

# Straftoemeting, bestraffingssociologie, bestraffingsfilosofie

Erik Claes\*

## 1 Inleiding

1. Hoe een rechtvaardige straf opleggen? Dit vraagstuk wordt reeds decennialang door bestraffingsfilosofen bediscussieerd. Het geniet recent ook heel wat belangstelling onder penalisten en bewindvoerders. Veel heeft wellicht te maken met de toenemende diversificatie van het strafsanciepakkett. Strafrechters krijgen zo aanzienlijk veel discretionaire beoordelingsvrijheid toegemeten. Het gevaar van rechterlijke willekeur doet dan de nood voelen aan een afgrenzing van de rechterlijke vrijheid.<sup>1</sup> Meer nog, de behoefte ontstaat aan een set van richtlijnen die de strafrechter helpt om op constructieve wijze met zijn discretionaire vrijheid om te gaan.

Een van de klassieke instrumenten om de strafrechter in de aanwending van zijn straftoemetingsvrijheid te sturen, is het creëren van een wettelijk kader waarin strafdoelen en beginselen van behoorlijke straftoemeting worden geformuleerd. Een dergelijke strategie is veel minder vanzelfsprekend dan op het eerste gezicht lijkt. Het formuleren van strafdoelen en beginselen van een behoorlijke straftoemeting beperkt zich immers niet tot een eenvoudige opsomming. De wetgever moet zich ook afvragen wat nu precies rechtvaardige doeleinden en beginselen van straftoemeting zijn in de context van een democratische rechtsstaat. De wetgever moet daarbij tevens een zorgvuldige omschrijving geven van die strafdoelen en beginselen. Hij dient ook aan te geven hoe die strafdoelen en beginselen zich tot elkaar verhouden en in welke samenhang ze tegenover elkaar staan. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat het project zelf van een dergelijke verwettelijking van de straftoemeting voor sommigen het verlangen doet ontstaan naar een stevig onderbouwde bestraffingsfilosofie: een coherent

\* Deeltijd docent faculteit Rechtsgeleerdheid KU Leuven en postdoctoraal onderzoeker FWO-Vlaanderen.

1 Zie hierover L. Dupont, 'Schuld en boete. Beschouwingen over buitenwettelijke criteria van straftoemeting', *Panopticon* 1987, p. 1-8.

normatief en theoretisch kader omtrent de betekenis en legitimatie van straf en bestraffing.<sup>2</sup>

Tegelijkertijd leeft er echter in intellectuele middens de sterke antitheoretische overtuiging dat de uitbouw van zo'n normatief kader niet praktisch hanteerbaar en uiteindelijk ook niet wenselijk is. Zo bijvoorbeeld hebben bestraffings sociologen<sup>3</sup>, wier aandacht gericht is op het concreet functioneren van penale instellingen, zeer grote twijfels bij het vermogen van abstracte, filosofische modellen om een concrete straftoemingspraktijk te sturen en te oriënteren. Hoe beginselen van behoorlijke straftoemeting en strafdoelen formuleren, indien de daarvoor noodzakelijke theorievorming rond betekenis en rechtvaardiging van bestraffing veel te abstract en bijgevolg niet hanteerbaar blijkt te zijn?

2. In deze bijdrage wens ik deze intellectuele impasse in een belangrijk opzicht te doorbreken. Ik argumenteer dat er wel degelijk mogelijkheden zijn om een bestraffings filosofie te ontwikkelen tegen de achtergrond waarvan beginselen van behoorlijke straftoemeting op een coherente wijze kunnen worden aangewend en ingevuld. De argumentatie voltrekt zich daarbij in drie fasen.

In de *eerste* fase ga ik geheel mee met het sociologische verwijt dat bestraffings filosofen al te zeer abstractie maken van de complexe, multidimensionale realiteit van bestraffing.<sup>4</sup> In contrast met de klassieke bestraffings filosofie en in de lijn van de bestraffings sociologie zal ik de stelling ontwikkelen dat het strafkarakter van de straftoemeting niet los kan worden gezien van verschillende bestraffings *functies* die in de straftoemeting aan de orde zijn.

2 Vele hedendaagse wijsgerige theorieën omtrent bestraffing hebben ook de ambitie om richtinggevend te zijn voor de praktijk van de straftoemeting. Zie A. von Hirsch, *Censure and Sanctions*, Oxford: Oxford University Press 1993. Zie ook A. Duff, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 131 e.v. Duff schrijft in dit verband: 'A normative theory of punishment must either include, or be able to generate, a theory of sentencing – an account of how particular modes and levels of punishment are to be assigned to particular kinds of offenses and offender. Only then can it guide or even connect with the actual practice of punishment.' (p. 131)

3 Bestraffings sociologie kan met D. Garland omschreven worden als 'that body of thought which explores the relations between punishment and society, its purpose being to understand legal punishment as a social phenomenon and thus trace its role in social life.' Zie D. Garland, 'Frameworks of Inquiry in the Sociology of Punishment', *British Journal of Sociology* (41) 1990, p. 441.

4 In deze bijdrage is de aandacht gericht op de bestraffings sociologie, of 'sociology of punishment' zoals ze in de Anglosaksische wereld heeft gestalte gekregen. Leidinggevend voor de ontplooiing van deze discipline is het werk van D. Garland en het mede door hem opgerichte tijdschrift 'Punishment and Society'. Een vrij recent en boeiend artikel over 'the Sociology of Punishment' in het Nederlandse taalgebied is dat van T. Daems, 'Bestraffings sociologie en herstelrecht: een wederzijdse bevraging', *Panopticon* 2003, p. 438-457. Een interessant overzicht van de spanning en interactie tussen bestraffings sociologie en bestraffings sociologie is dat van R.A. Duff en D. Garland, 'Introduction: Thinking about Punishment', in: R.A. Duff & D. Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford: Oxford University Press 1994, p. 2 e.v.

In de *tweede* fase spitst het onderzoek naar het strafkarakter van de straf-toemeting zich toe op de kwetsbare punten van de genoemde bestraffings-functies. In een laatmoderne tijd verschijnen die functies potentieel als uiterst problematisch in het licht van de grondwaarden van een democratische, op eerbied voor de mensenrechten gerichte rechtsstaat. Door op die spanningsverhouding te wijzen, kunnen meteen enkele probleemkenmerken van de straf en van bestraffing worden gearticuleerd.

In de *derde fase* van het onderzoek wordt geargumenteed dat met het benoemen van het probleemkarakter van bestraffing de aanzet is gegeven tot een normatieve bestraffingstheorie die minstens tot de formulering van een aantal beginselen van straftoemeting kan leiden, zonder de band met de concrete bestraffingsrealiteit uit het oog te verliezen. Ik probeer hiermee het verwijt van bestraffingssociologen te weerleggen dat een bestraffingsfilosofie nooit tot hanteerbare strafdoelen en beginselen van rechtvaardige strafrechtsbedeling zou kunnen leiden.

## 2 Bestraffingssociologie en bestraffingsfilosofie

3. In zijn provocerende essay *Philosophical Argument and Ideological Effect*, en nog uitvoeriger in zijn *Punishment en Modern Society*, vertrekt de Britse socioloog David Garland van de vaststelling dat de actuele strafrechtspleging in een diepe, ideologische crisis verkeert. Strafrechtelijke actoren zouden zijn afgesneden geraakt van de sturende en leidinggevende welvaarts-idealen die de naoorlogse penale instituties zijn gaan beheersen. In het licht van deze diepe legitimiteitscrisis lijkt zich het belang aan te dienen van een coherent normatief, theoretisch kader dat aan de eigentijdse bestraffingspraktijk een nieuwe oriëntatie en geldingskracht kan geven. Dat belang blijkt ook uit de recente 'revival' van bestraffingsfilosofie in de Anglo-saksische wereld.<sup>5</sup> Als pleitbezorger van een sociologische kijk op bestraffing, heeft Garland zelf echter zijn diepste twijfels ten aanzien van het welslagen van een dergelijk normatief project, en wel om een tweetal redenen.<sup>6</sup>

5 Voor een goede synthese van die ervaring, zie A. Duff, 'Punishment', in: H. LaFollette, *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 331-357.

6 Ik beperk mij hier tot de kritiek van D. Garland, die representatief mag worden genoemd voor de eigentijdse bestraffingsociologie waarvan hij mede de grondlegger is. Voor gelijkaardige sceptis over de praktische mogelijkheden van een bestraffingsfilosofie om aansluiting te vinden bij de straftoemetingspraktijk, zie onder meer: A. Bottoms, 'Five Puzzles in Von Hirsch's Theory of Punishment', in: A.J. Ashworth & M. Wasik (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford: Clarendon Press 1998, p. 63; N. Lacey, 'Contingency and Criminalisation', in: I. Loveland, *Frontiers of Criminality*, London: Sweet & Maxwell 1995, p. 3 e.v. Over het belang van 'general normative theories' in de strafrechtspleging schrijft ze: 'They offer prescriptions which, whatever their recommendations in the areas to which they apply, operate at too high a level of abstraction to get a firm critical foothold with respect to a wide range of pressing practical issues.'

