

Straf naar de mate van schuld.

(Het lot van toeval in de straftoemeting)

Steven F. Hartkamp
Groningen, Juni 2007



Inhoudsopgave:

1 Inleiding	2
Straf naar de mate van schuld?	2
Juridische oplossingen	2
Een overzicht van de beantwoording van de vraag	3
2 Waarom straffen en hoe hoog?.....	6
Retributieve straftheorie volgens Nozick	6
Consequentialistische straftheorie volgens Reiff.....	8
3 Straf, ernst, schuld en toeval.	11
Ernst en aanpassing van straf aan de schuld	11
Ernst schuld en toeval bij voltooid misdrijf en strafbare poging, het voorstel van Lewis	11
Is er nog plaats voor schuld en verantwoordelijkheid?	13
Alternatieve gebeurtenisketen opvatting.....	14
Hypothetische keuzen opvatting	15
Redenenvolgen opvatting	16
4 Verdeling van straf naar de mate van schuld?.....	19
Straf naar de mate schuld.....	19
Verdeling van straf?.....	19
Verdeling van straf naar de mate van schuld en toevalsneutraal, de mogelijkheden	21
5. Straf niet toevalsneutraal, de cognitieve functie van straf.....	25
De onmogelijkheid van een verdeling naar de mate van verantwoordelijkheid die toevalsneutraal is	25
Cognitieve functie van straf en het verminderen van bias.....	28
6. Samenvatting en conclusie	30
Literatuurlijst:.....	33
Jurisprudentie:	35

1 Inleiding

Straf naar de mate van schuld?

In het Nederlandse Strafrecht geldt: "geen straf zonder schuld". Heeft iemand geen schuld dan dient hij ook geen straf te krijgen zo is de huidige leer welke is verwoord door de Hoge Raad in het "Melk en water" arrest.¹ Dit principe "geen straf zonder schuld" geeft aanleiding om te denken dat de continue variant ervan eveneens geldt: "minder straf bij minder schuld", met andere woorden "straf naar de mate van schuld". Dit laatste principe lijkt een intuïtief aannemelijk uitgangspunt in het Nederlandse Strafrecht. In ieder geval zo dachten enkele advocaten die cassatieberoep instelden op grond van dit algemenere principe. Doch de Hoge Raad oordeelde anders. In de twee arresten "Zwarte Ruiter" en "Amok op de Antillen" liet de Hoge Raad weten dat er in het Nederlands Recht geen steun wordt gevonden voor de rechtsregel dat er geen straf mag worden opgelegd die zwaarder is dan door de schuld van de dader wordt gerechtvaardigd.² Dit roept de vraag op hoe men nu van de twee principes:

1) "geen straf zonder schuld"

2) "straf naar de mate van schuld"

het eerste kan aanvaarden en het tweede af kan wijzen?

Het eerste principe vindt toch zijn basis in dezelfde gedachte als in de algemenere geformuleerde tweede regel?

Juridische oplossingen

In de juridische literatuur zijn twee oplossingen te zien. In de eerste worden er verschillende betekenissen aan het begrip schuld toegekend waardoor de tegenspraak verdwijnt. Deze juridische oplossing wordt voorgesteld door Enschede, hij volgt daarin een onderscheid gemaakt door Pompe.³ Het eerste principe "geen straf zonder schuld" betreft de beantwoording van de derde van de vier materiele vragen van art 350 SV. Als de eerste materiele vraag of het ten laste gelegde bewezen kan worden verklaard, bevestigend is beantwoord komt de tweede materiele vraag aan de orde namelijk of het bewezen verklaarde als strafbaar volgens de wet is te kwalificeren. Als deze tweede materiele vraag bevestigend wordt beantwoordt komt de derde materiele vraag aan de orde of er al dan niet sprake is van strafbaarheid van de dader. Dat wil zeggen zijn er rechtvaardigingsgronden en zo nee zijn er dan schulduitsluitingsgronden op grond waarvan de dader niet strafbaar is. Bij deze derde vraag is het eerste principe van toepassing. De vraag of er sprake is van schuld wordt bij deze derde materiele vraag tot de kwestie of er sprake is van verwijtbaarheid die vermijdbaar was. Als er geen schuld is in deze zin dan is de dader niet strafbaar en volgt ontslag van alle rechtsvervolgning op grond van art 352 lid 2 SV, dus "geen straf zonder schuld".

Het tweede principe is relevant bij de vierde materiele vraag namelijk bij de vaststelling van de strafmaat. Deze volgt op een bevestigend antwoord op de derde materiele vraag of de verdachte strafbaar is. Dit betekent dat er geen rechtvaardigingsgronden en geen schulduitsluitingsgronden zijn. Schuld speelt dan nog wel een rol maar niet als schuld in de zin van schulduitsluiting c.q. vermijdbaarheid. Schuld speelt dan alleen nog een rol in de zin van de vermijdbare wederrechtelijke gedraging zelf, met andere woorden de ernst van het feit

¹ HR 14-02-1916, NJ 1916, 681 (Melk en Water arrest).

² HR 24-07-1976, NJ 1969,63 (Amok op de Antillen), HR 10-09-1957, NJ 1958,325(Zwarte Ruiter).

³ Enschede, 1987.

gepleegd door de dader. Er geldt dan nog wel "minder straf bij minder schuld" maar de schuld die hier wordt bedoeld is anders dan de schuld waar de Hoge Raad op doelde in haar afwijzing van de regel: "straf naar de mate van schuld" in de arresten "Zwarte Ruiter" en "Amok op de Antillen". Bij die afwijzing doelde de Hoge Raad op het begrip schuld zoals van belang is bij de derde materiele vraag. Bij de bepaling van de strafmaat dient meer dan alleen de mate van die schuld als bedoeld in de derde materiele vraag mee te wegen, aldus de oplossing voorgesteld door Enschede voor het verschil tussen acceptatie van het principe "geen straf zonder schuld" en "minder schuld minder straf".

De tweede juridische oplossing betreft een heroverweging van het verschil tussen straf en maatregel waarbij maatregel als straf wordt beschouwd. De Hoge Raad zou dan namelijk het principe "straf naar de mate van schuld" niet hebben besproken en zou het probleem van verschil in acceptatie tussen het eerste en tweede principe zich niet hebben voor gedaan. Het probleem waardoor de Hoge Raad de regel "straf naar de mate van schuld" afwees was dat zij het mogelijk moest maken dat straf in de vorm van gevangenisstraf en maatregel tbs (destijds tbr) voor elkaar werden ingewisseld.⁴ Er was geen tbs kliniek op de Antillen en dit noopte vanuit het oogpunt van veiligheid tot een verhoging van de gevangenisstraf als substituut voor het opleggen van de maatregel tbs, aldus te lezen in het arrest "Amok op de Antillen". In het arrest "Zwarte Ruiter" was ook de veiligheid van de samenleving de reden dat een hogere gevangenisstraf nodig werd geacht. Volgens de wet is er een verschil tussen straf en maatregel i.c. tbs. De laatste kan alleen bij verminderde toerekeningsvatbaarheid worden opgelegd.⁵ Verminderde toerekeningsvatbaarheid impliceert minder schuld. Minder schuld is een reden om minder gevangenisstraf op te leggen aldus de advocaten van het principe "straf naar de mate van schuld". Als echter dat verschil niet zo strikt wordt gehanteerd en een maatregel altijd ook als onderdeel van straf wordt gezien had de Hoge Raad niet hoeven te stellen dat het principe "straf naar de mate van schuld" geen steun vindt in het Nederlandse Recht, de verdeling tussen straf en maatregel was dan niet relevant geweest, straf en maatregel waren dan als één complexe sanctie opgelegd en de Hoge Raad had kunnen volstaan met de opmerking dat het Hof in de straftoemeting het recht niet heeft geschonden en het oordeel van het Hof niet onbegrijpelijk is. "Straf naar de mate van schuld" had door de Hoge Raad dan niet besproken hoeven te worden. Het verschil in acceptatie tussen het eerste en tweede principe was niet ontstaan.

Een overzicht van de beantwoording van de vraag

Beide juridische oplossingen voor het verschil in acceptatie de twee principes, laten evenwel toe dat de mate van schuld wel degelijk een rol speelt bij de bepaling van de hoogte van de straf waarbij schuld op dezelfde wijze wordt opgevat als in de derde materiele vraag. Het is niet uitgesloten dat de tweede regel, "minder schuld minder straf" geldt met als limietgeval "geen schuld dan ook geen straf". Enschede en ook de Hullu geven aan dat de Hoge Raad met de afwijzing van het principe: "straf naar de mate van schuld" uit wilden drukken dat er andere factoren zijn dan alleen schuld die een rol spelen bij de bepaling van de strafmaat.⁶ Dat ook andere factoren dan alleen schuld een rol spelen is in verschillende arresten door de Hoge Raad bevestigd. Maar hoe moet schuld dan gecombineerd worden met andere factoren? Is het dan uitgesloten dat het principe "minder schuld minder straf" in zijn algemeenheid kan gelden? Het zal blijken dat het principe "straf naar de mate van schuld" wel mogelijk is maar onder de voorwaarde dat de factor schuld en de andere factoren die de ernst van het delict bepalen onafhankelijk zijn van elkaar. Aan deze voorwaarde van separabiliteit van factoren

⁴ Hofstee, 1987.

⁵ Art. 37a SR.

⁶ Enschede, 1987; Hullu, 2003, p. 218.

wordt echter niet altijd voldaan, het principe "straf naar de mate van schuld" is in zijn algemeenheid dan ook niet acceptabel.

Het startpunt van de argumentatie is een voorstel van Nozick om te straffen naar de mate van schuld rekening houdend met de ernst van een misdrijf. In het volgende hoofdstuk zal ik Nozick's theorie introduceren. Nozick stelt voor om de mate van straf te bepalen door het product van de mate van schuld en de ernst van het delict in formule $P=r*H$ (r is een schuldindex tussen 0 en 1 naar de mate van verantwoordelijkheid en H geeft de mate van ernst van het delict ofwel "harm" aan).⁷ Nu is de straftheorie van Nozick een retributieve theorie welke in essentie de rol van schuld centraal stelt.

Om te voorkómen dat mijn argumentatie slechts relevant is binnen retributieve sanctie theorieën zal ik aangeven dat een dergelijke combinatie van straf en ernst niet alleen in een retributieve moreel geïnspireerde theorie maar ook in een consequentialistische minder moreel geladen straftheorie mogelijk is. Ik zal daarbij een recente uitwerking van zo'n consequentialistische theorie beschrijven namelijk de sanctie theorie die is voorgesteld door Reiff. Reiff geeft aan dat straffen nodig zijn om samenwerking mogelijk te maken, enerzijds door hun preventieve werking maar anderzijds door, indien het delict gepleegd is en de norm is geschonden, samenwerking te behouden en te voorkómen dat individuele wraakacties en verdere escalatie de samenwerking stopt.⁸

In beide straftheorieën de retributieve en de consequentialistische wordt de strafmaat bepaald door de ernst van het misdrijf. De ernst van het misdrijf wordt bepaald door schuld, zeg factoren waar de dader verantwoordelijk voor is zoals bijvoorbeeld de moeite en de mate van inspanning om het delict te plegen en factoren waar de pleger geen invloed op heeft, zoals toeval. Maar mag toeval een rol spelen bij de bepaling van straf. Lewis geeft een rechtvaardiging voor de rol van toeval bij de toekenning van straf. Zijn beschouwing hoewel op zichzelf geen conclusieve rechtvaardiging voor de rol van toeval in de strafmaat, geeft een rechtvaardiging om straf afhankelijk te maken van de ernst van het soort misdrijf en een correctie toe te passen op grond van de bijdrage van schuld en toeval per pleger.⁹ Dit zal in hoofdstuk 3 nader worden besproken.

In hoofdstuk 4 wordt een resultaat uit de literatuur over verdelende rechtvaardigheid getoond dat laat zien dat het principe "straf naar de mate van schuld" en "straf naar de mate van ernst" dwingend leidt tot een strafmaat die bestaat uit de som van een deel dat voor iedere pleger gelijk is dat direct is gebaseerd op de ernst van het soort misdrijf en een deel dat afhankelijk is van de mate van schuld van de pleger. Deze combinatie van een algemeen schuldonafhankelijk deel en een schuldafhankelijk deel van straf is echter slechts mogelijk als de factoren die de ernst bepalen te weten schuld en toeval, ieder onafhankelijk hun bijdrage hebben aan die ernst, hetgeen niet het geval hoeft te zijn.¹⁰ Nu zijn ook daar wel aanpassingen voor te bedenken door bijvoorbeeld aan toeval de grootste bijdrage toe te schrijven en de rest aan schuld of juist schuld als belangrijkste factor te beschouwen en de rest aan toeval toe te schrijven.¹¹ Het nadeel van deze oplossingen is dat ze willekeurig zijn en dat is nu juist ongewenst in het strafrecht.

⁷ Nozick 1974, p.54-87.

⁸ Reiff, 2005.

⁹ Lewis, 2000b.

¹⁰ Bossert, 1995.

¹¹ Tungodden, 2005.

De problemen betreffende de onafhankelijkheid van de bijdrage van schuld en toeval aan de ernst van het misdrijf blijken niet slechts opgeroepen te worden door een specifieke representatie doch laten een veel dieper probleem van schuld en verantwoordelijkheid zien. De achtergrond van de onbepaaldheid van de bijdrage van toeval of schuld, zo maakt Hurley duidelijk, is het idee dat toeval geneutraliseerd zou moeten worden.¹² Dit idee van toevalsneutralisatie is de basis van het probleem. Laat men deze gedachte van het neutraliseren van toeval los, dan komt een ander principe naar voren in plaats van "straf naar de mate van schuld" namelijk "straf naar de mate van het geven van inzicht van de pleger in de ernst van het delict".

De conclusie luidt dat de Hoge Raad weliswaar een juist oordeel heeft gegeven met het afwijzen van de regel "straf naar de mate van schuld". De reden voor de juistheid van dit oordeel is echter niet zozeer gelegen in de interpretatie van de Hullu en Enschede maar een straftheorie die zijn oorsprong vindt in het moreel en politiek cognitivisme waarbij oordelen en handelen wordt beschouwd als iets dat op grond van goede redenen dient te geschieden. Bij een misdrijf is dat niet het geval en behoeft correctie.

Om de theorieën toe te lichten is een casus behulpzaam waarbij de mate van schuld c.q. verantwoordelijkheid aan de ene kant en de factoren toeval aan de andere kant gevarieerd kan worden bij eenzelfde handeling. Een casus die hieraan voldoet is de volgende: Joe Dalton steelt een lot uit een portemonnee van de baas van Rataplan. Er zijn twee situaties te onderscheiden:

1. In het eerste geval zit er in de portemonnee een lot waarop geen prijs valt. De baas van Rataplan die het nummer in zijn agenda genoteerd had, mist het lot niet eens er is in eerste instantie geen haan die er naar kraait. Toch blijkt de diefstal later, er wordt vervolging ingesteld, de eerste drie materiele vragen van art. 350 SV worden bevestigend beantwoord, hoe moet de vierde materiele vraag worden beantwoord, welke strafmaat is rechtvaardig?¹³
2. In het tweede geval zit er in de portemonnee een lot waarop de hoofdprijs valt. De baas van Rataplan merkt de diefstal en deze wordt zowaar opgelost en ook in dit geval wordt vervolging ingesteld tegen de betreffende Dalton telg, er volgt een bewezenverklaring, kwalificatie, strafbaarheid en ten slotte de vierde vraag welke straf is passend.

