



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit

Cleiren, C.P.M.; Kunst, M.J.J.; Leun, J.P. van der; Schoep, G.K.; Voorde, J.M. ten

Citation

Cleiren, C. P. M., Kunst, M. J. J., Leun, J. P. van der, Schoep, G. K., & Voorde, J. M. ten. (2012). *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*. Den Haag: Boom Lemma. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20123>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20123>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek

Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek

*Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke
en sociaalwetenschappelijke realiteit*

Redactie:

C.P.M. Cleiren
M.J.J. Kunst
J.P. van der Leun
G.K. Schoep
J.M. ten Voorde

Boom Lemma uitgevers
Den Haag
2012

Lay-out: AlphaZet prepress, Waddinxveen

© 2012 C.P.M. Cleiren, M.J.J. Kunst, J.P. van der Leun, G.K. Schoep, J.M. ten Voorde/Boom Lemma uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteurs.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the authors.

ISBN 978-90-5931-921-9
NUR 820, 824

www.boomlemma.nl

Inhoudsopgave

Woord vooraf	VII
1 Inleiding: Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek <i>C.P.M. Cleiren, M.J.J. Kunst, J.P. van der Leun, G.K. Schoep & J.M. ten Voorde</i>	1
2 Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidige tijdsgewricht <i>C.P.M. Cleiren</i>	7
3 Strafbaarstelling en <i>evidence</i> vanuit criminologisch perspectief <i>J.P. van der Leun</i>	25
4 Strafrecht: Een klimaatverandering <i>W. Sorgdrager</i>	39
5 Een onmogelijke opgave: Criteria voor strafbaarstelling vanuit economisch perspectief <i>B.C.J. van Velthoven</i>	49
6 Aanzetten tot criteria voor strafbaarstelling van de voorfase <i>J.M. ten Voorde</i>	65
7 Het wetsvoorstel strafbaarstelling negationisme <i>A.C. ten Klooster</i>	87
8 “Het doel der strafwet zal juist dan het best bereikt worden, wanneer zij nooit behoeft te worden toegepast”. Pleidooi voor strengere maatstaven van strafbaarstelling en straf <i>H.J.R. Kaptein</i>	99
9 De effectiviteit en handhaafbaarheid van het strafrecht bij de aanpak van partnergeweld in Nederland: Een kritische beschouwing vanuit een sociaal-wetenschappelijk perspectief <i>M.J.J. Kunst</i>	115

10	Dangerous Liaisons? De criteria voor strafbaarstelling in de veiligheidscultuur <i>M.A.H. van der Woude, S. van Rooijen & J.A. van Wilsem</i>	135
11	De ernst van het feit: Percepties, attitudes en referentiepunt bij strafbaarstelling <i>G.K. Schoep & G.N.G. Vanderveen</i>	155
	Over de auteurs	179

Woord vooraf

Dit boek is tot stand gekomen in het kader van het Leidse facultaire onderzoeksprogramma *Criminal Justice: Legitimacy, Accountability and Effectivity*. Binnen het onderzoeksprogramma is de centrale vraag hoe nu én in de toekomst kan worden gewaarborgd dat wetgeving, preventie, opsporing, handhaving, berechting en sanctionering onderling congruent zijn. Tegelijkertijd moeten zij aansluiten op de bevindingen van de criminologie en de forensische wetenschappen, op internationalisering van het recht, op eisen en idealen van de rechtsstaat, op maatschappelijke ontwikkelingen, op verwachtingen van de burger en op eisen van effectiviteit.

In het onderzoeksprogramma worden criminaliteit en de aanpak daarvan bestudeerd met een geïntegreerde juridische en sociaalwetenschappelijke blik. Het belang van een dergelijke benadering van een van de grote maatschappelijke problemen in onze tijd – sociaal ongewenst gedrag in brede betekenis – is zowel met het oog op maatschappelijk belangen als vanuit wetenschappelijk perspectief groot. Bovendien zijn zowel de aanpak van criminaliteit, als datgene wat strafbaar wordt gesteld, als de omvang van criminaliteit, als de manier waarop het gepleegd wordt, voortdurend in verandering. De studie van deze dynamieken van criminaliteit en de reacties daarop, en de wisselwerking daartussen, zijn gebaat met deze geïntegreerde benadering.

Ter uitvoering van dit onderzoeksprogramma vond op 9 september 2011 een door het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden georganiseerd congres plaats, waarin juristen en sociale wetenschappers de wisselwerking onder de loep namen tussen de traditionele criteria die strafwetgeving bepaalden (of leken te bepalen) en de actuele omgeving waarbinnen strafwetgeving heeft te functioneren. Deze bundel vormt de weerslag van dat congres en van presentaties op dat congres.

Het congres kwam tot stand met ondersteuning van het Leids Universiteits Fonds en het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Een bijzonder woord van dank gaat uit naar Maartje van den Bergh, die onmisbaar was voor de organisatie van het congres.

De redactie

Inleiding: Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek

Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit

*C.P.M. Cleiren, M.J.J. Kunst, J.P. van der Leun,
G.K. Schoep & J.M. ten Voorde*

Op 1 september 2011 was het 125 jaar geleden dat het Wetboek van Strafrecht in werking trad. Treffend is de zelfverzekerdheid waarmee het Wetboek werd gepresenteerd. Op alle fronten werd het Wetboek veel lof toegezongen: ten aanzien van de algemene bepalingen, de opbouw, de strafbepalingen, de daarbij behorende strafmaat, maar ook ten aanzien van de toekomstbestendigheid. Na ruim 125 jaar zien we dat die zelfverzekerdheid niet helemaal onterecht was: op belangrijke terreinen is het Wetboek nauwelijks gewijzigd, zowel ten aanzien van diverse algemene bepalingen, de opbouw en verschillende niet onbelangrijke strafbepalingen is gebleken dat het Wetboek een zekere waardevastheid heeft. Dit betekent echter niet dat het als een rustig bezit kan worden beschouwd.

Eén van de terugkerende discussiepunten vormt de vraag welke gedragingen wel en welke niet onder het bereik van het strafrecht zouden moeten vallen. De wetgever van het Wetboek maakte hier weinig woorden aan vuil: wat strafbaar was gesteld, was – in ieder geval voor wat de misdrijven betreft – vanzelfsprekend strafbaar. De complexe samenleving van vandaag laat een dergelijk eenvoudig standpunt niet meer toe. Met behulp van criteria voor strafbaarstelling hebben strafrechtswetenschappers getracht de wetgever handvatten te geven bij de keuze voor het al dan niet strafbaar stellen van gedrag. Inmiddels worden ook deze criteria gerelativeerd. De actueel maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke context waarbinnen strafwetgeving tot stand komt en functioneert noopt tot relativering van het traditionele beeld en de positie van de strafwet. De plaats van de criteria voor strafbaarstelling is eveneens minder duidelijk geworden.

Op 9 september 2011 vond een door het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden georganiseerd congres plaats, waarin juristen en sociale wetenschappers de wisselwerking onder de loep namen tussen de traditionele criteria die strafwetgeving bepaalden (of leken te bepalen) en de actuele omgeving waarbinnen strafwetgeving heeft te functioneren. Deze bundel vormt de weerslag van dat congres en van presentaties op dat congres.

Het vraagstuk van criteria voor strafbaarstelling kent vanuit strafrecht-wetenschappelijk perspectief een lange traditie. In het bijzonder Hulsman, Van Bemmelen, De Roos en Haveman hebben bijgedragen aan de theorievorming over de vraag onder welke voorwaarden de overheid zou kunnen of dienen over te gaan tot strafbaarstelling van ongewenst gedrag.¹ Criteria voor strafbaarstelling benadrukken diverse zowel positieve als negatieve aspecten zoals opvattingen over goed en kwaad, schadelijkheid, voorkomen van eigenrichting, frequentie van het ongewenst gedrag, proportionaliteit en subsidiariteit, alsook de (beoogde) effectiviteit. De laatste jaren heeft de discussie over criteria voor strafbaarstelling een belangrijke wending gekregen door de toenemende invloed van de Europese rechtsorde op strafbaarstellingen. Daarnaast speelt de toenemende invloed op en mogelijkheden tot handhaving van normen door middel van het inzetten van andere domeinen en rechtsdomeinen. Het bestuursrecht vormt in dat verband een niet meer weg te denken instrument in het palet dat de overheid ter beschikking staat met het oog op het afdwingen van normconform en het reageren op normafwijkend gedrag. In veel gevallen gaat de wetgevingsdiscussie in het geheel niet meer over de vraag of bepaald gedrag gesanctioneerd dient te worden, maar over de vraag binnen welk rechtsdomein de betreffende norm en de handhaving daarvan dient te worden neergelegd. In de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel uit 2008 wordt aan dat aspect nader invulling gegeven. Soms laat wetgeving de bevoegde organen en professionals bovendien de keuze binnen welk rechtsdomein handhaving dient te worden gerealiseerd. Ook 'buitenjuridische' aanpak van ongewenst gedrag, onder meer met behulp van mediation/bemiddeling, veiligheidshuizen, zorginstellingen, en dergelijke relateert het belang van strafwetgeving en daarachter liggende funderende criteria. Relativering van het belang van criteria voor strafbaarstelling kan tenslotte ook aan de orde worden gesteld wegens inzichten in de gebrekkige resultaten van strafrechtelijk ingrijpen, zoals die onlangs nog door de Algemene Rekenkamer werden gerapporteerd.²

Een belangrijk kenmerk van de strafrechtswetenschappelijke benadering van het vraagstuk van criteria voor strafbaarstelling, vormt de ideologische geladenheid er van.

-
- 1 L.H.C. Hulsman, 'Kriteria voor strafbaarstelling', in: *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn: Uitgeverij in den Toorn 1972, p. 80-92; J.M. van Bemmelen, 'Positieve criteria voor strafbaarstelling', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 1-14; Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel-politieke studie* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987; R. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998. Zie ook recentelijk: K. Svatikova, *Economic criteria for criminalization: Optimizing Enforcement in Case of Environmental Violations* (diss. Rotterdam), Rotterdam 2011.
 - 2 Algemene Rekenkamer, *Prestaties in de strafrechtketen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012. Zie ook *Kamerstukken II* 2011/12, 33 173, nr. 1-2.

Het vraagstuk wordt in de strafrechtswetenschap veelal benaderd vanuit een juridisch, rechtstheoretisch en rechtspolitek gezichtspunt. De strafrechtelijke theorievorming lijkt daarbij nauwelijks gebruik te maken van of aan te sluiten bij sociaalwetenschappelijke kennis en inzichten omtrent de effecten, schade en dergelijke. Dit is opmerkelijk, omdat empirisch onderzoek naar deze thema's wel wordt verricht. Hetzelfde geldt min of meer voor de totstandkoming van wetgeving in het huidig tijdsgewricht. Rechtspoliteke achtergronden en voorkeuren spelen daarbij in veel gevallen een dominante rol en bepalen vaak de uitkomst van 'beslissingsschema's' over vraagstukken van strafbaarstelling. Een wisselwerking tussen of uitwisseling van gezichtspunten tussen de sociaalwetenschappelijke en de strafrechtelijke benadering zou naar ons oordeel een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan rationele keuzes voor wetgeving en beleid op het terrein van de strafwetgeving, de handhaving en de strafrechtspleging en daarmee aan de kwaliteit en legitimiteit van het strafrecht. Wij hopen met de bijdragen in deze bundel gestalte te hebben kunnen geven aan de wisselwerking tussen of uitwisseling van gezichtspunten tussen de sociaalwetenschappelijke en de strafrechtelijke benadering van vraagstukken van strafbaarstelling. Het Leidse facultaire onderzoeksprogramma Criminal Justice: Legitimacy, Accountability and Effectivity biedt daarvoor een veelbelovende basis.

Algemene beschouwingen over de criteria voor strafbaarstelling in zowel de juridische als de sociaalwetenschappelijke context, alsook reflecties op het thema vanuit andere perspectieven, zijn terug te vinden in de bijdragen van Cleiren, Van der Leun, Sorgdrager en Van Velthoven.

Door Cleiren worden de in het verleden geformuleerde criteria bekeken in het licht van de wisselwerking van met strafbaarstelling te reguleren gedrag en de omgeving waarbinnen die normen tot stand komen en de naleving daarvan wordt gerealiseerd. Daarbij wordt duidelijk dat die criteria zowel een faciliterende als een legitimerende functie hebben. Tegelijkertijd wordt zichtbaar dat die functies in de brede context van de huidige strafrechtspleging behoorlijk moeten worden gerelativeerd. In het licht daarvan wordt bezien of en zo ja welke rol nog aan die criteria zou kunnen toekomen en of er voldoende legitieme redenen zijn die rol meer dan tot nu toe te realiseren.

Van der Leun stelt in haar bijdrage de vraag centraal in hoeverre de afweging om bepaald gedrag strafbaar te stellen ook mede zou kunnen geschieden op grond van criminologisch onderzoek. In hoeverre kunnen empirische bevindingen van waarde zijn voor strafbaarstelling? De vraag wordt beschouwd tegen de achtergrond van de roep om evidence based beleid en de levendige discussie daarover in de criminologische literatuur.

Sorgdrager biedt de lezer een reflectie op het thema van buiten de juridische en sociale wetenschap. Dat 'buitenstaandersperspectief' leidt tot een terugkijken op het strafrechtelijk beleid en de strafrechtspraktijk. Deze reflectie roept vragen op over de verharding van het klimaat, de verwachtingen van het strafrecht en de plaats van de rechter.

Die wordt steeds kritischer bejegend, terwijl de politiek de neiging heeft zijn vrijheid – en daarmee ook zijn onafhankelijkheid – steeds verder in te perken. Zo ontstaat een ander evenwicht in de Trias Politica en dat moet goed in de gaten worden gehouden.

Van Velthoven gaat als rechtseconoom in op de vraag hoe op economische leest geschoeide criteria voor strafbaarstelling eruit zouden moeten zien. Dat vraagt allereerst om de keuze van een helder en eenduidig normatief uitgangspunt. De economische literatuur wijst er op dat welvaartsmaximalisatie in dat verband de voorkeur verdient boven (afzonderlijke) rechtvaardigheidscriteria. Wat zij precies verstaan onder maatschappelijke welvaart en waarom (afzonderlijke) rechtvaardigheidscriteria het pleit verliezen, wordt in deze bijdrage uitvoerig uitgewerkt. Op basis hiervan wordt de vraag beantwoord of het vanuit economisch perspectief mogelijk is een set criteria te ontwikkelen waarmee de gevallen die onder het strafrecht zouden moeten vallen, min of meer eenduidig afgezonderd en kunnen worden onderscheiden van de gevallen die een andere aanpak behoeven.

Strafrechtelijk dogmatische beschouwingen over specifieke voorbeelden van strafbaarstellingen zijn terug te vinden in de bijdragen van Ten Voorde en Ten Klooster.

Ten Voorde gaat in zijn bijdrage in op vraagstukken rondom de strafbaarstelling van de voorfase: Gedragingen die op zichzelf gezien misschien nog niet zo strafwaardig zijn, maar gelet op de kans dat ten gevolge van dit handelen een ernstig strafbaar feit zou kunnen worden begaan, toch strafbaar worden gesteld. Binnen de Nederlandse strafrechtsdogmatiek wordt relatief weinig aandacht besteed aan criteria voor strafbaarstelling van voorfasedelicten, terwijl politiek grote belangstelling voor dergelijke delicten bestaat. Het toenemend belang van voorfasedelicten in het strafrecht vraagt evenwel om meer wetenschappelijke aandacht. In zijn bijdrage gaat Ten Voorde in op de vraag op grond waarvan gedragingen in het voorveld strafbaar mogen worden gesteld en komt hij tot een nadere specificatie van criteria voor strafbaarstelling van de voorfase.

Ten Klooster operationaliseert de criteria voor strafbaarstelling en onderwerpt, bij wijze van case-study, het wetsvoorstel strafbaarstelling negationisme aan een nadere analyse. Het wetsvoorstel wordt getoetst worden aan twee van de klassieke criteria voor strafbaarstelling: het schadebeginsel en het subsidiariteitsbeginsel. Daarnaast wordt ook de mogelijke symbolische waarde van een wet in de bespreking betrokken worden. Uiteindelijk formuleert de schrijver een antwoord op de vraag of het wetsvoorstel tot strafbaarstelling van negationisme de toets van de klassieke criteria voor strafbaarstelling doorstaan.

Kaptein gaat, in zijn pleidooi voor strengere maatstaven voor strafbaarstelling en straf, in op de vraag waar straf eigenlijk goed voor is. Delegitimatie van straf en dus ook van strafrechtspleging blijft volgens de auteur een fundamenteel probleem.

Liever geen straf als het ook anders kan, zo oordeelt de auteur. Als strafrechtspleging werkelijk nodig is, dan moet dat zo voorzichtig mogelijk gebeuren, gegeven de menselijke en maatschappelijke kosten van straf. De auteur geeft aan waar het in zijn visie uiteindelijk over moet gaan: Civilisering van strafrecht moet de eigenlijke agenda zijn: laat daders de schade goedmaken. Dat zou tot duidelijker maatstaven voor strafbaarstelling moeten leiden.

De wisselwerking tussen de traditionele criteria die strafwetgeving bepalen (of leken te bepalen), de actuele omgeving waarbinnen strafwetgeving heeft te functioneren en het belang van de sociale wetenschappen daarvoor, komt nadrukkelijker naar voren in de bijdragen van Kunst, Van der Woude, Van Rooijen en Van Wilsem en Schoep en Vanderveen.

Kunst gaat in op de effectiviteit en handhaafbaarheid van het strafrecht bij de aanpak van partnergeweld in Nederland en betreft daarin de wisselwerking tussen strafbaarstelling en beleid. In zijn bijdrage laat hij zien dat een ongenueanceerd beeld van dit fenomeen in de weg staat aan een effectieve strafrechtelijke aanpak van partnergeweld. Het onderwerp van deze bijdrage raakt hiermee direct aan een belangrijk criterium om strafrechtelijk optreden te rechtvaardigen, namelijk dat het moet kunnen bijdragen aan recidivepreventie. Het gaat in deze bijdrage niet over de vraag of partnergeweld strafbaar gesteld moet worden, dat is immers al lang het geval, maar over de vraag hoe op beleidsniveau aan die strafbaarstelling, vanuit het oogpunt van effectiviteit, invulling dient te worden gegeven.

Van der Woude, Van Rooijen en Van Wilsem bespreken de resultaten van hun onderzoek naar de invloedsrelatie tussen mediaconsumptie en publieke perceptie ten aanzien van de Nederlandse antiterrorismewetgeving, met het oog op de criteria voor strafbaarstelling, in het bijzonder het schadecriterium. De criteria kunnen volgens de auteurs worden beschouwd als belangrijke handvatten voor de wetgever om een weloverwogen afweging te kunnen maken ten aanzien van nieuwe strafbaarstellingen. Dat zou een belangrijke rem op de publieke en politieke waan van de dag kunnen zetten, een waan die steeds invloedrijker lijkt te zijn geworden in wetgevingsprocessen. Het doel van dit onderzoek is niet alleen een kritische reflectie bieden op de praktische bruikbaarheid van het schadecriterium als handvat voor de wetgever bij vraagstukken rondom strafbaarstelling. Tevens laten zij zien dat het – wederom met het oog op de praktische toepasbaarheid van de criteria voor strafbaarstelling – interessant is om ze niet alleen vanuit juridisch-normatief oogpunt te analyseren maar, waar mogelijk, eveneens aan een empirische analyse te onderwerpen.

Schoep en Vanderveen bespreken tenslotte de verhouding tussen de juridische en sociaalwetenschappelijke inzichten omtrent de ernst van het feit in het licht van de criteria voor strafbaarstelling. Zij proberen antwoorden te formuleren op een aantal vragen die voortkomen uit de relatie tussen de juridische en sociaalwetenschappelijke ernst van het feit.

In de eerste plaats speelt de vraag naar de inhoud van het begrip 'ernst van het feit' en de functie van het begrip binnen de systematiek en het stelsel van het (materiële) strafrecht, in het bijzonder met betrekking tot de beslissing tot strafbaarstelling. In de tweede plaats proberen zij een antwoord te vinden op de vraag naar de betekenis van de gepercipieerde ernst van het feit, zoals blijkt uit empirisch onderzoek. Op grond daarvan en op grond van een nadere analyse van de aard van dit onderzoek proberen zij uiteindelijk iets meer te weten te komen over congruenties en incongruenties tussen de twee 'betekenisvelden' van de ernst van het feit en de betekenis hiervan voor de criteria voor strafbaarstelling en voor het juridisch en sociaalwetenschappelijk onderzoek.

2 Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidig tijdsgewricht

C.P.M. Cleiren

1 INLEIDING

1.1 *Strafbaarstelling in de context van de democratische rechtsstaat*

Wetgeving is een zaak van gewicht. Dat geldt voor alle domeinen van wetgeving, maar in het bijzonder voor het strafrecht. In dat domein gaat het immers om wetgeving die gedragingen benoemt waarop bij het vervullen van die omschrijving strafrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd. De aard van die sancties brengt mee dat het strafrecht één van de zwaarste inbreuken op de menselijke vrijheid – namelijk vrijheidsbeneming – mogelijk maakt. Wettelijke strafbaarstelling biedt dus ruimte voor zeer ingrijpend overheidsoptreden. Allereerst vormt de wettelijke strafbepaling de *conditio sine qua non* om te kunnen spreken van een strafbaar feit (delict), alsmede voor het toepassen van een straf of maatregel, het adagium *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*. De strafbepaling vervult daarmee een rol ten behoeve van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Daarnaast biedt verdenking van het overtreden van een wettelijke strafbepaling (en in bepaalde gevallen ook een aanwijzing daarvan) de sleutel tot het Wetboek van Strafvordering en daarmee tot het kunnen toepassen van strafvorderlijke bevoegdheden uit dat wetboek. De vraag onder welke omstandigheden, voorwaarden en/of met welke argumenten men mag of moet overgaan tot strafbaarstelling is dus niet van ondergeschikt belang, maar rechtstreeks verbonden met eisen als legaliteit en rechtsbescherming en daarmee met beginselen van onze democratische rechtsstaat. Strafbaarstelling staat dan ook niet op zichzelf, maar is verbonden met de doelen van strafrecht en straffen in een actueel maatschappelijk bestel. Wetgever en wetenschap mogen het vraagstuk van strafbaarstelling dan ook niet veronachtzamen.

De geschiedenis van het tot stand komen van ons huidig Wetboek van Strafrecht laat zien dat het vraagstuk van al of niet strafbaar stellen bij de beraadslaging over het voorstel tot invoering van het Wetboek van Strafrecht ook werd besproken. Minister van Justitie Modderman reageerde op een vraag van Kamerlid Makay naar de grondslag voor strafbaarstelling als volgt:

“Het beginsel is dat: dat alleen datgene mag gestraft worden, wat in de eerste plaats *onrecht* is. Dit is een *conditio sine quo non*. In de tweede plaats komt de eisch er bij dat het een onrecht zij, waarvan de ervaring heeft geleerd dat het (waarbij natuurlijk op den gegeven maatschappelijken toestand te letten is) door geene andere middelen behoorlijk is te bedwingen. De strafbedreiging moet blijven een *ultimum remedium*.

Uit den aard der zaak zijn aan elke strafbedreiging bezwaren verbonden. Ieder verstandig mensch kan dit ook zonder toelichting wel begrijpen. Dat wil niet zeggen dat men de strafbaarstelling achterwege moet laten, maar wel dat men steeds tegenover elkander moet wegen de voordeelen en de nadeelen van de strafbaarstelling, en toezien dat niet de straf worde een geneesmiddel erger dan de kwaal.”¹

De thematiek wordt sinds 1972, in navolging van de introductie van de terminologie door Hulsman, vaak aangeduid als ‘criteria voor strafbaarstelling’.² Criteria voor strafbaarstelling strekken zich overigens tot op zekere hoogte ook uit tot wijziging of intrekking van strafbepalingen en tot het aanpassen van de strafsoort en strafmaat.

1.2 Criteria voor strafbaarstelling ter discussie

In het huidige politieke klimaat en de daarmee gepaard gaande invloed van dat klimaat op het democratisch proces van strafwetgeving spelen criteria voor strafbaarstelling nauwelijks expliciet een rol. Niet dat nieuwe strafbaarstellingen en uitbreidingen van strafrechtelijke aansprakelijkheid een zeldzaamheid zijn. Integendeel. Wel is het zo dat het parlement, noch de burger met behulp van een evenwichtige belangenafweging wordt overtuigd van het belang van strafbaarstelling, maar veeleer met politieke slogans die niet altijd evenwichtig ogen. De vraag is dan ook gerechtvaardigd of criteria voor strafbaarstelling om inhoudelijke redenen geen zinvolle bijdrage meer kunnen leveren aan het vraagstuk van strafbaarstelling, dan wel dat het gebruik daarvan eenvoudigweg niet van pas komt in het actuele debat en proces van wetgeving.

De in het verleden geformuleerde criteria worden in deze bijdrage bekeken in het licht van de wisselwerking van met strafbaarstelling te reguleren gedrag en de omgeving waarbinnen die normen tot stand komen en de naleving daarvan wordt gerealiseerd. Daarbij wordt duidelijk dat die criteria zowel een faciliterende als een legitimerende functie hebben. Tegelijkertijd zal in het navolgende zichtbaar worden gemaakt dat die functies in de brede context van de huidige strafrechtspleging behoorlijk moeten worden gerelativeerd. In het licht daarvan zal ook worden gezien of en zo ja welke rol nog wel aan die criteria zou kunnen toekomen en of er voldoende legitieme redenen zijn die rol meer dan tot nu toe te realiseren.

1 Beraadslagingen in de Tweede Kamer 25 October 1880, H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, tweede druk, herzien en aangevuld door J.W. Smidt, Eerste deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881, p. 11.

2 Hulsman introduceert de ‘Criteria voor strafbaarstelling’ op het congres Strafrecht terecht? in 1972 over decriminalisering en depenalisering: L.H.C. Hulsman, ‘Criteria voor strafbaarstelling’, in: *Strafrecht te-recht? Over decriminalisering en decriminalisering*, Baarn: Uitgeverij in den Toorn 1972, p. 80-92.

2 CRITERIA VOOR STRAFBAARSTELLING IN PERSPECTIEF

2.1 Legitimerende theorieën voor strafbaarstelling

De keuze voor het strafbaar stellen van gedrag – of die nu plaatsvindt op het niveau van de formele wetgever of van de lagere wetgevers – vormt een expressie en product van een democratisch proces. Die keuze is dus niet neutraal. Zij moet dan ook steeds worden gezien in het perspectief van de dynamiek van de eisen van de democratische rechtsstaat en is in zoverre altijd een vraagstuk van criminele politiek. De aard en de inhoud van de criteria zal dus nimmer vastliggen. Al vanaf het moment van de discussie over ons huidige wetboek, rond 1880, is deze thematiek vanuit heel diverse – maar tegelijkertijd ook heel nauw samenhangende – perspectieven aan de orde geweest in het wetenschappelijk debat. Men kan daarbij onder meer denken aan strafrechts- en straftheorieën, aan theorieën over decriminalisering, het abolitionisme, rechtsomlegging, alternatieve geschilbeslechting en aan de ‘categorie’ criteria voor strafbaarstelling. In al die theorieën en debatten speelt de vraag naar strafbaarstelling een rol.³ Tegelijkertijd kan worden vastgesteld dat de perspectieven van waaruit die vraag aan de orde is behoorlijk van elkaar verschillen. Het onderkennen van dat verschil in perspectief is van belang om criteria voor strafbaarstelling als ‘categorie’ goed te kunnen plaatsen.

Strafrechttheorieën hebben in het wetenschappelijk debat met name een functie met het oog op de legitimatie van het strafrecht als een vorm van publieke macht en de kanalisering daarvan.⁴ In die functie zijn zij als vanzelfsprekend mede gericht op de vraag waarom tot strafbaarstelling zou moeten worden overgegaan. Strafrechttheorieën zijn met name gericht op de vraag naar de legitimatie van de straf, zowel met het oog op hetgeen de dader toekomt, als op hetgeen de maatschappij en het slachtoffer toekomt. Zowel straf- als strafrechttheorieën brengen – weliswaar deels impliciet – mee dat strafbaarstelling enerzijds de basis moet bieden voor het tegemoet komen aan de wens van vergelding en dus is georiënteerd op het verleden, anderzijds van belang is voor normstelling en preventie en daarmee georiënteerd op de toekomst.

Theorieën over decriminalisering, abolitionisme, rechtsomlegging en alternatieve geschilbeslechting zijn onlosmakelijk verbonden met sociaalwetenschappelijke definities van criminaliteit, misdaad en strafwaardig gedrag. Theorieën over decriminalisering zijn veelal ingegeven vanuit verzet tegen het criminaliserende en stigmatiserende effect van toepassing van het strafrecht. Zij hebben meestal een sociaalwetenschappelijke achtergrond

3 Zie voor een toegankelijke inleiding en diverse bronnen op deze problematiek J. de Hullu, *Materieel strafrecht, Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, Hst. I, par. 2 en 3.

4 Zie hierover de in deze bundel opgenomen bijdrage van Van der Leun.

en zijn sterk gericht op het verdisconteren van effecten van berechting en bestraffing in de keuze voor strafbaar stellen. Theorieën over abolitionisme, rechtsomlegging en alternatieve geschilbeslechting zijn in hun kern gebaseerd op het principieel niet aanvaarden van een onderscheid tussen strafbaar gestelde gedragingen en ongewenst gedrag. Vervalt die legitimatie, dan vervalt ook de grondslag voor een keuze voor strafbaarstelling. Zo bezien zijn deze theorieën er op gericht om ongewenst gedrag niet te normeren en sanctioneren binnen het strafrecht, maar via andere (rechts)domeinen of maatschappelijke normenstelsels.

2.2 *Faciliterende criteria ten behoeve van keuze voor strafbaarstelling*

Het perspectief van criteria voor strafbaarstelling is van andere orde. De 'categorie' criteria voor strafbaarstelling vormt geen neerslag van een daaraan ten grondslag liggende theorie. Men kan de 'categorie' het best omschrijven als een referentiekader of toetsingsschema voor de beoordeling van de vraag of strafbaarstelling al dan niet op zijn plaats is. Corstens duidt ze bijvoorbeeld aan als een denkschema.⁵ Het gaat bij het toetsingsschema om een niet limitatief aantal criteria die kunnen – en wellicht ook zouden moeten – bijdragen aan de keuze om strafbaarstelling als middel in te zetten. Criteria voor strafbaarstelling zijn dan ook geen homogene groep van criteria, maar een verzameling van criteria van zeer diverse aard. In het wetenschappelijke en politieke debat sinds 1880 zijn zowel ideologisch en normatief georiënteerde criteria als meer evaluerende en instrumenteel georiënteerde criteria aan de orde geweest. Als criteria worden onder meer genoemd: het moreel verwerpelijk karakter van het gedrag, het tolerantie criterium, het principe van ultimum remedium, het schade-principe, de handhaafbaarheidsnorm, een effectiviteitseis en de frequentie van het gedrag. Een korte toelichting:

Het *principe van ultimum remedium*, door sommigen ook wel aangeduid als subsidiariteitsbeginsel, impliceert dat de wetgever zich van strafbaarstelling moeten onthouden als andere, juridische en/of buitenjuridische middelen, die minder vergaand zijn, voorhanden zijn. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als een preventiebeleid tot oplossingen zou kunnen leiden of een aanpak via het bestuursrecht mogelijk is.⁶

5 G.J.M. Corstens, *Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving* (Handelingen Nederlandse Juristenvereniging 1984-I), Zwolle: Tjeenk Willink 1984.

6 Zie hierover reeds C.E. de Beccaria, *Over misdaden en straffen*, Antwerpen/Zwolle: Kluwer/Tjeenk Willink 1982. Hulsman kent een grote rol toe aan dit principe, mede doordat hij met behulp van de criteria voor strafbaarstelling het principe daadwerkelijk inhoud probeert te geven. Ook De Roos maakt uitvoerig gebruik van het schadecriterium. Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten, Een crimineel-politieke studie* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Het *schadeprincipe* vereist dat het gedrag schade veroorzaakt of zou kunnen veroorzaken.⁷

Het criterium van het *moreel verwerpelijk karakter van het gedrag* bevordert dat reeds bestaande normen van religieuze of levensbeschouwelijke aard strafrechtelijk worden gesanctioneerd. De wetgever creëert geen norm maar bevestigt de in de samenleving geldende norm.⁸

Het criterium van de *handhaafbaarheid en effectiviteit* van een strafbaarstelling is gebaseerd op de idee dat strafbaarstelling normstellend, normbevestigend of preventief karakter ontbeert als al vooraf duidelijk is dat die niet zal zijn te handhaven. Daarbij wordt overigens wel onderkend dat symbolische wetgeving soms legitiem kan zijn.⁹

Het criterium van de *frequentie van het gedrag* impliceert dat in geval het onwenselijke gedrag heel frequent voorkomt de wetgever zich moet beraamen over de vraag of strafbaarstelling past in het sociale beeld van strafwaardigheid én of bestrijding via het strafrecht dan een wenselijk en haalbaar instrument is.¹⁰

Daarnaast wordt ook wel onderscheiden tussen positieve en negatieve criteria voor strafbaarstelling. Positieve criteria richten zich op argumenten die de overheid dwingen tot strafbaarstelling, negatieve criteria op argumenten die noodzaken tot het afzien van het inzetten van het strafrecht en dus tegen strafbaarstelling. Hulsman legt de nadruk op negatieve criteria voor strafbaarstelling met het oog op zijn doelstelling om het gebruik van het strafrecht terug te dringen of het strafrecht zelfs af te schaffen.¹¹ Ook ander auteurs hebben zich in de zeventiger jaren gemengd in het debat over strafbaarstelling. Van Bemmelen boog zich over de vraag naar de positieve criteria met het oog op het vraagstuk van criminaliseren of decriminaliseren.¹² Van Veen onderkent het belang van de criteria voor strafbaarstelling met het oog op doelmatigheid van de strafrechtspleging. Hij vraagt evenwel ook aandacht voor het inzetten van strafrecht als er geen andere middelen beschikbaar zijn.¹³ In aansluiting op dit crimineelpolitiek debat publiceert

7 Zie hierover uitgebreid J. Feinberg, *The moral limits of the criminal law*, Oxford: Oxford University press, Oxford; Volume 1 *Harm to others*, 1984; Volume 2 *Offense to others*, 1985; Volume 3 *Harm to self*, 1986, Volume 4 *Harmless Wrongdoing*, 1988. Hulsman formuleert als een van de vier absolute criteria dat strafbaarstelling niet mag plaatsvinden uitsluitend om een morele opvatting over gedrag heersend te maken. Hulsman 1972, p. 90.

8 Zie hierover het werk van J. Bentham, *An introduction to the principals of Morals and legislation*, 1789; P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford: Oxford University Press 1959 en H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford: Oxford University Press 1962. In Nederland zien we dit debat zeer expliciet in en naar aanleiding van het *Eindrapport van de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving* (Commissie-Melai), 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1980.

9 Zowel Hulsman als De Roos maken gebruik van dit criterium.

10 Hulsman 1972, p. 91 formuleert dit als een negatief criterium voor strafbaarstelling.

11 Hulsman 1972, p. 80-92.

12 J.M. van Bemmelen, 'Positieve criteria voor strafbaarstelling', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 1-14.

13 Th.W. van Veen, 'Alternatieve justitiebegroting', *NJB* 1972, p. 1123-1130.

Haentjes in 1978 een studie naar de ontwikkeling van de strafbaarstelling op het terrein van de warenwet.¹⁴ De Roos ontwikkelt in 1987 een toetsingskader met het oog op het strafbaarstellingsbeleid in het algemeen en paste het exemplarisch toe op de vraag naar het strafbaar stellen van economische delicten.¹⁵ Haveman volgt in 1998 door de strafbaarheid van vrouwenhandel onder de loep te nemen aan de hand van criteria voor strafbaarstelling. Hij gebruikt in zijn onderzoek de criteria als een evaluatief instrument en komt tot de conclusie dat strafbaarstelling niet nodig is en zelfs vrouwenhandel in de hand werkt.¹⁶

Recent verscheen een nieuwe loot aan de stam van dissertaties waarin criteria voor strafbaarstelling centraal staan, een onderzoek met behulp van een model van normatieve economische criteria met het oog op milieuovertreedingen.¹⁷

Samengevat zou men kunnen zeggen dat strafrechtstheorieën en straftheorieën de normatieve zijde van de strafbaarstelling dienen te legitimeren, terwijl de criteria voor strafbaarstelling als denkschema vooral een faciliterende functie hebben bij de beantwoording van de vraag of en zo ja hoe en in welke mate het strafrecht als wetgevingsinstrument zal moeten of mogen worden ingezet. Het denkschema omvat zowel criteria met een normatieve lading als criteria met een meer objectieve statuut of referentie. Tezamen vormen die criteria een instrumentarium om tot een verantwoorde, evenwichtige en legitieme afweging te komen bij de vraag of gedrag strafbaar moet worden gesteld of niet. In onderlinge weging en afstemming hebben zij de potentie om bij te dragen aan het proces van signaleren, waarderen en definiëren van gedrag dat in aanmerking komt voor strafbaarstelling, gericht op legitieme antwoorden voor actuele maatschappelijke vraagstukken en met inachtneming van wetenschappelijk verantwoorde methoden en bruikbare en adequate middelen. Ze zijn gericht tot de organen, instituties en personen die bij het wetgevingsproces zijn betrokken, gericht op actuele en legitieme doelen en moeten de keuzes van de wetgever kunnen verantwoorden en bruikbare en adequate oplossingen bieden.¹⁸

14 R. Haentjes, *De ontwikkeling van een strafbaarstelling, toegelicht aan de hand van het ontstaan van de warenwet*, (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink, 1978.

15 De Roos 1987.

16 R. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998.

17 K. Svatikova, *Economic criteria for criminalization: Optimizing Enforcement in Case of Environmental Violations* (diss. Rotterdam), Rotterdam 2011.

18 In deze bijdrage worden de bij wetgeving betrokken instanties, organen, personen etc. kortweg aangeduid als wetgever, hoewel die term strikt genomen te eng is voor hetgeen hier wordt bedoeld.

3 DE FACILITERENDE FUNCTIE VAN CRITERIA VOOR STRAFBAARSTELLING

3.1 Oriëntatie op de wetgever

Criteria voor strafbaarstelling richten zich zoals gezegd tot de wetgever en op de aan wetgeving te stellen eisen. In die functie zijn zij van grote betekenis voor de legitimiteit, de effectiviteit en de rechtvaardiging en verantwoording van de keuze voor strafbaarstelling. Het met de strafbepaling te beschermen belang of rechtsgoed zal derhalve nauw aansluiten op gehanteerde criteria voor strafbaarstelling. Zo bezien hebben criteria voor strafbaarstelling niet slechts betekenis als instrument voor de wetgever, maar zijn zij mede richtinggevend bij de handhaving van de tot stand gebrachte strafbepaling door de voor opsporing en vervolging verantwoordelijke organen. Ook de rechter zal zich bij de interpretatie van de delictsomschrijving, via de oriëntatie op de strekking van de bepaling, tot op zekere hoogte mede oriënteren op de aan de strafbaarstelling ten grondslag gelegde criteria voor strafbaarstelling.