De *eerste* reden komt erop neer dat een dergelijk filosofisch project steeds maar weer geneigd is om het maatschappelijk fenomeen van bestraffing te herleiden tot één welbepaald moreel probleem: wanneer mag/moet de staat bestraffend reageren op deviant gedrag van individuele burgers en onder welke voorwaarden mag ze daarbij beperkingen opleggen aan de vrijheid van diezelfde individuele burgers? Volgens Garland wordt de vraag naar de betekenis en rechtvaardiging van de straf voorgesteld als een variante van de klassieke, liberale vraag naar de grenzen van het uitoefenen van overheidsmacht. Het gevolg daarvan is echter, dat de complexiteit van bestraffing als sociaal fenomeen uit het oog wordt verloren.

‘If we accept these terms, it becomes impossible to conceive of penalty as a social institution with positive political functions and effects – effects which form part of a more general strategy of domination and which are designed to go well beyond the criminal in their implications.’<sup>7</sup>

De *tweede* reden houdt nauw verband met de eerste. Garland verwijt bestraffingsfilosofen er een veel te schraal strafbegrip op na te houden.

‘In presenting the central question as one concerning the right to punish the philosophical mode of analysis marginalises the crucial and substantive issue of actual means used to exercise that “right” (...). Penalty is reduced to an abstract and negative entity – “an evil”, “an unpleasantness”, “an ill”, or quite simply, “pain”.’<sup>8</sup>

Een dergelijke abstracte invulling van de straf is niet alleen terug te vinden bij filosofen die de straf gelijkstellen met intentionele leedtoevoeging en subjectieve leedbeleving; ook filosofen en penalisten die de straf begrijpen in termen van vrijheidsberoving en vrijheidsbeneming, hanteren zo’n abstract strafbegrip.

Het probleem bij zo’n vereenzelviging tussen straf en vrijheidsberoving of tussen straf en leed, is, aldus de strekking van Garlands argument, dat niet wordt nagegaan wat precies de verschillende institutionele praktijken zijn waarin de strafoplegging in concreto is opgelegd. Belangrijk ook is dat door een dergelijke abstracte notie van de straf wordt nagelaten te onderzoeken van welke maatschappelijke functies die leedtoevoeging of vrijheidsberoving nu de drager zijn.

7 D. Garland, ‘Philosophical Argument and Ideological Effect’, *Contemporary Crisis* 1983, p. 79-85.

8 D. Garland, l.c., p. 82.

4. Garlands scepsis ten aanzien van de mogelijkheden van bestraffingsfilosofie om de crisis van het strafrecht van een antwoord te dienen, is niet zonder implicaties voor het vraagstuk van een rechtvaardige straftoemeting en de voorstellen om tot verwettelijking van de straftoemetingenvrijheid over te gaan. Indien abstracte filosofische modellen vanwege hun verschraling van de complexe bestraffingspraktijk geen grip kunnen krijgen op diezelfde praktijk, dan zijn ze ook niet in staat om de strafwetgever houvast te bieden in het formuleren van strafdoelen en beginselen van behoorlijke straftoemeting.

In wat volgt en zoals reeds aangekondigd wens ik tegen een dergelijke anti-theoretische scepsis in te gaan, door aan te tonen dat het perfect mogelijk is om vanuit een sociologische analyse van de complexe bestraffingspraktijk een abstracte bestraffingsfilosofie te ontwikkelen.

### 3 Bestraffingsfuncties en straftoemetingsproces

5. In een arrest van 18 juli 2003 moest het Hof van Amsterdam zich in de zaak Volkert van der G. (moord op Pim Fortuyn) beraden over de in eerste aanleg opgelegde gevangenisstraf van achttien jaar.<sup>9</sup> Het Hof weigerde een lichtere straf uit te spreken en haalde daarbij verschillende typen van overwegingen aan. Eerst en vooral handhaafde de rechter de in eerste aanleg opgelegde straf op grond van de overweging dat moord een onherstelbaar misdrijf is, dat onpeilbaar leed toebrengt aan de familieleden en vrienden van het slachtoffer. Minstens even belangrijk is dat het misdrijf in de omstandigheden van het geval een onherstelbare schade heeft toegebracht aan het democratische proces.

‘Hoewel het voortbestaan van de democratie niet in gevaar is gekomen, kan gezegd worden dat met de aanslag op dr. Fortuijn de mate waarin burgers en mensen in hun publieke functie zich vrij voelen om hun mening te geven, ernstig onder druk is komen te staan. Ook daarvoor mag de verdachte aansprakelijk worden gehouden.’

Ten tweede zou er, gelet op de persoonlijkheid van de verdachte, een te groot gevaar bestaan dat hij opnieuw een dergelijk feit zal plegen.

‘Anders evenwel dan de eerste rechter oordeelde, moet de kans aanwezig worden geacht dat de verdachte opnieuw zijn eigen overtuiging zal volgen en daarbij tot het uiterste zal gaan.’

9 Hof Amsterdam 18 juli 2003, NJ 2003, 4432-33.

Het Hof beroept zich daarbij op de motivatie van de verdachte voor zijn handelen, op de bevindingen van deskundigen omtrent de persoonlijkheid van de dader, en op het onvoldoende besef van de verwerpelijkheid van de gepleegde feiten ter terechtzitting.

6. Welke functies worden er hier in dit arrest aan de strafoplegging toebedeeld? De Amsterdamse rechter voelt zich aangesproken om te verwijzen naar de aanslag op het democratische proces dat door de moord op Pim Fortuyn tot stand is gebracht. Die verwijzing bevestigt vooreerst de door sociologen gedeelde overtuiging dat de straftoemeting een belangrijke *expressieve* functie vervult in onze samenleving.<sup>10</sup> De straf die de beklagde wordt opgelegd, dient de behoefte van de samenleving (of minstens een deel ervan) om haar collectieve gevoelens van afkeur, misprijzen en soms zelfs afschuw tot uitdrukking te brengen ten aanzien van de feiten die door de beklagde zijn gepleegd. Toegespitst op de zaak Volkert van der G., drukt de strafrechter in de duur van de gevangenisstraf de collectieve afkeur uit voor de geplande moord, en meer nog voor de schade die daarbij aan de democratische ordening is aangebracht. Daarnaast wordt in de straf, en meer bepaald in de duur van de vrijheidsberoving, tot uitdrukking gebracht dat de veroordeelde zich niet van die maatschappelijke veroordeling kan losmaken. Het leed dat in de veroordeling aan de moordenaar van Pim Fortuyn wordt opgelegd, staat dus niet op zich, maar ontleent ook zijn betekenis aan de behoefte van een groep of gemeenschap om te verhinderen dat de dader zich aan die collectieve verontwaardiging onttrekt.<sup>11</sup>

Belangrijk hierbij is dat het openbare en sterk rituele karakter van de terechtzitting er mede voor zorgt dat de straf zijn expressieve functie kan waarmaken. De terechtzitting en haar participanten zorgen ervoor dat die

10 Over de expressieve functie van straf, zie hiervoor het standaardartikel van J. Feinberg, 'The Expressive Function of Punishment', in: J. Feinberg, *Doing and Deserving*, Princeton: Princeton University Press 1970, p. 95-118. Zoals reeds aangekondigd, ontleen ik mijn analyse over de rol en functies van de straf in de samenleving aan de bestaande sociologische literatuur zoals ze zich ontwikkelt in de Anglosaksische wereld. Twee bestaande functies en hun onderlinge interactie zijn daar voorwerp van analyse: de expressieve functie, en de controlefunctie van bestaande straf. Het samengaan en in elkaar overvloeien van beide functies, zouden eigen zijn aan een laatmoderne bestaandescultuur. Zie bijvoorbeeld hierover het schitterende artikel van R. Sparks, 'Statement in Advanced Capitalist Countries', in: T. Blomberg & S. Cohen, *Punishment and Social Control*, New York: Aldine De Gruyter 2003, p. 21. Andere klassieke functies, zoals representatie van macht en vergelding, kunnen vrij gemakkelijk tot de expressieve dimensie van de straf worden herleid. Vanuit een Foucauldiaans perspectief kan de opvoedende en reïntegrerende functie van de straf gemakkelijk worden herleid tot de controlefunctie van bestaande straf. Zie hierover S. Cohen, *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification*, Cambridge: Polity Press 1985, p. 325.