Moet de straf verschillen in deze gevallen? Is niet in beide gevallen een lot gestolen waarvan de waarde overeenkomt met de verwachte waarde van het lot, wat in beide gevallen voor de trekking gelijk was.¹⁴ Maar als de trekking heeft plaatsgevonden voor de diefstal dan is de waarde van het lot in het eerste en tweede geval verschillend. Dat verschil zou vervolgens uitmaken voor de ernst van het misdrijf en een andere strafmaat rechtvaardigen. Maar zou dat ook het geval zijn als de Joe Dalton niet op de hoogte was van het resultaat van de trekking? En zou het niet anders zijn als de baas van Rataplan invloed heeft op de trekking van het lot en zo op de waarde van het lot?¹⁵ Ondermijnt dit laatste, de invloed van anderen op de ernst van een misdrijf, niet het hele idee van verantwoordelijkheid en schuld? Deze vragen spelen een centrale rol in de argumentatie voor de afwijzing van de regel straf naar de mate van schuld.

¹² Hurley, 2003.

¹³ Dit geval vertoont overeenkomsten met HR 21-07-1864, W. 2625 (Lege visfuk) en Rb. Middelburg 28-06-1902 W.7784 (Lege Offerbus) waarbij een poging tot diefstal werd aangenomen.

¹⁴ De verwachte waarde van een lot is gelijk aan de som van de produkten van de kans (p_i) op een bepaalde uitkomst i vermenigvuldigd met de hoogte van prijs W van die uitkomst i , in formule $p_1 * W_1 + p_2 * W_2 \dots + p_n * W_n$

¹⁵ De laatste mogelijkheid is de basis voor Hurley's argument tegen de neutraliteitsopvatting van gelijkheid, zie hieronder op pagina 25.

2 Waarom straffen en hoe hoog?

Retributieve straftheorie volgens Nozick

Van een straftheorie verwachten we antwoord op de vraag hoeveel straf gerechtvaardigd is in het geval een norm is overtreden. Deze rechtvaardiging zal aansluiten bij een antwoord op de meer algemene vraag waarom straf gerechtvaardigd is. Dit is ook het geval bij Nozick's straftheorie. In zijn boek *Anarchy State and Utopia* stelt hij voor om schuld te verdisconteren in een strafmaat volgens het principe "straf naar de mate van schuld".¹⁶ Het uitgangspunt van Nozick is dat mensen van nature een aantal rechten hebben welke door anderen niet geschonden mogen worden. Een voorbeeld van zo'n recht is het eigendomsrecht. De vraag die Nozick zich vervolgens stelt betreft de rechtvaardiging van straf in het algemeen. Wat is nu de reden om te straffen als een dergelijk recht wordt geschonden. Waarom kunnen we rechtsschendingen niet gewoon toestaan onder de voorwaarde dat het slachtoffer van de rechtsschending volledig gecompenseerd wordt. Compensatie maakt toch alles weer goed?

De uiteindelijke reden die Nozick dan geeft is dat door het toestaan van rechtsschendingen mits het slachtoffer volledig wordt gecompenseerd, ook niet-slachtoffers schade ondervinden. Nozick noemt dat publieke angst. Deze angst ontstaat als rechten willekeurig worden geschonden ook al wordt de schade achteraf gecompenseerd. Je kunt er nooit meer zeker van dat je het lot dat je had gekocht kan tonen. Je kunt er ook nooit meer zeker van zijn dat je niet omver wordt gereden en letsel oploopt door iemand die haast heeft, ook al volgt compensatie. Voor slachtoffers kan die angst misschien nog wel min of meer gecompenseerd worden maar diegenen die geen slachtoffer zijn en dat ook niet worden, ondervinden toch die angst maar ontvangen hiervoor geen compensatie. De angst over de onzekerheid dat je rechten willekeurig geschonden kunnen worden is dan ook de reden dat rechtsschendingen voorkómen moeten worden en daarbij spelen straffen een rol. Preventie is dan ook een legitiem doel.

Preventie kan niet de enige reden zijn volgens Nozick. Zou preventie de enige reden zijn dan zou dat er toe kunnen lijden dat de straf veel te hoog zou moeten worden om die preventie te bewerkstelligen. Om de strafmaat te bepalen stelt hij een retributieve benadering voor het straffen voor. Straf is vergelding, de maximum straf is proportioneel aan de ernst van het kwaad dat is aangericht. De maximumstraf wordt gecorrigeerd door de mate van verantwoordelijkheid of schuld. De formule die Nozick geeft luidt: $P = r \cdot H$ waarbij r een verantwoordelijkheidsindex is tussen 0 (als de dader niet verantwoordelijk is) en 1 (als de dader ten volle verantwoordelijk is). De dader heeft dan naast het geven van compensatie c de straf $r \cdot H$ te duchten.

Het is overigens niet zo dat rechtsschendingen zonder toestemming van de betrokkene altijd verboden zijn. Nozick erkent dat het soms niet mogelijk is om toestemming te vragen en tot overeenstemming te komen. Soms zijn er maatregelen nodig welke rechtsschendingen met zich meebrengen juist om rechten beter te beschermen. Wel dienen dan degenen wiens rechten door die maatregelen worden beperkt compensatie te ontvangen. Als om veiligheidsredenen iemand zich niet meer vrij in de maatschappij kan bewegen maar levenslang beperkt moet worden in zijn vrijheid dan dient hij daarvoor compensatie te ontvangen, aldus de Nozick.¹⁷

¹⁶ Nozick 1974, p.54-87.

¹⁷ Nozick, 1974, p. 82,83.

Is publieke angst nu wel zo'n goede raadgever? Geeft publieke angst wel de goede reden voor straf zoals Nozick beweert. Er zijn weinig tot geen restricties die Nozick aangeeft voor deze angst wil ze publiek zijn en als reden voor ingrijpen kunnen gelden. Hij geeft wel voorbeelden zoals angst voor lichamelijk pijnlijk letsel, angst voor vernedering, schaamte en niet gerespecteerd te worden. Maar zijn opmerking dat het mogelijk is dat als een angst niet voorkomt door bepaalde socialisatie deze ook niet hoeft mee te tellen doet vermoeden dat een angst die voorkomt juist door een bepaalde socialisatie wel meetelt ook al is deze volstrekt irrationeel. Hoe publieke angst bizarre gevolgen kunnen hebben is recent duidelijk geworden in de angst voor terroristische aanslagen op en met vliegtuigen. De angst onder passagiers en bemanning was reden tot vergaande interventies.¹⁸ Willekeur die op zichzelf ook weer aanleiding kan geven tot publieke angst, is bepaald niet uitgesloten als publieke angst als reden voor ingrijpen niet wordt beperkt tot redelijke publieke angst. Publieke angst met de restrictie dat deze niet onredelijk is zou de rol die Nozick voorstelt, beter kunnen vervullen.¹⁹

De reden voor strafrechtelijk ingrijpen is gelegen in het voorkómen van publieke angst. Maar wat is nu de rechtvaardiging van straffen als deze niet alleen in preventie wordt gevonden. In zijn boek *Philosophical Explanations* geeft Nozick een nadere uitleg over zijn opvatting van straf als vergelding.²⁰ Straf zo legt Nozick uit is een signaal aan de pleger van een delict waardoor hem duidelijk wordt gemaakt dat hij een norm heeft geschonden waarbij die normschending de reden is voor de straf en tevens de reden is waarom dat signaal met straf moet geschieden en niet met een simpele veroordeling van die handeling door een rechter zonder dat er straf wordt opgelegd. Met een straf wordt de verbinding van het gedrag van de dader weer gekoppeld aan de juiste normen en waarden. Door de straf wordt de ontoelaatbaarheid en afkeurenswaardigheid van de rechtenschending door de dader duidelijk gemaakt of de dader dat nu wil of niet. De boodschap dat de handeling ontoelaatbaar was dient juist met een passende straf te geschieden.

Joe Dalton die een lot steelt uit de portomonnee van de baas van Rataplan en na de diefstal minder opletend is vanwege zijn opwindend over de geslaagde diefstal en daarbij wordt aangereden en letsel oploopt, krijgt misschien wel zijn verdiende loon doch dit geldt niet als straf. De reden voor deze "straf" ontbreekt, het is min of meer een toeval.²¹ Door dit toeval wordt de verbinding tussen de dader en de correcte normen niet hersteld.²² Dit geschiedt alleen door de veroordeling door een autoriteit die straf oplegt vanwege de rechtsschending met het oog op herstel van de relatie met de correcte normen en waarden. Dit herstel van de relatie met de normen en waarden wordt bewerkstelligd doordat door de straf die normen en waarden een rol gaan spelen in het leven van de dader, ook als hij er niet direct mee instemt. Onderwijzen, (her)opvoeden door middel van een cursus, dan wel het aanbieden van films en boeken om duidelijk te maken dat de normschending ontoelaatbaar is en waarom dit ontoelaatbaar is, kan dan misschien wel behulpzaam zijn, doch is niet voldoende. De afkeurenswaardigheid van de daad gepleegd door de dader is dan nog niet direct van invloed op het leven van die dader, die invloed wordt bewerkt door de straf, aldus Nozick. Herstel van de rechtsorde lijkt het doel van straf te zijn.²³

¹⁸ Enkele passagiers mochten niet mee met een vlucht vanuit Malaga omdat passagiers bang waren dat dezen een aanslag zouden plegen, NRC 21-08-2006.

¹⁹ Een beroep op de redelijkheid als restrictie op publieke angst die meetelt wijst in de richting van moreel en politiek cognitivisme in plaats van emotivisme.

²⁰ Nozick 1981, p. 363-397.

²¹ Dergelijk toeval staat wel bekend onder de naam "poetic justice".

²² Een soortgelijk gebrek lijkt te kleven aan "automatische straffen" zonder tussenkomst van een beoordelaar zoals bijvoorbeeld de werking van de verkeerssluis in Abcoude, Huygen, 2006

²³ Hamel zoals verwoord door Remmelink achtte dit het ultieme doel van straf.

De hoogte van de straf hangt af van de ernst en de straf moet passend zijn voor de dader. Hoewel Nozick daar zelf niet heel duidelijk over is lijkt het erop alsof de ernst van de normschending min of meer afgelezen kan worden aan de publieke angst. Zakkenrollen heeft in het algemeen minder impact, geeft minder publieke angst dan mishandeling.²⁴ De straf moet ook passend en proportioneel zijn voor de dader. Door de straf moet de dader nadeel ondervinden in vergelijking met de situatie waarin de norm niet was geschonden. Straf wordt daarmee afhankelijk van daderspecifieke factoren. Een boete van 100 euro is voor iemand die een bijstandsuitkering heeft nadeliger dan een miljonair, de straf voor de miljonair zou dan ook aangepast moeten worden volgens Nozick's theorie.²⁵

In Nozick's retributieve strafopvatting wordt straf opgelegd met het oog op herstel van de relatie tussen de normen en waarden en de dader die met zijn normovertreding deze normen en waarden gebruuskeerd heeft. De hoogte van de straf dat wil zeggen het nadeel dat de dader wordt toegebracht met het oog op dit herstel is afhankelijk van de ernst van het delict voorzover de dader verantwoordelijk is voor die ernst, dat wil zeggen in de mate dat de dader de normen heeft gebruuskeerd. Dit is samengevat in de formule: $P=r*H$.

Consequentialistische straftheorie volgens Reiff

De straftheorie van Nozick is een sterk moreel geladen straftheorie van een retributief karakter “straf naar de mate van schuld” ligt daarbij voor de hand. Maar heeft het principe “straf naar de mate van schuld” ook een plaats binnen een consequentialistische theorie? Om die vraag te beantwoorden is een recente uitwerking van een consequentialistische straftheorie die van M. Reiff illuminatief.²⁶ Deze straftheorie is min of meer ontgaan van een morele dimensie en legt de nadruk op het effect van straffen. De belangrijkste vraag voor Reiff is hoe normen kracht bij gezet kunnen worden met strafdreiging en met daadwerkelijk straffen als die norm is geschonden. Daarbij maakt hij onderscheid tussen twee verschillende situaties:

1. de situatie voor de normschending waarbij preventie en het bevorderen van coöperatie de belangrijkste functie is
2. de situatie waarin normschending heeft plaatsgevonden en conflictbeheersing de belangrijkste functie van straf is.

De achtergrond van de preventieve functie in de situaties voor de normschending zijn situaties waarin samenwerking niet vanzelfsprekend is. Het zijn zogenaamde interactieproblemen zoals:

1. prisoners dilemma situaties waarbij ieder een voorkeursstrategie heeft onafhankelijk van wat de anderen doen en bij het volgen hiervan ieder slechter af is dan ieder had kunnen zijn

²⁴ Het zakkenrollen zou identiteitspapieren kunnen betreffen waardoor iemand zonder die papieren als illegaal te boek wordt gesteld en alsnog terug wordt gestuurd naar het land van herkomst om daar vervolgens mishandeld te worden. Dit wordt over het algemeen als een uitzonderlijk gevolg gezien van zakkenrollen. Binnen een bepaalde subcultuur hoeft een dergelijk gevolg niet zo uitzonderlijke te zijn en daardoor verandert de ernst. Publieke angst hangt dan ook af van de context waarin men leeft. Per subcultuur kan dat anders zijn.

²⁵ B.M.S. van Praag pleit voor invoering voor aanpassing van toemeting van straf aangepast aan de omstandigheden van de dader zodanig dat het leed voor de dader overeenkomstig de ernst is van het misdrijf hetgeen kan betekenen dat de boetes van meer gefortuneerden veel hoger uit zouden moeten vallen dan nu volgens de strafwet toelaatbaar is, Praag, 2006.

In de Nederlandse rechtspraak kan de rechter door rekening te houden met het inkomen of vermogen van iemand, de straf zoals een boete verminderen en minder dan de op het delict gestelde maximum boete opleggen.

²⁶ Reiff, 2005.

2. coördinatieproblemen, coördinatie is van belang zoals bij het links of rechts rijden, maar wat wordt afgesproken doet er voor niemand toe als er maar wat wordt afgesproken,
3. impartialiteitsproblemen, coördinatie problemen waarbij de één voordeel heeft bij de ene afspraak en de ander voordeel heeft bij een andere afspraak.²⁷

Normen formuleren gedragslijnen om samenwerking te bewerkstellingen en de interactieproblemen op te lossen. Ze dienen ervoor dat de uitkomsten die voor ieder beter zijn tot stand worden gebracht. Normschending moet voorkómen worden. Hiertoe is een sanctie die in het vooruitzicht wordt gesteld nuttig. Zolang iemand van mening is dat een ander mede door de sanctie er voldoende van wordt weerhouden om de norm te schenden is er een reden om volgens de norm te handelen. Vervalt dit vertrouwen in de preventieve werking van de sanctie dan vervalt de reden tot samenwerking.

