

De I.K.V. in het spanningsveld tussen klassieke rechtsbeginselen en moderne rechtsopvattingen

Groenhuijsen, M.S.; van der Landen, D.

Published in:

De moderne richting in het strafrecht

Publication date:

1990

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Groenhuijsen, M. S., & van der Landen, D. (1990). De I.K.V. in het spanningsveld tussen klassieke rechtsbeginselen en moderne rechtsopvattingen. In M. S. Groenhuijsen, & D. van der Landen (Eds.), *De moderne richting in het strafrecht: Theorie, praktijk, latere ontwikkelingen en actuele betekenis* (pp. 7-93). Gouda Quint.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

prof.mr. M.S. Groenhuijsen, mr. D. van der Landen

De I.K.V. in het spanningsveld tussen klassieke

rechtsbeginselen en moderne rechtsopvattingen

1. Probleemstelling

Het debat tussen criminalisten is niet zelden polemisch van aard. Dit is allerm minst verwonderlijk, gezien de grote en gevarieerde belangen die er in de strafrechtsbedeling op het spel staan. Daarbij komt nog dat de criminaliteit - en de bestrijding daarvan - appelleert aan de emoties van een grote groep burgers in de samenleving. In deze omstandigheden is het vanzelfsprekend dat verschillen van inzicht over dit thema doorgaans niet met de mantel der liefde worden bedekt, maar daarentegen veelvuldig en scherp worden geprofileerd.

Dit was ook het geval in de wetenschappelijke discussie die aan het eind van de vorige eeuw op gang werd gebracht door aanhangers van de zogenaamde 'moderne richting' in het strafrecht. Deze schrijvers attackeerden zo ongeveer alle heilige huisjes van wat vanaf die periode de klassieke richting ging heten. De botsing van ideeën had vooral betrekking op twee kwesties: enerzijds de wijze waarop de strafrechtswetenschap zou

moeten worden beoefend en anderzijds de theorie inzake de aard en het doel van de straf.

In dit opstel zal worden nagegaan welke samenhang er bestaat tussen deze twee onderwerpen. Naar ons voorlopig oordeel kan een visie op de strafrechtswetenschap namelijk niet geheel worden losgemaakt van een bepaalde straftheorie. Deze hypothese kan worden getest door tot in de details te onderzoeken in welke mate en op welke gronden de leden van de Internationale Kriminologische Vereniging (I.K.V.) de klassieke rechtsbeginselen wensten te behouden.

Aan het eind van de 18e eeuw vond een herwaardering plaats van de positie van het individu in de samenleving. Met name het concept 'burgerschap' had belangrijke implicaties voor de verhouding van de mens tot de staat c.q. de overheid. Deze notie ligt o.a. ten grondslag aan de 'Déclaration des droits de l'homme et du citoyen', waarin tevens enkele bijbehorende basisideeën omtrent de inrichting van de strafrechtspleging zijn neergelegd. In de onderstaande paragrafen zal nog worden uitgewerkt welke crimineel-politieke consequenties werden verbonden aan het toenmalige individualistische en indeterministische mensbeeld. Waar het op deze plaats in het betoog om gaat is dat deze uitgangspunten de ideeële en de theoretische bouwstenen vormden waarmee de klassieke rechtsbeginselen werden geïntroduceerd. Zoals bekend hadden deze beginselen, waarvan de inhoud hieronder nog aan de orde komt, vooral de strekking om de repressieve macht van de overheid te beperken om op te treden tegen de burger.

Welnu, op het eerste gezicht ligt het voor de hand dat een drastische verandering van de genoemde uitgangspunten zal moeten leiden tot het verlaten van de (daarop

berustende) rechtsbeginselen. Maar zo simpel ligt de zaak niet. Een rechtsstelsel is geen produkt van formele logica. De verschillende - regelmatig zelfs concurrerende - normatieve gezichtspunten die het systeem of de dogmatiek van het strafrecht bepalen, kunnen niet met elkaar in verbinding worden gebracht in de termen van het traditionele syllogisme: premisse, maior, minor en conclusie. De verhouding tussen de verschillende elementen van een visie op de straf en de strafrechtswetenschap is ingewikkelder. Daarom moeten we een nauwkeurig bronnenonderzoek verrichten om na te gaan in welke mate de aanhangers van de moderne richting afstand namen van de rechtsbeginselen die centraal stonden in het klassieke strafrecht. Daarbij moet de aandacht in het bijzonder worden gericht op de argumenten waarmee de diverse standpunten daaromtrent werden verdedigd, aangezien langs die weg de principiele betekenis van de nieuwe theorievorming het beste kan worden achterhaald.

Ter noodzakelijke voorbereiding van ons onderzoek zal eerst een korte uiteenzetting worden gegeven over het (neo-) klassieke strafrecht, met name over de daarin vigerende straftheorie, de rechtsbeginselen en het sanctiestelsel (§ 2). Daarna worden de termen misdaad en straf beschreven vanuit het perspectief van de moderne richting (§ 3). In § 4 wordt dan de tegenstelling blootgelegd tussen de klassieke idealen en de moderne strafrechtstheoretische uitgangspunten.

Vervolgens worden de algemene beschouwingen genuanceerd en verfijnd, door te demonstreren dat er binnen de gelederen van de I.K.V. nog bepaald verschillend werd aangekeken tegen vele belangrijke vraagpunten. Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan de bijdragen van prominente figuren als Von Liszt (§ 5), G.A. van Hamel (§ 6), Prins (§ 7), en

Garofalo (§ 8). De discussie binnen de I.K.V. met en tussen de minder toonaangevende leden wordt weergegeven in de paragrafen 9 e.v. Daarna volgt een gedetailleerd relaas over de drie belangrijkste onderwerpen die binnen de vereniging uitvoerig zijn besproken: resp. het probleem van de vrijheidsstraf (§ 10), het strafrechtelijk optreden tegen jeugdige a-socialen (§ 11) en de sancties tegen recidivisten (§ 12). Ons opstel wordt afgerond met enkele conclusies (§ 13).

2. Het klassieke strafrecht: straftheorie, rechtsbeginselen en sanctiestelsel

Het is in de juridische literatuur gangbaar om te schrijven over 'klassiek', 'neo-klassiek' en 'modern' strafrecht. Op goede gronden kan worden betoogd dat in dat verband zorgvuldig moet worden onderscheiden tussen enerzijds een bepaalde rechtspraktijk en anderzijds de gemeenschappelijke uitgangspunten, de algemene ideeën, die in de doctrine leiden tot schoolvorming.¹ Voor de navolgende beschouwing is het niet van belang of 'het' klassieke strafrecht ooit in zuivere vorm is gepraktiseerd. Evenmin wordt het centrale probleem gevormd door de verschillen die nog kunnen worden gesignaleerd in de denkbeelden van uiteenlopende aanhangers van de klassieke school, of de voorlopers daarvan. Voor het doel van dit betoog kan het 'normale', ook in de handboeken gangbare gebruik van de term

1. Het lijkt ons weinig zinvol om lang stil te staan bij de vraag of we dienen te spreken over de klassieke school of over de klassieke richting (c.q. de moderne school danwel de moderne richting). Gelet op de nuancering die elders in de tekst steeds wordt aangebracht, gebruiken we beide termen door elkaar.

'klassiek strafrecht' worden geaccepteerd. Daarbij zullen wij op de daarvoor geëigende momenten aangeven of wij het oog hebben op de doctrine of op de rechtspraak.

Het klassieke ideaal van een eenvormige straffenpolitiek is b.v. duidelijk te herkennen in het in 1886 in werking getreden Nederlandse wetboek van strafrecht. Het daarin neergelegde stelsel bestaat, beperkt tot de hoofdstraffen, uit een vermogensstraf (de geldboete) en twee vrijheidsstraffen (de gevangenis en de hechtenis). De gevangenisstraf wordt als de voornaamste straf beschouwd. Deze sanctie is in beginsel voor alle veroordeelden gelijk en wordt in cellulaire afzondering ondergaan.² Doel van de solitaire opsluiting is het voorkomen van kwade beïnvloeding van de gevangene tijdens de detentie (de zogenoemde 'criminele infectie') en het bevorderen van zedelijke verbetering. Andere overwegingen waren o.a. dat de uniformiteit van het penitentiaire regime een objectieve toemeting van de straf zou vergemakkelijken en dat het eenzame verblijf in de cel, in vergelijking met de tenuitvoerlegging in gemeenschap, als een zwaarder leed wordt ervaren en derhalve afschrikwekkender zal werken. De hechtenis is ten opzichte van de gevangenisstraf de lichtere vrijheidsstraf. Deze sanctie wordt tegen minder ernstige delicten bedreigd en behoeft niet in afzondering te worden ondergaan. Aan de geldboete komt vergelijkenderwijs slechts een beperkte plaats toe. Deze straf kan slechts worden opgelegd bij overtredingen.

2. Zie omtrent dit uitgangspunt en de afwijkingen in de rechtspraak P.C. Vegter, Vormen van detentie, diss. Nijmegen, Arnhem 1989, p. 11 e.v.

In de memorie van toelichting is helder uiteengezet wat de wetgever verwachtte van de werking van dit eenvoudige sanctiestelsel: 'Hoe minder straffen toch, hoe gemakkelijker hare onderlinge vergelijking; en zonder zodanige vergelijking is gene toebedeling van de straf in juiste verhouding tot de betrekkelijke zwaarte der misdrijven mogelijk'.³

Dit verband tussen de maat van de straf en de zwaarte van de misdaad is naar ons oordeel te beschouwen als een archimedisch punt van het klassieke strafrecht. Het enorme gewicht dat aan dit zogenaamde proportionele vergeldingsbeginsel werd toegekend is te verklaren uit een aantal axiomata die samen de klassieke strafrechtstheorie vormen:

1. Een indeterministisch mensbeeld. Deze these omtrent het wezen van de mens luidt bondig geformuleerd: De mens is vrij in zijn handelen, hij kan kiezen het goede te doen en het kwade na te laten; kiest hij het kwade dan is hij uit de aard der zaak voor die keuze verantwoordelijk.

2. Het schuldbeginsel. Door het kwade te kieszen laadt de delinquent schuld op zich. Juist omdat de dader anders kon en moest handelen valt hem van zijn handelen een verwijt te maken.

3. De vergeldingsgedachte. Vanwege zijn schuld heeft de delinquent straf verdiend. Deze stelling werd verschillend uitgewerkt, afhankelijk van de omstandigheid of men een absolute ('quia peccatum') danwel een relatieve straftheorie ('ne peccetur')

3.H.J Smidt, De geschiedenis van het wetboek van strafrecht, eerste druk, Haarlem 1881, p. 137.

aanhang.⁴ Voor de eerstgenoemde groep is deze vergelding een onvoorwaardelijke eis van rechtvaardigheid. Het doel van de straf is herstel van een metafysisch evenwicht. Het delict is een kwaad dat door het met de straf beoogde leed wordt vereffend. Voor de aanhangers van een relatieve straftheorie heeft het begrip 'vergelding' een andere strekking: zij zien het meer als een middel om de maatschappij te beschermen via de generaalpreventieve effecten. Het dreigen met leedtoevoeging tegen bepaalde ongewenste gedragingen - en de zekerheid dat een overtreding ook daadwerkelijk wordt gesanctioneerd - weerhoudt de potentiële delinquent er immers van om een misdaad te begaan.

Voor beide groepen ligt in het begrip 'vergelding' een harde maatstaf voor de op te leggen sanctie. Volgens de aanhangers van de absolute theorie dient de straf aan de delinquent precies zoveel leed toe te voegen als nodig is om het kwaad van het delict te neutraliseren. Uit een relatieve theorie vloeit het standpunt voort dat de straf zoveel leed moet toevoegen dat een potentiële delinquent, een rechtsgenoot van de veroordeelde, daardoor wordt afgehouden van het plegen van dezelfde misdaad. Daartoe is het bijvoorbeeld volgens Beccaria voldoende, dat de nadelen van de straf groter zijn dan het voordeel dat het plegen van het misdrijf oplevert⁵. En daarmee zijn we weer terug bij ons uitgangspunt, het proportionele vergeldingsbeginsel. In de woorden van Melai:

4. *Gelijk bekend waren er binnen de klassieke richting supporters van beide theorieën.*

5. *Cesare Beccaria, Dei delitti e delle pene, (1764), vertaald in het Nederlands door J.M. Michiels, Antwerpen 1971, p. 367.*

'Misdad en straf veronderstelden elkaar in boekhoudkundige samenhang en nauwkeurigheid, zodat de burger wist waaraan hij toe was.'⁶

4. In de klassieke richting is de straf het noodzakelijk rechtsgevolg van een misdad. Volgens de absolute straftheorie is dit een eis van gerechtigheid: zoals hiervoor reeds is gezegd, gaat het om herstel van een 'metafysisch evenwicht'. Aanhangers van een relatieve theorie gebruiken meer profane bewoordingen. De straf is naar hun mening onmisbaar om nieuwe rechtsschendingen te voorkomen. Rossi drukt het zo uit: 'Ne punissez pas le vol, vous multipliez les voleurs'⁷.

5. Op grond van het bovenstaande kunnen enkele aanvullende opmerkingen worden gemaakt over het mensbeeld dat aan de klassieke richting ten grondslag ligt. Kennelijk wordt er vanuit gegaan dat alle individuen in tenminste een aantal opzichten gelijk zijn. Hierbij moeten we opnieuw onderscheid maken tussen de verdedigers van een absolute resp. een relatieve straftheorie. De eerstgenoemden menen dat dezelfde straf (qua soort, maat en modaliteit) toegepast op verschillende delinquenten, aan elk van hen dezelfde hoeveelheid leed toevoegt. De laatstbedoelde groep juristen denkt dat een bepaalde straf alle burgers in gelijke mate zal afhouden van het plegen van het delict waartegen die straf is bedreigd. Dit standpunt berust op het beeld van de homo economicus: de mens is een rationeel calculerend individu, dat zijn

6. A.L. Melai, Het strafrecht en de cirkel der abstractie, Oratie Leiden, Arnhem 1969, p. 13-14.

7. M.P. Rossi, Traité de droit pénal, Brussel 1841, p. 384.

gedrag laat bepalen door de afweging van verwachte lusten en lasten.

6. Uiteraard speelt in het klassieke strafrecht de rechtszekerheid een overkoepelende rol. Het individu moet de rechtsgevolgen van voorgenomen handelingen kunnen berekenen; hij moet kunnen voorspellen hoe de overheid op bepaalde onrechtmatige daden zal reageren. Deze voorzienbaarheid zou kunnen worden ondergraven indien de situatie na de litigieuze handeling ten nadele van de betrokkene zou kunnen veranderen.

7. De rechtsstaatgedachte. In het model van de trias politica zochten en vonden de verlichtingsfilosofen waarborgen ter bescherming van de vrijheid van de burger tegen een willekeurige of overmatige machtsuitoefening door de overheid. Om te garanderen dat elk van deze machten zich ook daadwerkelijk aan de haar toebedeelde taak houdt, wordt deze in grondwetten vastgelegd.

Het primaat ligt binnen dit systeem bij de wetgevende macht. Voor Montesquieu was dit, gelet op zijn wetsbegrip, nogal vanzelfsprekend. Wetten zijn volgens zijn inzichten immers geen subjectieve machtsspreuken van een soeverein of een verzameling burgers, maar houden de betrekkingen in die noodzakelijk volgen uit de natuur der dingen.⁸ Wanneer de wet op deze wijze wordt opgevat als de rede die in de werkelijkheid wordt aangetroffen, mag daar uiteraard niet aan worden getornd door de andere machten in de staat.

8. Zoals bekend begint het boek De l'esprit des lois met de zin: 'Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses...' (I,1).

In de 19de eeuw werd het primaat van de legislatieve macht op een geheel andere wijze gemotiveerd, namelijk met een beroep op de procedurele overwegingen. De wet wordt vastgesteld in samenspraak met volksvertegenwoordigers en vormt daardoor een afspiegeling van de volkswil. De burger die zich daartegen verzet mag worden gestraft omdat hij zich keert tegen de wil van het volk. Het wetsbegrip biedt dan tevens een gedeeltelijke rechtvaardiging van de straf.

Het leidende beginsel van de rechtsstaat bestaat daarin dat de uitvoerende en de rechterlijke macht slechts mogen en dan ook moeten handelen wanneer de wetgever daartoe middels een wet gebiedt.

