



Author(s) : Gutwirth, Serge & De Hert, P.

Title : « Vergelding: een kernbegrip van het strafrecht »

Year : 2004

Publication : Yes

Published in : *KriTies. Liber amicorum et amicarum voor prof. mr. E. Prakken*, A.H. KLIP, A.W. SMEULERS & M.W. WOLLESWINKEL, Deventer, Kluwer, 2004, 295-312

Copyright : you are free to use the article, except for commercial purposes, under the sole condition that you also refer to the published version as mentioned in the footer of each page.

Website : <http://www.vub.ac.be/LSTS/pub/Gutwirth/008.pdf>

Gepubliceerd als : GUTWIRTH S. & DE HERT P., "Vergelding: een kernbegrip van het strafrecht ?", *KriTies. Liber amicorum et amicarum voor prof. mr. E. Prakken, A.H. KLIP, A.W. SMEULERS & M.W. WOLLESWINKEL*, Deventer, Kluwer, 2004, 295-312

Altijd naar de gepubliceerde versie verwijzen a.u.b.

Vergelding : een kernbegrip van het strafrecht?

*Serge Gutwirth en Paul De Hert*¹

Inleiding

Bij een huldeboek spelen leeftijden een grote rol. Meestal is de leeftijd een aanleiding voor het redigeren ervan. De kunst als samensteller bestaat erin om bij het aantrekken van auteurs een mix te maken van auteurs op grond van hun leeftijd. Elke auteur kan op die wijze een facet van de gehuldigde belichten. Vaak is het niet zo eenvoudig om wat oudere auteurs te vinden of auteurs die op één of andere wijze kunnen getuigen over de vroegste jaren van ontwikkeling van de gehuldigde. Wij kijken erg uit naar die bijdragen om kennis te maken met delen van het levenswerk van Ties Prakken waarmee we tot op heden niet zo goed vertrouwd zijn. Het werk van Ties dat we wel kennen is uitzonderlijk. Geen andere persoon in de Nederlandse rechtswetenschap heeft zich zo voorbeeldig gekwijt van de door Toon Peters geïntroduceerde taak van 'academic activisme'.² Vergissen we ons als we menen te zien dat de oorspronkelijke rol van mensenrechten als breekijzer in dat emancipatorisch project de laatste jaren wat verminderd is?³ Vergissen we ons als we geloven dat de gehuldigde zich meer op grondslagenrechtelijke domeinen heeft teruggetrokken nadat ze vaststelde dat de 'opponenten' dezelfde Europese rechtspraak over mensenrechten ook kennen, doch gebruiken voor eigen, veel minder kritische projecten?

In deze bijdrage willen we aansluiten bij een bevraging die bij de gehuldigde (weer) centraal is komen te staan in het latere, meest recente werk, met name deze over de plaats

¹ Paul De Hert is hoofddocent aan de Universiteit Leiden en docent aan de Vrije Universiteit Brussel; Serge Gutwirth is hoogleraar aan de Vrije Universiteit Brussel en docent aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Zij participeren allebei aan de Geconcerteerde Onderzoeksactie (GOA) *Contemporary punishment* i.s.m. de Vakgroep Criminologie van de Vrije Universiteit Brussel.

² Zo blijkt meteen al uit T. Prakken's bij Peters verdedigd proefschrift *Rechtshulp en juridisch activisme. Een vergelijkend onderzoek naar recente ontwikkelingen in het gebruik van recht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1985, 331. Het proefschrift vangt aan de 'politieke ontmaskering' van recht als klasserecht en een motivering waarom gekozen is voor de wetenschap en niet voor 'de juridische alternatieve strijd in rechtswinkels, advocatenkollektieven, buro's voor rechtshulp en elders'

³ Cf. de toch niet zo heel duidelijke keuze voor een concept van mensenrechten in ruime zin als uitgangspunt voor een legitieme strafvordering als alternatief voor het meer gangbare concept van mensenrechten dat grotendeels samenvalt met de groep mensenrechten opgenomen in het EVRM in het openingsartikel met de titel van het boek geschreven door de drie redacteurs in C.H. Brants, P.A.M. Mevis & E. Prakken (eds.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 2

van vergelding als fundament van het strafrecht. Nadenken over de aanname dat het hier wel degelijk gaat om een fundamenteel uitgangspunt van het strafrecht werd door ons in het verleden reeds uitgezet als een actuele onderzoeksuitdaging.⁴ Deze bijdrage vormt een eerste aanzet hiertoe. Na een korte duiding van de herkomst van de aanname, gaan we in op de notie van vergelding als *grondslag, principe of rechtvaardiging* van de straf en op de idee van vergelding als basis voor de *beperking* van de mogelijke strafmaat en -intensiteit in het licht van de proportionaliteit. We zullen vaststellen dat Verlichte vergeldingsdenkers zoals Peters, Kelk en Prakken de vergelding benaderen als een min of meer evidente grondslag van de straf. Maar waarom eigenlijk, zou retributie of vergelding vanzelfsprekend zijn als grondslag van de straf en/of het strafrecht?

Herkomst van het "humanistisch vergeldingsbegrip"

Eén van de laatste bundels ge(co)redigeerd door Ties Prakken opent met een kort statement over 'Veiligheid of vergelding?' waarin aandacht wordt gevraagd voor de machtslimiterende en machtsnormerende betekenis van het concept vergelding, dat wordt omschreven als een kernbegrip van het strafrecht.⁵ Nog steeds volgens de genoemde inleidende statement, getekend door P. Bal, T. Prakken en G. Smaers, is het drama van deze tijd dat de nadruk op het concept veiligheid ten koste gaat het legaliteitsbeginsel, het schuldbeginsel en van, wat ons hier in het bijzonder interesseert, het vergeldingsbeginsel. Dit laatste, zo wordt gesteld, moet het 'regelmatig afleggen tegen een sterk instrumenteel gebruik van het strafrecht, dat steeds meer het karakter van maatregelenrecht krijgt'.⁶

Dat aan de vergelding een centrale en rechtsbeschermende plaats toekomt in het denken over strafrecht mag volgens de auteurs niet verwonderen. Strafrecht als vergelding wordt inderdaad verkozen boven strafrecht als *social engineering*, juist omdat de vergelding gebonden is aan proportionaliteit en rechtvaardigheid. Een vergeldend strafrecht stelt immers niet alleen eisen in termen van doelmatigheid en effectiviteit, het moet tevens redelijk en proportioneel zijn. Kortom: het concept vergelding heeft voor de auteurs van het inleidend stukje een machtslimiterende, machtsnormerende of machtskritische betekenis. Vergelding is voor hen de grondslag van het strafrecht, en dit vanuit een emancipatorisch-humanistisch perspectief, vanuit het perspectief van het Verlichtingsdenken.

⁴ P. De Hert, 'Ontwikkelingen inzake veiligheid en vergelding: onderzoeksuitdagingen op het vlak van juridische argumentatie', in P.L. Bal, E. Prakken, G.E. Smaers, *Veiligheid of vergelding? Een bezinning over de aard en de functie van het strafrecht in de postmoderne risicomaatschappij*, Kluwer Deventer, 2003, 57-78.

⁵ P.L. Bal, E. Prakken, G.E. Smaers, *Veiligheid of vergelding? Een bezinning over de aard en de functie van het strafrecht in de postmoderne risicomaatschappij*, Kluwer Deventer, 2003, 166 p. In de folder van de landelijke strafrechtsdag van 20 juni 2003 te Maastricht, die aan de basis lag van de genoemde bundel kon men al het volgende lezen: "Kernbeginselen van het moderne strafrecht zijn legaliteit, schuld en vergelding. (...) Welke rol kan vergelding in deze tijd nog vervullen, indien daaraan nauwelijks nog een machtslimiterende en machtsnormerende betekenis kan worden toegedicht? Kan vergelding als klassieke rechtvaardiging voor strafrechtelijk ingrijpen nog wel zijn instrumentele en rechtsbeschermende functies vervullen wanneer dit begrip stilaan synoniem wordt voor veiligheidsbeheersing? Is dan wellicht het moment niet aangebroken om vergelding zelf als grondslag van het strafrecht in vraag te stellen of om dit begrip in ieder geval te herijken en opnieuw functioneel te maken?"

⁶ P.L. Bal, E. Prakken, G.E. Smaers, 'Veiligheid of vergelding?' in P.L. Bal, E. Prakken, G.E. Smaers, *o.c.*, 1.

De idee van een machtskritisch strafrecht werd paradigmatisch verwoord door Toon Peters. Volgens deze auteur komt het strafrecht tijdens de revolutionaire jaren en de Verlichting tot stand in het kader van een beweging die ernaar streeft de macht en bemoeienissen van de overheid zoveel mogelijk te beperken en te controleren. Het voornaamste doel van het strafrecht is, zo schreef Peters in zijn Utrechtse Oratie *Het rechtskarakter van het strafrecht*, het veiligstellen van de rechtspositie van de burgers tegenover de staat. Het is vooral te doen om controle van de staat, niet om de controle van de maatschappij: "Het specifieke van het strafrecht - net als het overige recht - ligt niet in zijn ordenings-, controle-, en probleemoplossingsfuncties en niet in zijn functies van misdaadbestrijding (...) Het specifiek-juridische ligt in de secundaire controle: in het normeren van de maatschappelijke controle zoals die min of meer spontaan groeit of wordt gesteld door de staat en andere machthebbers. De juridische taak van het strafrecht is niet *policing society* maar *policing the police*".⁷ Wat het strafrecht als recht karakteriseert is dus niet dat het strekt tot controle, misdaadbestrijding of het organiseren van veiligheid, of nog, dat het een instrument is van het beleid; maar wel dat het de samenleving beschermt tegen de overheid en de staat.⁸

In de lijn van deze visie op het strafrecht komt Peters, net als de inleiders van *Veiligheid of vergelding?*, tot de slotsom dat de kernbeginselen van het strafrecht samengevat kunnen worden in drie begrippen: legaliteit, schuld en vergelding. Peters zelf spreekt wat het laatste betreft van het *seculaire vergeldingsbeginsel* dat inhoudt "dat de concrete straf niet wordt opgelegd met het oog op een te verwachten nuttig effect, maar in overeenstemming met de objectieve ernst van het gepleegde feit".⁹ Met andere woorden wordt de vergelding gekoppeld aan de proportionaliteitsgedachte: de seculiere vergelding is een proportionele of evenredige vergelding. Daarom is ze machtslimiterend. Het is evenwel opvallend dat Peters verder in zijn oratie veel aandacht besteedt aan het legaliteitsbeginsel en aan het schuldbeginsel, en er tevens veel voorbeelden uit put, terwijl het genoemde seculiere vergeldingsbeginsel omzeggens niet meer aan de orde is.

