

De vergelding voorbij? Een theoretische reflectie over het geïndividualiseerde en niet-vergeldende karakter van de ‘nieuwe’ straf¹

ELLI GILBERT^a

Panopticon, 38 (5), 309-318
© 2017 Maklu | ISSN 0771-1409 | September 2017

- ^a Assistent en doctoraatsstudent, Leuvens Instituut voor Criminologie (LINC), KU Leuven (Corresp.: Elli.Gilbert@kuleuven.be).

1. INLEIDING

Enkele maanden geleden publiceerde de Commissie tot hervorming van het Strafrecht een voorstel van voorontwerp van een nieuw Boek I van het Strafwetboek² (zie ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016). De tekst werd eind maart 2017 door de Raad van State vrijgegeven en is momenteel in handen van de Regering en het Parlement. Het voorstel van voorontwerp werd door de commissieleden (JOËLLE ROZIE en DAMIEN VANDERMEERSCH) eveneens toegelicht in de deelrubriek ‘Penologie en Victimologie’ van de vorige Panopticon-uitgave (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2017). Het ontwerpen van een nieuw Strafwetboek gebeurt noch alle jaren, noch alle decennia en vormt een uitgelezen kans om stil te staan bij en te reflecteren over ons strafbeleid. Het biedt de gelegenheid om te vertrekken vanuit een onderbouwde visie, hetgeen de Commissieleden dan ook betracht hebben. Het op tafel liggende voorontwerp is op zijn minst interessant te noemen, aangezien men geput heeft uit verschillende inzichten en theorieën uit de criminologische wetenschap en deze tracht te integreren in het bestaande kader. De commissie stelt als doel het Strafwetboek meer accuraat, coherent en eenvoudig te maken, waarbij ‘accuraatheid’ onder meer impliceert dat de rechtsregels dienen afgestemd te worden op de uitwerking ervan in de praktijk, dat er evenredigheid dient te zijn tussen de rechtsregel en het nagestreefde doel en dat er afgestapt dient te worden van ‘strafrechterlijke assumpties die niet wetenschappelijk kunnen worden gefundeerd’ (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016, p. 32). Daarnaast raakt men in het voorontwerp een aantal thema’s aan die vanuit criminologisch standpunt aanleiding geven tot verdere reflectie. Deze bijdrage staat stil bij (slechts) twee van deze thema’s, met name de vooropgestelde strafdoelen en de individualisering van de straf.

¹ Met dank aan Prof. Dr. Ivo AERTSEN en Helene DE VOS voor de feedback.

² De Commissie tot hervorming van het strafrecht (ministerieel besluit van 30 oktober 2015) werkte een voorbereidende oriëntatienota alsook een voorstel van hervorming van het Strafwetboek uit. Dit voorontwerp betreft enkel Boek I (de algemene principes), maar ook Boek II (de specifieke delictomschrijvingen) zal een herziening kennen (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016).

2. DE NIET-VERGELDENDE STRAF

In het voorstel van voorontwerp worden, naast de algemene principes van straftoemeting zoals subsidiariteit, proportionaliteit en schadebeperking, vier concrete strafdoelstellingen geëxpliciteerd (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016, 2017). Het betreft de strafdoelstellingen die tevens door de Commissie Holsters werden voorgesteld (zie Commissie “Strafuitvoeringsrechtbanken, externe rechtspositie en straftoemeting”, 2003), mits enkele aanpassingen ontleend aan het Franse recht. De rechter kan één doelstelling *in overweging nemen* bij het toemeten van een straf of kan er meerdere combineren (het motiveren van de strafkeuze door de expliciete vermelding van de nagestreefde strafdoelstelling(en) is blijkbaar geen vereiste). Ten eerste kan men tot doel hebben uiting te geven aan de maatschappelijke afkeuring ten aanzien van het gepleegde feit. Een tweede doelstelling betreft het herstellen van het maatschappelijk evenwicht en de door het misdrijf veroorzaakte schade. Ten derde kan de rehabilitatie en re-integratie van de dader als doelstelling voorop worden gesteld. Een vierde doelstelling betreft het beschermen van de maatschappij. Deze laatste doelstelling kan bereikt worden door middel van afzondering, doch eveneens aan de hand van niet-vrijheidsberovende straffen gericht op de rehabilitatie en re-integratie van de dader. De vrijheidsstraf zelf mag enkel worden uitgesproken in functie van deze laatste doelstelling, de bescherming van de maatschappij. De auteurs stellen immers dat *“ten aanzien van bepaalde veroordeelden de vooropgestelde strafdoelen wellicht nooit zullen kunnen worden bereikt, waardoor de bescherming van de maatschappij voorop moet staan, wat dan moet worden vertaald in het uitspreken van een zware vrijheidsstraf”* (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016, p. 33). Ervan uitgaande dat de auteurs met het begrip vrijheidsstraf enkel de gevangenisstraf bedoelen (ook een elektronisch toezicht, of zelfs een werkstraf of een autonome probatie, beperkt immers de vrijheid van de veroordeelde), ligt dit volledig in lijn met het beginsel van subsidiariteit en het beschouwen van de gevangenisstraf als ultimum remedium.