Voor de uitvoerende macht betekent dit onder meer dat de wettelijke verplichting tot opsporing van strafbaar gestelde gedragingen met zich meebrengt dat ieder achterhaald delict aan de rechter zal moeten worden voorgelegd. Ditzelfde geldt mutatis mutandis ook voor de executie van rechterlijke vonnissen. De uitvoerende macht is verplicht om ieder rechterlijke vonnis ten uitvoer te leggen. Gratie behoort in dit stelsel dan ook niet tot de mogelijkheden⁹.

Voor de rechterlijke macht impliceert de gebondenheid aan de wet dat de rechter bij de beoordeling of een concrete gedraging valt onder een delictomschrijving (de kwalificatie beslissing) strikt gebonden is aan de tekst van de wet (verbod gewoonterecht) en niet door middel van interpretatie meer of anders mag bestraffen dan door de wetgever is voorzien (verbod van analogie).

9. Ch.J. Enschedé en A.Mulder, De wettelijke regelen betreffende de straftoemeting, bewerkt door L.C.M.Meijers, Zwolle 1986, p. 11.

Deze relatief ondergeschikte positie van de rechterlijke en de uitvoerende macht brengt ook voor de wetgever zelf beperkingen met zich mee. De preponderante plaats van de wet in het stelsel van strafrechtsbedeling kan alleen dan leiden tot de daarmee beoogde rechtsbescherming voor de burger, wanneer er eenduidige wetten worden gemaakt (bestimmtheitsgebot ad legem) en er op elk delict een vaste sanctie (zowel naar maat als soort) is gesteld (bestimmtheitsgebot ad poenam).

Tegen deze achtergrond kan nu een korte opsomming worden gegeven van de rechtsbeginselen die centraal staan in de klassieke strafrechtstheorie.

Over het schuldbeginsel kunnen we op deze plaats kort zijn. Schuld fundeert de verantwoordelijkheid. De verkeerde wilsrichting van de dader legitimeert het repressieve optreden van de overheid. Mens rea is de conditio sine qua non van het strafrecht.

Het proportionele vergeldingsbeginsel vormt zoals gezegd het hart van de dogmatische vormgeving van het klassieke strafrecht. Zowel vanuit een absolute alsook vanuit een relatieve straftheorie houdt dit beginsel niet alleen een criterium in voor een bovengrens van de strafoplegging, maar tevens voor de ondergrens. Kortom: men moet more geometrico straffen.¹⁰

10. Zie L. Dupont, Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling. Bijdrage tot het grondslagenonderzoek van het strafrecht, Antwerpen\Arnhem 1979, p. 60. In de navolgende alinea's van ons betoog is gebruik (wordt vervolgd...)

Ook het gelijkheidsbeginsel vloeit rechtstreeks voort uit het eerderbeschreven indeterministische mensbeeld. Servan heeft weinig woorden nodig om de principiële betekenis hiervan te onderstrepen: "... sans l'égalité, la justice est un vain nom".¹¹ Dupont signaleert dat de wet in dit verband een dubbele normativiteit krijgt: 'als wet scheidt zij voor haar gelijkheid, de wet zelf is de gelijkmaker; pas dan kan zij ieder gelijk behandelen.'

Volgens het personaliteitsbeginsel mag de sanctie uitsluitend degene treffen die zelf het delict heeft begaan. Algehele verbeurdverklaring moet bijvoorbeeld worden ontraden, omdat daardoor de familie van de veroordeelde onevenredig zou worden getroffen. Dit beginsel is het spiegelbeeld (of een nadere uitwerking) van het principe dat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid is beperkt tot de eigen gedragingen van de verdachte: geen groepsaansprakelijkheid, geen gehoudenheid om in te staan voor de euvelde daden van anderen, zoals kinderen, huisdieren, ondergeschikten of scholieren.¹²

De procesrechtelijke invalshoek wordt vooral bestreken door het

(...vervolg)

gemaakt van p. 48-93 van dit boek.

11. M. Servan, Réflexions sur un évènement important, in: Oeuvres choisies de Servan, Avocat Général au Parlement de Grenoble, Parijs 1825, deel II, p. 217-218; en L. Dupont, a,w, p. 55.

12.. Vergelijk o.a. M.S. Groenhuijsen, Schuld en boete. Een beschouwing over strafrechtelijke verantwoordelijkheid, in: M.A.P. Bovens e.a. (red.), Verantwoordelijkheid: retoriek en realiteit, Zwolle 1989, p. 43-62.

publiciteitsbeginsel. Dupont stelt dat met name het meer openbare karakter van een strafproces een fundamentele hervorming was.¹³ Enerzijds zou daardoor de controle worden versterkt op de rechtmatigheid van de overheidsinterventies tegen verdachten; anderzijds zou het publieke schouwspel een instrument vormen ter beïnvloeding van het gedrag van de burgers en zou door het openlijke en correcte repressieve optreden een nieuwe kans ontstaan voor de geloofwaardigheid - de legitimiteit - van de strafrechtsbedeling.

Vervolgens is er het subsidiariteitsbeginsel. Het strafrecht zou spaarzaam moeten worden gebruikt, het zou in verschillende opzichten ultimum remedium moeten zijn. Het mag alleen worden ingezet wanneer andere handhavingsmechanismen ontoereikend zijn, en als er toch naar dit middel moet worden gegrepen, dient de minimale straf als de optimale te worden beschouwd. Voorzover vanuit dit gezichtspunt te harde sancties worden ontraden omdat ze geen bijdrage leveren aan de preventie van misdrijven, zijn er duidelijke raakvlakken met het beginsel van proportionele vergelding. Waar het subsidiariteitsbeginsel vooral wordt ingezet ter bestrijding van een overdaad aan strafbepalingen, of als toetssteen voor de mate waarin de strafbare gedragingen zijn gespecificeerd, vormt het een ondersteuning van diverse andere klassieke rechtsbeginselen.

13. L. Dupont, a.w. p. 64. Zie omtrent dit onderwerp het standaardwerk van U. van de Pol, Openbaar terecht. Een onderzoek van het openbaarheidsbeginsel in de strafrechtspleging, diss. Amsterdam, Arnhem 1986, m.n. p. 47 e.v.

De kroon op het werk wordt gevormd door het legaliteitsbeginsel. De dogmatiek van het klassieke strafrecht culmineert in de eis om strafoplegging in volle omvang afhankelijk te maken van een expliciete, voorafgaande, en schriftelijke machtiging door de wetgever. In de bekende woorden van de revolutionaire Déclaration: 'Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée' (art. VIII).

Gelet op de voorafgaande beschouwingen is het gemakkelijk aan te tonen waarom dit legaliteitsbeginsel als sluitstuk van het ontworpen stelsel moet gelden. Het schuldbeginnsel staat in de weg aan bestraffing van burgers die niet wisten, en niet konden weten, dat bepaalde gedragingen verboden waren. Het mensbeeld van de homo economicus - en de daarop gebaseerde leer van de psychologische dwang - kan alleen in crimineel-politieke zin worden uitgebuit door ex ante aan te kondigen welke leedtoevoeging iemand te wachten staat die overweegt een misdaad te begaan. De hiervóór beschreven rechtsstaatgedachte en de eis van individuele rechtszekerheid leiden tot hetzelfde pakket van eisen: verbod van wetgeving met terugwerkende kracht, verbod van strafbaarstellend ongeschreven recht, verbod van analogie, en een gebod tot nauwkeurige specificatie van delicten en daartegen bedreigde sancties. Tenslotte kunnen al deze onderdelen van het legaliteitsbeginsel ook worden ondersteund vanuit het destijds vigerende strafbegrip. P.J.A. von Feuerbach bijvoorbeeld definieerde de straf als volgt:

'Jede rechtliche Strafe im Staat ist die rechtliche Folge eines, durch die Nothwendigkeit der Erhaltung äusserer Rechte begründeten,

und eine Rechtsverletzung mit
einem sinnlichen Uebel
bedrohenden, Gesetzes.'¹⁴

Uit deze omschrijving leidde deze auteur vervolgens de fameuze drie elementen van het wetmatigheidsbeginsel af: nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali. Hij tekende hierbij nog aan dat deze richtlijnen geen enkele uitzondering verdragen.

Wij tekenen hierbij aan dat het samenstel van rechtsbeginselen in het klassieke strafrecht een meerduidige betekenis had. In de eerste plaats bevorderde het een verstrekkende rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Ten tweede (maar niet minder belangrijk) hield het een rationalisering van de strafrechtspleging in, waardoor het gouvernement de gelegenheid kreeg om slagvaardiger op te treden tegen misdadige elementen in de samenleving.¹⁵ In de derde plaats biedt dit stelsel ook een rechtsgrond voor repressieve actie tegen een individu dat zich niet aan de afgesproken regels houdt. In dit opzicht zijn de legaliteit en de legitimiteit van de rechtsbedeling in het klassieke strafrecht te beschouwen als loten van dezelfde stam.

Deze nogal uitvoerige aanloop is nodig ter voorbereiding van het eigenlijke onderzoek naar de plaats van de rechtsbeginselen in de opvattingen die binnen de I.K.V. werden

14. P.J.A. von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, dritte verbesserte Auflage, Giessen 1805, § 19.

15. Deze stelling is vooral mooi uitgewerkt door L. Dupont, a.w. p. 48 e.v., die spreekt van een 'pragmatische dimensie' en een 'organisatorische dimensie'.

verdedigd. Uit onze uiteenzetting zal zijn gebleken dat het legaliteitsbeginsel de belangrijkste toetssteen kan zijn voor de strekking van de naar voren gebrachte denkbeelden.

3. Misdaad en straf vanuit het perspectief van de moderne richting

3.1. Veranderingen

Na vele vergeefse pogingen werd in 1886 het eerste Nederlandse wetboek van strafrecht ingevoerd.¹⁶ Dit wetboek weerspiegelde op alle hoofdpunten de intellectuele inbreng van de klassieke richting. Hoewel in zekere zin van een doorbraak kan worden gesproken, mag de invoering van het nieuwe wetboek toch niet worden gezien als een definitief succes voor het classicisme. Integendeel: in feite was er een pyrrusoverwinning behaald. In de laatste decennia van de 19e eeuw verliest het gedachtengoed van het klassieke strafrecht dan ook veel terrein aan de moderne of nieuwe richting. Dit werd mede bevorderd door een groot aantal, onderling sterk uiteenlopende en ongelijksoortige, veranderingen in de samenleving.

In de eerste plaats vond een zekere verschuiving plaats in het denken over de staat. De staat was lange tijd vooral gezien als een uitvloeisel van een sociaal contract, waardoor er een enigszins kunstmatig karakter aan werd toegekend. In het onderhavige tijdvak wordt een (nationale) staat meer en meer beschouwd als de natuurlijke leefomgeving van

16. Zie omtrent de moeizame voorbereiding van de nationale codificatie de bronnenuitgave Y.G.M. Baaijens-van Geloven e.a. (red.), Strafwetgeving in de negentiende eeuw, Tilburg 1985, 6 delen, m.n. deel I, p. 7-33.

de mens. Het publieke gezag wordt in die omstandigheden als een vanzelfsprekend gegeven aanvaard, hetgeen de overheid meer armslag geeft om in te grijpen in menselijke verhoudingen die voordien werden gerekend tot het particuliere domein van de burgers zelf.

Ten tweede is er de opmars van de wetenschappen. De kennis over natuur, mens en samenleving neemt snel toe en er ontstaat een ferm vertrouwen dat de verkregen informatie nu ook werkelijk betrouwbaar is en daarom geschikt als basis voor beleid. Vanuit deze nieuwe zelfbewuste houding worden de leerstellingen van het klassieke strafrecht kritisch getoetst op hun realiteitswaarde. Empirisch onderzoek wijst vervolgens uit dat de vooronderstellingen die de aanhangers van een relatieve straftheorie aan het sanctiestelsel ten grondslag hadden gelegd, niet houdbaar zijn. De aanwijzingen nemen bijvoorbeeld toe dat de gedragsregulerende werking van de strafrechtsbedeling niet zozeer uitgaat van de afschrikking door zware straffen, maar in overwegende mate door andere factoren wordt beïnvloed.

Bovendien wordt duidelijk dat misdaad vaak een symptoom is van gebrekkig sociaal functioneren en daarom niet speciaal-preventief kan worden bestreden met een cellulaire vrijheidsstraf, die de mogelijkheden tot normaal sociaal functioneren in de praktijk juist nog verder uitholt. In een aan het engelse I.K.V.-lid Havelock Ellis toegeschreven vergelijking wordt dit inzicht treffend onder woorden gebracht: 'Het kan misschien mogelijk zijn te leren paardrijden op een houten paard of zwemmen op een tafel, maar de cel biedt zelfs geen houten surrogaat voor de verbeterende invloeden van het

eerlijke sociale leven'¹⁷ Kortom: na een harde confrontatie met het dagelijkse rechtsleven blijkt het sanctiestelsel van de klassieke richting onvoldoende bescherming te bieden tegen gevaarlijke criminelen. En daar komt nog bij dat onder invloed van de ontwikkeling van de sociale wetenschappen een alternatieve agenda denkbaar, zichtbaar en vervolgens ook plausibel werd. Tegen de achtergrond van het empirisch aangetoonde ehech van de pretenties van het vigerende systeem werd met name de vraag opportuun met welke andere sancties dan de vrijheidsstraf de criminaliteit doelmatig zou kunnen worden bestreden.

Als gevolg van deze ontwikkelingen werd de overheersende plaats van de klassieke richting in het laatste kwart van de vorige eeuw sterk ondergraven. Steeds meer penalisten en criminologen ontwikkelen nieuwe gedachten omtrent de beteugeling van misdaad. Daarbij gaat het niet om correcties in de marge van bestaande theorieën, maar om een totaal andere criminele politiek gebaseerd op uitgangspunten en vooronderstellingen die haaks staan op die van het klassieke strafrecht. Deze groep vakgenoten krijgt na verloop van tijd bekendheid als de 'nieuwe' of 'moderne richting'. We zullen nu eerst de basis-ideeën van deze stroming weergeven, voorzover die van belang kunnen zijn voor het moderne sanctiestelsel en voor de rechtsbeginselen die in de vorige paragraaf zijn besproken.

3.2. Strafrecht en ethiek

De belangrijkste kritiek op de klassieke richting is gericht op de omstandigheid dat er geen scherp onderscheid wordt gemaakt tussen

17. *J.R.B. de Roos, De strafmiddelen in de nieuwere strafrechtswetenschap, Amsterdam 1900, p. 131.*

ethiek en recht. De misdaad wordt ten onrechte vooral gezien als een moreel verwerpelijk handelen, een ethisch kwaad. In een dergelijke optiek passen begrippen als schuld, verwijt, boete en vergelding. Vanwege zijn laakbare gedrag treft de misdadiger schuld, die wordt vergolden met straf. Straffen is vooral moreel afkeuren. In die visie zijn strafgrond en strafdoel niet te scheiden. De legitimatie van de straf (de strafgrond) wordt gevonden in de ethische verwerpelijkheid van de daad. Het doel van de strafoplegging is het bevestigen van die afkeuring zodat de gelding van de overtreden norm voor de dader zelf en alle andere justitiabelen wordt ondersteept.¹⁸

18. In de neo-klassieke richting wordt een eerste aanzet gegeven tot het losmaken van ethiek en strafrecht. Zie o.a. M.P. Rossi, Traité de droit Pénal, Bruxelles 1841, boek I hoofdstuk 13, waar deze auteur een strikt onderscheid maakt tussen l'ordre morale en l'ordre sociale. De morele orde bestaat uit een reeks bovennatuurlijke wetten die betrekking hebben op de vraag naar goed en kwaad. De sociale orde bestaat eveneens uit voorschriften, die echter een a-morele strekking hebben en in ethisch neutrale zin het samenleven tussen mensen regelen. De legitimiteit van het straffen is volgens Rossi een kwestie van l'ordre morale, de werking van de straf op de dader en op zijn rechtsgenoten is te situeren in de sfeer van l'ordre sociale. De vraag naar de rechtvaardiging van de straf blijft in deze optiek voorbehouden aan de ethiek. De vraag naar de effectiviteit van de straf moet daarentegen worden beantwoord overeenkomstig de inzichten van menselijke, sociale wetenschap.

De moderne richting streeft naar een totale scheiding tussen ethiek en de beoefening van het strafrecht. In dit opzicht zijn de opvattingen van Von Liszt exemplarisch. Deze auteur ziet de straf als een puur empirisch gegeven. De straf is een maatschappelijk fenomeen, dat in alle tijden en alle culturen zintuiglijk kan worden waargenomen. Door dat verschijnsel te bestuderen komt hij tot de volgende definitie:

'Strafe ist ursprünglich ... blinde, triebartige, durch die Zweckvorstellung nicht bestimmte Reaktion der Gesellschaft gegen äussere S t ö r u n g e n d e r lebensbedingungen des einzelnen wie der vorhandenen G r u p p e n v o n Einzelindividuen'¹⁹.

