ In het mondelinge debat daarover in de Eerste Kamer stelde Modderman dat het ideaal dat straf geen wezenlijk kwaad mocht zijn, nooit volkomen te bereiken was, maar dat dit ideaal wel de richting bepaalde waarin de wetgever zich moest bewegen, mits deze praktisch uitvoerbaar was. Hier deed hij zijn later nog vaak aangehaalde uitspraak over de levenslange gevangenisstraf:

‘Ik heb die gehandhaafd – met een bloedend hart, want in beginsel deugt zij niet; maar ik geloof dat niemand onzer hare afschaffing zal beleven, want onze maatschappij is voor die afschaffing nog niet rijp; indien ze plaats had, zou men, vrees ik, de doodstraf weder moeten invoeren.’²⁷

Hij had in dit opzicht recht van spreken, want een half jaar eerder had hij zich als minister in de Tweede Kamer moeten verweren tegen een door vijf Kamerleden ondertekend amendement om de doodstraf weer in te voeren. In deze redevoering, die alom waardering oogstte, had hij alle argumenten van de voorstanders ontleed en weerlegd; dat van de afschrikwekkende werking, dat van de onschadelijkmaking van de gevaarlijkste misdadigers, dat van de volksovertuiging en het argument dat God de overheid de zwaardmacht in handen had gesteld. Hij voegde daar nog aan toe dat de doodstraf niet kan worden geproportioneerd aan de schuld, onherstelbaar is en onzeker is omdat getuigen minder bereid zouden zijn te verklaren en er vaak gratie werd verleend.²⁸

Ook bij het strafstelsel stuitte Modderman dus op de grenzen van wat het publiek toelaatbaar achtte. Hij was zich hier wel van bewust en bleef benadrukken wat het ideaal was waar hij naar streefde. Het was hem in ieder geval gelukt de doodstraf daarbuiten te houden, de tuchthuisstraf om te vormen naar de cellulaire gevangenisstraf en de voorwaardelijke invrijheidstelling in te voeren. Zijn ideaal dat de straf niet alleen het belang van de samenleving, maar ook dat van de veroordeelde moest dienen, werd echter vrijwel geheel tenietgedaan door zijn opvolger minister Du Tour van Bellinchave die als Kamerlid een voorstander was geweest van het behoud van de dood- en lijfstraffen. Na Moddermans

26 *Kamerstukken II* 1878/79, 110, nr. 3, p. 51 (MvT).

27 *Handelingen I* 1880/81, 21^e zitting, 1 maart 1881, p. 288.

28 Zie: J. uit Beijerse, ‘Vrijheidsbenemende Sancties: achtergrond, uitgangspunten en ontwikkelingen’, in: J.R. Blad (red.), *Strafrechtelijke rechtshandhaving. Aspecten en actoren belicht voor het academisch onderwijs*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 279-307.

aftreden nam hij de gelegenheid te baat om via de Beginselenwet Gevangeniswezen de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf alsnog volgens de principes van afschrikking in te richten door onder andere de invoering van de lijfstraf en kromsluiting in de boeien als disciplinaire straffen.²⁹ Dit is waarschijnlijk ook de reden geweest dat Moddermans theorie in de vergetelheid is geraakt en dat zijn naam niet vanzelfsprekend wordt verbonden met het resocialisatiebeginsel terwijl hij feitelijk wel een van de eerste pleitbezorgers was van dit beginsel.