De auteurs van het voorontwerp stellen daarenboven zeer duidelijk dat leedtoevoeging en vergelding niet langer de primaire insteek van de straf mogen uitmaken (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016, p. 33). Ook hiervoor werd ‘de mosterd gehaald’ bij de Commissie Holsters, zij het dan zonder de achterliggende visie van een communicatieve en participatieve rechtspleging gericht op herstel. Door vergelding niet als doelstelling op te nemen, stapt men af van een overheersend retributief denkmodel. Wel vertrekt de Commissie van de idee dat *“elke sanctie per definitie leedtoevoegend is”* (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2017, p. 277). Volgens verschillende definities van ‘straf’, waaronder deze van HART (2011, p. 197), kan pas van een straf gesproken worden indien deze leed of andere doorgaans als onaangenaam ervaren gevolgen met zich meebrengt. In theorie is een leedtoevoegend karakter dus inderdaad inherent aan het concept ‘straf’, maar voor de praktijk van bestaande straffen is dit niet per se het geval. Werkstraffen kunnen als positief worden ervaren en gevangenisstraffen kunnen effectieve verbeteringen van iemands levensomstandigheden inhouden. Indien het mogelijk wordt een straf op te leggen met, bijvoorbeeld, als enige doel de rehabilitatie en re-integratie van de veroordeelde, maar zonder leedtoevoeging of vergelding als insteek, wordt het in extremis ook mogelijk de dakloze die steelt omdat hij honger heeft bij wijze van straf een gevulde rekening en een huis te schenken. In theorie natuurlijk, daar deze ‘straf’ niet werd opgenomen in de wet en zodoende niet kan worden opgelegd. De Commissie Holsters stelde hierover dat *‘elke conflictoplossing in meer of mindere mate leed veroorzaakt, met name door de dader van de feiten te verplichten om oprecht zijn verantwoordelijkheid op te nemen en om inspanningen te leveren om de aangerichte schade te herstellen’* (Commissie “Strafuitvoeringsrechtbanken, externe rechtspositie en straftoemeting,” 2003, p. 24). De herstelrechtelijke visie die het voorstel van de Commissie Holsters geheel omkadert, zorgt er met andere

woorden voor dat de deur voor dergelijke (mis?)interpretatie van de wet gesloten wordt gehouden, wat nu echter niet het geval is.

In de praktijk kan men er natuurlijk voor zorgen dat de straffen die opgenomen worden in de wet hoe dan ook op de een of andere manier een bepaalde mate van leed toevoegen, waardoor elk van deze straffen inderdaad leedtoevoegend is. Op die manier sluipt het retributieve denkmodel dan toch weer binnen en kan men zich afvragen in welke mate men inderdaad niet langer kan spreken van een 'primaire' leedtoevoegende insteek (de leedtoevoeging zit immers zo in de wet verwerkt dat de strafrechter er zelfs niet omheen kan indien hij of zij dit zou willen). Deze bedenking terzijde gelaten, kan ook de vraag gesteld worden of het achterwege laten van leedtoevoeging als expliciete strafdoelstelling wel wenselijk is.

Over de definitie, doelstellingen, effectiviteit en legitimering van straf werd reeds veel geschreven en gereflecteerd. Ook 'leedtoevoeging' kwam hierbij vaak aan bod (voor een overzicht van dergelijke theoretische modellen en discussies, zie onder andere BROOKS, 2012; DE KEIJSER, 2000; HART, 2011; TONRY, 2011). Anthony DUFF (2011), bijvoorbeeld, gaat uitgebreid in op de functie van leedtoevoeging als reactie op een misdrijf (en als onderdeel van een herstelgerichte conflictoplossing). Volgens DUFF is het herstellen van de schade en het maatschappelijk evenwicht niet mogelijk zonder enige vorm van retributie. Net zoals we een cadeautje geven om onze dankbaarheid symbolisch uit te drukken, dient een dader zijn of haar berouw te versterken door middel van symboliek, daar enkel woorden in dergelijke situaties 'te gemakkelijk' zijn. Er dient een zekere 'reparatie' te zijn, de dader moet het goedmaken op de een of andere manier, door iets in de plaats te doen. Op die manier kan de dader ook berouw tonen naar de ruimere samenleving. Deze reparatie dient volgens DUFF daarenboven een last te zijn voor de dader, hij of zij mag er zeker geen plezier aan beleven. De last dient daarom proportioneel te zijn aan de ernst van de gepleegde feiten. *"He should be burdened, and in that sense pained, by the reparation that he has to make, since it can have the appropriate apologetic meaning only if it is burdensome. [...]. Criminal punishment should aim to bring offenders to recognize, repent and make moral reparation for their crimes, through a process of moral communication with them – a communication which includes some appropriate kinds of penal 'hard treatment'."* (DUFF, 2011, pp. 380–381). Dit sluit tevens aan bij de door de Commissie Holsters beoogde 'inspanningen om de aangerichte schade te herstellen' (cf. supra).

