

Proportionaliteit als interpretatief principe

Ferry de Jong & Constantijn Kelk

Pantoon chrèmatoon metron anthroopos.
Protagoras van Abdera¹

Inleiding

In één van zijn vele editorials voor *Delikt en Delinkwent* wijdde Marc Groenhuijsen een bijzonder kritische bespreking aan een in 2009 ingediend initiatiefwetsontwerp van Tweede Kamerlid voor de PVV (en voormalig officier van Justitie en Advocaat-Generaal) R. de Roon.² Het wetsontwerp bevatte (onder veel meer) het voorstel om voor verscheidene misdrijven nogal draconische bijzondere minimumstraffen in te voeren. Zover is het, als bekend, (nog) niet gekomen, maar legislatieve inperkingen van de van oudsher grote rechterlijke beslissingsvrijheid ten aanzien van de straftoemeting worden geregeld voorgesteld en soms ook doorgevoerd.³ Met dergelijke ingrepen wordt een evenwichtige oordeelsvorming nogal eens bemoeilijkt, zo niet onmogelijk gemaakt. Over het in het eerdergenoemde wetsontwerp vervatte voorstel tot invoering van minimumstraffen merkte Groenhuijsen dan ook terecht op:

‘Is dit verantwoorde straftoemeting? Welnee, allermint. Het grootste probleem is natuurlijk dat de aanbevolen werkwijze neerkomt op een verbod tot nadenken bij het opleggen van de straf. (...) Het wetsvoorstel verhindert dat de rechter de belangen die in een concreet geval op het spel staan, op een redelijke wijze tegen elkaar afweegt.’⁴

Hiermee zijn we gestoten op de kern van het in ons strafrecht zo essentiële, veelvuldig en in allerlei toonaarden terugkerende *beginsel van de*

1 Grieks sofist, ca. 490-420 v.Chr.; ‘De mens is de maat(staf) van alle dingen.’

2 M.S. Groenhuijsen, ‘Wijziging van het sanctiestelsel, wijziging van de leeftijdsgrenzen in het strafrecht en aanscherping van de bepalingen inzake voorlopige hechtenis’, *DD* 2010/9.

3 Zie bijvoorbeeld het op 2 februari 2021 door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel strekkend tot uitbreiding van het taakstrafverbod; *Kamerstukken II* 2019/20, 35528, nr. 2.

4 Groenhuijsen 2009, p. 110.

proportionaliteit, dat onverbreekelijk is verbonden met dat van de subsidiariteit. Beide beginselen zien wij als een consequentie van het *ultimum remedium*-karakter dat op het geboortekaartje van het Wetboek van Strafrecht (1881-1886) met zoveel woorden aan ons strafrecht werd toegedeeld. Immers, met het uitgangspunt dat het strafrecht (in wijde zin)⁵ pas in laatste instantie, dus zo min mogelijk, van stal gehaald moet worden, is consistent dat in voorkomende gevallen het streven dan steeds gericht zal dienen te zijn op een zo gering mogelijk punitief gevolg. In dat licht is het niet verwonderlijk dat het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel steeds verder zijn binnengedrongen in de vele haarvaten van het strafrecht en van het strafprocesrecht, hetgeen beider gehalte aan humaniteit ten goede is gekomen.⁶

Reeds vanaf de allereerste fase van het strafproces(recht), die van de opsporing en de daaraan doorgaans gekoppelde verdenking, daagt het duo aan de horizon, bijvoorbeeld wanneer het aanvankelijke politieoptreden, dat gericht moet zijn op een rechtmatige uitoefening van bevoegdheden, onverhoopt te hard van stapel loopt.⁷ Ook in alle latere fasen van het strafproces(recht), het recht ‘in actie’, dienen zich steeds weer vragen aan betreffende de proportionaliteit en/of subsidiariteit. Eveneens treffen we in het materiële strafrecht, het recht ‘in ruste’, tal van rechtsfiguren aan die mede door deze beginselen worden beheerst. In dat verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de verschillende strafuitsluitingsgronden en – uiteraard – aan de sanctietoemeting. Vooral bij dat laatste willen wij ter ere van onze zeer gewaardeerde (oud-)collega Groenhuisen, gezien zijn uitstekend geproportioneerde gevoel voor redelijkheid en rechtvaardigheid, in het onderstaande nader stilstaan.