Is de norm geschonden dan heeft de preventieve werking blijkbaar gefaald en ontstaat er een andere situatie. De functie van het daadwerkelijk uitvoeren van straf is dan ook niet meteen duidelijk gemaakt door de preventieve functie van straf. Preventie speelt wellicht een rol maar moet sterk worden gerelativeerd. Reiff maakt duidelijk dat preventie alleen een rol speelt als de rechten van dezelfde personen op dezelfde wijze door de dezelfde personen worden geschonden en dit ook bekend is bij de betrokkenen. Dit is veelal niet het geval. Veel normschendingen betreffen eenmalige schendingen met weinig kans op herhaling en de uitvoering van straf is vaak slechts bekend aan de direct betrokkenen. Voor preventie met het oog op andere rechtsschendingen speelt wellicht geloofwaardigheid en reputatie een rol. Doch geloofwaardigheid wordt alleen ondermijnd als gedacht wordt dat er geen bereidheid is om te straffen bij degenen die nadeel ondervinden van de normschending. Zolang dat niet het geval is, is het uitvoeren van de sanctie niet bijdragend.

In de situatie waarin normen zijn overtreden is preventie dan ook niet de belangrijkste reden om sancties op te leggen maar het in de hand houden van het ontstane conflict. Conflictbeheersing teneinde samenwerking zoveel mogelijk te behouden is het belangrijkste doel. Er is volgens Reiff een endemisch voorkomend instinct dat normschendingen moeten worden gewroken. Normschendingen roepen een schending van het recht van de dader op als een soort natuurlijke reactie. Een escalatie van normschendingen ligt in het verschiet. Het uitvoeren van straf dient er nu juist voor om het slachtoffer zo tevreden te stellen dat deze zelf geen reden meer heeft om tot vergelding over te gaan. Maar tevens moet de straf van dien aard zijn dat degene die de straf ondergaat deze niet als disproportioneel ziet en de vergelding als reactie op de straf die hij ondergaat niet voortzet. Beide partijen moeten de sanctie accepteren en niet alleen omdat ze anders opnieuw sancties te duchten hebben maar om verder te kunnen waarbij de samenwerking wordt hersteld.²⁸

²⁷ Ullmann Margalitt, 1977. De voorbeelden van interactieproblemen met twee actoren staan hieronder, elke actor heeft twee handelingsmogelijkheden c en d en de uitkomst levert voor elk een waarde op, hoe groter het getal hoe beter. Het eerste getal van de uitkomst geeft de waarde van actor weer die kan kiezen uit de twee rijen en het tweede de waarde van de uitkomst voor de actor die kan kiezen uit de twee kolommen.

Prisoners dilemma:

	c	d
c	3,3	1,4
d	4,1	2,2

Coördinatieprobleem:

	c	d
c	1,1	0,0
d	0,0	1,1

Impartialiteitsprobleem:

	c	d
c	2,1	0,0
d	0,0	1,2

²⁸ Reiff, 2005, p. 142 e.v.

Hoewel het er in eerste instantie op lijkt dat de twee voorwaarden, het voorkómen van eigenrichting en het voorkómen van vergelding door de dader als reactie op de straf, niet goed met elkaar zijn te verenigen zijn er een aantal redenen op grond waarvan dit niet op voorhand onmogelijk is. Als voor volledig herstel wordt gezorgd door de dader dan vervalt de reden voor vergelding. Herstel is echter niet altijd mogelijk er rest dan slechts een zekere vorm van compensatie. Volledige compensatie wordt beperkt doordat leed en schade en de vergoeding daarvoor niet helemaal precies kan worden vastgesteld. De onvergelijkbaarheid van waarden is daarvoor een reden. Hoe moet leed tengevolge van lichamelijk letsel worden afgewogen tegen schadevergoeding in euro's? Hoewel op grond van de onvergelijkbaarheid de rol van compensatie wordt beperkt, speelt compensatie toch een temperende rol op vergelding.

Er is nog een reden op grond waarvan eigenrichting en daardoor vergelding wordt gelimiteerd. Reiff licht dit toe aan de hand van de uitkomsten van experimenten met het zogenaamde "Ultimatum Game". In dat experiment wordt nagegaan in hoeverre een idee van rechtvaardigheid c.q. een idee over wat ieder toekomt, het handelen bepaalt in plaats van het eigen belang.²⁹ Stel er is een bepaalde hoeveelheid geld te verdelen. De eerste persoon kan een verdeling voorstellen de tweede kan alleen accepteren of afwijzen maar geen tegenvoorstel doen. Als de tweede persoon de verdeling accepteert dan krijgen beiden datgene dat door de eerste persoon is voorgesteld. Wijst de tweede persoon de verdeling af dan krijgt geen van beiden iets. De eerste persoon weet dat hij in een voordelige positie verkeert en kan een verdeling voorstellen in zijn voordeel. Alleen eigenbelang in ogenschouw nemend is het afwijzen van een verdeling nadelig voor de tweede persoon en deze zal dan ook elk aanbod accepteren. De resultaten van de experimenten laten wat anders zien. De tweede persoon accepteert in het algemeen dat hij minder krijgt maar er is een grens waarbij de tweede persoon de verdeling zo onrechtvaardig vindt dat deze kiest voor niets in plaats van iets. Er is dus een zekere maar niet onbeperkte tolerantie dan wel acceptatie voor onrechtvaardigheid en deze acceptatie helpt de mate van straf als vergelding om eigenrichting te voorkomen te beperken.

In de consequentialistische straftheorie van Reiff is het doel van sancties het bevorderen en bewaren van samenwerking. In het geval een norm die samenwerking beoogt te bewerkstelligen en te behouden is geschonden kan deze kracht bij gezet worden door een sanctie. Preventie van normschending is niet het primaire doel van de uitvoering van de sanctie maar conflictbeheersing. Wil een sanctie werkzaam zijn met het oog op dit doel dan moet de sanctie geaccepteerd worden als substituuut voor vergelding door degenen tegenover wie de norm is geschonden en moet deze geaccepteerd te worden als redelijke sanctie door de dader. Ontbreekt deze acceptatie dan voldoet de sanctie niet goed aan zijn conflictbeheersende functie. Hoewel Reiff zijn theorie van straf zoveel mogelijk probeert te ontdoen van morele overwegingen, is door deze eis van acceptatie voor beide partijen de deur voor morele overwegingen wagenwijd opengezet. Binnen de theorie van Reiff zal ook de mate van schuld een rol spelen bij het bepalen van de hoogte van een acceptabele straf, zij het met een beroep op de conflictbeheersende functie van sancties en niet als morele eis zoals bij Nozick. Hoewel Reiff de formule $P=r*H$ van Nozick afwijst als uiteindelijke basis voor het bepalen van straf sluit de theorie van Reiff zeker niet uit dat het een voor beide partijen acceptabele richtlijn weergeeft voor sancties.³⁰ Zowel binnen een retributieve straftheorie als een consequentialistische theorie is er plaats voor het principe "straf naar de mate van schuld".

²⁹ Reiff, 2005, p. 150 e.v.

³⁰ Reiff, 2005, p. 130 e.v.

3 Straf, ernst, schuld en toeval.

Ernst en aanpassing van straf aan de schuld

Uit zowel de retributieve straftheorie van Nozick gericht op herstel van de rol van normen en waarden als de consequentialistische theorie van Reiff met conflictbeheersing als doel komt het volgende beeld naar voren over het bepalen van de strafmaat. Rechtsschending behoeft compensatie voor degene wiens recht is geschonden. Straf in de vorm van bijvoorbeeld een boete of vrijheidsstraf is noodzakelijk omdat compensatie niet altijd voldoende is voor herstel. Hoe groter de inbreuk van het recht hoe hoger de straf. Hoewel schuld c.q. verantwoordelijkheid niet het enige is wordt de straf mede bepaald door de mate van verantwoordelijkheid of schuld.

Wordt een delict gepleegd en zijn de eerste drie materiele vragen van art.350 SV beantwoord met een bewezenverklaring van het ten laste gelegde, een kwalificatie van het bewezenverklaarde als een delict omschreven in de wet en met het oordeel dat er geen rechtvaardigingsgronden of schulduitsluitingsgronden zijn die de strafbaarheid van de dader in de weg staan, dan volgt ten slotte het vaststellen van de strafmaat. Het beeld dat nu is ontstaan is, dat eerst wordt gekeken naar de ernst van het delict. Deze ernst is weerspiegeld in de op het delict gestelde maximumstraf.³¹ De ernst is in principe met de tweede materiele vraag van art 350 SV de kwalificatie van het bewezenverklaarde bepaald. Bij deze kwalificatie wordt onder meer vastgesteld of er omstandigheden waren op grond waarvan er sprake is van een geprivilegieerd delict, dat wil zeggen gepleegd onder verzachtende omstandigheden zoals levensbeëindiging op verzoek (art. 293 SR) met een maximum gevangenisstraf van 12 jaar in plaats van moord (art. 289 SR) met een maximum van levenslange gevangenisstraf, of met een gekwalificeerd delict dat wil zeggen gepleegd onder verzwarende omstandigheden zoals diefstal met braak (art. 311 SR) in plaats van diefstal (art. 310 SR). Bij de vierde materiele vraag de bepaling van de strafmaat wordt de straf bijgesteld door de specifieke omstandigheden van het delict en de dader in de overwegingen te betrekken.³² Gebrek aan het betrekken van de specifieke omstandigheden in de overweging van de strafmaat zoals bijvoorbeeld bij een automatische straftoemeting wordt over het algemeen beschouwd als onnodig hardvochtig. Nussbaum licht dit bijvoorbeeld toe met het beeld dat Aristoteles geeft van een architect die de mist in gaat als hij een starre meetlat gebruikt in plaats van een flexibel meetlint dat de contouren van objecten kan volgen. De wijze waarop, de intenties waarmee de dader tot zijn daad kwam moeten begrepen worden alvorens een straf kan worden vastgesteld, dit mede in het besef dat niemand zonder fouten is.³³ De menselijke maat moet worden toegepast en een matiging van de straf welke leidt tot een lagere straf dan de maximumstraf is veelal passend, zo is het tot zover geschetste beeld. Kortom naast de ernst die wordt weerspiegeld in de maximumstrafmaat vindt er een matiging plaats door de mate van schuld. Het principe “straf naar de mate van schuld” lijkt een elementair principe. Maar is dit een juiste voorstelling van zaken?

Ernst schuld en toeval bij voltooid misdrijf en strafbare poging, het voorstel van Lewis

In het beeld dat tot nu toe is geschetst voor het bepalen van de strafmaat speelt de ernst van het misdrijf mee naast de schuld.. De manier waarop deze twee factoren een rol moeten spelen

³¹ Voor de toenmalige minister van justitie W. Sorgdrager was deze weerspiegeling de reden om tot een herijking te komen van de wettelijke strafmaxima, Hullu, 1999 p.1

³² Nussbaum, 1993.

³³ In het toneelstuk "Measure for Measure" van W. Shakespeare is dit een thema.

bij het bepalen van de strafmaat is nu de vraag. Voor de beantwoording van die vraag zijn die gevallen illustratief waarin de ernst van het misdrijf en de schuld uit elkaar lopen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij het voltooide misdrijf en de strafbare poging ertoe als bedoeld in art. 45 SR. Het verschil in maximumstraf gesteld op het voltooide misdrijf en de poging ertoe zou men evenwel in het bovenbeschreven beeld toe kunnen schrijven aan het verschil in ernst.³⁴ De maximumstraf op een voltooid misdrijf is hoger dan de maximumstraf gesteld op de strafbare poging. Is er een verschil in schuld ter rechtvaardiging? Voor een goede begripsbepaling, er is sprake van een strafbare poging als:

- a) er een voornemen is, dat zich
- b) door een begin van uitvoering heeft geopenbaard en waarvan
- c) de uitvoering alleen ten gevolge van omstandigheden van daders wil onafhankelijk niet is voltooid.³⁵ De maximumstraf op zo'n poging tot een misdrijf is in het algemeen 2/3 van de maximumstraf die is gesteld op het geslaagde misdrijf. Bij een strafbare poging tot een misdrijf begint de dader een misdrijf, heeft alles gedaan wat in zijn macht lag maar het misdrijf wordt buiten zijn toedoen om niet voltooid. Is het uiteindelijk dan geen kwestie van toeval, pech of geluk of een misdrijf slaagt en vervolgens is het dan geen kwestie van toeval pech of geluk hoe hoog de straf wordt? ³⁶ De intentie en de inspanning kortom aspecten die de mate van verantwoordelijkheid en schuld bepalen zijn ten slotte gelijk bij het voltooide misdrijf en de strafbare poging.

Lewis geeft een rechtvaardigende verklaring voor het verschil in straf tussen poging tot een misdrijf en een voltooid misdrijf ook al zijn de intenties en de inspanningen van de dader gelijk en verdienen de daders in beide gevallen eigenlijk dezelfde straf. Hij doet dit door toeval een bepaalde expliciete rol te laten spelen. De basis van de rechtvaardiging vindt hij in het gegeven dat toeval altijd een rol zal spelen in de zwaarte van de straf. Toeval is niet uit te sluiten, het is onvermijdelijk en alomtegenwoordig. Het lijkt misschien wel alsof iemand een vastomlijnde straf krijgt opgelegd doch schijn bedriegt. Iemand krijgt gevangenisstraf maar loopt daarbij de kans mishandeld te worden door medegevangen, of loopt de kans besmet te worden met een ziekte. Dit gebeurt weliswaar niet bij iedereen maar kan wel bij enkelen. De zwaarte van de straf wordt hoe dan ook mede bepaald door toeval. Toeval speelt hoe dan ook een rol.

Toeval kan men ook expliciet een rol geven in de bepaling van een strafmaat. Als straf legt men dan niet een straf op maar een verzameling straffen, elke straf met zijn eigen kans. Bijvoorbeeld de straf 70% kans op een gevangenisstraf in Leeuwarden en 30% in Den Bosch. Een andere straf zou kunnen zijn 11 % kans op gevangenisstraf, 89% kans op een boete. Een straf bestaat dan eigenlijk uit een verzameling meer specifieke straffen elk met een eigen kans. Een opgelegde straf is eigenlijk een verzameling straffen met een kansverdeling over die straffen, met andere woorden een soort strafлотerij. De hoogte van de straf voor een misdrijf is dan zoiets als de verwachte straf, in formule: $p_1S_1 + p_2S_2 + \dots + p_nS_n$. De pleger van een misdrijf of poging daartoe krijgt een strafлот. Door het plegen van dit misdrijf stelt hij zich bloot aan de risico's behorend bij dat strafлот, zoals iemand zich ook blootstelt aan het risico van pech bij het participeren in bijvoorbeeld de staatsлотerij. Plegers krijgen voor hetzelfde misdrijf, al dan niet tot een poging beperkt, eenzelfde strafлот, dat wil zeggen een lot met

³⁴ Buiting noemt verschil in ernst als reden voor het verschil in strafmaat. Daarnaast geeft hij nog een andere reden namelijk onzekerheid of de dader toch niet vrijwillig zou zijn teruggetreden, Buiting, 1965, p. 155-157. Dit is echter een vreemde reden in het strafrecht. Onzekerheid over de kwalificatie wordt niet verwerkt in een strafmaat maar moet m.i.opgelost worden bij de tweede materiele vraag van art. 350 SV..