11 Zie A. Burms, 'Moreel toeval en symbolisch herstel', *Tijdschrift voor Filosofie* 2003, p. 615-626.

emoties vorm en structuur krijgen, waardoor ze worden gekanaliseerd en afgeleid, maar tegelijk ook onmiddellijk intelligibel worden gemaakt. Belangrijk ook is dat die collectieve emoties niet zomaar in het ijl hangen. Die emoties zijn verweven met waarden en met normatieve verwachtingen waarvan de schending emoties van verontwaardiging en afkeer genereren. Zo heeft de Amsterdamse rechter in de strafoplegging ook de kostbare waarde van het democratische proces tot uitdrukking willen brengen. In de veroordeling van de dader tot een gevangenisstraf van achttien jaar, wordt tegelijk ook de onverschilligheid van de dader ten aanzien van de waarde van het democratische proces ontkend. Deze laatste wordt gedwongen van het belang van die waarden rekenschap te geven.

Dat laatste wijst erop dat straftoemeting een welbepaalde logica volgt, die zich het best laat duiden in termen van een *symbolische rationaliteit*. Met dat laatste wil ik aangeven dat de straf niet louter dient te worden opgevat als een middel om een bepaald resultaat te bereiken. Bezien vanuit een dergelijk type van rationaliteit, wil het Amsterdamse Hof met de straf niet zozeer een doelgericht resultaat realiseren. Het Hof wil met de oplegging van de gevangenisstraf iets symboliseren, iets aanwezig stellen (de macht, collectieve verontwaardiging, de waarde van een democratisch proces) dat zelf niet onmiddellijk aanwezig kan zijn en dat enkel intelligibel kan verschijnen in de symbolen waarin het wordt gerepresenteerd. Met symbolische rationaliteit verwijs ik ook naar de gedachte dat de strafoplegging er in zijn expressieve functie op gericht is iets te herstellen, waarvan niet onmiddellijk duidelijk is waarin dat iets is geschonden, of het zich feitelijk laat herstellen en of het herstel zich ooit feitelijk laat vaststellen. Toegespitst op het arrest in de moord op Pim Fortuyn wordt in de straf de geschonden waarde van de democratische orde 'hersteld', terwijl het helemaal niet duidelijk is waarin die waarde is geschonden, hoe deze kan worden hersteld, of hij herstelbaar is en wanneer hij kan worden hersteld.

7. Bestrafing, dat blijkt ook uit het Amsterdamse arrest, is inderdaad een emotionele en intuïtieve aangelegenheid, maar het is ook een technisch-administratieve aangelegenheid. R. Sparks schrijft:

'It is used in attempts to intervene in and to control many forms of undesired behavior. In punishing we threaten, detain, deprive, immobilize, supervise, watch, guard, enjoin, entreat, cajole, and educate.'<sup>12</sup>

12 Zie R. Sparks, 'Statement in Advanced Capitalist Countries', in: T. Blomberg & S. Cohen, *Punishment and Social Control*, New York: Aldine De Gruyter 2003, p. 21.

Ook al had de beklagde geen strafrechtelijk verleden, toch was de rechter van oordeel dat, het risico dat dergelijke feiten opnieuw zouden gebeuren, gelet op de persoonlijkheidsstructuur van de beklagde, ernstig genoeg was om een gevangenisstraf van achttien jaar te rechtvaardigen. De straftoemeting staat hier met andere woorden in het verlengde van risicobestrijding en reveleert een *tweede*, wat zakelijkere dimensie van bestraffing die ik verder de *controlefunctie* van de straf zou willen noemen.

Deze controle- of beveiligingsfunctie wordt in onze eigentijdse samenleving erg sterk geactiveerd en komt erop neer dat er wordt gezocht naar technieken en instrumenten om sociaal deviant gedrag van bepaalde risicogroepen te controleren en te moduleren. Eigen aan onze complexe, sterk technologische samenleving is, dat door toedoen van menselijke gedragingen mogelijk enorm veel schade aan die samenleving kan worden aangericht. Om de maatschappij in te dekken tegen dergelijke risico's worden allerlei technieken ingezet, die erop zijn gericht om dit risicogedrag en de personen die dit risicogedrag vertonen, te controleren, te sturen, of desnoods aan het maatschappelijk gebeuren te onttrekken.<sup>13</sup> Deze controlefunctie doorkruist alle fasen van de strafrechtsbedeling: van de strafbaarstelling, over de opsporing en vervolging tot en met de uitvoering van de straf.

Belangrijk is dat de rationaliteit die zich hier ontplooit van een geheel andere aard is dan de zonet besproken symbolische rationaliteit. De straf verschijnt hier niet als een symbool, maar als klein onderdeel van een complex formeel en informeel instrumentarium dat tot doel heeft risicogedrag zo veel mogelijk en met de minste kosten uit de wereld te helpen. Kenmerkend voor een dergelijke *instrumentele rationaliteit*, is een zorgvuldige, koele kennisvergarig over het precieze doel dat men in een bepaalde context wenst te bereiken (wat is de risicosituatie, wie is de risicogroep, wat is het risicogedrag?) en het geschikte arsenaal dat men wenst te bereiken om die kennis te verwerven en om het risico te elimineren.

Kenmerkend voor een dergelijke instrumentele rationaliteit is ook dat ze een specifieke organisatie van middelen en mankracht en een goed gestroomlijnde coördinatie van mankracht vraagt. Naast de zorg voor een efficiënte controle van risicogedrag, gaat evenveel zorg en aandacht naar de efficiënte werking en organisatie die deze controle dienen uit te oefenen.<sup>14</sup>

13 Voor een interessante analyse over strafrechtsbedeling in de risicomaatschappij en de problemen die daaruit resulteren, zie B. Hudson, *Justice in the Risk Society*, London: Sage Publications 2003, p. 40-77.

14 Voor dit Weberiaanse thema, zie D. Garland, *Punishment and Modern Society, A Study in Social Theory*, Oxford: Clarendon Press 1990, p. 177.



Deze controlefunctie en instrumentele rationaliteit ontplooiën zich op een eclatante wijze in het begin (vooronderzoek) en op het einde van de strafrechtsketen (strafuitvoering), maar ze zijn ook aanwezig in de fase van de straftoemeting. Ook in de straftoemeting wordt risicogedrag van risicovolle personen beheerd, gestuurd, gesuperviseerd, gemoduleerd. Hoewel deze functie getemperd wordt door de expressieve functie van de straf, kan de strafrechter zich moeilijk onttrekken aan een georganiseerde beveiligingslogica. De uiteindelijke keuze en maat van de straf zijn dan onderdeel van een breder maatschappelijk plan om bepaald risicogedrag van bepaalde risicogroepen te controleren en bij te sturen.

8. De aanwezigheid van verschillende functies en rationaliteiten in de strafrechtsbedeling, is een belangrijke vaststelling die eenieder die reflecteert over de taak van de strafrechter niet onberoerd kan laten. Tegen de achtergrond van de expressieve en de controlefunctie van bestraffing krijgt het *strafkarakter* van de straftoemeting een betekenislading die zich niet laat reduceren tot vrijheidsberoving/beperking, enerzijds, en leedtoevoeging anderzijds. De *intentionele leedtoevoeging* die de strafrechter oplegt, is niet enkel punitief, omdat de strafrechter wenst dat de veroordeelde pijn ervaart. De leedtoevoeging is allereerst punitief, omdat in de strafoplegging collectieve verontwaardiging tot uitdrukking wordt gebracht en omdat de veroordeelde met dwang verhinderd wordt zich aan die collectieve verontwaardiging te onttrekken. Daarnaast staat de gewilde leedtoevoeging ook niet los van de controlefunctie van de straf. De leedoplegging door de rechter dient ook te worden begrepen vanuit een strategie van 'crimecontrol' en risicobeheer.

En verder: de *vrijheidsbeperking en vrijheidsberoving* zijn niet enkel punitief, omdat de dader wordt beperkt of verhinderd in zijn komen en gaan. Vrijheidsberoving en vrijheidsbeperking zijn in elk geval punitief van zodra de strafrechter in het regime van vrijheidsbeperking en vrijheidsberoving de beklaagde teken maakt van verontwaardiging en de dader wil beletten zich aan het collectieve ritueel van verontwaardiging te onttrekken. Daarnaast ontlenen de vrijheidsberoving en -beperking ook hun betekenis aan het feit dat de opgelegde dwang deel uitmaakt van een pertinent geachte controlestrategie.

9. In contrast met een hetzij zuiver juridische (objectiverende), hetzij penologische (subjectiverende) benadering van bestraffing, geeft een sociologische (functionalistische) benadering ons wellicht een genuanceerder beeld van wat straftoemeting precies maatschappelijk te betekenen heeft. De toename van betekeniscomplexiteit maakt echter het strafkarakter van de straftoemeting ook complexer als *maatschappelijk probleem*. In wat volgt

zullen we dan ook trachten de verschillende gevaren die met de bestraffingsfuncties verweven zijn op het spoor te komen. De analyse valt uiteen in drie stappen.

In de *eerste* stap proberen we wat greep te krijgen op de actuele sociaal-culturele setting waarin de straftoemetende strafrechter in deze expressieve en controlefunctie neigt te worden aangesproken. Het is hier niet de plaats om uitvoerig zo'n sociologische analyse door te voeren. Bedoeling is te anticiperen op de *tweede* stap. Die bestaat erin aan te stippen op welke punten precies die bestraffingsfuncties problematisch zijn. In de *derde* stap zal worden getracht de gevaren van de bestraffingsfuncties nog te verscherpen door ze te verbinden met de grondwaarden van een democratische rechtsstaat.