5 Zie P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘Criminal Justice and the Ultima Ratio Principle’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen & M. Jendly (red.), *Overuse in the Criminal Justice System*, Cambridge: Intersentia 2019, p. 3-22; R. Wendt, ‘The Principle of “Ultima Ratio” and/or the Principle of Proportionality’, *Oñati Socio-legal Series* 2013, afl. 1, p. 81-94.

6 Het wetsvoorstel voor een nieuw Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie, juli 2020) voorziet in een codificatie van beide beginselen (artikel 2.1.2); zie A. Das, ‘De codificatie van rechtsbeginselen in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering’, *PMSv* maart 2018. Zie ten aanzien van gebruik van geweld of vrijheidsbeperkende middelen door de politie: artikel 7 leden 1 en 7 Politiewet en HR 16 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:211 (Fatale nekklem).

7 HR 12 december 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC2751, *NJ* 1979/142, m.nt. Mulder (Braak bij binnentreden). Zie over dit arrest A.A. Franken, ‘Proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing’, *DD* 2009/8.

De structuur van het proportionaliteitsoordeel

Het beginsel van de proportionaliteit doet zich eigenlijk overal gelden waar sprake is van (de beoordeling van) een inbreuk op een recht of een vrijheid. Het verbaast dan ook niet dat het beginsel al decennialang vooral binnen constitutioneel- en mensenrechtelijke kringen een wijd beoefend academisch specialisme vormt. Daarbinnen wordt gemeenlijk onderscheiden tussen proportionaliteit in 'ruime' en in 'enge' zin.⁸ Proportionaliteit in ruime zin heeft betrekking op een uit vier onderdelen bestaande toetsing van de rechtmatigheid van een inbreuk op een grondrecht. In een eerste stap wordt vastgesteld of met de inmenging met het desbetreffende grondrecht enig *juridisch erkend belang* (ofwel een *gerechtvaardigd doel*) is gediend. In een volgende stap wordt bezien of de inbreuk makende handeling op zichzelf ook *geschikt* is om het juridisch erkende belang te behartigen.⁹

Deze kwesties bieden doorgaans weinig aanleiding tot discussie.¹⁰ Dat geldt niet voor de twee laatste stappen. In een derde stap wordt de subsidiariteit getoetst: beoordeeld wordt of het belang niet (minstens) even doeltreffend kan worden gediend met een *minder ingrijpende* inbreuk.¹¹ In een vierde stap, ten slotte, wordt onderzocht of de *positieve effecten* op het behartigde belang voldoende *opwegen tegen de negatieve effecten* op het getroffen grondrecht. Op deze laatstbedoelde afweging wordt gedomd met de aanduiding proportionaliteit in enge zin. Niet alleen pleegt dit toetsingsonderdeel in de praktijk tot de meeste hoofdbrekens te leiden, ook in de doctrine is het met vele, soms diepe controversen omgeven.¹²

8 Zie F.J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 4-8; Wendt 2013, p. 86; D. Duarte & J.S. Sampaio, 'Introduction', in: D. Duarte & J.S. Sampaio (red.), *Proportionality in Law*, Heidelberg: Springer 2018, p. v-viii.

9 Zie R. Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing, and Rationality', *Ratio Juris* 2003, afl. 2, p. 131-140, p. 135. Zie ook G. Sartor, 'The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes', *German Law Journal* 2013, afl. 8, p. 1419-1456.

10 Vgl. het door J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 312 genoemde voorbeeld van HR 29 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0260, NJ 1989/162 (Noodrem).

11 Alexy 2003, p. 135; Sartor 2013, p. 1448.

12 Zie bijvoorbeeld J.S. Sampaio, 'Proportionality in its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights', in: D. Duarte & J.S. Sampaio (red.), *Proportionality in Law*, Heidelberg: Springer 2018, p. 71-110; Urbina 2017; J. Habermas, *Between Facts and Norms*, vert. W. Rehg, Cambridge: Polity Press 1996, p. 259; B. Schlink, 'Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit', in: P. Badura & H. Dreier (red.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, p. 445-465.

Het is duidelijk dat het soortelijk gewicht van de in een afweging betrokken belangen zich niet met mathematische precisie laat vaststellen.