³⁵ Eindhovense brandstichting HR 19-03-1934, NJ 1934, p. 450 e.v. Zie ook Drewes & Enschede, 1973.

³⁶ Er wordt wel gesproken van een "pech-strafrecht", Hullu, 2003, p.82.

dezelfde waarde van een verwachte straf gesteld op dat misdrijf, want de intentie en schuld geeft geen aanleiding om verschil te maken tussen plegers van een voltooid misdrijf en plegers van een poging. Een trekking uit een loterij die de kansverdeling van de straffen uit de opgelegde verzameling volgt leidt dan uiteindelijk tot een nadere bepaling van een meer specifieke straf.

De volgende stap in de redenering van Lewis is om de trekking uit een loterij te vervangen door een ander kansproces, namelijk het kansproces van het al of niet slagen van een misdrijf zelf. Is op een misdrijf een straf gesteld bestaande uit de verzameling zeg 2 jaar gevangenisstraf met een kans van $x\%$ en 16 maanden gevangenisstraf met een kans van $y\%$, dan stelt Lewis voor om de kans $x\%$ op 2 jaar gevangenisstraf te laten bepalen door de kans van slagen van het misdrijf en de kans op het niet slagen van het misdrijf overeen te laten komen met $y\%$ voor de 16 maanden gevangenisstraf. De trekking is dan geschied door het al dan niet geslaagd zijn van het misdrijf en zo is in principe de straf op het misdrijf als zodanig even hoog of het nu een poging of een geslaagd misdrijf betreft. Doch door de introductie van kans van slagen van het misdrijf ontstaat een verschil tussen de specifieke straf op het geslaagde misdrijf en de poging van dat misdrijf.

Hoewel deze verklaring voor het verschil in straffen tussen strafbare poging en het voltooide misdrijf inzicht geeft in een reden om een verschil in maximumstraf te stellen met behoud van het achterliggende idee dat de schuld zowel bij de poging als het geslaagde misdrijf gelijk is en de straf in principe hetzelfde is namelijk dezelfde straflosterij, werpt het meteen de vraag op naar de rechtvaardigheid ervan. Is het niet juist de bedoeling om de invloed van toevallige factoren te verminderen dan wel uit te sluiten bij het straffen?³⁷ Ontbreekt bij het opleggen van een straf niet elke mogelijkheid tot controle of de straf die is gegeven proportioneel is aan de ernst van het misdrijf. Het straflot op zich kan dan wel proportioneel zijn aan de ernst van het misdrijf echter de kansen op de specifieke straffen zullen zich verwezenlijken en deze verwezenlijking hoeft niet proportioneel te zijn. Uit kennis van het misdrijf en de verwezenlijkte specifieke straf kan men niet meer opmaken of de straf al dan niet proportioneel is.³⁸ Nu kunnen er soms redenen zijn om het lot te gebruiken om een eerlijke beslissing te bereiken namelijk als er geen andere mogelijkheden zijn, dat is hier echter niet het geval.³⁹ Hoewel een kansverdeling voor het bepalen van een specifieke straf niet goed is te rechtvaardigen, is het idee van een samengestelde verzameling meer specifieke straffen met een bepaalde verdeling, niet noodzakelijkerwijs een kansverdeling, wel een behulpzaam idee om de reikwijdte van het principe “straf naar de mate van schuld” te analyseren waar ik gebruik van zal maken.

Is er nog plaats voor schuld en verantwoordelijkheid?

Het beeld dat we nu hebben is dat de strafmaat wordt bepaald door de ernst en de schuld. De ernst wordt naast de schuld van de dader ook bepaald door toeval. Het probleem van het vaststellen van de strafmaat is, hoe gegeven de ernst, de factoren schuld en toeval de strafmaat bepalen. Toeval staat voor die factoren die buiten de macht van de dader vallen. Maar juist die factoren waar de dader niet verantwoordelijk voor is zouden geen rol moeten spelen bij de strafmaat. Die factoren betreffen echter niet alleen gebeurtenissen die zich voordoen na de

³⁷ Op het gebied van verdelende rechtvaardigheid is nu juist een van de discussie punten of verdelende rechtvaardigheid niet juist gericht is op het neutraliseren van domme pech. Hurley, 2003

³⁸ Het verhaal "De Loterij of Babylonie" van Borges geeft een fraaie illustratie van de gevolgen van het vervangen van specifieke beslissingen door loterijen. Borges, 1986.

³⁹ Goodwin, 1992.

handeling van de dader, doch betreffen ook de context factoren waar de dader geen invloed op had en ook factoren die het handelen van de dader zelf beïnvloeden, zelfs de factoren die zijn keuzen beïnvloeden bij het plegen. Dat roept de vraag op of er nog wel ruimte is voor verantwoordelijkheid en schuld? Is een beroep op afwezigheid van alle schuld niet altijd gerechtvaardigd waardoor de strafbaarheid ontbreekt wat tot gevolg heeft dat het oordeel op grond van art. 252 lid 2 SV altijd zal moeten zijn: ontslag van alle rechtsvervolging? De oplossing om deze radicale en weinig plausibele conclusie te voorkómen ligt in de betekenis van schuld en verantwoordelijkheid. Wat bedoelen we met schuld en wat bedoelen we met verantwoordelijkheid en wat zijn nu eigenlijk de redenen waarom getwijfeld wordt aan de mogelijkheid van schuld en verantwoordelijkheid?

Een algemeen aanvaard uitgangspunt binnen het strafrecht vertolkt door bijvoorbeeld Enschede, wijst op twee kenmerken van schuld namelijk vermijdbaarheid en verwijtbaarheid.⁴⁰ Maar zijn deze kenmerken nu wel de kern van verantwoordelijkheid en schuld? Waardoor ontstaat dan toch de twijfel of het oordeel niet altijd ontslag van alle rechtsvervolging moet zijn? In een recent boek van Hurley, *Justice, Luck and Knowledge* wordt aangegeven dat de twijfel over de mogelijkheid van verantwoordelijkheid en schuld wordt opgeroepen door twee aannames over verantwoordelijkheid. Deze aannames moeten en kunnen ook worden verlaten. De twee aannames zijn:

1. Iemand is slechts verantwoordelijk als het anders had gekund en er een alternatieve gebeurtenisketen mogelijk was.
2. Iemand kan slechts verantwoordelijk zijn als deze ook verantwoordelijk is voor alle voorgaande oorzaken.⁴¹

Alternatieve gebeurtenisketen opvatting

De eerste aanname zaait twijfel want is zo'n alternatieve gebeurtenisketen wel mogelijk? Wat gebeurd is is gebeurd en niet iets anders. De praktijk van het Nederlandse strafrecht laat zien dat een beroep op afwezigheid van alle schuld slechts beperkt wordt gehonoreerd.⁴² In de leerboeken wordt omzichtig met schuld als vermijdbaarheid en verwijtbaarheid omgegaan zoals in volgende passage:

Er valt pas iets te verwijten als de dader "het kon helpen", "er iets aan kon doen". Schuld heeft daarom te maken met de mogelijkheid van keuze. Zijn gedrag kan de dader verweten worden als hij de (reële) mogelijkheid had zich anders te gedragen dan hij deed. Men zegt ook wel dat de inbreuk op de strafwet voor de dader *vermijdbaar* moet zijn geweest. Verwijtbaarheid is zogezien gelijk aan vermijdbaarheid.

De knecht uit het Melk en water-arrest kon de inbreuk op de strafwet niet vermijden, omdat hij niet wist dat de melk was verdund. De mogelijkheid om anders te kiezen heeft hij niet gehad. Vermijdbaarheid moet dan ook niet opgevat worden als de objectieve mogelijkheid zich anders te gedragen.⁴³

Hoewel in het begin verwijtbaar gelijk wordt gesteld aan vermijdbaar blijkt in het vervolg dat vermijdbaarheid kennelijk niet de kern is maar verwijtbaarheid.

⁴⁰ Enschede, 1987

⁴¹ Hurley 2003.

⁴² Hullu, 2003, p. 360 e.v.

⁴³ van Bemmelen, van Veen, 1998, p. 39.

De eis van de alternatieve gebeurtenisketen ofwel vermijdbaarheid is evenwel op goede gronden te verwerpen. De voorbeelden geïntroduceerd door Frankfurt laten dit zien. Stel Jan deelt zijn plan voor een moord mee aan Piet. Piet vindt deze moord door Jan een prima plan, maar Piet is bang dat Jan misschien zijn plan niet uitvoert en implanteert in Jans brein een mechanisme dat Jans brein en gedachten in de gaten houdt en er voor zorgt dat als Jan zijn intentie laat varen Jan toch wordt bewogen de moord uit te voeren. Jan pleegt de moord om zijn eigen redenen, het mechanisme dat Piet heeft geïnstalleerd is niet in werking te treden. In dat geval zijn we toch van mening dat Jan verantwoordelijk is voor de moord hoewel er geen sprake was van vermijdbaarheid. Het zou hoe dan ook toch gebeuren. De mogelijkheid van de alternatieve gebeurtenisketen is niet van belang voor de verantwoordelijkheid van Jan. De irrelevante mogelijkheden die zich niet hebben voltrokken zijn niet van invloed op het oordeel over verantwoordelijkheid. Het gaat om de keuze die Jan maakt. De mogelijke alternatieve gebeurtenisketen doet er niet toe, het gaat om de actuele gebeurtenisketen. Deze en alleen deze is van belang voor het oordeel dat Jan verantwoordelijk is.

Hypothetische keuzen opvatting

Maar als er slechts één gebeurtenisketen mogelijk is hoe speelt dan de keuze van Jan een rol? Moeten we ons dan voorstellen dat er in die gebeurtenisketen een onderbreking voorkomt, een gat bestaand uit de keuze van Jan. Is Jans keuze dan een niet-veroorzaakte oorzaak? Dit ligt niet voor de hand, we kunnen ons dat niet zo goed voorstellen. Er is een andere mogelijkheid, namelijk één waarbij het niet meer gaat om een keuze als oorzaak maar een hypothetische keuze als instemming. Voor de verantwoordelijkheid van Jan is dan nodig dat Jan gekozen zou hebben voor moord en dat hij er mee instemt. De stellingname van Jan ten aanzien van de moord is van belang. Tegen deze opvatting van verantwoordelijkheid zijn twee bezwaren te vinden:

1. De keuzen en de wijze waarop keuzen worden gemaakt zijn extern en opgelegd,
2. De verantwoordelijkheid wordt veel te ruim.

De hypothetische keuzen kunnen door indoctrinatie zijn ontstaan of door ontwikkeling van keuzenschema's als overlevingsstrategie in een onderdrukkende omgeving. De wensen en verlangens zijn aangepast aan de sterk beperkte mogelijkheden die de omgeving toestaat. Als iets niet mogelijk is, is het ook maar beter dat niet te willen. Dit mechanisme kan dan de manier zijn waarop de keuzenschema's zijn gegroeid. Als er sprake is van sterke deprivatie dan zijn de wensen en keuzen navenant. De keuzen volgens een dergelijk ontstaan schema kunnen echter moeilijk als bron van verantwoordelijkheid worden gezien. Het karakter ervan is te veel opgelegd en te extern om als keuze geïnterpreteerd te worden. Op één of andere wijze is de ontstaanswijze van belang.

De tweede kritiek op de hypothetische keuzen opvatting is dat hierdoor de verantwoordelijkheid wel erg wordt uitgebreid namelijk tot en met de magische wereld van het kind. Instemmen met "boze dingen" ook al is er geen controle over de gebeurtenissen, houdt dan al verantwoordelijkheid in met de daarbij behorende schuld. Iemand ziek of dood wensen al dan niet ondersteund met symbolische handelingen betekent dan al verantwoordelijkheid voor de ziekte of dood.

Wat ontbreekt bij de hypothetische keuzenopvatting is een min of meer oorzakelijke verbinding met de gebeurtenisketen. Niet alleen de keuze of instemming doet er toe

maar ook het onderdeel uitmaken van die gebeurtenisketen is van belang. En hiermee dient zich het probleem aan dat verbonden is met de tweede diepgewortelde opvatting van verantwoordelijkheid namelijk dat iemand slechts verantwoordelijk kan zijn voor een handeling of gebeurtenis als iemand ook verantwoordelijk is voor de voorgaande oorzaken. Met een hypothetische keuzenopvatting is dat niet uitgesloten. Iemand kan instemmen met zijn geschiedenis, iemand kan hypothetische keuzen maken ten aanzien van die geschiedenis. Verantwoordelijkheid blijft mogelijk ook al is verantwoordelijkheid vereist voor alle voorgaande oorzaken, juist omdat elke oorzakelijke verbinding tussen keuze en gebeurtenissen is verbroken. Maar precies die loskoppeling gaf ook de reden voor de twee problemen voor de hypothetische keuzenopvatting, zoals de aanpassing van die keuzen aan de beperkte mogelijkheden en de uitbreiding tot de magische almachtswereld van het kind. De oorzakelijk verbinding van de keuzen met de gebeurtenisketen kan blijkbaar niet gemist worden maar lijkt eveneens de verantwoordelijkheid onmogelijk te maken door de voorwaarde dat verantwoordelijkheid ook verantwoordelijkheid inhoud voor alle voorgaande oorzaken.

Redenenvolgen opvatting

De gedachte dat iemand slechts verantwoordelijk is als deze ook verantwoordelijk is voor alle voorgaande oorzaken, zaait twijfel over de mogelijkheid van verantwoordelijkheid en schuld. De geschiedenis ligt namelijk buiten het bereik van onze controle. De hypothetische keuzenopvatting is dan misschien wel niet de hele oplossing maar geeft wel een indicatie voor de oplossing. In plaats van het centraal stellen van een keuze kunnen ook redenen en het volgen daarvan centraal worden gesteld. Het achtergrond idee hiervan is dat mensen handelen op grond van redenen. Deze redenen zijn gegeven in de situatie waarin mensen handelen. Keuzen van mensen komen niet uit de lucht vallen maar zijn gegrond in redenen. Redenen hebben twee aspecten die voor verantwoordelijkheid van belang zijn:

1. Ze geven een zekere flexibiliteit aan in het handelen en verwijzen naar een proces in plaats van een moment.
2. Redenen verwijzen direct naar een beoordeling, iets kan een goede reden zijn of juist geen goede reden, keuzen verwijzen meer naar willekeur.