Leedtoevoeging, het opzettelijk leed bezorgen aan de veroordeelde, wordt vaak als wreed en inhumain beschouwd, als een principe dat niet langer te verantwoorden is binnen een moderne en menselijke strafrechtspleging. Zoals ook LEWIS stelt, kan het concept 'menselijkheid' echter een gevaarlijke illusie met zich meebrengen: *"[it] disguises the possibility of cruelty and injustice without end"* (LEWIS, 2011, p. 91). Maatregelen of sancties die vanuit een rehabiliterende en re-integratiebevorderende doelstelling worden opgelegd, kunnen immers ook een strafkarakter hebben en mogelijk als even punitief ervaren worden als deze die vanuit een vergeldende doelstelling worden opgelegd. Sommige rehabilitatieve en/of herstelbevorderende maatregelen worden mogelijk zelfs als punitiever ervaren. Het is niet omdat leedtoevoeging niet langer de primaire doelstelling uitmaakt, dat het leed er met andere woorden niet is. Daarenboven bestaat het gevaar dat het ervaren leed niet langer in proportie is tot de gepleegde feiten, waardoor van een 'rechtvaardige' strafrechtspleging niet langer sprake is.

Of het achterwege laten van leedtoevoeging als primaire strafdoelstelling wel degelijk een wenselijke beslissing is, valt met andere woorden te bediscussiëren. Daarnaast is het nog maar de vraag in welke mate de ruimere gemeenschap en de strafrechtelijke actoren een dergelijke visie zullen onderschrijven. Uit onderzoek blijkt immers dat rechters neigen vast te houden aan de principes van individuele verantwoordelijkheid, vergelding en afschrikking (BEYENS & SCHEIRS, 2010). Of een nieuw strafwetboek hier opeens verandering in

zal brengen, valt ten eerste af te wachten, te meer daar rechters hun keuze niet expliciet dienen te motiveren aan de hand van de strafdoelstelling(en) en deze doelstelling(en) louter ‘in overweging’ dienen te nemen (Art. 26, ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016). Een dergelijke motiveringsvereiste was overigens wel aanwezig in het voorstel van de Commissie Holsters (AERTSEN, 2004).

3. DE GEÏNDIVIDUALISEERDE STRAF

In het (voorstel van) voorontwerp wordt veel belang gehecht aan de individualisering van straffen. Hoewel dit niet in de vooropgestelde wettekst naar voren komt, wordt dit wel geëxpliciteerd in de Memorie van Toelichting en de bijdrage in de deelrubriek van Panopticon. Straffen dienen “geïndividualiseerd, maar gelijkwaardig” te zijn (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2017, p. 276) en aangepast aan de persoonlijke situatie van de veroordeelde (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016, p. 96). Er wordt benadrukt dat aan het uitgangspunt van de individualisering van de straffen niet mag worden geraakt, maar dat tegelijk een gelijkwaardige bestraffing voor iedereen mogelijk moet zijn (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2017, p. 281). Om deze individualisering te faciliteren, staat er een meer gediversifieerd sanctiepalet ter beschikking van de rechter, zodat deze meer flexibiliteit heeft bij het kiezen van de geschikte straf. Naast een aantal andere ingrepen die deze individualisering in de hand werken, kan “*de consistentie worden bevorderd op het niveau van de besluitvorming zonder dat er afbreuk gedaan wordt aan het principe van individualisering van straffen*”, en dit aan de hand van drie maatregelen: een systeem van meelesen van rechterlijke uitspraken, een straftoemetingsdatabank en strafvorderingsrichtlijnen (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016, p. 35).

Hoewel in de mogelijkheid wordt voorzien om zeer flexibel om te springen met het strafpenpalet en de beschikbare straffen op die manier aan te passen aan de persoonlijke situatie van de veroordeelde, gaan de Commissieleden nergens in op hoe deze persoonlijke situatie juist een rol kan spelen in de besluitvorming van de strafrechter. Wat betreft de geldboete wordt dit wel verduidelijkt: indien de veroordeelde zijn of haar preciaire financiële situatie bewijst, kan de rechter bijvoorbeeld onder de minimumstraf duiken (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2017, p. 281). Over andere straffen is het echter nog in het duister tasten in welke mate en vooral op welke manier de rechter dient rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van de veroordeelde. Een individualisering kan immers verschillende zaken inhouden en impliceert voldoende kennis over de situatie van de gestrafte. Wanneer men de literatuur raadpleegt betreffende geïndividualiseerde straffen, gaat het doorgaans over straffen in functie van de gevaarlijkheid van de dader, of in functie van hun behandeling, zelden in functie van hun persoonlijke omstandigheden of hoe zij de straf zouden ervaren. Ook dit biedt dus niet meteen soelaas.