#### 4 Bestraffingsfuncties in de laatmoderne tijd (eerste stap)

10. Hoe neigen de expressieve en controlefuncties van de straf in het laatmoderne tijdperk te worden ingevuld. Wat leert ons dat omtrent de potentiële legitimitieitsproblemen die in genoemde functies vervat liggen? Twee sociologische observaties die ik aan D. Garland's *Culture of Control* ontleen, lijken hier in het licht van deze vraagstelling relevant te zijn.<sup>15</sup>

De *eerste* observatie is dat westerse geïndustrialiseerde samenlevingen in de tweede helft van de twintigste eeuw gekenmerkt worden door belangrijke maatschappelijke veranderingen. Brede sociale klassen worden in hun dagelijkse bestaan geconfronteerd met grote professionele instabiliteit, met de effecten van een geglobaliseerde economie, met veranderingen in sociale ecologie, met de effecten van migratiestromingen, met het uiteenspatten van duurzame sociale verbanden en met ongrijpbare technologieën.<sup>16</sup> Die confrontatie gaat gepaard met een diep geworteld besef van onzekerheid en onveiligheid. Als antwoord op die gevoelens tekent er zich aan het einde van de twintigste eeuw een welbepaald cultureel patroon af: een set van sensibiliteiten en geplogenheden, waarbij veiligheid en zekerheid permanente aandachtspunten worden. In deze 'culture of control' ligt een geheel nieuw web vervat van sociale attitudes die te maken hebben met het beheersen van het eigen onveiligheidsgevoel en met het controleren van andermans gedragingen die aan de oorsprong zouden liggen van dat onveiligheidsgevoel.

15 D. Garland, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press 2001.

16 Zie D. Garland, o.c., p. 75-90.

11. De *tweede* observatie betreft het verlies van vertrouwen van de middenklasse in de mogelijkheden van de welvaartsstaat om levenskwaliteit op gelijke wijze over eenieder te verdelen. Kenmerkend voor deze klasse is een soort drang om zo veel mogelijk levenskwaliteit en een zo rijk mogelijk geschakeerd palet aan consumptiemogelijkheden te accumuleren en te behouden. Het gevoel van onveiligheid en de drang naar controle worden dan ook sterk ingekleurd door de wens om elk risico van bedreiging van die levenskwaliteit door storend gedrag van de ander te elimineren. De obsessie van de middenklasse voor het vrijwaren van haar levenskwaliteit, doet elk sociaal deviant gedrag zien als een potentiële aanslag op haar levenskwaliteit. Op bepaalde risicogroepen wordt het eigen potentiële slachtofferschap geprojecteerd, waarbij stelselmatig vergeten wordt dat de grondrechten die deze risicogroepen hebben, dezelfde zijn als de aanspraken en rechten op levenskwaliteit die de middenklasse voor zichzelf opeist. Deze obsessie voor het behoud van de eigen levenskwaliteit, de voortdurende projectie van het eigen potentiële slachtofferschap en het verlies van solidariteit met de rechten van eenieder, ook die van de burger als potentiële dader, creëren een verwachtingspatroon naar de overheid toe: van de overheid wordt een harde aanpak van criminaliteit verwacht, waar de kleinste risico's met een maximale vrijheidsbeperking van de dader moeten worden bestraft.

‘Convinced of the need to re-impose order, but unwilling to restrict consumer choice or give up personal freedoms; determined to enhance their own security, but unwilling to pay more taxes or finance the security of others; appalled by unregulated egoism and anti-social attitudes but committed to a market system which reproduces that very culture, the anxious middle classes today seek resolution for their ambivalence in zealously controlling the poor and excluding the marginal.’<sup>17</sup>

## 5 De kwetsbaarheid van de bestraffingsfuncties (tweede stap)

12. In hun samenhang bezien, helpen deze observaties ons om de verschillende functies van de straf vanuit hun maatschappelijke determinanten in te kleuren en om vervolgens in te schatten in welk opzicht deze bestraffingsfuncties potentieel problematisch kunnen uitdraaien in de straftoemeting.

<sup>17</sup> Zie D. Garland, o.c., p. 195.

Zonet werd gezegd dat de laatmoderniteit zich kenmerkt door een extreem verlangen naar het beheersen van risicovol gedrag, gekoppeld aan een drang van de middenklasse hun levenskwaliteit veilig te stellen, ten koste van minder begoede bevolkingsgroepen. Bepaalde kwetsbare categorieën van individuen worden aan toezicht onderworpen of worden van het samenleven uitgesloten omdat hun gedrag ook maar een of andere schaduw zou kunnen werpen op de levensstijl en levenskwaliteit van een bevoorrechte klasse. Bestrafing, en meer in het bijzonder straftoemeting, kan vanwege de controlefunctie van de straf gemakkelijk een verlengstuk worden van een dergelijke strategie van sociale verdrinking. Dat heeft in belangrijke mate te maken met het type van begrippen dat met die controlefunctie is verbonden. Termen zoals 'schade' en 'risico' zijn zeer vloeibare termen.<sup>18</sup> Gelijk welk gedrag, of gelijk welke situatie kan namelijk als schadelijk of als risicovol worden geïdentificeerd. Zodra men de term 'risicovol' introduceert in een bestraffingslogica en zodra het schadebegrip wordt opgerekt tot maatschappelijke schade, kan het kleinste risico op schade worden opgevat als voldoende grond om een straf op te leggen, die de schade of risicoverwekkende factor elimineert.<sup>19</sup> De zogenoemde efficiëntie waarop bestrafing dan aanspraak maakt, kan dan gemakkelijk een dekmantel zijn van een krampachtig verlangen van een bepaalde groep om haar levenskwaliteit te behouden en in stand te houden ten koste van een minder bevoorrechte en achtergestelde bevolkingsgroep. Vanaf dan is de straftoemeting geen verlengstuk meer van een koele, zuiver instrumentele rationaliteit, maar wordt ze beheerst door een beveiligingsretoriek.

Door haar problematische begrippen van schade en risico is de controlefunctie van de straf en straftoemeting niet alleen uiterst kwetsbaar voor een maatschappelijke dynamiek van sociale verdrinking. Het activeren van diezelfde begrippen brengt ook een soort van *objectivering* en daarmee verbonden *depersonalisering* van de sociale realiteit met zich mee, die, van zodra men die blootlegt, minstens op intuïtieve wijze problematisch aanvoelt. Van zodra bepaalde personen en hun handelingen doorgelicht worden en op grond van hun risico-profiel en daarop volgende controletechnie-

18 Zie ook R. Foqué, 'Het rechtsbedrijf. Een metafoor op drift', *Justitiële Verkenningen* 1999, nr. 9, p. 10-25. Vergelijk R. Sparks, 'State Punishment in Advanced Capitalist Countries', p. 23: 'In other words, even if risk calculations become predominant within the procedures and decisions of the agents of the penal apparatus, there is no morally neutral or politically anodyne position from which to begin.'

19 P. de Hert, 'Ontwikkelingen inzake veiligheid en vergelding: onderzoeksuitdagingen op het vlak van juridische argumentatie', in: P.L. Bal, G.E. Smaers & E. Prakken (eds.), *Veiligheid of vergelding? Een bezinning over aard en functie van het strafrecht in de postmoderne risicomaatschappij*, Deventer: Kluwer 2003, p. 60-61.

ken belet worden om schadeverwekkende of risicovolle handelingen te stellen, worden hun mogelijkheden tot persoon-zijn veranderd en drastisch beperkt. De Britse criminologe Barbara Hudson schrijft in dit verband:

‘They are deprived of their rational humanity and become determined creatures of statistical risk-assessment systems: instead of being flesh and blood, inconsistent, unpredictable humans acting out of their own interests and desires (...) they become the predictable embodiment of databases, for whom the behavioural uncertainty of actual choices in actual situations is replaced by the statistical certainties of factorial calculations.’<sup>20</sup>

13. Dat bestraffing gemakkelijk het voertuig kan zijn van een controlecultuur, volgt ook uit de *expressieve functie* van bestraffing. Hierboven is gezegd dat bestraffing en de straftoemeting onvermijdelijk het verlengstuk zijn van maatschappelijke verontwaardiging over bepaalde gepleegde feiten, en voor de schending van bepaalde waarden, die ermee verbonden is. In de oplegging van de straf aan een persoon wordt maatschappelijke verontwaardiging tot uitdrukking gebracht en geënceneerd. In de straftoemeting wordt aan de beklaagde tevens een regime van vrijheidsbeperking en vrijheidsberoving opgelegd, die hem dient te verhinderen zich aan het gepleegde onrecht te onttrekken alsof dit onrecht van geen tel zou zijn.