3.2 Meerwaarde van criteria voor strafbaarstelling ten opzichte van andere wetgevingsinstrumenten

Criteria voor strafbaarstelling bieden de wetgever meer aanknopingspunten dan andere faciliterende instrumenten, zoals de meer algemene op het wetgevingsproces gerichte aanwijzingen en richtlijnen. Daarbij kan men denken aan constitutionele theorieën, wetgevingskwaliteitsbeleid, beleidsnota's als Zicht op wetgeving en Aanwijzingen voor de regelgeving, handhaafbaarheidstoetsen, beleidsanalytische toetsen en theorieën over de rationaliteiten in overheidsbeleid.¹⁹ Dat type instrumenten sluit vooral aan op 'wetgeving als act'. Zij leveren de wetgever dan ook onvoldoende houvast op voor de vraag onder welke omstandigheden, voorwaarden en op basis van welke en welk type argumenten men zou moeten overgaan tot strafbaarstelling. Criteria voor strafbaarstelling bieden evenwel een domein- of disciplinegerichte benadering van wetgeving in een concreet maatschappelijke context. Criteria voor strafbaarstelling zijn toegespitst op het strafrechtelijk domein en kunnen daarom op een meer specifieke wijze bijdragen aan het vraagstuk van strafbaarstelling.²⁰ Zij omvatten bijvoorbeeld ook normatief georiënteerde criteria als het ultimatum remedium beginsel en criteria die zijn betrokken op moreel-ethische waarden.

19 Zie onder meer de nota Zicht op wetgeving, *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 1-2, de nota Wetgevingskwaliteitsbeleid, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 475, nr. 3 en de aanvullingen daarop op www.overheid.nl en, voor een breder georiënteerd overzicht, G.J. Veerman (m.m.v. S.R. Hendriks-de Lange), *Over wetgeving, principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: SDU 2009.

20 Overigens bevatten de Aanwijzingen voor de regelgeving wel op het strafrecht toegepaste richtlijnen.

3.3 *Criteria voor strafbaarstelling als ondersteuning van een rationeel en consistent wetgevingsproces*

Door diverse strafrechtelijke auteurs is verdedigd dat strafbaarstelling bij wet een bekrachtiging vormt van reeds geldende normen.²¹ Het betreft dan gedragsnormen uit een diversiteit aan normenstelsels, waaronder normen van burgerlijk recht, maar ook culturele en religieuze normen. Schending van deze normen wordt als onrecht of moreel verwerpelijk gedrag beschouwd. Zo bezien zijn strafrechtelijke normen 'slechts' sanctienormen en is de rol van de wetgever 'beperkt' tot een keuze of de norm een strafrechtelijke sanctionering behoeft. Door anderen wordt strafbaarstelling als een meer autonome functie beschouwd, waarbij de wetgever het met de wet te beschermen rechtsbelang benoemt en afbakt, onder meer door de omstandigheden waaronder aantasting van het rechtsbelang strafbaarheid oplevert expliciet te beschrijven. Zo bezien creëert strafbaarstelling gedragsnormen en is de rol van de wetgever 'scheppend'. Hoewel deze posities elkaar theoretisch uitsluiten, wordt in de praktijk erkend dat strafbaarstelling sterk wordt ingegeven door de behoefte aan het voorkomen van maatschappelijke risico's en aan mogelijkheden tot strafvorderlijk ingrijpen of aan sanctionering. De inzet van strafbaarstelling wordt dus niet (steeds) ingegeven door het principiële belang om een bestaande gedragsnorm te bekrachtigen. Al sinds de twintiger jaren van de vorige eeuw vindt strafbaarstelling bijvoorbeeld plaats zonder dat er sprake is van reeds bestaande – onderliggende – gedragsnormen. Men kan daarbij denken aan de instrumenteel georiënteerde ordeningswetgeving, zoals strafbaarstelling van gedragingen in het economisch verkeer (bijvoorbeeld handel zonder vergunning) en in het wegverkeer (bijvoorbeeld het rijden zonder valhelm of zonder autogordel). Daar komt bij dat in onze huidige samenleving de aanpak van schending van bijvoorbeeld religieuze of culturele normen niet louter plaatsvindt langs een strafrechtelijke aanpak, maar bijvoorbeeld ook via een bestuursrechtelijke weg. Men kan hierbij denken aan de regulering van prostitutie via een vergunningenstelsel en aan de regulering van ritueel slachten. Bij deze stand van zaken is de rol van de huidige wetgever niet bepaald door en beperkt tot bestaande gedragsnormen. Criteria voor strafbaarstelling kunnen juist onder die omstandigheden een toetsingskader bieden voor een zorgvuldig afwegingsproces. Ook uit de toepassing van het model van criteria voor strafbaarstelling door de wetenschap op concrete crimineelpolitieke vraagstukken blijken de criteria een bijdrage te

21 Ch.J. Enschede, *Beginselen van strafrecht*, Deventer: Kluwer 1969, p. 3 en 33 formuleert het aldus: "(...) Maar die materiële norm vindt de burger in het strafrecht niet. In het materiële strafrecht legt de wetgever neer welke feiten strafbaar zijn en welke strafrechtelijke sancties op de feiten zijn gesteld." Deze visie wordt evenwel door anderen expliciet bestreden. Zie onder meer J.M. van Bemmelen, 'Tot wie richt zich de wet?', *TvS* 1970, p. 185-192 en in reactie daarop Ch.J. Enschede, 'Wetten en rechters', in: *Non Sine Causa; opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1979, p. 51-69.

leveren aan de rationaliteit van de afwegingen en inzicht te verschaffen in de te maken of gemaakte afwegingen.²²

Criteria voor strafbaarstelling bieden de wetgever ook aanknopingspunten om de systematiek van het Wetboek van Strafrecht en de onderscheiding met bijzondere delicten te respecteren. Wetgeving vereist immers een zekere mate van consistentie en het Wetboek van Strafrecht heeft – ook in zijn relatie met bijzondere strafwetgeving – een interne systematiek van titels die is gebaseerd op te beschermen rechtsgoederen en rechtbelangen. De huidige wetgever toont zich niet sterk bewust van het feit dat ons Wetboek van Strafrecht traditioneel is opgebouwd op basis van zeer zorgvuldige afweging voor het onderbrengen van gedrag onder een bepaalde titel of als bijzondere strafwetgeving, als gevolg waarvan transparantie, duidelijkheid en rechtszekerheid verloren dreigen te gaan.²³

Het onderkennen van het belang van een rationeel en consistent wetgevingsproces sluit nauw aan op de erkenning dat wetgeving een compromis is van verschillende belangen en rationaliteiten.²⁴ In het spoor daarvan worden met betrekking tot het wetgevingsproces diverse rationaliteiten benoemd, waaronder de juridische, de politieke, de financieel-economische, de technisch- en sociaalwetenschappelijke en een waardenrationaliteit.

Het hanteren van die rationaliteiten als instrument om het wetgevingsproces te ordenen en alle relevante argumenten transparant af te wegen vertoont gelijkenis met het denk- of toetsingsschema van de criteria voor strafbaarstelling.

3.4 Een marginale rol ten behoeve van een rationeel en consistent wetgevingsproces

In lijn met het voorafgaande worden criteria voor strafbaarstelling door de meeste wetenschappers beschouwd als een zinvol en adequaat instrumentarium om een rationele afweging door de organen, instituties en personen die bij het wetgevingsproces zijn betrokken te faciliteren. Die maken evenwel zelden systematisch gebruik van criteria voor strafbaarstelling. Als er al criteria worden aangehaald lijkt van enige onderlinge samenhang en van een afweging tussen bijvoorbeeld positieve en negatieve criteria nauwelijks

22 Zie voor belangrijke toepassingen de dissertaties van De Roos 1987 en R.H. Haveman 1998.

23 Zie hierover nader C.P.M. Cleiren, 'Tot hier en ...toch verder, Op en over de grens van het regulier strafrechtelijk instrumentarium', in: R.H. Haveman & H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal publishers 2005, p. 111-128.

24 Zie onder meer Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtstaat* (63), Den Haag: SDU 2002; I.Th.M. Snellen, *Boeiend en geboeid*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 1987; C.P.M. Cleiren, 'De wetgever aan zet', in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 55-79; C.P.M. Cleiren, 'Zoeken naar samenhang en consistentie', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Op zoek naar samenhang*, Deventer: Kluwer 2006, p. 13-37.

sprake. Een echt debat over al dan niet strafbaarstelling van bepaald ongewenst gedrag vindt maar mondjesmaat plaats.²⁵ Bezien in termen van de zojuist genoemde rationaliteiten kan daar aan worden toegevoegd dat, waar het in het huidige tijdsgewricht om strafrechtelijke wetgeving gaat, de politieke rationaliteit zeer dominant aanwezig is.

4 DE LEGITIMERENDE FUNCTIE VAN CRITERIA VOOR STRAFBAARSTELLING

4.1 *Criteria voor strafbaarstelling en de verbondenheid met strafrecht- en strafdoelen*

Criteria voor strafbaarstelling zijn zoals gezegd onlosmakelijk verbonden met doelen van strafrecht en van straffen. Die doelen zijn niet statisch en zullen in het actuele tijdsgewricht invulling moeten krijgen. Zo lag in het verleden soms de nadruk op het achteraf reageren op onwenselijk gedrag waarbij de vergelding een belangrijke rol speelt, op een ander moment op de meer toekomstgerichte benadering waarbij normstelling, normbevestiging, preventie en resocialisatie, een rol spelen. In bepaalde perioden overheerst de aandacht voor de daad, in andere perioden voor de dader.²⁶ In onze huidige tijd is de aandacht sterk verschoven naar het voorkomen van risico's en onveiligheid. Doelen van strafrecht en straffen zijn op hun beurt onlosmakelijk verbonden met de actuele potentie van het strafrechtelijk stelsel ten aanzien van preventie, handhaving, berechting en strafexecutie. Criteria voor strafbaarstelling sluiten dus aan op de basisbeginselen van ons recht en zijn gericht op het realiseren van legitieme doelen in een actuele samenleving.

Hulsman formuleert het aldus: "Criteria voor strafbaarstelling kunnen slechts rationeel worden verantwoord vanuit geëxpliciteerde doelstellingen van het strafrechtelijk systeem. Die doelstellingen mogen uiteraard niet in de lucht hangen doch moeten worden gerelateerd aan geëxpliciteerde denkbeelden omtrent de effectieve en potentiële werking van dat systeem." ²⁷

4.2 *Een marginale functie voor strafrecht- en strafdoelen in het actuele wetgevingsproces*

Straf- en strafrechtstheorieën spelen in de recente praktijk van het wetgevingsproces evenwel geen doorslaggevende rol en het besef van het belang daarvan lijkt slechts zeer marginaal aanwezig. Men spreekt veelal in concre-

25 Zie voor een actueel voorbeeld R.S.B. Kool, 'Drassige grondslagen voor strafbaarstelling. Het wetsvoorstel ter verruiming van de strafrechtelijke aanpak van huwelijksdwang', *DD* 2012, 1, p. 21-35.

26 Zie voor de samenhang tussen strafrecht- en strafdoelen en de criteria voor strafbaarstelling onder meer De Roos 1987, hoofdstuk 1.

27 Hulsman 1972, p. 81.

te doelen en bijvoorbeeld nauwelijks in termen van vergelding, preventie of van de mogelijke functie van strafrechtelijk sanctioneren. Soms blijkt wel van het besef dat doelen van het inzetten van strafrecht en straffen niet onbelangrijk zijn, maar verdieping blijft veelal achterwege. Bij het tot stand komen van in 2010 ingevoerde strafbaarstelling van ontucht met dieren (art. 254 WvSr) werd bijvoorbeeld in de Tweede Kamer door D66 opgemerkt "Dat een bepaalde activiteit door velen als ongewenst wordt ervaren, is voor deze leden op zichzelf niet afdoende reden om iets strafbaar te stellen. (...)." In de Eerste Kamer opperde het CDA "De vraag is of iets dat ongewenst is aanleiding geeft tot een via het strafrecht te handhaven verbod."²⁸

4.3 Criteria voor strafbaarstelling en de verbondenheid met sociaal-wetenschappelijke noties

Ongewenst gedrag is niet (perse) in zichzelf strafwaardig, maar wordt dat pas door het gedrag als zodanig te oormerken met behulp van strafbaarstelling. Aanpak van ongewenst gedrag hoeft bijvoorbeeld niet noodzakelijkerwijs door middel van het strafrecht plaats te vinden. Andere wegen, zoals het civiele recht, het bestuursrecht, het tuchtrecht en vormen van alternatieve geschillenbeslechting bieden vaak ook goede oplossingen, evenals het meer preventief en multidisciplinair programmatisch optreden door de overheid.²⁹

Criteria voor strafbaarstelling beogen bij te dragen aan een rationele benadering van het maatschappelijk fenomeen van ongewenst gedrag. Een rationele benadering vergt allereerst een probleemanalyse van dat gedrag en de context waarbinnen dat plaatsvindt. Sociaalwetenschappelijk onderzoek is daarvoor veelal noodzakelijk. De duiding van ongewenst gedrag wordt bovendien sterk bepaald door sociaalwetenschappelijke definities van criminaliteit, misdaad en strafwaardig gedrag. Maar niet alleen voor de diagnose van het maatschappelijk probleem, maar ook voor het beheersbaar maken daarvan zal kennis moeten bestaan over sociaalwetenschappelijke en economische implicaties en effecten. De hierboven besproken criteria voor strafbaarstelling – in het bijzonder het schadeprincipe, het criterium van handhaafbaarheid en effectiviteit en dat van de frequentie van het gedrag – kunnen immers slechts zinvol worden ingevuld en toegepast als daarvoor empirisch onderzoek over de indicatoren wordt benut. Een paar vragen kunnen dit verhelderen. Hoe vaak komt het ongewenst gedrag voor, wat wordt als schade benoemd en wanneer en door wie wordt gedrag als scha-

28 Wet van 4 maart 2010, Stb, 111 (i.w.tr. op 1 juli 2010). Zie voor beide citaten resp. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 009, nr. 8, p. 2 en *Kamerstukken I* 2008/09, 31 009, B, p.2.

29 Zie voor de zeer diverse vormen en het belang van preventieve aanpak, bestuursrechtelijke en strafrechtelijke afstemming en een multidisciplinaire aanpak diverse bijdragen in F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (red.), *Handhaving, Bestuurlijke handhaving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006.

delijk ervaren, hoe effectief zijn niet-strafrechtelijke vormen van handhaving en sanctionering en kan daarbij worden onderscheiden tussen de korte en de lange termijn, wat is de kosten-batenverhouding bij afdoen via strafrechtelijk weg, ook vergeleken met andere vormen van aanpak, hoe preventief werkt normbevestiging en -stelling en wat zijn de maatschappelijke effecten van symboolwetgeving, komen strafrechtelijke sancties tegemoet aan de in de theorie veronderstelde doelen?³⁰

4.4 *Een marginale rol van sociaalwetenschappelijke noties in het actuele wetgevingsproces*

Er wordt veel wetenschappelijk- en beleidsonderzoek verricht dat aan de beantwoording van de zojuist benoemde vragen kan bijdragen. Desalniettemin lijken in het wetgevingsproces diagnostische kennis en resultaten van sociaalwetenschappelijk onderzoek over effecten van strafbaarstelling nauwelijks te worden meegenomen. Daar komt bij dat eenmaal ingevoerde wettelijke strafbepalingen niet standaard worden geëvalueerd op de beoogde resultaten en neveneffecten. Bij sommige wetten wordt gekozen voor een evaluatie van de wet na ommekomst van enkele jaren, maar er is geen sprake van een systematisch uitgevoerde posterieure toets of de strekking van de tot stand gebrachte bepaling wordt gerealiseerd, of – anders gezegd – of het desbetreffende rechtsbelang of rechtsgoed daadwerkelijk wordt beschermd dank zij de bepaling. Evenmin wordt neveneffecten van het strafbaar stellen systematisch onderzocht en de kosten en baten geëvalueerd. Hierbij moet evenwel direct worden aangetekend dat dat wellicht ook niet eenvoudig realiseerbaar is.³¹

5 EEN TUSSENSTAND

Het instrumentarium van criteria van strafbaarstelling is bezien vanuit de gerichtheid op de wetgever en de daarmee te realiseren rationalisering van de keuze voor strafbaarstelling in een concrete maatschappelijke context zonder twijfel zeer bruikbaar. Maar al vanaf het moment dat Hulsman deze criteria in 1972 formuleerde wordt keer op keer vastgesteld dat de in de criteria gehanteerde noties niet door een ieder worden gedeeld en dat de wetgever de criteria niet systematisch gebruikt. Dat is tegenwoordig niet anders.

30 Deze opsomming biedt slechts een zeer basale indicatie van het type vragen aan de beantwoording waarvan sociaalwetenschappelijk onderzoek kan bijdragen. Zie hierover uitvoeriger de bijdragen van Van der Leun en Van Velthoven in deze bundel. Dat ook de rechtseconomie als sociaalwetenschappelijke methode een belangrijke bijdrage zou moeten kunnen leveren blijkt onder meer uit de genoemde bijdrage van Van Velthoven in deze bundel.

31 Zie ook en uitvoeriger de bijdragen van Van der Leun en Van Velthoven in deze bundel.

De oorzaken van deze stand van zaken zijn naar het zich laat aanzien zeer divers en niet eenvoudig even bloot te leggen. Het ligt wel in de rede om die oorzaken voor een deel te zoeken in de rol van het politieke spel bij het tot stand komen van wetgeving. Daarnaast kan men onder meer denken aan onvoldoende kennis, inzicht, politieke wil en tijd om strafrecht- en straftheorieën, alsmede resultaten van sociaalwetenschappelijk en (rechts)economische onderzoek maximaal te benutten in het wetgevingsproces. Deze bijdrage is er niet op gericht om dit type oorzaken in het proces van wetgeving in kaart te brengen. Maar vanuit een meer beperkt juridisch perspectief kunnen ook verklarende factoren worden aangewezen voor deze stand van zaken. Daarbij doel ik onder meer op de context waarbinnen de strafrechtswetgever en de strafrechtspleging sinds de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht van 1886 en nu opereren. Zowel de interne dynamiek van strafwetgeving en strafrechtspleging, als de externe dynamiek waarmee de strafwetgever wordt geconfronteerd brengen mee dat strafwetgeving nooit een rustig bezit is geweest en kan en zal worden.

Een en ander zal hier kort worden aangestipt en wederom worden toegespitst op de faciliterende en de legitimerende functie van criteria voor strafbaarstelling.

6 RELATIVERING VAN DE FACILITERENDE FUNCTIE VAN CRITERIA VOOR STRAFBAARSTELLING IN HET HUIDIG TIJDGEWRICT

De strafwetgever heeft weliswaar het primaat als het gaat om strafbaarstelling, maar heeft in de loop van de tijd wel aan positie verloren in de oorspronkelijk als strafrechtelijk geduide verhoudingen. Diverse vormen van ongewenst gedrag zijn bijvoorbeeld overgeheveld naar het bestuursrechtelijk of gemengd strafrechtelijk-bestuursrechtelijk domein. Andere vormen worden via alternatieve vormen van geschilbeslechting afgedaan. Doorslaggevende argumenten om te kiezen voor een strafrechtelijke, bestuursrechtelijke, gemengd strafrechtelijk-bestuursrechtelijke, civielrechtelijke aanpak of alternatieve afdoening ontbreken.³²

De positie van de wetgever is ook als het gaat om de realisering van het materiële strafrecht veel complexer geworden. De wetgever is in de huidige maatschappelijke constellatie 'slechts' één van de spelers op het strafrechtelijk speelveld. Realisering van doelen van strafbaarstelling wordt immers mede beïnvloed door de uitvoerende macht, de organen die verantwoordelijk zijn voor de strafrechtelijke rechtshandhaving en diverse andere instituties en organen die zich begeven op het speelveld van de strafrechtelijke

32 Zie onder meer A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, 'Van strafrecht naar bestuursstrafrecht: de derde decriminalisering golf?', in: H. de Doelder en L.J.J. Rogier (red.), *Opstellen over bestuursstrafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 61-78; G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

rechtshandhaving. Ook de rechtsprekende macht heeft, meer dan vroeger, via de weg van de interpretatie van delictsomschrijving een eigen invloed op de doorwerking van de – deels onbenoemde – doelen die de wetgever voor ogen stonden bij het creëren van de strafbepaling. De kans dat de met de strafbaarstelling beoogde doelen worden gerealiseerd is dientengevolge niet meer zo vanzelfsprekend als die was in bijvoorbeeld de eerste helft van de vorige eeuw.³³

Daarnaast brengt de doorwerking van het opportuniteitsbeginsel en het complement daarvan in strafrechtelijk beleid en richtlijnen van het openbaar ministerie mee dat het realiseren van het materiële strafrecht slechts in bescheiden mate wordt bepaald door de wetgever. Eenzelfde ontwikkeling vloeit voort uit de om doelmatigheidsredenen te stellen prioriteiten in de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en uit de onderlinge afhankelijkheid van de ketenpartners in de strafrechtelijke keten. Ook de toenemende horizontalisering van het strafrecht (consensuele procedures, een steviger rol voor het slachtoffer) en de meer multidimensionale aanpak van maatschappelijk ongewenst gedrag (toezichthouders, private beveiligers, veiligheidshuizen, RIEC's, etc.) leidt tot een zekere marginalisering van de oorspronkelijke functie van de strafbaarstelling en daarmee van die van de strafwetgever.³⁴

De nationale wetgever verliest ook terrein en invloed aan internationale en Europese regelgevers. In het bijzonder sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht in 1993 biedt de Europese Unie mogelijkheden om zich te begeven op het terrein van het strafrecht, maar met de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam (1999) werden op dat terrein meer expliciete bepalingen opgenomen. Op basis hiervan zijn vele voorstellen tot (onderlinge aanpassing van) strafbaarstelling aangenomen. Het Verdrag van Lissabon actualiseert deze bevoegdheden verder: de artikelen 82 en 83 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bieden de Europese Unie mogelijkheden tot minimumharmonisatie van zowel het materieel strafrecht als het strafprocesrecht. Gezien een expliciete verdragsgrondslag kan thans ook verwacht worden dat de Europese Commissie steeds vaker zal kiezen voor het strafrecht als een instrument dat lidstaten moeten inzetten om bij te dragen aan de handhaving van overig geharmoniseerd EU-beleid (milieu, markmanipulatie). Het staat de nationale wetgever bij de implementatie van dergelijke regelgeving niet (in alle gevallen) vrij om de reeds gemaakte afwegingen te passeren en de aard en omvang van de strafbaarstelling op basis van eigen criteria voor strafbaarstelling te bepalen. Criteria als bijvoorbeeld het schadebeginsel en het principe van ultimum remedium verliezen daarmee niet aan belang, maar krijgen wel een andere

33 Zie voor een recent voorbeeld waarin de Hoge Raad ook wijst op het belang van terughoudend interpreteren door de rechter HR 23 november 2010, NJ 2011,44.

34 C.P.M. Cleiren, *Evolueren naar meer horizontale en multidimensionale verhoudingen in het strafrecht*, Kluwer: Mechelen 2010.

– op Europese doelen en waarden gebaseerde – invulling. Dit betekent overigens niet dat Nederland zich volledig ‘overgeeft’ aan Europa. De minister van Veiligheid en Justitie schreef in 2011 aan de Tweede Kamer: “(...) Uit het voorgaande volgt dat ik de ter uitvoering van het Stockholm Programma voortvloeiende voorstellen van de Europese Commissie op het terrein van het strafrecht en de strafrechtelijke samenwerking in beginsel positief tegemoet treed. Wel zal uiteraard ieder nieuw voorstel op zijn merites moeten worden beoordeeld.”³⁵ Hij vervolgt dat hij bij de beoordeling en het bepalen van de inzet van Nederland tijdens de onderhandelingen de volgende criteria zal hanteren: noodzaak, subsidiariteit, proportionaliteit, uitvoerbaarheid/handhaafbaarheid, financiële consequenties, impact analyse, consistentie van wetgeving en kwaliteit van wetgeving en realistische implementatietermijnen.³⁶ Het is opvallend dat de genoemde criteria sterk overeenkomen met de in het verleden in de Nederlandse strafrechtelijke literatuur geformuleerde criteria voor strafbaarstelling, waarover in het voorafgaande werd gesignaleerd dat die in het wetgevingsproces maar zeer betrekkelijk een rol lijken te spelen.

Naast deze EU-ontwikkelingen dient de nationale wetgever zich ook rekenschap te geven van de positieve verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM en de rechtspraak van het EHRM.³⁷ Traditioneel nationale strafrecht en strafdoelen, alsmede opportuniteit van de vervolging en andere nationale handhavingsvraagstukken zijn dan dus minder of niet aan de orde.

Ondanks de beschreven terugtrek in de rol van de nationale wetgever zien we juist in de actuele politieke constellatie dat de ideologie van de maakbaarheid van de samenleving en beheersing van maatschappelijke risico’s met behulp van het strafrecht hoogtijdagen beleeft.³⁸ Deze ideologie lijkt, ondanks veel kritische beschouwingen daarover, nog niet te zijn ontmanteld. Het principe van ultimum remedium is daarmee van de troon gestoten en ook het schadebeginsel, dat van oudsher als een dominant criterium is aanvaard om voor een strafrechtelijke aanpak te kiezen lijkt positie te

35 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 317, nr. 80, p.3.

36 Overigens wordt elk nieuw voorstel (en op elk beleidsterrein) van de EC al langs deze lijnen beoordeeld (in het fiche Beoordeling nieuwe Commissievoorstellen, BNC)

37 Zie onder meer Paul de Hert en Serge Gurtwith, ‘Gij zult straffen om de mensenrechten te beschermen: de strafbaarstelling als positieve staatsverplichting’, in: F. Verbruggen e.a (red.), *Strafrecht als roeping, Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2005, p. 729-755; P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten, Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008; F. Vellinga-Schootstra en W. Vellinga, *‘Positive obligations’ en het Nederlandse straf(proces)recht*, Deventer: Kluwer 2008.

38 Zie onder meer U. Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1986; D. Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press 2001; H. Boutellier, *De veiligheids-utopie, Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

hebben verloren.³⁹ De huidige wetgever zet het strafrecht in om onze complexe samenleving te ordenen, bij te sturen en te beschermen tegen risico's zonder zicht op het speelveld, op het doel van het spel, op de spelers, de scheidsrechters en het publiek, noch op de werking van reeds bestaande spelregels.

7 RELATIVERING VAN DE LEGITIMERENDE FUNCTIE VAN CRITERIA VOOR STRAFBAARSTELLING IN HET HUIDIG TIJDSGEWRICT

7.1 *Veranderingen in de verbondenheid met strafrecht- en strafdoelen*

Onze huidige zeer gedifferentieerde samenleving maakt het niet eenvoudig om strafbaarstelling te benutten met het oog op het bekrachtigen van moreel-ethische opvattingen. De politieke constellatie maakt het zo goed als onmogelijk om een eenduidige opvatting over moreel afkeurenswaardige gedragingen tot stand te brengen. Er zijn nauwelijks levensbeschouwelijke groeperingen die met voldoende legitimiteit kunnen aansturen op strafbaarstelling van overtreding van voor hun groep geldende gedragsnormen. Het risicodenken en de veiligheidscultuur brengen mee dat het principe van ultimum remedium aan de kant wordt gezet met een – overigens nauwelijks sociaalwetenschappelijk onderbouwd – beroep op de noodzaak van een harde aanpak van potentiële risico's.⁴⁰

De verbondenheid van strafbaarstelling met strafrecht- en strafdoelen neemt ook af nu strafbare feiten (of verhoging van de bijbehorende strafsoort of strafmaat) niet alleen worden gecreëerd met het oog op het handhaven van materiële rechtsnormen, maar ook om de inzet van het strafprocesrecht mogelijk te maken. Strafbaarstelling wordt bijvoorbeeld ingezet om preventief te kunnen opsporen en om bevoegdheden tot het inzetten van strafvorderlijke dwangmiddelen te creëren of uit te breiden.⁴¹ Materieel strafrecht en strafprocesrecht raken steeds meer met elkaar vervlochten en het belang van criteria voor strafbaarstelling neemt mede daardoor ook verder af.

39 Zie hierover uitvoerig J.H. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaïsch desideratum', *Ars Aequi* 2012-1, p. 11-18.

40 Crijns 2012.

41 Zie hierover onder meer C.P.M. Cleiren, 'Aanwijzingen' voor de wetgeving bij veiligheidsvraagstukken en terrorismebestrijding', in: W. Huisman, L.M. Moerings en G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht, Nieuwe doelwitten en strategie regelgeving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 175-192. Zie evenwel voor een andere opvatting over deze ontwikkeling A.N. Kesteloo, *Deelneming aan een criminele organisatie, Een onderzoek naar de strafbaarstellingen in artikel 140 Sr.* (diss. Heerlen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, onder meer p. 210 e.v.

7.2 Veranderingen in wijze van rechtvaardigen en verantwoorden

De rechtvaardiging en verantwoording voor strafbaarstelling wordt nog minder dan voorheen gebaseerd op rationele afwegingen en empirische 'waarheden'. Strafbearstelling wordt sterk bepaald door politiek opportunisme en geïnspireerd door populisme. Voorstellen en debat over strafbaarstelling worden in het politieke spel benut om de aandacht en de stem van de burger naar zich toe te trekken en strafbaarstelling zelf wordt steeds vaker benut als politiek statement. In het wetgevingsproces lijkt in vergelijking met dat proces in de vorige eeuw minder waarde te worden gehecht aan de adviezen van bij het wetgevingsdomein betrokken adviesorganen zoals de Raad voor de Rechtspraak, het College van procureurs-generaal, de NVvR en de Orde van Advocaten. Nog zorgwekkender is wellicht dat er ook sprake lijkt van een zekere minachting voor de adviezen van de Raad van State. De wijze waarop recentelijk werd omgegaan met de diverse adviezen over het wetsvoorstel minimumstraffen is illustratief voor deze tendens.⁴²

Strafbepalingen verliezen mede door deze gang van zaken hun sturende – normstellende en preventieve – functie in de samenleving ten gunste van een vorm van criminalisering van gedrag door politiek debat, discussieprogramma's op tv, meningen van politici en journalisten. Waar met criteria voor strafbaarstelling onder meer werd beoogd om criminaliserende en stigmatiserende effecten van strafwetgeving te kanaliseren heeft strafbaarstelling in het huidige tijdsgewricht meer dan vroeger een criminaliserend effect, terwijl de rechtvaardiging en verantwoording daarvoor juist minder is geworden.

8 CONCLUSIE

De functie van criteria voor strafbaarstelling is in het voorafgaande aangeduid als faciliterend en legitimerend. Ze zijn erop gericht om de wetgever te ondersteunen bij het kiezen en verantwoorden van bruikbare en adequate oplossingen voor actuele en legitieme doelen. Hoewel de faciliterende functie door het merendeel van de strafrechtswetenschappers wordt erkend en ook de minister in relatie tot zijn EU-beleid refereert aan diverse criteria, wordt er in de praktijk van het wetgevingsproces niet systematisch en maar zeer marginaal gebruik gemaakt van deze criteria en zeker niet in de vorm van een afgewogen toetsingskader. Het verwaarlozen van die functie is op zichzelf al zorglijk, maar is nog zorgelijker nu die verwaarlozing een uitdrukking lijkt te zijn van de miskennis van de waarde van die criteria. Die criteria zijn namelijk niet alleen faciliterend, maar vormen ook de verbinding van strafwetgevingsactiviteiten met de legitimerende functie van straf- en strafrechtstheorieën, met de onderbouwende functie van sociaalweten-

42 Zie *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 151.

schappelijke noties en met de waarborgfunctie van het strafrecht. Zij sluiten immers aan op de doelen van strafrecht en van straffen en op de basisbeginselen van ons recht en geven aanknopingspunten voor het realiseren van legitieme doelen in een actuele en steeds veranderende samenleving. Zo bezien hebben criteria voor strafbaarstelling de potentie om ook in perioden van veranderende maatschappelijke en politieke verhoudingen bij te dragen aan een evenwichtig wetgevingsproces en legitieme en doelmatige wetgeving. Criteria voor strafbaarstelling kunnen juist onder die omstandigheden een waardevolle functie vervullen.

Het staat buiten kijf dat de context waarbinnen strafbaarstelling plaatsvindt niet meer dezelfde is voorheen. Eveneens kan worden vastgesteld dat de doelen die men met strafbaarstelling beoogt te bereiken vaak van een andere orde zijn dan voorheen. Maar die constatering brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat de grondslag en legitimatie voor strafbaarstelling wordt losgeweekt van zijn omgeving, zoals nu het geval lijkt te zijn. Integendeel, criteria voor strafbaarstelling bieden de wetgever een denk- of toetsingsschema met waarden die niet statisch maar dynamisch zijn en daarmee de verbinding kunnen leggen met de actuele context ten behoeve waarvan aan het inzetten van wetgeving wordt gedacht.

Waar in de huidige context de rol van het openbaar ministerie en de rechter ten opzichte van de wetgever niet meer is als voorheen kunnen de criteria bijdragen aan het vinden van een goede balans tussen de Triasmachten. Waar de nationale wetgever inboet aan positie ten gunste van de Europese invloed kunnen de criteria bijdragen aan een evenwichtige implementatie van een en ander binnen de nationale context. Waar politiek opportunisme aanzet tot wetgeving die weliswaar aan de hand loopt van bredere maatschappelijke ontwikkelingen, maar die inhoudelijke waarden, duurzaamheid en systematiek van ons strafrechtelijk stelsel niet respecteert, kunnen de criteria apaiseren. En, mocht het te zwaar wegen aan de zijde van opportunisten, dan is het goed dat men zich realiseert dat het gebruik van criteria voor strafbaarstelling onder omstandigheden zelfs niet in de weg hoeft te staan aan het creëren van symboolwetgeving.

Criteria voor strafbaarstelling kunnen dus, hoewel ze misschien niet zo actueel ogen of bij het grote publiek in vruchtbare aarde vallen, wel een positieve bijdrage leveren aan strafwetgeving waarop ook ons nageslacht trots kan zijn.

1 INLEIDING: CRIMINOLOGIE EN STRAFBAARSTELLING

Strafbaarstellingen bepalen wat een delict is. Daarmee bakenen ze ook het object van de criminologie in belangrijke mate af. Criminaliteit en de aanpak van criminaliteit, waaronder de toepassing van het strafrecht, kunnen niet los van elkaar worden gezien.¹ Of zoals een van de grondleggers van de Britse criminologie, Hood, het formuleerde: “criminal behaviour as a social entity does not exist independent of the policy and legal and administrative apparatus which defines it classifies it, labels it and interacts with it”.² In deze bijdrage staat de vraag centraal in hoeverre de afweging om bepaald gedrag strafbaar te stellen ook mede zou kunnen geschieden op grond van criminologisch onderzoek. In hoeverre kunnen empirische bevindingen van waarde zijn voor strafbaarstelling? De vraag wordt beschouwd tegen de achtergrond van de roep om *evidence based* beleid en de levendige discussie daarover in de criminologische literatuur. Hoewel veel literatuur gaat over beleid in het algemeen, spits ik me toe op strafrechtelijk beleid. Onder *evidence* wordt in dit geval verstaan: betrouwbare wetenschappelijke kennis over de werkzaamheid van beleid.

In de klassieke definitie van criminologie van de Amerikaanse criminoloog Sutherland neemt strafbaarstelling van afwijkend gedrag een belangrijke plaats in. Volgens Sutherland is de criminologie de wetenschap die zich bezighoudt met het tot stand komen van regels en wetten waarin specifieke gedragingen strafbaar worden gesteld, de vraag wie overtredingen en misdrijven plegen en hoe en waarom zij dit doen. Voorts houdt de criminologie zich volgens hem bezig met de reacties daarop door overheid en bevolking

-
- 1 L. Zedner & A. Ashworth (eds.), *The criminological foundations of penal policy: essays in honour of Roger Hood*, Oxford: Oxford University Press 2003; E.H. Sutherland, D.R. Cressey & D.F. Luckenbill, *Principles of Criminology*, Boston: Rowman and Littlefield Publishers 1992 [1944].
 - 2 R. Hood, ‘Some Reflections on the Role of Criminology in Public Policy’, *Criminal Law Review* 1987, p. 527-538, en voor Nederland bijvoorbeeld H. van den Bunt & C. Blijveld, *De grens naar onveiligheid* (Diesrede Amsterdam VU), Amsterdam: Vrije Universiteit 2003, p. 15. Overigens kent de criminologie verschillende stromingen, waarbij de kritische of radicale criminologie een veel grotere afstand tot het strafrecht voorstaat, zie J. Young, ‘Critical Criminology in the Twenty-First Century: Critique, Irony and the Always Unfinished’, in: K. Carrington & R. Hogg (eds), *Critical Criminology: Issues Debates, Challenges*, Cullompton: Willan 2002.

en de wetenschap die over dit alles theorieën formuleert.³ Een en ander wordt ook wel samengevat als *making laws, breaking laws and reactions to the breaking of laws*. Sutherland benadrukte dat criminologen het maken van definities van strafbaar gedrag niet alleen aan wetgever moet overlaten. Ook zijn tijdgenoot Sellin wees erop dat “the study of conduct norms would afford a sounder basis for the development of scientific categories than a study of crime as defined in criminal law”.⁴ Deze criminologen benadrukken naast het belang van het strafrecht ook dat hun vakgenoten niet kritiekloos achter de wettelijke definities van criminaliteit moeten aanlopen, hetgeen nog altijd geldt.⁵ Zij hadden het niet of veel minder over de vraag of en in hoeverre deze wettelijke definities mede bepaald of geëvalueerd zouden moeten of kunnen worden op basis van criminologische kennis over de achtergronden van strafbaar gedrag of over de effectiviteit van aanpak via het strafrecht.⁶ Meer algemeen kunnen we stellen dat het strafrecht geen grote plaats inneemt in de vragen die criminologen zich veelal stellen.⁷ Waar in de tijd van Sutherland en Sellin de roep om wetenschappelijke onderbouwing van criminaliteitsbeleid niet zo sterk was, kunnen we dat nu niet meer volhouden. Het afleggen van verantwoording wordt in de publieke sector van essentieel belang geacht, en dat geldt ook voor het justitiële apparaat dat zich geplaagd ziet door een vertrouwen dat minder vanzelfsprekend lijkt dan in het verleden.⁸

Tegenwoordig houden criminologen zich echter voornamelijk bezig met de overige punten die Sutherland – naast strafbaarstelling – benoemt. De nadruk ligt op wie overtredingen en misdrijven plegen, hoe en waarom zij dit doen en voorts met de reacties daarop door overheid en bevolking. Bij de reacties van de overheid gaat het vrijwel altijd over beleid in den brede en zelden specifiek over wetgeving. In Nederlandse criminologische vakdiscussies was strafbaarstelling vooral een thema in de tijd dat criminologie nog onverbloemd werd betiteld als ‘hulpwetenschap’ van het strafrecht. En zodra men zich hieraan waagt ligt het verwijt van het reduceren van criminologie tot een hulpwetenschap klaar.⁹ Dit neemt niet weg dat het vragen

3 E.H. Sutherland, *Principles of Criminology*, Chicago: University of Chicago Press 1924.

4 T. Sellin, *Culture and Conflict in Crime*. New York: Social Science Research Council 1938, p. 23. Zie ook J. Van Kerckvoorde, *Een maat voor het kwaad?* Leuven: Leuven University Press 1995, p. 21.