Volgens de Duitse rechtstheoreticus R. Alexy laat dit echter de mogelijkheid van een objectieve toetsing van een belangenafweging onverlet.¹³ Die toetsing is in hoofdzaak *procedureel* van aard. Daarbij gaat het in de grond om de beoordeling van de logische – of liever: teleologische – structuur van de redenering die aan de belangenafweging ten grondslag ligt. Het beginsel van proportionaliteit in enge zin wordt door Alexy als volgt omschreven: ‘the greater the degree of nonsatisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other.’¹⁴ Dat we hier van doen hebben met een bijzonder complexe aan gelegenheid, blijkt reeds zodra we alleen nog maar een blik werpen op de in dit verband door Alexy geïntroduceerde ‘*Weight Formula*’, waarin het eerste deel van de vergelijking staat voor het *concrete gewicht* van het geschonden belang ten opzichte van het behartigde belang:¹⁵

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Bij een $W_{i,j}$ van hoger dan 1 weegt de door de handeling gemaakte inbreuk zwaarder dan het daarmee gediende belang en is de beoordeelde handeling disproportioneel. Voor de bepaling daarvan kan niet worden volstaan met een ‘simpele’ vergelijking van de *abstracte waarde* van het geschonden belang (W_i) met dat van het behartigde belang (W_j). Uiteindelijk gaat het erom of de *mate* waarin het behartigde belang wordt bevorderd, opweegt tegen de *mate* waarin op het andere belang inbreuk wordt gemaakt. Dit betekent dat rekening moet worden gehouden met de *intensiteit* van de inmenging met het geschonden belang (I_i) en van de bevordering van het nagestreefde belang (I_j), alsook met de *betrouwbaarheid* van

13 Zie R. Alexy, ‘The Construction of Constitutional Rights’, *Law & Ethics of Human Rights* 2010, afl. 1, p. 19-32; Alexy 2003; R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, vert. R. Adler & N. MacCormick, Oxford: Oxford University Press 1989.

14 Alexy 1989, p. 102. Zie ook Alexy 2003, p. 135; en Alexy 2010, p. 28.

15 Zie Alexy 2010, p. 30. Zie ook A. Barak, ‘Proportionality and Principled Balancing’, *Law & Ethics of Human Rights* 2010, afl. 1, p. 1-18; A. Barak, *Proportionality*, Cambridge: Cambridge University Press 2012; D. Martinez-Zorrilla, ‘Some Thoughts about the Limits of Alexy’s Conception of Principles and Balancing’, in: D. Duarte & J.S. Sampaio (red.), *Proportionality in Law*, Heidelberg: Springer 2018, p. 171-192; Sartor 2013, p. 1448-1449.

de empirische veronderstellingen die aan de inschatting van die intensiteit ten grondslag liggen (R_i en R_j).

En hier beginnen de problemen natuurlijk pas goed. Want hoe bepaalt men het ‘gewicht’ (W) van zoiets onstoffelijks en onmeetbaars als een (rechts)belang? Hoe bepaalt men de ‘intensiteit’ (I) van de (aantastende of bevorderende) inmenging met een belang? En hoe kwantificeert men de ‘betrouwbaarheid’ (R) van de veronderstellingen waarvan daarbij wordt uitgegaan? Nu zou men kunnen opmerken dat de afweging van belangen voor rechters, opsporingsambtenaren en burgers nu eenmaal een onontkoombare *rechtsplicht* is, maar daarmee komt natuurlijk niemand in de praktijk een steek verder. Wat mogelijk wél helpt (zij het hooguit indirect), is een identificatie van enige *verschillende typen* van problemen die zich in concrete gevallen bij de vorming van een oordeel over de proportionaliteit in enge zin kunnen voordoen.

Een eerste type van moeilijkheden betreft de *informatiepositie* van de betrokkene. Deze is per definitie gebrekkig, alleen al doordat het ‘gewicht’ van abstracte, non-numerieke grootheden als waarden, belangen of rechten zich niet exact, doch hooguit bij benadering laat bepalen.¹⁶ Moeilijkheden van dit type worden dus ook ondervonden door rechters voor wie de afweging van belangen dagelijkse kost is. ‘Niet onbegrijpelijk’ is dan ook dat aan de feitenrechter een zekere discretionaire ruimte wordt gelaten om bij de afweging bepaalde (on)zekerheidsmarges in acht te nemen. Afhankelijk van het type vraagstuk dat aan de orde is, kan de intensiteit van de beoordeling daardoor uiteenlopen van sterk marginaal (is sprake van *aperte* disproportionaliteit?)¹⁷ tot zeer strikt.¹⁸

Dit voert meteen naar een tweede type van problemen: hoe bepaalt men de *graad van striktheid* die bij de toetsing van een handeling aan het proportionaliteitsvereiste dient te worden betracht? Het maakt bijvoorbeeld nogal uit of men in betrekkelijke rust een weloverwogen keuze heeft kunnen maken voor een bepaalde handelwijze, dan wel dat men dat in allerijl heeft moeten doen onder een hevige en acute druk van penibele omstandigheden. Hiermee dient in de beoordeling achteraf terdege

¹⁶ Zie Sartor 2013, p. 1433-1434.