In een dergelijke optiek is het gevaar steeds reëel, dat de strafrechter de bestraffing van een persoon ziet als een middel om, zoals in een controlecultuur, aan een bepaalde klasse in de samenleving te communiceren dat hun (potentiële) slachtofferschap, hun angsten en onzekerheid ernstig worden genomen. De beklaagde die wordt veroordeeld tot een vrijheidsberovende of vrijheidsbeperkende sanctie, verschijnt daarbij als een scherm waarop collectieve gevoelens van angst en verontwaardiging worden geprojecteerd. Antony Duff schrijft:

‘Expression requires only one who expresses. If there is (as there need not be) someone at whom it is directed, that person need figure only as its passive object or recipient.’<sup>21</sup>

14. Samengevat kan worden gezegd dat de controle- en expressieve functie van de bestraffing ons niet alleen helpen een scherper zicht te krijgen op de

20 B. Hudson, *Justice in the Risk Society*, p. 77.

21 A. Duff, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 79.

betekenis van de strafoplegging. De verschillende functies, afzonderlijk en in hun onderlinge combinaties, laten ook zien hoe problematisch strafoplegging is. Straftoemeting verschijnt nu als potentieel 1) sociaal verdrukkend; 2) depersonaliserend; en 3) instrumentaliserend. Deze drie probleemkenmerken hangen niet zomaar in de lucht. Belangrijker nog is dat ze doen vermoeden dat strafoplegging in spanningsverhouding staat tot een aantal grondintuïties en grondwaarden die vaak met de idee van een democratische rechtsstaat worden verbonden. In een laatste stap van mijn argumentatie, probeer ik deze grondwaarden vertrekkende vanuit die probleemkenmerken op het spoor te komen.

## **6 Bestraffingsfuncties in de democratische rechtsstaat (derde stap)**

15. Op 1 oktober 2002 besloot de correctionele rechtbank van Verviers om de beklaagde te veroordelen tot een werkstraf in plaats van een effectieve gevangenisstraf. Een viertal argumenten lag aan de basis van deze keuze.<sup>22</sup>

1. Uit het verhaal van de beklaagde en de omstandigheden van het geval bleek dat het gerechtelijk verleden en vroeger reeds opgelegde vrijheidsstraffen de beklaagde in een staat van sociale nutteloosheid hebben gebracht.

2. 'Les sentiments d'abandon et d'inutilité' hebben het recidiverisico sterk verhoogd, waardoor de betrokkene snel in zijn delictueel gedrag is hervallen.

3. De werkstraf maakt het mogelijk om de inspanning van de beklaagde tot sociale en professionele integratie voort te zetten.

4. De werkstraf doet hem bovendien inzien dat de feiten die hij jegens zijn medeburger heeft gepleegd verkeerd, ontoelaatbaar en verwijtbaar zijn.

Vooraf de eerste drie argumenten bevestigen dat de strafrechter zich bewust is van het probleemkarakter van de gevangenisstraf. Vertrekkende van de omstandigheden van het geval problematiseert de rechter de optie van gevangenisstraf vanuit het besef van het sociaal verdrukkend effect dat kan uitgaan van de vrijheidsstraf, alsook vanuit het besef dat vanuit veiligheidsoverwegingen de gevangenisstraf niet altijd de meest efficiënte oplossing is. Bestraffings sociologen zullen nog een stapje verder gaan. Voor hen ligt het probleemkarakter van de gevangenisstraf niet in zijn gebrekkige beveiligende werking, maar in de controlefunctie van de straf waaraan de gevangenisstraf beantwoordt. Diezelfde logica kan namelijk gemakkelijk verglijden in een beveiligingsretoriek ten voordele van een bepaalde

<sup>22</sup> Corr. Verviers, 1 oktober 2002, JLMB 2003, p. 49.

bevoorrechte sociale klasse en met als doel een bepaalde onderklasse van een belangrijk deel van de sociale goederen uit te sluiten. Wat de correctie-nale rechter hier dient te verontrusten, is niet enkel de sociaal schadelijke effecten van de gevangenisstraf, maar de sociale strategie van uitsluiting die onder het mom van een instrumentele rationaliteit en in de keuze van gevangenisstraf dreigt te worden instandgehouden.

16. De scepsis van de rechter uit Verviers en de radicalisering ervan door sociologen komen natuurlijk niet uit de lucht vallen. Ze vinden hun grondslag in een van de grondwaarden van een democratische en op de realisatie van sociale grondrechten gerichte rechtsstaat, met name de eerbied voor de *menselijke gelijkwaardigheid*. Diezelfde scepsis legt ook bloot wat de idee van de menselijke gelijkwaardigheid zo kostbaar maakt: de aandacht van de rechter uit Verviers voor het isolement, de vereenzaming en nutteloo-sheid, brengt ons namelijk dichterbij de intuïtie dat *elk leven evenveel de moeite waard is om geleefd te worden*. De aandacht van de bestaaffings-socioloog voor de verglijding van een beveiligingslogica in een strategie van sociale uitsluiting, brengt ons vervolgens weer dichterbij de harde kern van een sociale rechtsstaat, met name dat elkeen de *gelijke bekwaamheid moet kunnen worden toegemeten om zijn leven op zinnvolle wijze uit te bouwen*.<sup>23</sup> Hieruit volgt dat de staat, die over het bestaaffingsmonopolie beschikt, dient te verhinderen dat sociale ongelijkheden worden instandgehouden of worden versterkt door haar eigen punitieve optreden.

Wat straftoemeting dan zo problematisch maakt, ligt volgens de rechter uit Verviers in eerste instantie in de optie van de gevangenisstraf. Die optie zou vanwege haar sociale effecten geen oriëntatiepunten hebben om genoemde zorgplicht naar behoren te vervullen. De optie van de werkstraf daarentegen, zou wel verenigbaar zijn met het respect voor de gelijkwaardigheid van de beklaagde, omdat deze straf de beklaagde niet zou schaden in zijn gelijke kansen om een zinvol leven uit te bouwen.

‘Une peine de travail paraît adéquate (...) afin (...) de lui permettre de poursuivre ses efforts de réinsertion dans la vie sociale et professionnelle.’<sup>24</sup>

23 De omschrijving van menselijke gelijkwaardigheid is ontleend aan R. Dworkin, ‘Do Liberty and Equality Conflict?’, in: P. Barker (ed.), *Living as Equals*, Oxford: Oxford University Press 1996, p. 43-57. Over de problematiek van bestaaffing, legaliteit en menselijke gelijkwaardigheid, zie ook E. Claes, ‘Punitieve rechtshandhaving, herstelrecht en menselijke gelijkwaardigheid’, in: B. van Stokkom, *Straf en herstel, ethische reflecties over sanctiedoeleinden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 229-253.

24 Corr. Verviers, 1 oktober 2002, JLMB 2003, p. 49.

Voor wie door een functionele bril naar straftoemeting kijkt, ligt het probleemkarakter van de straftoemeting echter niet alleen in de gevangenisstraf als mogelijk instrument van controle, maar in de beveiligingslogica zelf. In een sociale rechtsstaat en tegen de achtergrond van het ideaal van menselijke gelijkwaardigheid, rust er op de strafrechter de zorgplicht om te verhinderen dat sociale ongelijkheden worden veroorzaakt of versterkt, maar de beveiligingslogica biedt *uit zichzelf* geen ankerpunten om deze zorgplicht naar behoren te vervullen. De consequentie daarvan is dat niet alleen de gevangenisstraf, maar ook de oplegging van de werkstraf steeds in een spanningsverhouding kan komen te staan met het respect voor de menselijke gelijkwaardigheid en zijn recht op gelijke ontplooiingskansen, van zodra deze werkstraf deel uitmaakt van een beveiligingslogica.

17. Van de beveiligende functie van de straf, zo is reeds gezegd, gaat echter niet alleen een potentieel verdrukkend effect uit. Een strafrechter *objectivert* en *depersonaliseert* ook de veroordeelde in de strafoplegging, in de keuze van aard en maat van de straf, door hem te behandelen als een sociaal risico, als een risico voor nieuw slachtofferschap dat op op een zo efficiënt mogelijke wijze dient te worden beheerst. Ook deze objectiverende werking verwijst naar een essentiële grondwaarde van een democratische rechtsstaat, met name de eerbied voor de *menselijke waardigheid*.

Het begrip 'menselijke waardigheid' is natuurlijk een uiterst rekbaar en moeilijk definieerbaar begrip. De notie verwijst naar een netwerk van uiteenlopende institutionele en niet institutionele praktijken, waarin respect voor de menselijke waardigheid steeds een verschillende betekenis krijgt.<sup>25</sup> Wat het onderzoek van bestraffingssociologen echter zo interessant maakt, is dat hun analyse van de beveiligingslogica in de laatmoderne tijd ons juist helpt binnen die context (en niet in een of andere begripshemel) enkele essentiële facetten van de menselijke waardigheid op het spoor te komen. Sociologen hebben op haarfijne wijze beschreven hoe personen en hun gedrag hoe langer hoe meer gedefinieerd worden vanuit statistische 'risk-assessmentsystems' en daarbij gereconstrueerd worden als gedetermineerde wezens wier handelingen veranderd zijn in statistische zekerheden. Diezelfde sociologen hebben ons ook uitgelegd hoezeer de straf dient om zo'n categorie van risicovolle personen de mogelijkheid te ontzeggen om schadelijk of risicovol gedrag te stellen en om de keuze te maken tussen conform of deviant gedrag.