Kortom: de straf was oorspronkelijk een reflex. Het was een geconditioneerde en dus niet-beredeneerde reactie op bepaalde vergrijpen. Pas later in de geschiedenis is het besef doorgedrongen dat deze spontane, automatische reactie van de maatschappij stuurbaar is, met andere woorden: dat met de straf zelfgekozen doeleinden kunnen worden nagestreefd. Dit inzicht leidt evenwel tot een reeks nieuwe, principiële en nogal lastige vragen. Wanneer de straf niet langer het vanzelfsprekende gevolg is van een bepaalde prikkel, moet bijvoorbeeld worden opgehelderd waarom een samenleving gerechtigd is om op deze repressieve wijze terug te slaan.

19. F. von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, subtitel: *Marburger Universitätsprogramm 1882, opgenomen in: Aufsätze und Vorträge von Dr. Tranz von Liszt; erster band, p. 132.*

Welnu, deze vraag naar de rechtvaardiging van de straf kan, aldus de moderne inzichten aan het eind van de vorige eeuw, niet met wetenschappelijke (positivistische) methoden en technieken worden beantwoord. Tegen deze achtergrond moet de bewering van Von Liszt worden gezien, dat de moderne richting 'jene metaphysische Grundlegung der Strafe gestattet'²⁰. De strafdoelen lenen zich daarentegen wel - en zelfs bij uitstek - voor wetenschappelijk analyse. Von Liszt stelt dat alle strafrechtelijke stromingen in feite maar één doel hebben: bestrijding van de misdaad. Door de oorzaken van de misdaad systematisch te onderzoeken en door de strafmiddelen aan te passen aan de uitkomsten daarvan, kon de verwezenlijking van die doelstelling volgens Von Liszt beter worden gerealiseerd. Van Hamel heeft dit programma aldus samengevat:

'Wat is die nieuwere richting in het strafrecht? Eenvoudig dit is haar karakter - en het is misschien goed, dat ik dit om verdere misvattingen te voorkomen nu eens voor goed poneer - de nieuwere richting in het strafrecht heeft geen ander begeeren, geen ander wetenschappelijk uitgangspunt, dan dat zij tracht, om gezet en naar wetenschappelijke methode te onderzoeken de invloeden, de individueele en sociale invloeden, de invloeden van aanleg en omgeving, die de criminaliteit beheerschen, ten einde daardoor beter te kunnen

20. F. von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, t.a.p., p. 133. Hieronder zullen we overigens nog zien dat aan deze bewering ook tactische oogmerken ten grondslag kunnen liggen.

beoordeelen welke repressieve maatregelen tegen personen en welke sociale maatregelen ten aanzien van de maatschappij moeten worden genomen, om te verkrijgen een rechtvaardige en doelmatige repressie en een werkelijke bestrijding van die sociale misstanden, welke de misdadigheid voeden. Dat is het eenvoudige standpunt en de eenvoudige leer"²¹.

Noch de ethiek, noch een beroep op metaphysische gezichtspunten zou een rol kunnen spelen bij de selectie van aannemelijke sancties. De moderne richting, zo zegt Von Liszt leerstellig, 'verwehrt jeder metaphysischen Speculation über den Einfluss auf die Empirische Gestaltung der Strafe'²². In dit kader kunnen we ook diens badinerende opmerking plaatsen dat kwesties als schuld en boete maar aan dichters moeten worden overgelaten. De juridische wetenschap moest zich zijn inziens beperken tot de feiten (dat wil zeggen: kennis die berust op zintuiglijke waarneming).

3.3. Indeterminisme versus determinisme

Misdaad en straf worden door Von Liszt beschouwd als maatschappelijke verschijnselen, die als zodanig toegankelijk zijn voor wetenschappelijk onderzoek.²³ De eerste vraag

21. Handelingen Tweede Kamer 1910-1911, p. 994.

22. F. von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, t.a.p., p. 133.

23. Het is opmerkelijk dat Von Liszt zijn hele leven heeft gezocht naar de oorzaken van de misdaad en naar geschikte methoden om die weg te nemen, terwijl de oorzaak van de straf voor hem niet of nauwelijks voorwerp van
(wordt vervolgd...)

die daarbij aan de orde komt is van aetiologische aard: hoe komt de mens tot misdadige handelingen?

Voor de klassieke strafrechtjuristen was dit geen moeilijke vraag. De delinquent kiest voor zijn daad omdat hij denkt daar (materieel of emotioneel) beter van te worden. In de kringen van de I.K.V. wijst men dit indeterministische standpunt van de hand. De oorzaak van de misdaad is niet gelegen in de vrije wil van de dader, maar in verschillende factoren die hem als het ware onvermijdbaar doen neigen tot criminaliteit. Dit standpunt wordt door de modernen met verve, ja zelfs hartstochtelijk verdedigd. Een voorbeeld hiervan vormt de volgende uitlating van J.R.B. de Roos :

'Voor den normalen mensch, die braaf en eerlijk is opgevoed en leeft in tevredenheid en geluk, is het gemakkelijk genoeg te roepen: doodt de misdadigers. Knoop ze op, zodat ze mij niet storen in mijn geluk. Maar zoodra hij zich zelf vergrijpt, voelt hij wel dat het niet zijn vrije keus was die hem deed struikelen. Dan begrijpt hij wel, dat de omstandigheden iemand tot misdaad kunnen brengen. Ieder mensch is ten opzichte van zijn eigen slechte daden de meest consequente determinist, heeft voor zijn eigen misdaden een excuus: ik kon het niet helpen; de verleiding was te sterk; de omstandigheden brachten mij in het nauw; ik kon niet anders handelen'²⁴.

(...vervolg)

onderzoek was.

24. J.R.B. de Roos, De strafmiddelen in de nieuwere strafrechtswetenschap, Amsterdam

(wordt vervolgd...)

De volgende vraag was uiteraard welke predisposities daarbij een overheersende rol spelen. Het is algemeen bekend dat daaromtrent grote meningsverschillen bestonden binnen de geleerden van de I.K.V.

Sommigen meenden dat vooral endogene factoren van belang zijn: de mens begaat strafbare feiten vanwege medische afwijkingen of storingen. Delinquentie is een gevolg van de gebrekkige lichamelijke of psychische constitutie van de dader. Voorzover dergelijke defecten erfelijk zijn kan in deze leer worden gesproken van een geboren misdadiger.²⁵ Aan deze biologische (darwinistische) stroming binnen de moderne richting zijn vooral de namen van Lombroso en Garofalo verbonden.

Anderen legden daarentegen de nadruk op zogenaamde exogene factoren. Niet de mens zelf is de oorzaak van de criminaliteit, maar zijn omgeving, de sociale orde. De heersende maatschappelijke omstandigheden zijn grotendeels bepalend (en dus verantwoordelijk) voor de gedragingen van de burgers. Wanneer het socialisatieproces bij een individu op een bepaald niveau wordt verstoord, kan de daaruit voortvloeiende gebrekkige aanpassing aan de omgeving ook de reden zijn van latere strafbare feiten. Vanuit dit perspectief werd een sociologische stroming binnen de moderne richting ontwikkeld. Een bekend pleitbezorger van deze denkbeelden was Lacassagne.

Het indeterminisme van het klassieke strafrecht wordt binnen de moderne richting ingeruild voor een deterministische

(...vervolg)

1900, p. 54.

25. In § 12.2 zal worden nagegaan welk draagvlak er binnen de I.K.V. was voor het geloof in een 'geboren' - en dus onverbeterlijke - misdadiger.

benadering. Deze nieuwe opvatting omtrent de aetiologie van de misdaad heeft verstrekkende consequenties.

In de eerste plaats wordt de persoonlijke verantwoordelijkheid voor een delict geïncrimineerd. Als het strafbaar feit een gevolg is van inwendige en/of uitwendige omstandigheden waarop de dader geen invloed heeft, mag hij dan wel als individu aansprakelijk worden gesteld? Deze bedenking leidt in de materiële dogmatiek tot een verstrekkende uitholling van het traditionele begrip schuld.

En als langs deze banen de kern wordt aangetast van het verwijt dat in het klassieke strafrecht centraal staat, rijst de vraag of de notie van vergelding nog zinvol is. Straf als vergelding van persoonlijke schuld lijkt immers in het perspectief van de moderne richting niet langer mogelijk.

3.4. De sancties

Net zo goed als de oorzaken van de misdaad in de ogen van de modernen vatbaar zijn voor wetenschappelijk onderzoek, geldt dat ook voor de bestrijdingsmiddelen van misdaad.

Als iemand welbewust kiest voor het begaan van een delict, is het relatief eenvoudig om een aannemelijke sanctie vast te stellen. De betrokkene moet namelijk worden geconfronteerd met een nadeel dat opweegt tegen het met het feit beoogde resp. behaalde voordeel. Volgens P.J.A. von Feuerbach bijvoorbeeld wordt de neiging om een overtreding te begaan 'dadurch aufgehoben dass jeder weiss, auf seine That werde unausbleiblich ein Übel folgen welches grösser ist, als die Unlust die aus dem nicht

befriedigten Antrieb zur That entspricht'²⁶. Hoewel deze leer van de psychologische dwang met het bijpassende mensbeeld van de homo economicus een bepalende invloed heeft uitgeoefend op het klassieke strafrecht en met name het daarin vigerende sanctiestelsel (zie § 2 en 3.1), is er vanuit niet-juridische disciplines altijd kritiek op uitgeoefend. Wij stellen dat hier met enige nadruk, omdat anders de indruk zou kunnen ontstaan dat vanuit de I.K.V. een tot dan toe onomstreden mensbeeld zou worden betwist. Dit is bepaald niet het geval. Zo schreef Hegel al smalend dat Feuerbach de mens 'wie ein Hund behandelt'. Hij deed de leer van de psychologische dwang dan ook af als onzinnig, want gebaseerd op 'trivialen psychologischen Vorstellungen'²⁷. In de moderne richting binnen

26. P.J.A. von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, dritte verbesserte Auflage, Giessen 1805, § 13.

27. G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Band II, oorspronkelijke uitgave 1821, heruitgave Frankfurt 1968, p. 120 en 121. De kritiek op Feuerbach komt duidelijk naar voren in de volgende passage: 'Die Feuerbachische Straftheorie begründet die Strafe auf Androhung und meint, wenn jemand trotz derselben ein Verbrechen begehe, so müsse die Strafe erfolgen, weil sie der Verbrecher früher gekannt habe. Wie steht es aber mit der Rechtlichkeit der Drohung? Dieselbe setzt den Menschen als nicht Freien voraus, und will durch die Vorstellung eines Übels zwingen. Das Recht und die Gerechtigkeit müssen aber ihren Sitz in der Freiheit und im Willen

(wordt vervolgd...)

het strafrecht wordt vanaf het laatste kwart van de 19e eeuw veelvuldig soortgelijke kritiek op de balanceergedachte naar voren gebracht. Zonder enige pretentie van oorspronkelijkheid schrijft iemand als J.R.B. de Roos bijvoorbeeld: 'Wie een moord begaat weegt niet den lust, die de daad hem schenkt, op tegen het leed dat de straf zal brengen, hij rekent er op dat hij aan de justitie zal ontkomen'.²⁸ En: 'Vrees voor straf maakt, dat de inbreker bij nacht opereert, zich onherkenbaar maakt, zijn sporen uitwisch, vlucht'.²⁹

Voor de leden van de I.K.V. kan deze primitieve balanceergedachte niet langer uitgangspunt zijn voor het vaststellen van een aannemelijke sanctie. Aan een concreet strafbaar feit kunnen verschillende oorzaken ten grondslag liggen. De een zal inbreken

(...vervolg)

haben, und nicht in der Unfreiheit, an welche sich die Drohung wendet. Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt. Aber die Drohung, die im Grunde den Menschen empören kann, dass er seine Freiheit gegen dieselbe beweist, stellt die Gerechtigkeit ganz bei Seite. Der Psychologische Zwang kann sich nur auf den qualitativen und quantitativen Unterschied des Verbrechens beziehen, nicht auf die Natur des Verbrechens selbst, und die Gesetzbücher, die etwa aus dieser Lehre hervorgegangen sind, haben somit des Eigenlichen Fundaments entbehrt'.

28. J.R.B. de Roos, De strafmiddelen in de nieuwere strafrechtswetenschap, Amsterdam 1900, p. 62.

29. J.R.B. de Roos, t.a.p., p. 60.

vanwege een trauma dat hij als adolescent opliep in het sociale verkeer met leeftijdgenoten, de ander zal hetzelfde delict begaan omdat een aangeboren afwijking aan zijn centrale zenuwstelsel hem bijzonder weinig vreesgevoelig doet zijn. Het zou dan irrationeel zijn om beide daders dezelfde sanctie op te leggen. Een doelmatige reactie zou daarentegen moeten worden afgestemd op de bijzonderheden van het concrete geval. Schematisch, en dus versimpeld, gezegd: als iemand door een ziekelijke afwijking tot zijn daad is gekomen moet hij worden behandeld, als de oorzaak is gelegen in een gebrekkige socialisatie is heropvoeding willicht geïndiceerd. Aangezien de redenen voor de schadelijke handeling per individu zo sterk kunnen variëren, zal de persoon van de dader maatgevend dienen te zijn bij het bepalen van de strafsanctie. Bijgevolg zou de rechter meer armslag moeten krijgen bij de strafoplegging.³⁰ Daartoe is vereist dat het systeem van strafbedreigingen in de wetboeken ingrijpend wordt veranderd.³¹ Tegen deze achtergrond is de slagzin ingeburgerd geraakt dat in de moderne richting de aandacht primair is gericht op de dader, terwijl het klassieke strafrecht de daad centraal stelde. Hierbij moet overigens worden aangetekend dat dit onderscheid niet

30. F. von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, p. 62: 'Nach wie vor werden wir Art und Mass der Strafe im Gesetz und im Richterspruch bestimmen (...) und der Strafrichter wird an Bedeutung nicht verlieren, sondern gewaltig gewinnen.'

31. F. von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II, p. 90: 'Es ist klar, dass damit das ganze System der Strafdrohungen in unserem Gesetzbüchern wesentlich geändert wird.'

absoluut is, omdat de diagnose van de oorzaak van het crimineel gedrag bij de moderneren vaak onmiddellijk werd gerelateerd aan het type strafbaar feit dat de dader gepleegd had.

Daarnaast verbleekt ook in de praktijk de heldere tweedeling tussen daad en dader. Determinist of indeterminist, oordelen over een misdaad of over een misdadiger, vaste straffen of variabele sancties: in het rechtsleven zijn de grenzen vloeiend. Enerzijds liet de 19e eeuwse wetgever de rechter aanzienlijke speelruimte bij de straftoemeting, waaruit blijkt dat ook in de klassieke leer rekening kon en moest worden gehouden met de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de dader. De poging van Von Feuerbach om in het Beierse wetboek van 1813 de discretionaire ruimte voor de rechter tot bijna nul te beperken werd ook in het eigen klassieke kamp in brede kring als te drastisch aangemerkt.³² Een vaste, voorzienbare sanctie per delict is altijd een parool gebleven, een idee zonder ongeschonden afbeelding in de rechtspraktijk. En anderzijds liepen de meningen binnen de moderne richting sterk uiteen over de mate waarin er wettelijke limieten moesten worden gesteld aan repressieve maatregelen die op wetenschappelijke gronden in aanmerking zouden kunnen komen.³³ Daaraan is al op deze plaats in het betoog de gevolgtrekking te verbinden dat het verschil tussen klassieken en moderneren dogmatisch en metaphysisch beschouwd 180° is, maar blijkens de tekst van daarop berustende wetboeken meer gradueel van aard is.