¹⁷ Zo wordt de proportionaliteit van de vervolgingsbeslissing bijzonder terughoudend getoetst. Zie HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7, NJ 2013/563, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen (Checkpoint-zaak), r.o. 2.4.3.

¹⁸ Zie Sampaio 2018, p. 86.

rekening te worden gehouden, waarbij tevens de hoedanigheid van de handelende persoon – tot uitdrukking komend in een bepaalde *Garantstellung* – relevant kan zijn.¹⁹

Bij dit alles moet men waken voor het ‘meten met twee maten’. Uit de jurisprudentie wil zich weleens de indruk aan ons opdringen dat (beweerdelijk) disproportioneel (en in zoverre onrechtmatig) optreden van opsporingsambtenaren tijdens het vooronderzoek door de rechter op een lankmoediger wijze wordt beoordeeld dan het (beweerdelijk) strafbare optreden van de terechtstaande verdachte. Zo pleegt een beroep op een strafuitsluitingsgrond aan een strenge proportionaliteitstoetsing te worden onderworpen, ook als het gaat om gevallen waarin iemand zich ‘*in the heat of the moment*’ het vege lijf heeft moeten redden.²⁰ De rechterlijke toetsing van zijdens de verdediging aan de orde gestelde vormverzuimen uit het vooronderzoek is beduidend terughoudender.

In zijn recente, derde overzichtsarrest dienaangaande valt op dat de Hoge Raad bij de invulling van de criteria voor toepassing van artikel 359a Sv de rechtsbeschermende belangen – waaronder het belang van een effectief toezicht op de opsporing – ondergeschikt acht aan de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide, instrumentele belangen.²¹ Deze prioritering van belangen berust op een keuze en is dus niet zonder meer vanzelfsprekend. In dit verband kan er bijvoorbeeld op worden gewezen dat de terughoudende rechterlijke controle op de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek intussen ook een negatieve uitwerking

19 Zie over de rechterlijke toetsing van politieke geweldsuitoefening: P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘Politiegeweld en -racisme als (structureel) vormverzuim’, *DD* 2021/9, p. 102.

20 Een bekend voorbeeld van een strenge toetsing aan het proportionaliteitsvereiste biedt HR 23 oktober 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8567, *NJ* 1986/56, m.nt. Keijzer (Bijlmer noodweer).

21 In HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889 (Geweld bij insluiting), merkt de Hoge Raad in algemene zin op (r.o. 2.1.3; cursivering toegevoegd, FJ/CK): ‘Aan de rechtspraak over de verschillende in artikel 359a Sv genoemde rechtsgevolgen ligt als uitgangspunt ten grondslag dat *het rechtsgevolg in verhouding moet staan tot de aard en de ernst van het vormverzuim en het door de verdachte als gevolg van het vormverzuim geleden nadeel*. Dat betekent tevens dat, *waar mogelijk, wordt volstaan met het* – vanuit het perspectief van de met vervolging en berechting van strafbare feiten gemoeide belangen bezien – *minst verstrekkende rechtsgevolg*. Ook aan dit (...) *uitgangspunt van subsidiariteit* houdt de Hoge Raad vast.’

blijkt te hebben op het officierlijke toezicht op de opsporing.²² Een op het eerste oog objectieve (of als objectief voorgestelde)²³ afweging van belangen kan dus in belangrijke mate zijn *gestuurd* door de keuze voor een *normatief gezichtspunt* van waaruit de belangen op elkaar zijn betrokken.