De straf dient aangepast te zijn aan de omstandigheden van de dader (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016). Dit wil zeggen dat de rechter, alvorens een straf toe te meten, zicht dient te hebben op deze omstandigheden. Om dit mogelijk te maken, kan het openbaar ministerie of de rechter “*de opdracht geven een voorlichtingsrapport op te stellen teneinde de pertinente informatie te verstrekken die van aard is de rechter in te lichten over de opportuniteit van de overwogen straffen of maatregelen*” (art. 29, ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016). Hoewel de bestaande beknopte voorlichtingsrapporten of maatschappelijke enquêtes enkel kunnen aangevraagd worden in functie van het opleggen van een niet-vrijheidsberovende straf (Koninklijk Besluit van 7 juni 2000 tot bepaling van de algemene principes inzake het gebruik van de maatschappelijke enquête en het beknopt voorlichtingsrapport in strafzaken, B.S. 10 juni 2000), lijkt dit nieuwe ‘voorlichtingsrapport’ in functie van elke overwogen straf te kunnen worden opgevraagd. Of deze rapporten de strafrechters effectief voldoende zicht zullen bieden op de persoonlijke situatie van de dader, valt af te wachten. Uit onderzoek

blijkt immers onder meer dat rechters vaak teleurgesteld zijn in dergelijke verslagen daar de informatie niet steeds volledig is (of zelfs onjuist) en niet voldoet aan hun verwachtingen. Ook trekt men de objectiviteit van de justitieassistenten in twijfel (BEYENS & SCHEIRS, 2010). De impact van dergelijke verslagen op het oordeel van de rechter is met andere woorden beperkt. Daarnaast valt nog af te wachten in welke mate de rechters opdracht zullen geven tot het opmaken van deze voorlichtingsrapporten en of zij dit voor elke zaak gaan doen. Dit brengt immers een aanzienlijke werklast met zich mee voor de justitieassistenten, en een mogelijke vertraging van de rechtsgang. De door de Commissie Holsters voorgestelde ‘straftoemeticsadviseur’, die de rechter kan bijstaan bij het bepalen van de meest geschikte straf en het ontwikkelen van een straftoemeticsbeleid (AERTSEN, 2004; Commissie “Strafuitvoeringsrechtbanken, externe rechtspositie en straftoemeting”, 2003), zou een antwoord kunnen bieden op bovenstaande bedenkingen en zo een geïndividualiseerde straftoemeting beter mogelijk maken. Deze functie komt in het huidige voorstel echter niet meer aan bod.

Indien men de straf effectief wil afstemmen op de persoonlijke situatie van de veroordeelde en men zowel de proportionaliteit van de straf ten aanzien van het misdrijf als de schadebeperking eveneens belangrijk acht, kan het interessant zijn de subjectieve ervaring van de gestrafte (tot op zekere hoogte) mee in rekening te brengen. Een proportionele straf houdt namelijk in dat de strafzwaarte evenredig is met de ernst van de gepleegde feiten. Om deze evenredigheid na te gaan, is het echter noodzakelijk inzicht te hebben in de ernst van het misdrijf en de mate waarin men daadwerkelijk schuld treft enerzijds en de zwaarte van de straf of sanctie anderzijds. Pas dan kan men nagaan welke straf bij welke feiten hoort om te kunnen spreken van rechtvaardigheid (LAPPI-SEPPÄLÄ, 2011, pp. 240–241). Deze strafzwaarte kan bekeken worden vanuit het standpunt van de straftoemeter, maar ook vanuit het standpunt van het slachtoffer of van de gestrafte (hierover verder meer). Daarnaast streeft men naar een beperking van de nadelige gevolgen van de straf (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2017). Dit niet alleen wat betreft de nadelige gevolgen voor de gestrafte zelf, maar ook voor betrokken personen, hun omgeving en de samenleving. *“Indien twee verschillende straffen hetzelfde resultaat kunnen bereiken, dient geopteerd te worden voor de straf die het minste leed veroorzaakt.”* (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016, p. 96). Meer nog, het strafrechtelijk optreden dient geheel te worden vermeden indien het meer schade zou aanbrengen dan het misdrijf zelf (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016). Ook in dit opzicht kan meer zicht op de subjectieve beleving van de straf noodzakelijke informatie opleveren om deze schadelijke gevolgen correcter te kunnen inschatten. Zonder te poneren dat de subjectief ervaren strafzwaarte effectief mee in rekening dient te worden genomen bij het kiezen van de straf en strafmaat (zowel qua wenselijkheid als qua praktische toepassing is dit eerder complex en behoeft dit verder onderzoek), is het op zijn minst interessant hierover te reflecteren.

4. DE SUBJECTIEVE STRAFZWAARTE

“Punishment is not just something that is done—it is something that is done to people and experienced by people. And the subjectivity of the people who are punished matters.” (SEXTON, 2015, p. 115)