32. Vgl. V. Krey, *Keine Strafe ohne Gesetz*, Berlin 1983, p. 89 met nadere bronvermelding.

33. Zie hieromtrent § 9 e.v.

4. De tegenstelling tussen de moderne strafrechtstheoretische uitgangspunten en de klassieke idealen

Zo duidelijk als het legaliteitsbeginsel de kroon vormt op alle belangrijke leerstellingen van het klassieke strafrecht, zo duidelijk is het op het eerste gezicht onverenigbaar met de ideeën die ten grondslag liggen aan de moderne richting. Garofalo verbindt daaraan de conclusie dat de klassieke beginselen moeten wijken voor 'Le principe de la défense contre les ennemis naturels de la Société'. Naar zijn mening moeten de algemene en de individuele belangen op een geheel andere wijze worden afgewogen dan in de voorafgaande decennia is geschied: 'Aux yeux du peuple, les codes, la procédure et le pouvoir judiciaire lui-même ont l'air de s'entendre pour protéger le criminel contre la société, plutôt que la société contre la criminel. C'est le rôle des hommes d'Etat de renverser ces termes'.³⁴

Garofalo is er evenwel van doordrongen dat niet alle aanhangers van de moderne richting deze conclusie zonder meer voor hun rekening zouden willen nemen. Niet zonder spijt constateert hij dat de 18e eeuwse klassieke idealen een onweerstaanbare invloed blijken uit te oefenen, zelfs op hen die ze willen bestrijden.³⁵

Tegen deze achtergrond moeten wij nader onderzoeken in welke opzichten de uitgangspunten van de moderne richting op

34. R. Garofalo, *La criminologie*, Paris 1891 (de oorspronkelijke italiaanse uitgave dateert uit 1885), p. XIX van het voorwoord.

35. R. Garofalo, t.a.p., p. XV: 'Les idées philosophiques d'une époque exercent une influence irrésistible même sur ceux qui essayent de lutter contre elles'.

gespannen voet staan met de klassieke rechtsbeginselen, en waarom (en in welke mate) vele aanhangers van de moderne denkbeelden toch nog steeds gecharmeerd waren door de machtsnormerende betekenis van die vertrouwde beginselen.

Volgens de in paragraaf 3 weergegeven gedachtengang wordt de aard en de hoogte van de op te leggen sanctie bepaald door individuele kenmerken en omstandigheden van de dader. Welnu, een wetgever kan niet voorzien welke burgers op grond van welke factoren een misdrijf zullen begaan en dus is het onmogelijk om de straf ex ante en in algemene termen vast te stellen. De norm 'nulla poena sine lege' wordt daardoor sterk uitgehold. En kan het adagium 'nullum crimen sine praevia lege poenali' dan nog als grondslag van de strafrechtsbedeling worden gehandhaafd? Wanneer het doel van het strafrecht wordt gezocht in een soort maatschappelijk verweer tegen sociaal schadelijke handelingen (zie de zojuist geciteerde opmerking van Garofalo), is het de vraag of er een scherp onderscheid moet worden gemaakt tussen typisch strafbaar en ander gevaarlijk, en dus onaanvaardbaar gedrag. Met andere woorden: vanuit het oogpunt van maatschappelijke hygiëne is er veel voor te zeggen om iedere a-sociale opstelling van de burger zo snel mogelijk te weerstreven. Niet alleen is er in een dergelijke optiek geen plaats voor restrictieve delictomschrijvingen³⁶, maar bovendien zijn er dan goede gronden om ook preventieve maatregelen te treffen. Een slagvaardige bescherming van de samenleving is immers niet

36. Zie voor een prototypische beschouwing van deze strekking G.L. de Vries Feyens, Het leerstuk der deelneming en de moderne strafrechtswetenschap, diss. Amsterdam 1903.

gediend met passieve lijdzaamheid tot het moment waarop de rechtsorde daadwerkelijk wordt verstoord: als er door wetenschappelijke inzichten gesteunde vermoedens bestaan dat een bepaald individu zich onwelgevallig zal gaan gedragen, moet het onheil bij voorkeur worden voorkomen.

Het niet langer vooraf fixeren van sancties, de verwijdering van het model van welomlijnde delictsomschrijvingen en de neiging om preventieve maatregelen te treffen tegen 'gevaarlijke' burgers, vormen wezenlijke afwijkingen van de centrale ideeën uit de tijd van het klassieke strafrecht. Het zijn bovendien standpunten die elke zin ontnemen aan het legaliteitsbeginsel als fundament van de strafrechtsbedeling. Mutatis mutandis geldt hetzelfde ten aanzien van het schuldbeginsel en het proportionele vergeldingsbeginsel. Ook het gelijkheidsbeginsel zou niet langer kunnen worden toegepast op de wijze die de klassieke school voor ogen stond.³⁷

Maar dit is slechts één kant van het verhaal. Wij moeten namelijk bedenken dat de bovenstaande voorstelling van zaken een ideaaltypische reconstructie is van enige uitgangspunten van de moderne richting. Behalve (misschien) Garofalo, zijn ons geen

37. Wij merken op dat van de in § 2 genoemde beginselen het personaliteitsbeginsel wel aansluit bij de wetenschappelijke uitgangspunten van de moderne richting. Voor het subsidiariteitsbeginsel is een meer genuanceerde beschouwing vereist, die - gefragmenteerd - is verwerkt in de paragrafen 10 t/m 12. Het publiciteitsbeginsel tenslotte staat een beetje buiten de uitgangspunten van de I.K.V., aangezien de procesrechtelijke belangstelling in dit gezelschap niet op de voorgrond is getreden.

belangrijke vertegenwoordigers van deze stroming bekend die inderdaad alle genoemde gevolgtrekkingen voor hun rekening hebben genomen. Anders dan veel tegenstanders hebben gesuggereerd, was er in het kamp van nieuwlichters wel degelijk gevoeligheid voor het bestaan van grenzen aan het belang van doelmatigheid in de strafrechtsbedeling. Het zijn vooral de aanhangers van de klassieke school geweest die hebben verkondigd dat bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel eigenlijk geheel moet worden afgeschaft als men het indeterministische uitgangspunt verlaat; de modernen zelf dachten in meerderheid aanzienlijk genuanceerder. Daarom moeten wij met enige precisie nagaan welke visie de leidende juristen binnen de nieuwe richting hadden op het onderhavige thema. In dat verband zullen we aandacht besteden aan de discussies binnen de I.K.V. in de jaren 1889 tot en met 1913. Allereerst zullen de opvattingen van Von Liszt en Van Hamel, Prins en Garofalo met betrekking tot deze materie afzonderlijk worden opgehelderd.

5. Franz von Liszt

Franz von Liszt (1851-1919) was chef d'école van de moderne richting, initiatiefnemer tot en lid van het eerste bestuur van de I.K.V.³⁸ Uit het oeuvre van deze gezaghebbende wetenschapper en politicus³⁹ blijkt dat hij

38. Zie in het algemeen F. Kitzinger, Die Internationale Kriminalistische Vereinigung, München 1905.

39. Von Liszt was lid van de 'Freisinnige Partei', een links van de liberalen staande groepering. Voor deze partij zou hij eerst zitting nemen in de gemeenteraad van

(wordt vervolgd...)

enerzijds heeft geijverd voor een rationalisering van de strafrechtspleging en voor een slagvaardiger vorm van maatschappelijke controle, en anderzijds heeft geprobeerd daarbij steeds de rechtsbescherming van de individuele justitiabele te waarborgen.

Kempe heeft er in een boeiende beschouwing op gewezen dat de zogenaamde 'Kriminalpolitik' van Von Liszt moet worden geplaatst in het verband van de 'Sozialpolitik' van Bismarck⁴⁰. In de tweede helft van de 19e eeuw was het belangrijkste staatkundige doel de eenheid binnen het Duitse Rijk te versterken. Daartoe moest interne polarisatie worden voorkomen, terwijl de saamhorigheid juist kon worden bevorderd door buitenlandse 'Feindbilder' te creëren. Welnu, in dezelfde lijn kan de 'Kampf gegen das Verbrechen' van Von Liszt worden geplaatst: de misdadiger wordt dan gezien als spelbreker, als een bedreiging van de maatschappelijke cohesie, een verstoring van een vooropgestelde hechte consensus.

In het deterministische mensbeeld van Von Liszt is geen plaats voor de traditionele strafrechtelijke concepten van schuld en

(...vervolg)

Charlottenburg (destijds een voorstad van Berlijn), later in de Landtag van Pruissen en tenslotte na 1900 in de Reichstag. Zie omtrent de politieke activiteiten van Von Liszt ook, R. Moos, Franz von Liszt als Österreicher, ZStW 81 (1969), p. 662 e.v. 40. Vergelijk G.Th. Kempe, Franz von Liszt en de criminologie, Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen, Afd. letterkunde, Nieuwe reeks deel 31, no. 3, Amsterdam 1968.

vergelding⁴¹. Geheel overeenkomstig de eerderevermelde algemene inzichten van de moderne richting benadrukt deze auteur dan ook de doelgerichtheid van de straf en de noodzaak om deze af te stemmen op de persoon van de delinquent ('die Strafe als Zweckstrafe (richtet) sich in Art und Mass nach der Eigenart des Verbrechers')⁴². Dit geschiedt niet uit menslievendheid, maar om de samenleving effectief tegen misdadigers te beschermen. Zachtzinnig is Von Liszt bepaald niet:

'Den Kampf gegen das Verbrechen werden wir weiter führen, kräftiger, umfassender und zielbewusster

41. F. von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, zweiter Band (1905), p. 85:

'Der Verbrecher, der vor uns steht als Angeklagter oder als Verurteilter ist also für uns Menschen unbedingt und uneingeschränkt unfrei; sein Verbrechen die notwendige, unvermeidliche Wirkung der gegebenen Bedingungen. Für das Strafrecht gibt es keine andere Grundlage als dem Determinismus'; p. 229: 'Die Begriffe 'Schuld' und 'Sühne' mögen in den Schöpfungen unserer Dichter weiter leben wie bisher; strenger Kritik der gelauterten wissenschaftlichen Erkenntniss vermögen sie nicht stand zu halten. Damit tritt auch der Begriff der Strafe zurück hinter den heilenden Besserung und der sichernden Verwahrung'

Zie ook F. Tummers S.J, De nieuwere richting in de strafrechtswetenschap kritisch beoordeeld, Nijmegen 1911, p. 12 en p. 55 e.v.

42. F. von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, p. 62.

als bisher (...). Wir werden auch den einzelnen Verbrecher selbst fassen, ohne jede falsche Sätze, abschreckend, bessernd, unschädlich machend - wie es gerade sein muss'⁴³.

Daarbij moet tweëerlei worden aangetekend. Ten eerste: in dit perspectief ligt het voor de hand om typologieën van misdadigers te ontwerpen, omdat daaraan operationele maatstaven kunnen worden ontleend voor de strafoplegging in de rechtspraak⁴⁴. Zo zou het in verband met de sanctionering van belang kunnen zijn of iemand een beroeps- of gewoontedelinquent is: na gebleken onverbeterlijkheid kan het namelijk nodig zijn om de betrokkene definitief uit de maatschappij te verwijderen door hem lijfelijk te isoleren (zie nader § 12 e.v.).

En in de tweede plaats moet worden bedacht dat Von Liszt de strafrechtsbedeling ziet als een (belangrijk) onderdeel van een meeromvattende criminele politiek⁴⁵. Door de straf dient schadelijk gedrag te worden

43. Geciteerd door F. Tummers, a.w. p. 84.

44. Zie daaromtrent in het algemeen G.A. van Hamel, Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht, vierde druk, Haarlem/'s-Gravenhage 1927, p. 14-15; en J. van Weringh, De afstand tot de horizon, Amsterdam 1986.

45. Gedefinieerd als 'die geordnete Zusammenfassung der Grundsätze (hier im Sinne von Klugheitsregeln) nach welchen der Kampf der Rechtsordnung gegen das Verbrechen zu führen ist'. F. von Liszt, Gutachten, in: Mitteilungen der IKV, Band IV, Berlin 1894, p. 129.

teruggedrongen, maar dit doel moet ook met andere dan justitiële middelen worden nagestreefd. De gemeenschap kan zich vooral ook met preventieve maatregelen teweer stellen tegen a-sociale individuen: door middel van gericht overheidsingrijpen zou moeten worden voorkomen dat evidente risicogroepen daadwerkelijk tot schadelijke handelingen overgaan.⁴⁶

En zo komen wij terecht bij de tegenkant van de rationalisering van de strafrechtspleging: de rechtsbescherming van de staatsburger. Ook wat dat betreft formuleert Von Liszt duidelijke intenties. 'Strafrecht ist', zo stelt hij één en andermaal,

'die rechtlich begrenzte
Strafgewalt des Staates.
Rechtlich begrenzt nach
Voraussetzung und Inhalt;
rechtlich begrenzt im
interesse der individuellen
Freiheit'⁴⁷.

En direct na deze woorden volgt dan een passage die voor het onderwerp van dit opstel van het grootste gewicht is:

'Nullum crimen sine lege,
nulla poena sine lege. Diese
beiden Sätze sind das
Bollwerk des Staatsbürgers
gegenüber der staatlichen

46. *'Die Strafe ist nicht das einzige, nicht einmal das wirksamste Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens. Neben die Repression tritt, dieser am Wirksamkeit weit überlegen, die Prävention'*, F. von Liszt, a.w. 1894, p. 133.

47. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II, p. 60. Het betreft hier een preadvies voor de vierde vergadering van de I.K.V. te Parijs in 1893. Zie Mitteilungen, p. 130.*

Allgewalt; sie schützen den einzelnen gegen die rücksichtslose Macht der Mehrheit, gegen den Leviathan. So paradox es klingt: das Strafgesetzbuch ist die magna charta des Verbrechers. Es verbrieft ihm das Recht, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen und nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen gestraft zu werden. Und damit ist die uns beschäftigende Frage in den grossen Zusammenhang der politischen Entwicklung gestellt, den gerade unsere deutschen Schriftsteller so völlig zu übersehen pflegen. Die Interessen der Gesamtheit mit der Freiheit des Einzelnen in Einklang zu bringen, das ist die oberste Aufgabe einer jeden geordneten Gesellschaft. Jedes Volk und jede Zeit zieht die Grenzlinien anders'.

Welke waarde moeten wij nu toekennen aan deze beschouwingen? Worden de rechtsbeschermende ideeën achter het klassieke strafrecht hier als blijvende verworvenheid overgenomen of zijn dit enige vrijblijvende volzinnen waarin lippendienst wordt bewezen aan een verloren ideaal? Is het garanderen van een onaantastbare persoonlijke vrijheid als leerstelling in te passen in de moderne richting of is het een retorisch lokkertje om de wetenschappelijke oppositie tegen de nieuwe denkbeelden wind uit de zeilen te nemen?

Kempe is van mening dat Von Liszt niet werkelijk rekening houdt met de belangen van

de individuele burger. Zijns inziens is de beperkte betekenis van de aangehaalde uitspraken dat niet alles geoorloofd is in de strijd van de staat tegen de misdadiger. Wat wèl toelaatbaar is blijft in feite in het midden en er worden geen duidelijke rechten toegekend aan delinquenten. Kempe concludeert: "Hij wijst dus willekeur en onbeperkte machtsuitoefening door de staat af, maar dat wil niet zeggen dat hij tegenstander zou zijn geweest van een 'autoritaires Strafrecht' ".⁴⁸ Deze interpretatie wordt volgens Kempe bevestigd door de omstandigheid dat Von Liszt zijn bekende opmerking: 'das Strafgesetzbuch ist die magna charta des Verbrechers', nog in hetzelfde jaar zou hebben herroepen⁴⁹. Dit lijkt ons onwaarschijnlijk. In 1902, dus bijna een decennium na het preadvies voor de vergadering te Parijs, zegt Von Liszt op het negende congres van de I.K.V., dat hij weliswaar veel aan het bestaande strafrecht veranderd zou willen zien maar,

'an den Grundmauern des
Systems selbst wollen wir
nicht rütteln; und der
Männer, die es aufgebaut,

48. G.Th. Kempe, a.w. p. 17. De auteur voegt aan deze opmerking zelfs een uitroep teken toe.

49. G.Th. Kempe, Frans von Liszt en de criminologie, o.c. p. 17 voetnoot 49, zonder enige controleerbare bronvermelding. De verwijzing naar de Magna Charta heeft overigens een grote werfkracht gehad bij aanhangers en bij tegenstanders van de moderne richting. Zie bijvoorbeeld L. von Bar, Probleme des Strafrechts, 1896, alsmede een lange reeks schrijvers in de 20e eeuw, waaronder diverse aanhangers van het autoritaire strafrecht.

wollen wir dankbar gedenken.
 (...) So lange wir bestrebt
 sind, die Freiheit des
 Einzelnen Staatsbürgers vor
 der schrankenlosen Willkür
 der Staatsgewalt zu schützen,
 so lange wir an dem Satze
 'nullum crimen sine lege,
 nulla poena sine lege'
 festhalten, eben so lange
 wird auch die strenge Kunst
 einer nach festen
 wissenschaftlichen
 Grundsätzen operierenden
 Gesetzesauslegung ihre
 hochpolitische Bedeutung
 behalten. (...)"