Dit brengt ons, ten slotte, bij een derde type van moeilijkheden die zich bij de beoordeling van proportionaliteit in enge zin kunnen aandienen: aan iedere (beoordeling van een) belangenafweging ligt een *bepaalde* (al dan niet geëxpliciteerde) normatieve oriëntatie ten grondslag die voortvloeit uit een andere belangenafweging op een meer abstract niveau. Dit kan worden toegelicht aan de veel gebruikte *metafoor* van het ‘wegen’. Wegen vereist de beschikbaarheid van een weegschaal.²⁴ En zoals ieder meetwerktuig moet een weegschaal op de juiste wijze zijn geijkt. Wat voor een juiste ijking doorgaat, wordt uiteindelijk bepaald door een sociale conventie, een afspraak. Dit geldt ook voor de juridische instrumenten waarmee wordt beoordeeld of een gegeven handeling voldoet aan het vereiste van proportionaliteit; deze zijn, *finaliter*, geijkt in (veranderlijke) sociale en culturele waarden.

De betekenis van het proportionaliteitsbeginsel bij de sanctietoemeting

De in het voorgaande besproken typen van moeilijkheden waarmee de beoordeling van proportionaliteit vergezeld kan gaan, willen wij nu nader toelichten in relatie tot de sanctietoemeting. Deze is in vele strafprocessen te beschouwen als het culminatiepunt, waarbij voor de verdachte bijzonder veel op het spel kan staan. Des te précairder is het dat juist hier het proportionaliteitsbeginsel zo’n overheersende en veelzijdige functie heeft. Bij uitstek is het de *duur van de vrijheidsstraf* die aanhoudend in het brandpunt van de publieke belangstelling en discussies staat. Uiteindelijk is dit onze zwaarste strafsoort, die in de ernstigste gevallen zelfs levenslang zal kunnen duren. Het is dan ook niet onbegrijpelijk dat juist de vrijheidsbenemende sancties vaak in verband worden gebracht met de vergelding in zijn zwartste betekenis: ongeremde wraak of represaille.

22 Dit wordt althans (met de nodige voorzichtigheid) geconcludeerd door M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 360-368 en 373-375.

23 Vgl. de bijna terloopse (‘Dat betekent tevens’) wijze waarop de Hoge Raad in zijn eerdergenoemde arrest van 1 december 2020 de normatieve prioritering van belangen als de uitkomst van een logisch dwingende redenering presenteert (r.o. 2.1.3).

24 A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, NJ: Princeton University Press 2006, p. 166: ‘One cannot balance without a scale.’

Vergelding in het strafrecht is echter aan een maat gebonden. W.P.J. Pompe huldigde, als bekend, de opvatting dat de vergelding *het wezen en geen doel* van de straf is: de strafdoelen zijn zijns inziens de speciale en de generale preventie, die er eventueel ook toe kunnen leiden dat de concreet op te leggen straf beneden de maat van de vergelding blijft.²⁵ Daar komt nog bij dat het bij de sanctietoemeting uiteraard niet alleen om de straffen gaat, maar tevens om de maatregelen. De Moderne Richting heeft ons in 1928 de terbeschikkingstelling ter beveiliging gebracht, maar sindsdien zijn daaraan door de wetgever nog heel wat nieuwe maatregelen (en sanctiemodaliteiten) toegevoegd. Ook de maatregelen – de naam zegt het al – zijn aan een maat gebonden. Deze heeft geen retributieve grondslag, maar is gebaseerd op de, in het algemeen belang gelegen, noodzaak om maatschappelijk ongewenste situaties op te heffen.²⁶

Aldus blijkt dat de aanduiding sanctietoemeting in vrijwel letterlijke zin kan worden opgevat: er moet door de rechter worden gemeten, en wel in verschillende opzichten tegelijk. Het gebruik van de terminologie sanctietoemeting is natuurlijk verleidelijk nu in ieder geval de vrijheidsstraffen, de taakstraffen en de geldstraffen zich in hun zwaarte laten uitdrukken in kwantitatieve eenheden, respectievelijk in dagen, weken, maanden, jaren, uren en euro's. Betekent dit dan dat daardoor nauwkeurig gemeten en gestraft kan worden *naar evenredigheid van de zwaarte en omvang van het onderliggende delict en de mate van schuld en kwaadwillendheid van de verdachte persoon?* Dit lijkt niet waarschijnlijk. Al in 1864 had de latere grondlegger van het huidige Wetboek van Strafrecht A.E.J. Modderman (1838-1885) gekscherend opgemerkt dat bij de morele vergeldingstheorieën het vraagstuk van de maat der straffen hierop neer komt:

‘Hoeveel zinnelijk leed is er nodig om een zedelijke schuld uit te delgen? Overdrijf ik, wanneer ik beweere dat hierop evenmin een antwoord kan worden gegeven als op de vraag, hoeveel duim ijzer er nodig is om een lakense rok te maken?’²⁷