Dergelijke scherpe sociologische analyses confronteren ons op een heel directe wijze met onze gevoelens omtrent respect voor de menselijke

<sup>25</sup> Vergelijk ook D. Feldman, 'Human Dignity as a Legal Value', Public Law 1999, p. 688; J. Fierens, 'La dignité humaine comme concept juridique', JT 2002, p. 581.



waardigheid en stellen ons in staat op een vrij scherpe wijze over deze gevoelens te reflecteren.<sup>26</sup> De penale strategie om (via langdurige vrijheidsstraffen of verregaande probatievoorwaarden) bepaalde personen de mogelijkheid te ontzeggen om tussen bepaalde opties te kiezen, brengt ons tot het inzicht dat respect voor de menselijke waardigheid fundamenteel te maken heeft met het vermogen om *initiatieven* te nemen en *keuzes* te maken.<sup>27</sup> Het gaat hier om het vermogen keuzes te maken waarin elke menselijke persoon zich verhoudt tot de normen en waarden van de politieke gemeenschap waartoe hij als burger behoort, maar evenzeer om het vermogen dagdagelijkse, vaak triviale keuzes te maken. De eerbiediging van de menselijke waardigheid staat hier dus duidelijk in spanningsverhouding tot de straf opgevat als controle-instrument, want niets belet dat vanuit een dergelijk controleperspectief bepaalde categorieën van personen elke vrije bewegingsruimte wordt ontzegd om ongehinderd initiatieven te nemen en keuzes te maken.<sup>28</sup>

18. Daarnaast brengt de reductie van menselijke personen tot gedetermineerde en per definitie controleerbare wezens, en het gevoel van verontusting dat de kennisname met een dergelijk fenomeen oproept, ons tegelijk tot het besef dat eerbied voor de menselijke waardigheid juist te maken heeft met het verbod zich enkel tot een menselijke persoon te verhouden als ware deze een zuiver controleerbaar wezen. Respect voor de menselijke waardigheid is dus wezenlijk verbonden met het respect voor de bekwaamheid van elkeen om een positie in de wereld in te nemen, een leven te leiden en een toekomst uit te bouwen die zich nooit geheel door de aandacht en controle van de medemens en de overheid laat inpalmen. Of, wat meer filosofisch geformuleerd: respect voor de menselijke waardigheid heeft te maken met wat filosofen *respect voor de transcendente status van de ander* noemen, het besef dat de ander een positie in de wereld inneemt die de onze overstijgt en enkel hem toebehoort.<sup>29</sup>

26 In dat opzicht is er een verwantschap tussen sociologische analyse en literaire verbeelding. Voor de sterk reflexieve dimensie van literatuur en literaire verbeelding, zie E. Claes, 'Strafrecht en literatuur', R&R 2003, p. 132.

27 Over de relatie tussen 'the human condition', het menselijke handelen en het menselijke vermogen iets te beginnen, te initiëren, zie H. Arendt, *The Human Condition*, Chicago: The University of Chicago Press 1958, p. 175.

28 Zie B. Hudson, *Justice in the Risk Society*, p. 75.

29 Deze gedachtegang is sterk geïnspireerd op H. Arendt en haar idee van de uniciteit van het menselijke bestaan, zie *The Human Condition*, 1958, p. 175. Een vergelijkbaar gedachtegoed is terug te vinden bij B. Hudson, *Justice in the Risk Society*, p. 193. Volgens Hudson ligt het ethische vraagstuk van de postmoderniteit hierin: 'the new problem is, if action is to be motivated by the agent's moral sentiment, how can it be ensured that the action is right from the point of view of the Other to whom it is directed?'

Een dergelijke vorm van respect vloeit niet voort uit een abstract wereldvreemd principe, maar dient zich vooral aan in de concrete, dagelijkse ervaringen en praktijken van eenieder. Een mooi literair voorbeeld hiervan ontleen ik aan de roman *Disgrace* van de Zuid-Afrikaanse schrijver J.M. Coetzee. In een confonterende discussie met zijn dochter ervaart het hoofdpersonage, een Zuid-Afrikaanse academicus uit Kaapstad, plots hoe verschillend ze van hem is geworden.

‘As a child Lucy had been quiet and self-effacing, observing him but never, as far as he knew, judging him. Now, in her middle twenties, she has begun to separate. The dogs, the gardening, the astrology books, the asexual clothes: in each he recognizes a statement of independence, considered, purposeful. The turn away from men too. Making her own life. Coming out of his shadow. Good! He approves!’<sup>30</sup>

19. De spanningsverhouding tussen het respect voor de transcendente status van de ander en onze eigentijdse bestraffingspraktijk komt niet alleen aan het licht wanneer men de strafoplegging in haar controlefunctie belicht. Die spanning wordt ook zichtbaar wanneer men de strafoplegging analyseert tegen de achtergrond van haar *expressieve functie*. Voor het slachtoffer, voor de burgers als potentiële slachtoffers en voor de strafrechter is het, gelet op hun gevoelens van morele verontwaardiging, ontzettend moeilijk om hun aandacht te richten op het feit dat de beklagde een positie in de wereld heeft, die zich aan hun controle onttrekt en van waaruit de beklagde zich tegenover hen kan plaatsen. Respect voor de menselijke waardigheid in de context van straftoemeting is dus diepgaand verbonden met de capaciteit van de strafrechter en van de burgers om de transcendente status van de beklagde te bevestigen op het moment dat die emotioneel juist het moeilijkst te herkennen valt. Wat het strafkarakter van de straftoemeting binnen een beveiligingslogica en binnen een expressieve logica zo problematisch maakt, is dat de strafrechter hier uiterst moeizaam plaats kan maken voor een dergelijke veeleisend type van respect voor de transcendente status van de beklagde.

Daarnaast, dat werd hierboven reeds opgemerkt, dient er ook rekenschap van te worden gegeven dat de straf in haar expressieve functie, en haar symbolische rationaliteit, al snel tot een instrumentalisering van de beklagde kan leiden. Een dergelijke instrumentalisering leidt ertoe dat de beklagde in de strafoplegging gemakkelijk kan worden ontkend in zijn transcendente status. Maar er is meer: de instrumentalisering die zich

30 J.M. Coetzee, *Disgrace*, London: Vintage 2000, p. 88-89.

mogelijkerwijs in de expressieve functie van de straf voltrekt, zegt ons bij wijze van contrast dat elke persoon die in zijn waardigheid wordt bevestigd, tegelijk met zijn *transcendente status* ook een *status van onschendbaarheid* wordt toegewezen. Dit betekent dat elk individu de aandacht op zich trekt en aandacht voor zichzelf verdient, los van wat hij gedaan heeft, los van de kenmerken die hij heeft of waarvoor hij dienstig zou kunnen zijn.<sup>31</sup> De status van onschendbaarheid verhindert dus dat een persoon verschijnt als een voorwerp waarvan de betekenis wordt uitgeput door zijn instrumentele betekenis voor de doeleinden van andere personen.<sup>32</sup>

Het is dus ook in belangrijke mate dit laatste facet van de eerbiediging van de menselijke waardigheid, dat gemakkelijk in spanningsverhouding kan komen te staan met de expressieve functie van de straf. Het respect voor de menselijke waardigheid veronderstelt dat een persoon de aandacht om zichzelf verdient. Maar voorzover de strafrechter de beklaagde in de strafoplegging een scherm laat zijn, waarop maatschappelijke verontwaardiging wordt geprojecteerd, dreigt de beklaagde niet meer de aandacht voor zichzelf te kunnen opeisen. In het respect voor de menselijke waardigheid en in het toekennen van de status van onschendbaarheid wordt bovendien getracht een persoon buiten de sfeer van de instrumentalisering te plaatsen, terwijl in het expressieve strafgebeuren de beklaagde geheel en al instrument wordt van collectieve afkeur en verontwaardiging. Het expressieve strafgebeuren kan vanuit zichzelf niet garanderen dat de strafrechter, en met hem de samenleving, zich afwendt van een perspectief van waaruit de beklaagde als louter expressiemiddel en projectiescherm van collectieve emoties verschijnt.

20. Waartoe leidt dit alles nu? Het blootleggen van de spanningsverhouding tussen de expressieve en controlefunctie van bestraffing enerzijds, en de grondwaarden van een democratische samenleving anderzijds, brengt ons tot het formuleren van minstens twee probleemkenmerken van bestraffing en straftoemeting.