Hij voegt aan deze fraaie beginselverklaring
 een voorbeeld toe, waaruit mag worden afgeleid
 dat hij ook in het operationele vlak
 duidelijke grenzen stelt aan al te pragmatisch
 optreden tegen verdachten in strafzaken:

'Als vor wenigen Jahren das deutsche
 Reichsgericht es ablehnte die
 Entziehung elektrischer Arbeit als
 Sachenentziehung nach dem
 Diebstahlparagrafen zu bestraffen,
 da mochten wohl die kurzsichtigen über
 diese Buchstabenjurisprudenz spotten:
 wer politisch zu denken vermag, der
 war wohl darüber sich klar, dass
 gerade in dieser dogmatischen
 Gebundenheit des Strafrichters eines
 der wichtigsten Bollwerke der
 bürgerlichen Freiheit uns gegeben
 ist'⁵⁰.

50. *F. von Liszt, Die gesellschaftlichen
Faktoren der Kriminalität, toespraak gehouden
 (wordt vervolgd...)*

Von Liszt was evenmin blind voor de mogelijk excessieve toepassing van de nieuwe strafrechtelijke inzichten. Zoals we hebben gezien, zocht hij hierop een antwoord in de politieke arena: daar zou uiteindelijk een evenwicht moeten worden gevonden tussen de persoonlijke en de gemeenschappelijke belangen. Natuurlijk kan een dergelijke procedurele aanbeveling geen inhoudelijke garanties opleveren. Maar het gaat zeker te ver om daaruit af te leiden dat Von Liszt geen werkelijke belangstelling voor rechtsbescherming zou hebben. Hoewel de latere ontwikkelingen in het Duitse Derde Rijk een macabere omlijsting vormen van de risico's waarop door critici is gewezen⁵¹, kan toch niet worden ontkend dat Von Liszt het probleem precies daar heeft gesitueerd waar het onvermijdelijk moet worden gesteld. Uit de geschiedenis blijkt immers onmiskenbaar dat onbetwistbare dogmatische aanknopingspunten voor een aannemelijke inrichting van het stelsel ontbreken: iedere visie omtrent de strafrechtsbedeling blijkt te berusten op politieke oordelen en metafysisch bepaalde opvattingen. Dit geldt vooral ook in relatie tot de rechtsbeginselen die wij in § 2 hebben besproken. Welnu, Von Liszt erkent dit uitdrukkelijk, en op een wijze die de rechtsbeschermende betekenis van deze beginselen in het geheel niet uitsluit. Wij menen zelfs: integendeel ! De beschouwing van Von Liszt op dit punt is bij uitstek geschikt om de rechtsbeschermende strekking van de

(...vervolg)

op 21 september 1902 voor het 9e internationale congres van de I.K.V. te St. Petersburg, ZStW, deel XXIII, p. 204.
51. Zie bijvoorbeeld F. Tummers, a.w., p. 120 e.v.

rechtsbeginselen te vergroten. Dit kan worden toegelicht aan de hand van zijn standpunt over het legaliteitsbeginsel. Door het nulla poena-principe te aanvaarden als een juridische beperking van de op een doel georiënteerde sanctie, is het niet langer afhankelijk van een bepaalde aetiologie of van een bepaalde straftheorie. Hans-Ludwig Schreiber hierover:

'Das nulla-poena-Prinzip erweist sich damit erneut in anderer geistesgeschichtlicher Situation als ein mit verschiedenen Straftheorien, wenn auch nicht ohne Rückwirkung auf seinen Gehalt zu vereinbarendes, rechtspolitisches Prinzip. Nicht mehr in erster Linie von bestimmten Rechtsquellen- oder Straftheorien hängt es ab. Über seine Annahme entscheidet vielmehr, wie das Verhältnis des einzelnen zur Strafgewalt gedacht wird. Hier liegt trotz der wechselnden Auffassungen über seine Begründung und seinen Umfang offenbar sein entscheidender Kern: In einer Mässigung und Beschränkung der mit Skepsis betrachteten Staatsgewalt zugunsten des mit einer gewissen Selbständigkeit gedachten einzelnen.'⁵²

In de voorstelling van zaken van Von Liszt wordt het relatief-autonome karakter van de rechtsbeginselen dus versterkt. Men kan er kennelijk op goede gronden voor kiezen deze beginselen te handhaven, ook al gaat dit ten koste van de bescherming van de maatschappij en het dictaat van ordening.⁵³ Dit impliceert

52. H.L. Schreiber, Gesetz und Richter, Frankfurt am Main 1976, p. 179-180.

53. Zie A.A.G. Peters, Het rechtskarakter van
(wordt vervolgd...)

dan tevens een zekere relativering van het verband tussen de beide probleemstellingen die in dit opstel centraal staan: in de benadering van Von Liszt vervalt op dit punt namelijk de strakke samenhang tussen een visie op de strafrechtswetenschap enerzijds en de inrichting van het sanctiestelsel anderzijds.

In verband met de positie van de individuele justitiabele moeten we nog wel een aanvullende opmerking maken over de door Von Liszt bepleite niet-strafrechtelijke overheidsactiviteiten. Op preventie gerichte inspanningen in het kader van een brede criminele politiek kunnen onnodig leed voorkomen en zijn wat dat betreft in beginsel toe te juichen. Wanneer aan een dergelijk optreden een basis van wetenschappelijke kennis ten grondslag kan worden gelegd, zal men wellicht zelfs uitsluitend gunstige resultaten verwachten van deze vorm van sociale technologie. Maar aan deze voorstelling van zaken is ook een belangrijk risico verbonden. Het is namelijk geenszins denkbeeldig dat op deze wijze onder een niet-justitieel vaandel in feite strafrechtelijke sancties worden opgelegd vóóordat iemand daadwerkelijk een delict heeft begaan. Ons dunkt dat hier een belangrijke lacune in de rechtsbescherming van het individu zou kunnen ontstaan. Door de toepassing van het strafrecht met redelijke waarborgen voor de persoonlijke vrijheid te omgeven, maar daarnaast vergelijkbare maatregelen mogelijk te maken zonder overeenkomstige garanties voor de betrokkene, ontstaat het gevaar dat met de ene hand méér wordt teruggenomen dan met de andere hand was uitgedeeld. Deze werkwijze

(...vervolg)

het strafrecht, oratie Utrecht, Deventer
1972, p. 11.

komt nog nader aan de orde in onze beschouwing over de bejegening van jeugdige personen (§ 11).

6. G.A. van Hamel

Gerard Anton van Hamel (1842-1917) was evenmin als zijn zojuist besproken Duitse collega blind voor de waarde van een zorgvuldig bewaakte rechtspositie voor de staatsburger. Zo schreef deze jurist/politicus⁵⁴ en mede-oprichter van de Internationale Kriminalistische Vereinigung in 1899:

'hoe vaster wij ons aansluiten aan de nieuwere, de 'anthropologisch-sociologische' richting, hoe groter onze eerbied moet blijven voor wat de 'klassiek-juridische' richting veroverd heeft. Zij blijft de kampioen der individuele vrijheid tegenover misbruik van overheidsgezag ook al heet het justitie. En wat Lombroso is voor den wetenschappelijken zin, dat is, in de 2e helft der 18e eeuw, Beccaria geweest voor den rechtszin op dit gebied'⁵⁵.

54. Van Hamel was kamerlid voor - en voorzitter van - de Liberale Unie.

55. G.A. van Hamel, Crimineele Aetiologie, in: Verzamelde geschriften, deel II p. 940-957, ook geciteerd in verschillende publicaties van C. Fijnaut: G.A. van Hamel: een behoudend strafrechthervormer, DD 1984, (wordt vervolgd...)

Anderzijds echter liet hij er geen twijfel over bestaan dat het strafrecht een sociaal verdedigingsrecht is, waarmee doortastend moet kunnen worden opgetreden tegen schadelijke elementen. Doelstelling is 'het sociaal bedorvene gezond te maken als dat kan, en te isoleren als dat moet'⁵⁶. Over het vraagstuk van de wilsvrijheid laat hij zich in zijn leerboek ogenschijnlijk voorzichtig (maar in feite vastberaden) uit, door het determinisme te presenteren als een hypothese, die 'uit de aard der zaak' verbonden is met de leidende gedachten achter de moderne richting⁵⁷. In nauw verband daarmee staat zijn afwijzing van de noties van schuld en toerekeningsvatbaarheid⁵⁸.

Het werk van Van Hamel is vooral interessant wanneer wij de verschillen met de visie van Von Liszt opsporen. In dat verband moet ten eerste worden vermeld dat de Nederlander sterker de nadruk legt op endogene oorzaken van de criminaliteit. Zag Von Liszt

(...vervolg)

p. 18; In de klem der verdeeldheid, in: Honderd jaar Wetboek van Strafrecht, Arnhem 1986, p. 128; en Verleden, heden en toekomst van de geïntegreerde strafrechtswetenschap, Oratie Rotterdam, Arnhem 1986, p. 15.

56. Verzamelde geschriften, deel II, p. 957.

57. Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, a.w. 1927, p. 17.

Vergelijk omtrent dit thema ook F. Tummers, a.w. p. 14.

58. G.A. van Hamel, Verzamelde geschriften, deel II, p. 953: 'De mens is niet langer toerekenbaar maar blijft toch verantwoordelijk. Verantwoordelijk blijft deze, dat wil zeggen door de natuur zelve der dingen om te ondergaan de reactie der samenleving, wanneer hij zich tegen de sociale voorwaarden van het bestaan verzet.'

het medisch-aetiologisch onderzoek nog grotendeels als tijdverspilling⁵⁹, Van Hamel noemt Lombroso als een 'genialen baanbreker' en stelt tevreden vast dat de kern van diens denkbeelden - ontdaan van eenzijdigheden en overdrijving - steeds algemener erkenning vindt.⁶⁰

Dit verschil van inzicht heeft aanzienlijke consequenties voor het concrete sanctiepakket waarmee de samenleving tegen de delinquent dient te worden beschermd. De ideeën van Van Hamel hieromtrent zijn over vele plaatsen in zijn oeuvre verspreid, maar zijn vooral puntig geformuleerd in enige preadviezen voor bijeenkomsten van de I.K.V. waarin het recidive-probleem en het zgn. 'unbestimmtes Strafurteil' werd besproken. Teneinde herhalingen te voorkomen, zullen wij zijn beschouwingen hieromtrent weergeven in de paragrafen 12 e.v.

59. *F. von Liszt, Die Zweckgedanke im Strafrecht, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, deel II, p. 131: 'Die junge anthropologische Schule Italiens geführt von Lombroso, Ferri und Garofalo ... hat mit jugendlichem Ungestüm in der Verwertung kaum gefundener Resultate aber auch mit jugendlicher Kraft und Begeisterung den Kampf gegen die klassische Kriminalistik aufgenommen'. En in de Mitteilungen der IKV, Band IV, p. 139: 'Wir haben wertvolle Jahre verloren in dem unhertappenden dilettantischen Suchen nach den anthropologischen Kennzeichen des delinquente nato und seiner minder gefährlichen Vetter. Heute is der Traum von dem Verbrechertypus ausgeträumt und wir sind zur nüchternen Wirklichkeit zurückgekehrt'.*

60. *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht, a.w. 1927, p. 13.*

7. Adolphe Prins

Prins combineerde net als von Liszt en van Hamel een professoraat in het strafrecht met een actieve deelname aan de politiek. Hij was van 1878 tot 1882 als lector, en van 1882 tot 1919 als hoogleraar verbonden aan de Vrije Universiteit van Brussel. Als politicus was Prins actief in het radicale liberale milieu en de vrijdenkersbeweging, in welke kringen hij zich onderscheidde als een voorvechter van een corporatistische staatsinrichting.⁶¹

Anders dan zijn mede-oprichters was Prins ook als practicus betrokken in het strafrechtelijk bedrijf van zijn tijd. Van 1884 tot 1917 was hij als inspecteur-generaal van het gevangeniswezen verbonden aan het ministerie van justitie. Het ligt voor de hand dat Prins door deze combinatie van functies invloed kon uitoefenen op de hervorming van de strafwetgeving. Naar verluidt heeft Prins een zeer belangrijk aandeel gehad in de totstandkoming van de wet-Lejeune in 1888 (in verband met de voorwaardelijke veroordeling en voorwaardelijke invrijheidsstelling), in de oprichting en organisatie van de zogenoemde 'comités de patronage' die voor de uitvoering van deze wet noodzakelijk waren, in de voorbereiding van de wet op de bestrijding van de landloperij en de bedelarij (1891), en in

61. Voor meer details over de politieke activiteiten van Prins verwijzen wij naar de boeiende beschouwingen daaromtrent van J. Vervaele, Ius puniendi en kriminele politiek, van klassiek rechtsindividualisme naar sociaal rechtsdenken, een strafrechtsvergelijkend grondslagen onderzoek, Universiteit Antwerpen, Departement Rechten, Wilrijk (belgië), 1988, p. 335-345.

de redactie van het wetsontwerp van 1889 op de kindbescherming, dat uiteindelijk pas in 1912 door het parlement werd aanvaard.⁶²

In wetenschappelijk opzicht onderscheidt Prins zich van zijn hierboven beschreven collega's door zijn afwijzing van zowel het biologisch als het sociologisch gefundeerd determinisme. In 1900 heeft Von Liszt in het 'Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft' een uitvoerige beschouwing aan deze afwijkende visie van Prins gewijd, hetgeen de vergelijkbaarheid van hun zienswijzen sterk ten goede komt.⁶³ Beiden vinden dat het doel van de straf bepalend is voor de soort en de maat van de op te leggen sanctie. Maar anders dan Von Liszt c.s. zoekt Prins de grondslag van de verantwoordelijkheid - en van de strafoplegging - in de wilsvrijheid.⁶⁴ Het verschil is echter minder groot dan op het eerste gezicht wel gedacht zou kunnen worden, want ook Prins verwerpt het absolute indeterminisme: hij opteert voor een gematigde vorm.⁶⁵

62. C. Fijnaut, Criminologie en strafrecht (sbedeling): hun onderlinge verhouding rond de voorbije eeuwwisseling, in: Strafrecht in balans, Arnhem 1983, p. 57. Waar Fijnaut spreekt over 'een zeer belangrijk aandeel', heeft Vervaele (o.c. p. 342) het zelfs over een 'onafzienbaar grote invloed'.

63. F. von Liszt, Strafe und Sicherungsmassnahmen in dem kriminalpolitischen System von Prins, in ZStW. deel XX, p. 1.

64. ZStW., deel XX, p. 5.

65. ZStW., deel XX, p. 5-6: "Jeder Mensch trägt in sich ein Element der Freiheit und ein Element der Notwendigkeit. Von der

(wordt vervolgd...)

Vrijheid is bij Prins geen omstandigheid waaronder mensen leven maar een, aan de zedelijkheid verwante, te verwerven hoedanigheid. De fysieke en maatschappelijk omstandigheden bepalen de mogelijkheden van de mens. Binnen de grenzen van zijn mogelijkheden is de mens in die zin vrij dat hij er bewust naar kan streven het goede te doen. Door de verwerkelijking van dat streven bereikt de mens een grotere maat van vrijheid en zedelijkheid, hetgeen hem vervolgens weer in staat stelt verder te stijgen op de trap naar zedelijke vervolmaking en dus naar absolute vrijheid. Voor de laagste sociale klassen blijft vrijheid doorgaans een illusie, omdat zij leven in erbarmelijke omstandigheden. Daarom heeft de overheid in dit opzicht de zedelijke plicht te interveniëren.

Op basis van dit gematigd inderterministisch mensbeeld verwerpt Prins de klassieke tweedeling in ontoerekeningsvatbaren en toerekeningsvatbaren.⁶⁶

(...vervolg)

Freiheit hat er die möglichkeit, zwischen den Motiven zu wählen und zu wollen; von der Notwendigkeit hat er den Stempel, den Familie, Rasse, Umgebung, Zeitalter seiner Eigenart aufdrücken und der die Richtung seiner Wahl bestimmt. (...) Es gibt Fälle, in welchen die Personalität vollständig verschwindet und die daher in die Klasse der geistigen Krankheiten gehören. Abgesehen von diesen Fällen, besteht die Freiheit, aber sie ist relativ; sie hat ihre Abstufungen; sie wächst oder vermindert sich mit den mehr oder weniger normalen Bedingungen der individuellen Organisation und der gesellschaftlichen Umgebung".