Een straf is in eerste instantie iets onaangenaam. Dit wil zeggen dat het een ervaring betreft en dus iets subjectief. De ruimere context van een individu, alsook eerdere ervaringen, attitudes en meningen, zullen met andere woorden deze ervaring mee vormen. We kunnen ons heel goed voorstellen hoe een financiële straf de minderbedeelden meer leed toebrengt dan de meer welgestelden, maar ook andere straffen worden verschillend ervaren al naargelang de context en persoonlijke situatie. Vaak wordt een straf qua zwaarte bijvoorbeeld

beoordeeld volgens de mate van vrijheidsberoving. Op die manier komt men doorgaans tot de conclusie dat de gevangenisstraf (ten uitvoer gebracht in een gesloten gevangenis) de meest zware straf is. Deze redenering veronderstelt echter dat 'vrijheid', en daarmee ook 'beperking van vrijheid' voor iedereen even belangrijk is. Dit is echter niet steeds het geval. Bewegingsvrijheid of keuzevrijheid kunnen bijvoorbeeld belangrijk zijn voor iemand met een eerder rebels karakter, maar minder essentieel voor een volgzaam persoon. Voor de eerste kan eenzelfde vrijheidsbeperking als een ernstigere deprivatie worden ervaren dan voor de tweede. Ook de mate waarin bepaalde normen worden gewaardeerd door individuen, bepaalt hoe zwaar zij een eventuele aantasting ervan ervaren (HAYES, 2016). HALLEVY (2013) beschouwt straf dan ook als een relatief concept, daar de ene iets als een straf kan ervaren wat door de andere (zelfs) als een beloning wordt aanzien. De subjectieve strafzwaarte kan dan ook gedefinieerd worden als de intensiteit van de straf zoals deze wordt ervaren door de gestrafte zelf. Het gaat niet over wat een straf is, maar over hoe bestraffend of punitief deze is (SEXTON, 2015). SEXTON (2015) onderscheidt naast 'strafzwaarte' de aanwezigheid van de straf in iemands leven ('*salience*'). Dit betreft de mate waarin de straf in iemands leven is doorgedrongen. In tegenstelling tot wat men zou verwachten, is deze mate van aanwezigheid niet recht evenredig met de ervaren strafzwaarte. De relatie is in tegendeel eerder complex en is afhankelijk van de verwachtingen van de veroordeelde (voor meer info, zie SEXTON, 2015).

Reeds verschillende auteurs hielden een pleidooi voor het mee in beschouwing nemen van de subjectieve ervaring van de veroordeelde bij het beoordelen van de strafzwaarte (BENTHAM, 1982; KOLBER, 2009; PETERSILIA, 1990; RAAIJMAKERS, DE KEIJSER, NIEUWBEERTA, DIRKZWAGER, & REEF, 2014). Vaak wordt immers verondersteld dat straffen net zo worden ervaren als dat ze in theorie bedoeld zijn (overeenstemmend met het veronderstelde continuüm van straffen), maar uit tal van studies blijkt dat dit niet steeds het geval is (APLEGATE, SMITH, SITREN, & FAREILLO SPRINGER, 2008; CROUCH, 1993; MAY & WOOD, 2005; PETERSILIA & DESCHENES, 1994; RAAIJMAKERS et al., 2014; VAN GINNEKEN & HAYES, 2017; VANHAELEMEESCH, VANDER BEKEN, & VANDELVELDE, 2014; WILLIAMS, MAY, & WOOD, 2008). Zo bleek uit een studie van VANHAELEMEESCH (2015) onder andere dat sommige veroordeelden een elektronisch toezicht punitiever ervoeren dan een gevangenisstraf. SHAMMAS beschreef zelfs een aantal 'pains of freedom', verwijzende naar het typische lijden bij straffen die minder vrijheidsberovend zijn (SHAMMAS, 2014). De niet- of minder vrijheidsberovende straffen vereisen immers doorgaans meer zelfdiscipline (BEYENS, BAS, & KAMINSKI, 2007) en confronteren de gestrafte meer met potentiële verleidingen (VANHAELEMEESCH, 2015) en de absolute vrijheid (DE VOS & GILBERT, 2017). De ervaren strafzwaarte komt met andere woorden niet steeds overeen met de mate van vrijheidsberoving (DE VOS & GILBERT, 2017).

Daarnaast impliceren straffen een (al dan niet intentionele) leedtoevoeging, waardoor het van belang is straffen te kunnen rechtvaardigen (HAYES, 2016). Een legitieme straf is (volgens het voorstel van voorontwerp) proportioneel ten aanzien van de gepleegde feiten. Om deze proportionaliteit na te gaan, dient men dus zicht te krijgen op de ernst van het misdrijf en de mate van schuld enerzijds en de zwaarte van de straf anderzijds. In het nieuwe voorontwerp wordt hieraan tegemoet gekomen door de hoofdstraffen in niveaus onder te verdelen: "*Per niveau bepaalt de wet welke straffen kunnen opgelegd worden en wat het concrete gevolg is van de eventuele aanneming van verzachtende omstandigheden*" (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2017, p. 280). Een bepaald delict zal zo aan een concreet strafniveau worden gekoppeld, wat op zich een duidelijke en eenvoudige manier is om de in de wet voorziene proportionaliteit tussen misdrijf en straf te garanderen. Zoals uit bovenstaande paragraaf blijkt, bestaan er echter grote verschillen in ervaren strafzwaarte, wat maakt dat een 'geüniformeerde' strafmaat in functie van het misdrijf voor de ene veroordeelde rechtvaardiger zal zijn dan voor de andere. Enkel door zicht te krijgen op deze door de veroordeelde ervaren strafzwaarte, kan men het strafbeleid beter afstemmen op de sociale realiteit om tot een