5 In 2003 betoogden de Nederlandse criminologen Van de Bunt en Bijleveld 2003 dat juist in een tijd van het oprekken van het begrip veiligheid het strafrecht wel degelijk het kompas van criminologen zou moeten blijven.

6 Zie ook N. Persak, *Criminalising harmful conduct: the harm principle, its limits and Continental Counterparts*. New York: Springer 2007.

7 Sutherland, Cressey & Luckenbill 1992 [1944].

8 P. Dekker & T. van der Meer, *Vertrouwen in de rechtspraak nader onderzocht*, Den Haag: SCP 2007.

9 P. Hebberecht, ‘Crimmigration, oratiebespreking’, *Tijdschrift voor Criminologie* 2012-1, p. 65-69.

zijn die overdenking behoeven bij de heroverweging van criteria voor strafbaarstelling.¹⁰

Cleiren geeft in deze bundel aan dat sociaal wetenschappelijke inzichten in het verleden meer zijn ingezet in het denken over decriminalisering dan over criminalisering, vooral ingegeven door zorgen over de stigmatiserende werking van de toepassing van het strafrecht. Nog niet zo lang geleden merkte de criminoloog van Van Swaaningen op: "Als we zien hoe dicht criminologen (...) rond het strafrechtelijk systeem zijn blijven cirkelen, is het opmerkelijk hoe weinig zij ervan hebben verwacht als het ging om de aanpak van de criminaliteit."¹¹ Ook als het in bredere zin gaat om criminaliteitsbeleid zijn criminologen veelal kritisch. Er is een tijd geweest dat het fatalistische idee dat niets werkt (*nothing works*)¹² in de criminologie invloedrijk was. Een tegenbeweging, geïnspireerd door de medische wereld is vervolgens bekend geworden als de *What works* benadering. Een van de voorvechters hiervan binnen de criminologie, Sherman laat zich overigens ook zeer expliciet uit ten aanzien van het strafrecht: "Criminologen hebben duidelijk aangetoond dat het strafrecht een vluchtig en potentieel gevaarlijk medicijn is, dat niet zou moeten worden toegediend zonder eerst uitgebreid te zijn getest".¹³ Behalve dat zijn uitspraak de kritische houding ten aanzien van het strafrecht onderstrept suggereert hij hiermee tevens dat criminologisch onderzoek de basis zou kunnen en of moeten vormen voor de inzet van het strafrecht bij criminele gedragingen. Criminologen zouden de werking van het strafrecht zouden kunnen 'testen'. Dit klinkt niet onlogisch, maar toch gebeurt het in de praktijk slechts beperkt, zoals ook betoogd is door Cleiren in deze bundel. Dit geldt nog sterker in een periode van de risicosamenleving¹⁴ en risicojustitie waarin het object van de criminaliteitbestrijding al lang niet meer alleen bepaald wordt door de strafwetgever, maar ook en misschien nog wel meer door opvattingen en gevoelens van burgers over onveiligheid, ofwel subjectieve onveiligheid.¹⁵ Dit gebrek aan afweging is overigens meer algemeen is en geldt niet specifiek voor het al dan niet

10 K. Svatíková, *Economic criteria for criminalization: Optimizing Enforcement in Case of Environmental Violations* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus University 2011.

11 R. van Swaaningen, 'Afscheid van het strafrecht? Rechtshandhaving van staat naar samenleving', *Justitiële Verkenningen* 1999-9, p. 43-59. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat hij vooral laat zien dat criminologen sceptisch staan ten aanzien van de rol van het strafrecht bij het oplossen van criminaliteitsproblemen, criminologen van welke richting dan ook hebben op dat punt in het algemeen bescheiden verwachtingen.

12 Deze slogan wordt veelal toegeschreven aan het werk van Martinson, al is het beruchte artikel wel wat genuanceerder dan deze ene zin, zie R. Martinson, 'What works? Questions and answers about prison reform', *The Public Interest* 1974, p. 22-54.

13 L.W. Sherman, 'Criminologie en criminalisering; provocatie en de wetenschap van strafrechtelijke sancties', *Justitiële Verkenningen* 2005-5, p. 58-71.

14 U. Beck, *Risk Society; Towards a New Modernity*. London: Sage 1992.

15 R. van Swaaningen, 'Justitie als verzekeringsmaatschappij; 'actuarial justice' in Nederland'. *Justitiële Verkenningen* 1996-5, p. 80-87.

betrekken van criminologische onderzoeksresultaten. Een echt debat over het hoe en waarom van het strafbaarstellen van bepaald ongewenst gedrag vindt überhaupt slechts op zeer beperkte schaal plaats.¹⁶

In deze bijdrage ga ik – deels op grond van eigen ervaringen en onderzoek – in op wat de rol van criminologen zou kunnen zijn bij debatten over criteria voor strafbaarstelling. Eerst ga ik op grond van de literatuur over evidence based beleid na wat die rol zou kunnen zijn (paragraaf 2), vervolgens ga ik in op twee praktijkvoorbeelden (paragraaf 3 en 4) waaruit blijkt dat de rol beperkt is, waarom dat zo is en dat uitbreiding van die rol soms ook helemaal niet als gewenst wordt gezien. In paragraaf 5 ga ik na wat het voorgaande betekent voor vragen rondom criteria voor strafbaarstelling in relatie tot de criminologie.

2 STRAFBAARSTELLING GEZIEN VANUIT DE CRIMINOLOGIE

Strafbaarstelling dient verschillende achterliggende (straf)doelen, zoals in de bijdrage van Cleiren uiteengezet is. Theoretisch wordt veelal onderscheid gemaakt tussen het strafrecht als uitkomst van maatschappelijke consensus of, vanuit het conflictperspectief, het strafrecht als beschermer van de belangen van de gevestigde klasse. Het denken over criteria voor strafbaarstelling gaat uit van het consensusmodel, met een rationele onderbouwing aan de hand van criteria. Aangezien de inzet van het strafrecht een ingrijpend middel is met sterke gevolgen voor zowel individu als samenleving, is een heldere onderbouwing en legitimering van evident belang.¹⁷ De strafrechtelijke discussie over criteria voor strafbaarstelling is een complexe. Criteria zijn niet eenduidig vast te stellen en toe te passen.¹⁸ De kern is dat er schade moet zijn die breed erkend wordt en in enigerlei mate voorkomt, dat helder moet zijn dat de baten van strafrechtelijk ingrijpen opwegen tegen de kosten en dat de regels handhaafbaar zijn.¹⁹ Vanuit verschillende disciplines, waaronder de sociologie, de economie, de psychologie en de criminologie, zou in principe input geleverd kunnen worden voor de invulling hiervan. Vragen over het schadeprincipe, het criterium van handhaafbaarheid en effectiviteit en dat van de frequentie van het gedrag kunnen op het eerste gezicht mede worden ingevuld als daarvoor empirisch onderzoek wordt benut. Naar effectiviteit wordt veel onderzoek gedaan, met als centrale vraag of de baten

16 Zie de bijdrage van Cleiren in deze bundel.

17 L. Zedner, 'Useful knowledge? Debating the role of criminology in Post-war Britain', in: Zedner & Ashworth (eds.) 2003. Zie ook Simester & Sullivan 2001.

18 Zie de bijdrage van Cleiren in deze bundel. Voor een samenvatting zie ook R. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998 en Svatíková 2011.

19 L.H.C. Hulsman, *Handhaving van recht*, Deventer / Antwerpen 1965; Cleiren in deze bundel.

van bepaald overheidsbeleid opwegen tegen de kosten.²⁰ Economen gaan hierbij uit van het welvaartsprincipe. Als markten niet efficiënt werken treedt welvaartsverlies op, hetgeen het publieke belang schaadt.²¹ Criminologen redeneren veelal meer vanuit de vraag of bepaald beleid – inclusief de strafbaarstelling van bepaald gedrag – beantwoordt aan de concrete doelen van dat beleid en in hoeverre neveneffecten optreden. Kosten blijven daarbij vaak buiten beeld, ook al is effectiviteit een belangrijke notie.

Beleidsconomen geven vanuit efficiency-overwegingen aan dat elk overheidsbeleid vooraf grondig getoetst zou dienen te worden. Een maatschappelijke kosten-batenanalyse (MKBA) zou daarbij vooraf plaats moeten vinden.²² Maar voor het justitieveld staat dit ver af van de werkelijkheid. In de strafrechtspleging – waar veel meer dan in andere beleidsvelden de morele boodschap en het indekken tegen al dan niet objectieve risico een grote rol speelt²³ – is “bezint eer ge begint” geen gemeengoed. Als criminologische kennis bij strafbaarstellings-afwegingen wordt ingezet is dat hooguit achteraf het geval.²⁴ Formeel is er vooraf bij invoering van een nieuwe strafbaarstelling van een gedraging een handhaafbaarheidstoets, maar in de praktijk vindt deze slechts beperkt plaats. In veel gevallen wordt bij deze toets niet systematisch nagegaan wat criminologisch (of ander sociaal wetenschappelijk onderzoek) over aard, omvang, achtergronden en beïnvloedbaarheid van de gedragingen en de plegers daarvan naar voren heeft gebracht.

3 DE RELATIE TUSSEN BELEID EN EVIDENCE IN DE LITERATUUR

Zolang de criminologische discipline bestaat wijzen criminologen op de onderbenutting van hun onderzoeksbevindingen in het justitiële veld. In debatten wordt verwezen naar politici met selectieve interesse en een wetgever die meer waarde hecht aan de symbolische rol van het strafrecht dan aan de handhaafbaarheid of de afweging van alternatieven voor het strafrecht. Vanuit de justitiële hoek wordt de oorzaak veeleer gezocht bij de niet altijd even heldere en eenduidige opbrengsten van criminologisch onderzoek. De nadruk op internationaal publiceren helpt daar ook niet bij. Heel kort door de bocht: als de criminoloog goed zou meten en de resultaten helder en toegankelijk zou presenteren, zou de wetgever informatie hebben om een serieuze toets vooraf te doen. Maar is dit een realistisch uitgangspunt vanuit de criminologie bezien?

20 B. Baarsma, C. Koopmans & J. Theeuwes, *Beleidsconomie. Een rationele onderbouwing van overheidsingrijpen*, Amsterdam: AUP/Pallas 2011.

21 Zie hierover de bijdrage van Van Velthoven in deze bundel.

22 B. Baarsma e.a. 2011.

23 A.P. Simister & A. von Hirsh, *Crimes, Harms and Social Wrongs. On the principles of Criminalisation*. Oxford: Hart Publishing 2011.

24 Van Velthoven in deze bundel. Zie ook Hood 1987.

In de criminologische literatuur zijn hierover ruwweg twee standpunten te vinden. Enerzijds zijn er hoge verwachtingen van beleid gebaseerd op wetenschappelijk effectief gebleken resultaten.²⁵ Maatregelen of beslissingen worden dan idealiter genomen op basis van wetenschappelijk onderzoek dat wijst op een mate van bewijs voor het bereiken van beoogde doel.²⁶ Vanuit deze visie mogen we van beleidsmakers op het terrein van de veiligheid verwachten dat hun beslissingen en ideeën passen bij wat op dat moment geldig is in de sociale en criminologische wetenschap. Het kan dan gaan om bedoelde en onbedoelde effecten, maar ook om percepties van betrokkenen. Hoewel er verschillende scholen bestaan, bestaat evidence in deze visie onder andere uit kennis, die is verworven uit monitoren, statistieken, beleidsonderzoek waaronder evaluatieonderzoek of wetenschappelijk onderzoek, zowel kwalitatief als kwantitatief van opzet.²⁷ Binnen het evidence based model zou het moeten gaan om onafhankelijk, zo objectief mogelijk, betrouwbaar en valide onderzoek. De empirische onderbouwing bestaat daarbij bij voorkeur uit kwantitatief (quasi-) experimenteel onderzoek, met als meest ideale methode onderzoek met controlegroep, een randomised controlled trial (RCT).²⁸ In dit soort onderzoek is er een experimentele en een controlegroep en worden deelnemers daarover verdeeld op basis van toeval. De metingen vinden vooraf (nulmeting) en na een interventie plaats zodat vastgesteld kan worden wat het effect is.²⁹ Om de cumulatieve kennis te bevorderen worden systematische reviews verricht die de effectmetingen van verschillende studies samenvatten.³⁰ Deze reviews maken tevens de kennis meer toegankelijk. In Nederland worden Gedragsinterventies inmiddels volgens deze principes getoetst door een onafhankelijke Erkenningscommissie,³¹ maar het is van belang te benadrukken dat het daarbij gaat om een tamelijk specifiek deel van de besteding van justitiegelden.

Aan de andere zijde van het spectrum vinden we de meer sceptische benadering in de sociale wetenschap ten aanzien van evidence based beleid. De socioloog en jurist Schuyt vat deze kort samen door te stellen: 'het lineair doortrekken van wetenschappelijk kennen naar politiek is vrijwel onuit-

25 R. Pawson en N. Tilley, *Evidence-based Policy. A Realist Perspective*, London: Sage 2006.

26 D. Burssens, 'Valkuilen van een evidencebased criminaliteitsbeleid', *Panopticon* 2008-2, p. 6-20. H. Tubex, 'Halen we met evidence based werken het paard van Troje binnen?', *Politiecahier* 2010-4, p. 71-86.

27 H.T.O. Davies, S.M. Nutley & P.C. Smith (eds.), *What Works? Evidence-based Policy and Practice in Public Services*, Bristol: The Policy Press 2000.

28 H. Davies, S. Nutley & P. Smith, 'Criminal Justice: using evidence to reduce crime?', in: Davies, Nutley & Smith (eds.) 2000, p. 93-116.

29 E. Devroe, 'Evidence based policing: ook voor politie?', *Cahiers Politiestudies* 2010-4, p. 17-52.

30 Devroe 2010.

31 Voor de volledigheid: de auteur maakt sinds 2011 deel uit van deze commissie.

voerbaar.³² De criminoloog Nelen sprak in zijn oratie scherpe woorden uit over (evaluatie)onderzoek als basis voor veiligheidsbeleid. Naast inhoudelijke meetproblemen die het de criminologische wetenschap soms lastig maakt door te dringen in beleidsbeslissingen moet volgens Nelen bij de vorming van evidence-based beleid niet alleen centraal staan of de maatregel effectief is, maar tevens om welke reden, voor wie en onder welke condities dit geldt. De context mag daarbij niet uit het oog worden verloren en dat is nu wat vaak wel dreigt te gebeuren.³³ Meten in een complexe wereld in een concrete casus komt de validiteit van een onderzoeksproject niet ten goede, zo laten ook anderen zien. Er is een groot aantal factoren, vaak ook buiten het blikveld van de onderzoeker, dat de effecten of uitkomsten van een bepaald beleidsprogramma kan beïnvloeden.³⁴ Daar komt bij dat uiteindelijk heel moeilijk te bepalen is of er succes bereikt is, omdat de doelstelling zoals het bereiken van veiligheid of het tegengaan van het plegen van criminaliteit, bijzonder lastig te meten is. Bovendien gaat de vraag naar evidence based werken meestal gepaard met financieringsstromen die hieraan gekoppeld worden.³⁵ Daardoor wordt de druk om te laten zien dat iets werkt wel erg groot, met de kans op vormen van calculerend gedrag bij betrokken professionals en bijvoorbeeld afroming van kansrijke gevallen of wegpoetsen van minder welgevallige uitkomsten. Een ander vaak gehoord bezwaar is dat een strak schema van evidence based werken bijdraagt aan een zekere verstarring van de beleidspraktijk.³⁶ Als een programma eenmaal goedkeuring heeft gekregen gaat men er liever niet meer aan sleutelen, en het is de vraag of dat altijd gewenst is.³⁷ Van heel andere aard is de dreigende verschraling van criminologisch onderzoek, bijvoorbeeld doordat enige kritische afstand van het beleid en de gehanteerde probleemdefinities niet meer gewenst wordt.

Samenvattend is de kritiek op evidence based idealen van uiteenlopende aard. Dit betekent echter niet dat tegenstanders menen dat criminaliteitsbeleid niet op informatie en kennis gebaseerd zou moeten zijn. Het betekent eerder dat het evidence based ideaal – dat vooral gericht is op het vaststellen van effecten van concrete interventies – niet op de hele werkelijkheid van toepassing moet worden geacht. We kunnen concluderen dat er wel degelijk een vrij ruime consensus is dat de bestaande kloof tussen criminologisch

32 K. Schuyt, 'Kameleontisch beleid, stekelige wetenschap', in: K. Schuyt, J.-W. Duyvendak & Th. Roes, *Werken op de grens van wetenschap en beleid*, Den Haag: SCP 2006, p. 11-26.

33 H. Nelen, *Evidence maze; het doolhof van het evaluatieonderzoek* (oratie Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2008. Zie ook voor een alternatieve wijze van evalueren R. Pawson, & N. Tilley, *Realistic Evaluation*, London: Sage 1997.

34 Burssens 2008.

35 M. Hough, 'Modernization, scientific rationalism and the Crime Reduction Programme', *Criminal Justice* 2004-4, p. 239-253. H. Tubex, 'Halen we met evidence based model het paard van Troje binnen?', *Cahiers Politicistudies* 2010-4, p. 69-84.

36 T. Clear, 'Policy and evidence; the challenge to the American Society of Criminology: 2009 Presidential Address to the ASC', *Criminology* 2010-11, p. 1-25.

37 Hough 2004.

onderzoek en justitieel beleid onwenselijk is, al verschillen de meningen hoe deze kan worden verkleind. Het is niet te ver gezocht om dit ook van toepassing te achten op het thema van strafbaarstelling, al wordt zelden een debat gevoerd over evidence based strafbaarstelling.

In het onderstaande ga ik in op twee casussen waarin deze kloof geïllustreerd wordt aan de hand van twee Nederlandse praktijkvoorbeelden. Ten eerste het actuele debat over strafbaarstelling van illegaal verblijf en ten tweede het project Veilige Publieke Taak.³⁸ Beide casussen zijn zeer verschillend. In de tweede casus is veel meer dan in de eerste van meet af aan gestuurd op kruisbestuiving met sociaal wetenschappelijke studies. Maar in beide komt naar voren dat er in de praktijk lang niet altijd de behoefte lijkt te zijn aan wetenschappelijke onderbouwing vanuit empirische studies. En als die er wel is, is het beleidsproces er niet altijd op ingericht. Deze illustratief bedoelde casussen hebben betrekking op beleid in het algemeen, en strafbaarstelling speelt er een rol in.

4 DE STRAFBAARSTELLING VAN ILLEGAAL VERBLIJF EN EVIDENCE

Illegaal verblijf is niet alleen een relevante casus uit het onderzoeksveld van migratie en criminaliteit, het is ook een terrein waarbinnen de strafbaarstelling ter discussie staat. Het kabinet Rutte is voornemens illegaal verblijf strafbaar te stellen om het effectiever tegen te gaan. De ministerraad stemde in 2011 in met het voorstel van minister Gerd Leers van immigratie en asiel om illegaliteit strafbaar te stellen in de vorm van een boete. Er ligt inmiddels een concreet wetsvoorstel. Door middel van aanpassingen van de Vreemdelingenwet zal illegaal verblijf een overtreding gaan betreffen (geen misdrijf) met een geldboete als sanctie. Deze aankomende strafbaarstelling is het voorlopige sluitstuk van twintig jaar lang door verschillende kabinetten aanscherpen van de aanpak van illegaal verblijf.³⁹ Het is ook de stap die de Amerikaanse juriste Stumpf de meest vergaande stap van crimmigratie noemt: migratiebeleid en strafrecht smelten volgens haar samen als illegaal verblijf in het Wetboek van Strafrecht wordt opgenomen, zoals overigens al eerder in Italië is gebeurd. In Nederland is de stap van formele strafbaarstelling in de afgelopen tien tot vijftien jaar meerdere malen besproken, maar niet doorgezet om redenen van onuitvoerbaarheid. In de illegalennota uit 2004 stond dat het kabinet er niet voor koos om illegaal verblijf strafbaar te stellen, omdat een mogelijke gevangenisstraf het verblijf van de illegaal in Nederland zou verlengen. Wel werd voorgesteld illegalen die een gevaar

38 De eerste casus komt voort uit onderzoek van de auteur naar illegale migratie, de tweede uit een door de auteur begeleid afstudeeronderzoek van criminologe Evelien Zuidam. De verantwoordelijkheid voor de weergave berust geheel bij de auteur.

39 J.P. van der Leun, *Looking for Loopholes. Processes of Incorporation of illegal immigrants in the Netherlands* (diss. Rotterdam), Amsterdam: Amsterdam University Press 2003.

vormden voor de openbare orde of nationale veiligheid, vaker ongewenst te verklaren. Ook in het Regeerakkoord van het kabinet Balkenende IV was te vinden dat illegaal verblijf en het profiteren van illegalen krachtiger moet worden bestreden. Het kabinet wilde dat vooral bereiken met financiële sancties (boetes, verhalen van uitzettingskosten en ontnemen van genoten voordeel) en met optreden tegen mensen die zich via illegalen verrijken (huisjesmelkers, koppelbazen, werkgevers en pooiers). Algemene strafbaarstelling werd niet genoemd. Van belang is dat staatssecretaris Albayrak in 2007 aangaf dat wel is gekozen voor specifieke strafbaarstelling via de ongewenstverklaring en dat zij daarbij zelf aangaf dat dit misschien wel een indirecte vorm van strafbaarstelling was. Uit een studie verricht met collega's⁴⁰ hiernaar kan geconstateerd worden dat dit middel toenemend wordt toegepast, maar nog steeds wel selectief. Ook blijkt evident dat de effectiviteit te wensen over laat. De achterliggende problemen, waaronder een hardnekkige uitzettingenproblematiek, worden hierdoor niet aangepakt.

Als we de criteria voor strafbaarstelling langslopen aan de hand van empirisch onderzoek blijkt hoe problematisch het is deze in te vullen aan de hand van sociaal wetenschappelijk onderzoek.⁴¹ De schadelijkheid van de gedraging bijvoorbeeld is niet vast te stellen aan de hand van perceptieonderzoek. Percepties op het gebied van migratie en illegaliteit zijn veranderlijk en gepolariseerd. Op de vraag of er adequate niet-strafrechtelijke alternatieven zijn lijkt het antwoord wel bevestigend. Een alternatief is in elk geval gelegen in de administratieve bestuurlijke aanpak en in de ordeningswetgeving. Deze alternatieven worden nu ook al breed ingezet. Anderzijds zijn de middelen overduidelijk niet toereikend om het probleem sluitend aan te pakken, mede om dat uitzetting uit Nederland vaak niet lukt. Op de cruciale vraag of de strafrechtelijke aanpak een adequate respons biedt is indicatief wel te antwoorden dat dat niet het geval lijkt. Als het gaat om illegale migranten laat vijftien jaar lang onderzoek zien dat illegalen een sterke motivatie hebben om zich verre te houden van criminele activiteiten. Wel neemt het aandeel crimineel actieve illegale migranten recentelijk toe, hetgeen te maken kan hebben met de verslechterde leefomstandigheden voor mensen zonder verblijfsstatus, met veranderende samenstelling van de groepen, en tot op zekere hoogte ook met importcriminaliteit. Maar onbedoeld keert dit beleid ook op zijn minst ten dele in haar tegendeel, zoals we elders laten zien.⁴²

Hoewel het voorbeeld hier tamelijk anekdotisch is uitgewerkt kunnen we wel concluderen dat de strafbaarstelling wat betreft de te verwachten effectiviteit volstrekt niet empirisch is onderbouwd. Voor zover er empirisch

40 D.C. Laagland e.a., 'Het strafrecht als vicieus sluitstuk van het beleid ten aanzien van criminele vreemdelingen. Het sluimerende probleem van de niet-uitzetbare ongewenst verklaarde vreemdeling', *Delikt en Delinkvent* 2009, p. 697-724.

41 Zie hierover uitgebreider J.P. van der Leun, *Crimmigratie* (oratie Leiden). Gent: Maklu 2010.

42 A.Leerkes, G. Engbersen & J. van der Leun, 'Crime among irregular immigrants and the influence of internal border control', *Crime, Law and Social Change* 2012-1, p. 15-38.

bewijs is, wijst dit ten dele juist in tegengestelde richting. Minister Leers beroept zich in zoverre op onderzoek, dat hij het gebruikt om de noodzaak van strafbaarstelling te onderbouwen, het probleem is immers nog altijd niet opgelost. Ook verwijst hij naar het aantal van 100.000 illegalen dat volgens wetenschappelijk onderzoek in Nederland zou verblijven.⁴³ Leers interpreteert hiermee het bestaande onderzoek zo dat het de kant op wijst die het beleid inzet.⁴⁴ Het voorbeeld van de strafbaarstelling van illegaliteit laat derhalve zien dat (a) de invulling van de criteria voor strafbaarstelling aan de hand van empirisch onderzoek bijzonder problematisch is en (b) dat de manier waarop onderzoeksresultaten worden ingezet ter onderbouwing van de keuze voor strafbaarstelling zeer selectief is.

Omdat illegale migratie bij uitstek a) een gepolitiseerd veld betreft en b) een veld betreft waar weinig strak methodologisch onderzoek is verricht ga ik hierna kort in op een heel andere casus, dat van de aanpak van geweld tegen hulpverleners. Dit betreft een casus waarbij van meet af aan wel werd ingezet op een kruisbestuiving met sociaal wetenschappelijke studies.

5 PROJECT VEILIGE PUBLIEKE TAAK EN EVIDENCE

Geweld tegen publieke functionarissen is al jaren een grote maatschappelijke en politieke zorg in Nederland. Enkele jaren geleden werd het programma Veilige Publieke Taak opgericht met als expliciet doel het tegengaan van geweld tegen publieke medewerkers. Een van de pijlers van het programma is de verhoging van de strafmaat voor geweld in die gevallen dat publieke functionarissen er het slachtoffer van zijn. Het programma werd expliciet gelegitimeerd vanuit geweldscijfers afkomstig uit sociaalwetenschappelijk onderzoek. Er werd een meetbare doelstelling geformuleerd; na enkele jaren zou het geweld moeten zijn afgenomen met 15 procent. Om dit vast te kunnen stellen werden metingen uitgezet. Criminologe Van Zuidam liep enkele maanden stage binnen het Ministerie, bij het Programma VPT, en een van de onderdelen daarvan was dat zij beschouwde hoe in de praktijk werd omgegaan met wetenschappelijke onderbouwing bij de vorming van beleid.⁴⁵ Zij observeerde hoe het beleid geflankeerd werd door metingen de relevante geweldscijfers, hetgeen in lijn is met evidence based werken. Maar toen gaandeweg bleek dat de nagestreefde daling in geweldscijfers niet optrad

43 <<http://www.rijksoverheid.nl/regering/het-kabinet/ministerraad/nieuws/2011/07/08/kabinet-maakt-einde-aan-gedogen-illegaliteit.html>>

44 G. Engbersen, 'De verhouding tussen wetenschap en beleid. Over wittebroodsweken en LAT-relaties', in: A. Soeteman & F. van den Born (red.), *Ethiek van empirisch sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2007, p. 63-70.

45 De auteur begeleidde deze stage. Naast een scriptie resulteerde deze stage ook in de volgende publicatie: E. van Zuidam, *Witte vlekken analyse Wetenschappelijke onderzoeken*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2010.

had dit geen consequenties. Binnen het project schreef men dit tegenvallende resultaat toe aan het effect van maatschappelijke aandacht voor het probleem, aan de kwaliteit van de metingen en aan het feit dat sommige factoren die waarschijnlijk van invloed waren niet gemeten waren.⁴⁶

Ten eerste illustreert dit verhaal nog eens dat het meten van effecten bijzonder lastig kan zijn. De reacties vanuit het programma zijn allemaal mogelijk zeer terecht, maar spreken wel het aanvankelijke optimisme over de meetbaarheid, en misschien ook wel over de maakbaarheid, tegen. De bevinding dat aan de cijfers vervolgens geen consequenties worden verbonden laat zien dat het belang dat wordt gehecht aan evidence uiteindelijk in dit geval beperkt is. Vanuit de beleidspraktijk is dit voorstelbaar en wellicht ook een verdedigbare keuze, maar het zet wel vraagtekens bij het de rol die wetenschappelijk onderzoek inneemt en kan innemen.

De studie bevatte voorts nog een tweede observatie die hier van belang is: het gebrek aan systematische inrichting van werkprocessen die zouden moeten helpen de samenhang tussen beleid en onderzoek te bevorderen. Enerzijds is het de bedoeling dat die relatie er is, anderzijds is er geen duidelijke visie op hoe deze tot stand moet komen. Van Zuidam beschreef hoe in de dagelijkse werkwijze van het programma geen systematische strategie was ingebouwd om als beleidsmakers op de hoogte te zijn van wetenschappelijk onderzoek over publiek geweld. Er werden wel metingen uitgezet, zoals hierboven aangegeven, en soms werden onderzoeksrapporten opgevraagd, maar dat laatste gebeurde vooral ad hoc omdat een medewerker er iets over gelezen had. Bij de politieke beslissingen die vervolgens werden genomen – verhoging van de strafmaat – speelde onderzoek naar de te verwachten effecten daarvan ook hoegenaamd geen rol, terwijl er op dat punt zeker empirisch onderzoek voorhanden was. Een centrale aanbeveling van Van Zuidam was dan ook om naast het laten doen van metingen veel systematischer een werkwijze op te zetten binnen het programma waarbij wetenschappelijke onderbouwing zijn weg zou vinden naar het beleid. Soms komt de link tussen onderzoek en beleid ‘vanzelf’ tot stand, maar dan hangt het af van personen en is het niet systematisch georganiseerd.

6 CONCLUSIES

Bovenstaande voorbeelden, die slechts een klein deel beslaan van het brede en heterogene onderzoek dat de criminologie omvat, raken aan de wettelijke strafbaarstelling, al gaan ze breder over beleid. Ze laten zien dat bij veel onderzoek dat tracht criminologische vragen te beantwoorden meer mee-

46 E. van Zuidam 2010, *Balanceren op de brug tussen wetenschap en veiligheidsbeleid. Ontwikkelingen op het gebied van evidence-based veiligheidsbeleid bij het Programma veilige publieke taak van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties* (thesis master Criminologie Leiden), ongepubliceerd.

speelt en ook meer nodig is dan enkel het (quasi)experimentele kwantificeerbare effectonderzoek, zoals dat centraal staat in de agenda van het evidence based beleid. De voorbeelden laten tevens zien dat in de praktijk van beleid en wetgeving er zeker niet altijd pogingen worden gedaan tot evidence based beleid. Sterker nog: soms wordt evidence helemaal niet gewenst en daar waar het wel gewenst wordt is het beleidsproces er niet systematisch op ingericht. Daar komen de al vaak geconstateerde meet- en interpretatieproblemen bij. Kort gezegd: eenvoudigweg "goed meten" is lang niet op alle deelgebieden haalbaar. Natuurlijk spelen bij afwegingen over strafbaarstelling naast onderzoeksresultaten ook politieke, strategische en electorale belangen een rol, naast machtsverhoudingen, economische overwegingen, beleidstradities en reacties op incidenten. Dat kan ook niet anders in een democratische en mediageoriënteerde samenleving.⁴⁷ In heel veel gevallen levert criminologisch onderzoek ook geen kennis op die eenvoudigweg direct kan worden omgezet in wetgeving of beleid. Dit geldt ook voor de criteria voor strafbaarstelling. Hoe goed ook wordt gemeten, de criteria voor strafbaarstelling zijn nooit rechtsreeks en eenduidig op basis van onderzoeksuitkomsten in te vullen. Laat staan dat de wetgever los van andere relevante invloeden, politiek, ethisch, economisch en pragmatisch, hier strafbaarstellingen op kan funderen. Maar er is meer: er wordt ook vaak helemaal niet serieus naar gestreefd. Deze down to earth vaststelling staat ver af van de kritische discussies in de criminologie over evidence based beleid, die een hele andere werkelijkheid suggereren en die zich eigenlijk concentreren op een klein segment van het beleidsveld waar nu juist concrete pogingen worden ondernomen om evidence based werken in de praktijk te brengen, hoe lastig ook.⁴⁸

Op grond van het voorgaande kunnen we ook met een meer positieve toonzetting eindigen: er is ten aanzien van de benutting van onderzoek in het brede veld van justitie aanzienlijk meer mogelijk dan nu het geval is. Als gestreefd zou worden naar *evidence-informed law making* en als dit streven zou worden vertaald in het systematisch en weldoordacht inrichten van processen die dat ondersteunen, zou dat in veruit de meeste gevallen een cruciale stap vooruit zijn.⁴⁹ Dat geldt ook bij strafbaarstellingen. Op dit moment wordt bij de handhaafbaarheidstoets vooraf bij strafbaarstelling nu vaak niet of slechts ad hoc gekeken of er op grond van (sociaal) wetenschappelijk onderzoek veronderstellingen zijn te maken over de werking van de inzet

47 Zie ook Burssens 2008; Tubex 2010. Vgl. ook C. Weiss, 'The many meanings of research utilization', *Public Administration Review* 1979-5, p. 426-431. Daarin spreekt zij onder andere van de "enlightenment" role of research.

48 Wel concludeerde bijvoorbeeld in 2003 de Algemene Rekenkamer dat de overheid veel aandacht heeft voor het maken van beleid, maar veel minder voor de uitvoering en de resultaten van dat beleid: Algemene Rekenkamer, *Tussen beleid en uitvoering*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2003. Zie ook L. van Noije en K. Wittebrood, *Sociale veiligheid ont-sleuteld. Veronderstelde en werkelijke effecten van veiligheidsbeleid*. Den Haag: SCP 2008.

49 Vgl. Pawson & Tilley 2006.

van het strafrecht. Dat zou veel systematischer en explicieter dienen te gebeuren. Analoog aan wat Van Zuidam voorstelde bij het programma Veilige Publieke Taak zou ook een systematische scan van beschikbare onderzoekresultaten voorwaarde moeten zijn voor de wijzigingen in of invoering van strafbaarstellingen. Als dit gepaard zou gaan met het formuleren van expliciete *evidence informed* verwachtingen ten aanzien van de werking van de strafbaarstelling zou daarmee ook de evaluatie achteraf aanzienlijk versterkt worden.⁵⁰ En dat zou de kans vergroten dat ingezette middelen doelmatig worden besteed, de uiteindelijke rationale achter op evidentie gebaseerd beleid.

Het bovenstaande impliceert een systematische maar indirecte rol van sociaalwetenschappelijke onderzoeksresultaten bij de invulling van strafbaarstellingen en bij criminaliteitsbeleid meer algemeen, die een open houding vergt van alle betrokken partijen. Of dat zou moeten inhouden dat criminologen, bijvoorbeeld via hun beroepsverenigingen, onderzoeksresultaten in meer toegankelijke vorm naar buiten zouden moeten brengen is een punt van discussie.⁵¹ Hoe de wetgever het proces van informatievergaring en informatiemanagement zou dienen te organiseren en of dat intern of extern zou moeten gebeuren eveneens. Helder is in ieder geval dat het geschetste model van wetenschappelijke invloed, zoals bijvoorbeeld ook Burssens en Tubex aangeven,⁵² een continue dynamische interactie veronderstelt tussen criminologische wetenschappers, overheid en het publiek. Deze rol behelst aanzienlijk meer dan het produceren of in beleid vertalen van gemeten effecten. Voor de volledigheid zij hierbij opgemerkt dat dit de criminoloog nooit ontslaat van de opdracht te streven naar sterke onderzoeksdesigns.

50 Zie ook Pawson & Tilley 1997 en Van Noije & Wittebrood 2008.

51 T. Clear, 'Policy and evidence: the challenge to the American Society of Criminology: 2009 Presidential Address to the ASC', *Criminology* 2010-1, p. 1-25.

52 Burssens 2008; Tubex 2010.

1 INLEIDING

Het is ruim twintig jaar geleden dat ik werd geïnstalleerd als procureur-generaal in Arnhem. Een moment waarbij je even stilstaat en terugdenkt. Voor mijzelf is twintig jaar geleden natuurlijk een hele tijd, maar ook als we de wereld van het recht bekijken is het alsof we in een andere wereld leefden. In geen andere tijd zijn de ontwikkelingen in het denken over de rechtsstaat, en het strafrecht in het bijzonder, zo snel veranderd:

- We hadden een ‘genuanceerde kijk’ op het verschijnsel criminaliteit; op wat we toen nog noemden ‘kleine criminaliteit’.¹ Het denken over georganiseerde criminaliteit was nieuw en stond in de kinderschoenen;
- we hadden ideeën over strafdoelen die vooral gingen over preventie en resocialisatie en als tweede vergelding; we geloofden dat TBS-ers ooit nog konden terugkeren in de samenleving;
- eigenrichting hoorde niet plaats te vinden;
- immigratie en criminaliteit werden niet automatisch met elkaar verbonden;
- we waren terughoudend met strafbaarstelling van gedragingen;
- en we vonden mensenrechten belangrijk en daarbinnen de rechten van verdachten; het EVRM was onaantastbaar.

Misschien is deze opsomming iets te gekleurd. Maar dat de gedachten toen op deze punten wezenlijk anders waren dan tegenwoordig, is wel een feit. Natuurlijk was er ook zware criminaliteit, gingen er dingen mis tijdens proefverlof van een TBS-er en werd er ook behoefte gevoeld aan vergelding bij schokkende misdrijven. Maar het bleven incidenten. Ook de druk van de media was veel minder groot dan nu. Het vertrouwen in de rechtspraak was vrijwel onomstreden en de politiek hield zich gedeisd als er een zaak onder de rechter was. Ook de vonnissen van rechters waren minder aan kritiek onderhevig en voor een politicus was het ‘not done’ om een vonnis te bekritisseren. Hoewel daar ook toen heus wel eens aanleiding voor was.

Er is veel veranderd. Ik hoef dat verder niet te illustreren. We hoeven de kranten van een week maar open te slaan en het beeld is tamelijk duidelijk.

1 In het in 1985 verschenen rapport van de Commissie Kleine Criminaliteit onder voorzitterschap van dr. H. Roethof, lid van de Tweede Kamer voor de PvdA, werd een aanpak voorgesteld die allereerst neerkwam op het geven van kansen aan jongeren: werk, scholing, zinvolle vrijetijdsbesteding. Preventie stond op de eerste plaats, repressie kwam erna.

Deze bijdrage is een beperking van een inleiding die ik bij een congres van wetenschappers heb voorgedragen. Voor mij, met enige overdrijving, het hol van de leeuw. Ik ben geen wetenschapper, maar een (ex-) strafrechtbeoefenaar in de praktijk. Die praktijk heeft me echter wel aan het denken gezet en zeker nu ik van een wat grotere afstand als lid van de Raad van State me nog met strafrecht bemoei, is de neiging tot reflectie aanwezig. En die reflectie leidt wel tot enige zorg over de verharding van het klimaat, de verwachtingen van het strafrecht en de plaats van de rechter. Hij wordt steeds kritischer bejegend, de politiek heeft de neiging zijn vrijheid – en daarmee ook zijn onafhankelijkheid – steeds verder in te perken.² Zo ontstaat er een ander evenwicht in de trias politica. Is dat erg? Misschien niet, maar we moeten het wel goed in de gaten houden.