Modderman zag de voorwaardelijke invrijheidstelling als mogelijkheid om de overgang naar de vrijheid te vergemakkelijken, maar benadrukte als gezegd ook het maatschappelijke belang. Toen de voorwaardelijke invrijheidstelling, die in 1987 was vervangen door de vervroegde invrijheidstelling, in 2008 opnieuw werd ingevoerd, was het doel de vergroting van de maatschappelijke veiligheid door een veilige terugkeer van een veroordeelde in de samenleving.³⁰ Hoewel recent onderzoek liet zien dat de wettelijke regeling en praktijk goed aansluiten bij de gestelde doelen van re-integratie en speciale preventie,³¹ is inmiddels de Wet straffen en beschermen afgekondigd waarin de v.i.-regeling flink op de schop gaat.³² Daarmee worden wederom wezenlijke veranderingen in de regeling aangebracht door onder meer het wettelijk uitgangspunt 'v.i., tenzij' om te draaien in 'geen v.i., tenzij' en de duur van de v.i.-periode te beperken tot maximaal twee jaar.³³ Dat in deze regeling steeds individueel een afweging wordt gemaakt of een voorwaardelijke invrijheidstelling wordt verleend, waarbij in de eerste plaats het belang van de samenleving voorop staat en daarbinnen wordt gezien of de veroordeelde kan worden geholpen bij de terugkeer, sluit nog wel aan bij de theorie van Modderman. Dat ligt anders met de in de genoemde wet opgenomen beperking van de v.i.-periode tot twee jaar. Als het gaat om lange vrijheidsstraffen, is deze periode namelijk mogelijk zo kort dat gedetineerden niet langer geprikkeld worden om daar naartoe te werken en ervoor gaan kiezen die resterende twee jaar 'uit te zitten' zonder toezicht, voorwaarden en het risico op (de eerder bij de Wet langdurig toezicht ingevoerde mogelijkheid tot) verlenging van de proeftijd.³⁴ Het lukt dan ook niet meer om de twee door Modderman genoemde elementen – het zedelijke en het politieke element – te verenigen. Want als gedetineerden zonder begeleiding in de samenleving terugkeren,

29 Zie hierover uitvoeriger: Franke 1990, p. 340-345.

30 *Kamerstukken II* 2005/06, 30513, nr. 3, Wet van 6 december 2007 (*Stb.* 2007, 500). Zie nader onder meer F.W. Bleichrodt, 'De voorwaardelijke invrijheidstelling in ere hersteld', *DD* 2006(78), p. 1089-1106 en C. Kelk, 'Terug naar de invrijheidstelling onder voorwaarden', *Sancties* 2002(5), p. 293-300.

31 J. uit Beijerse e.a., *De praktijk van de voorwaardelijke invrijheidstelling in relatie tot speciale preventie en re-integratie*, Den Haag: Boom Juridisch 2018.

32 Wet van 3 juli 2020 (*Stb.* 2020, 224).

33 *Kamerstukken I* 2019/20, 35122, nr. E.

34 S. Struijk, 'Vrijheidsbeperking na detentie: in hoeverre zet de rechter de achterdeur open?', *Sancties* 2018(6), p. 353-364.

is daarmee ook het politieke doel uiteindelijk niet gediend.³⁵ Ook de mogelijkheid van het in bepaalde gevallen zelfs onbeperkt verlengen van de aan de voorwaardelijke invrijheidstelling verbonden proeftijd past niet in de theorie van het bekorten van de straf door een geleidelijke terugkeer naar de samenleving.

5 BESLUIT

In deze bijdrage hebben we laten zien dat Modderman reeds in zijn eerste in 1864 in Amsterdam uitgesproken inaugurele rede de beginselen ontvouwde voor zowel de strafbaarstelling als de straf en dat deze ook waren opgenomen in het Ontwerp Wetboek voor Strafrecht dat Modderman als minister van Justitie verdedigde. Zijn centrale theorie voor zowel de strafbaarstelling als de straf is dat mensen in ontwikkeling zijn en dat een inbreuk daarop moet worden beschermd door strafbaarstelling, maar ook de straf zelf daar geen inbreuk op mag maken en dus gericht moet zijn op de terugkeer naar een aan de bestemming beantwoordend leven. Het in dat kader verdedigde instrument van de voorwaardelijke invrijheidstelling als middel om de overgang naar de vrijheid zo geleidelijk mogelijk te laten verlopen, werd in die tijd waarin weer stemmen opgingen voor de herinvoering van de doodstraf, als ‘ziekelijke filantropie’ werd gezien. Het ideaal van Modderman, dat in hedendaagse termen het resocialisatiebeginsel wordt genoemd, maar dat uiteindelijk door toedoen van zijn opvolger minister van Justitie Du Tour van Bellinchave amper in de praktijk werd gerealiseerd tot aan de totstandkoming van de Beginselenwet Gevangeniswezen van 1953.