Bij een keuze staat een keuzemoment op de voorgrond als een reactie op een keuzesituatie. Bij redenen en handelen op grond van die redenen staat een procesmatig handelen meer op de voorgrond. Een reden om iets te doen geeft aan dat in verschillende situaties verschillende handelingen nodig kunnen zijn. Een reden om brood in huis te halen geeft aan dat er verschillende wegen zijn om dit brood in huis te halen afhankelijk van de situatie, het kan bij de bakker of supermarkt, met de fiets of lopend enz. Mocht er ondertussen iets veranderen dan kan het handelen zich aanpassen. Redenen verwijzen naar een zekere mate van flexibiliteit van handelen, het is geen momentaan gebeuren waarin de handelingen van te voren zijn vastgelegd en bepaald maar een proces. Handelen op grond van redenen is niet mechanisch zoals een reflex. Handelen op grond van redenen is eigenlijk handelen volgens een bepaald systeem dat we redenenvolgend kunnen noemen. Wordt er niet gehandeld op grond van dit redenenvolgend systeem dan is er geen sprake van verantwoordelijkheid. In geval van epilepsie op grond van een hersentumor is het handelen niet redenenvolgend maar min of meer reflexmatig. Een ander voorbeeld is een posthypnotische suggestie, het handelen is dan niet op grond van het redenenvolgend systeem maar het handelen volgt de suggestie.

Het tweede aspect dat van belang is, is dat redenen verwijzen naar een normatieve beoordeling. Een reden refereert direct aan redelijkheid en valt in het domein van de cognitie. Redenen zijn gegrond of ongegrond. Is er geen goede reden te ontdekken voor een handeling dan is ook de verantwoordelijkheid in het geding. Een extreme variant van deze gedachte is dat er slechts dan sprake is van verantwoordelijkheid als er wordt gehandeld op grond van goede redenen. Deze extreme variant is overigens niet erg voor de hand liggend. Een zekere ruimte voor verschillende redenen moet wel worden toegestaan wil verantwoordelijkheid nog een rol kunnen spelen. Zou deze ruimte ontbreken dan zou het fenomeen dat bij ieder wel bekend is namelijk wilszwakte, impliceren dat er in dat geval geen sprake is van verantwoordelijkheid wat vreemd zou zijn. Toch even langer in bed blijven liggen ondanks dat je weet dat het het beste is om nu op te staan, zou dan betekenen dat je hier niet verantwoordelijk voor bent. Bij wilszwakte wordt bijvoorbeeld niet op grond van alle relevante redenen gehandeld maar één aspect krijgt de overhand, namelijk de prettige lichamelijke sensatie in bed.⁴⁴ In de meeste gevallen zijn er verschillende redenen in het spel en wordt een "overall" oordeel gegeven in het licht van al deze redenen. Een voor de hand liggende eis voor verantwoordelijkheid is dat er op grond van een systeem van het volgen van redenen wordt gehandeld. Daarin zit wel een zekere ruimte en het hoeven niet altijd precies de goede afgewogen "overall" redenen te zijn als het maar redenen zijn die wel goed zouden zijn en gevolgd kunnen worden in bijvoorbeeld sommige andere omstandigheden. Wil er sprake zijn van verantwoordelijkheid dan moet er sprake zijn van handelen op grond van een systeem waarbij redenen gevolgd worden. De kritiek op de hypothetische keuzen opvatting dat deze uitgebreid werd tot en met de magisch almachtswereld van het kind is op deze opvatting niet van toepassen vanwege het inherent normatieve karakter van het volgen van redenen waarbij er overigens nog wel sprake is van een zekere ruimte in de normatieve beoordeling.

Deze redenenfolgen-opvatting van verantwoordelijkheid is minder arbitrair en minder vluchtig ten aanzien van de gebeurtenisketen dan de hypothetische keuzen-opvatting. Er is een verbinding met de gebeurtenisketen, de gebeurtenissen geven namelijk die redenen en een aantal gebeurtenissen blijven in het proces van het redenenvolgend handelen volgend verbonden. Een zekere mate van controle is hiermee gegeven. Maar het probleem van de aanname dat iemand slechts verantwoordelijk kan zijn als deze ook verantwoordelijk is voor alle voorgaande oorzaken is nog niet opgelost want een dergelijke verbinding met de gehele geschiedenis is er niet.

De keuze is nu tussen verantwoordelijkheid opgevat als handelen op grond van een redenenvolgend systeem en afzien van het idee dat verantwoordelijkheid mogelijk is op grond van de overweging dat iemand slechts verantwoordelijk is als deze ook verantwoordelijk is voor alle voorgaande oorzaken of gebeurtenissen. De laatste optie is niet dwingend de juiste. Zij kan verlaten worden zonder dat dit grote problemen op levert voor het begrip van verantwoordelijkheid. Men kan tegenwerpen dat verantwoordelijkheidseis opgevat als handelen op grond van het redenenvolgend systeem nog niet meteen verantwoordelijkheid met zich meebrengt als men zelf dat systeem niet onder controle heeft, zoals bijvoorbeeld in een science fiction situatie waarbij een systeem wordt geïmplanteerd. Verantwoordelijkheid moet kunnen worden afgewezen als het hele redenenvolgend systeem dat iemand heeft niet bij hem of haar hoort, maar als wezensvreemd en arbitrair. Als dit systeem geïmplanteerd is of helaas

⁴⁴ Davidson, 1970.

minder tot de fictie behorend als het is ontstaan in een situatie van sterke deprivatie dan leidt dat systeem niet tot verantwoordelijkheid, het systeem is dan min of meer wezensvreemd en arbitrair. Totale controle als voorwaarde voor de mogelijkheid van verantwoordelijkheid is niet vereist om in bepaalde gevallen verantwoordelijkheid af te wijzen en te erkennen dat sommige ontstaanswijzen de verantwoordelijkheid doen verdwijnen. De gedachte dat een voorwaarde voor verantwoordelijkheid is dat men ook verantwoordelijk moet zijn voor alle voorgaande oorzaken kan eenvoudigweg verlaten worden zonder dat de kritiek op de hypothetische keuzenopvatting van toepassing wordt op de redenenvolgende opvatting.

Als iemand handelt op grond van een systeem van het volgen van redenen dan is iemand verantwoordelijk en is voldaan aan een voorwaarde voor schuld. Vermijdbaarheid i.c. dat er een andere gebeurtenisketen mogelijk was is hiervoor niet relevant. Resteert schuld als verwijtbaarheid, waarvan slechts sprake kan zijn als iemand verantwoordelijk is. Een voorwaarde voor verantwoordelijkheid is dat iemand handelt volgens een redenenvolgend systeem. Het is dan ook niet verwonderlijk dat het begrijpen en het uitzoeken van het systeem van redenen en het volgen daarvan een belangrijk onderdeel is van de schuldvaststelling bij een strafproces. Aristoteles was daar duidelijk over, de intenties moeten begrepen worden om tot een beoordeling te komen of iemand schuldig en strafbaar is.⁴⁵

In de voorgaande paragrafen is de twijfel over de mogelijkheid van verantwoordelijkheid en daarmee de mogelijkheid tot schuld weggenomen door het afwijzen van het idee dat iemand slechts verantwoordelijk kan zijn als er een alternatieve gebeurtenisketen is en door het afwijzen van het idee dat iemand slechts verantwoordelijk kan zijn als hij of zij ook verantwoordelijk is voor alle voorgaande oorzaken. De opvatting dat er sprake is van verantwoordelijkheid als iemand volgens een redenenvolgend systeem handelt is een goede optie. Blijft de vraag naar aanleiding waarvan deze discussie is gevoerd, hoe zit dat nu met straf naar de mate van schuld en ernst als deze ernst ten dele wordt bepaald door toeval en ten dele door de schuld of verantwoordelijkheid van de dader?

⁴⁵ Zie p. 11

4 Verdeling van straf naar de mate van schuld?

Straf naar de mate schuld

Een rechtvaardige strafmaat zo is betoogd, is afhankelijk van de ernst van het delict en de schuld of verantwoordelijkheid van de dader maar moet eigenlijk niet afhankelijk zijn van een factor zoals toeval. De ernst van een type delict wordt in wezen bepaald door alle plegers van dat type delict al dan niet zijnde een voltooid delict of een strafbare poging. Alle plegers van het delict dragen bij aan de ernst van dit type delict. De ernst evenwel wordt ten dele bepaald door factoren zoals toeval en ten dele door factoren zoals verantwoordelijkheid of schuld. Schuld en verantwoordelijkheid behoren tot de relevante factoren die de individuele strafmaat bepalen en toeval behoort tot de factoren die irrelevant zijn voor de bepaling van de individuele strafmaat. Met andere woorden voor een straf die wordt opgelegd aan de plegers van een bepaald delict moet dan gelden:

1. Als de strafwaardigheid van het type delict in zijn algemeenheid erger is door de schuld van één pleger van de groep plegers van een delict dan zal dit slechts voor die ene pleger consequenties moeten hebben.
2. Als de plegers van een bepaald type delict gelijk zijn wat betreft de relevante karakteristieken dan is de strafmaat ook gelijk.

Binnen de theorie over verdelende rechtvaardigheid spelen soortgelijke eisen voor een rechtvaardige verdeling van een bepaald goed. De achterliggende gedachte is dat een rechtvaardige verdeling vooral gericht is op het opheffen of corrigeren van pech maar niet voor nadeel waar iemand zelf verantwoordelijk voor is.⁴⁶ Toeval is ook hier een irrelevante eigenschap verantwoordelijkheid niet. De eisen die geformuleerd zijn luiden:

3. Mensen met gelijke relevante karakteristieken krijgen hetzelfde deel toebedeeld
4. Is er een verandering van de totale hoeveelheid goed op grond van een relevante eigenschap van een persoon, dan zal dit slechts consequenties hebben voor die ene persoon.

Het blijkt dat relevante en irrelevante factoren slechts op een bepaalde manier gecombineerd kunnen worden, namelijk één waarbij de twee soorten factoren additief separabel zijn.⁴⁷ De combinatie bestaat uit de som van een deel dat voor iedereen gelijk is afhankelijk van de irrelevante factoren en een deel dat afhankelijk is van de individuele relevante factoren. Voor straf betekent dat de straf voor persoon i wordt $P_i = F_{algemeen}(algemeen) + F_i(\text{relevante factoren van } i)$. Maar dit resultaat dat als aan de voorwaarden 1 en 2 wordt voldaan de factoren separabel zijn houdt ook in dat als de factoren niet separabel zijn er geen manier is om de factoren te combineren die aan de beide eisen voldoet.

Verdeling van straf?

Is dit resultaat betreffende verdelende rechtvaardigheid wel toepasbaar op het combineren van relevante en irrelevante factoren bij het vaststellen van de individuele strafmaat? Één van de

⁴⁶ Hurley 2003.

⁴⁷ Bossert 1995.

uitgangspunten bij het vaststellen van een verdelingsschema van een goed zoals gegeven door bijvoorbeeld Bossert is dat er na herverdeling ook niets overblijft en dat alles wordt verdeeld. Na een herverdeling moet er geen rest overblijven want dat zou verspilling zijn ieder zou dan nog een beetje beter af kunnen zijn door de rest ook te verdelen. In het bewijs van Bossert is sprake van een goed dat is verdeeld en op grond van bovenstaande voorwaarden 3 en 4 aanleiding geeft tot een herverdeling. Maar herverdelen is bij straffen wat vreemd. De vraag is of de resultaten van Bossert en anderen die deze herverdelingsproblematiek bestuderen wel van toepassing zijn. Bij straf zit een ieder toch zijn eigen straf uit. Het is wat vreemd om een gedeelte van een straf die iemand is toebedeeld via het proces van herverdeling over te dragen aan iemand anders. Het is tegen het idee van straf dat een ander die straf draagt. Dit geldt zowel in de retributieve theorie van Nozick als de consequentialistische theorie van Reiff. Draagt een ander de straf dan is dat niet conform het idee van straf.⁴⁸

Nu is er wel een manier om van verdeling van straf te kunnen spreken en dat is door de schaarste van strafmiddelen te benadrukken. Straffen en met name vrijheidsstraffen zijn kostbaar. Er is een beperkt budget en dat noopt tot een verdeling van de vrijheidsstraf over de daders. Nu geldt dit niet voor elke straf. Boetes bijvoorbeeld leveren juist wat op. Het is dan ook niet inherent aan het systeem dat de strafmogelijkheden zo zijn dat niet ieder de straf kan krijgen die nodig is. Het is bijvoorbeeld niet uitgesloten dat er minder daders zijn en er geen schaarste is aan gevangenisplaatsen, moeten gevangenisstraffen dan uitgebreid worden teneinde de plaatsen te vullen zoals bij verdelende rechtvaardigheid een verdeling van een goed alles verdeeld moet worden en er geen rest over moet blijven? Dat is op zijn minst wat vreemd. Deze benadering van schaarste als externe beperking geeft geen goed inzicht in de wijze waarop verantwoordelijkheid en toeval de strafmaat zouden moeten bepalen gegeven een bepaald soort delict. De overweging dat straffen kostbaar kunnen zijn geeft echter wel een andere suggestie om te komen tot een verdeling van straffen.

Het gehele strafstelsel inclusief het uitvoeren van straffen brengt kosten met zich mee. Men zou als een voorwaarde aan een strafstelsel kunnen stellen dat deze kosten voldaan moeten worden door de opbrengst van de straffen. Met boetes is dit het eenvoudigste in te zien. Het delict moet niet meer opbrengen dan de kosten want normovertredingen zouden dan juist profijtelijk zijn voor de overheid, dat is een onwenselijke situatie. Voor vrijheidsstraffen wordt dit wat moeilijker, maar ook die zouden wat op kunnen brengen. De verdeling van de kosten zou dan plaats moeten vinden op grond van de combinatie van relevante factoren als schuld en niet relevante factoren zoals toeval. De totale kosten moeten dan verdeeld worden er moet geen rest overblijven. Dit lijkt al meer overeen te komen met de structuur van een verdelingsprobleem van een goed.

Deze suggestie om te kunnen spreken van verdeling van straf, zal ik hier niet volgen. Het blijft zeer de vraag of de kosten wel opgebracht kunnen worden. Past het wel in de straftheorie dat iemand naast de compensatie aan het slachtoffer en de straf daar bovenop nog de kosten voor die straf moet opbrengen? Naast de straf komen dan de kosten van die straf voor rekening van de dader. Als het principe dat zowel Nozick als Reiff hanteren, dat een straf wordt vastgesteld en de straf vervolgens wordt verminderd met de compensatie dan blijft

⁴⁸ Zie ook: "Do we believe in penal substitution" in Lewis, 2000a, p. 128- 135. In Nederland was het uitzitten van een straf voor een ander niet direct strafbaar maar wel als oplichting volgens art. 326 SR met het oogmerk zich wederrechtelijk te bevoordelen. Door zich als een ander voor te doen is er een te voorziene bevoordeling vanwege onderdak voedsel en verzorging ten koste van de Staat. HR 05-01-1982, NJ 1982, 232 (Gevangenisvoedsel).

er weinig over vanwege verrekening met de kosten van de duurdere straffen.⁴⁹ Er is een heel andere reden om toch van verdeling van straf te spreken.