rechtvaardiger strafbeleid te komen (HAYES, 2016). Voor een bepaald misdrijf kan zo immers een 'rechtvaardige' straf worden bepaald (ERICKSON & GIBBS, 1979; KOLBER, 2009): *"Any justification that ignores subjective experience [...] is incomplete and doomed to fail. The reason is simple: One should not purposefully or knowingly inflict substantial pain or distress on a person without some justification for doing so. ... The reason we seek to justify punishment in the first place is to understand why we are permitted to subject offenders to the hard treatment of punishment."* (KOLBER, 2009, p. 197). Men onderzoekt de ervaren strafzwaarte niet om het lijden te rechtvaardigen, maar net om te weten wat gerechtvaardigd dient te worden. Het strafbeleid dient immers rechtvaardig te zijn zoals het is, en niet in zijn ideale, theoretische vorm of hoe het bedoeld wordt (HAYES, 2016).

Ook in functie van enkele andere strafdoelen of -beginselen kan het van belang zijn de subjectieve strafzwaarte mee in beschouwing te nemen (RAAIJMAKERS et al., 2014). Zo zal een straf slechts een afschrikkend effect hebben op de individuele dader (in functie van recidivebeperking) wanneer deze gepercipieerd wordt als zwaar en dus te vermijden (APPLEGATE et al., 2008; CROUCH, 1993; ERICKSON & GIBBS, 1979; PETERSILIA, 1990; RAAIJMAKERS et al., 2014). Afschrikking is echter, net als vergelding, geen expliciete strafdoelstelling meer volgens het voorontwerp (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016). Wel wordt subsidiariteit in het voorontwerp belangrijk geacht. Indien er al een strafrechtelijk optreden gewenst is, dient er volgens de Commissieleden geopteerd te worden voor de minst zware straf die mogelijk is, aangezien een zwaardere straf noch voor de veroordeelde, noch voor slachtoffer(s) en samenleving steeds de beste oplossing is (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016). Zonder zicht te hebben op de eigenlijke ervaren strafzwaarte, is het echter perfect mogelijk dat een veroordeelde in relatie tot de gepleegde feiten een voor hem of haar veel te zware straf ondergaat, met mogelijke ongewenste effecten hiervan tot gevolg. Voor het principe van gelijkwaardigheid, tot slot, kan de subjectieve ervaring eveneens van belang zijn, hoewel dit afhangt van de manier waarop men 'gelijkheid' definieert. Streeft men 'formele' gelijkheid na, dan is het van belang dat mensen op eenzelfde wijze worden behandeld, terwijl bij een 'materiële' gelijkheid evenwaardige resultaten worden nagestreefd. In dit laatste geval is het essentieel om met de subjectieve beleving rekening te houden (RAAIJMAKERS et al., 2014).

5. BEDENKINGEN EN CONCLUSIE

Ervan uitgaande dat de strafervaring een subjectief gegeven is, kan een onderscheid gemaakt worden tussen de straf zoals ze wordt opgelegd, de straf zoals ze wordt uitgevoerd en de straf zoals ze wordt ervaren (SEXTON, 2015). Een vraag die zich telkens opdringt wanneer men strafzwaarte in kaart wil brengen, betreft het onderscheid tussen het leed waartoe men bij het opleggen van de straf daadwerkelijk de intentie had (zoals de vrijheidsberoving *an sich*) en het niet-intentionele leed dat de straf eventueel eveneens met zich meebrengt. Straf wordt bij definitie immers vaak gelimiteerd tot 'intentionele leedtoevoeging', suggererend dat het potentiële niet-intentionele leed geen onderdeel uitmaakt van de straf. VAN GINNEKEN en HAYES (2017) maken in dit opzicht een onderscheid tussen objectivisten en subjectivisten. Waar de objectivisten 'straf' beperken tot de intentionele leedtoevoeging, beschouwen de subjectivisten 'straf' iets ruimer door de subjectieve strafervaring mee in rekening te brengen. Een belangrijk risico van het subjectivistische perspectief is dat men het strafconcept gaat 'over-definiëren', waardoor uiteindelijk elke negatieve ervaring volgende op de veroordeling als een straf aanzien kan worden. De objectivisten daarentegen ontkennen dan weer dat eenzelfde straf erg verschillend kan ervaren worden door verschillende veroordeelden en hebben zo geen oog voor de sociale realiteit, die onontbeerlijk is voor de legitimering van de straf. Er kan in die zin een onderscheid gemaakt worden tussen pijnlijke gevolgen van de straf (de intentionele of niet-intentionele 'pains') en de schadelijke gevol-

gen van de straf. Niet alle pijnlijke gevolgen zijn schadelijk, en schadelijke gevolgen kunnen nog steeds aanwezig zijn na beëindiging van de straf. De schadelijke gevolgen kunnen de re-integratie rechtstreeks negatief beïnvloeden en dienen dus vermeden te worden. Dit betekent echter niet dat alle leed vermeden dient te worden, daar er veel leedtoevoeging kan worden ervaren terwijl de straf toch de re-integratie bevordert (voor meer informatie, zie DE VOS & GILBERT, 2017).