Anders dan zijn benaming suggereert, drijft het voor de sanctietoemeting zo belangrijke klassieke proportionaliteitsbeginsel in heel wat

25 W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956, p. 10.

26 T. Kooijmans, *Op maat geregeld?* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002, p. 381.

27 Geciteerd in: L. Polak, *De zin der vergelding* (diss. Groningen [1921]), in: *Verzamelde geschriften*, deel 1, Amsterdam: Van Oorschot 1947, p. 3.

gevallen in hoofdzaak op inschatting, intuïtie en gevoel voor wat redelijk is. Dit is ook niet vreemd. Van oudsher was in ons strafrecht de straf-toemeting een sterk discretionaire, om niet te zeggen arbitraire aangelegenheid, ook wel betiteld als een 'normvrij veld', zodat de rechter per delictssituatie eigenlijk alleen maar gebonden was aan de toepasselijke algemene wettelijke minima en bijzondere maxima en eventueel aan regels van samenloop en/of recidive en dergelijke. Voor het overige werd de burger eenvoudig geacht *vertrouwen* in de rechterlijke macht te hebben. In 1975 verbrak Ch.J. Enschedé de stilte door in *Delikt en Delinkwent* een voorstel te lanceren voor een handboek voor de straftoemeting, dat er zijns inziens moest komen omdat niemand met de toenmalige straftoemetingspraktijk gelukkig was:

*'Niemand heeft daarop vat. Het ene gerecht kent de werkwijze in het andere gerecht niet, de ene kamer weet niet wat de andere doet, het beleid van de ene officier verschilt van dat van de andere. De wetenschap kan de aansluiting met de praktijk niet vinden.'*²⁸

Hij bepleitte derhalve het ontwerpen van modellen van specifieke delictssituaties waaraan steeds strafposities worden gekoppeld. En op basis van deze modellen zou vervolgens een requisitoirbeleid dienen te worden ontwikkeld. Tegen dit voorstel bleef enig tegengeluid niet uit. De toenmalige advocate E. Prakken vreesde van deze constructie heel andere gevolgen, namelijk dat de rechter zich juist nogal blindelings zou gaan verlaten op bij delicten behorende straf Tabellen en die Tabellen in de plaats zou stellen van zijn of haar eigen afweging, om de eenvoudige reden dat 'de straftoemeting een moeilijk en complex probleem is' waarmee de rechter nu eenmaal lang niet altijd goed raad weet.²⁹

Enschedé's voorstel heeft in ieder geval duidelijk navolging gekregen. Het verschijnsel van requireerrichtlijnen voor het OM heeft een hoge vlucht genomen. Daarbij is het niet gebleven: zo werd ook een databank ontwikkeld met gevalsbeschrijvingen van ernstige misdrijven met hun strafmotivering, zodat gevalsvergelijking mogelijk werd,³⁰ en zijn uit het landelijk overleg van de voorzitters van de strafsectoren van

28 Ch.J. Enschedé, 'Een nieuw handboek', *DD* 1975, p. 1-6.

29 E. d'Oliveira-Prakken, 'Het hoger handboek', *DD* 1975, p. 130.

30 Zie M.J.A. Duker, 'Controle over rechterlijke straftoemeting bij zware misdrijven', *DD* 2001, p. 135-156.

rechtbanken en gerechtshoven (het LOVS) ‘bandbreedte-lijstjes’ voortgekomen,³¹ evenals een stelsel van oriëntatiepunten voor straftoemeting. Deze modellen en tabellen vormen de neerslag van een *abstracte* afweging op basis van een *ordinale* schaalverdeling, namelijk op basis van een *vergelijking* tussen typen van delicten en delictssituaties.³²

Maar het streven naar gelijke sancties in gevallen die op het oog, dus uiterlijk vergelijkbaar zijn,³³ kan op gespannen voet raken met de *individualisering van de sanctie* op grond van *hoogst persoonlijke factoren en omstandigheden*. Misschien kunnen ook deze unieke aspecten zich soms *grosso modo* lenen voor enige gevalsvergelijking, maar de uniciteit zal in dit verband toch meestal domineren. Bij de beoordeling van de *proportionaliteit* (in enge zin) van de sanctietoemeting moet immers onder meer rekening worden gehouden met de *intensiteit* van de door de sanctie in concreto gemaakte inbreuk op fundamentele rechten en vrijheden van de veroordeelde in verhouding tot de met de sanctie beoogde effecten, als ook met de *betrouwbaarheid* van de empirische veronderstellingen waarvan men in dat verband uitgaat.