Er kan namelijk op een andere manier van verdeling en herverdeling van straf worden gesproken. De betekenis van herverdeling is dan niet zozeer als bij een goed een overdracht van de één naar de ander wat bij straf zou betekenen dat een gedeelte van de straf van de één moet worden gedragen door een ander. Verdeling kan men opvatten zoals de kansverdeling in in het voorstel van Lewis voor de rechtvaardiging van het verschil in straf bij het voltooide delict en de strafbare poging.⁵⁰ In zijn voorstel is een straf die wordt opgelegd aan een individu een verzameling straffen tezamen met een verdelingssysteem. Bij Lewis was dat verdelingssysteem een kansverdeling, maar andere verdelingen zijn mogelijk zoals verdeling bijvoorbeeld naar rato van de bijdrage van een dader aan de impact van het misdrijf. Bij een kansverdeling spreken we ook niet van het overdragen van een kans van de ene gebeurtenis naar een andere, ook niet als we een kansverdeling aanpassen aan een andere. Evenzo kan men van een verdeling of herverdeling van straftoewijzing spreken zonder te impliceren dat straf die de één moet ondergaan wordt overgedragen op een ander. De verdeling is een abstracte theoretische verdeling, herverdeling is een aanpassing en correctie en onderdeel van het verdelingssysteem maar geen overdracht van straf, vóór die aanpassing is er nog geen sprake van een concrete straftoewijzing, pas na de correctie is bepaald welke concrete straf een individu krijgt.

Verdeling van straf naar de mate van schuld en toevalsneutraal, de mogelijkheden

Een verdeling van straf onder de individuele daders van een bepaald delict kan dan als volgt tot stand komen. Op elk delict is een strafmaat gesteld, afhankelijk van de ernst van het misdrijf bijvoorbeeld vastgelegd in een richtlijn. Deze hoeven niet overeen te komen met de op de delicten gestelde maximumstraffen.⁵¹ De maximumstraffen hebben namelijk een andere functie. Maximumstraffen geven aan dat hoe en wat ook het geval is en hoe slecht de dader ook is, het nooit en te nimmer is toegestaan de dader voor dit delict een zwaardere straf te geven dan dit maximum. Een richtlijn daarentegen vormt een basis waarvan kan worden afgeweken naar beneden en naar boven.⁵² De daders krijgen in principe de straf overeenkomstig de richtlijn. De straf in de richtlijn is afhankelijk van de impact en ernst van het type delict dat is gepleegd. Voor de ernst van het type delict zijn in wezen alle plegers verantwoordelijk. De voorwaarden 1 en 2 geven aan hoe rekening moet worden gehouden met schuld en toeval voor de straftoemeting aan de individuele dader. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

⁴⁹ Stel de kosten zijn c per maand vrijheidstraf. Stel verder dat de oorspronkelijke opgelegde straf d maand is. Het vrijheidsstraf equivalent van deze kosten $e(c*d)$ wordt afgetrokken van d de straf die overblijft is dus $d-e(c*d)$. In Nederland is dit als volg. De kosten van een vrijheidsstraf zijn ca 200 euro per dag dat is ca 6000 euro per maand. Het equivalent van 1000 euro komt ongeveer overeen met 1 maand en van 6000 euro ongeveer met 6 maand vrijheidstraf. Bijvoorbeeld art. 126 SR heeft geeft een maximum straf 6 maand of boete van de 3e categorie à 6700, of art. 270 SV maximaal 2 maand of boete van 2e categorie. De straf wordt dan 1-6maand , er blijft dus niets over.

⁵⁰ Zie hierboven op pagina 12.

⁵¹ In de Hullu, 1999 p.124 wordt het verschil tussen wettelijk strafmaximum en strafmaattoekenning ook erkend.

⁵² De richtlijnen die hier bedoeld worden zijn niet bindend, de rechter mag er van afwijken.

De gebroeders Dalton stelen elk een lot uit een portemonnee van de baas van Rataplan.

- Joe Dalton degene die meestal slaagt in zijn opzet, deels door zijn systematische geluk, talent misschien, en die ook de actiefste is heeft zijn zinnen echt gezet op de portomonnee met het lot met de hoogste waarde, zijn intentie is daar op gericht en hij spaart kosten nog moeite om zijn doel te bereiken- hij onderzoekt hoe hij verschillende loten kan onderscheiden, maakt een studie van het loterijstelsel kijkt of en hoe de baas van Rataplan weet heeft van dat systeem en zelf ook een systeem heeft om loten te bewaren- hij heeft net als anders geluk en krijgt het lot in handen waarop de hoofdprijs van 100 valt.
- William Dalton is ook actief heeft zijn zinnen ook gezet op een portomonnee met het winnende lot, spant zich eveneens in, evenals Joe, maar krijgt het lot in handen waarop de prijs van 80 valt.
- Jack Dalton die over het algemeen wat minder vaak geluk heeft dan William en Joe, misschien kwestie van talent of iets anders, heeft zijn zinnen ook gezet op een portomonnee maar is er niet zo mee bezig als zijn broers Joe en William, hij doet wel iets om het winnende lot te bemachtigen maar niet zo dat hij zich erg inspant, hij heeft niet zoveel gepland om het winnende lot te bemachtigen hij laat wat meer aan het toeval over en heeft geluk, hij krijgt een portomonnee in handen met een lot waarop een prijs van 20 valt.
- Averell Dalton de pechvogel van de vier gebroeders misschien wel door gebrek aan talent heeft ook wel zijn zinnen gezet op de portomonnee met winnende lot. Hij is er echter ook niet zo veel mee bezig eigenlijk net zoals Jack, alleen Averell heeft pech en krijgt een portomonnee met het lot waarop geen enkele prijs valt in handen

In tabel:

	geluk	pech
Meer verantwoordelijk (meer inspanning, meer schuld)	100	80
Minder verantwoordelijk (weinig inspanning, minder schuld)	20	0

Tabel 1

De impact van deze misdaad het stelen van een lot is gerelateerd aan de totale impact van alle delicten van dit type gepleegd namelijk van 200 waardoor de baas van Rataplan wordt getroffen. Een richtlijn geeft dan voor dit type delict een straf overeenkomstig deze ernst. Deze richtlijn wordt toegepast en vervolgens is er een correctie op grond van de twee voorwaarden om te bewerkstelligen dat irrelevante factoren zoals toeval niet van invloed zijn op de straf en relevante factoren zoals mate van verantwoordelijkheid wel.

In dit voorbeeld zouden Joe en William Dalton die zich met evenveel inspanning en verantwoordelijkheid en dus schuld een portomonnee met een lot bemachtigen evenveel straf moeten krijgen, het toeval waardoor op het lot van de één 100 en op het lot van de ander 80 valt moet geen rol spelen. Evenzo zouden Jack en Averell Dalton eenzelfde straf moeten krijgen want zij getroosten zich even weinig inspanning en zijn even verantwoordelijk voor het resultaat.⁵³ Dat de één een lot met een prijs van 20 bemachtigt en de ander een lot met 0 is toeval en dient geen rol te spelen in de individuele strafmaat. De verdeling van de straf is dan overeenkomstig de bijdrage van schuld als volgt te bepalen:

De bijdrage aan de impact van deze diefstal van toeval is 2×20 , namelijk 20 zowel bij degenen die zich veel inspanning getroosten en dus meer verantwoordelijk waren als 20 bij degenen die zich minder inspanning getroosten en wiens wil en intentie minder was gericht op de

⁵³ De voorbeelden zijn ontleend aan Tungodden, 2005, ze worden gepresenteerd voor een verdeling van een goed waarbij rekening wordt gehouden met verantwoordelijkheid.

portomonnee met het winnende lot. Vanwege de normoverschrijding door het plegen van dit delict krijgt elk van de gebroeders Dalton in ieder geval een straf overeenkomstig een gelijk deel van de totale ernst toe te schrijven aan het toeval $2 \cdot 20/4 = 10$. Het aandeel van de mate verantwoordelijk zich uitend in de inspanning die elk van de broeders hebben gepleegd aan de ernst van het delict is $2 \cdot 80$ zowel 80 in het geval van pech zoals bij William en Averell Dalton en 80 in het geval van geluk zoals bij Joe en Jack Dalton. Een gedeelte van de totale impact van het misdrijf is dan ook op conto te schuiven van de uitvoering door Joe en William. Zij krijgen er dan op grond van voorwaarde 1 naast de straf die ieder krijgt, een straf vanwege hun individuele bijdrage aan de impact van het type delict:

- Joe Dalton krijgt dan straf $F_{\text{algemeen}}(10) + F_i(80)$
- William Dalton krijgt dan eveneens straf $F_{\text{algemeen}}(10) + F_i(80)$
- Jack Dalton krijgt de straf $F_{\text{algemeen}}(10) + F_i(0)$
- Averell krijgt de straf $F_{\text{algemeen}}(10) + F_i(0)$

Deze straffen laten zien dat een verdeling van straf niet hoeft te impliceren dat er sprake is van overdracht van straf van de één naar de ander. Verdeling van straf sluit aan bij het idee van een richtlijn voor een straf bij een bepaald type delict waarna er een aanpassing volgt om te voldoen aan de eis dat irrelevante factoren zoals toeval niet van invloed zijn op de verschillen in de straf, maar de relevante factoren als verantwoordelijkheid en schuld wel. De straf in het voorbeeld voldoet aan deze twee voorwaarden. De strafmaat is de som van een gedeelte gebaseerd op de impact van het misdrijf waar ieder even verantwoordelijk voor is door het plegen van dit delict $F_{\text{algemeen}}(\text{algemeen})$, en een gedeelte gebaseerd op de impact dat op conto komt van één of enkele van de daders die daar ook alleen de consequenties van moeten dragen: $F_i(\text{relevante karakteristieken van } i)$ in formule $P_i = F_{\text{algemeen}}(\text{algemeen}) + F_i(\text{relevante karakteristieken van } i)$.

Straf naar de mate van verantwoordelijkheid c.q. schuld hoeft dan ook niet te betekenen dat schuld het enige is dat telt zoals de Hoge Raad lijkt te veronderstellen in de arresten "Zwarte Ruiter" en "Amok op de Antillen".⁵⁴ Straf naar mate van schuld kan goed samengaan met de aanvaarding dat schuld en verantwoordelijkheid niet het enige is dat telt maar ook de impact van het delict. Voorwaarde is wel dat de relevante en niet relevante factoren additief separabel zijn. Aan deze voorwaarde is soms voldaan zoals in bovenstaand voorbeeld. Echter het is niet altijd eenduidig hoe de bijdrage van deze factoren aan de ernst van het delict moet worden beoordeeld en wordt niet aan deze voorwaarde voldaan.

Een voorbeeld waarbij niet eenduidig is vast te stellen wat aan het toeval en wat aan inspanning moet worden overgelaten is als de inhoud van de portomonnees iets anders is.

- Joe Dalton degene die meestal slaagt in zijn opzet, deels door zijn systematische geluk, talent misschien, en die ook de actiefste is heeft zijn zinnen echt gezet op het lot met de hoogste waarde, zijn intentie is erop gericht en hij spaart kosten nog moeite om zijn doel te bereiken, hij heeft net als anders geluk en krijgt de portomonnee in handen met het lot waarop de hoofdprijs van 100 valt.
- William Dalton is ook actief heeft zijn zinnen ook gezet op een portomonnee met het winnende lot, spant zich eveneens in, evenals Joe, maar krijgt een portomonnee met een lot waarop de prijs 80 valt.
- Jack Dalton die over het algemeen wat minder vaak geluk heeft dan William en Joe, misschien kwestie van talent of iets anders, heeft zijn zinnen ook gezet op een

⁵⁴ Zie pagina 3.

portomonnee met het hoogste lot, maar is er niet zo mee bezig als zijn broers Joe en William, hij doet wel iets om de portomonnee bemachtigen maar niet zo dat hij zich erg inspant, hij heeft niet zoveel gepland om de portomonnee te bemachtigen hij laat wat meer aan het toeval over en heeft geluk, hij krijgt een portomonnee in handen met een lot waarop een prijs van 80 valt.

- Averell Dalton de pechvogel van de vier gebroeders misschien wel door gebrek aan talent heeft ook wel zijn zinnen gezet op de portomonnee, hij is er echter ook niet veel mee bezig net zoals Jack, alleen Averell heeft pech en krijgt een portomonnee in handen met het lot waarop een prijs van 60 is gevallen.

In tabel:

	geluk	pech
Meer verantwoordelijk (meer inspanning, meer schuld)	100	80
Minder verantwoordelijk (weinig inspanning, minder schuld)	80	60

Tabel 2

In dit geval kan men 60 aan toeval toeschrijven bij het simpele feit van het plegen van het delict en 20 meer dus 80 bij veel geluk. Tevens kan men de 20 meer bij inspanning toeschrijven aan verantwoordelijkheid. De straf zou dan als volgt worden:

Het gedeelte van de impact van het misdrijf waar ieder in gelijke mate verantwoordelijk voor is door het plegen van het delict is dan $60+10$ (=verdeling van de meerwaarde van geluk i.t.t. $pech \cdot 20/4 = 70$). Het deel van de impact van het misdrijf door de extra verantwoordelijkheid van Joe en William Dalton, degenen die zich met grotere inspanning op het delict hebben gestort is dan 20 voor Joe en William. De strafmaat wordt dan:

- Joe Dalton krijgt dan straf $F_{\text{algemeen}}(70) + F_i(20)$
- William Dalton krijgt dan eveneens straf $F_{\text{algemeen}}(70) + F_i(20)$
- Jack Dalton krijgt de straf $F_{\text{algemeen}}(70) + F_i(0)$
- Averell Dalton krijgt de straf $F_{\text{algemeen}}(70) + F_i(0)$

Maar even goed kan men een ander aandeel van de impact van het misdrijf aan toeval toeschrijven namelijk $2 \cdot 20$ bij veel geluk voor ieder gelijkelijk dus $40/4 = 10$ en aan verantwoordelijkheid $2 \cdot 60$ bij minder inspanning zoals in het geval Averell en Jack en $2 \cdot 80$ bij meer inspanning zoals bij Joe en William. De strafmaat wordt in dit geval:

- Joe Dalton krijgt dan straf $F_{\text{algemeen}}(10) + F_i(80)$
- William Dalton krijgt dan eveneens straf $F_{\text{algemeen}}(10) + F_i(80)$
- Jack Dalton krijgt de straf $F_{\text{algemeen}}(10) + F_i(60)$
- Averell Dalton krijgt de straf $F_{\text{algemeen}}(10) + F_i(60)$

Dit is een andere verdeling tussen het gedeelte dat voor iedereen geldt F_{algemeen} en het gedeelte dat afhankelijk is van de individuele verantwoordelijkheid F_i . Welke van de twee men kiest is arbitrair. De opsplitsing van het gedeelte toegeschreven aan verantwoordelijkheid en toeval is arbitrair. Er zijn meerdere oplossingen mogelijk om de bijdrage van toeval en verantwoordelijkheid te combineren maar ze lijden alle aan het nadeel van een arbitraire verdeling.⁵⁵

De combinatie van relevante factoren zoals schuld en verantwoordelijkheid en irrelevante factoren zoals toeval zijn dan ook wel te combineren op een wijze waarop verschillen in

⁵⁵ Bossert, 1995 en Tungodden, 2005.

strafmaat alleen afhangen van de relevante factoren, maar dit blijkt alleen mogelijk als de bijdrage van die verschillende soorten factoren additief separabel zijn en dat zijn ze niet altijd eenduidig. Nu zou men kunnen denken dat deze problemen zich voordoen door de wijze waarop ernst van het delict, toeval en verantwoordelijkheid gerepresenteerd zijn in bovenstaande voorbeelden en dat ze een artefact zijn van deze representatie. In het volgende hoofdstuk zal blijken dat de problemen geen artefact zijn, integendeel ze geven aan wat het probleem is en waarom en hoe gestraft moet worden. Ze geven aanleiding tot een aanpassing van de straftheorie.