⁷ A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, Oratie Rijksuniversiteit Utrecht uitgesproken op 5 juni 1972, Deventer, Kluwer, 1972, 7

⁸ De machtskritische of rechtsbeschermende visie van Peters op het strafrecht werd grondig bekritiseerd door R. Foqué en A.C. 't Hart (zie vooral in R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1990, 501 p. en 'Strafrecht en beleid: de instrumentaliteit van rechtsbescherming' in *Scherp toezicht. Van 'Boeventucht' tot 'Criminaliteit'*, C. Fijnaut & P. Spierenburg, (Ed.), Arnhem, Gouda Quint, 1990, 193-209). Deze auteurs verdedigen een relationele visie op het recht waarin de machtskritische (rechtsbeschermende) en de instrumentele (beleidsmatige) functies van het (straf)recht ondissocieerbaar en onverbreekbaar aan elkaar verbonden moeten zijn door een spanningsverhouding, wil men de eerste functie enige kans laten en de tweede nog in de hand houden. Het instrumentalistische standpunt van de bestuurders voor wie het strafrecht - op straffe van ondoeltreffendheid - een louter middel tot criminaliteitbestrijding moet zijn, is voor 't Hart en Foqué dan ook in die mate verwant aan de machtskritische visie van Peters dat deze laatste in het strafrechtdenken eenzelfde dualisme inbouwt door rechtsbescherming tot recht te sacraliseren, tegenover een loutere doelrationele, niet langer juridisch gecontroleerde, "profane" machtsuitoefening. Over de relationele rechtsopvatting zie ook S. Gutwirth, 'De polyfonie van de democratische rechtsstaat', M. Elchardus (red.), *Balans 14*, Brussels, VUBPress, 1998, 137-193 en S. Gutwirth & P. De Hert, 'Grondslagentheoretische variaties op de grens tussen het strafrecht en het burgerlijk recht. Perspectieven op schuld-, risico- en strafrechtelijke aansprakelijkheid, slachtofferclaims, buitengerechtigde afdoening en *restorative justice*', *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, K. Boonen, C.P.M. Cleiren, R. Foqué & Th. A. de Roos (red.), Deventer, Kluwer, 2002, 121-170.

⁹ A.A.G. Peters, *o.c.*, 3.

Wat er ook van zij, de vergeldingsgedachte blijft wel degelijk een belangrijke rol spelen. In zijn *Studieboek Materieel Strafrecht* typeert de Utrechtse Hoogleraar Kelk het dominante hedendaagse strafrechtsklimaat door te stellen dat "verginging weliswaar de grondslag van de straf is en daarvan de proportionaliteit bepaalt, doch dat bijzondere, mede gedragskundig gekleurde, doelen in concreto de binnen de grenzen van de vergelding op te leggen straf bepalen".¹⁰ Dit betekent dat de vergelding tegelijk de straf rechtvaardigt én beperkt. De straf wordt dan immers begrensd door de ernst van de daad en het verwijt dat eruit voortvloeit. De vergeldingsgedachte stelt bijgevolg de bovengrens van de straf (en 'daarbinnen' is er bij wijze van spreken ruimte voor het doen spelen van andere strafdoelen).¹¹ Maar hoe fundamenteel de vergeldingsgedachte als grondslag van de straf ook moge zijn, ook in het mooie handboek van Kelk wordt er verder betrekkelijk weinig over gezegd. Waar legaliteit en schuld opnieuw uitvoerig worden besproken en toegelicht, krijgt de vergeldingsgrondslag van het strafrecht het statuut van evidentie. Inderdaad, in het hoofdstuk over de strafrechtelijke sancties en de straftoemeting, bij de omschrijving van de straf in het Nederlandse strafrecht, luidt het ondubbelzinnig en zonder ruimte voor twijfel: "De grondslag van de straf is de proportionele vergelding, d.w.z. de vergelding naar mate van schuld aan het wederrechtelijke gedrag. De straf is een *weloverwogen opzettelijke toevoeging van leed (...)* die vanwege de overheid aan de burger wordt opgelegd *op grond van een door deze begane normschending*".¹²

Tweespalt binnen het vergeldingsdenken

Deze korte uitstapjes in het werk van strafrechtjuristen en -theoretici (die ongetwijfeld een invloed hebben uitgeoefend op het humanistisch vergeldingsdenken dat ook Ties Prakken aanneemt) tonen goed aan dat het retributivisme in strafrechtelijke middens springlevend is.¹³ Het retributivisme gaat ervan uit dat er een equivalentie bestaat tussen het door het misdrijf veroorzaakte kwaad en het door de strafoplegging toegebrachte kwaad. Deze equivalentie berust op de respectievelijke voorstellingen van het gedane en het ondergane leed en hun onderlinge evenwicht. De rechtvaardiging van de straf en haar reikwijdte of intensiteit zijn bijgevolg te vinden in het in het verleden aangerichte kwaad.¹⁴ De straf is bijgevolg èn verdiend, èn aangepast aan de ernst van het gepleegde misdrijf.

Het is hier niet de bedoeling om een overzicht te geven van de plaats en rol van het vergeldingsbeginsel en de retributieve theorieën, van de codex Hammoerabi tot aan de huidige *just desert* theorieën.¹⁵ We kunnen volstaan met de vaststelling dat het

¹⁰ C. Kelk, *Studieboek Materieel Strafrecht*, Gouda Quint, 1998, 8

¹¹ C. Kelk, *o.c.*, 25-26

¹² C. Kelk, *o.c.*, 393 (originele cursivering)

¹³ Dit is overigens heel anders in criminologische middens.

¹⁴ Voor Crombag, die erg kritisch staat tegenover het vergeldingsdenken, gaat het om 'een soort morele boekhouding' waarin de 'balans (kan) worden opgemaakt door het kwaad van de straf weg te strepen tegen het door de dader van een delict gestichte kwaad, zodat wij moreel tenslotte quitte spelen'; H.F.M. Crombag, *Mens rea* (oratie Leiden), Zwolle, Tjeenk Willink, 1981, 5.

¹⁵ Een goede bespreking van het retributivisme (o.m. van het denken van Kant en Rawls terzake) is b.v. te vinden in B. Hudson, *Understanding Justice*, 2nd edition, Buckingham: Open University Press, 2003, 38 *et seq.* Kant vond dat de straf

vergeldingsbeginsel onder strafrechtjuristen en -theoretici (waaronder Prakken en Peters) blijft leven en dit wel in een strakke en onlosmakelijke band met het proportionaliteitsbeginsel. Aan de vergeldingsgedachte wordt vanuit dit perspectief een humanistische en humaniserende dimensie gegeven.¹⁶ Wel is het opvallend dat de voorvechters van het 'academic activism' zich wat betreft de vergelding op één lijn bevinden met de tenoren van een herboren conservatisme. In het bijzonder denken we daarbij aan de kritiek van Paul Cliteur op het vonnis in het proces Volkert van der G.¹⁷ Reagerend op het te 'dadervriendelijk' karakter van (sommige overwegingen in) het vonnis, stelde Cliteur zich de vraag naar de competentie van sommige leden van de rechterlijke macht die ogenschijnlijk als exponenten van de hippiecultuur vergaten dat 'vergelding' de kern van het strafrecht vormt: "Wanneer de rechtbank bij de strafmaat aankomt ontstaat een rommelig betoog. Zo meent ze het in haar overmoed zonder vergeldingsgedachte te kunnen stellen. Deze functie van de straf, onontbeerlijk voor elke beschaafde straftoemeting, wordt door de rechtbank als een soort primitieve wraak beschouwd (...) terwijl het hier gaat om een denkbeeld dat vele grote theoretici (...) terecht als een onmisbaar element voor elke volwassen strafrechtspleging hebben beschouwd".¹⁸

Er is wel degelijk een tweespalt binnen het vergeldingsdenken, waarbij vanuit hetzelfde beginsel in twee tegengestelde richtingen kan worden gearchitueerd. Zowel 'hippierechters' en 'linkse academici' als conservatieve academici en repressievere rechters grijpen naar het vergeldingsbeginsel om respectievelijk zachter en harder straffen te verdedigen. Wij denken dat deze tegenstelling te verklaren valt vanuit het feit dat de enen de vergelding zien als het limiterend beginsel dat de proportionaliteit van de straf impliceert, terwijl de anderen de retributie als dusdanig, het 'doen betalen' of het 'verdiende loon' zien als de grondslag van de straf.¹⁹

alleen maar vergelding, retributie of vereffening kan zijn. De legitimiteit van de straf is dus onafhankelijk van haar effect. Men betaalt, men vereffent. Het gaat om symmetrie: wie kiest voor het misdrijf zal via het principe van de weegschaal hetzelfde leed toegediend krijgen (waardoor de doodstraf voor een moordenaar legitiem is). Wie een misdrijf pleegt, drukt daardoor uit dat hij akkoord is dat hem hetzelfde wordt aangedaan. In de vergeldingsgedachte worden alle mensen op gelijke wijze opgevat als vrij, redelijk en verantwoordelijk. En alleen daarop kan de straf een persoon aanspreken. Kants visie op de straf lag in de lijn niet alleen van zijn fundamentele idee dat de mens nooit als middel of instrument ter verwezenlijking van een ander doel kan worden beschouwd, maar ook van zijn normatieve Rousseauiaanse opvatting van het sociale contract waarin de creatie van een gemeenschap met duidelijke waarden (de categorische imperatieven) centraal staat. Zie ook de bedenkingen bij het Kantiaans vergeldingsbegrip van W.H.A. Jonkers, 'De strafrechtelijke straf: inhoud, grondslag, doeleinden', (1975) in Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam, Amsterdam U.P., 1999, (163-176), 165-166.