1. Vanwege vooral de controlefunctie van de straf verwijst het strafkarakter van de straftoemeting naar een potentiële inbreuk op het respect voor de

31 Vergelijk met B. Hudson, die zich op een Levinasiaanse ethiek beroept. 'Responsibility to the Other does not depend on the desert of the Other, or any rights being earned, rules being kept or services rendered.' B. Hudson, *Justice in the Risk Society*, p. 195.

32 De status van onschendbaarheid van de menselijke persoon, verhindert ook dat er woorden voor gevonden kunnen worden om op uitputtende wijze te rechtvaardigen waarom elke menselijke persoon die onschendbaarheid verdient; vergelijk hiermee R. Visker, *The Inhuman Condition. Looking for Difference after Levinas and Heidegger*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 2004, p. 4 e.v.

menselijke gelijkwaardigheid, zijnde het gelijke vermogen van eenieder om zijn leven zinvol uit te bouwen.

2. Vanwege de controlefunctie en vanwege de expressieve functie van bestraffing, impliceert het strafkarakter van de straftoemeting een potentiële aantasting van de menselijke waardigheid: een potentiële inbreuk op het vermogen van elkeen keuzes te maken, alsook een potentiële inbreuk op de transcendente en onaantastbare status van de menselijke persoon.

In wat volgt, wordt beargumenteerd dat met het benoemen van het probleemkarakter van bestraffing de aanzet is gegeven tot een bestraffingsfilosofie die ons helpt in te zien in welke mate de discretionaire vrijheid van de strafrechter zo problematisch is en die minstens tot de formulering van een aantal beginselen van straftoemeting kan leiden zonder de band met de concrete bestraffingsrealiteit uit het oog te verliezen. Op die manier wensen we tegemoet te komen aan de centrale doelstelling die in deze bijdrage werd vooropgesteld: het verwijt van bestraffings sociologen ontmantelen, dat een bestraffingsfilosofie nooit tot hanteerbare strafdoelen en beginselen van rechtvaardige strafrechtsbedeling kan leiden.

## 7 Straftoemeting en bestraffingsfilosofie

21. In welke mate reikt het articuleren van een spanningsverhouding tussen de controle- en expressieve functie van bestraffing enerzijds, en het respect voor de menselijke (gelijk)waardigheid anderzijds, de bouwstenen aan voor een bestraffingsfilosofie die greep heeft op de straftoemetingsvrijheid van de rechter? Het thematiseren van genoemde spanningsverhouding biedt ons alvast inzicht omtrent het soort van discretionaire straftoemetingsvrijheid waarvoor de strafrechter beschikt, zonder daarbij de complexe maatschappelijke functies van bestraffing uit het oog te verliezen. Belangrijk hierbij is dat tegen de achtergrond van de spanningsverhouding tussen de expressieve en controlefunctie van bestraffing enerzijds, en het respect voor de menselijke (gelijk)waardigheid anderzijds, het duidelijker wordt waarom die straftoemetingsvrijheid zo problematisch is. Minstens twee typen van discretionaire vrijheid kunnen van elkaar onderscheiden worden. In wat volgt zal ik ze van elkaar afbakenen aan de hand van het reeds besproken vonnis van de correctionele rechtbank uit Verviers (2 oktober 2002). De rechter besliste daar de beklaagde te veroordelen tot een werkstraf in plaats van een effectieve gevangenisstraf.

Een *eerste type* van discretionaire marge, dat de strafrechter hier aangereikt wordt, zou ik de *instrumentele vrijheid* wensen te noemen. De rechter beschikt hier over een beoordelingsmarge om te bepalen of de effectieve gevangenisstraf dan wel de werkstraf het geschiktste instrument is in het licht van een bepaalde door hem gekozen doelstelling: de sociale en profes-

sionele reïntegratie van de beklaagde, het verinnerlijkt besef dat hij ontoelaatbare feiten heeft gepleegd en het verminderen van het risico van recidivegedrag. De strafrechter heeft hier tevens een vrije beoordelingsmarge in de bepaling van de duur van de werkstraf, en dit in het licht van de vrij door hem gekozen doelstelling.

Tegen de achtergrond van een kritische bestraffingstheorie die de spanning tussen de controlefunctie van de straf en het respect voor de menselijke gelijkwaardigheid thematiseert, is dit eerste type van beoordelingsvrijheid niet onproblematisch. Tegenover de vrijheid van de Vervierse strafrechter om te bepalen welke strafvorm en strafduur de maatschappij het best beveiligen, tegenover zijn vrijheid om zelf invulling te geven aan het beveiligingsdoel, staat immers een risico van aanzienlijke rechterlijke onverantwoordelijkheid. Die vrijheid kan namelijk gemakkelijk worden aangewend ten koste van de gelijke bekwaamheid van de veroordeelde om een zinvol leven te leiden. De Vervierse strafrechter heeft zich, althans op het eerste gezicht, niet aan deze onverantwoordelijkheid bezondigd, door het recht van de beklaagde op gelijke ontplooiingskansen mee in het beveiligingsdoel in te schrijven.

22. Het *tweede type* van discretionaire marge dat we met behulp van een kritische bestraffingstheorie op het spoor komen, zou ik de *bejegeningsvrijheid* willen noemen. Zo beschikt de Vervierse correctionele strafrechter over de vrije beoordelingsmarge om in de oplegging van de straf en in de motivering ervan de verdachte op een welbepaalde wijze te behandelen. Gelet op de verschillende bestraffingsfuncties die de straftoemeting beïnvloeden, heeft hij in de oplegging van de werkstraf en in de motivering ervan, de vrijheid om de beklaagde te bejegenen hetzij als een gevaar voor de maatschappij, hetzij als een scherm waarop de samenleving haar verontwaardiging kan projecteren, hetzij als een persoon met en een eigen, niet recupereerbaar standpunt in de wereld, met het vermogen tot het maken van keuzes en met een onaantastbare status die zich aan instrumentalisering onttrekt. Ook aan dit type van discretionaire vrijheid beantwoordt een ernstig risico van rechterlijke onverantwoordelijkheid, omdat de strafrechter over de vrijheid beschikt om in te breken op verschillende facetten van de menselijke waardigheid van de beklaagde.

23. Tegen de achtergrond van de instrumentele vrijheid en bejegeningsvrijheid van de strafrechter wordt het veel duidelijker welke beginselen de straftoemeting dienen te leiden en hoe ze inhoudelijk dienen te worden verwoord. Concentreren we ons eerst op wat we de *instrumentele vrijheid* hebben genoemd, en proberen we onze gedachtegang te voltrekken aan de hand van het reeds besproken vonnis van de correctionele rechter uit

Verviers (2 oktober 2002). Gelet op het feit dat de rechter beschikte over een ruime discretionaire marge om te bepalen of de gekozen straf een adequaat middel was om criminaliteit op efficiënte wijze te controleren en gelet op het feit dat in een controlecultuur de strafrechter hier gemakkelijk het verlengstuk kan worden van een bredere dynamiek sociale verdrukking, diende de strafrechter hier na te gaan of het gekozen middel wel *evenredig* is ten aanzien van het beoogde doel. De bestraffingsfilosofie zoals ze hier ontwikkeld wordt, bedeeft met andere woorden een belangrijke plaats toe aan het *grondrechtelijke evenredigheidsbeginsel*.<sup>33</sup>

Overeenkomstig diezelfde bestraffingsfilosofie mag genoemd beginsel niet op gelijk welke wijze worden ingevuld. De evenredigheidstoets laat zich hier echter niet reduceren tot de instrumentele vraag of de beoogde strafsanctie wel op succesvolle wijze bijdraagt tot haar doel van beveiliging. De strafrechter wordt namelijk aangesproken om de beoordelingsvrijheid waarmee hij de efficiëntie van de beoogde straf inschat, in belangrijke mate te laten leiden door de zorg om de veroordeelde niet al te zeer te benadelen in zijn recht op gelijke ontplooiingskansen en zijn daaruit voortvloeiende grondrechten.<sup>34</sup> Het gebrek aan legitimiteit van de beoogde straf ligt niet in haar gebrekkige efficiëntie, maar wel in de mate dat daardoor wordt afbreuk gedaan aan de gelijkwaardigheid van de veroordeelde. Of wat abstracter geformuleerd: vanuit een bestraffingsfilosofie die het probleemkarakter van de straf formuleert vanuit de spanningsverhouding tussen haar controlefunctie en de menselijke gelijkwaardigheid, komt de meerwaarde van het proportionaliteitsbeginsel er niet in de eerste plaats op neer dat ze de strafrechter toe aanzet te handelen volgens een instrumentele rationaliteit. Genoemd beginsel zet de strafrechter ertoe aan te handelen volgens een *waarderationaliteit*.<sup>35</sup> In dat opzicht is het proportionaliteitsbeginsel geen efficiëntiebeginsel, maar een beginsel van rechtvaardige strafrechtspleging.