2 VERANDERING VAN OPVATTINGEN

Hoe bepaalde gebeurtenissen invloed hebben op het kantelen van opvattingen is bijvoorbeeld te zien op het gebied van seks met kinderen. In de jaren zeventig is ooit een congres gehouden over de vraag in hoeverre seks met kinderen strafbaar zou moeten zijn.³ Lang was het zo dat seks met minderjarigen tussen 12 en 16 jaar alleen op klachte vervolgbaar was.⁴ Pas in 1999 is het klachtvereiste geschrapt.⁵ Sommigen twijfelden eraan of seks van een volwassene met een kind van bijvoorbeeld 13 jaar schadelijk zou zijn. Dat waren niet de minsten en je werd ook niet voor gek versleten, noch werden je ruiten ingegooid. De pedofielenvereniging Martijn werd opgericht en kon openlijk voor haar standpunten naar voren brengen. Nu is er discussie over de vraag of het niet beter zou zijn deze vereniging te verbieden.⁶ Edward Brongersma, die pleitte voor de aanvaarding van seks met kinderen, was een gerespecteerd senator voor de PvdA. Hij is als gedesillustioneerd en min of meer verguisd man gestorven. Opmerkelijk is dat hij in 1950 was gearresteerd vanwege een seksuele relatie met een jongen van 16 à 17 jaar. Niet vanwege de leeftijd van die jongen, maar vanwege de homoseksuele relatie, die toen nog verboden was.

2 Voorbeelden zijn de wijzingen van het wetboek van strafrecht waarbij het niet meer is toegestaan een taakstraf op te leggen bij ernstige zedendelicten, en de aangekondigde wet ter invoering van minimumstraffen.

3 Binnen de NVSH (Nederlandse Vereniging voor Seksuele Hervorming) bestond een werkgroep die zich speciaal bezighield met pedofilie en een tijdschrift publiceerde onder de titel *Naar Integratie Kinderseksualiteit*. De vraag of seks met kinderen schadelijk zou zijn voor de kinderen stond stevig ter discussie.

4 Artikel 245 (oud) Wetboek van Strafrecht (Sr).

5 Wet van 28 oktober 1999 *Stb.* 464.

6 Zie het debat in de Tweede Kamer in *Handelingen II* 2011/12, 29 november 2011, nr. 29, p. 24-80 e.v.). Het OM onderzoekt of een verbod via de rechter tot de mogelijkheden behoort.

In 1995 moest ik als minister van Justitie een verandering van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht behandelen. Het kinderpornoartikel. Dat luidde kortweg dat iemand strafbaar was als hij kinderporno ter verspreiding vervaardigde of in voorraad had.⁷ We waren er langzamerhand achter dat voor het vervaardigen van kinderporno kinderen ernstig werden misbruikt en dat het bij kinderporno echt niet alleen maar gaat over mooie foto's zoals die van Donald Mader. Ik heb wat in beslaggenomen materiaal bekeken en dan gaan je de ogen wel open. Het bestanddeel 'ter verspreiding' van het artikel was altijd lastig te bewijzen: hoe weet je dat iemand iets ter verspreiding heeft of gewoon een flinke hoeveelheid voor eigen gebruik? Dat bestanddeel kon dus beter geschrapt worden, wilde met de bestrijding van kinderporno ernst gemaakt kunnen worden. En ik was na het zien van het materiaal behoorlijk gemotiveerd geraakt. Ik heb veel moeite moeten doen om de Kamer ervan te overtuigen dat het een goed voorstel was. Men was bang dat het enkele bezit daarmee strafbaar zou worden en dat wilde men per se niet.⁸ Zowel in de Tweede als in de Eerste Kamer stond de meerderheid lang niet radicaal afwijzend ten opzichte van het bezit van kinderporno.

Met het schrappen van 'ter verspreiding' was het 'in voorraad hebben' een belangrijk bestanddeel geworden. Er werd een amendement toegevoegd dat een strafuitsluiting bevatte in geval van voorlichting en wetenschappelijk onderzoek.⁹ Daarmee was de verzameling van senator Brongersma gereed. Wetenschappelijk onderzoek heeft overigens nooit plaatsgevonden en een deel van de collectie is later door het OM in beslag genomen en vernietigd. Het amendement is inmiddels uit het wetsartikel geschrapt.

Belangrijk moment in deze ontwikkeling was de zaak Dutroux, die in 1997 in België speelde.¹⁰ De Belgische minister zat met zijn handen in het haar en op zijn instigatie werd in Europees verband een resolutie aangenomen waarin de lidstaten van de EU zich verplichtten alle maatregelen op het gebied van strafrecht en strafvervolgning te nemen die kindermisbruik en kinderporno konden tegengaan. Wat moesten we toen met ons zo verdedigde bezit voor eigen gebruik?

De verdere ontwikkelingen zijn bekend.

7 Artikel 240b Sr oud: Met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden (!) of geldboete van de derde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding – of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding – van een seksuele gedraging, waarbij iemand die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, is betrokken hetzij verspreidt of openlijk tentoontstelt, hetzij om verspreid of openlijk tentoongesteld te worden vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of in voorraad heeft

8 Zie voor het debat in de Tweede Kamer *Handelingen II* 1995/96, 20 april 1995, nr. 25, p. 3979 e.v.

9 Niet strafbaar is degene die een dergelijke afbeelding in voorraad heeft waarvan vaststaat dat hij deze voor een wetenschappelijk, educatief of therapeutisch doel gebruikt.

10 Marc Dutroux werd verdacht van en later veroordeeld voor het misbruiken en vermoorden van een aantal meisjes. Deze zaak bracht veel beroering in België en ook daarbuiten.

3 OPSPORING

Eveneens in de jaren negentig vond de IRT-enquête plaats.¹¹ Onderwerp: de regeling en het gebruik van opsporingsbevoegdheden door politie en Openbaar Ministerie. Die enquête heeft velen de ogen geopend: er werden omstreden opsporingsmethoden gebruikt en er was wel degelijk sprake van georganiseerde criminaliteit in Nederland en niet zo'n beetje ook. Wat opviel was dat de politie vrij gedetailleerd een flink aantal bendes in beeld had, maar vervolgens niet bij machte was ze te ontmantelen. Deze fraaie analyse heeft ooit nog een mooie discussie in EU-verband opgeleverd. De JBZ raad, de vergadering van Europese ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken, had in het kader van de samenwerking op het gebied van bestrijding van georganiseerde misdaad besloten dat alle lidstaten een beschrijving zouden inleveren van de situatie op dat gebied in hun land. Wel, wij hadden het overzicht van de parlementaire enquête en, open en trouwhartig als wij Nederlanders zijn, leverden dat in. Zo'n vier A-4-tjes. Italië had een half kantje en sommige collega's helemaal niets. Het resultaat was dat Nederland als een verdorven land werd beschouwd.

Het resultaat van de parlementaire enquête was, als bekend, dat de opsporingsbevoegdheden van de politie behoorlijk aan banden werden gelegd.¹² Van veel van die beperkingen wordt nu verbaasd opgekeken!

4 VERHARDING VAN HET KLIMAAT

Ook over criminaliteit in het algemeen veranderden de opvattingen. Ons gematigd klimaat verhardde, vergelding werd steeds meer als doel van de straf gezien en er kwam een sfeer van: de rechters zijn te soft, er moest maar eens wat harder worden opgetreden.¹³ Voorbeelden moesten gesteld worden. Toen ik nog minister was probeerde nog wel eens: het heeft meer zin

11 Naar aanleiding van berichten over het 'doorlaten' van hard drugs en het rapport van de Commissie Wierenga hierover (april 1994) hield de Tweede Kamer een enquête over het gebruik van opsporingsmethoden. Het rapport *Inzake Opsporing* (Kamerstukken II 1995/96, 24 072, nr. 10-11) verscheen op 1 februari 1996 en telde 5500 pagina's en 11 bijlagen.

12 Wet van 27 mei 1999 (*Stb.* 245) tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden tot opsporing en wijziging van enige andere bepalingen (bijzondere opsporingsbevoegdheden), ook genoemd de Wet BOB.

13 Oud Tweede Kamerlid Joost Eerdmans richtte in september 2009 een "Burgercomité tegen Onrecht" op. Hij stelde daarbij: Door de toename van het aantal vrouwelijke rechters worden steeds lagere straffen opgelegd voor geweldsmisdrijven. Vrouwen straffen namelijk te soft en houden te weinig rekening met het recht op vergelding, vindt oud-Kamerlid voor de LPF Joost Eerdmans. "Ik heb de indruk dat vrouwen genuanceerder oordelen. Dat kan van invloed zijn op de strafmaat." Zie hierover ook W. Sorgdrager, 'Strafklimaat harder ondanks feminisering', *de Volkskrant*, 6 september 2009.

om meer daders te pakken en snel en consequent te straffen. Niet met torenhoge straffen, maar adequaat in die zin dat er een juiste relatie moet zijn tussen het feit en de straf. Maar de symboliek wint het steeds meer van reëel optreden. Twaalfminners moeten gestraft kunnen worden, volwassenenstrafrecht bij 14-jarigen mogelijk zijn, rechters moeten gebonden worden aan minimumstraffen, opdat ze wel leren streng te straffen. Het vertrouwen in het strafrechtelijk optreden en in de rechterlijke macht is al lang niet meer vanzelfsprekend. Bij het noemen van het Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind denkt men alleen aan ontwikkelingslanden; spreken over de toepassing daarvan in Nederland doet de wenkbrauwen verbaasd optrekken.

Probleem in dit verband is wel het extreem lage ophelderingspercentage van strafbare feiten bij de Nederlandse politie. Streven naar verhoging daarvan is een eerste vereiste, wil het geschokte vertrouwen hersteld kunnen worden.

Waarom wordt iets strafbaar gesteld?

De meeste strafbare feiten in het Wetboek van Strafrecht lijken voor weinig discussie vatbaar. Het strafmaximum dat op die feiten is gesteld geeft wel een indicatie van de 'ergheid' van die feiten. De maxima zijn de laatste jaren ook meermalen verhoogd en verjaringstermijnen zijn verlengd.¹⁴ De automatische vervroegde invrijheidstelling na ommekomst van 2/3 van de straf, ingevoerd aan het einde van de jaren tachtig, is weer teruggedraaid.¹⁵ Artikelen als 141 Sr zijn aangescherpt en voorstellen tot verdere aanscherping zijn onlangs door PVV Kamerlid Helder ingediend, met als te bereiken resultaat: als je erbij bent, ben je erbij.¹⁶ Dit vormt een weerspiegeling van de maatschappelijke opvattingen over criminaliteit. In die zin is het strafrecht ook normstellend en de maximumstraf heeft in dat verband een zekere symboolfunctie. Dat het nu echter niet alleen maar meer om die symbool functie gaat, blijkt uit het feit dat steeds meer ook die maximumstraf wordt opgelegd en verder uit de al genoemde behoefte om minimumstraffen in de wet op te nemen.

14 O.a. Wet van 26 juni 2002, *Stb.* 111 en Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 11 waarbij enkele strafmaxima werden verhoogd, en de wetten van 15 november 2005, *Stb.* 595 en 5 juli 2006, *Stb.* 330 alle betreffende de verlenging van de verjaringstermijn van ernstige delicten; later is artikel 70 Sr wederom gewijzigd en geldt voor alle misdrijven waarop een straf van 12 jaar of meer staat alsmede voor zedendelicten waarbij kinderen betrokken zijn, geen verjaring meer.

15 In 1886 werd de voorwaardelijke (bij goed gedrag) invrijheidsstelling ingevoerd (art. 15 e.v. (oud) Sr), in 1987 werd deze regeling vervangen door de vervroegde invrijheidsstelling (automatische invrijheidsstelling na ommekomst van 2/3 van de straf) (Wet van 26 november 1986, *Stb.* 593) en vervolgens werd dit op 1 juli 2008 weer teruggedraaid en vervangen door de voorwaardelijke invrijheidsstelling (Wet van 6 december 2007, *Stb.* 500 en Wet van 26 november 2009, *Stb.* 525). Aan deze invrijheidsstelling kunnen (algemene en bijzondere) voorwaarden worden verbonden zoals reclasseringstoezicht.

16 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 234, nrs. 1-2.

Het gevoel van onveiligheid is steeds meer een aanjager om iets te doen op het gebied van criminaliteitsbestrijding. Hoewel in cijfers de criminaliteit daalt, is het gevoel van onveiligheid niet afgenomen. Daarop reageert de politiek. Waar vroeger nog wel eens een matigende invloed van sommige partijen uitging, is dat, met het oog op de kiezer – en ik vrees vooral de kiezer waarvan veel media nu spreekbuis zijn geworden – ook gemarginaliseerd. Of alle maatregelen effectief zijn? Dat is nog maar de vraag, maar de indruk van krachtadigheid is voldoende voor het moment. De machteloosheid van de overheid tegenover bepaalde maatschappelijke verschijnselen wordt omgezet in geloof in het strafrecht. Juist op dit punt adviseert de Raad van State nogal eens kritisch. Dat onze adviezen niet altijd met grote vreugde tegemoet worden gezien, begrijpen wij, maar weerhoudt ons er niet van om kritisch te blijven.

5 WETGEVING VOOR DE BÜHNE

Tot nog niet zo lang geleden werd voorzichtig omgegaan met discriminatie van groepen van de bevolking. Soms té voorzichtig, daar ben ik het mee eens. Ik zal hier niet een discussie voeren over integratie en de multiculturele samenleving, maar feit is wel dat sommige problemen waarschijnlijk te lang niet benoemd zijn en dus niet apart beschouwd werden en serieus genomen. Daar zitten we nu wel mee. Maar moet nu een boerkaverbod worden ingevoerd omdat er groepen moslims potentieel gevaar veroorzaken en groepen jongeren lastig zijn? Voor zo'n kleine 200 vrouwen kunnen we dan wel spreken van symboolwetgeving, terwijl die juist voor die groep waarschijnlijk een onevenredig zware uitwerking heeft. Het is tot nu toe gebleven bij twee initiatiefvoorstellen, die nog niet aan de Tweede Kamer zijn voorgelegd, maar over het in het regeerakkoord aangekondigde regeringsvoorstel is inmiddels een advies door de Raad van State uitgebracht.¹⁷

Theorieën die ten grondslag liggen aan de vraag of iets strafbaar gesteld moet worden gelden feitelijk niet meer. Een effectiviteitstoets wordt niet verricht, wetenschappelijk onderzoek, dat door het eigen ministerie van Veiligheid en Justitie wordt verricht, wordt weliswaar in dank ontvangen, maar niet betrokken bij wetsvoorstellen op het gebied van strafrecht. 'Het is nodig' of 'de veiligheidspartners vinden het wenselijk' is nogal eens het hoofdargu-

17 Over alle voorstellen is de Raad van State kritisch, ook als het gaat om gezichtsbedekkende kleding in het algemeen. Het grondrecht op vrijheid van godsdienst is in het geding, waaronder ook de vrijheid valt met betrekking tot het belijden van een godsdienst. De godsdienstvrijheid mag alleen worden beperkt als er sprake is van een dringende noodzaak in een democratische samenleving. Is dat hier het geval? De Raad van State vindt van niet (zie o.a. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 165, nr. 4). In Frankrijk bestaat sinds kort een wet die het dragen van een boerka in de openbare ruimte verbiedt.

ment in de memorie van toelichting bij wetsvoorstellen. Wie wijst op de consequenties van arresten van het EVRM wordt op zijn best als een dogmaticus gezien. Ook de sociaal-maatschappelijke effecten van strafbaarstelling en politietoetreden worden zelden in de toelichting bij een wetsvoorstel besproken. Het gaat daarentegen vaak om snelheid en efficiency. En ook daarbij wordt vaak eenzijdig naar de maatschappelijke effecten gekeken. De snelheid van de afdoening van strafbare feiten is van belang, dat is ontegenzeggelijk een feit. Maar als dat gebeurt in de vorm van een girokaart die je van het openbaar ministerie in de brievenbus krijgt, is het de vraag wat het normatief karakter daarvan nog is.

6 VERSCHUIVINGEN

Het begrip 'rechtsstaat' is niet in beton gegoten. Ingegeven door de tijd en omstandigheden, verschuift het evenwicht tussen de machten. Ging het aanvankelijk om de bescherming van de burger tegen de almachtige overheid, nu gaat het vaak ook om bescherming van burgers tegen elkaar. Ik herinner me nog dat we, ingegeven door het Verenigd Koninkrijk en Spanje, in EU-verband spraken over maatregelen tegen terroristen. Een aantal partijen in het Nederlandse parlement was daar mordicus tegen. En nu we zelf denken dat we met terroristen te maken hebben? De bezwaren tegen inbreuken op de privacy, omgaan met anti-discriminatiebepalingen, rechten van verdachten, koppeling van databestanden en zo meer zijn, laat ik het genuanceerd zeggen, in een wat ander daglicht komen te staan.

We denken anders over eigenrichting; vroeger altijd uit den boze, maar sinds Prins Bernhard de boete heeft betaald van medewerkers van Albert Heijn die een winkeldief mishandelden, zijn de opvattingen verschoven.¹⁸

Het Wetboek van Strafrecht uit 1886 had een klassiek liberaal karakter. Dat wil zeggen: alleen die feiten strafbaar stellen die werkelijk nodig zijn. Moraliteit speelde geen hoofdrol, eerder het schadebeginsel: vanuit de gedachte: je bent vrij te doen en laten wat je wilt, zo lang anderen daarvan geen schade ondervinden. Al vrij snel daarna heeft de ideologie zijn intrede gedaan, te beginnen met de zedelijkheidswetgeving aan het begin van de twintigste eeuw. Lagen daar wetenschappelijke studies aan ten grondslag? Nee. En ik moet u teleurstellen: ook nu is dat niet het geval. Ik denk dat wetenschap in de tweede helft van de twintigste eeuw wat dat betreft haar hoogtepunt heeft beleefd. In de huidige tijd loopt de wetenschapper de kans als buitenaards wezen te worden beschouwd. Het gaat om wat het volk voelt.

18 Zie in dit verband het initiatiefvoorstel tot wijziging van het wetboek van strafrecht van de Kamerleden Teeven en Weekers ter versterking van de positie van een burger die zich op noodweer beroept (*Kamerstukken II* 2007/08, 31 407, nrs. 1-3). Dit initiatief is (nog) niet tot wet geworden.

In dat verband moet ook de kritiek op de uitspraken van het Hof in Straatsburg worden gezien. Die worden soms beleefd als 'blijven steken in de jaren zeventig ideologie'. Een enkele keer kan ik me dat wel voorstellen, maar dan ligt het uiteindelijk toch meer in de toon van de arresten en – en dat is belangrijker – in de interpretatie die er door Straatsburgwatchers aan wordt gegeven. Er wordt namelijk nogal eens vergeten dat de uitspraken een concrete casus betreffen. Het Hof doet er overigens verstandig aan de uitspraken ook zelf niet te veel te veralgemeniseren. Ik zal nu niet de discussie aangaan over de merites van het Hof. We kunnen daar zeker een apart symposium mee vullen en ik neem aan dat die discussie binnen deze universiteit ook wordt gevoerd.

7 COMMUNICATIE

Belangrijk in deze tijd is de wijze waarop een boodschap wordt gebracht. Daarmee heeft niet alleen de politiek van doen, maar (voor wat betreft de samenstelling van wetgeving) in feite iedereen die iets te melden heeft dat niet van nature al goed valt bij Henk en Ingrid. Dus ook de wetenschap en de rechtspraak. Dat gaat niet altijd goed. De essentie van de boodschap hoeft niet te veranderen, maar de toon vaak wel. En er is meer uitleg nodig. Rechtbanken beginnen zich daarvan bewust te worden, maar echt goed is het nog niet. We hoeven alleen maar naar het proces Wilders te kijken om te zien waar het aan schort. Mensenrechtenorganisaties en wetenschappers discussiëren te veel met gelijkgestemden, waardoor de aansluiting met de toepassing nogal eens wordt gemist. Dat is ernstig, want juist in deze tijd is het belangrijk aspecten van mensenrechten voor het voetlicht te brengen. Goede uitleg van het hoe en waarom zal nog steeds bij een groot deel van de samenleving in vruchtbare aarde vallen.

Doet de politiek iets met de wetenschap? Ik vrees van niet. Wetenschappers moeten ook alert blijven. Je kunt je ogen niet sluiten voor maatschappelijke ontwikkelingen en je zult je boodschap steeds moeten ijken en vervolgens verkondigen op een manier die ook begrepen wordt.

Wat moet de rechter in zo'n context? Hij zal moeten meebewegen. Rechtspraak is immers een afspiegeling van de opvattingen in de samenleving. De samenleving. Niet van één groep met de luidste stem, zeg ik met nadruk. De strafrechter is ook niet meer dezelfde als in de jaren tachtig van de vorige eeuw, toen ik nog echt strafrechtjurist was. Er gebeuren soms nu dingen waarvan ik ook sta te kijken. Maar de strafrechter heeft het niet gemakkelijk, ik gaf het al aan: hij moet rekening houden met mediadruk en er tegen bestand zijn. Dat is nog een hele opgave.

Zijn vonnissen worden kritisch bekeken. Te lage straffen zijn uit den boze, de vervolging van Wilders is aan enorme kritiek onderhevig geweest. Wie legt dan uit dat de beklagprocedure er juist voor is om een probleem aan

de rechter voor te leggen? Niet dat het Wildersproces echt goed is geweest voor het onderwerp discriminatie, maar je kunt er ook niet omheen blijven lopen door net te doen of er niets aan de hand is.

De vrijspraak van een verdachte is soms de aanleiding tot nieuwe strakkere wetgeving, een rechter die iemand ten onrechte veroordeelt, zou eigenlijk ontslagen moeten kunnen worden. Wie beoordeelt eigenlijk het functioneren van rechters? Misschien komt het ooit zo ver dat iemand suggereert rechters te kiezen in plaats van te benoemen. Dat zou pas echt democratisch zijn! En niet meer voor het leven, maar voor een bepaalde termijn. Dat geldt immers voor sommige andere rechterlijke colleges ook, zoals het Europese Hof voor de rechten van de Mens. Dus: wie te laag straft, wordt niet herkozen....

Het is niet denkbeeldig dat er inderdaad minimumstraffen worden ingevoerd. Een wetsvoorstel van die strekking heeft in 2012 de Tweede Kamer bereikt en er kan een kamermeerderheid voor bestaan. In sommige Europese landen is dat al het geval en als het al niet door de Nederlandse wetgever tot stand komt, is het de vraag hoe lang dat in Europees verband wordt tegengehouden.

En bij al deze sores komt ook nog de organisatie van de rechtspraak, die steeds meer bureaucratische en management trekken gaat vertonen.

Kortom, het zijn geen gemakkelijke tijden voor de rechtspraak. En ik vrees dat dat ook niet snel anders zal worden.

5 Een onmogelijke opgave: Criteria voor strafbaarstelling vanuit economisch perspectief

B.C.J. van Velthoven

1 INLEIDING

De literatuur over economische criteria voor strafbaarstelling is tamelijk bescheiden. Weliswaar is er door rechtseconomen behoorlijk wat geschreven over de grenslijn tussen private en publieke rechtshandhaving,¹ maar de nadere afbakening tussen het bestuurs- en het strafrecht heeft nog betrekkelijk weinig aandacht gekregen. Uitgaande van ideeën van Shavell² heeft Suurmond³ een voorzet gegeven voor die discussie, Svatikova is recent dieper op de materie ingegaan.⁴ Beiden zijn echter kort over de grondslag voor de afbakening. Suurmond meldt dat “the social objective is the maximization of total well-being in society, where social well-being depends only on the well-being of individuals”, maar hij geeft daar vervolgens geen concretere invulling aan. Daardoor is zijn analyse uiteindelijk toch weer gebaseerd op het door economen breed gehanteerde efficiëntie criterium, het maximaliseren van het saldo van maatschappelijke baten en kosten. Svatikova kiest direct voor dit efficiëntie criterium. Als positivistisch ingestelde wetenschappers laten ze zich verder niet uit over de normatieve grondslag van het veronderstelde maatschappelijke doel.

Daarnaast kan het proefschrift van De Roos genoemd worden.⁵ Hoewel jurist, ontwikkelt hij een reeks criteria voor strafbaarstelling die door het centraal stellen van schade een stevige economische inslag lijken te hebben. Hij voegt daar echter elementen aan toe, zoals het proportionaliteitsbeginsel voor vergelding, die een duidelijk andere herkomst hebben. Al met al blijft daardoor onduidelijk wat de normatieve grondslag van zijn criteria is.

Er is dan ook voldoende reden om nog eens goed te bekijken hoe op economische leest geschoeide criteria voor strafbaarstelling eruit zouden moeten zien.

1 Zie voor een korte samenvatting R. Cooter & Th. Ulen, *Law and Economics*, Upper Saddle River NJ: Pearson 2012, 6th edition, Ch. 12.II.A.

2 S. Shavell, ‘The optimal structure of law enforcement’, *Journal of Law and Economics* 1993, p. 255-287.

3 G. Suurmond, *Enforcing fire safety in the catering industry. An economic analysis* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2008.

4 K. Svatikova, *Economic criteria for criminalization. Optimizing enforcement in case of environmental violation* (diss. Rotterdam), Rotterdam: 2011.

5 Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Dat vraagt allereerst om de keuze van een helder en eenduidig normatief uitgangspunt. Binnen de economie wordt de meest uitgesproken, meest radicale positie ingenomen door Kaplow en Shavell in het boek *Fairness versus Welfare*.⁶ Zij verdedigen de positie dat welvaartsmaximalisatie de voorkeur verdient boven (afzonderlijke) rechtvaardigheidscriteria. In paragraaf 2 licht ik toe wat zij precies verstaan onder maatschappelijke welvaart. In paragraaf 3 illustreer ik aan de hand van een voorbeeld waarom (afzonderlijke) rechtvaardigheidscriteria het pleit verliezen.

In paragraaf 4 behandel ik de kernvraag van deze bijdrage. Is het vanuit economisch perspectief mogelijk een set criteria te ontwikkelen waarmee de gevallen die onder het strafrecht zouden moeten vallen, min of meer eenduidig afgezonderd en onderscheiden kunnen worden van de gevallen die een andere aanpak behoeven?

Paragraaf 5 sluit af met mijn conclusies.

2 MAATSCHAPPELIJKE WELVAART

Voor een eenduidig normatief uitgangspunt doe ik een beroep op Kaplow en Shavell.⁷ Deze twee vooraanstaande rechtseconomen hebben zich intensief bezig gehouden met de vraag welke criteria leidend zouden moeten zijn bij de beoordeling van justitieel beleid. Weinig opmerkelijk kiezen zij voor een welvaartsgerichte benadering. Maar het wordt interessanter als we verder kijken. Want enerzijds geven zij aan het welvaartsbegrip de meest brede invulling die denkbaar is. Anderzijds betogen zij dat er naast welvaartsmaximalisatie geen ruimte is voor (afzonderlijke) rechtvaardigheidsoverwegingen.

Centraal uitgangspunt van Kaplow en Shavell is dat de maatschappelijke welvaart een functie is van het welbevinden (of nut) van de individuele burgers, en van niets anders. Aangenomen wordt dat de maatschappelijke welvaart toeneemt, als het welbevinden van een van de burgers toeneemt. Verder wordt aangenomen dat er bij de bepaling van de maatschappelijke welvaart geen onderscheid wordt gemaakt naar personen, iedereen wordt op een vergelijkbare manier meegenomen.

Hun maatschappelijke welvaartsbegrip kan eenvoudig worden geformaliseerd. Veronderstel dat de samenleving N personen telt. Veronderstel verder dat X een uitputtende beschrijving is van de situatie waarin de samenleving verkeert. X bevat dus informatie over het wel en wee van alle afzonderlijke burgers. Het niveau van welbevinden van persoon i ($i = 1, 2, \dots, N$) wordt aangegeven met U_i . Dit niveau van welbevinden is afhankelijk van de situatie, dus $U_i = U_i(X)$. Het maatschappelijke welvaartsoordeel over situatie X wordt dan gegeven door

$$W(X) = F(U_1(X), U_2(X), \dots, U_N(X)). \quad (1)$$

6 L. Kaplow & S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Cambridge MA and London: Harvard University Press 2002.

7 Kaplow & Shavell 2002, hoofdstuk II.A.

Vergelijking (1) laat duidelijk zien dat de maatschappelijke welvaart alleen afhangt van situatie X , voor zover die situatie invloed heeft op het niveau van welbevinden van de burgers.

Voor de constructie van de maatschappelijke welvaartsfunctie zijn twee stappen nodig. Allereerst moet naar het welbevinden van de afzonderlijke burgers worden gekeken. Daarbij geldt dat alles wat volgens het individu voor hemzelf van waarde is, meetelt. Denk aan de beschikbaarheid van goederen en diensten, vrije tijd, maatschappelijke voorzieningen, de leefomgeving, gevoelens van verbondenheid met medemensen enz. Welbevinden is dus niet beperkt tot materiële genoegens. Sterker, ook morele opvattingen van het individu, bijvoorbeeld ten aanzien van de inkomensverdeling, kunnen een rol spelen in zijn beoordeling van de maatschappelijke situatie.

Vervolgens moeten de beoordelingscijfers van de afzonderlijke burgers worden vergeleken en gewogen. In beginsel kan de maatschappelijke welvaartsfunctie iedere functie zijn die stijgt met het welbevinden van de individuen. Denk bijvoorbeeld aan een functie van de vorm

$$W(X) = U_1(X)^\alpha + U_2(X)^\alpha + \dots + U_N(X)^\alpha, 0 < \alpha \leq 1. \quad (2)$$

Als $\alpha = 1$, is dit niets anders dan de bekende utilitaristische welvaartsfunctie, waarbij de maatschappelijke welvaart wordt gegeven door de optelsom van het welbevinden van de afzonderlijke individuen. Als $\alpha < 1$ worden individuele niveaus van welbevinden minder zwaar meegewogen naarmate ze hoger zijn. De maatschappelijke welvaartsfunctie heeft dan een egalitaire inslag.

De welvaartsbenadering van Kaplow en Shavell reikt aanzienlijk verder dan het traditionele efficiëntie criterium. In een maatschappelijke kosten-batenanalyse worden materiële en immateriële lusten en lasten alleen meegenomen voor zover zij, al was het maar bij wijze van benadering, op euro's gewaardeerd kunnen worden. Dat betekent dat onvermijdelijk bepaalde relevante zaken (denk aan de leefomgeving, de verbondenheid met anderen, morele opvattingen) buiten beeld blijven of hoogstens als pro memorie post worden opgevoerd.

Veel belangrijker is echter dat in het efficiëntie criterium de verdeling buiten de beoordeling blijft (net als eventuele andere aspecten van rechtvaardigheid). Dat ligt heel anders bij de maatschappelijke welvaartsfunctie. Ten eerste kunnen individuen zelf, als onderdeel van hun oordeel over het eigen niveau van welbevinden, rechtvaardigheidsaspecten meenemen als ze daar belang aan hechten. Herverdeling kan een positieve bijdrage leveren aan het welbevinden van die mensen die empathie voelen voor hun minder bedeelde medeburgers. Ten tweede is het aannemelijk dat een euro inkomen niet steeds dezelfde waarde vertegenwoordigt. Bij een afnemend marginaal nut van inkomen zal een herverdeling van rijk naar arm het welbevinden van de armen sterker doen stijgen dan het welbevinden van de rijken daalt.

Ten derde hoeft het individuele niveau van welbevinden niet steeds op dezelfde manier bij te dragen aan de maatschappelijke welvaart. Als er, in de marge, meer gewicht wordt toegekend aan het welbevinden van de minder bedeelden, dan neemt de maatschappelijke welvaart toe als er wordt herverdeeld van degenen die happy zijn met de situatie naar de degenen die redenen hebben om minder happy te zijn.

Kaplow en Shavell ondernemen in hun boek geen poging om de maatschappelijke welvaartsfunctie concreet in te vullen. Dat betekent dat ze voorbijgaan aan een aantal prangende vragen, zoals: (i) Hoe kan het niveau van welbevinden van de afzonderlijke burgers zinvol worden gemeten en worden vertaald in bruikbare cijfers? en (ii) Hoe zou de weging van de individuele oordelen in de maatschappelijke welvaartsfunctie er eigenlijk uit moeten zien? Voor het doel van deze bijdrage, het afleiden van economische criteria voor strafbaarstelling, hoeven we ons over de concrete invulling van de maatschappelijke welvaartsfunctie echter geen zorgen te maken. De algemene formulering van vergelijking (1) volstaat.

3 WELVAARTSMAXIMALISATIE VERSUS RECHTVAARDIGHEID

Kaplow en Shavell pleiten voor welvaartsmaximalisatie als enig beleids criterium. Dat wil zeggen dat het beleid zodanig ingericht moet worden dat de maatschappelijke welvaartsfunctie zijn hoogst mogelijke waarde bereikt, rekening houdend met alle positieve en negatieve effecten van het beleid. Het gaat dus om de resultaten.

Dit criterium van welvaartsmaximalisatie verdient volgens Kaplow en Shavell zonder meer de voorkeur boven (afzonderlijke) rechtvaardigheids criteria. Ze laten zien dat het gebruik van aparte rechtvaardigheids criteria ten koste kan gaan van de maatschappelijke welvaart en er zelfs toe kan leiden dat alle betrokkenen er qua welbevinden op achteruit gaan. Daarnaast betogen ze dat de literatuur over rechtvaardigheids criteria weinig houvast biedt wat betreft de specifieke invulling, de onderbouwing voor het gebruik en de afweging ten opzichte van het welbevinden van de burgers.

Hun standpunt kan handzaam worden geïllustreerd met een simpel cijfer voorbeeld.⁸ Neem aan dat er in een samenleving 100 potentiële delinquen-

8 De structuur van het cijfer voorbeeld is ontleend aan Kaplow & Shavell 2002, paragraaf VI.C.3. Ik hoop dat de lezer bereid is om door de weinig realistische uitgangspunten heen te kijken en te zien waar het in essentie om gaat: Ontdaan van alle praktische moeilijkheden vanwege dataverzameling, empirische toetsing en optimalisatie, hoe verhouden de criteria van welvaartsmaximalisatie en rechtvaardigheid zich tot elkaar? Als de criteria helder en bruikbaar zijn, kan juist een simpel cijfer voorbeeld tonen wat de kern is van de verschillen. Omgekeerd, als een criterium in een simpel voorbeeld al niet voldoende concreet is om te worden toegepast en/of niet werkt zoals beoogd, geeft dat te denken over de werking in een complexere setting.

ten rondlopen. Ze zouden elk een delict kunnen plegen dat voor henzelf een waarde vertegenwoordigt van 75. De schade voor het slachtoffer bedraagt echter 150. Van de 100 potentiële delinquenten zijn er 20 die hun impulsen niet kunnen controleren, de overige 80 zijn wel gevoelig zijn voor de hoogte van het strafrisico. De samenleving kent een opsporingsapparaat dat in staat is een pakkans van 25% te genereren. Als er een straf wordt opgelegd, levert de executie voor de samenleving een kostenpost op van 2 per eenheid straf. De kosten voor de dader bedragen 1 per eenheid straf. Wat is de juiste zwaarte van de straf?

Laten we eerst naar de welvaartsgerichte benadering kijken en aannemen dat de maatschappelijke welvaart wordt gegeven door het saldo van de baten en kosten van de gezamenlijke burgers.⁹ De optimale zwaarte van de straf zou in dat geval 300 eenheden zijn. De verwachte kosten van een sanctie voor een dader komen dan uit op $25\% \times 300 \times 1 = 75$, zodat een delict niet langer lonend is. Van de 100 potentiële delinquenten laten 80 zich door het strafrisico afschrikken, alleen de 20 impulsdaders plegen het delict. Zelf incasseren ze de opbrengst, de slachtoffers zitten met schade. Van de 20 daders lopen er uiteindelijk 5 tegen de lamp, zodat zijzelf en de samenleving met de bijbehorende sanctiekosten worden geconfronteerd. De linkerkolom van tabel 1 geeft de resultaten voor de drie betrokken groepen burgers: daders, slachtoffers en belastingbetalers.

Tabel 1. Twee benaderingen, vertaald in baten (+) en kosten (-)

	Welvaartsmaximalisatie		Rechtvaardigheid	
Daders				
– opbrengst delict	$20 \times 75 =$	+1.500	$100 \times 75 =$	+7.500
– kosten straf	$5 \times 300 \times 1 =$	-1.500	$25 \times 150 \times 1 =$	-3.750
		0		+3.750
Slachtoffers				
– schade	$20 \times 150 =$	-3.000	$100 \times 150 =$	-15.000
Belastingbetalers				
– kosten straf	$5 \times 300 \times 2 =$	-3.000	$25 \times 150 \times 2 =$	-7.500
Saldo samenleving		-6.000		-18.750

Wat nu als de beleidsmakers van oordeel zouden zijn, dat de welvaartsgerichte aanpak niet rechtvaardig is? De verhoudingen zijn immers behoorlijk zoek, doordat de gepakte daders een straf krijgen die twee keer zo zwaar is als de schade die hun gedrag heeft aangericht. Bovendien gaan de andere daders vrijuit. Vanuit het oogpunt van vergelding zou het voldoende zijn dat daders een straf krijgen die in directe relatie staat tot de schade van hun

⁹ Om het rekenwerk niet te compliceren wordt geen nadere invulling gegeven aan de functies U_i en W . Dat tast de kern van het betoog echter niet aan.

handelen. Stel dat die overweging leidt tot een aanpassing van de strafmaat van 300 tot 150 eenheden.

Dat zou betekenen dat de verwachte kosten van een sanctie voor een dader gelijk worden aan $25\% \times 150 \times 1 = 37,5$. Daarmee wordt het delict lonend voor alle potentiële delinquenten. Van de 100 daders worden er 25 gepakt, die de straf van 150 eenheden opgelegd krijgen. De resultaten voor daders, slachtoffers en belastingbetalers zijn zichtbaar gemaakt in de rechterkolom van tabel 1.

Tabel 1 leert dat de vervanging van het welvaarts criterium door een apart rechtvaardigheids criterium verschillende gevolgen heeft. In de eerste plaats krijgen de 5 daders die onder welvaartsmaximalisatie een 'onrechtvaardige' straf van 300 eenheden kregen, nu een 'rechtvaardige' straf van 150 eenheden. Zij gaan er, volgens plan, op vooruit. Maar het blijft niet bij die verandering *ex post*. De maatregel heeft namelijk gedragseffecten. *Ex ante* zien de 80 potentiële delinquenten die onder welvaartsmaximalisatie werden afgeschrikt, mogelijkheden voor lonende delicten ontstaan. De prijs van die aanzuigende werking wordt betaald door de slachtoffers, die met de schade van extra criminaliteit worden geconfronteerd. Verder zien de belastingbetalers de kosten van de criminaliteitsbestrijding toenemen, omdat tegenover de strafverlaging een sterke stijging van het aantal straffen staat. De welvaartsverliezen van slachtoffers en belastingbetalers blijken samen groter te zijn dan de geplande en ongeplande welvaartswinsten van de daders. Per saldo treedt er een daling op van de totale maatschappelijke welvaart.