¹⁶ Zo schrijft Kelk nog: "het oordeel over de vergelding is aan de rechter opdat de dader op een proportionele wijze in zijn menselijke verantwoordelijkheid wordt aangesproken, hetgeen de gemeenschap en in het bijzonder het slachtoffer een optimale satisfactie zal kunnen verschaffen" C. Kelk, 'Humaniteit als strafrechtelijke principe' in *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, K. Boonen, C.P.M. Cleiren, R. Foqué & Th. A. de Roos (red.), Deventer, Kluwer, 2002, 81

¹⁷ Rb. Amsterdam, 15 april 2003, LJN-nummer AF7291 via rechtspraak.nl

¹⁸ Paul Cliteur, 'Een decadent vonnis', *Vrij Nederland*, 28 juni 2003, 4-9. Zie ook: Nico Roos, 'De zaak VdG bij nader inzien', *Nederlands Juristenblad*, 2003/26.

¹⁹ Dit had Langemeijer al goed opgemerkt: "De rol van de vergelding in de strafrechtstheorie is een bijzonder merkwaardige. Ook onder hen die aan het strafrecht vasthouden vindt men er even goed voor wie de vergelding een rest is van primitieve, irrationele barbaarsheid als ook velen voor wie de straf, als zij niet steunde op vergelding van schuld met leed, tot een cynisch verlagen van mensen tot middelen zou worden (...) Voor sommigen is hij enkel dan op zijn plaats wanneer men

Later in onze bijdrage komen we terug op het eerste aspect, met name de vergelding als basis voor de *beperving* van de mogelijke strafmaat en -intensiteit in het licht van de proportionaliteit. Hier gaan we allereerst in op de notie van vergelding als *grondslag, principe of rechtvaardiging* van de straf. Deze notie wordt inderdaad ook impliciet omarmd door de Verlichte vergeldingsdenkers zoals Peters, Kelk en Prakken, maar men vindt bij hen hierover weinig argumenten. Daarom lijkt het wel alsof zij vergelding als een *evidente* grondslag van de straf benaderen.²⁰ Maar waarom zou retributie of vergelding vanzelfsprekend zijn als grondslag van de straf en/of het strafrecht? Menen Peters, Kelk en Prakken wel wat ze schrijven over het fundamenteel karakter van het vergeldingsbegrip. En zo ja, waarom geven ze dan zo weinig toelichting bij dit begrip dat ze fundamenteel achten? We begrijpen Prakken wel wanneer ze een humanistisch vergeldingsbegrip mobiliseert tegen het oprukkend veiligheidsdenken dat geen (voorafgaand) moreel vergrijp vereist om tot statelijke initiatieven aan te zetten. Maar we vragen ons toch af of een (terechte) afwijzing van het veiligheidsdenken en *actuarial justice* ons tot omarming van het vergeldingsbegrip verplicht? Is strafrecht gebaseerd op vergelding ook in positieve termen het beste bod? Is een humaan strafrecht ook niet mogelijk zonder of voorbij de vergeldingsgedachte? Is het wenselijk dat deze gedachte ter discussie wordt gesteld? Zijn alle gevolgtrekkingen van de aanname van de vergelding wel in kaart gebracht?

Kortom, er is nood aan nadere reflectie over een belangrijk leerstuk van het strafrecht dat al te vaak buiten de discussie wordt geplaatst. Die nood wordt door ons ervaren omdat we vermoeden dat het onvermogen van het strafrecht om de strafdoeleinden te expliciteren te maken hebben met een maatschappelijke weerstand tegen het concept vergelding. Die weerstand of onderstroom, waarover straks meer, mag in de geschiedschrijving van het strafrecht niet ontbreken. De Prakken én Cliteurs laten deze onderstroom ten onrechte buiten beschouwing. Dat is ten dele het geval, denken we, omdat zij te gemakkelijk voortbouwen op het traditionele historische verhaal waarin het strafrecht een breuk met de wraak belichaamt.

Straf versus wraak

Bijna alle handboeken strafrecht brengen een verhaal van het strafrecht gebaseerd op de dichotomie *straf versus wraak*. De ontwikkeling van het strafrecht is er een van plaatsvervangende en van het wegwerken van de wraak uit de gemeenschap. Wraak heeft in de Westerse rechtstraditie immers een vooral negatieve connotatie. Aan de wraak worden een hele reeks afschrikwekkende en nefaste eigenschappen toegedicht. De wraak is mateloos of buitensporig en wordt gedragen door sterke gevoelens van woede en

ermee wil zeggen dat reeds het enkele volgen van leed op schuld, geheel afgezien van enig nuttig effect, iets goed is, voor anderen drukt hij niet meer uit dat bij het hanteren van de straf, ook al geschiedt dit ter wille van een verondersteld nuttig doel, de evenredigheid van strafleed en schuld in acht behoort te worden genomen"; G.E. Langemeijer, *Strafrecht of -onrecht*, Deventer, Kluwer, 1975, 5

²⁰ Wat zou stroken met Langemeijers visie dat de vergelding niet elders dan in zichzelf - in het bestaan van een vergeldingsdrang kan worden gerechtvaardigd (tenzij dan in een utilitair/doelrationeel verhaal dat 'vergelding' juist wenst te ontwijken); G.E. Langemeijer, *o.c.*, 6-7

frustratie. Vanuit die optiek is zij gedoemd om te ver te worden gedreven. Tevens is zij langdurig, ja zelfs eindeloos en onverzadigbaar, in de zin dat zij verstrikt raakt in een spiraal van wraak en weerwraak. Daarnaast wordt de wraak omschreven als archaisch (zowel temporeel als axiologisch) omdat ze aan het strafrecht voorafgaat en verwijst naar een primitief stadium van punitiviteit dat juist door verstatelijking van het strafrecht wordt overschreden. Vervolgens nog is de wraak illusoir en zinloos omdat zij strekt tot een onmogelijke vereffening of annulatie van een feit uit het verleden. Tenslotte is de wraak obsessieel en emotioneel -en dus ondoordacht, irrationeel en onmiddellijk²¹- in situaties van conflict waar juist afstand, temporisering en objectiviteit nodig zijn.²² Wraak en vete zijn verweven met een situatie van vredeeloosheid of oorlog.²³

Het traditionele verhaal van het strafrecht is dan ook een verhaal dat afsteekt tegen de wraak, tegen de vete en tegen de eigenrichting.²⁴ De geschiedenis is welbekend: in gemeenschappen zonder gecentraliseerd gezag en zonder recht volgt op een schadeverwekkende handeling een op wraak en woede geënte reactie die op haar beurt om weerwraak roept waarmee een eindeloze verwoestende vete dreigt te ontstaan. Behoren de betrokkenen tot verschillende groepen of stammen dan dreigt hetzelfde proces in een collectieve vorm te ontvlammen er spreekt men van bloed- of groepswraak. Van juridische normering is er sprake wanneer de wraak een recht wordt. Dat gebeurt wanneer het *ius talionis* -"oog om oog, tand om tand", *tit for tat*- ingang vindt (bijvoorbeeld in de Codex Hammoerabi; in het Oude Testament en in de Wet der Twaalf Tafelen).²⁵ Een volgende stap wordt zowel bij de Romeinen (reeds in de *Lex XII tabularum*) als bij Germanen gezet op het ogenblik dat het slachtoffer van de wraak kan afzien en in de plaats hiervan een geldelijke vergoeding -de compositie, het zoengeld, het weergeld- kan eisen.

Zelfs al gaat het bij (bloed)wraak en zoen om een vorm van punitief handelen, toch kan er nog niet van 'straffen' worden gesproken. Straffen veronderstelt immers een geïnstitutionaliseerde overheid.²⁶ Indien het strafbegrip samen met M. Hildebrandt wordt

²¹ Cf. J. Broekman, 'Wraak en vergelding' in *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, K. Boonen, C.P.M. Cleiren, R. Foqué & Th. A. de Roos (red.), Deventer, Kluwer, 2002, 52: "Wraak doorboort het patroon van een samenleving en plaatst slechts één waarde allesbeheersend op de voorgrond. Wraak wordt daarom een kerker voor wie ernaar streeft; wraak boeit, bindt en verteert als een onbeheersbaar vuur".

²² Cf. *Dictionnaire de la culture juridique*, v° Vengeance, D. Alland & S. Rials (dir.), Paris, Quadrige/Lamy-PUF, 2003, 1507-1510.