Rekening houden met het subjectieve en ervaren lijden bij het bepalen van een proportionele straf, impliceert dat leedtoevoeging een essentieel onderdeel van de straf uitmaakt (HAYES, 2016; SEXTON, 2015). Hoewel in het nieuwe (voorstel van) voorontwerp leedtoevoeging geen primaire doelstelling is, wordt er wel vertrokken vanuit de idee dat leedtoevoeging inherent is aan de straf. Tegelijk streeft men naar een beperking van de nadelige gevolgen van de straf (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2017). Meer nog, het strafrechtelijk optreden dient geheel te worden vermeden indien het meer schade zou aanbrengen dan het misdrijf zelf (ROZIE & VANDERMEERSCH, 2016). In die zin lijkt het van essentieel belang voldoende zicht te krijgen op de nadelige gevolgen van de straf zoals effectief ervaren door de gestrafte, zij het met het hierboven besproken onderscheid tussen leed (of '*pains*') enerzijds en de re-integratie bemoeilijkende schade anderzijds in gedachten.

Men kan de subjectieve strafervaring enkel retrospectief in kaart brengen. Ook al kan men hier na zeer uitgebreid empirisch onderzoek misschien enkele algemene conclusies uit trekken, dan nog stelt dit ons niet in staat om voorspellingen te maken betreffende hoe een bepaalde straf door een bepaalde persoon zal ervaren worden, net omwille van de unieke omstandigheden en kenmerken van elk individu (HAYES, 2016; SEXTON, 2015). Wel draagt dit retrospectieve perspectief bij tot de kennis van strafzwaarte zoals deze ervaren wordt door de gestrafte (tegenover hoe deze bedoeld wordt door de straftoemeter). Het maatschappelijk bewustzijn vergroot en men krijgt meer inzicht in welk lijden beschouwd kan worden als straf, welke factoren de zwaarte van de straf beïnvloeden en in welke omstandigheden en hoe effectief bepaalde strafvormen zijn in hun functie als straf. Daarenboven krijgt men meer zicht op het punitieve karakter van de zogenaamd 'softere' en minder zware 'alternatieve sancties', zodat men naast de vrijheidsberoving ook het punitieve karakter van andere soorten van straffen begrijpt (HAYES, 2016). Dergelijk inzicht kan de rechter helpen in het reflecteren over en vormgeven aan zijn of haar strafpraktijk.

Vanuit een idee van schadebeperking dient volgens het voorstel van voorontwerp gekozen te worden voor de straf die de minste schade veroorzaakt (cf. supra). In die zin lijkt het van essentieel belang zicht te hebben op de aard en de mate van leed en schade dat een bepaalde straf effectief veroorzaakt voor een gestrafte, te meer daar leedtoevoeging als in steek bij het straffen volgens de Commissieleden dient vermeden te worden. Wat betreft de geldboete werd hiertoe reeds een suggestie geformuleerd. Het verschil in ervaren strafzwaarte kan bij een geldboete nu eenmaal op een meer eenvoudige manier worden in kaart gebracht. Een 'accurate' strafwetgeving impliceert een afstemming tussen rechtsregels en hun praktische uitwerking, een evenredigheid tussen rechtsregels en nagestreefde doelstellingen en een afstappen van assumpties die niet wetenschappelijk gefundeerd zijn. Door het vergroten van het inzicht in de door de veroordeelde ervaren strafzwaarte van alle mogelijke hoofdstraffen kan met andere woorden optimaal gestreefd worden naar accurate en rechtvaardige strafrechtspleging waarbij de veroordeelde zo min mogelijk onnodig leed wordt toegebracht.