5. Straf niet toevalsneutraal, de cognitieve functie van straf.

De onmogelijkheid van een verdeling naar de mate van verantwoordelijkheid die toevalsneutraal is

Tot nu toe heb ik laten zien dat straf naar de mate van verantwoordelijkheid, schuld en ernst mogelijk is als de bijdrage van verantwoordelijkheid en de bijdrage van toeval aan de ernst van een delict onderscheiden kan worden op een speciale manier, namelijk als verantwoordelijkheid en toeval separabel zijn. Onder die voorwaarde van separabiliteit is er een strafmaatbepaling mogelijk bestaande uit een gedeelte dat gelijk is voor iedere pleger van een delict en een gedeelte dat individueel is, afhankelijk van de mate van verantwoordelijkheid en schuld. Aan deze voorwaarde van separabiliteit is echter niet altijd voldaan en daarmee staat die relatief eenvoudige strafmaatbepaling die rekening houdt met verantwoordelijkheid op losse schroeven. Dit resultaat dat een onmogelijkheid weergeeft om straf te bepalen naar de mate van verantwoordelijkheid en toeval lijkt nogal kunstmatig en lijkt afhankelijk te zijn van de manier waarop schuld, toeval en ernst gerepresenteerd worden. Dit is echter niet het geval. Het idee dat de bijdrage van verantwoordelijkheid en toeval niet separabel zijn laat een dieper inzicht zien in het belang van verantwoordelijkheid en toeval voor de bepaling van de juiste straf.

Hurley geeft een fundamentele kritiek op het idee dat toeval gecorrigeerd moet worden voordat er sprake kan zijn van een rechtvaardige verdeling. In de eerste plaats geeft zij aan dat dit niet goed mogelijk is en daarnaast is er een alternatief voor het achterliggende kernidee dat toeval gecorrigeerd moet worden. Het alternatief is de gedachte dat vertekende invloeden zoveel mogelijk gecorrigeerd moeten worden. Was in het voorgaande het uitgangspunt dat toeval gecorrigeerd moet worden wil er sprake zijn van een rechtvaardige straf, nu is het juist dit uitgangspunt dat zal moeten worden verlaten. Het uitgangspunt moet worden dat een rechtvaardige straf nodig is om vertekening in wat juiste redenen zijn voor ons handelen te voorkómen en te corrigeren. Toeval kan indirect deze vertekening tot stand brengen en is daarom verdacht, maar elimineren van toeval is niet waar het om gaat. Het gaat om het zoveel mogelijk elimineren van vertekende invloeden.

Het probleem bij een verdeling van straf tussen daders van een delict is dat de ene dader niet verantwoordelijk is voor de ernst van het delict van de andere. Dat wil zeggen geen van beide daders als zij het delict niet in vereniging hebben gepleegd hebben zijn verantwoordelijk voor het verschil van de ernst en dus het verschil in strafmaat, aldus de redenering van Hurley.⁵⁶ Een correctie kan dan ook niet goed plaatsvinden op basis van neutraliseren van toeval. Joe Dalton die zijn zinnen heeft gezet op het lot met de hoogste waarde en kosten nog moeite spaart deze te bemachtigen en daarin slaagt is wel verantwoordelijk voor de ernst van de

⁵⁶ Hurley, 2003, p. 159 e.v.

impact van zijn diefstal maar is niet verantwoordelijk voor de pech van zijn broer Averell die niets krijgt. Joe Dalton is dan ook, hoewel verantwoordelijk voor de ernst van zijn eigen diefstal, niet verantwoordelijk voor het verschil in ernst tussen zijn daad en die van Averell Dalton.

Maar afgezien van het ontbreken van verantwoordelijkheid voor de ernst van het delict dat anderen plegen en dus het ontbreken van verantwoordelijkheid voor het verschil in ernst van het delict, hetgeen een probleem oplevert voor het straffen naar de mate van schuld, is er nog een onbepaaldheidsprobleem namelijk over de mate waarin in toeval gecorrigeerd moet worden. Het toeschrijven van verantwoordelijkheid is hier namelijk niet meer goed mogelijk het is te ingewikkeld. Stel wederom de gebroeders Dalton die een lot stelen. Stel verder dat het verschil in opbrengst voor Joe Dalton en Jack Dalton is toe te schrijven aan hun mate van verantwoordelijkheid, beiden zijn over het algemeen systematische geluksvogels, wellicht talent als dief of misschien iets anders maar Jack spant zich wat minder in en laat het wat meer op zijn beloop. Het verschil tussen William en Averell Dalton beiden niet zulke systematische geluksvogels of misschien niet zo getalenteerd, is eveneens toe te schrijven aan het verschil in verantwoordelijkheid doordat William zich behoorlijk wat moeite getroost en zich behoorlijk inspent en daardoor meer in handen krijgt dan Averell. Het verschil tussen het eerste paar Joe en Jack, die een hogere opbrengst hebben en het tweede paar William en Averell, is toe te schrijven aan toeval doordat het eerste paar systematische geluksvogels zijn en het tweede paar pechvogels zijn. Het al of niet geluksvogel zijn al of niet geïnterpreteerd als talent is een toevalstreffer. Hoe moet dan in dit geval gecorrigeerd worden voor toeval.

	Spant zich in	Spant zich niet zo in
Gelukvogel	Joe (hoogste opbrengst)	Jack (één na hoogste)
Pechvogel	William (één na laagste)	Averell (laagste opbrengst)

Moet het verschil tussen de systematische geluksvogels en de systematische pechvogels worden weggewerkt door te kijken naar Joe en William, degenen met de hoogste buit binnen een bepaald pech of gelukstype of moet het kleinste verschil tussen de paren namelijk tussen Jack en William worden weggewerkt. Tot zover komt dit overeen met het probleem dat in hoofdstuk 4 is getoond. Technisch is dit wel op te lossen maar al deze technische oplossingen lijken arbitrair en zijn dat ook. Het onderliggende probleem is namelijk dat de verantwoordelijkheidstoeschrijving veel te moeilijk wordt.

Om toeval te corrigeren zouden we een uitspraak moeten hebben van de vorm Joe en William zijn verantwoordelijk voor een zelfde deel van de buit en Jack en Averell ook. Het is geen kwestie van toeval als Joe en William een even grote buit zouden hebben en evenmin als Jack en Averell een even grote buit zouden hebben. Een correctie van toeval zou met zich meebrengen dat degenen die zich gelijkelijk hebben ingespannen een gelijke buit en impact van het misdrijf op hun geweten hebben een even grote straf zouden krijgen toebedeeld. Maar dat betekent dat de posities van Jack en William om zou draaien en William een hogere straf zou moeten krijgen dan Jack, het aandeel van William aan de impact van het misdrijf was dan groter. Als verschil alleen toegeschreven kan worden aan de mate verantwoordelijkheid dan zouden we moeten zeggen dat het verschil tussen Jack en William in deze nieuwe verdeling waarbij de posities zijn omgedraaid geen toeval is maar berust op verantwoordelijkheid. Maar deze verantwoordelijkheidsuitspraken zijn toch wel te veel gevraagd van ons oordeelsvermogen.

Het is niet gebruikelijk en ook vreemd om de mate van verantwoordelijkheid in een hypothetische situatie te bepalen terwijl in de actuele situatie er geen verschil is in de mate van verantwoordelijkheid tussen twee personen. Jack en William Dalton verschillen niet in verantwoordelijkheid in de actuele situatie maar blijkbaar wel in de hypothetische situatie na correctie van het door toeval toebedeelde systematische geluk en pech. Dergelijke bepalingen zijn toch wel moeilijk. Zou Jack zich juist niet minder inspanning getroosten als hij over het algemeen meer geluk had en zich als geluksvogel beschouwt of zou hij juist meer inspanning leveren, dat zijn uitspraken die moeilijk zijn te verdedigen.⁵⁷

Deze twee argumenten van Hurley voor de afwijzing van het idee dat een rechtvaardige verdeling gericht is op een verdeling die niet door toeval wordt bepaald zijn elk op zich overtuigend, maar de combinatie is minder overtuigend. Het eerste argument blokkeert het tweede argument. Hoe moeten we ons een verschil in ernst voorstellen tussen twee personen dat louter alleen van het handelen van één van de personen afhangt. Dat is nu juist volgens het eerste argument niet mogelijk want voor verschillen is men nooit alleen verantwoordelijk maar dit is wel nodig voor begrip van het tweede argument.

Stel we beperken ons tot twee van de gebroeders Dalton Joe en William ze kunnen kiezen uit twee handelingen H1 en H2, L1 en L2 respectievelijk in schema en de een kiest H1 en de ander L1 en het verschil in die situatie voor beiden is geheel aan hun eigen verantwoordelijkheid toe te schrijven.

In schema:

Joe\William	L1	L2
H1	a	b
H2	c	d

Stel dat we een uitspraak doen dat het verschil in de uitkomst a voor Joe en William alleen aan de verantwoordelijkheid en keuzen van elk van deze twee gebroeders te wijten is, dan moet voor Joe zowel uitkomst a als b beter zijn dan voor William, was dat niet zo dan zou dit namelijk afhankelijk zijn van de keuze van William en vanuit het oogpunt van Joe min of meer toeval. Evenzo moeten dan de uitkomsten a en c beter zijn voor Joe dan voor William anders zou het verschil tussen a en c min of meer toeval zijn vanuit het oogpunt van William, deze heeft de keuze van Joe niet in de hand. Maar hoe dan d te beoordelen?

Stel d is voor Joe beter dan voor William. Het lijkt er dan op dat de uitkomsten wat de twee gebroeders Dalton ook kiezen, beter zijn voor Joe dan voor William. Hun keuzen doen er niet toe. Dus moet d wel beter zijn voor William dan voor Joe. Is dit verschil dan toe te schrijven aan hun verantwoordelijkheid of toeval. Het verschil kan niet alleen hun verantwoordelijkheid zijn want als William L2 kiest had Joe H1 kunnen kiezen en evenzo als Joe H2 kiest had William L1 kunnen kiezen. Het verschil in d valt buiten hun verantwoordelijkheid en is min of meer toeval. Maar evenzo valt dan het verschil in situatie b en c niet geheel toe te schrijven aan de keuze van Joe of William maar is deels afhankelijk van de keuze van de ander. Een correctie voor toeval van het verschil tussen b,c, en d verandert de interactiestructuur en is ook in situatie a het verschil niet meer geheel afhankelijk van de keuze. Door de correctie van toeval verandert ook de toeschrijving van een verschil aan verantwoordelijkheid. Het eerste argument van Hurley blokkeert als het ware een uitwerking van het tweede. Het lukt niet de verantwoordelijkheidstoeschrijving die nodig is in het tweede argument te geven.

⁵⁷ Hurley, 2003, p. 181 e.v.

Ook al is de combinatie van argumenten van Hurley niet goed mogelijk ze laten wel zien dat het volgen van de regel "straf naar de mate van schuld" moeilijk is als hiermee wordt bedoeld dat het toeval moet worden geneutraliseerd. Maar wat is dan wel de relatie tussen mate van schuld en de strafmaat.

Cognitieve functie van straf en het verminderen van bias

Hoewel het aannemelijk lijkt dat voor een rechtvaardige verdeling toeval moet worden geneutraliseerd geeft Hurley aan dat dit niet het geval is maar dat elementen die aanleiding geven tot bias geneutraliseerd moeten worden. Uitgangspunt hierbij is een cognitieve opvatting van beslissen onder andere beslissen over wat een rechtvaardige verdeling is en in het geval van straffen wat een rechtvaardige straf is. Dit houdt in dat indien een principe correct is we ook moeten geloven dat dit principe correct is en als een principe niet correct is we niet moet geloven dat het correct is. Onze overtuigingen moeten de correcte principes volgen. Dit volgen van juiste principes kan verstoord worden door een bepaalde positie in de maatschappij of het hebben van vaardigheden dan wel het systematisch geluk hebben. Is men handig en hardwerkend dan is men snel geneigd te menen dat deze eigenschappen verdienen met zich mee brengen, niet omdat dit correct is maar omdat men ze zelf heeft. Had men deze eigenschappen niet dat zou men dat niet menen. Maar ons geloof moet principes volgen en niet onze capaciteiten en onze situatie. Evenzo moet ons handelen onze principes volgen en niet onze principes ons handelen. Voor het vaststellen van de strafmaat betekent dit dat niet toeval in straf geneutraliseerd moet worden maar dat ook hier bias moet worden voorkómen en bestreden.

De straf is dan niet naar de mate van schuld als toevalsneutralisering maar straf naar mate van inzicht verschaffende mogelijkheden. Naar mate iemand meer verantwoordelijk is voor zijn handelen is er meer aan gelegen om het redenenvolgend systeem te corrigeren. De strafcomponent geeft een corrigerende werking tegen de bias van de normovertreder om geen verantwoordelijkheid op zich te nemen voor het delict en de gevolgen. Als een norm is overtreden en er iets is misgegaan dan is er een voor de hand liggende bias om dit aan het systeem of toeval toe te schrijven en de eigen verantwoordelijkheid te minimaliseren. Door het tegenwicht te bieden aan deze bias wordt het redenenvolgend systeem versterkt. Straf als erkenning dat de normovertreder verantwoordelijk is is hiervoor essentieel. Juist het strafrecht heeft als functie deze bias tegen te gaan.⁵⁸

De bias van bagatelliseren van de verantwoordelijkheid voor het delict door de normovertreder heeft echter ook een tegenhanger bij degenen die de norm niet hebben overtreden, zoals de slachtoffers, of de toeschouwers, dan wel degenen die straf opleggen. Bij hen dreigt de bias voor de overtuiging dat de normovertreder totaal verantwoordelijk is en toeval of anderen geen enkele rol hebben gespeeld. Dat is natuurlijk ook niet terecht. De normovertreder is één als alle andere mensen, heeft zich vergist en een fout gemaakt net als iedereen wel eens fouten maakt. Niet altijd lijdt dat tot ernstige consequenties en dit besef moet richtinggevend zijn bij de hoogte van de straf. De hoogte van de straf moet ook deze tweede bias bij de anderen corrigeren. Een te hoge straf vergroot deze bias bij de niet normovertreders. Zoals hierboven is aangegeven bij het bespreken van het strafmodel door Nussbaum beschreven was een belangrijk inzicht van Aristoteles dat straf moet worden gegeven in het besef dat niemand zonder zonden is.⁵⁹ Dit besef is ook de basis van Nozick's retributie theorie. De kern van die straftheorie is dat de relatie van de normovertreder met de morele gemeenschap behouden moet blijven. De echo hiervan is ook te horen is bij de

⁵⁸ Zie Arendt, 2003.