66. ZStW, deel XX, p. 6, met verwijzing naar
(wordt vervolgd...)

Tussen beide categoriën bevindt zich volgens Prins de grote categorie misdadigers, een 'middenklasse', die bestaat uit diegenen die om welke reden dan ook (nog) geen voldoende graad van (keuze)vrijheid hebben bereikt om als toerekenbaar te worden aangemerkt. Volgens Prins is het onjuist om deze figuren vanwege hun verminderde toerekeningsvatbaarheid milder te bestraffen, want: [N.B. FRANSE ORIGINELE TEKST OPNEMEN]

'Die Sicherheit der Gesellschaft verlangt (.), dass sie auf möglich lange Zeit unschädlich gemacht werden. Die Gesetzgebung muss ihnen gegenüber eine besondere Art der Behandlung eintreten lassen, eine mesure de préservation, und zwar die Anhaltung in einer besonderen Anstalt, die die Mitte hält zwischen dem Gefängnis und der Irrenanstalt. Hier ist dann auch, wie bei den der Regierung überwiesenen eigentlich Geisteskranken, die sentence indéterminée an ihrem Platz. Die Dauer der Anhaltung kann im voraus nicht bestimmt werden (onderstreping van ons, schrs.)'.⁶⁷

In deze opvatting ligt een verklaring voor het feit dat Prins op diverse I.K.V.-bijeenkomsten opponeerde tegen de (o.a. door Van Hamel verdedigde) 'onbestimmte Strafurteile', terwijl hij zich later een voorstander toonde van de 'onbestimmte Sicherungsmaßnahmen'. De discussie over deze onderwerpen wordt in de navolgende paragrafen (zie m.n. § 12) besproken. Zonder daarop vooruit te lopen kan hier reeds worden vermeld dat de

(...vervolg)

Science pénale et droit positif, Bruxelles
1899, p. ..

67. ZStW., deel XX, p. 7.

garantiefunctie die Prins aan het 'Bestimmtheitsgebot' toekent ('eine der wichtigsten errungenschaften der Neuzeit, (...) eine für die individuelle Freiheit unerlässliche Kautel') nogal wordt ondergraven door het begrip 'verminderd toerekeningsvatbaarheid' zodanig te interpreteren dat daarmee het op grote schaal toepassen van in de tijd onbepaalde strafrechtelijke maatregelen wordt gerechtvaardigd.⁶⁸

Von Liszt kan in hoofdlijnen instemmen met de crimineel-politieke inzichten van Prins. Dat ze worden verdedigd door een overtuigd aanhanger van de idee van wilsvrijheid, maakt ze alleen maar aantrekkelijker ('Hoffentlich auch für die Gegner').⁶⁹ Von Liszt besluit zijn bespreking met de hoop uit te spreken dat het werk van Prins zal bijdragen tot een compromis tussen 'moderneren' en neo-klassieken.⁷⁰ Zo'n conclusie

68. ZStW., deel XX, p. 11. Dit is het enige punt waarop Von Liszt zijn neutrale weergave van Prins opvattingen van een kritische noot voorziet. 'Es würde nicht schwierig sein, hier die kritische Sonde einzusetzen und den Nachweis zu erbringen, dass die ganze Unterscheidung von Sicherungsmassnahmen und Straffen, wie Prins sie im Anschluss an bekannte Vorbilder vertritt, damit aber auch die von ihm der unbestimmten Verurteilung gegenüber grundsätzlich eingenommene ablehnende Stellung nicht haltbar ist'

69. ZStW., deel XX, p. 11.

70. ZStW., deel XX, p. 11 'Alle diejenigen, die eine Verständigung zwischen den Anhängern der Vergeltungstrafe und der Zweckstrafe, richtiger zwischen der General und Spezialprävention, für wünschenswert halten,
(wordt vervolgd...)

zegt waarschijnlijk net zoveel over de instelling en de visie van de recensent als over het oeuvre van Prins.

8. Raffaele di Garofalo

In vergelijking met de andere kopstukken is Garofalo een wat minder bekende figuur. Daarom verstreken wij eerst enige biografische gegevens.

Baron Raffaele di Garofalo werd op 18 november 1851 te Napels geboren. Garofalo heeft zowel als politicus, als rechter en als wetenschapper naam gemaakt. Op 4 april 1909 werd hij tot senator benoemd. In die functie verwierf hij bekendheid met een rede waarin hij pleitte voor een neutrale opstelling van Italië in de eerste wereldoorlog. De politicus Garofalo is een onverzoenlijke bestrijder van het socialisme en het marxisme. In 1895 geeft hij blijk van zijn aversie in het werkje 'la superstizione socialista'.⁷¹ Later zou Garofalo vanaf het eerste moment het fascisme van Mussolini steunen. Als rechter brengt Garofalo het uiteindelijk tot president van het 'Corte di Cassazione' te Turijn en te Napels. Samen met Lombroso en Ferri geldt Garofalo als grondlegger van de 'école positiviste italienne'. Met name zijn standaardwerk 'la criminologie' uit 1885 betekende een

(...vervolg)

werden aus dem Buch von Prins die Überzeugung gewinnen, dass die harmonische Weiterbildung des geltenden Rechtes im Sinne der kriminalpolitischen Forderungen unserer Tage durchaus möglich ist'.

71. Uiteindelijk zou deze overtuiging leiden tot een breuk met de socialistische vakbroeders Lombroso en Ferri. Zie J.

Vervaele, a.w., p. 264-265.

belangrijke bijdrage aan het ontstaan van de criminologie als aparte wetenschap. Op 18 april 1934 stierf Garofalo, 82 jaar oud, te Napels⁷².

Garofalo legt net als Van Hamel en Von Liszt een deterministisch mensbeeld aan de basis van zijn beschouwingen over misdaad en straf. De italiaanse edelman legt evenwel meer dan de anderen de nadruk op de gemeenschapszin van de mens. 'L'homme est, par sa nature, un être sociable; il fait partie de la société, sans avoir contracté avec elle aucun engagement. Il se trouve au milieu d'elle parce qu'il ne peut se trouver ailleurs⁷³'. Garofalo moet niets weten van de 18de eeuwse contractsfilosofen. Mensen zijn van nature op elkaar aangewezen. De staat is de natuurlijke leefomgeving van de mens. De sociale aard van de mens bepaalt ook zijn relatie tot de gemeenschap; 'l'individu ne représente qu'une cellule du corps social'⁷⁴. Indien de mens niet geschikt is voor het leven in gemeenschap, bijvoorbeeld omdat hij misdaden pleegt, dan moet hij uit de maatschappij worden verwijderd.⁷⁵ Op dit punt

72. Bij de samenstelling van deze biografie is gebruik gemaakt van:

-Encyclopedia Biografica, Bibliografica Italiana, Serie XLIII, Vol.II, p. 16 en 17.
 -Lessico Universale Italiano, Rome 1971.
 -Grand Larousse encyclopédique, Parijs 1962.

73. R. Garofalo, La Criminologie, Paris 1892 (1885), p. 258.

74. Garofalo, a.w., p. 259.

75. Garofalo is zijn hele leven voorstander van de doodstraf geweest. Over dit onderwerp schreef hij o.a. in 1888 'Contro la corrente, Pensieri sulla proposta abolizione' en in 1933 'Ancora sulla pena capitale'.

ontpopt Garofalo zich als een sociaal-darwinist avant la lettre:

'Résumons-nous: la réaction dans la forme de l'élimination est l'effet socialement nécessaire de l'action du méfait (quia peccatum). C'est donc un effet naturel, s'il est vrai que l'organisme social a, comme tout organisme physique, des lois invariables, qui sont la condition de son existence. C'est un principe biologique que l'individu disparaît aussitôt que ses imperfections lui empêchent de supporter l'action du milieu ambiant. La différence entre l'ordre biologique et l'ordre moral c'est que la sélection dans le premier a lieu spontanément par la mort des individus, qui manquent d'aptitude, tandis que, dans le second cas, l'individu, étant physiquement apte à la vie, et ne pouvant pas vivre en dehors de milieu social auquel, pourtant, il ne saurait s'adapter, la sélection doit avoir lieu artificiellement, c'est-à-dire par le pouvoir social, qui doit opérer comme la nature opère dans l'ordre biologique. Le but de l'élimination est la conservation de l'organisme social, par l'extirpation des membres qui n'ont pas l'aptitude voulue (ne peccetur)'.⁷⁶

Het belang van deze schrijver voor de vraagstelling van dit opstel is aanzienlijk. Hij neemt zonder enige merkbare aarzeling afstand van de klassieke rechtsbeginselen. Terwijl wapenbroeders als Von Liszt en Van Hamel nog waarderende opmerkingen maken over

76. Garofalo, a.w., p. 275 en 276.

de verworvenheden uit de tijd van de Verlichting, spreekt de Italiaan herhaaldelijk over het klassieke gedachtengoed als een 'anachronisme'. Daar komt nog bij dat Garofalo duidelijk zijn stempel heeft gedrukt op de discussies binnen de I.K.V. Met name op de eerste jaarvergaderingen heeft hij een belangrijke invloed uitgeoefend. De standpunten die hij daar heeft ingenomen - en de argumenten waarmee deze werden ondersteund - komen dan ook in de navolgende paragrafen op de daarvoor geëigende plaatsen aan de orde.

9. De discussie binnen de I.K.V.

Hierboven zijn enkele ideeën aangestipt die vier leidende figuren binnen de I.K.V. koesterden over de middelen waarmee de samenleving tegen delinquenten zou moeten worden beschermd. Wanneer men in ogenschouw neemt dat over de abstracte uitgangspunten voor wijziging van het sanctiestelsel tussen deze toonaangevende geleerden reeds zulke grote verschillen van inzicht bestaan, dan zal het niet verwonderen dat de concrete uitwerking van wenselijke hervormingen door een forum van ongeveer tachtig juristen een schier onmogelijke opgave zou blijken te zijn. Het tekent niettemin het optimisme van die jaren dat men voor de buitenwereld onbekommerd aan deze taak begon⁷⁷.

De discussie binnen de gelederen van de I.K.V. werd gevoerd op basis van de statuten (opgesteld door Prins, Von Liszt en Van Hamel), waarmee alle toetredende leden

77. Zie hieromtrent de interessante beschouwing van Richard Lange, Das Menschenbild des Positivismus und die philosophische Anthropologie unserer Zeit, in: ZStW 81, p. 556 e.v.

dienden in te stemmen⁷⁸. In deze statuten waren stevige inhoudelijke standpunten opgenomen, zodat op voorhand leek te zijn gewaarborgd dat er binnen de vereniging geen plaats was voor behoudzuchtige types. Wij vermelden de zgn. 'Grundsätzen' uit art. II hier integraal:

1. Aufgabe der Strafe ist die Bekämpfung des Verbrechens als sozialer Erscheinung.

2. Die Ergebnisse der anthropologischen und soziologischen Forschungen sind daher von der Strafrechtswissenschaft wie von der Strafgesetzgebung zu berücksichtigen

3. Die Strafe ist eines der wirksamsten Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens. Sie ist aber nicht das einzige Mittel. Sie darf daher nicht aus dem Zusammenhange mit den übrigen Mitteln zur Bekämpfung, insbesondere mit den übrigen Mitteln zur Verhütung des Verbrechens, gerissen werden.

4. Die Unterscheidung der Gelegenheitsverbrecher und der Gewohnheitsverbrecher ist von grundlegender Bedeutung in theoretischer wie in praktischer Beziehung; sie hat daher als Grundlage für die Bestimmungen der Strafgesetzgebung zu dienen.

5. Da Strafrechtspflege und Strafvollzug demselben Zwecke dienen, das strafrechtliche Urteil mithin erst durch die Vollstreckung der Strafe Inhalt und Bedeutung gewinnt, erscheint die dem heutigen Strafrechte

78. Zie art. III van de oorspronkelijke statuten: 'Die Mitglieder der Vereinigung stimmen den in Art. II aufgeführten Grundsätzen bei'.

eigentümliche Trennung des Strafvollzuges von der Strafrechtspflege als unrichtig und zweckwidrig.

6. Da die Freiheitsstrafe in unserm Strafsystem mit Recht die erste stelling inneemt, wird die Vereiniging den Bestrebungen zur Verbesserung der Gefängnisse und der verwandten Anstalten besondere Beachting widmen.

7. Die Vereiniging hält jedoch den Ersatz der kurzzeitigen Freiheitsstrafe durch andere Strafmittel von gleicher Wirksamkeit für möglich und wünschenswert.

8. Bei langzeitigen Freiheitsstrafen ist die Bemessung der Strafdauer nicht nur von den Ergebnissen des Strafverfahrens, sondern auch von denjenigen des Strafvollzuges abhängig zu maken.

9. Unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher hat die Strafgesetzgebung, und zwar auch dann, wenn es sich um die oftmalige Wiederholung kleinerer Vergehungen handelt, für eine möglichst lange Zeitdauer unschädlich zu maken.

De implementatie van deze uitgangspunten kan ons inziens het beste worden beoordeeld aan de hand van drie vragen waarvoor de leden zich gesteld zagen. Achtereenvolgens: hoe moeten we de vrijheidsstraf bezien? (§ 10), hoe benaderen we de jeugdigen (§ 11) en wat doen we met recidivisten? (§ 12) Een dergelijke thematische beschrijving heeft tot nadeel dat de lezer wellicht het zicht op de chronologie van de diverse gebeurtenissen verliest. Wij denken dit te ondervangen door op deze plaats een chronologische overzicht te geven van de

diverse in de onderstaande paragrafen aangehaalde congressen.

1. Brussel 1889
2. Bern 1890
3. Christiania 1891
4. Parijs 1893
5. Antwerpen 1894
6. Linz an der Donau 1895
7. Lissabon 1897
8. Budapest 1899
9. St. Petersburg 1901
10. Hamburg 1905
11. Brussel 1910
12. Kopenhagen 1913

10. De korte vrijheidsstraf en haar alternatieven

10.1 De voorwaardelijke veroordeling

Het eerste punt op de Brusselse agenda (1889) betrof de vraag of de voorwaardelijke veroordeling, zoals die in 1888 in België was ingevoerd, aan de wetgevers van andere landen moest worden aanbevolen. De vergadering antwoordde bevestigend, zij het dat daarbij het voorbehoud werd gemaakt dat de wetgever bij het bepalen van het toepassingsgebied van deze sanctie rekening moest houden met 'das Gefühl und den Kulturzustand jedes Volkes'⁷⁹.

79. *De volledige tekst van de resolutie luidde: "Die Vereinigung empfiehlt den Gesetzgebern aller Länder die Annahme des Prinzips der bedingten Verurteilung, weist aber gleichzeitig auf die Notwendigkeit hin, das Anwendungsgebiet der Massregel nach den örtlichen Verhältnissen zu bestimmen und dabei auf das Gefühl und den Kulturzustand jedes Volkes Rücksicht zu nehmen".*
Mitteilungen, deel I, p. 184. De principiële
 (wordt vervolgd...)

De bespreking van dit agendapunt was goed voorbereid. Prins en Lammasch schreven gedegen prae-adviezen waarin zij zich positief uitlieten over de voorwaardelijke veroordeling. De meeste woordvoerders ter vergadering sloten zich hierbij aan. Garofalo diende echter een motie in waarin hij zijn adhesie afhankelijk maakt van de voorwaarde dat het slachtoffer een veto-recht t.a.v. de voorwaardelijke veroordeling moet krijgen. Deze koppeling motiveert hij met de stelling dat rekening moet worden gehouden met het natuurlijke wraakgevoel (Rachegefühl) van het slachtoffer, dat met name in de zuidelijke staten "eine Schädigung des Verbrechers verlange".⁸⁰ Deze voorstelling van zaken leidde tot groot protest van de Duitse en Nederlandse aanwezigen. De teneur van hun kritiek is dat bij de straf het publieke en niet het privébelang van het slachtoffer voorop dient te staan, en dat niet wraak maar het voorkomen van nieuwe misdrijven doel van het straffen moet zijn. Garofalo laat zich door deze argumenten niet overtuigen, maar gaat er op voorstel van von Liszt mee accoord dat aan zijn motie een bredere strekking wordt gegeven. Als gevolg daarvan wordt de aanbeveling van de voorwaardelijke veroordeling voorzien van het voorbehoud dat daarbij steeds rekening moet worden gehouden met nationale verschillen in gevoel en cultuur. Deze zelfs voor diplomaten niet onwaardige compromis-oplossing moet dus verhullen dat er binnen de I.K.V. diepgaande verschillen van inzicht bestaan over de private danwel publieke aard van de straf en

(...vervolg)

betekenis van het voorbehoud in het laatste zinsdeel wordt hieronder nog toegelicht.