²³ Cf. M. Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel. Een onderzoek naar de betekenis van straf en strafproces en de waarde van het procesbeginsel naar aanleiding van de consensuele afdoening van strafzaken* (dissertatie Rotterdam), Deventer, Kluwer 2002, 191-193 en J.M.G. van der Dennen, 'De evolutionaire aspecten van wraak. Waarom wraak zoet is en bovendien een heilige plicht', *Wraak. Justitiële Verkenningen*, juni/juli 2003, nr. 5, 73-74

²⁴ Zo schrijft Kelk op de eerste pagina van zijn handboek: "Wat het publieke strafrecht nu juist wil nastreven - en dat lijkt nog altijd de belangrijkste functie ervan te zijn - is het voorkomen van *ongerichte wraak* en dus *het voorkomen van eigenrichting*".

²⁵ Zie o.m. J.J. Nieuwenhuis, 'Tragedie en recht. Twee manieren om recht te temmen' *Wraak. Justitiële Verkenningen*, juni/juli 2003, nr. 5, 13 en R. Pirson & A. De Villé, *Traité de la responsabilité extra-contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1935, Deel 1, 7.

²⁶ Zie de boeiende beschrijvingen in de dissertatie van M. Hildebrandt (*o.c.*) en in M. Hildebrandt, 'Eenheid en verscheidenheid in de punitieve rechtshandhaving. Over doel en betekenis van straf en strafproces' *Eenheid en verscheidenheid in recht en rechtswetenschap*, J. Gaakeer & M. Loth (eds), Arnhem, Gouda Quint, 184: "Het ontbreken van

begrepen als een opzettelijke inbreuk op de rechten en vrijheden van een rechtsnormschender door een geïnstitutionaliseerde centrale overheid naar aanleiding van een rechtsnormschending met het oog op het (her)stellen van het gezag van de geschonden rechtsnorm,²⁷ dan vloeit daaruit inderdaad voort dat de straf sterk verschilt van de wraak. De verhoudingen liggen immers fundamenteel anders: de wraak en het zoen spelen zich 'horizontaal' -tussen vrije en onafhankelijke actoren- af, waarbij het recht telkens opnieuw wordt gemaakt, terwijl het opleggen van een straf het bestaan van een overheid en een 'verticale' verhouding tussen diezelfde overheid en de rechtsnormschender veronderstelt. Voorlopers van de moderne straf zijn dan ook te vinden in situaties waarin een machtshebber of een centraal gezag met bevelsrecht wordt erkend, zoals o.m. in het huiselijke 'knechtstrafrecht' dat de Germaanse vrije heer kon uitoefenen over de onvrijen verbonden met zijn *allodium*²⁸ of in het recht van de Frankische koning 'om straffen op te leggen aan vrijen, die hun vrijheid niet meer danken aan de afwezigheid van enig boven hen staand gezag, maar juist aan de bescherming die hen door de koning werd toegekend'.²⁹ Zonder verder in detail te treden³⁰ kan verder met Hildebrandt worden gesteld dat vanaf de twaalfde eeuw de gedachte vorm krijgt dat straffen slechts mogelijk is krachtens door een soeverein uitgevaardigd recht, wat samengaat met het stijgend belang van het geschreven recht en de codificaties.

Vergelding versus wraak

Vanuit de hierboven geschetste optiek ligt het voor de hand dat wraak en straf strikt worden onderscheiden. Straffen veronderstelt hiërarchische verticale verhoudingen, terwijl de wraak geworteld is in conflicten tussen onafhankelijke in hun eer of bloed gekrenkte vrije mannen.³¹ Op deze manier breekt het strafrecht met de private wraak en de eigenrichting: het is juist een systeem dat de wraak (en haar onvoorspelbare gevolgen) wil vermijden en het monopolie van het wettig geweld bij de staat heeft gelegd.³²

een hiërarchische verhouding sluit het opleggen van straffen uit. De rechtshandhaving binnen de sibbe is consensueel en kan in beginsel door iedere vrije ter hand worden genomen. Private wraak naar aanleiding van een aantasting van de eer van een vrij man was dan ook de meest gebruikelijke vorm van punitieve rechtshandhaving. Ter voorkoming van vetes die het gemeenschappelijk leven in vergaande mate kunnen ontwrichten zal het ding aandringen op het zoenen van de wraak: de zoen is een overeenkomst tussen partijen waarbij de eer niet wordt hersteld door een punitieve wraakoefening maar door betaling van een *weergeld* aan de verwantschapsgroep van het slachtoffer. Private wraak en zoen zijn volgens Immink en Radbruch dus geen voorlopers van de overheidsstraf maar worden zodra zich overheden vormen nu juist verdrongen."

²⁷ M. Hildebrandt, *o.c.*, 114. Hoofdstuk 2 'Een materieel strafbegrip' (p. 103-146) is volledig gewijd aan de adstructie van deze omschrijving.

²⁸ M. Hildebrandt, *o.c.*, 168-174 (met referenties).

²⁹ M. Hildebrandt, *o.c.*, 217.

³⁰ Zie hiervoor in M. Hildebrandt, *o.c.*, 147-315.

³¹ M. Hildebrandt, *o.c.*, 311: 'De private wraak is dan ook niet zozeer een reactie op de schending van een abstracte rechtsnorm maar een reactie op de schending van het relationele evenwicht dat de orde van de samenleving constitueert'

³² Het strafrecht is vanuit deze optiek in de eerste plaats een zaak tussen de democratische rechtstaat en de verdachte. Of om het met een buitenstaander te verwoorden: "According to civil law doctrine, for a person's conduct to merit punishment, it is necessary that it should have harmed a legally protected right or interest ... If someone deprives a citizen of their life, liberty, property or reputation, not only has that citizen been harmed, the State's stance of acting as the prosecutor has been compromised. Accordingly, a response from the state is required. The State responds by defining interference with such lawful rights as being conduct to which it will respond by punishing the perpetrator ... Compensation may be due to that person from the wrongdoer, that is an obligation to compensate may have arisen under the provisions of the civil code. That is however a separate matter, although in many civil law countries, is permitted to be a party to criminal proceeding ..."; T.G. Watkin, *An historical introduction to modern civil law*, Dartmouth/Asghate, Aldershot, 1999, 397-398.

Maar, gegeven de breuk met de wraak, wat is dan de grondslag of de *rationale* van de straf? Vergelding, antwoorden retributivisten als Peters en Prakken.³³ Maar wat is dan vergelding? Hoe verhoudt vergelding zich tot de wraak? Logischerwijs, en in de lijn van het traditionele inzicht dat het strafrecht breekt met het tijdperk van mateloze wraak en eigenrichting, is het antwoord op deze vraag dat de vergelding zich duidelijk moet onderscheiden, ja zelfs demarqueren, van de wraak. Vergelden is iets anders dan wreken; het *moet* wel iets anders zijn. Vergelding, als grondslag van de straf, wordt juist uitgespeeld tegen de wraak. De straf als vergelding verschijnt dan ten tonele als een beheerste en evenwichtige proportionaliteitsoefening tegenover de mateloze en ongelimiteerde wraak als retorsie.

Maar is het verschil wel zo duidelijk? Zijn we hier niet weer aanbeland bij de oorspronkelijke vaststelling dat het onderscheidende van de vergelding juist ligt daar waar ze de wraak beperkt, veeleer dan dat ze de wraak als grondslag voor de straf vervangt door iets anders? Het is vanuit die optiek interessant om vast te stellen hoe sterk omschrijvingen van de vergelding gebonden zijn aan een impliciete aanvaarding van haar wortels in de wraak. Crombag, die de vergelding als grondslag voor de straf overigens afwijst³⁴, ziet als enige praktische functie van de vergelding dat ze als rem kan fungeren op de neiging tot onmatigheid die aan de wraak wordt toegeschreven. Zo is vergelding niets anders dan getemde of gedomesticeerde wraakzucht.³⁵ Voor Jan Broekman zijn wraak en vergelding samenhangende begrippen waarvan de grenzen vaag zijn en snel worden gewist. Vergelding dreigt overigens zeer snel in een cyclus van wraak om te slaan. Terwijl vergelding gebonden is door proportionaliteit, evenwichtige verdeling, herstel van evenwicht, de wederkerigheid tussen daad en wederdaad, of nog, de 'rekenkunde van het juridisch discours', treedt wraak buiten deze proportionaliteit en dus ook buiten het recht.³⁶ Vergelding kan worden gezien als de prijs voor een vergrijp of incident 'omdat elk handelen nu eenmaal binnen de wisselmechanismen van het sociale verkeer plaatsgrijpt'.³⁷ Wraak aan de andere kant staat haaks op de sociale mechanismen en 'ontbindt de keten die in het *ius talionis* nog zo sterk werkzaam is'.³⁸ Nog steeds

³³ We laten in dit stuk over vergelding bewust de utilitaristische strafdoelen terzijde, alsook de discussie tussen voor- en tegenstanders van zulke strafdoelen. In tegenstelling tot het op het retrospectieve vergeldingsdenken of retributivisme (cf. supra) behoort de straf voor de utilitaristen een doel in de toekomst te dienen. Het denken van Cesare Beccaria is terzake exemplarisch: voor hem moet de straf nuttig zijn voor de realisatie van de doelstelling van de gemeenschap, met name het verwezenlijken van het maximale geluk voor maximaal aantal mensen. Voor Beccaria moet de straf preventief zijn. Zowel ten aanzien van de dader zelf als ten aanzien van de andere leden van de gemeenschap dient zij nieuwe misdaden te voorkomen via haar afschrikkende werking (berekening van voor- en nadelen van de misdaad door de calculerende burger). Beccaria's opvatting van de straf is verbonden met zijn liberale of Lockeaanse contractsopvatting waarin de individuen slechts een deel van hun soevereiniteit inbrengen en de overheid bijgevolg een weliswaar exclusief maar toch begrensd recht tot straffen verwerft. Het straffen is gebonden aan de termen van het contract en die zijn minimalistisch: men levert als individu slechts het kleinst mogelijke deel van zijn soevereiniteit of vrijheid in, met name dat deel dat de staat nodig heeft voor de vrijwaring van de overgebleven vrijheid. De doodstraf wordt aldus ondenkbaar. Straffen mogen ook niet overmatig zijn.