⁵⁹ Zie hierboven op pagina 11 en 18.

consequentialistische theorie van Reiff gericht op het behoud van samenwerking, lees het behoud van een morele gemeenschap. Deze cognitieve functie van straf als versterking van het redenenvolgend systeem is een gemeenschappelijk element in de retributieve en consequentialistische straftheorieën en biedt het meeste perspectief om tot een rechtvaardige strafmaat te komen. Schuld is daarbij een centraal begrip, geen straf zonder schuld past daarin, maar er is geen plaats voor een simpele evenredigheid van straf en de mate van schuld opgevat als verantwoordelijkheid. Dat doet geen recht aan het complexe karakter en de betekenis van schuld bij het straffen. De betekenis ligt niet in het uitbannen van toeval en willekeur maar aan het terugdringen van systematische vertekeningen in onze oordelen waaronder ook onze morele oordelen op grond waarvan we handelen.

6. Samenvatting en conclusie

Hoe kan men het principe "geen straf zonder schuld" aanvaarden en de continue variant daarvan "straf naar de mate van schuld" afwijzen? Deze combinatie is evenwel waar te nemen in arresten van de Hoge Raad der Nederlanden. In het "Melk en water" arrest wordt het eerste principe aanvaard en in de arresten "Zwarte ruiter" en "Amok op de Antillen" wordt het tweede afgewezen. De uitleg die aan de afwijzing van het principe "straf naar de mate van schuld" wordt gegeven is dat de Hoge Raad duidelijk wil maken dat de hoogte van straf niet alleen door de mate van schuld moet worden bepaald maar ook door andere factoren. In mijn betoog is duidelijk gemaakt dat dit geen goede reden is om het principe af te wijzen.

Startpunt van mijn betoog was de straftheorie van Nozick waarin hij voorstelt om de straf te bepalen naar de mate van schuld van de dader en de ernst van het delict, weergegeven in de formule $P=r*H$ (P is de straf, r is mate van verantwoordelijkheid en H de ernst). Deze strafmaat bepaling bleek niet alleen beperkt te zijn tot een retributieve straftheorie van Nozick waarin herstel van de invloed van de juiste normen en waarden in het leven van de dader centraal stond, maar kan ook een plaats hebben in een consequentialistische straftheorie waarvan die van Reiff een recent voorbeeld is. In dit voorstel heeft het opleggen en uitvoeren van een straf als doel om escalatie van vergelding te voorkómen. De straf moet hoog genoeg zijn om te voorkómen dat benadeelden van de normovertreding tot vergelding overgaan en zo hoog dat de dader na het ondergaan van de straf niet zelf tot vergelding overgaat van die straf. De straftoemeting van Nozick kan daarbij een plaats hebben waarbij het principe straf naar de mate van schuld wordt gevolgd.

De confrontatie van deze straftoemeting met het verschil in straf tussen een voltooid misdrijf en een strafbare poging ertoe leek in eerste instantie te leiden tot een rechtvaardiging door verschil in ernst. Doch bij nader inzien is de schuld van de dader van een voltooid misdrijf en een poging even groot en hangt de ernst af van factoren buiten de wil van de dader. Lewis had een voorstel om tot een verschil in strafmaat te komen door toeval een expliciete rol te geven. In zijn voorstel ontvangen beide daders die van een voltooid delict en een strafbare poging in principe dezelfde straf. De straf is echter geen eenduidige straf maar een lot met straffen elk met hun eigen kans die wordt bepaald door een kansproces. De verwachte straf is gelijk voor beide daders maar door het kansproces kan de straf verschillend worden voor de daders. Als kansproces stelt Lewis voor het al of niet slagen van het misdrijf. Het grote probleem voor dit voorstel is de rol van toeval. Proportionaliteit van ernst en straf is niet meer te bepalen. De verwachte straf kan dan wel proportioneel zijn maar de uiteindelijke straf die zich verwezenlijkt kan wel eens disproportioneel zijn. De rol van toeval is problematisch. Toeval moet niet de strafmaat gaan bepalen.

Door de alomtegenwoordigheid van toeval ontstaat er twijfel of er nog wel plaats is voor enige mate van schuld. Deze twijfel vindt zijn grond in de aanname over verantwoordelijkheid dat iemand slechts verantwoordelijk is als het anders had gekund, de alternatieve gebeurtenisketen opvatting. Het voorbeeld geïntroduceerd door Frankfurt waarin een alternatieve gebeurtenisketen ontbreekt en de handelingen bij ontbreken van een oorspronkelijke keuze van de dader toch worden uitgevoerd door de dader, laat zien dat het bestaan van die alternatieve mogelijkheid er niet toe doet. De ene daadwerkelijke gebeurtenisketen is van belang en niet de alternatieve keten. Verantwoordelijkheid wordt verder in twijfel getrokken door een tweede aanname namelijk dat iemand slechts verantwoordelijk is als hij ook verantwoordelijk is voor alle voorgaande oorzaken. Het

voorstel dat daadwerkelijke controle er niet toe doet bij het toeschrijven van verantwoordelijkheid maar hypothetische instemming bepalend is, voldoet evenwel niet. Het probleem met de hypothetische keuzen opvatting van verantwoordelijkheid is dat de toeschrijving te ruim wordt doordat de relatie tussen de keuze en de daadwerkelijke gebeurtenisketen te willekeurig en te los is. Het voorstel van Hurley de redenen volgen opvatting van verantwoordelijkheid komt tegemoet aan deze bezwaren. Er is sprake van verantwoordelijkheid als iemand handelt volgens een redenenvolgend systeem. Het benadrukt het proces van handelen en de relatie met de gebeurtenisketen is minder los en willekeurig. De gebeurtenissen in de keten vormen de redenen en redenen verwijzen min of meer naar een normatief kader, iets is een meer of minder goede reden. De aanname dat iemand slechts verantwoordelijk kan zijn als hij verantwoordelijk is voor alle oorzaken kan zonder problemen verworpen worden. Deze aanname is namelijk niet nodig om verantwoordelijkheid af te wijzen als het systeem van redenen volgen te veel opgelegd en te wezensvreemd is bijvoorbeeld als deze is ontwikkeld door sterke deprivatie. Voor verantwoordelijkheid en schuld blijft een plaats in de straftoemeting.

De wijze waarop schuld en toeval een rol zouden moeten spelen in de individuele straftoemeting kan naar analogie van verdeling van goederen plaatsvinden. Verdeling en herverdeling van straf hoeft niet te worden gezien als overdracht van straf van de één naar de ander. Verdeling en herverdeling is als model bruikbaar zonder deze implicaties als de straf op een delict is vastgesteld naar de ernst van een delict en is vastgelegd in bijvoorbeeld een richtlijn, en van een abstract karakter is zoals bijvoorbeeld een verwachte straf in het voorstel van Lewis. Door verdeling of herverdeling wordt de straf aan een individuele dader toebedeeld, zonder dat er sprake is van overdracht van straf. Uitgangspunt voor een rechtvaardige verdeling is dat verschil in straf zich niet ten gevolge van toeval voor moet doen. Als de strafwaardigheid van het delict in zijn algemeenheid erger is door de schuld van één pleger van de groep plegers van dat delict, dan zal dit slechts voor die ene pleger consequenties moeten hebben en als plegers van een bepaald delict gelijk zijn wat betreft de relevante karakteristieken zoals de mate van schuld dan moet de strafmaat ook gelijk zijn. Een straftoemeting kan hier slechts aan voldoen als de bijdrage van verantwoordelijkheid en toeval aan de ernst van een delict separabel zijn. Het blijkt uit een voorbeeld dat is gegeven dat dit niet altijd het geval is.

Dat dit probleem niet artificieel is en niet voortkomt uit de specifieke wijze waarop de bijdrage van schuld en toeval worden gerepresenteerd in de voorbeelden blijkt uit twee argumenten van Hurley. Het eerste luidt dat een dader misschien wel schuldig kan zijn aan een delict door hemzelf gepleegd maar een dader kan niet verantwoordelijk zijn voor verschillen in bijdragen aan de impact van het delict, dit is afhankelijk van de andere daders en afhankelijk van toeval gezien vanuit het gezichtspunt van de dader. Het tweede luidt dat het neutraliseren van toeval slechts mogelijk is als we in staat zijn om verschillen die zich in de actuele situatie niet voordoen door een verschil in schuld in allerlei hypothetische situaties wel toe kunnen schrijven aan verschil in verantwoordelijkheid. Dit gaat echter ons oordeelsvermogen te boven. Deze argumenten tegen het kernidee dat toeval geneutraliseerd moet worden zijn een sleutel tot een verandering van straftheorie.

Een verdeling moet niet gericht zijn op toevalsneutraliteit maar moet vertekening in ons oordeelsvermogen, de kern van onze verantwoordelijkheid, voorkómen en corrigeren. Voor een straftheorie betekent dit dat strafbepaling hierbij aan moet sluiten. Bias moet worden voorkómen dan wel gecorrigeerd. Voor de dader betekent dit een correctie van de bias tot het toeschrijven van de ernst van een delict aan factoren waar hij niet verantwoordelijk voor is.

Voor de slachtoffers, toeschouwers en degenen die de straf bepalen betekent dit een waken voor de bias om de dader alleen verantwoordelijk te houden voor de hele impact van een misdrijf. Deze twee overwegingen zijn zowel in een retributieve als een consequentialistische straftheorie onder te brengen

De Hoge Raad heeft, zo blijkt uiteindelijk, een wijze uitspraak gedaan door het principe "straf naar de mate van schuld" af te wijzen. De reden voor deze afwijzing dient echter niet te zijn dat ook andere factoren dan schuld een rol spelen bij het bepalen van de strafmaat. "Straf naar de mate van schuld" sluit het meewegen van andere factoren niet uit. Wel zijn er complicaties bij het volgen van het principe "straf naar de mate van schuld". De reden om het principe "straf naar de mate van schuld" te verlaten is dan ook dat straf een cognitieve functie heeft, waarbij straf gericht is op correctie van het redenen volgend systeem. Schuld speelt wel een rol maar niet als maat, maar als informatiebron voor het redenen volgend systeem dat door straf gecorrigeerd moet worden.⁶⁰

⁶⁰ Met dank voor het commentaar van prof. dr. P.C. Westerman en mr. H.K. Elzinga, faculteit rechtsgeleerdheid RUG.

Literatuurlijst:

- Arendt, 2003 H. Arendt, Verantwoordelijkheid en oordeel, (vert.) (Responsibility and judgment, New York 2003) Lemniscaat, Rotterdam 2004.
- Borges, 1986 J.L. Borges, De Loterij van Babilonië, uit Ficiones, Nederlandse vertaling De Zahir, Amsterdam, 1986, p. 116-124.
- Van Bemmelen & van Veen, 1998 J.M. van Bemmelen & Th.W. van Veen, Ons strafrecht 1 Het materiele strafrecht algemeen deel, bewerkt door D.H. de Jong & G. Knigge, Gouda Quint, Deventer, 1998.
- Bossert, 1995 W. Bossert, Redistribution mechanisms based on individual characteristics, In: Mathematical Social Sciences, 29, 1995, p. 1-17.
- Buiting, 1965 T.J.B. Buiting, Strafbare poging, Schotanus & Jens Utrecht BV, Utrecht, 1965.
- Davidson, 1970 D. Davidson, How is weakness of the will possible, In: Essays in actions and events, Oxford, 1980, p. 21-42.
- Drewes & Enschede, 1973 H.M.A. Drewes & Ch.J. Enschede, De strafbare poging in het commune strafrecht, Cahiers van het seminarium 'van Hamel', University Press Amsterdam, Amsterdam, 1973.
- Enschede, 1987 Ch. J. Enschede, De ernst van het feit, de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de dader, In: Naar eer en geweten, liber amicorum J. Rummelink, Gouda Quint, Arnhem, 1987, p. 81-85.
- Goodwin, 1992 B. Goodwin, Justice by lottery, New York, 1992.
- Hofstee, 1987 E.J. Hofstee, Straf naar de mate van schuld, In: Naar eer en geweten, liber amicorum J. Rummelink, Gouda Quint, Arnhem, 1987, p. 195-214.
- Hullu e.a, 1999 J. de Hullu, I.M. Koopmans, Th.A de Roos, Het wettelijk strafmaximum, Gouda Quint, Deventer, 1999 en bijlagen.
- Hullu, 2003 J. de Hullu, Materieel strafrecht, Kluwer, Deventer, 2003.
- Hurley, 2003 S.L. Hurley, Justice, Luck, and Knowledge, Harvard University Press, 2003.
- Huygen, 2006 M. Huygen, De verkeerssluis verwoest auto's van verdachten zonder vorm van proces, NRC, 26 augustus 2006, p.15.

- Lewis, 2000a Do we believe in penal substitution, In: Papers in ethics and social philosophy. D. Lewis, Cambridge, 2000, p. 128-135.
- Lewis, 2000b The punishment that leaves something to chance, In: Papers in ethics and social philosophy. D. Lewis, Cambridge, 2000, p. 227-243.
- Nozick, 1974 R. Nozick, State Anarchy and Utopia, New York, 1974.
- Nozick, 1981 R. Nozick, Philosophical Explanation, Cambridge, 1981.
- Nussbaum, 1993 M.C. Nussbaum, Equity and Mercy, In: Philosophy and Public Affairs, (22) 1993, p. 83-125.
- Praag, 2006 B.M.S. van Praag, Boete van der Hoeven had pijn moeten doen, NRC, 2 juni 2006 pag 7.
- Reiff, 2005 M.R. Reiff, Punishment, Compensation, and Law, New York, 2005.
- Sie, 2005 M. Sie, Justifying blame, Rodopi, Amsterdam, 2005.
- Tungodden, 2005 B. Tungodden, Responsibility and redistribution: The case of first best taxation. In: Social Choice and Welfare, (24), 2005, p. 33-44.
- Ullmann-Margalit E. Ullmann-Margalit, The emergence of norms, Oxford, 1977.
- Williams, 1997 B. Williams, Moral responsibility and political freedom, reprinted in Philosophy as a humanistic discipline, Princeton University Press, Oxford, 2006, p.119-125.

Jurisprudentie:

HR 21-07-1864, W. 2625 (Lege visfuik)	5
HR 14-02-1916, NJ 1916, 681 (Melk en Water)	2
HR 19-03-1934, NJ 1934 p. 450(Eindhovense brandstichting)	12
HR 10-09-1957, NJ 1958,325 (Zwarte Ruiter)	2
HR 24-07-1976, NJ 1969,63 (Amok op de Antillen)	2
HR 05-01-1982, NJ 1982, 232 (Gevangenisvoedsel)	20
 Rb Middelburg 28-06-1902 W.7784 (Lege Offerbus)	 5