80. Mitteilungen, deel I, p. 179.

daarmee ook over de vraag welke oogmerken (genoegdoening danwel beveiliging) bij de strafoplegging dienen te prevaleren.

10.2 Alternatieve straffen

Het tweede vraag op de agenda van de vergadering in de belgische hoofdstad luidde: "Welche Massregeln können dem Gesetzgeber zur Einschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstraffen empfohlen werden?" Voor preadviseur von Liszt was deze vraag eenvoudig te beantwoorden. Hij was dermate overtuigd van de onwaarde van de korte vrijheidsstraf dat zijns inziens elk onderzoek naar de gebreken van dit sanctiemiddel tijdverspilling was. Eigenlijk vond hij ook een discussie over alternatieven voor deze straf overbodig, want men zou eenvoudig kunnen en moeten voortbouwen op de Belgische wet van 31 mei 1888, waarin de voorwaardelijke veroordeling werd geregeld.⁸¹

Hoewel de vergadering zich unaniem had uitgesproken voor de voorwaardelijke veroordeling (zie § 10.3), werd de opvatting dat daarmee meteen het vraagstuk van de korte vrijheidsstraf en haar mogelijke alternatieven was opgelost, door geen van de overige sprekers ter vergadering gedeeld.⁸²

Anders dan Von Liszt verwachtte bleek het zelfs zeer moeilijk de leden van de vereniging op dit punt op één lijn te krijgen. Ondanks grondige voorbereiding en veel vergadertijd leverden de eerste twee internationale bijeenkomsten van de I.K.V.

81. *Mitteilungen, deel I, p. 44.*

82. *De opstellers van de agenda hadden overigens ook geen verband gelegd tussen beide onderwerpen want de voorwaardelijke veroordeling en de middelen tot terugdringing van de korte vrijheidsstraf waren in Brussel (1889) afzonderlijk geagendeerd.*

niet meer op dan een aanbeveling aan de wetgever om 'die Mittel zum Ersatz der kurzzeitigen Freiheitsstrafe in ernste Erwägung zu ziehen', en om daarbij in het bijzonder te denken aan de borgtocht (Friedenbürgschaft) en aan middelen om de vervangende hechtenis terug te dringen door de daadwerkelijke betaling van de geldboete te bevorderen.⁸³ Er bleek (nog) geen overeenstemming mogelijk over de rechterlijke berisping (der gerichtliche Verweis)⁸⁴, de

83. De volledige tekst van de aangenomen resolutie luidt aldus: 'Die Vereinigung ist der Ansicht, dass der Gesetzgeber die Mittel zum Ersatz der kurzzeitigen Freiheitsstrafe in ernste Erwägung zu ziehen hat. Sie empfiehlt namentlich: erstens die Friedenbürgschaft, sodann an zweiter Stelle alle Reformen, welche den Zweck haben, die wirkliche Zahlung der Geldstrafe herbeizuführen und so die hilfsweise Freiheitsstrafe zu beseitigen'. zie: Mitteilungen, deel I, p. 194.

84. De voornaamste argumenten tegen de berisping als alternatief voor de korte vrijheidsstraf komen van:

a. Baron Garofalo, die van mening is dat de berisping 'auf das Volk nur einen lächerlichen Eindruck mache' (zie: Mitteilungen, deel I, p. 189.)

b. Benedikt, die vreest dat dat de berisping in de praktijk zal leiden tot een ongewenste terugdringing van de voorwaardelijke veroordeling en bovendien van mening is dat de berisping een typische disciplinaire maatregel is die op deze grond niet als 'staatliche Strafe anerkannt und verwertet' moet worden. (zie: Mitteilungen, deel I, p. 189 en 190.)

(wordt vervolgd...)

dwangarbeid (met of zonder opsluiting)⁸⁵, en de

(...vervolg)

c. Von Liszt, die stelt dat nu de berisping pas wordt uitgesproken nadat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan deze meestal geen indruk meer op de veroordeelde maakt (zie: Mitteilungen, deel I, p. 190.). Bovendien werkt de berisping alleen ten opzichte van een eerbare burger en niet tegen een eerloze, zodat aldus een zekere rechtsongelijkheid kan ontstaan. (zie: Mitteilungen, deel I, p. 49)

Van Hamel staat wel gematigd positief tegenover de berisping (zie: Mitteilungen, deel I, p. 189.)

85.. In Brussel wordt de bespreking van de dwangarbeid op voorstel van Fionitzky uitgesteld tot de volgende vergadering omdat dan de resultaten van het internationale penitentiare congres te St. Petersburg (dat mede aan dit zelfde onderwerp zou worden gewijd) in de bespreking meegenomen zouden kunnen worden. Op de volgende vergadering in Bern werd het onderwerp inhoudelijk besproken. Pre-adviseur Baumgarten ziet in de dwangarbeid zonder opsluiting een goed alternatief voor de vervangende hechtenis. Aldus wordt voorkomen dat armlastige kleine overtreeders in de praktijk in dezelfde gevangenis belanden dan veel zwaardere misdadigers. Baumgarten wijst evenwel de dwangarbeid als alternatief voor een principale vrijheidsstraf van de hand omdat 'Arbeit darf nicht zur Strafe gestempelt werden, und auch die leichteste ist praktisch nicht von jedem leistbar' (zie: Mitteilungen, deel II, p. 104). De tweede pre-adviseur Zürcher is eveneens van mening dat de

(wordt vervolgd...)

verruiming van de mogelijkheid om strafbare feiten af te doen door slachtoffer en dader tot een accoord over schadevergoeding te laten komen.⁸⁶ Zelfs de door Von Liszt in zijn toespraak veronderstelde consensus over de noodzaak om de korte vrijheidsstraf door andere sancties te vervangen bleek een illusie, want er bestond binnen de vereniging onvoldoende draagvlak om te komen tot een principiële afwijzing van de korte

(...vervolg)

Zwangsarbeit ohne einsperrung slechts een alternatief vormt voor de vervangende hechtenis ("Arbeit ohne Einsperrung ist eine Wohlthat, keine Strafe"; zie: Mitteilungen, deel II, p. 104 en 105.) Ter vergadering blijkt de tijd nog niet rijp voor een definitieve aanbeveling: 'Die Versammlung beschließt, ohne die Zwangsarbeit ohne Einsperrung grundsätzlich von der Hand zu weisen, mit Rücksicht auf den Wunsch der Vereinigung, zunächst die Frage der praktischen Verwirklichung jenes Strafmittels, sowie die Frage der Verbesserung der Geldstrafe zu studieren, die Vertagung der frage auf eine nächste Sitzung'. (zie: Mitteilungen, deel II, p. 108.) Op de volgende zitting (Christiania 1893) werd de 'Zwangsarbeit ohne Einsperrung' in nauwe samenhang met de vervangende hechtenis opnieuw onderwerp van bespreking (zie par. 12.3).

86. Andere alternatieve sancties zoals het door von Liszt in zijn pre-advies aan de Brusselse vergadering behandelde maar door hem afgewezen Hausarrest, het Wirthausverbot en het Ortsverbot (zie: Mitteilungen, deel I, p. 48) werden niet ter vergadering besproken.

gevangenisstraf⁸⁷. Op het derde internationale congres te Christiania trekt von Liszt hieruit zijn conclusies. Hij geeft toe dat hij er mogelijk verkeerd aan heeft gedaan om niet eerst de vraag aan de orde te stellen of de bezwaren van de vereniging zich nu richten tegen de korte vrijheidsstraf 'an sich' of slechts tegen de verschijningsvorm die dit sanctiemiddel in de praktijk had aangenomen. Daarnaast leidde de omstandigheid dat alternatieve sancties slechts werden beoordeeld op hun nut als substituut voor de korte vrijheidsstraf - en niet op hun eigen merites - tot een nogal eenzijdige waardering.

87. *Het is met name Fionitzky die reeds op de eerste vergadering in Brussel stelt dat het weliswaar zinvol kan zijn om alternatieven voor de korte vrijheidsstraf te onderzoeken maar dat het voornaamste streven van de vereniging gericht moet zijn op verbetering van de tenuitvoerlegging van de bestaande (korte) vrijheidsstraf. Zie: Mitteilungen, deel I, p. 186. Het heeft tot de vijfde internationale vergadering (Antwerpen 1894) geduurd voordat Fionitzky zijn zin kreeg. (zie § 10.4)*

88. *'Die Erörterung der Mittel, das Gebiet der Freiheitsstrafe, insbesondere der kurzzeitigen, zu beschränken, steht von Anfang auf unserm Programm. Vielleicht ist dieser Standpunkt in den ersten Entwicklungsstadien zu einseitig festgehalten worden, vielleicht war es ein Fehler, die bedingte Verurteilung als ein Ersatzmittel aufzufassen, vielleicht ein Fehler, alles aus diesem Gesichtspunkte zu betrachten. Mit jener Einschränkungstendenz unsrer Vereinigung im Zusammenhange steht auch die*
(wordt vervolgd...)

Von Liszt stelt voor een nieuwe start te maken waarbij het onderzoek langs twee wegen wordt voortgezet. In de eerste plaats moeten de reeds ter sprake gekomen alternatieve sancties verder worden onderzocht, niet primair als alternatief voor de korte vrijheidsstraf, maar 'als selbstständiges Strafmittel'.⁸⁹ Van de hierboven genoemde alternatieven zou de vereniging overigens alleen nog uitgebreid aandacht besteden aan de geldboete (en in verbinding daarmee aan de 'Zwangsarbeit ohne Einsperrung'). In de tweede plaats moet volgens Von Liszt worden nagegaan hoe de tenuitvoerlegging van de korte vrijheidsstraf kan worden verbeterd. Zowel aan de geldboete als aan de verbetering van de vrijheidsstraf zal hieronder een aparte paragraaf worden gewijd.

10.3 De geldstraf

In Christiania werd een groot aantal - nog steeds actuele - vragen aan de orde gesteld omtrent vermogenssancties. Wij noemen de belangrijkste. In welke strafzaken verdient de geldboete de voorkeur? Zijn er richtlijnen te geven voor de straftoemeting, bijv. door een verband te leggen met het inkomen van de veroordeelde? Hoe kan de executie van de geldboete het beste worden vormgegeven, en mag bij gebrek aan betaling ook dwangarbeid zonder insluiting worden toegepast? En: moet een voorwaardelijke veroordeling ook terzake van vermogensstraffen mogelijk zijn?

(...vervolg)

heutige Frage der Geldstrafe (...).
Mitteilungen, deel III, p. 238.

89. *Mitteilungen, deel III, p. 238.*

Naar aanleiding van deze vraagpunten werd de volgende resolutie door de vergadering aangenomen:

I. Eine zweckentsprechende Regelung der Geldstrafe vorausgesetzt, ist der Gesetzgebung und der Rechtsprechung eine weitere Anwendung dieses Strafmittels, als bisher in den meisten Ländern stattgefunden hat, zu empfehlen, und zwar:

a) als fakultative Hauptstrafe für leichtere Straffälle,

b) als fakultative Nebenstrafe für alle Fälle.

II. Bei Bemessung der Geldstrafe muss, neben den anderen Strafzumessungsgründen, auf die Vermögensverhältnisse des Schuldigen Rücksicht genommen werden.

III. Der Höchstbetrag der Geldstrafe ist gegenüber den bisherigen Gesetzgebungen zu erhöhen, der Mindestbetrag ist möglichst gering zu bemessen.

IV. Es ist den Gesetzgebungen dringend zu empfehlen, die tatsächliche Zahlung der Geldstrafe zu erleichtern, namentlich durch Zulassung von Teilzahlungen (Gewährung von Zahlungsfristen).

V. Umwandlung der tatsächlich uneinbringlichen Geldstrafe in Freiheitsstrafe ist tunlichst auszuschliessen.

VI. Der Grundsatz der bedingten Verurteilung hat auf Geldstrafen Anwendung zu finden.

Deze resolutie berust grotendeels op het voorbereidende werk van Von Liszt. Hij legde de vergadering zes stellingen voor, waarvan de hoofdlijnen ongeschonden in het slotdocument werden overgenomen. Wij geven een beknopt

overzicht van de beraadslagingen in Christiania, af en toe onderbroken door een meer gedetailleerde weergave van de discussie op die onderdelen die voor onze vraagstelling van belang zijn.

De vergadering is in overgrote meerderheid met Von Liszt van mening dat de geldstraf de voorkeur verdient boven de vrijheidsstraf. De grote nadelen van de vrijheidsstraf ('Mitleidenschaft der Familie, Brandmarkung, (en) Brechung der Thatkraft) kleven niet of in veel mindere mate aan de geldboete.⁹⁰ Aan de andere kant heeft de vermogenssanctie dezelfde voordelen als de vrijheidsstraf, waarbij met name wordt gewezen op de mogelijkheid om het aan de dader toe te voegen leed nauwkeurig te berekenen.⁹¹ Hiermee doelt de Duitse hoogleraar niet op de mogelijkheid om de zwaarte van de straf exact te relateren aan de ernst van het gepleegde strafbare feit (het proportionele vergeldingsbeginsel), maar op de mogelijkheid de geldboete zodanig gestalte te geven dat daar een maximaal speciaal-preventief effect van uitgaat:

'...bei der Gewinnsucht wird der Trieb zum Delinquieren in der Wurzel getroffen; aber auch bei

90. Als belangrijk nadeel van de vrijheidsstraf noemt Von Liszt ook nog de oneerlijke concurrentie die de grote 'Zellenpaläste' met hun goedkope arbeidskrachten de vrije ondernemers aandoen. Zie Mitteilungen, deel III, p. 238.

91. Mitteilungen, deel III, p. 238: 'sie (de geldstraf, schrs.) (ist) ebenso schmiegsam, teilbar, abstufbar, wie die Freiheitsstrafe, und diese Vorzüge verbinden sich hier mit der Möglichkeit das Übel in der genauesten Weise zu berechnen...'

Roheidsdelikten und gedankenlosen Fahrlässigkeitsdelikten halte ich die Geldstrafe für geeignet. Wir können endlich mit ihr unter einer Voraussetzung erzieherisch einwirken, -wenn man die ratenweise Vollstreckung als das Normale auffasst. Wer ein Jahr lang für eine verübte Roheit eine Geldstrafe in monatlichen Raten abzutragen hat, wird jedesmal, wenn er in die Tasche greift, wenn das kleine Protokoll für ihn aufgenommen wird, an seine Verschuldigung erinnert, und wir erwarten davon eine bessernde Einwirkung'.⁹²

Tegen deze achtergrond is het niet verwonderlijk dat de vergadering het oordeel van Von Liszt deelde dat het toepassingsbereik van de geldboete moest worden uitgebreid van doorgaans enkele overtredingen⁹³ tot ook de middelzware strafzaken.⁹⁴

De tweede stelling van Von Liszt luidde:

92. *Mitteilungen*, deel III, p. 238 en 239.

93. Von Liszt tekent hierbij aan dat de onderverdeling van strafbare feiten in overtredingen en misdrijven hoogst arbitrair en gebrekkig is en dat alleen al daarom het toepassingsbereik van de geldboete niet tot overtredingen beperkt moet blijven. Zie: *Mitteilungen*, deel III, p. 239.

94. *Mitteilungen*, deel III, p. 239. De schrijver heeft het over 'Strafsachen mittler Ordnung'. Er heerste slechts verschil van mening over de vraag of de geldboete bij wat ernstiger strafbare feiten als hoofd- danwel als bijkomende straf moet worden gerubriceerd.

II. Die Höhe der Geldstrafe ist im Einzelfalle nach den **Vermögensverhältnissen des Verurteilten** zu bemessen.⁹⁵

Bij het bepalen van de hoogte van de geldboete moet volgens Von Liszt exclusief rekening worden gehouden met de draagkracht van de veroordeelde. Hij wijst er op dat dit zowel op basis van het 'Vergeltungsgedanken' als op grond van het 'Zweckgedanken' kan worden gemotiveerd. De vergadering is het met het uitgangspunt eens, maar wil dat in de resolutie uitdrukkelijk wordt aangegeven dat ook andere factoren een rol (kunnen blijven) spelen bij de straftoemeting. Stelling II wordt daarop in die zin aangepast.

De derde stelling is het meest omstreden:

III. 1. Dabei ist der jährliche Steuersatz, beziehungsweise der tägliche **Arbeitslohn** des Verurteilten zu grunde zu legen und die Geldstrafe nach Vielfachen oder nach Bruchteilen des so ermittelten Einheitssatzes zu bestimmen.