33 Over het belang van het dit grondrechtelijke evenredigheidsbeginsel in de context van het huidige antiracistische strafbeleid, zie E. Claes en J. Vrielink, 'Anti-racisme en rechtsstatelijke strafrechtspleging', NJW 2005, p. 151-167.

34 Over de prioriteit van overwegingen gegrond op 'rights' ten voordele van utilitaristische en efficiëntie-overwegingen, zie uitvoerig: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth [1977], 1992; p. 82, 90-92. Zie ook uitvoerig in E. Claes, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003, p. 406 e.v.

35 Vergelijk in die zin W. van Gerven, 'Het proportionaliteitsbeginsel', in: *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, Deurne: Story Scientia 1995 (3), 13, p. 3-17.

24. Het introduceren van het evenredigheidsbeginsel als beginsel van rechtvaardige straftoemeting tegen de achtergrond van de controlefunctie van de straf en tegen de mogelijke inbreuk op de menselijke gelijkwaardigheid, heeft wel implicaties voor de wijze waarop de evenredigheidstest dient te worden opgebouwd. Deze test moet van die aard zijn, dat de beperkingen die door de geopteerde straf aan de rechten en vrijheden van de veroordeelde worden opgelegd, in evenwicht dienen te worden gebracht met de zorg voor de gelijke bekwaamheid van de veroordeelde om een zinvol leven te leiden. Om hieraan tegemoet te komen, is het wellicht zinvol om in navolging van W. van Gerven een drietal fasen in de evenredigheidstoets te onderscheiden.<sup>36</sup>

1. Indien blijkt dat de geopteerde strafvorm gemakkelijk afbreuk kan doen aan de volle en gelijke bekwaamheid van de veroordeelde om een zinvol leven te leiden, dan moet de strafrechter in concreto nagaan of die optie niet geheel impertinent was om het veiligheidsdoel te realiseren (*het verbod op impertinente straftoemeting*).

2. Tegen diezelfde achtergrond moet in een volgende stap worden nagegaan of er naast de geopteerde strafvorm geen alternatieve straf voorhanden is, die minder impact heeft op de sociale positie van de veroordeelde en die toch voldoende veiligheid aan de samenleving zou bieden (*de subsidiariteitsplicht*).

3. Gelet op het feit dat de straftoemeting zich binnen een beveiligingslogica kenmerkt door potentiële inbreuk op de gelijkwaardigheid van de veroordeelde, rust er in een laatste fase op de strafrechter de plicht om het gewicht van de gelijke ontplooiingskansen van de veroordeelde en de aan de beveiligingslogica ten grondslag liggende doelstellingen op een evenwichtige wijze af te wegen (*de evenwichtigheidsplicht*).

25. Niet alleen de instrumentele vrijheid van de strafrechter, maar ook zijn onvermijdelijke bejegeningsvrijheid, helpen ons in het formuleren van beginselen van behoorlijke straftoemeting. De bestraffingsfilosofie waarvan we hierboven de krijtlijnen hebben uitgetekend, waarschuwt ons ervoor dat de strafrechter, gelet op de controlefunctie, maar ook op de expressieve functie van bestraffing, gemakkelijk geneigd is de veroordeelde te bejegenen op een manier die afbreuk doet aan diens menselijke waardigheid. De strafrechter heeft nu de verantwoordelijkheid om zich van dit gevaar bewust te zijn en zijn bejegeningsvrijheid op zo'n wijze aan te wen-

<sup>36</sup> Zie W. van Gerven, 'Het proportionaliteitsbeginsel', i.c. 1995, p. 3-17; 'Principe de proportionnalité, abus de droit et droit fondamentaux', JT 1992, p. 305-309.

den dat de waardigheid van de veroordeelde wordt geëerbiedigd. Naast het proportionaliteitsbeginsel, dient de strafrechter zich met andere woorden te laten leiden door *het eerbiedigingsbeginsel*.<sup>37</sup>

Het voordeel van een bestraffingsfilosofie zoals we deze tot nog toe hebben uitgewerkt, is dat hij ook een methode aanreikt om de betekenis van het eerbiedigingsbeginsel te verfijnen. De articulatie van het probleemkarakter van de controle- en expressieve functie van de straf heeft ons immers inzicht verschaft in verschillende aspecten van de menselijke waardigheid. Dat de strafrechter zich in zijn bejegingsvrijheid dient te laten leiden door het eerbiedigingsbeginsel, betekent bijvoorbeeld dat hij *de transcendente status* en de keuzevrijheid van de verdachte dient te respecteren. Juist op het moment dat blijkt dat veroordeelde een risico inhoudt voor de samenleving, dient de strafrechter zich ervan bewust te zijn dat de persoon die hij tot een straf veroordeelt boven alles een menselijke persoon is, dit wil zeggen een persoon met een eigen verleden en toekomst, met een niet inneembaar standpunt in de wereld dat enkel hem toebehoort.

## 8 Terug naar het begin

26. In zijn *Philosophical argument and ideological effect* schrijft David Garland dat

‘General arguments pitched at the level of abstract moral philosophies afford no adequate means to evaluate current penal practices, nor can they provide an adequate grounding or foundation which to prescribe future practices.’<sup>38</sup>

Aan het begin van deze bijdrage werd uiteengezet dat Garlands scepsis ten aanzien van de ambities van bestraffingsfilosofen, gedragen wordt door een tweetal argumenten.

1. Wijsgerige theorieën omtrent de straf zijn weinig zinvol voor de reële bestraffingspraktijk, omdat ze er een verschaalde notie van straf op nahouden.
2. Diezelfde theorieën zweven boven de realiteit, omdat ze de problematiek van de straf reduceren tot een klassiek liberaal vraagstuk naar de grenzen van het uitoefenen van overheidsmacht.

37 Voor een formulering van dit beginsel in het Belgische strafrecht, zie L. Dupont (ed.), *Op weg naar een beginselenwet gevangeniswezen*, Leuven: Universitaire Pers 1998, p. 141.

38 D. Garland, ‘Philosophical Argument and Ideological Effect’, p. 84.



27. Aan het einde van deze bijdrage kunnen we vrij gemakkelijk beide argumenten neutraliseren (en hiermee de intellectuele impasse omtrent de toekomst van bestraffingsfilosofie doorbreken). Ter weerlegging van het *eerste* argument, dient er enkel op gewezen te worden dat in het voorgaande de aanzet is gegeven tot de uitbouw van een bestraffingsfilosofie die geheel tegemoetkomt aan het bezwaar dat filosofische concepties van straf te abstract en te schraal zouden zijn. De bestraffingsfilosofie die we bepleiten, vindt immers zijn sociologisch vertrekpunt in een tweetal actuele bestraffingsfuncties en situeert deze in een laatmoderne context. Diezelfde bestraffingsfilosofie thematiseert het probleemkarakter van die bestraffingsfuncties in hun spanningsverhouding tot de menselijke waardigheid en gelijkwaardigheid. Ze verschaft vervolgens inzicht in het soort van discretionaire straftoemingsvrijheid dat problematisch is en reikt tot slot een aantal beginselen van straftoeming aan, die niet meer op gelijk welke wijze kunnen worden ingevuld.

Ter weerlegging van het *tweede* argument dient erop te worden gewezen dat de formulering van het bestraffingsvraagstuk als een vraag naar de verhouding tussen overheid en individuele vrijheid niet hoeft te leiden tot een reductie van de complexe bestraffingsproblematiek. Integendeel, door te laten zien hoezeer deze bestraffingsproblematiek in al haar complexiteit in spanningsverhouding staat ten opzichte van verschillende facetten van de menselijke (gelijk)waardigheid (de gelijke bekwaamheid om een zinvol leven te leiden, het respect voor de keuzevrijheid, het respect voor de transcendente en onaantastbare status van elkeen), is het meer dan ooit relevant om het vraagstuk van de straf en van bestraffing te formuleren in termen van de grenzen van het overheidsoptreden ten aanzien van de vrijheden van elke individuele burger. Ook de meest fijnmazige sociologische analyses kunnen er niet onderuit dat bestraffing, opgevat als een complex sociaal probleem, in wezen uitdraait op een grondrechten'issue'.

## Summary

The point of departure of this paper is the need for a coherent normative theory of punishment which could guide and inform our contemporary sentencing practices, on the one hand, and the pervasive sociological scepticism with regard to the practical potential of such an abstract theory, on the other. Starting from a primarily sociological account of the regulatory and expressive functions of criminal punishment and their complex interaction in late modern culture, the paper examines to what extent these functions affect different kinds of (equal) respect for human dignity. It argues, furthermore, that the inescapable tension between the regulatory function of

criminal punishment and the affirmation of the equal value of each human life, as well as the potential violation of the transcendent status of each individual person through the expressive nature of criminal punishment, could serve as the building blocks for a normative theory of punishment. These building blocks would allow such a theory to be sufficiently anchored in the complex social reality of punishment and sentencing, while at the same time being able to offer an interpretative framework for a set of principles which could normatively guide these practices.