Op basis van deze resultaten zien Kaplow en Shavell niet in wat er uiteindelijk zo rechtvaardig is aan de straf van 150 eenheden. Weliswaar worden de daders van impulsdelicten minder zwaar gestraft, en dat heeft zeker zijn waarde (al was het maar voor de betrokkenen zelf). Maar de literatuur geeft geen overtuigende argumentatie waarom een rechtvaardige vergelding voor impulsdaders zo belangrijk is, dat deze te allen tijde en ongeacht de grootte van de gevolgen opweegt tegen de extra criminaliteit, de extra schade en de extra collectieve lasten van slachtoffers en belastingbetalers.¹⁰

Natuurlijk heeft het cijfervoorbeeld slechts beperkte, illustratieve betekenis. Daar kan echter meteen aan worden toegevoegd dat het voor Kaplow en Shavell niet meer dan een binnenkomer is. In hun boek gaan ze zeer gedetailleerd en goed gedocumenteerd na of de literatuur (i) voldoende houvast geeft voor een concrete invulling van een afzonderlijk rechtvaardigheids criterium en (ii) dwingende argumenten geeft waarom zo'n rechtvaardig-

10 Dat wil niet zeggen dat Kaplow & Shavell de strafverlaging te allen tijde afwijzen. Als er voldoende burgers zouden zijn die zoveel empathie voelen met daders die een straf moeten ondergaan, dat zij bereid zijn de prijs van meer criminaliteit, meer schade en hogere belastingen te betalen, dan zou de strafverlaging prima passen binnen de welvaartsgerichte benadering. De rechtvaardigheidsbeleving van straf is dan echter geen afzonderlijk criterium, maar vindt via de relevante U_i zijn weg naar de maatschappelijke welvaartsfunctie W .

heids criterium de voorkeur zou verdienen boven een welvaartsgerichte benadering. Die zoektocht levert weinig op. Vanwege de vaststelling dat de toepassing van een afzonderlijk rechtvaardigheids criterium ten koste kan gaan van de maatschappelijke welvaart en er zelfs toe kan leiden dat alle betrokkenen er qua welbevinden op achteruit gaan, concluderen zij dat welvaartsmaximalisatie leidend zou moeten zijn bij het uitstippelen van justitieel beleid.

4 CRITERIA VOOR STRAFBAARSTELLING¹¹

4.1 Inleiding

Ik wil nu bezien of ik via de maatschappelijke welvaartsfunctie van Kaplow en Shavell

$$W(X) = F(U_1(X), U_2(X), \dots, U_N(X)) \quad (1)$$

tot zinnige criteria voor strafbaarstelling kan komen. Ik moet daarvoor een omweg maken, omdat het strafrecht door de toepassing van dwang en vrijheidsstraffen uiteindelijk *ultimum remedium* is. Het wordt dus een kwestie van afstrep en. Eerst breng ik in kaart welke typen gedrag zich eigenlijk lenen voor enigerlei vorm van ingrijpen. Vervolgens bekijk ik van geval tot geval welke vorm van ingrijpen het meest aangewezen is.

Uitgaande van vergelijking (1) ligt het in ieder geval voor de hand om de burgers maximale *individuele vrijheid* te geven bij de invulling van het eigen leven. Ervan uitgaande dat de burgers beter dan anderen weten wat voor henzelf waarde heeft, geeft dat de beste garantie dat de burgers binnen de eigen ruimte en mogelijkheden hun welbevinden U_i optimaliseren.

Verder suggereert vergelijking (1) om de burgers maximale vrijheid te geven bij de totstandkoming van *markt- en ruiltransacties*. Ervan uitgaande dat elke partij dan en slechts dan aan een transactie begint als hij er beter van verwacht te worden, geeft dat de beste garantie dat alle mogelijkheden voor wederzijds voordelige ruil, waarbij zowel U_i als U_j , toenemen, worden benut.

11 Ik heb me laten inspireren door het eerdergenoemde werk van Shavell 1993, Suurmond 2008 en Svatikova 2011. Mijn aanpak wijkt echter op twee punten af. Ten eerste neem ik de brede maatschappelijke welvaartsfunctie van Kaplow & Shavell als uitgangspunt. Ten tweede is mijn kernvraag een andere. Het gaat er mij niet om of er interessante werk velden denkbaar zijn voor het civiele, het bestuurs- en het strafrecht. Wat ik wil weten is of er een set criteria bestaat, waarmee de gevallen die onder het strafrecht zouden moeten vallen, min of meer eenduidig afgezonderd en onderscheiden kunnen worden van de gevallen die een andere aanpak behoeven.

Toepassing van deze regels (ondersteund via bijpassende civielrechtelijke arrangementen) is echter niet voldoende, zo leert de praktijk. Drie typen problemen vragen om een nader antwoord.

Ten eerste zijn niet alle burgers steeds voldoende in staat om de gevolgen van het eigen handelen te overzien. De gemaakte keuzen kunnen dan ten koste gaan van het eigen welbevinden. Gedacht kan worden aan *minderjarigen*. Maar ook meerderjarigen kunnen gebukt gaan onder een *gebrekkige ontwikkeling* of een *ziekelijke stoornis* van de geestvermogens.

Ten tweede kan het gedrag van of een transactie tussen burgers direct of indirect ten koste gaan van het welbevinden van derden. Economen spreken dan van een negatief extern effect. Anders gezegd: er is *schade*. De schade kan het neveneffect zijn, onbedoeld of op de koop toegenomen, van het gedrag of een transactie die anderszins bijdraagt aan de maatschappelijke welvaart. Denk aan geluidsoverlast of aan de aantasting van het natuurlijke milieu op langere termijn. De schade kan ook het hoofdeffect zijn van een moedwillige inbreuk op lijf en bezit van anderen, zoals bij diefstal met geweld.

Ten derde kan het handelen van burgers in strijd zijn met de *morele opvattingen* van derden. Zo kan iemands welbevinden worden geschokt, wanneer hij zich stoort aan het feit dat er medemensen zijn die met hoofddoekjes lopen of hun lijf hebben ontsierd met tattoo's. Men kan ook ontevreden zijn over de uiteindelijke verdeling van bestaansmiddelen in de samenleving. Omdat de mogelijkheden om het eigen leven naar eigen inzicht in te richten in het algemeen niet worden beperkt, is er geen sprake van echte schade.

4.2 Ontoerekeningsvatbaarheid

Over het eerste probleemtype kan ik kort zijn. Wanneer het handelen niet aan de betrokkene toegerekend kan worden, is er weinig reden om het strafrecht van stal te halen.¹² Aannemelijk is dat het opleggen van straf niet tegemoetkomt aan de morele opvattingen van de burgers. Evenmin is een preventief effect te verwachten. Ingrijpen via het strafrecht levert dan geen positieve bijdrage aan de maatschappelijke welvaart en kan vanwege de handhavingskosten beter achterwege blijven. Bij strafbaarstelling dient daarom een algemene uitzondering gemaakt te worden voor normovertredend gedrag van personen die niet verantwoordelijk geacht kunnen worden voor hun handelen.

12 Natuurlijk is er ook een grijs gebied, waarin burgers slechts gedeeltelijk ontoerekeningsvatbaar zijn. Denk aan opgroeiende jongeren in de leeftijd tot 18 jaar. Voor zover het handelen wel toegerekend kan worden, komt een van de twee andere probleemttypen in beeld.

4.3 Schade

Bij het tweede probleemtype, schade, is mogelijk wel een rol weggelegd voor het strafrecht. Maar het strafrecht is niet de enige optie, omdat schadelijk gedrag ook op verschillende andere manieren kan worden aangepakt. Dat vraagt om een nadere afweging. Kernpunten in dat verband zijn het moment en de vorm van ingrijpen.

Interventies kunnen om te beginnen betrekking hebben op verschillende stadia in de totstandkoming van ongewenste resultaten. De overheid kan vooraf ingrijpen door schadelijk of risicodragend gedrag te ontmoedigen of onmogelijk te maken. Denk bijvoorbeeld aan de verkeersdrempels en de alcoholsloten die te hard en onder invloed rijden moeten tegengaan. Er kan ook achteraf worden geïntervenieerd. Zo kan de overheid ingrijpen als het gedrag een feit is. Denk aan de grote aantallen boetes voor te hard en door rood rijden, zonder dat er sprake is van een ongeluk. Maar de interventie kan ook worden uitgesteld tot er daadwerkelijk sprake is van schade. Denk aan civielrechtelijk schadeverhaal en/of strafrechtelijke vervolging bij een ernstig verkeersongeluk.

Verder kan het ingrijpen verschillende vormen aannemen. De overheid kan met eigen uitgaven of met fiscale prikkels schadelijk of risicodragend gedrag ontmoedigen of onmogelijk maken. Denk aan de al genoemde verkeersdrempels, of aan de fiscale stimulering van schone(re) auto's om de CO₂-uitstoot terug te dringen. De overheid kan ook gebruik maken van wet- en regelgeving om het gedrag te verbieden dan wel aan beperkingen te onderwerpen, of om herstel en schadevergoeding af te dwingen. Voor de handhaving kan een beroep worden gedaan op het civiele, het bestuurs- of het strafrecht, elk met eigen kenmerken. Wanneer door een brand in een chemisch bedrijf de omgeving ernstig wordt vervuild, kan de overheid de vergunning intrekken, kan het Openbaar Ministerie de directie vervolgen voor nalatigheid en kunnen de omwonenden schadevergoeding claimen.

Van belang is nu dat elk moment en elke vorm van ingrijpen eigen effecten oproept, direct en indirect, bedoeld en onbedoeld. Een *ex ante* maatregel als een alcoholslot kan worden omzeild door een andere auto te nemen, waarna de automobilist alsnog *ex post* een dodelijk ongeluk kan veroorzaken. Omgekeerd kan de dreiging van een *ex post* maatregel als gevangenisstraf of een plicht tot schadevergoeding de automobilist *ex ante* doen besluiten om toch maar niet te gaan drinken en achter het stuur te kruipen. We kunnen proberen om de diverse effecten in algemene termen te benoemen en de relatieve grootte te schatten. Vaak echter zal empirisch onderzoek nodig zijn om de effecten afdoende te kwantificeren. Bedenk in dat verband bijvoorbeeld dat er in de wetenschap nog altijd debat gaande is over de vraag of gevangenisstraf eigenlijk wel werkt. Laat staan dat er harde gegevens zijn over de effectiviteit van geldboetes en taakstraffen, of van aansprakelijkheidsregels.

Behalve de genoemde effecten zijn nog twee andere aspecten van belang. Ingrijpen, zeker als het succesvol is, vormt een bevestiging en ondersteuning van de bestaande morele opvattingen en kan als zodanig een bijdrage leve-

ren aan de maatschappelijke welvaart. Daar staat tegenover dat ingrijpen onvermijdelijk gepaard gaat met kosten. Welke kosten dat zijn, en wie ze draagt, hangt af van de specifieke interventie. In ieder geval krijgen de (potentiële) daders van ongewenst gedrag te maken met kosten. Ze worden immers beperkt in hun vrijheid, ze moeten zich verantwoorden, ze krijgen sancties opgelegd. In wisselende mate is ook de overheid betrokken bij elk ingrijpen. De rekening daarvan komt bij de belastingbetalers terecht. Een deel van de handhavingskosten kan ten slotte ook bij de slachtoffers belanden. Denk aan de griffierechten en de rechtsbijstand wanneer ze zijn aangewezen op een gang naar de rechter voor schadeverhaal.

Uiteindelijk gaat het erom welk ingrijpen per saldo de grootste bijdrage levert aan de maatschappelijke welvaart. Verder is ook nog van belang of die bijdrage positief is, anders is de samenleving beter af zonder ingrijpen.

Op dit punt rijst de vraag of er a priori bepaalde soorten schadegevallen aangewezen kunnen worden die eigenlijk altijd voor een strafrechtelijke aanpak in aanmerking komen. Anders gezegd, zijn er gevallen waarbij alle andere vormen van ingrijpen kunnen worden afgestreept, ofwel omdat ze geen enkel effect sorteren, ofwel omdat ze in termen van maatschappelijke welvaart evident minder scoren?

Ik begin bij het *civiele recht*. De overheid kan het probleem van de negatieve externe effecten aanpakken met heldere regels over eigendom en aansprakelijkheid. Als iedereen weet wie over welke rechten beschikt, en wie niet, kan een partij die ontevreden is met de situatie in overleg treden met de andere betrokkene(n) en via onderhandeling tot een wederzijds acceptabele oplossing proberen te komen. Dat gaat helaas niet altijd goed, zo leert het Coase-theorema, omdat de transactiekosten te hoog kunnen zijn.¹³ Daarmee is de rol van het civiele recht echter niet uitgespeeld, omdat de benadeelde alsnog naar de rechter kan stappen.

Algemeen gesteld kan het civiele recht goede diensten bewijzen als er door een aanwijsbare dader direct schade wordt toegebracht aan een aanwijsbaar slachtoffer. Het slachtoffer is dan in de positie om de dader aan te spreken. Wanneer slachtoffers in voldoende mate herstel of schadevergoeding weten af te dwingen, kan het recht naar behoren zijn preventieve werking vervullen. Meer precies is het civiele recht op zijn plaats in gevallen waar

- het slachtoffer in staat is, financieel en emotioneel, om een procedure te beginnen;
- de identiteit van de dader bekend is;
- het causale verband tussen het gedrag van de dader en de schade aanmerkelijk te maken is;
- de schade qua aard en omvang bepaald kan worden en vatbaar is voor herstel of compensatie; en

13 Zie bijv. B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2007, 4e druk, hoofdstuk 3.

- de dader over voldoende middelen beschikt om zijn verplichtingen na te komen.

Vanuit maatschappelijk perspectief heeft het civiele recht dan zonder meer de voorkeur, omdat er alleen actie wordt ondernomen als dat aangewezen is en de handhavingskosten beperkt kunnen blijven.

Het civiele recht is daarentegen niet afdoende, als niet aan de genoemde set voorwaarden wordt voldaan.

- Het kan zijn dat de *middelen van het slachtoffer* tekortschieten om een rechtszaak te beginnen.¹⁴
- Er kan ook sprake zijn van een *afhankelijkheidsrelatie* tussen slachtoffer en dader, waardoor het slachtoffer niet vrij is of zich niet vrij voelt om de zaak aan te kaarten.
- Een civiele rechtsgang kan evenmin van de grond komen als de identiteit van de *dader onbekend* is,
- of als er *onvoldoende bewijs* is voor diens schuld.
- De schade voor het slachtoffer kan zo *ernstig* zijn, dat deze niet compensabel is. Denk aan een grove inbreuk op de lichamelijke integriteit.
- De schade kan ook *moeilijk grijpbaar* zijn, zoals bijvoorbeeld bij gevoelens van onveiligheid en krenking.
- Van herstel en compensatie komt ook weinig terecht in gevallen waarbij de schade zich pas in de *toekomst* materialiseert of in gevallen van *collectieve* schade waarbij elk slachtoffer slechts een relatief gering deel van de totale last te dragen krijgt. De slachtoffers zijn dan immers (nog) niet in de gelegenheid om een rechtsgang te starten of ze hebben (te) weinig animo om de kastanjes voor anderen uit het vuur te halen.
- Ten slotte dient de dader in staat te zijn tot *nakoming* van de rechterlijke uitspraak. Van een kale kip is het nu eenmaal lastig plukken.

Al deze gevallen hebben gemeen dat de dader niet of niet altijd tot volledig herstel of compensatie van de door zijn gedrag aangerichte schade wordt gedwongen. Dan komen de *publieke vormen* van overheidsingrijpen in beeld: preventieve uitgaven, fiscale prikkels, bestuursrechtelijke regulering en strafrechtelijke handhaving.

Met publiek ingrijpen worden in ieder geval de eerste van de zojuist genoemde probleemgevallen opgelost. Omdat het slachtoffer niet meer zelf in actie hoeft te komen, spelen een mogelijk beperkt vermogen en een eventuele afhankelijkheidsrelatie met de dader geen rol.

14 Opgemerkt moet worden dat de toegang tot de rechter mede afhankelijk is van de keuzen die de overheid maakt ten aanzien van de hoogte van de griffierechten, de verplichte procesvertegenwoordiging, de proceskostenvergoeding en de gesubsidieerde rechtsbijstand. Ik ga daar verder niet op in. Voor zover deze arrangementen verantwoordelijk zijn voor een tekortschietende toegang tot de rechter, vormt dat op zich geen reden om het strafrecht in te roepen. De handhavingskosten zijn dan ongetwijfeld hoger.

Voor de andere probleemgevallen kan het strafrecht in beginsel een bruikbare oplossing vormen. Zo kunnen met het opsporingsapparaat van politie en justitie onbekende daders worden opgespoord en de bewijzen van hun schuld worden verzameld. Het wordt mogelijk om sancties op te leggen, die verder reiken dan de omvang van de schade. Als geldelijke sancties niet voldoen, vanwege de beperkte draagkracht van de dader en/of vanwege aard en omvang van de schade, kan gevangenisstraf worden opgelegd. En de sancties worden extra verzwaard doordat er een maatschappelijk stigma aan het strafrecht verbonden is. Het gevolg is dat ook bij een pakkans die aanzienlijk kleiner is dan 100%, een zodanig zware sanctie opgelegd kan worden dat de schade in de vorm van een verwachte straf aan de dader doorberekend kan worden.¹⁵

Maar zo eenvoudig is het in de praktijk niet.

- Om allerlei redenen is de preventieve werking niet optimaal. Denk aan impulsieve of onvolledig geïnformeerde daders. Dat betekent dat er maatschappelijk ongewenst gedrag plaats vindt, dat sommige daders worden gepakt, en dat er straffen ten uitvoer gebracht moeten worden. De executiekosten van gevangenisstraffen zijn echter aanzienlijk. Daar komen de kosten bij van opsporing, vervolging en berechting. Die zijn extra hoog vanwege de hogere eisen aan de procedure en de bewijsvoering om te voorkomen dat onschuldige burgers worden blootgesteld aan de vrijheidsbeneming en het stigma van het strafrecht. En de kosten worden verder verhoogd doordat daders er vanwege de zwaarte van de sancties belang bij hebben om zich extra in te spannen om aan politie en justitie te ontkomen.

Al met al zijn de *handhavingskosten* van de strafrechtelijke aanpak aanzienlijk. De vraag doet zich op of het goedkoper kan.

- In sommige situaties kan de *verwachte straf* die met het strafrecht gegenereerd kan worden, toch nog *onvoldoende* zijn.

Zo weten we dat onveilig werken in de horeca (Volendam), bij de voedselproductie (EHEC-kiemgroenten) of op de werkplek (Amercentrale) aanleiding kan geven tot meer dodelijke slachtoffers tegelijk. Het is niet ondenkbaar dat de maximale straf die achteraf opgelegd kan worden, gewogen met de kleine kans dat een dergelijke catastrofe optreedt, te weinig tegendruk geeft om het onveilige werken uit te bannen.

Ook de pakkans kan in de praktijk te klein zijn. Bij veel gezondheids- en milieuschades is het behoorlijk lastig om deze te herleiden naar de bron. Longkanker bijvoorbeeld kan vele oorzaken hebben, zoals genetische aanleg, een rookverslaving als gevolg van onjuiste/tendentieuze reclame, meer roken, blootstelling aan asbest enz. Het achteraf aanspreken van de schuldigen wordt dan een schier onmogelijke opgave.

15 Voor de zwaarte van de sanctie f zou in beginsel uitgaande van risiconutraliteit moeten gelden: $f = S/p$, met S de schade en p de pakkans. Voor de verwachte straf geldt dan $p \times f = S$.

In dergelijke gevallen doet de vraag zich op of eerder ingrijpen niet beter is. Denk aan het zwaar belasten van rookwaar, of aan vergunningen en veiligheidscontroles op de werkplek. Bij eerder ingrijpen is de kans op ontdekking van onveilige situaties mogelijk een stuk groter, zodat kan worden volstaan met een aanzienlijk lagere sanctie om toch het gewenste gedrag te kunnen afdwingen.

- De verwachte straf kan ook te weinig afschrikkende werking hebben, als duidelijk is dat een groot deel van de *schade* pas in de *toekomst* zichtbaar zal worden. Denk aan de asbestproblematiek van de afgelopen decennia, of meer recent aan het overmatige gebruik van zout/vet/suiker in voedingsmiddelen. De gezondheidsgevolgen worden pas zoveel decennia later zichtbaar, dat de oorspronkelijke bestuurders en aandeelhouders al lang en breed gecashd hebben en niet meer aangesproken kunnen worden. Eerder ingrijpen leidt dan waarschijnlijk tot gunstigere maatschappelijke resultaten.
- Bij strafrechtelijk ingrijpen geldt het legaliteitsbeginsel, dat wil zeggen: de burger moet van te voren weten dat bepaald gedrag niet acceptabel is. Dat veronderstelt weer dat de overheid van te voren in staat is om duidelijk te formuleren welk gedrag maatschappelijk ongewenst is. Bij diefstal, verkrachting en moord lukt een en ander, en bij rijden onder invloed ook. Maar bij heel veel veiligheids- en milieuvoorschriften in de horeca, de industrie, de voedselproductie, de gezondheidszorg enz. ligt dat minder eenvoudig. Vaak gaat het daar niet om de handeling zelf, die een onmisbare bijdrage levert aan een gewenst eindproduct, maar om de zorg waarmee de handeling wordt omgeven. Vaak ook is de dader niet op de hoogte van het risico dat is verbonden aan zijn manier van handelen, noch van alle *ins* en *outs* van de complexe regelgeving. Het kan dan zinvol zijn als de overheid de regels flexibel ontwikkelt in samenspraak met het betrokken werkveld en zich een educatieve rol toebedeelt bij de kennisverspreiding. Aldus kunnen *informatietekorten* aan beide zijden worden ondervangen en de naleving van werkbare regels worden bevorderd.

Samengevat: er zijn diverse soorten schadegevallen die voor publiek ingrijpen in aanmerking komen, maar die blijken lang niet allemaal geschikt te zijn voor strafrechtelijk ingrijpen. Soms lijken preventieve maatregelen, fiscale stimuli of bestuursrechtelijke regulering meer op hun plaats. Dat brengt mij terug bij het afstrepen. Is het mogelijk om min of meer eenduidige criteria op te stellen, waarmee kan worden nagegaan of een bepaald type schadelijk of risicodragend gedrag onder het strafrecht zou moeten vallen dan wel in aanmerking komt voor een andere vorm van publiek ingrijpen?

Het antwoord is, vrees ik, ontnuchterend. Nee, dat kan niet. Neem de diverse gevallen waarin het civiele recht niet voldoet en bekijk deze nogmaals in het licht van de bovenstaande praktische kanttekeningen.

- Als de *dader onbekend* is of als er onvoldoende bewijs is voor diens schuld, kan dat twee oorzaken hebben. Enerzijds kan de dader willens

en wetens hebben gehandeld en zijn identiteit en betrokkenheid zoveel mogelijk hebben proberen af te dekken. Dan ligt strafrechtelijke opsporing en vervolging het meest voor de hand. Anderzijds kan het causale verband achteraf niet goed te reconstrueren zijn, omdat er meer mogelijke oorzaken zijn en/of de daders zich onvoldoende bewust waren van de risico's. Dan bieden preventie en bestuursrechtelijke interventie waarschijnlijk betere resultaten.

- Als voor de *schade* geen afdoende civiele compensatie kan worden verkregen, omdat ze *te ernstig, moeilijk grijpbaar of collectief* is, kan het strafrecht een bruikbaar alternatief bieden. Maar het criterium is bepaald niet eenduidig, omdat het strafrecht geen soelaas lijkt te bieden voor de aanpak van schades zoals die ten gevolge van asbest of de recente EHEC-besmetting.
- Om het risico van schades *in de toekomst* in te perken, bieden preventieve maatregelen en bestuursrechtelijke regulering bruikbare handvatten. Maar dat sluit het strafrecht niet zonder meer uit. Wanneer het verband met de schade voldoende vaststaat, kan er ook voor worden gekozen om de risicodragende handelingen strafrechtelijk aan te pakken. Zo is het alleszins denkbaar om op de productie en verkoop van tabakswaaren een stevige gevangenisstraf te zetten.
- Als de dader niet over de *financiële middelen* beschikt om de schade te vergoeden, kan het strafrecht inspringen met de zware sanctie van gevangenisstraf plus stigma. Maar ook het bestuursrecht beschikt over zware sancties, zoals intrekking van een vergunning en stillegging van het bedrijf. Bovendien verliest een beperkte draagkracht van de dader aan betekenis, naarmate eerder wordt ingegrepen en kan worden volstaan met een lagere sanctie.

Kortom, er is een vloeiende grens tussen wat in aanmerking komt voor een strafrechtelijke aanpak en wat meer geschikt lijkt voor een andere vorm van publiek ingrijpen. Waar de grens het beste gelegd kan worden, moet van geval tot geval bekeken worden. Daarbij moeten ook de *handhavingskosten* nadrukkelijk in de beschouwing betrokken worden. Want op dat punt is het beeld evenmin eenduidig. Duidelijk is dat een strafrechtelijke benadering relatief kostbaar is. Maar preventieve maatregelen en bestuursrechtelijke regulering zijn mogelijk niet veel goedkoper. Immers, strafrechtelijk ingrijpen blijft veelal beperkt tot de gevallen waar risicovol gedrag daadwerkelijk uitmondt in schade, terwijl bij eerder ingrijpen in beginsel alle gevallen van risicovol handelen moeten worden gevolgd.

Uiteindelijk is het dus ondoenlijk om in zijn algemeenheid de verschillende vormen van publiek ingrijpen van elkaar af te grenzen. Van geval tot geval moet er een afweging worden gemaakt op basis van deugdelijke empirische kennis over enerzijds de effectiviteit van de verschillende vormen van ingrijpen, en als afgeleide daarvan hun bijdragen aan het welbevinden van de burgers, en anderzijds de handhavingskosten. Helaas is de beschikbare kennis ter zake nog buitengewoon fragmentarisch, zodat voor afwegingen in concrete gevallen veelal met een natte vinger zal moeten worden volstaan.

4.4 Morele opvattingen

In paragraaf 4.1 is gesignaleerd dat het handelen van burgers ook invloed kan hebben op het welbevinden van medeburgers zonder dat er sprake is van echte schade. De medeburgers kunnen zich namelijk in hun morele opvattingen tekortgedaan voelen.

Omdat er in het algemeen geen sprake zal zijn van een inbreuk op een recht, biedt een civiele procedure weinig of geen soelaas. Welke vorm van publiek ingrijpen is aangewezen, hangt af van de aard van de morele opvattingen. Als de wens naar een rechtvaardige(r) verdeling van bestaansmiddelen breed wordt gedeeld, kan de overheid denken aan fiscale maatregelen of aan subsidies en uitkeringen. Ook kan ze proberen om achterstandssituaties met gerichte uitgaven aan te pakken (denk aan extra scholing, betere huisvesting enz.). Het strafrecht is daarbij niet in beeld.

Dat wordt anders als het gedrag van sommige burgers de gevoelens van anderen zodanig schokt, dat zij het gedrag op grond van hun morele opvattingen graag verboden zouden zien. Zo'n verbod vergroot het welbevinden van de ene groep burgers, maar tast tegelijk het welbevinden van de andere groep burgers aan. Afhankelijk van de betrokken aantallen burgers en de intensiteit van hun voorkeuren en opvattingen, kan de maatschappelijke welvaart per saldo toe- of afnemen. Bij een toename past het verbod binnen de welvaartsgerichte benadering. Goed voorbeeld is (was?) het bestaande verbod op hulp bij zelfdoding.

Daar wil ik voor alle duidelijkheid enkele opmerkingen aan toevoegen. Ten eerste moet de intensiteit van de voorkeuren en opvattingen écht zijn en serieus in verband staan met het niveau van welbevinden. Het blijft dus verstandig om te bekijken "of het inderdaad gaat om morele oordelen die die naam verdienen en niet om vooroordelen, rationalisaties, puur emotionele reacties of napraterij."¹⁶ Ten tweede zal een verbod de welvaartstoets minder snel doorstaan, naarmate de vrijheid van de betrokken burgers sterker wordt ingeperkt. Het is dus zeker niet zo dat de meerderheid met de toets altijd zijn zin krijgt. Ook zal de toets niet gauw ruimte bieden voor een inperking van vrijheden binnen de eigen leefomgeving zonder publieke zichtbaarheid. Verder moet, juist vanuit welvaartspectief, worden bezien of een tussenpositie tussen alles of niets denkbaar is die al met al beter scoort. Denk aan het plegen van abortus, dat in Nederland niet strafbaar is zolang wordt voldaan aan de voorwaarden uit de Wet afbreking zwangerschap. Ten slotte liggen de voorkeuren en opvattingen niet voor eeuwig vast. Partijen kunnen hun posities toelichten en met elkaar in gesprek gaan, om te proberen de scherpe kantjes eraf te halen.

16 De Roos 1987, p. 46.

5 CONCLUSIES

Uitgaande van het allesomvattende normatieve criterium van maximalisatie van de maatschappelijke welvaart zie ik twee hoofdredenen om bepaalde vormen van gedrag strafbaar te stellen.

In de eerste plaats kan strafrechtelijk ingrijpen zijn aangewezen op grond van morele opvattingen. Van belang is dat er goed wordt getoetst of er sprake is van echte preferenties en opvattingen, dat er een behoorlijke afweging wordt gemaakt van het welbevinden van de betrokken groepen burgers, en dat er een open oog is voor tussenoplossingen.

In de tweede plaats kan er reden zijn voor strafrechtelijk ingrijpen als het handelen van burgers schade oplevert voor medeburgers. Schadelijk of risicodragend gedrag kan echter ook op andere manieren worden aangepakt, zodat een nadere afweging nodig is. Het civiele recht volstaat als er door een aanwijsbare dader direct schade wordt toegebracht aan een aanwijsbaar slachtoffer. Voorwaarden zijn dat het slachtoffer financieel en emotioneel in staat is een procedure te beginnen, de schuld van de dader aannemelijk te maken is, de schade qua aard en omvang vatbaar is voor herstel of compensatie, en de dader over voldoende middelen beschikt om zijn verplichtingen na te komen. Is niet voldaan aan die set voorwaarden, dan komen de publieke vormen van ingrijpen in beeld: preventieve uitgaven, fiscale prikkels, bestuursrechtelijke regulering of strafrechtelijke handhaving. Een nadere afbakening van de gedragingen die voor strafrechtelijke interventie in aanmerking komen, blijkt in zijn algemeenheid onmogelijk. Er is een vloeiende grens tussen wat in aanmerking komt voor een strafrechtelijke aanpak en wat meer geschikt lijkt voor een andere vorm van publiek ingrijpen. Van geval tot geval moet er een afweging worden gemaakt op basis van deugdelijke empirische kennis over enerzijds de effectiviteit van de verschillende vormen van ingrijpen en anderzijds de handhavingskosten. Daarbij kunnen de inzichten van de traditionele, positieve economiebeoefening van grote waarde zijn.¹⁷

17 Voor een voorbeeld kan met name worden verwezen naar de uitgebreide economische literatuur over de effecten en kosten van het strenge Amerikaanse drugsbeleid. Die literatuur wordt handzaam samengevat in H. Winter, *The Economics of Crime. An introduction to rational crime analysis*, London and New York: Routledge 2008, p. 82-96. Winter (o.c., p. 93) stelt vast: "When putting together the costs and benefits of drug prohibition, many economists conclude that a strong case can be made for the legalization of drugs." Zie ook E.M. Shepard & P.R. Blackley, 'Economics of crime and drugs: prohibitions and public policies for illicit drug control', in: B. L. Benson & P. R. Zimmerman (eds.), *Handbook on the Economics of Crime*, Cheltenham and Northampton MA: Edward Elgar 2010, p. 249-275.

1 INLEIDING: STRAFRECHTELIJKE KOLONIALISERING VAN HET VOORVELD

De laatste jaren bestaat veel aandacht voor gedragingen die op zichzelf bezien misschien nog niet zo strafwaardig zijn, maar gelet op de kans dat ten gevolge van dit handelen een ernstig strafbaar feit zou kunnen worden begaan, toch strafbaar wordt gesteld. In de strafrechtelijke literatuur worden dergelijke delicten onder de zogeheten voorfase geschaard.² Er wordt ook wel worden gesproken van het voorveld,³ het terrein dat vóór het vanouds door het strafrecht bestreken terrein ligt. Dat terrein wordt bestreken door de krenkingsdelicten. Naar verloop van tijd heeft het strafrecht zich steeds meer begeven op het terrein waar van krenking of – in de terminologie van deze bijdrage – schade nog geen sprake is. We zouden kunnen zeggen dat een ‘kolonialisering’ heeft plaatsgevonden van het voorveld, een gebied waarin het strafrecht zich lange tijd niet werd geacht te begeven. Dit kan als volgt worden uitgewerkt. Een kolonisator begint met het stichten van enkele voorposten. Die voorposten behoorden enige tijd tot de afgelegen, meer exotische onderdelen van het rijk, die – om dit op het strafrecht te betrekken – het eigenlijke strafrecht niet wezenlijk beïnvloeden en waar het commune strafrecht zich tegelijkertijd verre van houdt. Langzamerhand begint de aantrekkingskracht van de voorposten groter te worden en worden de banden met het gewone strafrecht steviger en ontstaat wederzijdse beïnvloeding. De voorposten beginnen te gedijen en breiden zich uit, om uiteindelijk een (zeer) groot terrein te omvatten. Op enig moment is het voorveld zelfs een min of meer vanzelfsprekend onderdeel van het strafrecht geworden.

Het voorgaande laat allereerst zien dat de strafrechtelijke voorfase al een tijd onderdeel is van het strafrecht. De strafbaarheid van de poging, de samenspanning en de consecutieve medeplichtigheid alsmede de strafbaarstelling

1 Delen van deze bijdrage verschenen eerder in J.M. ten Voorde, ‘Het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme getoetst aan criteria voor strafbaarstelling in de voorfase’, *DD* 2012, p. 94-112

2 Zie B.F. Keulen, ‘Prutswetgeving’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen et al. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011, p. 323-334; B.F. Keulen, ‘Over voetbal, voorbereiding en samenspanning’, *NJB* 2009, p. 1897-1901.

3 Zie D. Roef, ‘Strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de risicomaatschappij’, in: P.L. Bal, E. Prakken & G.E. Smaers, *Veiligheid of vergelding?*, Deventer: Kluwer 2003, p. 39 die spreekt van *Vorfeldkriminalisierung*.

van zogeheten gevaarzettingsdelicten laten zien dat de wetgever zich al in 1886 bewust was van het belang van strafbaarstellingen in de voorfase. Naar verloop van tijd zien we dat het voorveld steeds meer door de wetgever is geëxploreerd: via de uitbreiding van de samenspanning en diverse delicten tegen de openbare orde in het Interbellum,⁴ de gestage uitbreiding van gevaarzettingsdelicten als gevolg van nieuwe technologische ontwikkelingen⁵ naar de toenemende aandacht voor de voorbereiding van in (al dan niet) georganiseerd verband gepleegde misdrijven.⁶

Daarnaast blijkt dat strafbaarstellingen in de voorfase steeds vanzelfsprekender zijn geworden. Bekend is de opmerking van de minister van Justitie bij de invoering van strafbare voorbereidingshandelingen in de Opiumwet (art. 10a): 'Wij beogen (...) zeer beslist geen precedentwerking.'⁷ Daaruit lijkt nog een zekere schroom met betrekking tot de invoering van delicten in de voorfase te bestaan. De invoering (en latere uitbreidingen) van art. 46 Sr leert dat die schroom geen lang leven beschoren was. Inmiddels lijkt de wetgever strafbaarstellingen in de voorfase volstrekt normaal te vinden. Zo kan worden gewezen op de recente invoering van de art. 134a (strafbaarstelling van deelneming en medewerking aan training voor terrorisme), 141a (strafbaarstelling van medeplichtigheid aan geweldpleging) en 248e (strafbaarstelling van grooming) Sr⁸ en het wetsvoorstel dat beoogt aan de Opiumwet een nieuw art. 11a toe te voegen (strafbaarstelling van handelingen ter voorbereiding of vergemakkelijking van hennepsteelt).⁹ Verschillende van deze bepalingen zullen in deze bijdrage ter illustratie terugkeren.

Hoewel het kolonialisieren van het voorveld voor de wetgever kennelijk volstrekt vanzelfsprekend is geworden, is dat vanuit een meer wetenschappelijke invalshoek niet onmiddellijk het geval. Het is echter opvallend dat binnen de Nederlandse strafrechtsdogmatiek relatief weinig aandacht is besteed aan criteria voor strafbaarstelling van voorfasedelicten. Dat zou enerzijds verband kunnen houden met de opvatting dat dergelijke delicten dogmatisch eigenlijk te problematisch zijn, iets dat verband zou kunnen houden met een wat strikte opvatting van wat strafbaar zou mogen worden gesteld

4 Resp. Wet van 28 juli 1920, *Stb.* 619 en Wet van 19 juli 1934, *Stb.* 405.

5 Zie E.F. Stamhuis, *Gemeen gevaar* (oratie Open Universiteit), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 13.

6 Zie A.N. Kesteloo, *Deelneming aan een criminele organisatie. Een onderzoek naar de strafbaarstellingen in artikel 140 Sr* (diss. Open Universiteit), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011. *Handelingen II*, 24 april 1985, p. 4640.

7 Wet van 12 juni 2009, *Stb.* 245, Wet van 7 juli 2010, *Stb.* 325 en Wet van 26 november 2009, *Stb.* 544. Zie hierover resp. Ten Voorde 2012, Keulen 2009, Keulen 2011 en R.S.B. Kool, 'Better safe, than sorry? Over de legitimiteit van strafbaarstelling van seksueel corrumpen van minderjarigen en grooming', *DD* 2010, p. 1264-1294.

9 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 842, nrs. 1-6. Zie hierover M. Borgers en E. van Poecke, 'Op weg naar het einde: de strafbaarstelling van voorbereiding en vergemakkelijking van professionele hennepsteelt', *Ars Aequi* 2012, p. 171-181.

en wat niet.¹⁰ Anderzijds zouden voorfasedelicten kunnen appelleren aan onze 'common sense', zodat het niet nodig zou zijn er al te veel aandacht aan te besteden.¹¹ Welke verklaring ook kan worden gegeven, het toenemend belang van voorfasedelicten in het strafrecht vraagt om wetenschappelijke aandacht.¹² Het is tijd om na te gaan op grond waarvan gedragingen in het voorveld strafbaar zouden mogen worden gesteld.

In paragraaf 2 worden de begrippen schade en gevaar voor schade uiteengezet. Vervolgens wordt in paragraaf 3 de zogeheten standaard schade analyse beschreven en opgesteld voor voorfasedelicten. In paragraaf 4 worden de criteria voor strafbaarstelling in de voorfase verder uiteengezet. Bij het voorgaande zij opgemerkt dat voor het formuleren van criteria voor strafbaarstelling gebruik is gemaakt van Angelsaksische literatuur, nu de problematiek van voorfasedelicten daar wel tot discussie over criteria voor strafbaarstelling heeft geleid die, niet-tegengaande de verschillen tussen de common law en civil law traditie, ook voor het Nederlandse debat interessante gezichtspunten oplevert.