³⁴ H.F.M. Crombag, *Mens rea, o.c.*, 5

³⁵ H.F.M. Crombag, 'Over wraak', *l.c.*, 60

³⁶ J. Broekman, *l.c.*, 49-52, 66-67

³⁷ J. Broekman, *l.c.*, 51

³⁸ J. Broekman, *l.c.*, 52

volgens Broekman is vergelding is ingebed in een systeem van juridische criteria en regels; wordt zij voltrokken door een externe autoriteit (niet door de betrokkenen zelf) en is zij beperkt in tijd en maat. De wraak daarentegen wordt buitenproportioneel voltrokken en is extra-juridisch gelegitimeerd "in een cultureel en/of historisch gegroeid complex van toedrachten, ideologieën, politieke of religieuze systemen".³⁹

Kortom, zelfs al is het zo dat het strafrecht zich ontwikkelt als reactie tegen de mateloosheid van de op wraak berustende eigenrichting en dat de vergelding als grondslag en/of doel van de straf de proportionaliteit van de externe reactie waarborgt, dan nog blijft dat de vergelding inhoudelijk en emotioneel in het verlengde van de wraak ligt.⁴⁰ Of zoals A.C. 't Hart het stelt: het strafrecht komt in de plaats van *de mateloosheid en onverzadigbaarheid* van de private wraak, die zodoende "wordt gekanaliseerd naar de maat van de politieke gemeenschap".⁴¹ Ook Hildebrandt wijst erop dat haar materiële strafbegrip de vergelding en de expressie van wraakgevoelens niet uitsluit: de vergelding, de leedtoevoeging, de genoegdoening of de expressie van wraak kunnen opgaan in het de algemene betekenis van de straf, te weten haar gerichtheid op de bevestiging of herstelling van de geschonden rechtsnorm.⁴² Hier wordt vergelding bijgevolg gesitueerd in het verlengde van de wraak. De nadruk komt evenwel op de verschillen te liggen. Inhoudelijk gezien vormt de vergelding een gereguleerde getemperde en proportionele wraak die niet wordt uitgeoefend door het slachtoffer zelf, maar door de rechtsorde omwille van de schending van een rechtsnorm. Daarbij kunnen individuele wraakgevoelens worden gelenigd, maar het hoeft niet. Minder inhoudelijke, doch even essentiële verschillen lijken ons vooral het verbod van eigenrichting en de publieke regulering die vervat liggen in de overgang van wraak naar straf en vergelding.⁴³

Een positief (herstelrechtelijk) verhaal over wraak: de justice vindicative

Institutionalisering, regulering en verticalisering karakteriseren bijgevolg de vergelding. Om die redenen trouwens kunnen de burgerlijke partijstelling in het strafproces (in België en Frankrijk) en de groeiende aanspraken van slachtoffers in het strafgebeuren in het algemeen worden gelezen als uitingen van een heropleving van de wraak.⁴⁴ Alleszins is het o.i. geen toeval dat binnen de beweging van het slachtofferdenken en het herstelrechtelijk denken uitdrukkelijk wordt gewezen op de positieve elementen van de

³⁹ J. Broekman, *l.c.*, 67

⁴⁰ Cf. G.E. Langemeijer, *o.c.*, 10.

⁴¹ A.C. 't Hart, 'Straf, recht en waarden' in A.C. 't Hart, *De meerwaarde van het strafrecht*, Sdu, Den Haag, 1997, 115. Zie ook G. De Jonghe, 'In de klem van de vergelding: van metafysisch gemotiveerde leedtoevoeging naar probleemgestuurde sanctionering' in P.L. Bal, E. Prakken, G.E. Smaers, *Veiligheid of vergelding? Een bezinning over de aard en de functie van het strafrecht in de postmoderne risicomaatschappij*, Kluwer Deventer, 2003, 156: "Vergelding als strafgrond of als strafdoel (...) heeft in de strafrechtsgeschiedenis de functie gehad van het kanaliseren van particuliere wraakoefening middels overheids strafrechtspeling".

⁴² M. Hildebrandt, *o.c.*, 114.

⁴³ J.M.C. Vos, 'Het vragende slachtoffer en de wrekende staat. De functie van wrok in een moderne rechtsstaat', *Wraak. Justitiële Verkenningen*, juni/juli 2003, nr. 5, 35: "Vergelding is de publieke beteugeling of regulering van wraak (...) Waar vergelding slechts op de vorm van de reactie slaat, betreft wraak de inhoud van de reactie."

⁴⁴ Cf. S. Gutwirth & P. De Hert, 'Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers', *Delikt en Delinkwent* 31, december 2001, 1079-1086.

wraak.⁴⁵ De sterke afkeuring van de spiraal van woede, wrok en geweld en de omschrijving van wraak als een atavistisch en duister fenomeen wijkt voor een meer inschikkelijke houding die het bestaan en effect van wraakemoties waardeert. Wraak wordt dan zinvol, een uiting van eigenwaarde of zelfrespect en een herstel van rechtvaardigheid en evenwicht. Zodoende wordt wraak uit de taboesfeer gehaald⁴⁶ en worden sommige vormen van wraak moreel aanvaardbaar, met name die wraakuitingen die niet ingegeven zijn door 'enge' emoties als wrok, haat en ressentiment, maar door de nood aan een gezonde boosheid uitdrukking te geven, door een vorm van grootsheid.⁴⁷ Het komt er dan vooral op neer om het taboe op ruziemaken, op impulsieve verbale en fysieke agressie, te verlichten. Bas Van Stokkom spreekt, met verwijzing naar Frans Denkers, naar het zoeken van een weg tussen underacting en overacting van wraak, waarbij de "stileren van wraak" - dus het voorwaardelijk maken ervan - een belangrijke rol zou toekomen. De voorwaarden die deze stileren aan wraak zou stellen zijn evenwel dezelfde, zo merkt van Stokkom zelf op, als degene die men koppelt aan vergelding (proportionaliteit, subsidiariteit, ...).⁴⁸

Het model van de *justice vindicative* bouwt verder op dit hertimmerde in proportionaliteit gedrenkt wraakconcept: de wraak als een erezaak waarin de tegenstander als gelijke wordt gerespecteerd; de wraak die zich onderscheidt van ressentiment, kwaadaardigheid, vernedering en haat.⁴⁹ Om ruimte te maken voor deze gestileerde wraak moet het (verticale) strafrecht terug naar af. Onder gelijken kan immers niet worden gestraft. De betrokkenen staan tegenover elkaar in een positie van wederzijdse (h)erkenning: zij moeten hun geschil als gelijken oplossen, naar het model van de "vrije Germaanse mannen".

Deze argumentatie past natuurlijk erg goed in een pleidooi voor een herstelgericht en consensueel penaal paradigma: door de wraak in haar positieve horizontale en herstellende dimensie te herdenken, komt het verticale uitgevaardigde en opgelegde strafrecht in een problematisch daglicht te staan (abolitionisme). Vrije mensen kunnen hun conflicten het best zelf oplossen op basis van hun echte gevoelens van eer en rechtvaardigheid.

Behoeftte aan een nieuw verhaal over wraak en vergelding

⁴⁵ Het meest expliciet gebeurt dit door Garapon, Gros en Pech die een model verdedigen van *justice vindicative* (*infra*).

⁴⁶ Voor een overzicht van zulke positieve of genuanceerde benaderingen van wraak (met kritiek), zie B. van Stokkom, 'De taboeïsering van wraak. Is wraak moreel aanvaardbaar?', *Wraak. Justitiële Verkenningen*, juni/juli 2003, nr. 5, 46 et seq.

⁴⁷ B. van Stokkom, *l.c.*, 52-53. Van Stokkom verwijst in zijn analyse naar Nietzsche: de aanvallende en actieve mens, neemt in tegenstelling tot de passieve en reactieve Jan Modaal uit de kudde, onmiddellijk en op grootse wijze wraak; B. van Stokkom, *l.c.*, 49-50.

⁴⁸ B. van Stokkom, *l.c.*, 53. Het punt is evenwel dat gewezen wordt op het niet noodzakelijk ongezonde van wraakgevoelens.

⁴⁹ Zie de uitvoerige argumentatie in A. Garapon, Fr. Gros & Th. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, 112-138 i.h.b. op p. 132 waar Fr. Gros schrijft: "le vengeur n'obéit pas à une rage aveugle et méchante; il n'humilie pas l'autre ni ne le rabaisse, mais sa vengeance se dit plutôt dans les termes de la revanche fière qui fait de l'autre un rival plutôt qu'une proie offerte à son désir de détruire, enfin la vengeance n'est pas structurée par une logique de haine qui ronge et calcine la relation du vengeur à son adversaire, mais une logique d'échange qui les maintient unis dans cette opposition" *ibid.*, 132.

Het hierboven beschreven verhaal over wraak en vergelding kan ons niet echt overtuigen. De dichotomie *wraak versus vergelding* wordt door de ene uitgelegd om de historische ontwikkeling naar een verticaal strafrecht te duiden en te rechtvaardigen, terwijl de andere, door een herformulering van de dichotomie, oproept tot een meer horizontaal strafrecht.