Wellicht omdat de titel van de oratie *Straf-geen kwaad* een leuze werd in de strijd om de afschaffing van de doodstraf,³⁶ werd deze meer geassocieerd met de straf dan met de strafbaarstelling. En omdat het parlement destijds nog felle voorstanders van de doodstraf en de afschrikkingstheorie kende, ging ook bij de parlementaire behandeling de aandacht vooral uit naar het beginsel voor de straf. Dat kan een verklaring zijn waarom er weinig aandacht is geweest voor de in de oratie ontwikkelde criteria voor strafbaarstelling. In deze bijdrage hebben we laten zien dat deze criteria wel een rol hebben gespeeld bij de verdediging van diverse strafbaarstellingen in het Wetboek van Strafrecht, zoals de discussie over overspel laat zien. Cleiren noemt in diverse bijdragen haar Rotterdamse voorganger Hulsman als degene die de theorievorming in 1972 op gang heeft gebracht. Als Cleirens Rotterdamse collega’s willen wij echter ook haar Leidse voorganger Modderman op dit punt de eer geven die hij verdient. Vooral zijn criterium dat de strafbaarstelling geen

35 Zie ook: S. Struijk, ‘Wetsvoorstel Straffen en beschermen: wordt het kind met het badwater weggegooid?’, *Sancties* 2020(2), p. 56-65.

36 Th.W. van Veen, *Generale preventie*, Den Haag: Daamen 1949, p. 11.

geneesmiddel moet zijn die erger is dan de kwaal zou in de huidige politiek, ook internationaal gezien, niet misstaan en goede diensten kunnen bewijzen. Zo zou het interessant zijn om te weten wat Modderman zou hebben gevonden van de strafbaarstelling van drugsgebruik en drugshandel die ervoor heeft gezorgd dat de prijzen zijn opgedreven en de gebruikers zich moeten begeven in een crimineel circuit. Een ander actueel criterium dat hij inbrengt is de 'volksopvoeding' of publieke opinie in die gevallen waarbij wel voldaan moet zijn aan het basiscriterium 'onrecht'. Waar de 'publieke opinie' of het beroep daarop nu vaak wordt omarmd door de meer populistische politici die zeggen de samenleving en het slachtoffer voorop te stellen en juist van de hand wordt gewezen door het kamp dat de rechten van de veroordeelde meer voorop lijkt te stellen, zag Modderman ook hier geen tegenstelling tussen het belang van de maatschappij en het individu. Modderman nam de publieke opinie serieus en zag die als een belangrijk richtsnoer zolang het niet tot onrecht leidt.

Tot slot. Het heeft zeventig jaar en diverse ontwerpen met daaropvolgende parlementaire debatten gekost om het huidige Wetboek van Strafrecht tot stand te brengen. Algemeen wordt erkend dat dit niet zou zijn gelukt zonder de grondige voorbereiding door de staatscommissie-De Wal en de verdediging van het Ontwerp door de zeer goed ingevoerde en welbespraakte Leidse voorganger van Cleiren.³⁷ Cleiren heeft er in verschillende publicaties op gewezen, dat de positie van de wetgever nu veel complexer is dan toen de commissie-De Wal anderhalve eeuw geleden het werk voor het Wetboek van Strafrecht aanving. De wetgever is nu 'slechts' één van de spelers op het strafrechtelijk speelveld, verliest terrein en invloed aan internationale en Europese regelgevers en dient zich rekenschap te geven van de positieve verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM en de rechtspraak van het EHRM.³⁸ Het is dan ook zeer de vraag hoe het in de huidige tijd moet lukken een modernisering van dit wetboek tot stand te brengen. Een belangrijke sleutel tot het succes bleek een goede voorbereiding door een staatscommissie bestaande uit enkele gedreven en goed op elkaar ingespeelde wetenschappers die de maatschappelijke behoeften weet te verenigen met theoretische rechtsstatelijke beginselen. Hoe mooi zou het zijn als die zou worden geleid door een hoogleraar die werkt vanuit een sterk strafrechtstheoretische basis met een directe vertaalslag naar wetgeving en net met emeritaat is gegaan. Een nieuwe 'Staatscommissie voor de samenstelling van een Wetboek van Strafrecht' onder leiding van een vrouw. Dat zou Modderman, maar ook ons, zeker deugd doen.

37 Zie hierover uitvoeriger: M.E. Verburg, *Geschiedenis van het Ministerie van Justitie, deel I 1798-1898*, Den Haag: Sdu Uitgeverij Koninginnegracht 1994, p. 390-401.

38 Cleiren 2012, p. 20-21.