2 SCHADE EN SCHADEBEGINSEL

2.1 Een omschrijving van schade

In de strafrechtsdogmatiek worden twee antwoordrichtingen gegeven op basis waarvan gedragingen in de voorfase strafbaar zouden mogen worden gesteld: één op basis van het concept rechtsgoederen en één op basis van het schadebeginsel. Vanwege de dominantie van het schadebeginsel, zal ik daarvan in het vervolg van deze bijdrage uitgaan.¹³

10 Vgl. M.S. Groenhuijsen, 'Criteria voor strafbaarstelling', *DD* 1993, p. 1-6.

11 Zie P. Ramsay, 'Preparation Offences, Security Interests, Political Freedom', in: R.A. Duff et al. (eds.), *The structures of the Criminal Law*, Oxford [etc.]: Oxford University Press 2011, p. 204.

12 Zie ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 73; J. Remmelink, *mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 96.

13 Zie voor kritiek op het schadebeginsel o.a. B. Harcourt, 'The Collapse of the Harm Principle', *Journal of Criminal Law & Criminology* 1999, p. 109-194 die wijst op een proliferatie van het schadebeginsel, waar steeds meer gedragingen onder kunnen worden geschaard. Die kritiek is niet nieuw en heeft goede papieren, maar miskent ook dat schade, op de wijze zoals door J.S. Mill als eerste werd geformuleerd, geen eenduidig begrip is, maar afhankelijk van, onder andere, de aard van de gedraging nader moet worden afgebakend. Hoe eenvormiger het schadebegrip en het daaruit voortvloeiende schadebeginsel, hoe minder flexibel en hoe minder bruikbaar het (voor het strafrecht) is. Dat zou problematischer zijn dan de o.a. door Harcourt gesignaleerde proliferatie.

Simester en Von Hirsch omschrijven schade als ‘a diminution of the kinds of things that make one’s life go well’. Schade leidt ertoe dat de vooruitzichten van het leven van een ander zijn verslechterd, in fysieke, materiële of immateriële zin, terwijl die ander een gerechtvaardigde claim had dat die schade hem niet mocht worden toegebracht, terwijl de door een verantwoordelijke persoon toegebrachte schade niet kan worden gerechtvaardigd. De toegebrachte schade moet het leven van een ander of anderen voor kortere of langere tijd al dan niet ingrijpend hebben veranderd.¹⁴ Er kan meestal van schade worden gesproken in geval van slachtofferschap, dat wil zeggen dat de persoonlijke of fysieke bronnen van een ander al dan niet ernstig zijn geschaad. Maar ook als die niet direct zijn geschaad en een slachtoffer dus niet (onmiddellijk) aanwijsbaar is, kan (indirect) sprake zijn van schade. Dat brengt het woord verandering tot uitdrukking. Het gaat bij schade niet alleen om een aanwijsbaar slachtoffer, maar – voor wat het strafrecht betreft – om een wederrechtelijke wijziging in de toestand als gevolg van de handeling van de dader, terwijl de dader enige mate van controle had over de wijze waarop en de mate waarin die verandering teweeg werd gebracht.¹⁵ Van verandering zal veelal sprake zijn wanneer de persoonlijke of fysieke bronnen van een ander of anderen daadwerkelijk zijn geschonden. Het gebruik van verandering maakt het mogelijk om onder schade meer te verstaan dan de daadwerkelijke aantasting van lijf, leven of goed. Dat leidt er in het kader van het strafrecht toe dat meer gedragingen onder het bereik van de strafwet kunnen vallen dan wanneer een beperkte betekenis aan schade wordt gegeven. Dat maakt een proliferatie van wat strafbaar wordt gesteld mogelijk en is precies waar critici van het schadebeginsel voor waarschuwen. Om proliferatie te voorkomen moeten extra argumenten worden geformuleerd om te bepalen of een bepaalde handeling wederrechtelijk is. Daarbij geldt als

14 A.P. Simester en A. von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2011, p. 36.

15 Wederrechtelijkheid en controle (zie A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Antwerpen/Apeldoorn, Maklu 2008, p. 159 e.v.) vormden ook voor de wetgever van het Wetboek van Strafrecht van 1886 belangrijke uitgangspunten voor strafbaarstelling (H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, deel I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881, p. 11, 339). Waar de wetgever toen vrij zeker was wat wederrechtelijk handelen inhoudt (Smidt 1881, p. 22, 58), is die zekerheid verloren geraakt. Dat brengt de noodzaak van criteria voor strafbaarstelling ter invulling van wederrechtelijkheid met zich mee. Dat geldt ook voor controle, die steeds vaker in termen van zorgplichten wordt omschreven. Te bepalen welke mate van controle van een justitiabele bij een bepaalde handeling mocht worden geleverd en hoe aan die controle inhoud wordt gegeven, is *ex post* vanzelfsprekend een taak voor de rechter, maar *ex ante* ook voor de wetgever die bij de totstandkoming van een wettelijke regeling al inzicht kan geven in het belang en de inhoud van controle voor de bepaling van strafbaarheid. Het belang van de mate en de inhoud van controle die van een justitiabele wordt geleverd te bepalen is door veel auteurs die zich met criteria voor strafbaarstelling hebben beziggehouden, niet altijd even duidelijk voor het voetlicht gebracht. Dat is, vanwege het benaderen van intentie en overtuiging, voor strafbaarstellingen in de voorfase niet onproblematisch. Ik kom hier op terug.

ondergrens dat noch een gedachte noch een overtuiging strafbaar kan worden gesteld; zij brengen namelijk helemaal geen verandering teweeg.

2.2 Gevaar en risico voor schade

Uit de vorige subparagraaf blijkt dat aan schade een vrij ruime betekenis kan worden gegeven. Het is mogelijk ook van schade te spreken als het gevolg nog niet is ingetreden. Zo wordt ook aangenomen dat het bereik van het schadebegrip zo ruim is dat ook gevaar voor schade daaronder kan vallen.¹⁶ Of dat inderdaad zo is, hangt mede af van de vraag wat precies onder gevaar voor schade wordt verstaan en op welke wijze gevaar voor schade wordt aangenomen. Beantwoording daarvan helpt de grenzen van schade duidelijker af te bakenen.

Wat moet onder gevaar voor schade worden verstaan? Stamhuis omschrijft gevaar als 'een toestand waarin de kans op een zich voordoen van een concrete onwenselijke gebeurtenis onaanvaardbaar groot is'.¹⁷ Er moet sprake zijn van een kans op een onwenselijke gebeurtenis, die (in enigerlei mate) concretiseerbaar en onaanvaardbaar groot moet zijn. Over de concretiseerbaarheid van de kans is binnen de Nederlandse strafrechtsdogmatiek nooit veel discussie geweest. Altijd werd het bestaan van abstracte gevaarzettingsdelicten, dat wil zeggen delicten waarin de kans op het intreden van een niet nader gespecificeerd onwenselijk geacht gevolg strafbaar wordt gesteld, erkend. Wel is aangenomen dat de laatste decennia daarop meer nadruk is komen te liggen.¹⁸ Meer discussie over de betekenis van gevaar betrof de relatie tussen de gedraging en de kans dat het gevolg zou intreden. Stamhuis stelt in zijn omschrijving dat die kans onaanvaardbaar groot moet zijn,¹⁹ maar daarmee is uiteindelijk vrij weinig gezegd. Wat kan worden bedoeld met een onaanvaardbaar grote kans en wie bepaalt dat?

De grootte van de kans is al meer dan een eeuw een punt van discussie. De socioloog Pieterman betoogt dat de laatste decennia sprake is van een radicalisering in het denken over gevaar en dat veel sneller dan vroeger wordt aangenomen dat bepaald handelen gevaar voor schade oplevert en daarom bijvoorbeeld strafbaar zou moeten worden gesteld.²⁰ Deze stelling

16 Zie onder andere Groenhuijsen 1993; J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal law. Harm to Others*, volume 1, New York/Oxford: Oxford University Press 1984, p. 190-193.

17 Stamhuis 2006, p. 5.

18 Roef 2003, p. 41. Wel moeten we ons realiseren dat het wetboek vanouds abstracte gevaarzettingsdelicten kent (zie bijv. art. 131 en 140 Sr) en dat het debat daarover dus niet heel erg nieuw is. Nieuw is wel dat de wetgever meer delicten als gevaarzettingsdelicten in plaats van krenkingsdelicten lijkt te omschrijven.

19 Stamhuis 2006, p. 8. Daarbij moet nog worden vermeld dat het om een *ex ante* beoordeling gaat, aldus Noyon-Langemeijer-Remmeling, *Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 1 op art. 157.

20 R. Pieterman, *De voorzorgcultuur. Streven naar veiligheid in een wereld vol risico en onzekerheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 43-81.

vindt enerzijds zijn weerlegging in de rechtsgeleerde discussie over gevaarzettingsdelicten (in het bijzonder de strafbare poging),²¹ maar anderzijds ondersteuning in de recente strafbaarstelling van diverse gevaarzettingsdelicten en het 'enthousiasme' waarmee politici ervoor pleiten het strafrecht ter voorkoming van schade wensen in te zetten.²² In de discussie over gevaarzettingsdelicten wordt onderscheid gemaakt tussen de objectieve en de subjectieve leer.²³ In de objectieve leer is van gevaar slechts sprake wanneer tenminste een zekere mate van waarschijnlijkheid kan worden aangenomen dat door de gedraging het gevolg zal intreden.²⁴ Of een handeling als gevaarzettend wordt beschouwd, hangt af van de handeling, niet van de intentie van de dader. In de subjectieve leer wordt daarentegen niet de gevaarlijke gedraging centraal gesteld, maar de kwade intentie waarmee de dader het gevolg heeft beoogd. Daardoor kunnen ook die gedragingen als gevaarzettend worden beschouwd die niet met enige mate van waarschijnlijkheid tot het gevolg hoeven te leiden. De mate van waarschijnlijkheid is minder relevant, de kwade intentie staat voorop.

In de discussie tussen de objectieve en subjectieve leer is, zoals vaker, een middenweg gevonden: de gematigde leer. Die wordt door Remmelink aldus verwoord: 'Gevaar is een ietwat zwevend begrip, zwevend tussen de enkele – de blote – mogelijkheid en de absolute zekerheid; het is nooit nauwkeurig te omlijnen. Het begrip is bovendien onvast, doordat het immers samenhangt en met het kennen van de feitelijke omstandigheden en met de kennis van de wetten van samenhang. Deze variëren van persoon tot persoon, ook van tijd tot tijd, wat dus ook betekent dat de beoordeling van "gevaar" veranderlijk zal zijn.'²⁵ Hoe meer zekerheid bestaat over de gevolgen van bepaald handelen, hoe eerder dat handelen als gevaarlijk kan worden beschouwd. Toenemende wetenschappelijke kennis over de gevaren die bepaalde handelingen met zich mee kunnen brengen, kan eraan hebben bijgedragen dat sneller van gevaarlijk handelen wordt gesproken. Maar aan de

21 Vgl. H. Kenshall, *Understanding risk in criminal justice*, Maidenhead/Philadelphia: Open University Press 2003, p. 8-14.

22 Zie bijv. B. Hudson, *Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*, Londen/Thousand Oaks/New Delhi: SAGE Publications 2003, p. 67-70.

23 Zie samengevat C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 338-339.

24 Waarschijnlijkheid zweeft tussen de noodwendigheid en de mogelijkheid die naar menselijke ervaringsregels kan worden aangenomen. Zie G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, bewerkt door J.V. van Dijck, Haarlem/'s-Gravenhage: De Erven F. Bohn/Gebr. Belinfante 1927, p. 176-177; J.M. van Bemmelen/W.F.C. Van Hat-tum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht*, deel II door J.M. van Bemmelen, 's-Gravenhage/Arnhem, Martinus Nijhoff/Gouda Quint en Brouwer & Zn. 1954, p. 215; H.B. Vos, *Leerboek van Nederlands strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1950, p. 27.

25 J. Remmelink, *mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: W.E.J. Tjeenk Willink 1975, p. 62 en in iets andere bewoordingen J. Remmelink, *mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 98. Zie ook W.Ph. Scheuer, 'Het gevaarbegrip in het strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht*, deel XV, 1903, p. 400.

beoordeling van gevaar ligt nog steeds een geobjectiveerde benadering ten grondslag: of sprake is van gevaar wordt bepaald door de gedraging te onderzoeken, niet de kwade intentie van de dader.²⁶ Tegelijkertijd wordt gesteld dat de wetgever soms erg snel meent dat bepaald gevaar objectief kan worden voorspeld. Daardoor worden ook strafbepalingen gerechtvaardigd. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 141a Sr waarin de minister van Justitie stelt dat het 'uitlokken, oproepen en gelegenheid verschaffen tot het plegen van geweld (...) zich helaas in deze tijd veelvuldig voor[doet] en leidt tot maatschappelijk onaanvaardbare gevolgen.'²⁷ De indruk wordt gewekt dat de hoge frequentie van dergelijk gedrag uit (wetenschappelijk) onderzoek kan worden afgeleid. Er is inderdaad onderzoek naar dergelijk gedrag, maar of dat onderzoek de door de minister getrokken conclusie rechtvaardigt, is de vraag.

Het voorgaande heeft verschillende auteurs ertoe gebracht te stellen dat het gevaarsbegrip ingrijpend is gewijzigd. De met de mond beleden objectieve vaststelling van gevaar lijkt inmiddels allang niet meer van doorslaggevend belang te zijn bij de bepaling van wat onder gevaar moet worden verstaan. Er zou meer nadruk worden gelegd op een meer subjectieve vaststelling van gevaar. Dan staat niet zozeer de gedraging maar de kwade intentie voor de bepaling van strafbaarheid op de voorgrond. De gedragingen kunnen op zichzelf vrij onschuldig lijken en nog niet eens leiden tot het plegen van de beoogde misdrijven (denk aan de zaak tegen Samir A.) en toch strafbaar zijn vanwege het doel op basis waarvan werd gehandeld.

Een verklaring voor de hedendaagse aantrekkingskracht van de subjectieve theorie wordt door Ramsay gevonden in een veranderende perceptie omtrent veiligheid.²⁸ Op basis van de objectieve theorie is het gewenst een verbinding te kunnen leggen, in termen van Remmelink een aanmerkelijke kans, tussen de gedraging en het in te treden gevolg. Hoe aanmerkelijker de kans op het gevolg (schade), hoe onveiliger de gedraging naar objectieve maatstaven is, hoe problematischer die gedraging, hoe gewenster een strafrechtelijke reactie op de gedraging, te beginnen met strafbaarstelling door middel van een gevaarzettingsdelict zou kunnen zijn. Vanuit een bepaalde invulling van de subjectieve theorie gedacht, is een dergelijk verband tussen gedraging en schade nauwelijks relevant. Het gaat er vooral om wat de intentie van de dader is. Wanneer een kwade intentie kan worden aangenomen, leidt dat tot een toenemend gevoel van onveiligheid onder burgers. Dat moet worden tegengegaan door maatregelen die het gevoel van veiligheid vergroten. Daarbij doet niet echt ter zake of dat gevoel van onveiligheid objectief wel zo gerechtvaardigd is. Als op basis van een bepaalde kwade intentionele gerichtheid op zichzelf weinig problematische handelingen

26 Vgl. Stamhuis 2006, p. 26; Remmelink 1975, p. 60-61; Scheuer 1903, p. 431.

27 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 467, nr. E, p. 3.

28 Ramsay 2011, p. 209-214.

worden begaan, kan die combinatie toch voldoende reden zijn om de handelingen strafbaar te stellen. In het Nederlandse strafrecht worden de voorbereidingshandelingen in het licht hiervan bediscussieerd; er zou een te grote nadruk worden gelegd op de intentie van de dader, waardoor *Gesinnungsstrafrecht* in het vizier komt.²⁹

De subjectieve invulling van gevaar werkt naar twee kanten: enerzijds door in de strafbaarstelling de nadruk te leggen op de subjectieve in plaats van de objectieve bestanddelen van de delictsomschrijving van de strafbepaling, anderzijds door de strafbaarstelling *als zodanig* te rechtvaardigen vanwege een subjectief gevaar voor schade. Uit de wetsgeschiedenis van art. 134a Sr blijkt dat erg veel nadruk wordt gelegd op een bepaalde gezindte om deze strafbaarstelling te rechtvaardigen.³⁰ Een voorbeeld van de tweede categorie is het onlangs voorgestelde art. 429, aanhef, onderdeel 6° Sr waarin strafbaar wordt gesteld het zodanig gedragen dat gevaar voor het luchtverkeer wordt veroorzaakt of *kan worden veroorzaakt* of dat het verkeer in de lucht wordt gehinderd of *kan worden gehinderd*. Met deze bepaling wordt beoogd op te kunnen treden 'tegen het gericht aanstralen van luchtvaartuigen en tegen elk ander gedrag dat gevaarstelling voor het luchtverkeer kan opleveren.'³¹ Van objectief gevaar hoeft nog geen sprake te zijn; het gaat erom wat gevaar zou kunnen opleveren en wat als onveilig wordt ervaren.

3 DE STANDAARD SCHADE ANALYSE

Om te bepalen of de veroorzaking van schade strafbaar moet worden gesteld, kan aan de hand van de zogeheten *standaard schade analyse* worden bepaald.³² Die analyse bestaat uit drie stappen: het beoordelen of bepalen van de ernst van de schade, van de sociale waarde van de schadebrengende handeling en van de bijeffecten van strafbaarstelling.³³ Hoe ernstiger de schade, hoe eerder een gedraging strafbaar mag worden gesteld, hoe waardevoller de schadetoebrengende handeling is, hoe minder redenen bestaan

29 Zie o.a. E. Prakken en D. Roef, 'Strafbare voorbereiding in Nederland', in: E. Prakken, D. Roef & F. Verbruggen, *Vorbereidingshandelingen in het strafrecht. Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 210-269. Meer gematigd is o.a. M.J. Borgers, 'Strafbaarstellingen in de strijd tegen terrorisme. Werving ten behoeve van de gewapende strijd en samenspanning tot terroristische misdrijven', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht. Liber amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 25-44; E. Sikkema, *Vorbereidingsdelicten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2012.

30 Zie Ten Voorde 2012, p. 110-111.

31 *Kamerstukken II* 2011/2012, 33 185, nr. 3, p. 4.

32 Zie A. von Hirsch, 'Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation', in: A.P. Simester en A.T.H. Smith (red.), *Harm and Culpability*, Oxford [etc.]: Clarendon Press 1996, p. 261.

33 Simester en Von Hirsch 2011, p. 55.

voor strafbaarstelling³⁴ en hoe problematischer de bijeffecten, hoe minder snel strafbaarstelling in de rede zou mogen liggen.

Deze analyse is tot op zekere hoogte bruikbaar in geval van delicten in de voorfase. De eerste stap kan worden uitgebreid met een kansoordeel: hoe aanmerkelijker de kans op (of gevaar voor) schade, hoe sneller bepaald gedrag strafbaar zou mogen worden gesteld. Omgekeerd betekent dat hoe minder aanmerkelijk de kans op schade (door de interventie van anderen of door vrijwillig terugtrekkende handelingen van de dader), hoe minder redenen bestaan om die handeling strafbaar te stellen.³⁵ Anders zou het bereik van de strafbepaling te groot worden en ook volkomen onschuldige handelingen van personen strafbaar worden gesteld. Dat staat op gespannen voet met het uitgangspunt dat alleen wederrechtelijk gedrag strafbaar kan worden gesteld en het strafrecht ultimum remedium zou moeten zijn.³⁶

In de tweede stap kan naast de schadetoebrengende handeling worden gesproken van de gevaarzettende handeling: hoe waardevoller de gevaarzettende handeling, hoe minder redenen er zijn die handeling strafbaar te stellen. Op het eerste gezicht is deze stap moeilijk voorstelbaar: de handeling is wederrechtelijk omdat ze gevaar zet. Aan de andere kant: de ouder die zijn kind met kleren aan leert zwemmen in het diepere gedeelte van het zwembad waar het kind (nog) niet kan staan, brengt het kind in gevaar (op zichzelf bestaat er een reële mogelijkheid dat het kind zal verdrinken), maar is deze gevaarzetting niet te rechtvaardigen en zelfs aan te bevelen, nu het

34 In het tweede onderdeel van de standaard schade analyse ligt het begrip waarde besloten. Dat is een notoir vaag begrip, zowel naar doel als naar inhoud. Met de WRR zouden we kunnen stellen dat waarde verwijst naar het ervaren van iets als goed en slecht. Wanneer we gedrag als waardevol omschrijven, dan zit daarin een verwijzing naar rechtvaardiging van en aanbeveling voor dat gedrag. De tandarts die enkele rotte tanden trekt teneinde het gebit voor verdere verrotting te behoeden, brengt schade toe maar zijn gedrag valt te rechtvaardigen en aan te bevelen boven het laten zitten van die rotte tanden. Dit geeft ook aan dat we deze gedraging in een context aan te bevelen vinden. Het gedrag valt aan te bevelen omdat de tandarts wordt geacht te handelen op basis van de laatste tandheelkundige inzichten (anders gezegd: zoals een goed tandarts betaamt). Zie verder Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Waarden, normen en de last van het gedrag* (rapporten aan de regering nr. 68), Amsterdam: Amsterdam University Press 2003, p. 41 e.v.

35 Simester en Von Hirsch wijzen er op dat voor concrete gevaarzettingsdelicten de standaard schade analyse goed toepasbaar is (2011, p. 76). Voor abstracte gevaarzettingsdelicten, die sterk kunnen worden opgerekt (vgl. Roef 2003, p. 39-41), geldt dat in zekere zin ook. Moeilijker wordt het wanneer moet worden bepaald of een bepaalde gedraging strafbaar moet worden gesteld door een concreet of via een abstract gevaarzettingsdelict. Die keuze lijkt te worden bepaald door een afweging van de rechten van de dader versus de rechten van derden en vierden, maar kan volgens Simester en Von Hirsch ook met behulp van de standaard schade analyse worden bepaald (2011, p. 77-79). Dat lijkt mij af te hangen van de vraag hoe dicht de abstracte gevaarzetting tegen de uiteindelijke schade aanligt. Hoe verder van de uiteindelijke schade en hoe afhankelijker strafbaarstelling is van de intentie van de dader, hoe minder de standaard schade analyse als het argumentatieschema bruikbaar lijkt.

36 Vgl. R.A. Duff, 'Criminalizing Endangerment', *Louisiana Law Review* 2005, p. 952-953.

kind daardoor leert hoe het moet zwemmen wanneer het ooit met kleren aan te water raakt? Dat betekent niet dat een kind met kleren aan in het water gooien niet strafbaar zou mogen worden gesteld; het voorgaande betekent dat de wetgever nauwkeurig moet omschrijven welke handeling onder het bereik van de strafbepaling dient te vallen. Juist bij gevaarzettingsdelicten is een zo nauwkeurig mogelijke redactie van de strafbaarstelling van belang; de kans op een te ruim geformuleerde strafbaarstelling is hier namelijk goed denkbaar.³⁷

De derde stap komt bij schadeloze delicten sneller dichterbij dan bij krenkingsdelicten. 'The further we get from the victimising act, the weightier these competing interests become (whether it is the social value of the risk-creating conduct or other constraining values) and the harm principle is less weighty.' Anders gezegd: 'The balancing point ought to change the further we get from the harmful result, fewer and fewer actions ought to be criminalized.'³⁸ Hoever de standaard schade analyse ook kan worden opgegrept, uiteindelijk loopt ze tegen haar eigen grenzen aan. Dat wil zeggen dat de vraag welk handelen in de voorfase nu wel en niet als wederrechtelijk kan worden aangemerkt, op enig moment niet in voldoende mate door de standaard schade analyse kan worden bepaald. Zo kunnen algemene of bijzondere voorbereidingshandelingen, waarbij de kans op schade niet aanmerkelijk is en het onderscheid tussen waardevolle en niet-waardevolle gedragingen minder goed is te maken, niet op grond van deze analyse strafbaar worden gesteld. Voor strafbaarstelling van dergelijk gedrag zijn nadere argumenten nodig.³⁹

37 Uit oogpunt van preventie valt er wat voor te zeggen dat uit de strafbaarstelling duidelijk blijkt welke schade de wetgever op het oog heeft. Dat lijkt ook de achtergrond van de kritiek van de Raad van State op art. 141a Sr te zijn geweest waarin slechts van geweld wordt gesproken en niet van openlijke geweldpleging als bedoeld in art. 141 Sr (Keulen 2011, p. 330-331). Hoe vager een strafbaarstelling in de voorfase, hoe minder afschrikkend die zou kunnen zijn. Maar ook: hoe vager de verwijzing naar de eventuele schade, hoe minder retributief de strafbaarstelling. Daardoor zou de strafbaarstelling aan belangrijke doelen van strafrecht (generale preventie en vergelding) voorbij kunnen schieten. Vgl. Duff 2005, p. 958-959.

38 S. Wallerstein, 'Criminalising Remote Harm and the Case of Anti-democratic Activity', *Cardozo Law Review*, 2007, p. 2714. Zie ook A. Ashworth en L. Zedner, 'Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law', in: R.A. Duff en S.P. Green (red.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford [etc.]: Oxford University Press 2011, p. 290, 292; De Hullu 2009, p. 73.

39 Vgl. Simester en Von Hirsch 2011, p. 56; Wallerstein 2007, p. 2715; Ashworth en Zedner 2011, p. 286.

4 UITBREIDING VAN DE STANDAARD SCHADE ANALYSE TEN BEHOEVE VAN VOORFASEDELICTEN

4.1 *Minimalismebeginsel*

Die argumenten vindt Wallerstein in het minimalismebeginsel en het '*fair imputation* beginsel'. Het minimalismebeginsel is een uitwerking van het beginsel van subsidiariteit. Op basis hiervan wordt allereerst aangenomen dat strafbaarstelling slechts dan aan de orde mag zijn wanneer de schade die zou kunnen worden veroorzaakt ook zelf onder het bereik van de strafwet zou vallen (*de minimis* regel). Daarmee wordt voorkomen dat gedragingen strafbaar worden gesteld, terwijl de schade die uit dat gedrag zou kunnen voortvloeien zelf niet strafwaardig wordt geacht. De wetgever zal op basis hiervan niet alleen moeten aangeven waarom de gedraging zelf strafwaardig is, maar ook waarom de schade die daaruit zou kunnen ontstaan onder het bereik van de strafwet zou moeten vallen.⁴⁰

Het minimalismebeginsel maakt het mogelijk strafbaarstellingen in te voeren die schade beogen te voorkomen, voor zover de mogelijk te veroorzaken schade onder het bereik van de strafwet valt. Deze uitbreiding is in deze tijd van groeiende aandacht voor preventie wenselijk, maar preventie is een te weinig onderscheidend criterium voor strafbaarstelling; wat wel en niet in de sfeer van preventie strafbaar moet worden gesteld is niet onmiddellijk duidelijk.⁴¹ Dat geldt ook voor strafbaarstellingen in de voorfase. Enige mate van onzekerheid over het intreden van schade vormt een kenmerkend onderdeel van het delict. De wetgever dient twee aspecten in ogenschouw te nemen. Allereerst zal de wetgever enige consistentie moeten betrachten: waarom zou het 'voorhanden hebben van een stok met het oog op een voorgenomen mishandeling (...) niet strafbaar' zijn, terwijl 'het een aan een ander verschaffen van een stok met het oog op een voorgenomen mishandeling wel' strafbaar is of grond van art. 141a Sr, ook als de verschaftte stok niet wordt gebruikt?⁴² De gedragingen kunnen op zich wel leiden tot ongewenste schade, maar is elke strafbepaling uit oogpunt van preventie gewenst? Een antwoord hierop zou verband kunnen houden met de omstandigheid dat in het tweede geval meerdere personen betrokken zijn bij een gedraging die tot schade zou kunnen leiden. Is het niet gewenst om juist die gedragingen aan te pakken waarbij A aan B de mogelijkheden biedt tot het plegen van het feit? En zou het dan uitmaken of de schade die zou kunnen ontstaan op zichzelf niet zo heel erg problematisch is? Dient de *de minimis* regel dus genuanceerd te worden in geval sprake is van meerdere betrokkenen?

40 Ashworth en Zedner 2011, p. 291.

41 Simester en Von Hirsch 2011, p. 76; Zedner en Ashworth 2011, p. 280-282.

42 Keulen 2009, p. 1900.

Dat laatste is in het kader van strafbaarstelling niet onproblematisch: waarom zouden we A strafbaar stellen voor gedrag dat door het op basis daarvan verder handelen van B tot schade kan leiden? De strafbaarstelling van het gedrag van A uitsluitend rechtvaardigen op grond van de preventiegedachte, miskent dat strafbaarstelling moet uitgaan van een autonoom handelend subject dat verantwoordelijk kan worden gesteld voor de door hem begane wederrechtelijke gedraging.⁴³ Tegelijkertijd kan een te beperkte uitleg van preventie, bijvoorbeeld door voor te stellen dat slechts de laatste handeling voordat de schade optreedt strafbaar zou moeten worden gesteld (Wallerstein spreekt in dit verband van de *last effective point of intervention*),⁴⁴ ertoe leiden dat inmiddels aanvaarde strafbaarstellingen, zoals de strafbare voorbereidingshandelingen, buiten het bereik van de discussie worden geplaatst. Dat betekent niet dat het voorgaande nutteloos is, wel dat voor strafbaarstelling van dergelijke gedragingen nog andere argumenten moeten worden geformuleerd.

4.2 'Fair imputation' en zorgplichten

Strafbaarstelling van gedragingen in de voorfase kan dus niet slechts op grond van preventie worden gerechtvaardigd. Juist om te voorkomen dat te makkelijk over individuele aansprakelijkheid wordt heen gestapt (of te weinig oog is voor de rol van individuen bij de totstandkoming van schade), is het noodzakelijk na te denken waarom voor een op zichzelf nog geen schade veroorzakende handeling individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid denkbaar zou zijn. Vervolgens is de vraag op welke wijze die aansprakelijkheid in een strafbaarstelling tot uitdrukking zou moeten komen? Von Hirsch heeft daarvoor het fair imputation beginsel ontwikkeld. De vragen die dan moeten worden beantwoord zijn: 'how, and why, can the supposed eventual harm fairly be imputed to the actor?'⁴⁵ Door het begrip *imputation* te gebruiken wordt voorkomen dat het hier enkel gaat om opzet (of culpa): zelfs al is de gedraging met opzet begaan of zou empirisch kunnen worden vastgesteld dat het risico op schade is toegenomen, dan nog moet volgens het beginsel van *fair imputation* worden bepaald of en waarom dit de dader kan worden aangerekend.⁴⁶ Volgens Simester en Von Hirsch is dit een kwestie van zorgplichten. Zij lijken twee typen zorgplichten te onderscheiden: sociale en politieke zorgplichten. Sociale zorgplichten vinden we op het specifieke niveau van de handeling en de context waarbinnen die handeling plaatsvindt, politieke zorgplichten liggen op het niveau van de samenleving,

43 Vgl. Simester en Von Hirsch 2011, p. 81. Zie ook M.A. Loth, 'Schuld en solidariteit. Over de collectivisering van aansprakelijkheid', in: A.M. Hol & M.A. Loth (red.), *Dilemma's van aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 35.

44 Wallerstein 2007, p. 2710-2712.

45 Simester en Von Hirsch 2011, p. 63; Von Hirsch 1996, p. 269.

46 Zie Von Hirsch 1996, p. 269.

waarbij criteria voor burgerschap richtinggevend zijn voor het hoe en waarom van de strafbaarstelling.⁴⁷ Simester en Von Hirsch werken dit nauwelijks uit, behalve dat dat strafbaarstellingen in de voorfase op nogal wat politieke belangstelling mogen rekenen. Strafbaarstellingen in de voorfase worden volgens Simester en Von Hirsch door de afstand tot schade minder gerechtvaardigd door neutrale doelstellingen zoals schade, maar juist door politieke (dat wil voor nu zeggen ethisch of moreel geladen) opvattingen. Die constatering zou echter voor het opstellen van criteria voor strafbaarstelling geen berustend eindpunt moeten zijn, maar het beginpunt voor een nadere doordenking van wat onder *fair imputation* moet worden verstaan. Daarvoor kan het concept zorgplichten aanknopingspunten bieden.

Simester en Von Hirsch onderscheiden zorgplichten dus in sociale en politieke zorgplichten.⁴⁸ Sociale zorgplichten houden verband met de handeling zelf en de context waarbinnen de handeling plaatsvindt. Zij bepalen aan welke eisen een justitiabele in de context van de handeling moet voldoen. Die eisen kunnen geschreven zijn (protocollen, richtlijnen of wetgeving), maar ook ongeschreven (eisen van maatschappelijke betamelijkheid) en richten zich tot ofwel iemand die op grond van een bepaalde hoedanigheid handelt, bijvoorbeeld ambtenaar (we zouden ten aanzien van deze categorie ook wel kunnen spreken van functionele zorgplichten), ofwel iemand die op zichzelf een bijzondere hoedanigheid ontbeert, maar die als gevolg van het handelen in een specifieke context zich wel aan die eisen van maatschappelijke betamelijkheid heeft te houden, bijvoorbeeld een verkoper die geen winkelier is (en dus veelal niet gebonden is aan tussen al dan niet tussen winkeliers tot stand gekomen protocollen of richtlijnen) maar via een digitale verkoopsite iets verkoopt en daarbij kopersbedrog pleegt (art. 329 Sr). De wetgever kan door het al dan niet expliciet benoemen van die hoedanigheid in de strafbaarstelling de daarbij horende (on)geschreven eisen van zorgvuldigheid onderdeel van die strafbaarstelling laten worden en die daarmee verduidelijken. Zo kan door een strikte omschrijving van de functie in de strafbepaling het bereik daarvan worden beperkt (want beperken tot de eerste categorie). Beperking is ook mogelijk door verduidelijking van de eisen van maatschappelijke betamelijkheid via regulering en protocollering.

⁴⁷ Zie Simester en Von Hirsch 2011, p. 64, 68.

⁴⁸ Visser omschrijft zorgplichten als 'een algemene verplichting tot het in acht nemen van een bepaalde graad van zorgvuldigheid met het oog op het door de desbetreffende wet te beschermen belang, en kan zowel betrekking hebben op een handelen als een nalaten van een normadressaat' en 'een vrij algemeen geformuleerde, tot de burger gerichte (zorg) verplichting die een bepaalde verantwoordelijkheid van de burger markeert en waarvan het de bedoeling is deze juridisch te handhaven' (M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 3). Hoewel Visser in het vervolg geen nadere onderscheiding lijkt aan te brengen in typen zorgplichten, gaat het ook volgens haar om burgerlijke verantwoordelijkheden en bepaalde, door een wet (betreffende een speciale context) gereguleerde, verantwoordelijkheden.

De ervaring leert echter dat die verduidelijking niet slechts tot beperking, maar ook tot uitbreiding van een strafbaarstelling kan leiden. Sociale verplichtingen kunnen complexer worden en zich tot steeds meer personen uitstrekken, zonder dat de wetgever volledige controle heeft over de inhoud van deze verplichtingen (bijvoorbeeld door private regelgeving).⁴⁹ Dat betekent niet dat dus geen *fair imputation* meer bereikt kan worden, wel dat van de wetgever nog meer zorgvuldigheid mag worden verwacht bij het opstellen van strafbaarstellingen en zich rekenschap geeft van de inhoud en (potentiële) reikwijdte van sociale zorgplichten.

Politieke verplichtingen houden verband met eisen van burgerschap. De laatste jaren is getracht onder verwijzing naar eisen van verantwoord burgerschap de grenzen van het strafrecht (in de voorfase) te verhelderen.⁵⁰ Een verwijzing naar burgerschap betekent in het strafrecht vanouds een verwijzing naar vrijheid en beperking van overheidsmacht. De vraag of een bepaalde gedraging strafbaar moet worden gesteld, mag in deze liberale burgerschapsconceptie slechts met de nodige terughoudendheid positief worden beantwoord. De burger, aldus Pompe, is immers 'fier op zijn vrijheid en steeds bekommerd om deze vrijheid, zich verzekerend van politieke waarborgen tegen de overheidspersonen die zijn onafhankelijkheid kunnen bedreigen.'⁵¹

Peters stelde in zijn in 1972 uitgesproken oratie dat 'het voornaamste doel van het toen geconcipeerde en in codes neergelegde [klassieke] strafrecht was het veilig stellen van de rechtspositie van de burgers tegenover de staat.' De door het recht geboden bescherming van burgers betekent het garanderen van 'individuele autonomie, persoonlijke integriteit en juridische competentie van burgers tegen wie de staat strafrechtelijke acties onderneemt'.⁵² Uit deze citaten blijkt het belang dat Peters aan burgerschap

49 Uit zorgplichten kan ook een rechtvaardiging voor bepaald handelen worden afgeleid. Verschillende zorgplichten kunnen natuurlijk ook botsen. De wetgever heeft ook daarmee rekening te houden en bij voorkeur een preferentie te rechtvaardigen (vgl. Ashworth en Zedner 2011, p. 291).

50 Zie bijv. R.A. Duff, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, p. 166-172; P. Ramsay, 'The Responsible Subject As Citizen: Criminal Law, Democracy And the Welfare State', *The Modern Law Review* 2006, p. 29-58. Kritisch hierover is M.D. Dubber, 'Citizenship and Penal Law', *New Criminal Law Review* 2010, p. 190-215. Dubber stelt dat het strafrecht niets met burgerschap te maken heeft, omdat het strafrecht niet burgers aanspreekt. Dat moge zo zijn (zie art. 2 Sr), maar mijns inziens mist Dubber hier een punt, namelijk dat de conceptie burgerschap helpt argumenten te vinden om strafbaarheid af te bakenen. De gedachte is dat met behulp van politieke filosofie (en onder verwijzing naar burgerschap) wellicht argumenten kunnen worden geformuleerd met behulp waarvan de grenzen van strafbaarstellingen (in de voorfase) wellicht meer kunnen worden verhelderd (vgl. Ramsay 2011).

51 W.P.J. Pompe, 'De mens in het strafrecht', in: W.P.J. Pompe, *Vijsopstellen van Willem Pompe*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 18.

52 A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1972, p. 3, 11.

hecht: het stelt niet alleen grenzen aan overheidsmacht als zodanig, maar onderstreept ook de wijze waarop de burger in het strafrecht moet worden bejegend: met respect voor zijn autonomie, integriteit en juridische competentie. Vertaald naar criteria voor strafbaarstelling en *fair imputation* zouden deze begrippen het volgende kunnen betekenen. Autonomie verwijst naar menselijke verantwoordelijkheid voor het eigen handelen. Strafbaarstellingen waarin het subjectieve bestanddeel ontbreekt (of aan de betekenis ervan minder waarde wordt gehecht), mogen niet leiden tot het volledig terzijde schuiven van schuld als element van strafbaarheid. Integriteit verwijst naar het voorkomen van al te ingrijpende inbreuken op de persoonlijke levenssfeer door aan strafbaarstellingen al te drastische sancties te verbinden,⁵³ juridische competentie verwijst naar mijn mening naar de eis dat strafbaarstelling niet mag betekenen dat de rechten die een burger binnen het strafproces toekomen, al te veel worden beperkt.⁵⁴ Zo bezien helpt burgerschap niet alleen al te ingrijpende strafbaarstellingen te voorkomen, maar ook om in het geval gedrag wel strafbaar te stellen, aan de inhoud van een strafbaarstelling eisen te stellen.