Hoewel wij elders bezwaren hebben geopperd ten aanzien van de herstelrechtelijke ontwikkelingen en ideologie,⁵⁰ rekenen we het opengooien van het debat over de wraak toch aan als een verdienste. Het traditioneel verhaal over het verticaal vergeldingsstrafrecht is te gekunsteld. Een nauwkeurige nalezing van zijn normatieve principes brengt ons immers tot de vaststelling dat het vergeldingsdenken, naast zijn machtslimiterend en kanaliserend aspect, de straf als dusdanig fundamenteel *blijft* rechtvaardigen vanuit wraakgevoelens. De grondslag van de vergelding is nog steeds hierin te vinden.⁵¹ Empirisch is het bovendien zeer twijfelachtig dat de idee van proportionaliteit pas ingang vond met de introductie van het verticaal strafrecht. De kanaliserende en proportionele effecten van instellingen zoals de *talio* en de *compositie* wordt in die zienswijze immers veronachtzaamd.⁵² Zelfs het instituut van de zondebok, waarbij een individu als drager van de collectieve zonden werd geofferd, vormde een vooruitgang in het proportionaliteitsdenken.⁵³ Omgekeerd kan toch moeilijk volgehouden worden dat historisch gesproken het straffen door de overheid van meet af aan een humanistische triomf vormde. Op het ogenblik dat Beccaria de basis legde voor een humanistisch strafrecht had die centrale overheid al eeuwen de kans laten liggen om het bewijs hiervoor te leveren.

Het verhaal van het verticaal strafrecht wordt daarom beter niet opgehangen aan een morele sprong voorwaarts van wraak naar vergelding. Accurater lijkt ons een analyse die de ontwikkeling van het Westers strafrecht interpreteert als een proces waarbij de overheid conflicten aan de betrokkenen ontnemt of onteigent (cf. N. Christie). Dat proces is reversibel en nooit afgerond wat historisch blijkt uit regimes waarin *vindicté privée* en *vindicté publique* lange tijd coëxisteerden.⁵⁴ Vandaag blijkt die reversibiliteit uit oproepen om winkeliers in staat te stellen foto's van winkeldieven te verspreiden en meer algemeen uit de groei van de private bewakings- en detectivesector. De

⁵⁰ Onze kritiek op *restorative justice* hebben we geformuleerd in S. Gutwirth & P. De Hert, 'Grondslagentheoretische variaties ...', *l.c.*, i.h.b. op 162-168 en P. De Hert, 'Schaamte en rechtvaardigheid. Twee pijnpunten voor restorative justice', in B. van Stokkom (red), *Straf en herstel. Ethische reflecties over sanctiedoeleinden*, Boom Juridisch, Den Haag 2004, 169-194.

⁵¹ Of zoals Durkheim reeds schreef: "Mais pour qu'on ait le droit de distinguer aussi radicalement ces deux sortes de peines, ce n'est pas assez de constater qu'elles sont employées en vue de fins différentes. La nature d'une pratique ne change pas nécessairement parce que les intentions conscientes de ceux qui l'appliquent se modifient", E. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1973, 53.

⁵² Cf. G. Cardascia, 'La place du talion dans l'histoire du droit pénal à la lumière des droits du Proche-Orient ancien' in *Mélanges offerts à Jean Dauvillier*, Toulouse, 1979, 169-179 opgenomen in R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2002, derde druk, 61-62.

⁵³ Cf. R. Charles, *Histoire du droit pénal*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1969, 12. Over het zondebokmechanisme en de sacrificiële functie van het strafrecht zie S. Gutwirth & P. De Hert, 'Een theoretische onderbouw ...', *l.c.*, 1067-1072 en de aldaar opgenomen referenties naar het werk terzake van René Girard en C.N. Robert.

⁵⁴ R. Charles, *o.c.*, 9 en M. Hildebrandt, *o.c.*, 147-315.

geschiedenis van het verticaal strafrecht geeft vanuit dit perspectief uiting aan een strijd tussen maatschappelijke actoren, waarbij allerlei factoren -waaronder capaciteit en statelijk belang- de sterkte van de overheidsgreep op het veiligheidsgebeuren verklaren.⁵⁵ Met legaliteit of humaniteit kan dit proces niet worden begrepen, hoewel het ontgensprekelijk mooie argumenten vormen voor het ene dan wel het andere justitiemodel.⁵⁶

Denken in termen van wraak

De aversie van Verlichtingsdenkers en penalisten om te denken in termen van wraak verbaast. Is de dichotomie *wraak versus vergelding* uitgevonden om overheidsstrafrecht te legitimeren, of is er meer aan de hand? Wij geloven dat dit laatste het geval is. Er is meer aan de hand in ons spreken over wraak dan alleen onze voorliefde voor een veiligheidsmonopolie in handen van de overheid. Wraak kadert immers erg slecht in het evangelisch Christelijk denken zoals dat zich afgezet heeft tegenover andere toenmalige religies. Een cultuur gedrenkt in het geloof dat bij een klap op de ene wang het tonen van de andere wang moet volgen, is bijzonder slecht geoutilleerd om nuchter over wraak te denken en te praten. De fascinatie voor wraakkunst genre Tarantino's *Kill Bill* is met dit geloof in tegenspraak en leidt alleen tot nog grotere sociaal-psychologische dubbelzinnigheid en onduidelijkheid.⁵⁷ Deze observaties brengen ons tot de vaststelling dat ten aanzien van de wraak in de Westerse wereld tegelijkertijd een grote terughoudendheid én een sterke emotionele herkenning of band heerst.

Het verhaal van het strafrecht zou aan klaarheid winnen mocht de dichotomie *wraak versus vergelding* worden opgeheven. Hierboven merkten we reeds op dat het verschil tussen beide begrippen niet duidelijk is en dat omschrijvingen van de vergelding in de literatuur sterk gebonden zijn aan een impliciete aanvaarding van haar wortels in de wraak. Van der Dennen is hierover ondubbelzinnig wanneer hij aan het begin van zijn bijdrage stelt dat hij 'ten behoeve van de eenvoud, wraak(zucht), (bloed)vete, vergelding, represaille, revanchisme, retaliatie, letale retributie en *lex talionis* op een hoop (zal) gooien en behandelen als verwijzend naar min of meer hetzelfde verschijnsel (of verschillende aspecten van hetzelfde verschijnsel), met nadruk op wraakgevoelens als

⁵⁵ B. Benson., *To serve and protect. Privatization and Community in Criminal Justice*, New York, New York University Press, 1998, 269.

⁵⁶ Het verhaal van het verticaal strafrecht geënt op het optimistisch verhaal van de humanisering van de samenleving overtuigt bijgevolg niet, zeker niet wat betreft de periode van statelijk gezag voor de Franse Revolutie. Bovendien ontbreken in dat verhaal belangrijke andere ingrediënten zoals gelijkheid, substitutie voor religie, individualisering en spiritualisering. Cf. R. Charles, *o.c.*, 8-17.

⁵⁷ "Enerzijds, zo schrijft Crombag, houden wij degene die zich door anderen straffeloos leed laat toevoegen voor een watje of zelfs een lafaard zonder eergevoel, anderzijds keuren wij wraakoefeningen dikwijls af: rancune is kleinzielig en ethisch afkeurenswaardig. Mij is de wrake, zegt de oudtestamentische god. Keer wie u een klap in het gezicht gegeven heeft de andere wang toe, leert ons het Nieuwe Testament. Laat dat maar aan ons over, zeggen de bedienaren van het recht. Maar tegelijkertijd celebreren wij althans in de westerse literatuur en films sinds mensenheugnis wraaknemingen na geleden krenking als kenmerk van de echte held"; H.F.M. Crombag, 'Over wraak. Resultaten van empirisch onderzoek', *Wraak. Justitiële Verkenningen*, juni/juli 2003, nr. 5, 59 In zijn belangrijke bijdrage aan dit probleem, merkt Bas van Stokkom (*hoger*) op dat het psychologisch onderzoek naar de aard en het functioneren van de wraak nog maar in de kinderschoenen staat. Zou het kunnen dat religieuze obstakels aan de basis liggen van dit gebrek aan wetenschappelijk onderzoek?

emotioneel-motivatieel complex"⁵⁸. Wanneer het over de emotioneel-motivatiele drijfveer gaat is het niet noodzakelijk te onderscheiden tussen wreken en vergelden. We maken ons dit standpunt eigen. Wraak of vergelding (een verschil is er eigenlijk niet) vormt de basis of grondslag van de straf en verklaart de specificiteit van het strafrecht ten aanzien van andere domeinen van het recht.⁵⁹ Dit betekent niet dat straffen hetzelfde is als wreken, maar het impliceert wel, zoals Hildebrandt schrijft, dat de straf als doel kan hebben wraak- en genoegdoeningsgevoelens tot uitdrukking te brengen.⁶⁰

Zo'n niet geromantiseerde openheid ten aanzien van de wraak kon al gevonden worden in Durkheims *De la division du travail social*, waarin de auteur de wraak als defensiemechanisme tegen gevaar en bedreiging omschrijft: een groffe en mateloze instinctieve reactie van zelfbehoud, die haar prijs heeft, maar die niettemin een essentiële verdedigingsfunctie vervult. Welnu, voor Durkheim vervult de straf dezelfde functie, maar op een beter gecontroleerde en meer doeltreffende methodische manier: "Entre la peine d'aujourd' hui et celle d'autrefois il n' y a donc pas un abîme, et, par conséquent, il n'était pas nécessaire que la première devînt autre chose qu'elle-même pour s'accommoder au rôle qu'elle joue dans nos sociétés civilisées. Toute la différence vient de ce qu'elle produit ses effets avec une plus grande conscience de ce qu'elle fait. (...) Nous pouvons donc nous attendre à ce que les éléments essentiels de la peine soient les mêmes que jadis. Et en effet, la peine est restée, du moins en partie, une oeuvre de vengeance. On dit que nous ne faisons pas souffrir le coupable pour le faire souffrir ; il n'en est pas moins vrai que nous trouvons juste qu'il souffre. (...) il est certain que cette expression de vindicte publique, qui revient sans cesse dans la langue des tribunaux, n'est pas un vain mot. En supposant que la peine puisse réellement servir à nous protéger pour l'avenir, nous estimons qu'elle doit être, avant tout, une *expiation* du passé. Ce qui le prouve, ce sont les précautions minutieuses que nous prenons pour la proportionner aussi exactement que possible à la gravité du crime ; elles seraient inexplicables si nous ne croyions que le coupable doit souffrir parce qu'il a fait le mal et dans la même mesure. (...) nous sommes restés fidèles au principe du talion".⁶¹

Opnieuw over de kernbeginselen van het strafrecht

We stelden al vast dat de door Bal, Prakken en Smaers ingeroepen trias van het moderne strafrecht, met name legaliteit, schuld en vergelding, verbonden is met het werk van Toon Peters, die evenwel nauwelijks ingaat op het vergeldingsbeginsel en bijgevolg weinig overtuigend bewijs levert voor zijn fundamenteel karakter. Zonder te willen loochenen dat vergelding of wraak de basis of aanleiding van de straf vormt, willen we in de resterende paragrafen de oefening doen deze notie los te laten als kernbeginsel of

⁵⁸ J.M.G. van der Dennen, *l.c.*, 73.