In dit verband speelt de eerder besproken moeilijkheid van de per definitie gebrekkige informatiepositie de rechter nogal eens parten.³⁴ Deze moeilijkheid doet zich in bijzonder sterke mate voor wanneer bij de beoordeling van de proportionaliteit van een sanctie ook gevaarsprognoses moeten worden betrokken,³⁵ zoals wanneer de rechter dient te beslissen

31 Zie P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010; M.J. Borgers, ‘Het wettelijke sanctiestelsel en de straftoemetingsvrijheid van de rechter’ (preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), *DD* 2005/11.

32 A. von Hirsch & A. Ashworth, *Proportionate Sentencing*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 138-140.

33 Vgl. K. Warner, ‘Equality before the Law and Equal Impact of Sanctions’, in: L. Zedner & J.V. Roberts (red.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice* (Ashworth-bundel), Oxford: Oxford University Press 2012, p. 225-243.

34 Dan laten we nog daar dat we, bij inschattingen van de mate van verwezenlijking van met sancties nagestreefde doelen, veelal in het duister tasten.

35 Zie A. Ashworth & L. Zedner, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 19; C.S. Steiker, ‘Proportionality as a Limit on Preventive Justice’, in: A. Ashworth, L. Zedner & P. Tomlin (red.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 194-213, vooral p. 207-209.

over de oplegging of verlenging van de maatregel terbeschikkingstelling.³⁶ Maar het probleem speelt evengoed bij de retrospectieve beoordeling van de ‘ernst van het feit’ die maatgevend is voor de zwaarte van de in concreto ‘verdiende’ straf. De ernst van een strafbaar feit is immers afhankelijk van een veelheid van objectieve en subjectieve factoren, waaronder in ieder geval de omvang en ernst van de aan slachtoffer en/of rechtsorde berokkende schade³⁷ en de omvang van de schuld van de dader.³⁸

Voor de bepaling van de omvang van de schuld kunnen aanknopingspunten worden gevonden in de materieelrechtelijke dogmatiek inzake de wettelijke schuldbestanddelen en de schulduitsluitingsgronden. Maar een exacte kwantificering van de individuele schuld kan op basis daarvan natuurlijk nimmer worden bereikt, alleen al doordat de omvang van de schuld mede wordt bepaald door factoren die los staan van het strafbare feit in kwestie, zoals eerdere delictuele ‘wapenfeiten’ waarvan de justitiële documentatie van de dader getuigenis kan afleggen.³⁹ Zo mogelijk nóg ingewikkelder is de taxatie van de impact van een strafbaar feit (en de hoeveelheid ‘genoegdoening’ waarop een slachtoffer aanspraak kan maken).⁴⁰ Duidelijk is dat de vaststelling van een proportionele sanctie altijd een op maat gesneden belangenafweging vergt waarbij inschattingen en de (geoefende) intuïtie van de rechter steeds een belangrijk woordje meespreken.

36 Zie R.W. van Spaendonck, *Meer dan een kwestie van tijd* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 142-147.

37 Door M.P. Vrij ‘subsocialiteit’ genoemd; M.P. Vrij, ‘Ter effening’ (afscheidsrede Groningen [1947]), opgenomen in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 191-209.

38 Daarbij moet worden bedacht dat volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad ‘de stelling, dat geen straf mag worden opgelegd die zwaarder is dan door de schuld van de dader wordt gerechtvaardigd in geen rechtsregel steun vindt’; zie HR 24 juni 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4770, NJ 1969/63, m.nt. Enschedé.

39 Zie Von Hirsch & Ashworth 2005, p. 148-155; Schuyt 2010, p. 139, 157, 264; L. Frijda, ‘De plaats van de persoon van de dader in de straftoemeting en strafmotivering’, *Trema straftoemetingsbulletin* 2001, afl. 2, p. 52-53; J. de Hullu, *Recidive en straftoemeting* (afscheidsrede Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

40 Vgl. T. Kirchengast, ‘Proportionality in Sentencing and the Restorative Justice Paradigm: “Just Deserts” for Victims and Defendants Alike?’, *Criminal Law and Philosophy* 2010, afl. 4, p. 197-213; Von Hirsch & Ashworth 2005, p. 143-146 en 186-219.