Op grond van deze algemene notie over de relatie tussen overheid en burger kan een rem worden gezet op de uitbreiding van strafbaarstellingen in de voorfase, omdat zij een al te grote inbreuk maken op de vrijheid en onafhankelijkheid van burgers. Simester en Von Hirsch gebruiken burgerschap echter niet alleen, of beter gezegd niet zozeer, als middel om *fair imputation* af te bakenen, maar ook om argumenten te formuleren om te voorkomen dat *fair imputation* wordt verengd tot een politieke vertaling van de ultimum reme-

53 We zien sporen hiervan terug in art. 45 lid 2 en 3 Sr en art. 46 lid 2 en 3 Sr, maar in veel mindere mate bij de strafmaxima die zijn ingevoerd bij de uitbreiding van de strafbare samenspanning in de Wet terroristische misdrijven. Het daarbij gekozen strafmaximum is nogal fors, namelijk tien jaar (zie o.a. art. 114b en 120b en 289b Sr), in sommige gevallen zelfs hoger dan het strafmaximum dat op voorbereiding van het misdrijf is gesteld (zie bijvoorbeeld art. 108 Sr: art. 114b j° art. 108 Sr levert maximaal tien jaar gevangenisstraf op, art. 108 j°. 46 Sr levert maximaal 7,5 jaar gevangenisstraf op). Deze ontwikkeling heeft zich voortgezet. Zie bijvoorbeeld art. 141a (voorbereiding van geweldpleging): maximaal drie jaar gevangenisstraf, poging tot openlijke geweldpleging (art. 141 lid 1 j° art. 45 Sr): eveneens maximaal drie jaar gevangenisstraf. De wetgever zou mijns inziens (ook) het bij een voorfasedelict gekozen strafmaximum beter mogen rechtvaardigen.

54 We zouden de verwijzing naar competentie aldus kunnen opvatten dat bij strafbaarstellingen ook moet worden gekeken naar de mogelijke consequenties ervan voor het strafproces (en meer in zijn algemeenheid voor de wijze waarop een burger deelneemt aan het publieke en politieke debat). Zo kan in de discussie over strafbaarstellingen worden betrokken de gevolgen ervan voor de inzet van dwangmiddelen en andere opsporingsmethoden. Zie C.P.M. Cleiren, "Aanwijzingen" voor de wetgeving bij veiligheidsvraagstukken en terrorismebestrijding. Grenzen aan de dynamische wisselwerking tussen formeel en materieel strafrecht', in: W. Huisman, L.M. Moerings, G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht. Nieuwe doelwitten en strategieën*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 175-192.

dium gedachte.⁵⁵ Burgerschap beperkt zich niet alleen tot vrijheid en onafhankelijkheid, maar betekent ook verantwoordelijkheid ten opzichte van de gemeenschap. De vraag is hoe ver die verantwoordelijkheid strekt. Binnen een liberale conceptie is zij per definitie beperkt, nu daarin wordt uitgegaan van rechten, niet van plichten. In andere burgerschapsconcepties ligt de nadruk veel meer op verplichtingen van de burger jegens de gemeenschap.⁵⁶ Dat maakt een intensiever gebruik van het strafrecht goed mogelijk. Strafbbaarstellingen kunnen worden gerechtvaardigd in het belang van de gemeenschap en de burger die wordt beperkt in zijn vrijheden wordt geacht daarmee te hebben ingestemd, omdat daarmee democratisch genomen beslissingen worden bevorderd.⁵⁷ Iedere burger zou hebben ingestemd met het afstaan van vrijheden ten behoeve van gemeenschappelijke belangen. Daardoor kan de ultimatum remedium gedachte als algemene politieke notie op de achtergrond geraken, want te veel in verband gebracht worden met individuele vrijheden. Simester en Von Hirsch besteden hieraan nauwelijks aandacht, maar erkennen de disciplinerende mogelijkheden van burgerschap. Daardoor miskennen zij *op dit punt* de waarde van de liberale burgerschapsnotie die de strafwetgever voor al te vergaande strafbaarstellingen zou kunnen behoeden.

Deze nadere omschrijving van zorgplichten leidt dus niet zonder meer tot beperking van strafbaarstelling, al heb ik geprobeerd een aanzet te geven tot het doordenken van de notie van burgerschap in het kader van criteria voor strafbaarstelling. Maar deze notie kan ook ten behoeve van meer strafbaarstellingen worden gebruikt. Noch sociale noch politieke verplichtingen beperken bij voorbaat de wetgever in zijn drang tot strafbaarstelling van gedragingen in de voorfase. Dat laat zich verklaren door de veelzijdigheid waarin zorgplichten kunnen worden uitgelegd, alsmede het bijzondere karakter van strafbaarstellingen in de voorfase. Dat betekent niet dat afbakening niet mogelijk is. Dit punt verdient elders nadere uitwerking, maar enkele algemene opmerkingen kunnen hier reeds worden gemaakt.

Allereerst zou de wetgever bij het opstellen van strafbaarstellingen zich ervan kunnen vergewissen wie precies normadressaat is en aan welke algemene en bijzondere zorgplichten die zou moeten voldoen. Daarnaast zou de wetgever zich ook wat het strafrecht betreft duidelijker kunnen uitlaten over de verhouding tussen overheid en burger. Daarmee is de overheid in

55 Simester en Von Hirsch 2011, p. 64. Zie ook Duff 2007, p. 171-172; Ramsay 2006, p. 39 e.v. De ultimatum remedium gedachte lag ook aan het Wetboek van Strafrecht ten grondslag en vormt voor veel auteurs een belangrijk desideratum bij de vraag of bepaald gedrag strafbaar moet worden gesteld.

56 Zie H.R. van Gunsteren, *A Theory of Citizenship. Organizing Plurality in Contemporary Democracies*, Oxford en Boulder, Colorado: Westview Press 1998, p. 18-21.

57 Zie H. van Gunsteren, *Bouwen op burgers. Cultuur, preventie en de eigenzinnige burger*, Amsterdam: Van Gennep 2008, i.h.b. hfdst 2 en 3.

zijn algemeenheid al jaren bezig,⁵⁸ maar voor zover van een eenduidige uitwerking sprake is, zijn de opvattingen over burgerschap nog onvoldoende geoperationaliseerd in het kader van het ontwikkelen van strafbaarstellingen. De wetgever zou kunnen beginnen in wetsvoorstellen aan te geven op welke wijze recht wordt gedaan aan autonomie, integriteit en juridische competentie van burgers bij de strafbaarstellingen in de voorfase. De wetgever moet zich namelijk realiseren dat het kolonialisieren van het voorveld, nogal eens mede gerechtvaardigd omwille van het garanderen van fundamentele vrijheden van burgers (met name in de strijd tegen terrorisme is dit argument wel aangevoerd), diezelfde vrijheden door strafbaarstellingen vrij eenvoudig overboord zouden kunnen worden gezet.⁵⁹ Dat kan tot meer onveiligheid(sgevoelens) leiden nu het er voor burgers nauwelijks duidelijker op wordt wat wel en niet strafbaar is.⁶⁰ Van deze paradox lijkt de wetgever zich nauwelijks te bewust en zo die zich daarvan bewust is, wordt onder verwijzing naar het belang van de 'criminele intentie' in de strafbepaling deze problematiek weggemasseerd, zoals blijkt uit de discussies over de invoering van een nieuw art. 11a Opiumwet (strafbaarstelling van voorbereiding of vergemakkelijking van illegale hennepcultuur).⁶¹ Daarmee is het probleem van te ruim opgestelde strafbaarstellingen evenwel niet opgelost. Al te grote nadruk op de intentie is in ons strafrecht niet vanzelfsprekend. Het vraagt om nadere beschouwingen over de plaats van de intentie (meer in het algemeen controle) bij strafbaarstellingen in de voorfase.

4.3 De plaats van controle

Welke criteria voor strafbaarstelling precies moeten worden geformuleerd, houdt in niet onbelangrijke mate verband met het type gedraging. We kunnen onderscheid maken tussen gedragingen waar een bepaalde handeling pas tot schade leidt door interventie van anderen (of door voortgezette handelingen van de dader), en gedragingen waar een bepaalde handeling op zichzelf niet schadelijk is, maar doordat zij ook (veelvuldig) door anderen wordt begaan tot schade leidt (veel milieudelicten vallen onder deze categorie). Omwille van de omvang van deze bijdrage, richt ik mij op de eerste categorie.

De vraag bij dit type gedragingen is of het legitiem is dat A wordt gedwongen bepaalde handelingen niet te doen, enkel omdat A of anderen later eventueel schade zouden veroorzaken.⁶² Op het eerste gezicht zou dit

58 Zie recent *Kamerstukken II* 2010/11, 32 824, nr. 1, p. 16-20.

59 Vgl. Ramsay 2011, p. 228.

60 Zie M. Borgers en E. van Sliedregt, 'The Meaning of the Precautionary Principle for the Assessment of Criminal Measures in the Fight Against Terrorism', *Erasmus Law Review* 2009, p. 187.

61 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 842, nr. 5, p. 5 en *Kamerstukken II* 2011/12, 32 842, nr. 6, p. 2-4.

62 Simester en Von Hirsch 2011, p. 81.

antwoord negatief moeten luiden, omdat daarmee een te diepe inbreuk wordt gemaakt op de fundamentele vrijheden van burgers. Anders gezegd, strafbaarstelling van dit type gedragingen tast de autonomie van burgers te zeer aan. Dat zou slechts anders zijn wanneer A een zekere *normatieve betrokkenheid* betoont bij de gedragingen die na en als gevolg van de gedraging van A plaatsvinden.⁶³ Wanneer is daar sprake van? Simester en Von Hirsch wijzen onder andere op de deelnemingsvormen uitlokking en medeplichtigheid. Van beide deelnemingsvormen is uitlokking de minst problematische, niet alleen als algemene deelnemingsvorm maar ook als bijzonder strafbaar feit (zie bijvoorbeeld art. 203 en 204 Sr). Bij uitlokking geldt dat A B beweegt tot het plegen van een strafbaar feit. Wanneer B dat feit begaat, wordt ervan uitgegaan dat A zich met dat feit heeft verbonden (benevens zijn gevolgen, art. 47 lid 2 Sr). Strafbaarstelling van uitlokking is denkbaar gelet op het opzet van A op het strafbare gedraging van B en gelet op de gedraging van A om B tot het delict te bewegen.⁶⁴

Bij medeplichtigheid (althans de consecutieve variant) liggen de zaken minder duidelijk. Het ligt in de rede dat medeplichtigheid strafbaar kan worden gesteld wanneer de kans op schade door het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen tot het plegen van het feit door de medeplichtige aanmerkelijker wordt. Het door A enkel verschaffen van een mes waarmee door B een moord wordt gepleegd levert (wanneer A op de hoogte was van het voornemen van B) medeplichtigheid aan die moord op, waarbij ik mij kan voorstellen dat de medeplichtige ook aangesproken kan worden op de door hem niet uitdrukkelijk gewilde gevolgen (art. 49 lid 4 Sr). Hoe duidelijker de criminele bestemming van de verschaftte gelegenheid, middelen of inlichtingen, hoe vanzelfsprekender strafbaarstelling van het voorbereidende gedrag. Hoe minder eenduidig dat in een wettekst tot uitdrukking kan worden gebracht, hoe meer redenen bestaan om dergelijk gedrag niet strafbaar te stellen. Als wel duidelijk is wat wordt verschaft, is de vraag of dat wat wordt geboden op zichzelf legitiem is. Het verkopen van een auto waarmee nadien een verkeersongeval met dodelijke afloop wordt begaan, levert geen medeplichtigheid op, omdat een auto op zichzelf een wat wel wordt genoemd 'standaard legitiem gebruik' heeft. Soms is dat minder evident: het verschaffen van een vuurwapen zal naar Nederlands recht sneller strafbaar worden geacht dan in de Verenigde Staten, waar het recht wapens te dragen als bekend constitutioneel is verankerd.⁶⁵ Maatschappelijke en politieke opvattingen zullen – zoals vaker bij voorfasedelicten – bijdragen aan het antwoord op de vraag of het verschaftte middel op een zichzelf standaard legitiem gebruik heeft. Maar die onzekerheid kan ook afhangen van de aard van

63 Vgl. Von Hirsch 1996, p. 268.

64 Simester en Von Hirsch 2011, p. 82. Dat geldt des te meer wanneer de strafbaarstelling zo is opgesteld dat accessoriteit wordt vereist, al hoeft het ontbreken daarvan niet aan strafbaarstelling in de weg te staan (vgl. art. 133 Sr).

65 Simester en Von Hirsch 2011, p. 84-85.

de gelegenheid, middelen of inlichtingen: een bivakmuts aan een ander geven is meestal niet wederrechtelijk, in sommige gevallen wel. De vraag of deze gedraging strafbaar zou mogen worden gesteld zouden we kunnen laten afhangen van de vraag of het voorwerp *voornamelijk* voor legitieme doeleinden wordt gebruikt of niet. Is dat het geval, dan ligt strafbaarstelling minder in de rede.⁶⁶

Daarbij kan het wenselijk zijn dat in de strafbaarstelling een subjectief bestanddeel wordt opgenomen.⁶⁷ Daaraan kunnen zwaardere eisen (geen culpa, maar opzet, eventueel zelfs in de vorm van de zwaardere gradatie oogmerk) worden gesteld naarmate de gelegenheid, middelen of inlichtingen die worden verschaft onduidelijker, of op het eerste gezicht niet of minder wederrechtelijk zijn (anders gezegd: de criminele bestemming op het eerste gezicht niet zo heel evident is). Er zou in dit verband gesproken kunnen worden van communicerende vaten: hoe minder vanzelfsprekend bepaald gedrag als wederrechtelijk valt aan te merken en hoe minder aanmerkelijk de kans op schade, hoe meer waarde mag worden gehecht aan een bepaalde doelgerichtheid, hoe evidentier de wederrechtelijkheid van de gedragingen en hoe aanmerkelijker de kans op schade, hoe minder aan het opzet getild hoeft te worden.⁶⁸ Aan het opzetvereiste dient echter niet te veel waarde worden gehecht in het kader van een strafbaarstelling. Immers, al te veel nadruk op het subjectieve bestanddeel kan ertoe leiden dat de intentionele gerichtheid van de dader, gebaseerd op diens religieuze, maatschappelijke of politieke overtuiging, te veel op de voorgrond komt te staan.⁶⁹ Een strafbaarstelling die al te veel op een intentie wordt gebaseerd, roept lastig te beantwoorden vragen voor de rechter op die hem ertoe kunnen dwingen keuzes te maken met als gevolg dat bepaalde groepen mensen worden uitgesloten.

Op zichzelf zijn kwade intenties zeker bij voorfasedelicten van belang; nu de gedragingen niet al te problematisch hoeven te zijn is de aanwezigheid van een kwade intentie nodig om dat gedrag te problematiseren en strafrechtelijke relevantie te geven. Anders wordt het wanneer 'strafbaarheid nog wordt bepaald door de intentie en het derhalve niet meer gaat om een *uit enige handeling kenbare* intentie.'⁷⁰ Dan stuiten we op de grenzen van het geldende strafrecht. Veel auteurs hebben bezwaar gemaakt tegen ontwikkelingen naar een zogeheten *Gesinnungsstrafrecht*, al zijn niet alle auteurs het erover eens wanneer daarvan precies sprake is. Dat blijkt uit de discussie over de strafbare voorbereidingshandelingen en de strafbare samenspanning, maar bijvoorbeeld ook uit de discussie over art. 134a Sr en art. 11a

66 Simester en Von Hirsch 2011, p. 84.

67 D.J. Baker, 'The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms', *New Criminal Law Review* 2007, p. 370-391.

68 Vgl. Keulen 2011, p. 331.

69 S.I. Politoff en F.A.J. Koopmans, *Schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 22 e.v.

70 Borgers 2005, p. 40-41.

(nieuw) Opiumwet.⁷¹ Een heldere grens valt nauwelijks te trekken, een en ander zal mede afhangen van het rechtens te beschermen belang. Eén hoofdregel zou wel kunnen worden aangenomen: als de gedraging op zichzelf niet wederrechtelijk is en de kans op schade door het gedrag verwaarloosbaar klein, zou de strafbaarstelling daarvan niet vanzelfsprekend in de rede mogen liggen ook al is het opzet op het toebrengen van (ernstige) schade gericht.

5 SLOTOPMERKINGEN

In het voorgaande zijn aanzetten gegeven tot criteria voor strafbaarstelling van de voorfase. Het is onrealistisch te denken dat de voorfase nog steeds een randverschijnsel van het strafrecht vormt. Het is vooral zaak te werken aan een helder kader op grond waarvan gedragingen in de voorfase strafbaar zouden kunnen worden gesteld. Dat kader is nodig om enige consistentie in strafbaarstellingen in de voorfase te verkrijgen. Allereerst kunnen op basis van de zogeheten standaard schade analyse ook die gedragingen strafbaar worden gesteld die een aanmerkelijke kans op schade opleveren. Moeilijker wordt het wanneer die aanmerkelijke kans er niet is. Ook dan is strafbaarstelling denkbaar bij het in acht nemen van enkele randvoorwaarden. In de eerste plaats is daarbij gewezen op het zogeheten minimalisatiebeginsel en het beginsel van *fair imputation*. Ten aanzien van dat laatste is erop gewezen dat bij strafbaarstelling van voorfasedelicten goed moet worden gekeken naar zorgplichten, die ik heb onderscheiden in sociale en politieke zorgplichten. De laatstgenoemde zorgplichten verwijzen naar eisen van burgerschap. We hebben gezien dat de strafwetgever rekening moet houden met eisen van autonomie, persoonlijke integriteit en juridische competentie. Die eisen beletten niet gedragingen in de voorfase strafbaar te stellen maar vergen wel een nadere motivering van de keuze tot strafbaarstelling. Tot slot zou de wetgever er goed aan doen de plaats van controle helder uiteen te zetten. Te vaak bestaat onduidelijkheid over de plaats en betekenis van het subjectieve bestanddeel in een strafbepaling. Voorkomen moet worden dat de wetgever denkt onduidelijkheid over de grenzen van een straf-

71 Borgers 2005, p. 41-43; Ten Voorde 2012, p. 110-111. In het kader van de invoering van art. 11a Opiumwet wijzen de ministers van Veiligheid en Justitie en Volksgezondheid, Welzijn en Sport erop dat strafbaarheid niet in de rede ligt bij 'verkoop van alledaagse voorwerpen in een bouwmarkt of tuincentrum' (*Kamerstukken II* 2011/12, 32 842, nr. 6, p. 3). Zij stellen dat de 'criminele intentie' (waaronder zij opzet en culpa verstaan) hier een corrigerende werking vervult. Hoe duidelijker de intentie is gericht op illegale hennepcultuur, hoe sneller alledaagse handelingen onder de strafbaarstelling vallen. Probleem is echter dat de intentie veelal uit het gedrag moet worden afgeleid (voor Opiumwetdelicten geldt dat in het bijzonder), zodat we hier te maken hebben met een cirkelredenering die niet kan uitsluiten dat alledaags handelen strafbaar wordt. Juist hierom moet worden opgepast al te veel waarde te hechten aan de mogelijke begrenzingen door het subjectieve bestanddeel in een strafbaarstelling. Vgl. Borgers en Van Poecke 2012.

baarstelling te kunnen oplossen door al te zeer nadruk te leggen op kwade intenties. Het gevaar van een cirkelredenering ligt dan op de loer: de gedraging zelf is nauwelijks problematisch, de kwade intentie compenseert dat gebrek aan (evidente) wederrechtelijkheid, terwijl de kwade intentie vaak slechts te achterhalen valt door de (zichtbare) gedragingen, waardoor te makkelijk nauwelijks problematische gedragingen ineens toch strafbaar worden. Onduidelijke wetgeving vormt dan de voorfase voor een rechtspraktijk die nauwelijks zekerheid aan burgers kan bieden en die daardoor het aanzien van de democratische rechtsstaat kan schaden.

7 | Het wetsvoorstel strafbaarstelling negationisme

A.C. ten Klooster

1 INLEIDING

Het strafrecht mag pas ingeroepen worden als blijkt dat geen andere adequate mogelijkheid meer voorhanden is om een problematische situatie op te lossen. Zo zou je het *ultimum remedium*-karakter van het strafrecht kunnen definiëren. Om dit enigszins abstracte uitgangspunt toepasbaar te maken, dient het te worden ingevuld met toetsbare voorwaarden. Deze voorwaarden worden ook wel aangeduid als de criteria voor strafbaarstelling. Met behulp van deze voorwaarden kan een zinvol debat gevoerd worden over de noodzaak en mogelijkheid tot strafbaarstelling van bepaald gedrag. Aan een zinvol debat wil het tegenwoordig nog wel eens ontbreken. Zonder al te veel weerstand worden nieuwe strafbepalingen gecreëerd of bestaande bepalingen uitgebreid. Enkele voorbeelden van deze trend zijn de reeds van kracht zijnde wetgeving betreffende voorbereidingshandelingen en de anti-terroriswetgeving. Waar komt deze drang tot uitbreiding van het strafrecht vandaan? Zijn de traditioneel gehanteerde criteria voor strafbaarstelling in de vergetelheid geraakt, of is de maatschappelijke situatie dusdanig aan verandering onderhevig dat de criteria geen realistische uitgangspunten meer bieden? Wat is daarvan de consequentie voor het strafrecht als *ultimum remedium*?

In het kader van deze strafrechtelijke uitbreiding ligt er ook een wetsvoorstel dat negationisme strafbaar stelt.¹ Met negationisme in de zin van dit voorstel wordt, kort gezegd, bedoeld op het ontkennen van volkerenmoord. Gezien onze recente geschiedenis zal deze wet voornamelijk gericht zijn op het ontkennen van de Holocaust.

Het wetsvoorstel strafbaarstelling negationisme zal in dit artikel aan een analyse onderworpen worden. Het zal getoetst worden aan twee van de klassieke criteria voor strafbaarstelling: het schadebeginsel en het subsidiariteitsbeginsel. Daarnaast zal ook de mogelijke symbolische waarde van een wet in de bespreking betrokken worden. De centrale vraag in dit onderzoek is: kan het wetsvoorstel tot strafbaarstelling van negationisme de toets van de klassieke criteria voor strafbaarstelling doorstaan?

1 *Kamerstukken II 2008/09, 30 579, nr. 2.*

2 DE WETTELIJKE BEPALING

2.1 Tekst en toelichting

Op 1 juni 2006 is het wetsvoorstel strafbaarstelling negationisme ingediend.² De bepaling zal volgens het voorstel worden opgenomen in titel V van boek 2 van het Wetboek van Strafrecht. Na aanpassing als gevolg van het advies van de Raad van State³ luidt de bepaling als volgt:

Artikel 137da

1. Hij die in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, enige handeling van volkerenmoord ontkent, op grove wijze bagatelliseert, goedkeurt of rechtvaardigt met het oogmerk aan te zetten tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, enige handeling van volkerenmoord ontkent, op grove wijze bagatelliseert, goedkeurt of rechtvaardigt, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij daarmee een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap beledigt.
3. Indien deze feiten worden gepleegd door een persoon die daarvan een beroep of gewoonte maakt of door twee of meer verenigde personen wordt gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie opgelegd.
4. Artikel 137e is op het eerste en tweede lid van overeenkomstige toepassing.⁴

Blijkens de inleiding in de memorie van toelichting is het wetsvoorstel voornamelijk in het leven geroepen om op te kunnen treden tegen Holocaustontkenning.⁵ De overige overwegingen die ten grondslag liggen aan het wetsvoorstel zijn in de memorie van toelichting als volgt samengevat.

1. Volkerenmoord is een van de ernstigste misdrijven die mensen elkaar aan kunnen doen. Ontkenning, bagatellisering, goedkeuring of rechtvaardiging daarvan is beledigend en discriminerend voor slachtoffers en nabestaanden. Het strekt er mede toe een dergelijk misdrijf acceptabel te doen lijken. Dat alleen al vraagt om een ondubbelzinnige verwerping.
2. De strafwaardigheid van negationisme blijkt op dit moment niet eenduidig uit de wet. Daarbij komt dat de ernst van de bedoelde gedragingen in hun discriminatoire en/of haatzaaiende context zodanig is dat voor de bestrafing daarvan een uitdrukkelijke grondslag in de wet de voorkeur verdient boven een jurisprudentiële norm.

² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 579, nr. 1.

³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 579, nr. 5.

⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 30 579, nr. 6.

⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 30 579, nr. 7, p. 1. "Vrijwel direct na het einde van de Tweede Wereldoorlog verschenen reeds berichten waarin de grootschalige vervolging van Joden door Nazi-Duitsland werd ontkend of gebagatelliseerd. Deze geluiden zijn tot op de dag van vandaag te horen."

3. Een weerbare democratie behoort zich krachtig te kunnen opstellen tegen negationistische uitingen die als doel hebben opvattingen van extremistische politieke stromingen een podium te verschaffen.
4. Een expliciete strafbaarstelling van negationisme is een krachtig signaal zowel naar mogelijke slachtoffers als naar potentiële daders.
5. Meerdere Europese landen kennen expliciete en afzonderlijke strafbaarstelling van negationisme.
6. Het Protocol tot strafbaarstelling van racisme en vreemdelingenhaat via computersystemen kent de mogelijkheid van expliciete strafbaarstelling van negationisme. Indien er meent deze mogelijkheid te mogen opvatten als een aansporing om een en ander in de Nederlandse strafwet vast te leggen.⁶

Voorts wordt ter rechtvaardiging van de voorgestelde strafbepaling een beroep gedaan op het Kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht.⁷ Het kaderbesluit beoogt een doeltreffende justitiële samenwerking met betrekking tot de bestrijding van racistische en xenofobische gedragingen mogelijk te maken. Dit kaderbesluit houdt onder meer in:

Artikel 1

1. Elke lidstaat neemt de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de volgende opzettelijke gedragingen strafbaar worden gesteld:
 - c) het publiekelijk vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van genocide, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden in de zin van de artikelen 6, 7 en 8 van het Statuut van het Internationaal Strafhof, gericht tegen een groep personen, of een lid van die groep, die op basis van ras, huidskleur, godsdienst, afstamming dan wel nationale of etnische afkomst wordt gedefinieerd indien de gedraging van dien aard is dat zij het geweld of de haat tegen een dergelijke groep of een lid van een dergelijke groep dreigt aan te wakkeren;

Artikel 3

1. Elke lidstaat neemt de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de in de artikelen 1 en 2 bedoelde gedragingen kunnen worden bestraft met doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sancties.
2. Elke lidstaat neemt de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de in artikel 1 bedoelde gedragingen strafbaar worden gesteld met een maximum van ten minste één tot drie jaargevangenisstraf.

Al deze overwegingen hebben de indiener aangezet de hierboven genoemde ontwerp-bepaling te formuleren. Uit deze bepaling, in samenhang met de memorie van toelichting, valt op te maken dat een negationistische uiting om twee redenen als ongewenst wordt beschouwd. Ten eerste gaat het om de intentie die achter de uiting schuilgaat. Het doel is veelal het welbewust

⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 30 579, nr. 7, p. 6-7.

⁷ Kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie, 2008/913/JBZ, 28 november 2008, Pb L 328/55, 6 december 2008.

kwetsen of beledigen van personen. Ten tweede gaat het om het effect van de uiting. Het niet aanpakken van negationisme creëert een klimaat waarin discriminatie een bespreekbare optie wordt. In een dergelijke situatie wordt aan grondwettelijke rechten en vrijheden van personen ernstige afbreuk gedaan.⁸ Niet optreden zou gevaarzettend kunnen zijn oftewel risico's kunnen veroorzaken.

2.2 Een analyse van de bepaling

De gedraging die in lid 1 van het ontwerpartikel centraal staat is een uiting. De uiting moet op enige wijze inhouden een ontkenning, een grove bagateliserings, een goedkeuring of rechtvaardiging van volkerenmoord. Voor wat onder het begrip volkerenmoord wordt begrepen, haakt het wetsvoorstel aan bij artikel 6 van het Statuut van het Internationaal Strafhof. Voorts moet de uiting gedaan worden met het oogmerk aan te zetten tot haat, te discrimineren of aan te zetten tot geweld wegens godsdienst of levensovertuiging, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid of lichamelijke, psychische dan wel verstandelijke handicap. De gekozen formulering van het oogmerk heeft tot gevolg dat de uiting zelf naar haar aard niet haatzaaiend behoeft te zijn. Van doorslaggevend belang is dat de uiting gedaan wordt met een haatzaaiende intentie.⁹ In theorie kan dus gesteld worden dat een ontkenning van volkerenmoord, geuit op een manier waaraan niemand aanstoot neemt, strafwaardig wordt geacht vanwege de voormelde intentie. In tegenstelling tot het klassieke oogmerk dat functioneert als een specifiek opzetvereiste dat gericht is op enkele bestanddelen van de delictomschrijving en daarmee de werking van de delictomschrijving inperkt, heeft de wijze waarop aan het oogmerk gestalte is gegeven dan ook veel weg van een subjectief strafverzwarend bestanddeel. Net als bij het terroristisch oogmerk duidt dit op de introductie van het kwade motief in de strafrechtspleging.¹⁰

In het tweede lid van het ontwerpartikel staat opnieuw de ontkenkende uiting centraal als gedraging. De strafwaardigheid van de gedraging volgt hier echter niet uit het achterliggende motief, maar uit het feit dat men weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat met de gedane uiting een groep mensen wegens hun godsdienst of levensovertuiging, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid of lichamelijke, psychische dan wel verstandelijke handicap beledigt. Hier gaat men dus ervan uit dat de uiting naar haar aard beledigend is. Hierbij is het voldoende dat degene die de uiting bezigt, weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de uiting ook daadwerkelijk beledi-

8 *Kamerstukken II 2008/09, 30 579, nr. 7, p. 2.*

9 Zie ook A.J. Nieuwenhuis & A.L.J. Janssens, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 213 e.v.

10 J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 247.

gend is. 'Weten' impliceert opzet, met als ondergrens voorwaardelijk opzet.¹¹ Het bestanddeel 'redelijkerwijs moet vermoeden' vereist geen opzet. Strafbbaar negationisme wordt hier gekwalificeerd als een culpoze gedraging, waarbij niet bewezenverklaard hoeft te worden dat men beoogt te beledigen. De uiting is strafbaar wegens de kwaadaardigheid van de uiting zelf.¹²

3 CRITERIA VOOR STRAFBAARSTELLING

3.1 Het schadebeginsel

Het schadebeginsel heeft vanouds een rol gehad binnen het strafrecht, opgevat als ultimum remedium.¹³ Daarbij is het uitgangspunt dat pas strafrechtelijk ingegrepen mag worden als sprake is van schade. Wat betreft de mate waarin het schadebeginsel als criterium voor strafbaarstelling doorslaggevend is, verschilt men van mening. Zo stelt Hulsman dat elke handeling een bepaalde vorm van 'schade' met zich brengt en dat het schadebeginsel wegens dit gebrek aan onderscheidend vermogen een geringe betekenis zal hebben bij de beslissing wel of geen strafrecht toe te passen.¹⁴ Van Bemmelen is van mening dat bij uitzondering ook niet-schadelijk gedrag strafbaar gesteld kan worden vrijwel alleen op grond van de immoraliteit van de gedraging.¹⁵ De Roos betreft het schadebegrip als een centraal criterium bij het antwoord op de vraag of strafbaarstelling geoorloofd is. Met dit schadebegrip wordt een grens getrokken wat betreft het overheidsingrijpen en een dam opgeworpen tegen moralistisch absolutisme.¹⁶

De schadelijkheid van een gedraging is niet altijd even gemakkelijk aan te tonen. Wanneer er sprake is van fysiek geweld, is de aangerichte schade veelal eenvoudig aantoonbaar. Dit wordt moeilijker wanneer het gaat om bijvoorbeeld verbaal geweld of wanneer er sprake is van gevaarzetting, waarmee een onaanvaardbare kans op schade in het leven geroepen wordt.¹⁷

11 Hier wordt uitgegaan van de voor het merendeel van de misdrijven geldende interpretatie van 'weten'.

12 'De verspreiding is strafbaar wegens de kwaadaardigheid van het voorwerp.' Aldus annotator A.L. Melai over de Nederlandse vertaling van Hitlers Mein Kampf (onder HR 12 mei 1987, NJ 1988, 299).

13 Zie hierover uitgebreid de bijdrage van Ten Voorde in deze bundel.

14 R.H. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 21.

15 J.M. Van Bemmelen, 'Positieve criteria voor strafbaarstelling', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte & J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer: 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 10.

16 T.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 53.

17 Zie ook E.F. Stamhuis, *Gemeen gevaar* (oratie Open Universiteit Nederland), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Het onderhavige wetsvoorstel is een goed voorbeeld van de problematiek die het schadebeginsel met zich kan brengen. Het gaat erom dat aanstoot genomen wordt aan een negationistische uiting, waardoor vervolgens maatschappelijke onrust ontstaat. Als zulks al vaststaat, is het nog maar de vraag of er daadwerkelijk sprake is van schade. Voor dergelijke gevallen stelt De Roos de minimale eis dat pas gesproken kan worden van schade wanneer vanuit het als schadelijk te definiëren gedrag een bedreiging uitgaat die een bepaalde groep in haar welzijn raakt. Deze bedreiging hoeft op haar beurt geen direct aanvallend karakter te hebben, maar kan zich ook uiten in het creëren van een bedreigend klimaat doordat bijvoorbeeld een bepaalde bevolkingsgroep door middel van propaganda zeer negatief wordt bejegend.¹⁸ In deze opvatting komt schade in de vorm van gevaarzetting naar voren.

Met betrekking tot het eerste lid van het ontwerpartikel kunnen in het licht van het schadebeginsel de volgende opmerkingen worden gemaakt. Zoals opgemerkt in paragraaf 2.2. is niet vereist dat de negationistische uiting naar haar aard aanzet tot haat of geweld of discriminerend is. Voor de strafwaardigheid van de uiting is het kwade motief van doorslaggevend belang. Of de uiting ook het gewenste effect heeft, doet niet ter zake. Dit heeft tot gevolg dat sprake is van een strafbare gedraging zonder dat deze op enige wijze schade of de kans op schade in het leven roept. Het schadebeginsel kan hier dan ook geen bepalende rol spelen.

Met betrekking tot het tweede lid van het ontwerpartikel kan het volgende gezegd worden. Men gaat ervan uit dat de negationistische uiting beledigend is voor een groep. De schadelijkheid van de gedraging wordt aangenomen zonder dat deze schade zich daadwerkelijk behoeft voor te doen. Het gaat er niet om of de uiting een beledigend resultaat heeft, maar het gaat erom dat de verdachte een uiting doet waarmee hij het gevaar in het leven roept dat een groep mensen zich naar aanleiding van die uiting beledigd kan voelen.¹⁹ Er is in zoverre sprake van gevaarzetting, waarbij een toestand wordt gecreëerd waarin de kans op het zich voordoen van een concrete onwenselijke gebeurtenis onaanvaardbaar groot is.²⁰ Het schadebeginsel speelt ten aanzien van het tweede lid van de ontwerp-bepaling dus wel een rol.

Gezien het voorgaande is het interessant vast te stellen dat voor vervolging op grond van lid 1 van de ontwerp-bepaling schade of gevaarzetting niet is vereist. Houdt men strikt vast aan het schadebeginsel als voorwaarde voor strafbaarstelling dan moet men tot de conclusie komen dat het ontbreken

18 De Roos 1987, p. 45.

19 Ten Voorde 2010 (T&C Sr), art. 137c, aant. 6.

20 Stamhuis 2006, p. 5.

van schade en gevaarzetting in lid 1 van de ontwerpbepaling aan strafbaarstelling in de weg staat. Volgt men de lijn van Hulsman en Van Bemmelen dan zal de conclusie zijn dat ook zonder schade of gevaarzetting strafbaarstelling onder omstandigheden mogelijk is. Deze omstandigheden kunnen gezocht worden in een mogelijke symbolische of normstellende functie van de bepaling. Dit zal uitgebreider worden toegelicht in paragraaf 3.3.

De ontwikkeling waarin aan het schadebeginsel een minder doorslaggevend belang wordt toegekend, is goed te plaatsen binnen wat ook wel de opkomst van de veiligheidscultuur wordt genoemd. In deze cultuur worden risico's zoveel mogelijk uitgebannen en het strafrecht wordt hiervoor als het middel bij uitstek gezien om dit te bereiken.²¹ Dit heeft tot gevolg dat de grenzen van het strafrecht worden verruimd.²² Centraal staat niet meer de actuele inbreuk op een 'concreet' rechtsgoed, maar een potentiële schending van een diversiteit aan maatschappelijke 'abstracte' belangen.²³ De wijze waarop negationisme strafbaar is gesteld en hoe hierbij het schadebeginsel in zekere zin wordt gepasseerd, kan gezien worden als passend in deze ontwikkeling. Het beginsel van schade als criterium voor strafbaarstelling zal door deze wijze van criminalisering van gedragingen slechts een minimale rol kunnen blijven vervullen. Als geen sprake meer hoeft te zijn van een gedraging die schade of gevaarzetting veroorzaakt maar het uitgangspunt wordt het uitbannen van risico op schade of gevaarzetting, dan is het schadebeginsel van weinig waarde als doorslaggevend criterium voor strafbaarstelling.

3.2 Het subsidiariteitsbeginsel

Naast het schadebeginsel ligt het subsidiariteitsbeginsel²⁴ besloten in de ultimatum remedium-gedachte van het strafrecht. Voordat het strafrecht ingezet wordt om ongewenst gedrag tegen te gaan, moet gekeken worden naar mogelijke juridische alternatieven.²⁵ Deze kunnen gevonden worden in het administratieve recht of in het civiele recht.²⁶ Gezien het eerder aangehaalde kaderbesluit is het de vraag in hoeverre er ruimte is voor toepassing van het subsidiariteitsbeginsel met betrekking tot het onderhavige wetsvoorstel.

21 J.H. Crijns, 'Strafrecht als ultimatum remedium', AA 2012, p. 14-15.

22 De Hullu 2009, p. 13.

23 P.L. Bal, 'Remoralisering van het strafrecht: een discours-theoretische benadering', in: P. Bal, E. Prakken en G. Smaers (red.), *Veiligheid of vergelding? Een bezinning over aard en functie van het strafrecht in de postmoderne risicomaatschappij*, Capaciteitsgroep Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Maastricht i.s.m. Deventer: Kluwer 2003, p. 7.

24 Zie ook De Roos 1987, p. 60 e.v.

25 Ook niet-juridische alternatieven kunnen bij toepassing van het subsidiariteitsbeginsel een rol spelen. Een behandeling hiervan gaat het bestek van dit artikel te buiten.

26 Zie ook G.J.M. Corstens, *Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving?*, Handelingen 1984 der Nederlandse Juristen Vereniging deel I, eerste druk, p. 29 e.v.