⁵⁹ Zonder afstand te doen van het publiekrechtelijk karakter van het hedendaagse straffen, wijst A.C. 't Hart er samen met N. Frijda op "dat de oorspronkelijke behoefte aan wraak, zij het thans op het publieke niveau gekanaliseerd, niet mag worden ontkend of tot taboe gemaakt. De erkenning van wraak als oorspronkelijke basis van straf en de aanvaarding van geweld, op het niveau en naar de maat van de politieke gemeenschap, dragen juist bij tot eenheid en stabiliteit van die gemeenschap"; A.C. 't Hart, 'Straf, recht en waarden' in A.C. 't Hart, *De meerwaarde van het strafrecht*, Sdu, Den Haag, 1997, 115.

⁶⁰ M. Hildebrandt, *o.c.*, 115.

⁶¹ E. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1973, 54-56.

principe van het strafrecht. Wat zou er tegen zo'n analyse zijn? Wat zou de meerwaarde zijn van een analyse van het moderne strafrecht aan de hand van slechts twee beginselen, met name legaliteit en schuld?

De analyse zou alleszins aan descriptieve scherpte winnen. Het moderne strafrecht en de veralgemening van de gevangenisstraf hebben immers nooit beantwoord aan de normatieve uitgangspunten van het Verlichtingsdenken.⁶² Fenomenen zoals gevaarzettingsdelicten en *actuarial justice* wijzen er op dat strafrecht meer is dan een reactief (wrekend of vergeldend) instrument. Prakken en Peters omhelzen het vergeldingsconcept omwille van het machtsbeperkend karakter ervan. Dumping van vergelding als kernbeginsel betekent in dit opzicht ongetwijfeld geen stap vooruit. Maar is machtsbeperking eigen aan de vergelding? Neen, want anders zou Peters niet terugvallen op een *seculier* vergeldingsbegrip. Neen nogmaals, want ook de wraak beschikt over een geweldsbeperkende potentie. Neen tenslotte, omdat er misschien andere gronden bestaan om de proportionaliteit van de straf te staven.

Ons inziens past een dubbele kanttekening bij de idee van een geweldsbeperkend strafrecht. *Primo*, het is er reeds ten dele. Beperking van de mogelijke strafmaat en -intensiteit kunnen ook worden gerealiseerd via een beroep op Peters' twee andere kernbeginselen, met name legaliteit en schuld. De humaniserende impact van dit laatste beginsel kan niet voldoende worden beklemtoond. Voorbij is de tijd dat minderjarigen, dieren en zaken werden vervolgd en voorbij is de tijd dat strafrechtelijke verantwoordelijkheid doorgegeven werd aan de erfgenamen.⁶³ Versteving van de idee van schuldstrafrecht lijkt ons daarom een meer adequaat antwoord op het fenomeen van veiligheidsdenken en *actuarial justice* dan het beroep op vergelding.⁶⁴ De proportionaliteit van de straf, en zelfs een reductionistische strafpolitiek, zouden ook kunnen worden afgeleid uit de mensenrechten,⁶⁵ of nog, uit het *ultimum remedium*-karakter van het strafrecht.⁶⁶

Secundo, het geweldsbeperkend aspect van het strafrecht is er onvoldoende. Dat is een oud zeer van het strafrecht. Ondanks de goede voorzetten in de achttiende eeuwse grondwettelijke teksten zijn er verrassend weinig fundamenteen aan te treffen in de constitutionele teksten. Wil een samenleving een proportioneel strafrecht, en dat is nog maar de vraag, dan lijken de expliciete overname, veralgemening, concretisering en uitdieping van zoiets als het Amerikaanse grondwettelijk verbod op *cruel and unusual*

⁶² Zie in M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, 318 p. en de besprekingen in S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap. Een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informaticarecht*, VUBPress/MAKLU, Brussels/Antwerp, 1993, i.h.b. op 192-206 en 235-258

⁶³ R. Charles, *o.c.*, 12-14.

⁶⁴ Over de implicaties van de schuld voor het strafrecht W.H.A. Jonkers, 'De strafrechtelijke straf: inhoud, grondslag, doeleinden', (1975) in Y. Buruma (red.), *o.c.*, 165-167. Over de vraag of de schuldvoorwaarde wel specifiek is voor het strafrecht en met andere woorden als een kernbeginsel kan omschreven worden: S. Gutwirth & P. De Hert, 'Een theoretische onderbouw ...', *l.c.*

⁶⁵ S. Snacken, *A human rights basis for a reductionist policy ?*, 13 p. paper op de conferentie *Sentencing and Society*, Glasgow, 2002. Zie ook S. Snacken & S. Gutwirth, 'Editoriaal : over mensen, gedetineerde mensen en politieke verantwoordelijkheid in een democratische rechtsstaat', *Panopticon*, 2004/2, 125-134 en G. De Jonghe, *l.c.*, 155.

⁶⁶ Hierover: S. Gutwirth & P. De Hert, 'Een theoretische onderbouw ...', *l.c.*. Zie ook W.H.A. Jonkers, *l.c.*, 175.

punishment van groot belang: de constitutionele teksten bepalen onvoldoende aan welke inhoudelijke eisen straffen dienen te voldoen.⁶⁷

Een strafrecht gebaseerd op de idee van liefde en rationaliteit

Hierboven schreven we dat straffen niet hetzelfde is als wreken, maar dat het daarom nog niet zo is dat de straf geen wraak- en genoegdoeningsgevoelens tot uitdrukking kan brengen. *Kunnen* is niet hetzelfde als *moeten*. Ties Prakken zit met mensen als Paul Cliteur, levensbeschouwelijk gesproken, niet in aangenaam gezelschap wanneer ze vergelding vooruitschuift als kernbeginsel van het strafrecht. Methodologisch en historisch zijn er eveneens kanttekeningen te plaatsen bij deze positie. Terecht wordt overigens in de sociologie van de bestraffing onderstreept dat er in de penale praktijk sprake is van modes en trends en dat justitiemodellen niet uitsluitend kunnen worden geduid op grond van de door filosofen en theoretici aangereikte principes en grondslagen.⁶⁸

Een correcte geschiedschrijving van het verhaal van het strafrecht moet o.i. trouwens ook aandacht besteden aan stromingen in het denken en maatschappelijke handelen die wars zijn van de idee van vergelding (maar daarom nog niet in het utilisme overslaan). Die geschiedschrijving is o.i. onvoldoende geschied.⁶⁹ Neem de reeds genoemde Christelijke liefdesethiek. De wrekende of vergeldende Christus heeft nooit bestaan. De liefdevolle Christus daarentegen wel.⁷⁰ Meer zelfs, hij heeft talrijke sporen nagelaten.⁷¹ Victor Hugo's *Notre Dame* bevat diepgravende beschouwingen over de integratie van de idee van kerkelijk asiel in de wereldse justitie.⁷² Voor de lezer die bij kerkelijke rechtvaardigheid onmiddellijk aan de inquisitoriale brandstapel denkt kan het geen kwaad om te herinneren aan het gezegde *L'Eglise a horreur du sang*, aan de idee om op bepaalde religieuze dagen niet te straffen, aan de motieven van de bedevaarten en aan de praktijk van het opsluiten van schuldigen in kloosters teneinde hen tot inkeer te brengen in een tijdperk waarin de gevangenisstraf nog niet bestond.⁷³

⁶⁷ S. Snacken, *A human rights basis for a reductionist policy?*, o.c., 13 p.

⁶⁸ B. Hudson, o.c., 96. Onderzoek van Kristel Beyens in België en J. de Keijser in Nederland bevestigen dat rechters en wetgevers die eigenlijk nogal vrij en arbitrair kiezen welke doelstellingen zij koppelen aan de straffen die zij uitspreken, respectievelijk voorzien. K. Beyens, *Straffen als sociale praktijk. Een penologisch onderzoek naar straftoemeting*, Brussel, VUBPress, 2000, 526 p.; K. Beyens, 'Richting geven aan straftoemeting', *Proces* 2001, nr. 5/6, 67-75 en J.W. de Keijser, *Punishment and purpose: from moral theory to punishment in action*, Amsterdam, Thela Thesis, 2001, 216 p.