2. Es empfiehlt sich nicht, im Gesetze einen Höchst oder Mindestbetrag der Geldstrafe festzustellen (onderstreping van ons, schrs.)⁹⁶

Von Liszt staat een systeem voor ogen waarbij de rechter is gebonden aan maximum en minimum grenzen uitgedrukt in percentages van het inkomen van de veroordeelde.⁹⁷ De hoogte van het inkomen moet worden vastgesteld aan de

95. *Mitteilungen, deel III, p. 220.*

96. *Mitteilungen, deel III, p. 220.*

97. *Mitteilungen, deel III, p. 239. Dat valt af te leiden uit de volgende zinssnede: 'Das Gesetz sollte für jede Höhe des Einkommens die Höhe der Geldstrafe in Prozenten davon angeben (Z.B. vom Einheitssatz bis zu dessen Fünffachem oder vom Zehntel des Einheitssatzes bis zu diesem).*

hand van de belastingaangifte. Het niet in de wet vastleggen van het minimum en maximum bedrag van de geldboete is een uitvloeisel van de wens om de inkomensafhankelijke geldboete consequent te kunnen doorvoeren en is uitdrukkelijk niet bedoeld om de straftoematingsvrijheid van de rechter te vergroten. Integendeel: 'These III.2 gibt nicht dem Richter grössere Freiheit: ich will den Richter einschränken, ich gebe ihm viel festere Grenzen'⁹⁸

Het is niet verwonderlijk dat deze zienswijze bezwaren opriep binnen het gezelschap van aanhangers van de 'moderne' richting. Seuffert bijv. meende dat er meer naar de persoonlijkheid van de dader moest worden gekeken.⁹⁹ Hagerup is om dezelfde reden gekant tegen het door Von Liszt aanbevolen systeem. Ook hij is van mening dat een 'rein arithmetische Anlehnung' te onpersoonlijk is en te weinig ruimte laat voor een geindividualiseerde straftoemeting. Meer op klassieke uitgangspunten gebaseerde kritiek komt van het Engelse I.K.V.-lid Black-Swinton, die wenst dat in de resolutie wordt vastgelegd dat ook de zwaarte van het strafbare feit bepalend is voor de op te leggen sanctie.¹⁰⁰ Hij staat hierin echter alleen.

De voorstanders van een grotere straftoematingsvrijheid voor de rechter behalen een duidelijke overwinning. In de uiteindelijk aangenomen resolutie wordt met geen woord meer gesproken over de vaste inkomensafhankelijke geldboete. In plaats daarvan beveelt het congres de wetgever aan om de maximaal toelaatbare geldboete te verhogen en om het minimum zo laag mogelijk te bepalen.

98. *Mitteilungen*, deel III, p. 250.

99. *Mitteilungen*, deel III, p. 249.

100. *Mitteilungen*, deel III, p. 249.

De door Von Liszt voorgestelde mogelijkheid van betaling in termijnen (stelling IV) werd door de vereniging zonder veel discussie overgenomen.

Von Liszt is zonder enig voorbehoud tegen de vervangende vrijheidsstraf. Dit blijkt uit zijn vijfde stelling:

V. Umwandlung der thatsächlich uneinbringlichen Geldstrafe in **Freiheitsstrafe ist ausgeschlossen.**¹⁰¹

De reden van deze scherpe afwijzing komt bij von Liszt niet goed uit de verf. Van Hamel, ook mordicus gekant tegen de vervangende hechtenis, geeft wel een duidelijk argument. Hij wijst er op dat een vrijheidsbenemende sanctie niet in de plaats van een vermogenssanctie mag komen, om de eenvoudige reden dat de rechter door het opleggen van een geldboete juist heeft beslist dat er géén vrijheidsbeneming was geïndiceerd.¹⁰² Bij de meerderheid ter vergadering leeft echter het gevoel dat de vervangende hechtenis weliswaar dogmatisch minder fraai is, maar in de praktijk toch nooit helemaal gemist kan worden. Vandaar dat in de slotresolutie wordt gesproken van het 'thunlichst' uitsluiten van de 'Umwandlung der thatsächlich uneinbringlichen Geldstrafe in Freiheitsstrafe'.

Dat geldboetes tenslotte ook voorwaardelijk opgelegd moeten kunnen worden vond nagenoeg elk van de aanwezigen, zodat de

101. *Mitteilungen*, deel III, p. 221. En op p. 240: '*Jedenfalls soll die uneinbringliche Geldstrafe **niemals** in **Freiheitsstrafe** umgewandelt werden!*'

102. *Mitteilungen*, deel III, p. 254.

desbetreffende stelling van Von Liszt bijna woordelijk kon worden overgenomen.¹⁰³

10.4 Verbetering van de vrijheidsstraf

De verbetering van de tenuitvoerlegging van de korte vrijheidsstraf was onderwerp van beschouwing op de vijfde internationale I.K.V.- bijeenkomst op 28 en 30 juli 1894 te Antwerpen. Als pre-adviseurs waren aangewezen Felisch, Mauchamp, Poncelet en Wodon die samen met Jaspar een 'Gutachten' schreef. Het artikel van Felisch is veruit het meest doorwrocht. Deze 'Landesgerichtsrat' uit Berlijn ondersteunt zijn aanbevelingen met een omvangrijk overzicht van de ontwikkelingen in de meeste bij de I.K.V. betrokken landen. Daarbij maakt hij een onderscheid tussen landen die in het voorafgaande decennium geen verscherping van de vrijheidsstraf hebben doorgevoerd (België, Duitsland, Griekenland, Portugal, Roemenië, Kroatië, en de meeste zwitserse kantons) en landen die wel daartoe hebben besloten (de overige Europese landen, inclusief Nederland).¹⁰⁴ De grote nationale verschillen in de wijze waarop de gevangenisstraf wordt geëxecuteerd en de manier waarop aan een verscherpte tenuitvoerlegging vorm wordt gegeven, hangen volgens de pre-adviseur samen met de culturele eigenaardigheden van de door hem onderzochte naties. Gezien deze verschillen wordt ter vergadering besloten af te zien van het in stemming brengen van een resolutie. Uit de

103. *Mitteilungen*, deel III, p. 221. Het enige verschil is dat in de slotresolutie de 'Friedensbürgerschaft', die door Von Liszt gelijk wordt gesteld met de voorwaardelijk opgelegde boete, niet wordt genoemd.

104. *Mitteilungen*, deel V, p. 86 en 235 (mondelijke toelichting op pre-advies).

discussie blijkt evenwel dat een meerderheid van de aanwezigen voorstander is van een verscherping van de tenuitvoerlegging van de korte vrijheidsstraf.¹⁰⁵ Daarbij wordt vooral gedacht aan 'Hungerkost bei Wasser und Brot und hartes Lager'. De in die dagen nog in zwang zijnde tuchtiging met bullepees werd als een inhumane en ondoelmatig strafmiddel afgewezen.

In de mondelinge toelichting op zijn pre-advies laat Felisch zich kennen als iemand die niet wars is van stevige maatregelen: 'Der unverschämten Rebellion gegen das Gesetz muss man mit Keulenschlägen begegnen'.¹⁰⁶ Maar niet zonder aanzien des persoons ! Hij is tegenstander van een verscherping van de vrijheidsstraf voor alle veroordeelden. Vooral de recidivisten moeten harder worden aangepakt. Het individualiseren moet er toe leiden dat de strafverzwaring wordt toegepast op veroordeelden die '-wie Herr Prof. van Hamel sagt- das Gefängnis als Hôtel garni betrachten, wo sie auf Staatskosten Kost und Logis erhalten'.¹⁰⁷ Om te verhinderen dat de strafverzwaring in de praktijk ook op gewone veroordeelden wordt toegepast, moet uitsluitend de rechter de bevoegdheid krijgen om bij recidive en bij bepaalde in de wet

105. Zie: o.a. *Mitteilungen*, deel XIII, p. 26: 'Die Vereinigung sprach sich im Prinzip für die Verschärfung der Freiheitsstrafen aus; eine Abstimmung ist jedoch nicht erfolgt.'

106. *Mitteilungen*, deel V, p. 236.

107. *Mitteilungen*, deel V, p. 236. En: 'Überhaupt muss man möglichst suchen, die Verschärfungsart und dauer der Individualität des Delinquenten anzupassen, denn sonst nimmt die ganze Massregel einen der Zivilisation feindlichen Anstrich an'.

omschreven gevallen van 'moralischen Verworfenheit' te bevelen dat de veroordeelde aan een verscherpt regiem moet worden onderworpen.¹⁰⁸ Bovendien zou de aanbevolen werkwijze slechts tijdelijk een toename van de repressieve activiteit van de overheid tot gevolg hebben. Dit werd vooral benadrukt toen Felisch de plenaire vergadering¹⁰⁹ inlichtte over het I.K.V.-standpunt over dit onderwerp:

'Wenn wir uns im Prinzip für die Verschärfungen ausgesprochen haben, so ist dies in der Hoffnung geschehen, dass der Tag nicht mehr fern sein wird, wo alle diese Massnahmen überflüssig geworden sein wird, wo alle diese Massnahmen überflüssig geworden sein werden durch den sittlichen Einfluss der sozialen Gesetzgebung, die Hebung der

108. zie: *Mitteilungen*, deel V, p. 237:

'Verschärfungen sind nur in dem von Gesetze einzeln aufzuführenden Fällen gegen Rückfälligen oder gegen solche Personen zulässig, bei welchen bestimmte, gesetzlich bezeichnete Merkmale einer moralischen Verworfenheit vorliegen. sie sind durch richterlichen Schuldigspruch fakultativ zu verhängen und in Einzelhaft zu verbüssen'.

109. De vijfde internationale bijeenkomst van de I.K.V. viel samen met het 'Congrès international pour l'étude des questions relatives au patronage des condamnés, des enfants moralement abandonnés, des vagebonds et des aliénés'. De I.K.V.-bijeenkomst stond als 'zelfstandige afdeling' geheel los van de rest van het congres. Er waren evenwel enkele plenaire zittingen waarop alle deelnemers aan het congres werden geïnformeerd over de resultaten van de bijeenkomsten in afzonderlijke secties. Zie hierover § 12.5.

Volksbildung, die Förderung des materiellen Wohlstandes der untern Klassen, durch die Thaten der allgemeinen Menschenliebe, besonders aber auch durch die Werke der Schutzfürsorge'.¹¹⁰

Felisch heeft in het pre-advies en zijn lange mondelinge inleiding kennelijk het gevoel van een ruime meerderheid ter vergadering vertolkt, want in de discussie blijkt slechts van meningsverschillen op ondergeschikte onderdelen. Zo werd gediscussieerd over de vraag of ook 'first offenders' aan een verscherpte executie onderworpen moeten kunnen worden, en hoelang de verscherpte executie maximaal zou kunnen duren; het beginsel dat strafverzwaring alleen door de rechter kan worden bevolen in door de wet bepaalde gevallen werd door niemand aangevochten.

Slechts twee sprekers, Zucker en Rivière, zijn op principiële gronden tegen de verscherpte executie. De eerstgenoemde is van oordeel dat de veroordeelde daardoor wordt verbitterd in plaats van verbeterd.¹¹¹ Rivière is tegen elk strafmiddel dat de veroordeelde geestelijk of lichamelijk verzwakt omdat daarmee afbreuk wordt gedaan aan diens mogelijkheden tot resocialisatie.¹¹² Uit deze tegenwerpingen blijkt dat ook op dit punt de 'moderne' uitgangspunten zich niet lenen voor klakkeloze toepassing in de praktijk. De wens om de strafrechtsbedeling steeds te oriënteren op de persoonlijke kenmerken en omstandigheden van de dader, laat nog volop ruimte voor de afweging van in aanmerking komende individuele en collectieve belangen. Die speelruimte wordt

110. *Mitteilungen*, deel V, p. 269.

111. *Mitteilungen*, deel V, p. 239.

112. *Mitteilungen*, deel V, p. 242.

ingevuld door uiteenlopende beslissingen van crimineel-politieke aard, en het zijn juist deze operationele kwesties die in laatste instantie het verschil bepalen met de rechtspraak onder het regiem van de (neo)klassieke dogmatiek.

10.5 De betekenis van klassieke rechtsbeginselen in de discussie over de vrijheidsstraf en haar alternatieven

De speciale preventie staat centraal in de I.K.V.-discussie over de korte vrijheidsstraf. Dit doel moet worden verwezenlijkt door middel van afschrikking en verbetering. Het voorstel tot verscherping van de korte vrijheidsstraf is duidelijk geïnspireerd door de idee dat de niet-gemeenengevaarlijke recidivist, of de anderszins licht-geperverteerde misdadiger, door een korte maar bijzonder strenge vrijheidsbeneming kan worden ontmoedigd in de toekomst opnieuw strafbare feiten te plegen.

De verbeteringsgedachte heeft in het zojuist weergegeven debat een dubbele betekenis: in de zin van een minimum voorwaarde en van een ideaal. Alternatieve strafsancities zouden minimaal moeten voldoen aan de eis dat de misdadiger er niet slechter van wordt. Hierin ligt tevens het voornaamste bezwaar tegen de korte vrijheidsstraf zoals die in de meeste landen werd geëxecuteerd. Doordat onvoldoende onderscheid werd gemaakt tussen werkelijk geperverteerde misdadigers en mensen die door ongelukkige omstandigheden tot misdaad waren vervallen, en beide categoriën als gevolg daarvan in dezelfde strafinrichtingen werden ingesloten, was het risico van criminele besmetting groot. Daarnaast werkten de vaak erbarmelijke toestanden in de gevangenissen een zekere verbittering jegens de maatschappij in de hand.

Het begrip verbetering heeft daarnaast de betekenis van een ideaal. De ideale sanctie is volgens vele I.K.V.-leden die sanctie die de veroordeelde daadwerkelijk zedelijk verheft. Idealisme en paternalisme gaan in dit opzicht hand in hand. Zo wordt meermalen betoogd dat bijvoorbeeld de korte vrijheidsstraf met 'vaderlijke gestrengheid' tenuitvoer moet worden gelegd.¹¹³

Een uitvloeisel van de centrale plaats die de speciale preventie in het gedachtengoed van de I.K.V. inneemt is het pleidooi voor een grotere sanctietoemettingsvrijheid voor de rechter. Dat betekent enerzijds dat de wetgever de rechter zoveel mogelijk keuzemogelijkheden moet laten. Niet alleen moet hij binnen ruime grenzen de maat van de sanctie kunnen bepalen, maar bovendien moet hij kunnen kiezen uit verschillende soorten sancties. Anderzijds zou de rechter ook de eerst verantwoordelijke moeten zijn voor de wijze waarop de door hem uitgesproken straf wordt geëxecuteerd. Zo werd bij de discussie over de 'unbestimmte Strafurteile' betoogd dat de rechter een bepalende stem moet hebben bij de vaststelling van het moment van invrijheidsstelling. De strafverscherping bij korte vrijheidsstraffen moest, zo zagen we in het bovenstaande, slechts door de rechter kunnen worden bevolen en niet bijvoorbeeld door de directeur van het instituut waar de veroordeelde verblijft. Ook de oppositie van Von Liszt en Van Hamel tegen de vervangende hechtenis is in dit kader te plaatsen. Hun verzet hiertegen berust immers op het argument dat wanneer de rechter een geldstraf heeft opgelegd, de administratie deze niet op eigen gezag mag omzetten in een vrijheidsstraf.

113. Zie bijvoorbeeld Zucker in *Mitteilungen*, deel V, p. 240.

Tot zover kan de hele gedachtenvorming op dit punt worden verklaard vanuit min of meer 'moderne' gezichtspunten. Veel van de bovenstaande ideeën kunnen evenwel ook kracht worden bijgezet met aan de neo-klassieke rechtsbeginselen ontleende argumenten. Een goed voorbeeld daarvan vormt de door Von Liszt gepropageerde inkomensafhankelijke geldboete. In de verdediging daarvan wijst hij er uitdrukkelijk op dat dit zowel vanuit moderne inzichten kan worden verdedigd (speciale-preventie) als uit het klassieke proportionele vergeldingsbeginsel (zie § 10.3). Er blijken steeds weer individuele leden te zijn die minderheidsstandpunten verkondigen, die niet zelden slechts kunnen worden verklaard uit de betekenis die zij blijkbaar hechten aan neo-klassieke denkbeelden.

Tenslotte kan uit de discussie over de alternatieve sancties worden afgeleid dat de leden van de vereniging in meerderheid vasthouden aan bepaalde facetten van het neo-klassieke strafbegrip. In § 10.2 hebben we bijvoorbeeld gezien dat de berisping en de dwangarbeid zonder insluiting werden afgewezen omdat ze niet een leedtoevoegend karakter hebben en om die reden geen straf kunnen zijn.