REFERENTIES

- AERTSEN, I. (2004). Strafdoelen en sancties: voorstellen van de commissie straftoemeting. In D. VAN DAELE & I. VAN WELZENIS (Eds.), *Actuele thema's uit het strafrecht en de criminologie* (pp. 15–30). Leuven: Universitaire Pers Leuven.
- APPLEGATE, B. K., SMITH, H. P., SITREN, A. H., & FARIELLO SPRINGER, N. (2008). From the Inside: The Meaning of Probation to Probationers. *Criminal Justice Review*, 34(1), 80–95.
- BENTHAM, J. (1982). Of circumstances influencing sensibility. In J. H. BURNS & H. L. A. HART (Eds.), *An introduction to the principles of morals and legislation* (pp. 51–73). London and New York: Methuen.
- BEYENS, K., & SCHEIRS, V. (2010). Sociale voorlichtingsrapporten in het kader van straftoemeting: tussen brugfunctie en professioneel strijdtoneel. *Panopticon: Tijdschrift Voor Strafrecht, Criminologie En Forensisch Welzijnswerk*, 2, 6–25.
- BEYENS, KRISTEL, BAS, R., & KAMINSKI, D. (2007). Elektronisch toezicht in België. Een schijnbaar penitentiair ontstoppingsmiddel. *Panopticon: Tijdschrift Voor Strafrecht, Criminologie En Forensisch Welzijnswerk*, 28(3), 21–40.
- BROOKS, T. (2012). *Punishment*. Abingdon, Oxon ; New York, NY: Routledge.
- COMMISSIE “STRAFUITVOERINGSRECHTBANKEN, EXTERNE RECHTSPOSITIE EN STRAFTOEMETING.” (2003). *Eindverslag. Deel II – Straftoemeting*.
- CROUCH, B. M. (1993). Is incarceration really worse? Analysis of offenders' preferences for prison over probation. *Justice Quarterly*, 10(1), 67–88.
- DE KEIJSER, J. W. (2000). *Punishment and purpose. From Moral Theory to Punishment in Action*. Amsterdam: Thela Thesis.
- DE VOS, H., & GILBERT, E. (2017). Freedom, so close but yet so far. The impact of ongoing confrontation with freedom on the perceived severity of punishment. *European Journal of Probation*, 9(2), 132–148.
- DUFF, R. A. (2011). Restorative Punishment and Punitive Restoration. In M. H. TONRY (Ed.), *Why punish? How much?: a reader on punishment* (pp. 367–382). Oxford ; New York, N.Y: Oxford University Press.
- ERICKSON, M. L., & GIBBS, J. P. (1979). On the perceived severity of legal penalties. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 70(1), 102–116.
- HALLEVY, G. (2013). Punishment as Part of Modern Criminal Law Theory. In G. HALLEVY, *The Right to Be Punished* (pp. 1–14). Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg.
- HART, H. L. A. (2011). Prolegomenon to the Principles of Punishment. In M. H. TONRY (Ed.), *Why punish? How much?: a reader on punishment* (pp. 195–205). Oxford; New York, N.Y: Oxford University Press.
- HAYES, D. J. (2016). Penal Impact: Towards a More Intersubjective Measurement of Penal Severity. *Oxford Journal of Legal Studies*, 36(4), 724–750.
- KOLBER, A. J. (2009). The subjective experience of punishment. *Columbia Law Review*, 109, 182–236.
- LAPPI-SEPPÄLÄ, T. (2011). Sentencing and Punishment in Finland: The Decline of the Repressive Ideal. In M. H. TONRY (Ed.), *Why punish? How much?: a reader on punishment* (pp. 239–254). Oxford ; New York, N.Y: Oxford University Press.
- LEWIS, C. (2011). The Humanitarian Theory of Punishment. In M. H. TONRY (Ed.), *Why punish? How much?: a reader on punishment* (pp. 91–96). Oxford; New York, N.Y: Oxford University Press.
- MAY, D. C., & WOOD, P. B. (2005). What Influences Offenders' Willingness to Serve Alternative Sanctions? *The Prison Journal*, 85(2), 145–167.
- PETERSILIA, J. (1990). When probation becomes more dreaded than prison. *Federal Probation*, 54(1), 23.

- PETERSILIA, JOAN, & DESCHENES, E. P. (1994). What Punishes? Inmates rank the Severity of Prison vs Intermediate Sanctions. *Federal Probation*, 58(1), 3–8.
- RAAIJMAKERS, E., DE KEIJSER, J., NIEUWBEERTA, P., DIRKZWAGER, A., & REEF, J. (2014). De subjectieve zwaarte van detentie. Een empirisch onderzoek. *Tijdschrift Voor Criminologie*, 56(1), 60–80.
- ROZIE, J., & VANDERMEERSCH, D. (2016). *Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*. Brugge: die Keure.
- ROZIE, J., & VANDERMEERSCH, D. (2017). Op zoek naar de optimale straf. De krachtlijnen m.b.t. de bestraffing van het (voorstel van) voorontwerp van nieuw Boek I van het Strafwetboek in kaart gebracht. *Panopticon: Tijdschrift Voor Strafrecht, Criminologie En Forensisch Welzijnswerk*, 4, 276–284.
- SEXTON, L. (2015). Penal subjectivities: Developing a theoretical framework for penal consciousness. *Punishment & Society*, 17(1), 114–136.
- SHAMMAS, V. L. (2014). The pains of freedom: Assessing the ambiguity of Scandinavian penal exceptionalism on Norway's Prison Island. *Punishment & Society*, 16(1), 104–123.
- TONRY, M. (Ed.). (2011). *Why punish? How much? A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press.
- VAN GINNEKEN, E. F., & HAYES, D. (2017). "Just" punishment? Offenders' views on the meaning and severity of punishment. *Criminology & Criminal Justice*, 17(1), 62–78.
- VANHAELEMEESCH, D., VANDER BEKEN, T., & VANDEVELDE, S. (2014). Punishment at home: Offenders' experiences with electronic monitoring. *European Journal of Criminology*, 11(3), 273–287.
- VANHAELEMEESCH, DELPHINE. (2015). *De beleving van het elektronisch toezicht in vergelijking met de gevangenisstraf*. Gent: Universiteit Gent: Vakgroep Criminologie, Strafrecht en Sociaal Recht.
- WILLIAMS, A., MAY, D. C., & WOOD, P. B. (2008). The Lesser of Two Evils? A Qualitative Study of Offenders' Preferences for Prison Compared to Alternatives. *Journal of Offender Rehabilitation*, 46(3–4), 71–90.