⁶⁹ Zie Petrus C. van Duyne, 'Straf en vergelding. De geschiedenis van een slecht geweten', *Justitiële Verkenningen*, 1986, vol. 12, nr. 1, (41-86), i.h.b. 44

⁷⁰ Zeer tekenend hiervoor is het verhaal van de confrontatie tussen de Groot-Inquisiteur en Christus in F.M. Dostojevski's *De gebroeders Karamazov* (F.M. Dostojevski, *Les frères Karamazov*, Paris, Gallimard, Folio, 1952, t. I, p. 338 et seq.)

⁷¹ Opnieuw zijn deze sporen erg sterk terug te vinden in het werk van Dostojevski. Zie hierover S. Gutwirth, *Dostojevski criminoloog? Een bio-bibliografische speurtocht naar de criminologische inzichten van de Russische schrijver*, Antwerpen/Arnhem, Kluwer/Gouda Quint, 1985, 185 p. en S. Gutwirth, 'Une petite réflexion sur l'importance de la flibusterie épistémologique des littéraires. Dostojevski, la criminologie, les sciences, le droit et la littérature' in Fr. Ost, L. Van Eynde L., Ph. Gérard en M. van de Kerchove (Ed.), *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2001, 305-342.

⁷² Op de rol van de vrijplaats en het kerkasiel heeft H. Bianchi met veel overtuiging gewezen o.m. in H. Bianchi, *Basismodellen in de criminologie*, Deventer, Van Loghum Slaterus, 1980, 346 et seq. Vandaag de dag speelt het nog steeds wanneer asielzoekers in kerken beschutting zoeken tijdens hun hongerstakingen.

⁷³ R. Charles, o.c., 9 & 29-30.

De boodschap van liefde en medeleven is vandaag niet verdwenen. Het pacifisme van Clara Meijer-Wichmann in het begin van de vorige eeuw geeft hiervan een erg goede illustratie.⁷⁴ En er zijn andere illustraties en trends aan te wijzen. Cliteur was dicht bij de waarheid wanneer hij het vermoeden uitte dat de eerste rechter in de zaak Volkert van der G geïnfecteerd was door hippie-gedachtengoed. Ja, ook deze beweging, die zeer actief was tijdens Prakkens *formative years* (en waarvoor ze, zo vermoeden we, toch enige sympathie heeft) zat met haar *love and peace*-credo mijlenver van gewelddadige praktijken zoals wraak en vergelding. In de bundel *Veiligheid of vergelding* stonden we reeds stil bij het belang en de doorwerking op levensbeschouwelijk vlak van moderne opvoedkundige projecten zoals beschreven door George Lakoff.⁷⁵ Het progressief of liberaal wereldbeeld, aldus deze auteur, verlaat het strenge-vader-model waarin noties zoals gezag en vergelding een belangrijke plaats innemen. In de plaats komt het 'verzorgende ouders'-model, waarin zelfdiscipline geen doel op zich vormt. Het wordt niet bijgebracht door het handhaven van tucht en orde, maar door een liefdevolle bejegening door de ouders. Doel van de opvoeding is het kind in staat stellen zelf zorg te dragen voor de andere. Ouderlijk gezag wordt niet door een onwrikbare morele orde gelegitimeerd, doch door uitleg en discussie. Geluk en zelfverwerkelijking zijn binnen de progressieve traditie de hoogste maatstaf. Niet 'vergelding' doch 'vergoeding' vormt het belangrijkste morele boekhoudkundig principe.⁷⁶ Dat deze 'modes' doorgewerkt hebben en doorwerken in de rechtsbeoefening lijkt ons zelfstavend.⁷⁷ De Nederlandse keuze om geen minimumstraffen verplicht op te leggen leent zich bijzonder goed voor het spreken van recht gesteund op zulke inzichten. Paradigmatisch voor de strafrechtsbeoefening in de tweede helft van de twintigste eeuw (en voor het denken van Prakken) lijkt ons de aanpak van Wilhelmus Jonkers in zijn belangrijke tekst over 'de strafrechtelijke straf'.⁷⁸ De tekst lijkt mijlenver af te staan van het gedachtegoed van hippies, liberalen en pacifisten dat we zojuist besproken. Integendeel vinden we het inmiddels traditioneel geworden verhaal over strafrecht als constructie gebouwd op de pijlers van schuld en geweldsbeperkende vergelding. De tekst bevat evenwel een ondertoon die zijn tijdsgeest verraadt. Min of meer expliciet wordt aangegeven dat schuld niet steeds vergolden moet worden en dat niet alleen de wetgever, maar ook de staftoepasser (OM en rechter) steeds

⁷⁴ "Tegenover die oude, overoude, uit het begintijdperk van het mensdom daterende leer, dat kwaad vergolden moet worden met kwaad, en dat wie kwaad doet moet worden neergedrukt en vernederd, stellen wij een aander levensbeginsel: Oordeel niet. Vergeld niet. Straf niet. Beloon niet. Maar tracht te scheppen (...) het kwade te overwinnen door het goede"; Cl. Meijer-Wichmann, 'Oprichtingsmanifest van het Comité van actie tegen de bestaande opvattingen omtrent misdaad en straf' (1919) opgenomen in Y. Buruma (red.), *o.c.*, 124. Zie tevens: Cl. Meijer-Wichmann, *Misdaad, straf en maatschappij*, Bijleveld, Utrecht, 1919, 206 p.

⁷⁵ G. Lakoff, *Moral Politics. What Conservatives know that Liberals don't*, Chicago, the University of Chicago Press, 1996, 413p.

⁷⁶ Deze opvoedkundige opvattingen worden uitgedragen door auteurs zoals Judith R. Harris (*Het misverstand opvoeding*) en Jesper Juul (*Uw capabele kind*).

⁷⁷ Over het 'vies' worden van vergelding als gevolg van het optimistisch mensbeeld dat tot bloei kwam in de jaren zeventig: Petrus C. van Duyne, 'Straf en vergelding. De geschiedenis van een slecht geweten', *Justitiële Verkenningen*, 1986, vol. 12, nr. 1, (41-86), i.h.b. 59.

⁷⁸ W.H.A. Jonkers, 'De strafrechtelijke straf: inhoud, grondslag, doeleinden', (1975) in Y. Buruma (red.), *o.c.*, 163-176.

oog moeten hebben voor de subsidiariteit van de straf. Wat dit precies betekent voor de rechter wordt niet uitgewerkt, maar de tekst laat alles open, incl. het niet-straffen.⁷⁹ Gelijktijdig en soms overlappend kende de tweede helft van de twintigste eeuw tevens een streven naar een rationeel strafrecht. Achteraf bezien stelden de aanhangers van deze beweging het vergeldingsdenken geenszins in vraag, doch wel bemoeilijkten ze het praten over vergelding door het begrip zelf te vermijden.⁸⁰

Besluit

In deze bijdrage hebben we de vraag gesteld waarom een jurist met een zo duidelijke kleur als Ties Prakken zich uitsprekt voor een vergeldingsstrafrecht in een humane saus. Onze bezorgdheid laat zich eenvoudig samenvatten. Een optie voor een dergelijk strafrecht mag een verstandige 'move' zijn als strategie tegen het veiligheidsdenken in het strafrecht, maar het is eveneens van aard om stromingen in het strafrecht die zich afkeren van het vergeldingsdenken in naam van mildheid, rationaliteit, empathie, vergeving, medeleven en liefde de pas af te snijden of de bewegingsruimte te ontzeggen. Dat is wat ons betreft, meer een vaststelling dan een positie.

Uit onze analyse blijkt dat de verhoudingen tussen wraak, straf en vergelding complex zijn. Het is evenwel duidelijk dat de vergelding als grondslag van de straf tegelijk in het verlengde wordt geplaatst van de wraak als ertegen wordt afgezet. Enerzijds worden straf en vergelding opgevoerd als een breuk met de wraak. Anderzijds worden straf en vergelding voorgesteld als een vorm van voortzetting van de wraak. Recent werd deze voorstellingswijze in vraag gesteld vanuit een overwegend herstelrechtelijk paradigma. Zonder ons dit paradigma eigen te maken hebben we willen aantonen dat het differentiëren tussen vergelding en wraak gekunsteld is en weinig meerwaarde biedt. Wij staan een opvatting voor waarin wordt aanvaard dat wraak en vergelding, als sterke (en eerder primitieve) emotionele drijfveren, *kunnen* fungeren als motieven voor de invulling en tenuitvoerlegging van de maatschappelijke reactie tegen inbreuken op de rechtsorde. Andere, minder primitieve reacties, zonder vergeldend karakter zijn evenwel net zo goed mogelijk en verdienen wellicht een meer centrale plaats in de geschiedschrijving van het strafrecht te krijgen. Deze reacties staan alle straftoepassers ter beschikking. Onder bepaalde omstandigheden verzet niets zich tegen een beslissing van een strafrechter om geen straf uit te spreken. Tot deze omstandigheden moet het maatschappelijk draagvlak voor de idealen achter zo'n beslissing worden gerekend. Waarschijnlijk kan de gehuldigde instemmen met onze verzuchting dat sommige van die idealen het verdienen om verdedigd te worden.

⁷⁹ Cf. het open, alles- en nietszeggende einde van de tekst: "Hetzelfde geldt tenslotte voor de definitieve rechterlijke beslissing zelf".

⁸⁰ Men leze over de Amerikaanse justice beweging: M.J.M. Brand-Koolen, 'Het justice-model: recht doen en billijke straf', in *Justitiële Verkenningen*, 1986, vol. 12, nr. 1, (5-40), i.h.b. 8. Over de rationele beweging in het strafrecht in Nederland: J. Boek, 'Sepot en transactie', *Justitiële Verkenningen*, 1999, vol. 25, nr. 9, 100-113.