Die belangenafweging wordt gestuurd door een bepaalde *normatieve oriëntatie* die niet volledig kan worden gelegitimeerd. De ‘weegschaal’ van de rechter is geïjkt in sociale en culturele waarden die in de loop van de tijd kunnen veranderen. De proportionaliteit van een sanctie is dan ook niet louter een ordinale kwestie en hangt dan ook niet alleen af van de *relatieve* ernst van een delict, ofwel de ordinale verhouding ervan tot andere delicten; zij hangt *uiteindelijk* af van binnen een samenleving heersende – en in het recht gereflecteerde – opvattingen en conventies die in meer *absolute* ofwel *kardinale* zin uitdrukking geven aan de morele afkeuring van een gedraging en de daarbij passend geachte sanctiesoort en -zwaarte.⁴¹

Besluit

Over de vergelding en de daarbij te hanteren maat(staf) raakt men vermoedelijk nooit uitgestreden. Dit is niet verwonderlijk, aangezien de (al dan niet geëxpliciteerde) normatieve gezichtspunten die aan opvattingen over proportionele sanctietoemeting ten grondslag liggen, zijn gegrond in achterliggende retributivistische en/of op preventie geënte straftheorieën.⁴² Oordelen over de proportionaliteit van sancties in kardinale zin zijn daarmee uiteindelijk verankerd in een bepaald *mensbeeld*. En mensbeelden zijn welhaast per definitie controversieel. Groenhuijsen noteerde de volgende scherpzinnige observaties ten aanzien van het mensbeeld achter het in de inleiding genoemde voorstel tot invoering van duidelijk disproportionele minimumstraffen:

‘Het mensbeeld achter dit wetsvoorstel valt terug op dat van de inmiddels twee eeuwen oude klassieke richting: de “*homo economicus*”, de *rationele mens*, die zijn gedrag laat bepalen door de afweging van verwachte lusten en te duchten nadelen. Als dan wordt tegengeworpen dat de latere ontwikkelingen hebben aangetoond dat de wereld zo niet in elkaar steekt,

41 Zie Von Hirsch & Ashworth 2005, p. 138; J. Goh, ‘Proportionality: An Unattainable Ideal in the Criminal Justice System’, *Manchester Student Law Review* 2013, p. 41-72.

42 Vgl. I. Kant, *Reflexionen zur Moralphilosophie*, in: Preußische Akademie der Wissenschaften (red.), *Kant’s gesammelte Schriften*, Band 19, 3. Abteilung, *Handschriftlicher Nachlass*, 6. Band, Berlijn: Walter de Gruyter 1934, p. 97 (nr. 6586.); en F. von Liszt, ‘Der Zweckgedanke im Strafrecht’ [ZStW 1883, Band 3, p. 1-47], opgenomen in: Th. Vormbaum (red.), *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, Heidelberg: Springer 2010, p. 211-223. Zie verder M.S. Groenhuijsen & D. van der Landen, ‘De I.K.V. in het spanningsveld tussen klassieke rechtsbeginselen en moderne rechtsopvattingen’, in: M.S. Groenhuijsen & D. van der Landen (red.), *De Moderne Richting in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 7-34.

volgt als repliek dat er kennelijk te weinig straf is bedreigd om de rechtsgenoot van criminaliteit te weerhouden. En dus volgt een zwaardere strafbedreiging.⁴³

Frappant genoeg roept ook het klassieke proportionaliteitsbeginsel associaties op met rationele calculatie. De allure van wiskundige exactheid is echter bedrieglijk, zoals we zagen. In het strafrecht, dat niet zonder reden door Enschedé ‘recht *ad personam*’ werd genoemd,⁴⁴ staat de verdachte in heel zijn wezen als mens tegenover de rechter. Het proportionaliteitsbeginsel eist dat de persoonlijke omstandigheden van de verdachte en andere per definitie *niet* op precieze waarde te taxeren variabelen steeds in verantwoorde mate in aanmerking worden genomen. Daarbij is de ‘wegende’ Vrouwe Justitia voor haar oordeel aangewezen op haar *redelijkheid, intuïtie, inschatting en menselijke (maat)gevoel*. In zoverre valt het strafrechtelijke proportionaliteitsbeginsel samen met Protagoras’ beroemde *homo mensura*-beginsel.

43 Groenhuijsen 2010, p. 111.

44 Zie H. Franken e.a. (red.), *Ad personam* (Enschedé-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. vi.