In het algemeen groeit de invloed van de Europese Unie met betrekking tot de keuze voor een bepaald handhavingsinstrument. De periode waarin het strafrecht als een puur nationale aangelegenheid werd gezien, ligt inmiddels achter ons. Deze ontwikkeling is ingezet door uitspraken van het Hof van Justitie dat in 2005 oordeelde dat de Commissie onder omstandigheden bevoegd was het strafrecht als handhavingsinstrument aan de lidstaten voor te schrijven.²⁷ Van deze bevoegdheid was het bepalen van de aard en hoogte van de sanctie nog uitgesloten.²⁸ Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon bieden de artikelen 82 en 83 VWEU de Unie de bevoegdheid om op belangrijke gebieden van het materiële en formele strafrecht regelgevende activiteiten te verrichten. Hieronder vallen ook de aard en de hoogte van de sanctie.²⁹

Ook in dit concrete geval is deze tendens zichtbaar. Wanneer men de afweging zou willen maken wel of geen strafrecht in te zetten ter bestrijding van negationistische uitingen, wordt deze keuzevrijheid immers beperkt door verplichtingen aangegaan op Europees niveau. In het kaderbesluit is niet alleen vastgelegd dat negationistische uitingen, zoals geformuleerd in artikel 1 sub c, doeltreffend moeten worden bestreden. Ingevolge artikel 3 lid 1 is ook de bevoegdheid van de nationale overheid om te bepalen of men hier wel of geen strafrecht voor wil gebruiken overgedragen aan de Raad van de Europese Unie. Onder omstandigheden worden negationistische uitingen met de reeds bestaande wetgeving al bedreigd met een strafrechtelijke sanctie. In zoverre is de hiervoor aangeduide verplichting tot gebruik van strafrecht in dit specifieke geval niet op te vatten als een beperking voor het subsidiariteitsbeginsel. Vanuit theoretisch oogpunt is deze beperking evenwel overduidelijk aanwezig en verliest het subsidiariteitsbeginsel op nationaal vlak haar doorslaggevend karakter.

In hoeverre het subsidiariteitsbeginsel als voorwaarde voor strafbaarstelling nog bruikbaar is, hangt in hoge mate af van de lijn die de Europese Unie trekt met betrekking tot het aanpakken van een bepaalde gedraging. Hoe dan ook vindt hier een verschuiving plaats van een afweging van de lidstaat naar Europees niveau.

In het kader van de subsidiariteit kan men zich afvragen of strafbaarstelling noodzakelijk is in het licht van de reeds bestaande mogelijkheden onder de geldende bepalingen. Op grond van de bestaande wetgeving zijn negationistische uitingen onder omstandigheden immers reeds strafbaar. Dit vloeit voort uit een arrest van de Hoge Raad³⁰ waarin werd bepaald dat ontken-

27 HvJ EG 13 september 2005, C-176/03 (*Ship Source Pollution I*).

28 HvJ EG 23 oktober 2007, C-440/05 (*Ship Source Pollution II*).

29 Crijns 2012, p. 16-17.

30 HR 25 november 1997, NJ 1998, 261.

ning van de Holocaust valt onder het bereik van artikel 137c Sr. Jaren eerder was al bepaald dat ook artikel 137e Sr van toepassing is op Holocaustontkenning. Hier bevestigde de Hoge Raad³¹ een arrest van het Hof waarin een man werd veroordeeld voor het ter verspreiding in bezit hebben van een voor Joden beledigend tijdschrift met de titel 'Sechs Millionen Juden vergast-verbrannt?'.

Nu de praktische noodzakelijkheid van het wetsvoorstel in twijfel getrokken kan worden, ligt het voor de hand dat de symbolische en normstellende waarde van de bepaling een rol speelt in de beslissing over te gaan tot expliciete strafbaarstelling naast de reeds bestaande strafbaarstellingen.

3.3 De symbolische waarde van de wet

Een door de indiener meermalen genoemd argument voor expliciete strafbaarstelling is het signaal dat ervan uitgaat naar zowel mogelijke slachtoffers als potentiële daders.³² De symbolische waarde van een wet wordt over het algemeen genomen, en zeker door Hulsman,³³ niet direct gezien als een volwaardige reden om over te gaan tot strafbaarstelling. Hoewel enerzijds een te vergaand strafrechtelijk afgedwongen moralisme wordt tegengegaan door het schadebeginsel, mag anderzijds de symbolische waarden-expressieve betekenis en normstellende functie van een strafbaarstelling niet worden onderschat. Deze betekenis schuilt in de formele erkenning van bepaalde waarden die tot aan dat moment niet door het recht werden geprofileerd.

Hierbij moet de kanttekening gemaakt worden dat ook een wet met een symbolisch element zijn legitimatie verliest op het moment dat deze geen toepassing meer vindt in de rechtspraktijk maar slechts bestaat puur om de symbolische waarde.³⁴

De balans tussen praktische hanteerbaarheid en symbolische werking moet gewaarborgd blijven. In beginsel bevatten wetten afdwingbare bepalingen en voorschriften. Ze beogen ons veiligheid en zekerheid te verschaffen, duidelijkheid en houvast te bieden in privaat- en publiekrechtelijke verhoudingen of maken het mogelijk om door middel van overheidsdwang beleidsdoelstellingen te bereiken. Als tegenhanger van deze instrumentele wetten bestaan er symboolwetten. Pure symboolwetten bevatten niet-afdwingbare bepalingen en creëren geen bevoegdheden maar zijn uitsluitend in het leven

31 HR 27 oktober 1987, NJ 1988, 538.

32 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30579, nr. 3.

33 L.H.C. Hulsman, 'Criteria voor strafbaarstelling', in: E.A. de la Porte e.a., *Strafrecht terecht?*, Baarn: Uitgeverij In den Toren 1972, p. 90-91.

34 De Roos 1987, p. 78-79.

geroepen om symbolische redenen.³⁵ Voorbeelden hiervan zijn onderdelen van de sociale grondrechten³⁶ waarin algemeen aanvaarde opvattingen over de verantwoordelijkheid van de overheid richting hun burgers zijn vermeld. Veelal zal het in de praktijk niet gaan om een pure symboolwet, maar om een wet of bepaling met een sterk symbolisch element, die voor het overige wel degelijk op afdwingbaarheid is gericht. Hiertoe behoort onder meer wetgeving die ziet op de strafbaarstelling van ongewenste intimiteiten of seksuele intimidatie, met als symbolische functie de erkenning van de kwalijkheid van deze handeling. Naast deze genoemde doelen van symboolwetgeving kan ook nog worden gedacht aan het erkennen van het gewicht van bepaalde belangen, zoals het milieu, of belangen van bepaalde groepen zoals de positie van minderheden.³⁷

Het onderhavige wetsvoorstel lijkt op basis van het voorgaande gekwalificeerd te kunnen worden als een in beginsel afdwingbare wet met een sterk symbolisch element. Gezien de inleiding van de memorie van toelichting zit de symboolfunctie kennelijk in de erkenning van de verwerpelijkheid van uitlatingen waarin de Holocaust wordt ontkend. Het is overigens maar de vraag of de burger de koppeling zal maken naar het ontkennen van de Holocaust nu dit niet uitdrukkelijk is opgeschreven, maar gekozen is voor een vrij technische en abstracte formulering. Andere Europese landen hebben in gelijksoortige situaties wel gekozen voor een expliciete wijze van formuleren van de strafbare gedraging. Duitsland heeft een expliciete strafbaarstelling opgenomen ter bestrijding van de Auschwitz-lüge.³⁸ In Frankrijk tracht men uitdrukkelijk het ontkennen van de Armeense genocide strafbaar te stellen.³⁹ Door de ontwerpstrafbepaling breder te formuleren en geen principiële keuze te maken, tracht de indiener van het onderhavige Nederlandse wetsvoorstel kennelijk soortgelijke gebeurtenissen tezamen strafbaar te stellen. Maar juist deze algemeenheid doet af aan de kracht van de beoogde symboolfunctie. Het wetsontwerp kan naar mijn idee dus niet worden aangemerkt als een wet met een krachtige symbolische waarde.

35 J.H. van Kreveld, 'De wetgever als boodschapper', in: W.J. Witteveen, P. van Seters & G. van Roermund (red.), *Wat maakt de wet symbolisch?*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 58-60.

36 Art. 19, eerste lid, art 20, eerste lid, art. 21 en art 22 Gw.

37 Van Kreveld 1991, p. 58-61.

38 §130 Abs. 3 StGB. Zie ook J. Neander, 'Mit dem Strafrecht gegen die "Auschwitz-lüge": Ein halbes Jahrhundert § 130 Strafgesetzbuch "Volksverhetzung"', *theologie.geschichte*, Bd. 1 (2006).

39 N° 121 Senat session ordinaire de 2011-2012, Enregistré à la Présidence du Sénat le 21 novembre 2011, Proposition de loi tendant à réprimer la contestation de l'existence du génocide arménien. Dit wetsvoorstel is echter op 28 februari 2012 ongrondwettig verklaard door het Conseil Constitutionnel.

4 CONCLUSIE

Doorstaat het wetsvoorstel strafbaarstelling negationisme de toets aan de traditioneel gehanteerde criteria voor strafbaarstelling? Gebleken is dat de hier voor bespreking geselecteerde criteria niet tot een eenduidig antwoord leiden. Elk van de voorwaarden zet het wetsvoorstel in een ander licht.

Voor een succesvolle vervolging op basis van lid 1 van het ontwerpartikel hoeft geen sprake te zijn van schade of gevaarzetting. In zoverre kan het wetsvoorstel de toets van het schadebeginsel dus niet doorstaan. Wat betreft het tweede lid voldoet het wetsvoorstel wel aan het vereiste van schade of gevaarzetting. Geconcludeerd kan worden dat het schadebeginsel geen doorslaggevende rol heeft gespeeld om tot het wetsvoorstel te komen.

Ook bij de bespreking van het subsidiariteitsbeginsel doet zich een knelpunt voor. Hoewel er naast het strafrecht wellicht alternatieven denkbaar zijn, komt men niet toe aan deze afweging omdat de Europese regelgeving gebruik van het strafrecht voorschrijft. Door deze ontwikkeling binnen het Europese recht kan het subsidiariteitsbeginsel in dit specifieke geval in het nationale wetgevingsproces niet meer als doorslaggevende toets functioneren. Daarnaast is negationisme op basis van de huidige wetgeving onder omstandigheden reeds strafbaar en voldoet deze wetgeving aan de eisen die het kaderbesluit stelt. Geconcludeerd kan worden dat het subsidiariteitsbeginsel ook in deze afweging kennelijk geen doorslaggevende rol heeft gespeeld nu men toch met voorliggend wetsvoorstel is gekomen.

Wat overblijft is de symbolische en normstellende functie van het wetsvoorstel. Hoewel dit criterium niet behoort tot een van de traditioneel gehanteerde voorwaarden voor strafbaarstelling, lijkt het gezien het voorgaande van doorslaggevende aard te zijn geweest. Het probleem bij het wetsvoorstel is dat vanwege de algemene formulering van de bepaling de symboolfunctie niet goed tot uitdrukking komt. De vraag of het wetsvoorstel doorgevoerd zou moeten worden vanwege zijn grote symboolwerking van de wet, valt dan ook niet bevestigend te beantwoorden.

Uit het voorgaande blijkt dat de bruikbaarheid van de traditioneel gehanteerde criteria voor strafbaarstelling niet zonder meer als vanzelfsprekend wordt onderkend. Het is jammer dat bij het wetsvoorstel strafbaarstelling negationisme niet uitdrukkelijk aandacht is besteed aan die criteria voor strafbaarstelling. Juist in het licht van de dynamiek van onder meer wetgevingstrajecten met Europese regelgeving en de bijzondere rol van strafbaarstelling in de huidige veiligheidscultuur is het nuttig dat de wetgever aangeeft welke criteria doorslaggevend zijn. Op deze wijze kan een zinvolle discussie gevoerd worden omtrent nieuw strafbaar te stellen gedrag.

Pleidooi voor strenge maatstaven van strafbaarstelling en straf

H.J.R. Kaptein

1 INLEIDING

Moddermans in de titel aangehaalde ideaal van de nooit toegepaste strafwet doet denken aan Beccaria's waarheid dat strafbaarstellingen misdaden sanctioneren die zij zelf veroorzaken.¹ Dit is meer dan de logische waarheid dat misdaad in juridische zin tenminste begripsmatig enige strafwet vooronderstelt. Criminalisering van menselijk gedrag en de gevolgen daarvan leiden ook tot criminalisering van vervolgd en gestraften, in ieder geval als het gaat om vrijheidsbenemende straffen dan wel maatregelen. Nogal eens worden mensen daarvan niet minder misdadig. Beccaria benadrukte dan ook het belang van strafrechtspleging als *ultimum remedium*: straf kan pas zin hebben als alle andere mogelijke maatregelen tegen misstanden hebben gefaald. Hij stelde dat niet alleen vanwege gevaren ten gevolge van criminalisering van minder gewenst menselijk gedrag. Hij wist al dat misdaad ook kan worden bestreden of zelfs ongedaan gemaakt met andere dan strafrechtelijke middelen. Zijn uitleg van die waarheid, toen nog mede in termen van heldere straatverlichting en stichtelijke toespraken, kan moeiteloos worden vertaald naar deze tijd. Goede opvoeding, scholing, huisvesting, werkgelegenheid en nog veel meer maken mensen minder misdadig, hoe moeilijk het ook kan zijn om die voorwaarden voor een veiliger, betere en rechtvaardiger samenleving te verwezenlijken.

Voorkoming van doden, gewonden en andere ernstige schade moet voorop staan. Dat kan en moet ook of eigenlijk in de eerste plaats met andere dan strafrechtelijke middelen. Die zijn immers niet alleen gevolgen van strafbare feiten. Zo kunnen regels voor veilig weg- en ander maatschappelijk verkeer nog verder worden verbeterd.

1 A.E.J. Modderman, *Straf – Geen Kwaad. Redevoering bij de aanvaarding van het hoogleraarsambt in de regtsgeleerdheid aan het Athenaeum Illustre te Amsterdam den 24sten oktober 1864 uitgesproken*, Amsterdam, Frederik Muller 1864, p. 33; C.B. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (Livorno, 1764 [1766]), hoofdstuk 6, ook in R. Bellamy ed., *On Crimes and Punishments and Other Writings* (Cambridge University Press, Cambridge, 1995).

In de lijn daarvan liggen eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Die gelden voor de strafwetgever net zo goed als voor de uitvoerende macht, waaronder begrepen politie en justitie. Weliswaar vond Beccaria dat op elke ontdekte misdaad straf moest volgen – enig opportunistebeginsel was hem immers vreemd – maar ook of mede daarom waarschuwde hij de wetgever (in ruime zin): stel gedrag pas strafbaar als dat echt niet anders kan.

Hoe rationeel lijkt dit alles, tenminste zolang wordt uitgegaan van sturende werking van strafrechtelijke sanctionering. Beccaria vergeleek de wetgever dan ook met een kundig architect, vertrouwd met alle menselijke en maatschappelijke krachten teneinde het kunstig bouwwerk van de samenleving bijeen te houden met behulp van bestuurlijke en uiteindelijk strafrechtelijke mechanismen. Het geloof in preventieve werking van sancties is minder groot geworden, afgezien van sturende werking van straffen in bijvoorbeeld het fiscale en wegverkeer. Mede daarom is van die kundige architectuur evenmin alles terechtgekomen.

Maar naast preventie is er ook vergelding. Ondanks Beccaria's overtuigende kritiek op vergelding als zin en doel van straf, na hem vele malen even wel-sprekend als vruchteloos herhaald, gevarieerd en opnieuw getoonzet lijkt een drijvende kracht van de hedendaagse strafrechtspleging neer te komen op de idee dat de misdadiger zijn verdiende loon behoort te krijgen, wat de menselijke en maatschappelijke kosten daarvan ook mogen zijn. Bovendien gelden steeds meer maatschappelijke ongewenstheden als te vergelden misdaad. Voorgesteld is burka's te verbieden, omdat die "in strijd zijn met de heersende zeden en gevoelens van onveiligheid oproepen". "Jeugdhangen" is ingeburgerd als algemene aanleiding tot strafvorderlijk en ander vexatoir optreden tegen minderjarigen die zich niet wezenlijk anders gedragen dan hun ouders en voorouders eertijds. Die werden met rust gelaten of anders aangepakt.

Toegegeven: dit is enige versimpeling van altijd oneindig ingewikkelde politieke, juridische en maatschappelijke werkelijkheden. Toch is die terugkeer van vergelding onmiskenbaar. Zo vonnissen rechters in termen van herstel van geschokte rechtsorden, alsof de pijn van straffen het leed door misdrijven kan goedmaken. Daarbij wordt verwezen naar "het veranderende strafklimaat, waarin het publiek met milde straffen minder genoeg neemt", alsof tenminste in de straftoemeting intussen de eigenrichting van de directe democratie is gevestigd. Overigens wijst onderzoek niet uit dat "het publiek" werkelijk zwaardere straffen wil.²

Het Openbaar Ministerie op zijn beurt vraagt zich publiekelijk af of kan worden vervolgd, ook in zaken waarin straf geen enkel zinvol doel meer lijkt te kunnen dienen. Zo kon de Zutphense rechter dankzij dit OM nog in 2012 een vader veroordelen die zijn zoon had verloren door ongelukkig

2 S. Ruiter e.a., *De burger als rechter: een onderzoek naar geprefereerde sancties voor misdrijven in Nederland*, NSCR, Radboud Universiteit Nijmegen & CBS, 2011.

geknutsel met vuurwerk, alsof de man nog niet genoeg was gestraft.³ Dit geval staat niet alleen. Persoonlijke gevolgen voor gestraften en hun naasten lijken er evenmin altijd toe te doen.

Zinnvolle uitleg van het opportuniteitsbeginsel lijkt te zijn vergeten. Hoe staat het met het ophelderingspercentage van bijvoorbeeld levensdelicten? Dat gaat al jaren niet de goede kant op. Mensenhandel ondervindt nog steeds te weinig hinder van de overheid. Grote vermogenscriminaliteit blijft grotendeels ongemoeid: “te moeilijk” en niet goed voor de omzet. Zo is er nog meer.⁴

Intussen is de strafrechtspleging ook nog verdoofd door cannabis en erger. Beccaria kon nog niet weten dat hij zo vergaand en tragisch gelijk zou krijgen: strafwetten tegen verdovende middelen scheppen bij uitstek hun eigen misdaad.

Wat is dit voor inflatie? Waarom steeds meer sancties op papier en in de praktijk? Al blijft te veel echte misdaad ongemoeid? Wat zijn zinnvoller maatstaven en praktijken van strafbaarstelling en straf? Behandeling van dit vraagstuk is hier nader ingericht als volgt. Eerst moet duidelijk worden waar straf eigenlijk goed voor is. Anders zijn er ook geen maatstaven van strafbaarstelling en straf. In § 2 wordt dan ook ingegaan op de wederopstanding van vergelding. Toch blijft vergelding vergelijking van appels met peren: strafleed kan het kwaad van misdaden niet goedmaken. Anderzijds doen preventieve strafdoelen het niet veel beter. Daarmee blijft delegitimatie van straf en dus ook van strafrechtspleging een fundamenteel probleem. § 3 is gewijd aan de eigenlijke hoofdzaak, niet alleen van strafrechtspleging: bescherming van de persoon en van de vooronderstellingen daarvan. Dergelijke mensenrechten moeten ook anders dan strafrechtelijk worden beschermd. Ofwel: liever geen straf als het ook anders kan. Als strafrechtspleging werkelijk nodig is, dan moet dat zo voorzichtig mogelijk gebeuren, gegeven de menselijke en maatschappelijke kosten van straf (§ 4). Ten slotte biedt § 5 een vooruitblik op verdergaande hervorming. Civilisering van strafrecht moet de eigenlijke agenda zijn: laat daders de schade goedmaken. Dat leidt bovendien tot duidelijker maatstaven voor strafbaarstelling.

2 DELEGITIMATIE: STRAFLEED MAAKT NIETS GOED EN VOORKOMT NIET ALLES

Wat pleit nu eigenlijk voor vergelding, afgezien van de twijfelachtige populariteit er van? Voor de hand ligt een beroep op retributieve rechtvaardigheid, laatstelijk sinds Aristoteles een onomstreden maatstaf van gerechtigheid. In die termen is straf de “gelijkmaking” van de misdadiger, de “terug-

3 Rb Zutphen 14 februari 2012, LJN BV3892.

4 Zie over doelmatigheid in de strafrechtsketen bijvoorbeeld H.M.W.G. Goossens e.a., *Prestaties in de strafrechtsketen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

betaling met gelijke munt”, om de gevolgen van misdaad tenminste voor de dader ongedaan te maken. Daartegen lijkt weinig in te brengen, hoezeer ook deze rechtvaardiging van vergelding strookt met verdachte of tenminste minder beredeneerde gevoelens in de trant van “oog om oog, tand om tand”.

Totdat duidelijk wordt dat de gelijkmaking van vergeldende gerechtigheid ten gronde anders en beter kan worden uitgelegd. Vereffening kan immers ook betekenen: vergoeding, overigens in lijn met de eigenlijke betekenis van retributie (zie § 5 voor nadere uitleg van deze “civilisering” van vergelding). Maar een dergelijke uitleg staat ver af van straf als toevoeging en ervaring van leed, zoals dat geldt in de huidige rechtsorde. Strafleed kan het kwaad van de misdaad niet goedmaken, hoe dan ook kan leed geen leed goedmaken.⁵ Vergelding als leedtoevoeging leidt alleen maar tot een slechtere wereld.

Strikt genomen biedt vergelding geen plaats voor vervolgingsbeleid ofwel criminele politiek. Als misdaad moet worden vergolden moet op alle misdaad zonder meer straf volgen. Dat past in punitieve sferen, hoe weinig dergelijke onvoorwaardelijke vergelding ook getuigt van werkelijkheidszin. Zoveel misdaad komt immers niet ter kennis van politie en justitie. Overigens is onvoorwaardelijke vergelding in strijd met het geldende recht, in ieder geval met het opportunititeitsbeginsel van art. 167 lid 2 Sv. en met de mogelijkheid van voorwaardelijke veroordeling.⁶

In plaats van of naast vergelding wordt preventie opgevoerd als grondslag voor straf als toevoeging en ervaring van leed. Die preventie is beter verenigbaar met het wettelijk stelsel. Buiten kijf staat bovendien de sturende werking van verkeersboeten en vergelijkbare sancties om de maatschappelijke omgang in goede banen te leiden. Twijfelachtiger is de preventieve werking van gevangenisstraffen en andere vrijheidsbenemingen. Zelfs eenzame opsluiting helpt niet zonder meer tegen voortzetting van misdaad.

Betrouwbare gegevens over al niet preventieve werking van min of meer langdurige vrijheidsbenemingen zouden alleen kunnen worden verkregen in vergelijking met maatschappijen vrij van gevangenisstraffen – voor zover ook dan al kan worden voldaan aan *ceteris paribus*-eisen als vooronderstellingen van dergelijk sociaalwetenschappelijk onderzoek.⁷

Al in 1833 maakten De Beaumont en De Tocqueville duidelijk dat verblijf in de gevangenis langer dan enige jaren onomkeerbaar leidt tot verharding

5 Vgl. reeds Beccaria 1764, hoofdstukken 12 en 16; Modderman 1864, p. 39.

6 Zie uitgebreider: H.J.R. Kaptein, ‘Octopus(sy) of de prijs van de kroongetuige: Strafvordering in de schaduw van materieelrechtelijke delegitimatie’, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1998-1, p. 55-71.

7 Zie over valkuilen van sociaalwetenschappelijk onderzoek naar preventieve werkingen van sancties ook P.H. Robinson & J.M. Darley, ‘Does criminal law deter? A behavioural science investigation’, *Oxford Journal of Legal Studies* 2004-2, p. 173-205.

in de misdaad, geestesziekte en algemene menselijke dan wel maatschappelijke ongeschiktheid.⁸ Nogal wat onderzoeken hebben dit beeld bevestigd.⁹

De winst- en verliesrekening van preventief bedoelde detentie is dan ook niet duidelijk. Wegen de geweldige menselijke en geldelijke kosten van gevangenisstraf, ook voor naasten en andere betrekkingen van gedetineerden, wel op tegen twijfelachtige winsten door minder misdaad? Hoe kunnen dergelijke kosten en opbrengsten met elkaar worden vergeleken? Kan dat in termen van maatschappelijk nut? Dergelijke afwegingen lijken hoe dan ook praktisch onuitvoerbaar.

Soms lijkt dreiging met zware straffen toch iets te kunnen opleveren. Detentie als sanctie op delicten als fietsen zonder licht zou preventief kunnen werken en daarmee dodelijke en andere ernstige ongelukken kunnen voorkomen. Maar zelfs als die rekening opgaat blijft de principiële vraag of die ongelukkige fietsers mogen en moeten zitten voor het goede doel. Zij hebben immers niet meer dan een op zich onbeduidende overtreding begaan. Is het wel rechtvaardig om individuele daders van dergelijke lichte vergrijpen zwaar te straffen, “in naam van het algemeen belang”? Hoe dan ook stelt het strafdoel van preventie geen duidelijke grenzen aan strafmaten.

Gangbare verenigingstheorieën ter verdediging van het leed van de straf proberen daarop een antwoord te bieden: sturing bepaalt strafmaten, vergelding verbiedt straffen buiten maten van ernst van het feit en schuld. Dat lost niets op, naar Modderman al liet zien: die maten zijn er niet.¹⁰ Straf meten aan ernst van het feit en mate van schuld is appels met peren vergelijken. Dergelijke theorieën doen het dan ook niet beter dan hun nu eenmaal onaanneemelijke onderdelen, hoezeer ook de samenloop van vergelding en preventie is verheven tot min of meer officiële leer in de strafrechtspleging.

Legitimaties van straf als leedtoevoeging in andere termen dan vergelding en/of preventie lijken evenmin aannemelijk te kunnen zijn. Zo is geprobeerd sancties te rechtvaardigen in termen van “signaalfunctie”, om kracht bij te zetten aan de boodschap dat iets echt niet mag. Zou dat niet anders en beter kunnen, als het om die communicatie gaat?¹¹

Het is vaker gezegd en geschreven, zonder veel gunstige uitwerking op de praktijk van de strafrechtspleging. Sinds het werk van Hulsman en zijn geestverwanten, nu alweer enige decennia geleden, lijkt academische, politieke en bestuurlijke aandacht voor grondslagen van strafrechtspleging en

8 G. de Beaumont & A. de Tocqueville, *Système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France; suivi d'une appendice sur les colonies pénales et de notes statistiques*. Parijs, 1833.

9 D. Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press 2001; S. van der Zee: *Het staatshotel: de bajes, stortplaats van de samenleving*, Breda: Uitgeverij De Geus 2012.

10 Modderman 1864, p. 37.

11 Zie over klassieke en hedendaagse straftheorieën bijvoorbeeld G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, New York: Oxford University Press 2000 en R.A. Duff, *Punishment, Communication, and Community*, New York: Oxford University Press 2000.

straf min of meer te zijn verdwenen. Democratische legitimatie van geldend recht en gangbare praktijk kan tegen dit tekort niet worden ingebracht. Die legitimatie vooronderstelt immers meer dan meerderheden die zich neerleggen bij de staat der dingen. Zonder inhoudelijke redengeving kan van werkelijke grondslagen voor zo iets ingrijpends als langdurige vrijheidsbeneming geen sprake zijn. Daarmee blijft het delegitimatieprobleem even onopgelost als zorgwekkend.

Ten overvloede: preventie en vergelding van misdaad zijn natuurlijk lofelijke doelen. Mits uitgevoerd met de juiste middelen. Dan komt de gangbare strafrechtspleging in termen van leedtoevoeging niet op de eerste plaats.

3 MINDER STRAFRECHTSPLEGING, MEER ANDERE REMEDIES

Wat ook zij van vergelding dan wel voorkoming van misdaad ter legitimatie van straf, onomstreden moet zijn dat alle aanpak van hinderlijk of zelfs schadelijk en mogelijk strafbaar doen en laten begint met passende maatregelen ter voorkoming er van met andere dan strafrechtelijke middelen – zoals Beccaria inderdaad al heeft uitgelegd.

Welke schaden moeten in de eerste plaats worden voorkomen? Beschermd moeten worden in ieder geval de persoon, de eigendom en de overeenkomst (*the three p's: person, property and promise*).¹² Dit zijn grondwaarden van het menselijk bestaan of zelfs vooronderstellingen van leven en samenleven waarop recht en rechtspleging gunstige invloed kunnen hebben. Dus moet een overheid proberen met alle mogelijke middelen onnodige doden en gewonden te voorkomen, er voor zorgen dat mensen afblijven van andermans zaken en voorwaarden scheppen waarin nakoming van overeenkomsten redelijkerwijs kan worden verwacht.

Eigenlijk gaat het om grond- en zelfs mensenrechten. Die moeten in de eerste plaats worden verwerkelijkt, wil een min of meer beschaafde samenleving mogelijk zijn. Die mensenrechten reiken verder dan *the three p's* en zijn ook niet allemaal even beschermwaardig. Achter grond- en mensenrechten gaan opvattingen schuil over vooronderstellingen van het goede leven of tenminste van een menswaardig leven.¹³ Vanzelf zou moeten spreken dat alle politiek en openbaar bestuur in de eerste plaats zijn gericht op bescherming van deze grondwaarden en dus op voorkoming van beschadiging er van. Wat ook zij van rangorden van grondrechten, mensenrechten dan wel

12 Zie daarover, ook over Hume en zijn geestverwanten, bijvoorbeeld H.L.A. Hart, *The Concept of Law* Oxford: Clarendon Press [1961,] 1994.

13 Onder anderen Rawls, Finnis, Nussbaum hebben dat verwoord in termen van *primary goods* of vergelijkbare begrippen. Vgl. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press 1999; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* Oxford: Oxford University Press 1980; M. Nussbaum, 'Human Functioning and Social Justice', *Political Theory* 1992-2, p. 202-246.

fundamentele menselijke waarden, bescherming van leven behoort op de eerste plaats te komen. Zonder leven hebben andere grondrechten, mensenrechten dan wel fundamentele menselijke waarden immers geen zin. Alle politiek en openbaar bestuur, de strafrechtspleging inclusief, moet dus in de eerste plaats mensenlevens beschermen. Daarna komt bescherming van kwaliteit van leven, al dan niet in termen van andere grondrechten, mensenrechten, fundamentele menselijke waarden en uiteindelijk ook in termen van veranderlijke politieke opvattingen over levenskwaliteit.

De werkelijkheid leert anders. Strafrechtspleging en openbaar bestuur in het algemeen zijn te zeer gericht op wat als hinderlijk of zelfs misdadig wordt ervaren en te weinig op wat dodelijk of anderszins werkelijk schadelijk is. Hier is dan ook nog veel te doen. De agenda er van gaat ver voorbij voorkoming en bestraffing van misdaad. Zo leiden hogere maximum snelheden in het wegverkeer aantoonbaar tot meer doden en ernstig gewonden. Toch worden die snelheden opgevoerd, ten koste van mensenlevens en ten bate van twijfelachtige vergroting van mobiliteit, wat die verder ook waard mag zijn. Op verschillende manieren leidt openbaar vervoer per reizigerskilometer tot veel minder doden en gewonden dan gemotoriseerd privévervoer. Toch blijven investeringen in bijvoorbeeld beter treinverkeer ver achter bij bestedingen aan uitbreiding van het snelwegennet.

Ook hier wint “zichtbare misdaad” het van rationele criminele en andere politiek. Een redelijk willekeurig voorbeeld, met dodelijke afloop: nog niet zo lang geleden werden benzinedieven door de politie achtervolgd, met fataal gevolg voor een onschuldige bestuurder, aangereden door de vluchtauto.¹⁴ Dit is de omgekeerde wereld, of eigenlijk perversie: een mensenleven wordt opgeofferd of tenminste worden willens en wetens dodelijke risico's genomen om een misdrijf ter waarde van enkele tientallen euro's te kunnen sanctioneren. Stond bescherming van mensenlevens niet op de eerste plaats, als het gaat om openbaar bestuur, strafrechtspleging of om wat dan ook? Had die politiecapaciteit niet beter kunnen worden ingezet voor veiliger verkeer? *Fiat justitia pereat mundus*? Welke onmenselijke gerechtigheid is dat dan?

In ieder geval in termen van mensenlevens en inzet van openbare middelen is het nogal wat goedkoper om tankstations te verplichten om alleen betaling vooraf te aanvaarden. Dat geldt niet alleen voor benzinediefstal. Zo veel andere criminaliteit wordt mogelijk gemaakt door gebrekkige aandacht voor het begin van alle misdaad: mogelijkheden er toe. Nogal eens kunnen die mogelijkheden tegen geringe kosten worden weggenomen. Betere beveiliging van woonhuizen en andere gebouwen, voer- en vaartuigen, het is technisch allemaal mogelijk. Afdoende bewaking al dan niet op afstand is niet altijd in strijd met persoonlijke levenssferen. Internetfraude is voor een niet gering deel gevolg van onzorgvuldigheid van bestolenen en hun leveranciers.

14 Zie hierover H.J.R. Kaptein, 'Tot de dood er op volgt', *Mr. Online*, 15 november 2011.

Ook valt nog altijd te denken aan vereenvoudiging van wet- en regelgeving, overigens niet alleen vanuit een oogpunt van vermindering van misdaad. Zo kan belastingfraude worden tegengegaan door vereenvoudiging van het fiscale stelsel, tot en met afschaffing van alle belastingen behalve omzetbelasting. Al jaren wordt er overtuigend voor gepleit, gevestigde belangen staan ook hier in de weg aan afschaffing van te veel regels, bureaucratie en bijbehorende mogelijkheden tot misbruik. De lijst is lang en wordt hier dan ook niet afgemaakt.

In ieder geval moet tenminste in het kader van een rationeler criminele politiek een einde worden gemaakt aan de contraproductieve en criminaliserende strafrechtelijke strijd tegen verdovende middelen, al was het maar omdat die meer kost dan zij opbrengt, ook in termen van doden en gewonden. Bovendien geldt ook hier dat schaarse capaciteiten van politie en justitie in de eerste plaats moeten worden besteed aan zaken van leven en dood.

Meer en betere aanpak van mogelijke daders kan ook niet altijd kwaad. Dat hoeft niet altijd zachtvaardig te zijn. Een willekeurige greep uit – wederom – een veelheid van zinvolle mogelijkheden: leg de leeftijdsgrens van leerplicht zo hoog mogelijk, dwing die ook af, besteed meer aandacht aan samengaan van leren en werken, met name voor minder begaafden. Doe in opvoeding en onderwijs iets aan onderwerpen van misdaad en straf. Hoe weinig werkzaam misschien ook, elke maatschappijleer dient aandacht te besteden aan de schadelijke gevolgen van misdaad, niet alleen voor individuele slachtoffers én daders, maar voor iedereen.

Meer werkgelegenheid en meer maatschappelijke rechtvaardigheid in het algemeen kunnen ook leiden tot minder misdaad. Statistisch sterke verbanden tussen werkloosheid en maatschappelijke achterstelling enerzijds en levensdelicten anderzijds kunnen nader worden verklaard door gevoelens van vernedering die gewelddadige uitwegen zoeken.¹⁵ Weer leert de werkelijkheid anders. Vergeldende “strafrechtvaardigheid” achteraf, tegen nogal eens achtergestelden, wint het te vaak van maatschappelijke rechtvaardigheid als vooronderstelling van een leefbare én veilige samenleving voor iedereen.

Natuurlijk kan nooit alle misdaad worden weggenomen. Toch is in nogal wat gevallen van vermeende of zelfs echte misdaad tenminste strafvorderlijk niets doen de beste oplossing. In ieder geval het opportuniteitsbeginsel van art. 167 lid 2 Sv. biedt daartoe de ruimte. Delegitimatie van straf als toevoeging van leed moet leiden tot terughoudendheid, weer afgezien van sturende werking van verkeers- en vergelijkbaar strafrecht.

Toegegeven: grenzen zijn hier niet altijd makkelijk te trekken. Toch moet twijfel leiden tot afzien van overheidsop treden. Bovendien kunnen individuele slachtoffers van delicten altijd proberen om er zelf met daders uit te

15 Vgl. voor een bevestiging daarvan uit onverwachte hoek: J. Gilligan, *Why Some Politicians Are More Dangerous Than Others*, Cambridge: Polity Books 2011.

komen. Stokken achter de deur kunnen dan zijn dreiging met aangifte en/of civiele actie. Zelfs ernstige delicten als verkrachting kunnen in omstandigheden beter worden opgelost door goed geregelde bemiddeling tussen daders en slachtoffers dan door gevangenisstraf, ook in termen van afgenomen recidive.¹⁶

Inderdaad kunnen door misdaad getroffen burgers, ingezetenen en overheden een beroep doen op het privaatrecht. In gevallen van schade als gevolg van strafbare feiten kunnen acties uit onrechtmatige daad voor slachtoffers én daders beter zijn dan strafvervolgning. Slachtoffers kunnen vergoeding krijgen zonder te moeten wachten op onzekere strafzaken. Zij kunnen immers zelf naar de civiele rechter.

Dat kan leiden tot vergelding in eigenlijke zin, als terugbetaling (zie al § 2). Bovendien draaien daders in ieder geval voor opzettelijke schade zelf op. Dergelijke schade wordt immers niet vergoed door verzekeraars. Zulke vergelding als vergoeding heeft meer zin dan “vergelding” door daders te laten lijden, zonder dat slachtoffers of wie dan ook daarvan beter worden.

Voordeel is bovendien dat alleen werkelijke schade tot vergoeding kan leiden. Tenminste in die zin zijn civielrechtelijke “maatstaven voor strafbaarstelling” duidelijk. Zo zouden benzinedieven, voetbalvandalen en andere daders kunnen opdraaien voor schade ten gevolge van hun wangedrag. Een dergelijk treffen in de portemonnee zou ook preventief beter kunnen werken dan welke strafrechtelijke actie ook.

Toch wordt met dergelijke civielrechtelijke mogelijkheden, ondanks alle voordelen vergeleken met strafrechtelijk optreden nog betrekkelijk weinig gedaan. Wil dat veranderen, dan moet in ieder geval de burgerlijke rechtsvordering eindelijk worden hervormd. Vergaande vereenvoudiging ligt voor de hand. Vormen die aan verwerkelijking van materieel recht in de weg staan moeten verdwijnen.¹⁷ Zo kunnen proceskosten in termen van tijd en geld worden teruggebracht tot een aanvaardbaar niveau. Toegang tot de civiele rechter niet alleen in schadeacties zal er door worden bevorderd. Ook dat kan strafrechtspiegeling voor een deel overbodig maken.

Doordacht vervolgingsbeleid kan dus betekenen: in ieder geval strafvorderlijk niets doen. Proportionaliteit en subsidiariteit zijn (nu eenmaal) eisen die ook aan strafrechtplegeling als zodanig kunnen worden gesteld. Hoe dan ook is strafbaarstelling geen voldoende voorwaarde om vermeend strafbaar gedrag daadwerkelijk te vervolgen. Het opportunititeitsbeginsel is er niet voor niets.

16 K.S. Madsen & H. Andersson, 'The challenges of mediating rape', in: *Restorative Justice in Europe: Where are we heading?* (Proceedings of the third conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice), Boedapest 2004.

17 Zie bijvoorbeeld H.C.F. Schoordijk, 'De verwezenlijking van het materiële recht in het civiele proces', *NJB* 2004, p. 162-167.

Wat betekent dit voor maatstaven van strafbaarstelling? Géén straf als het ook anders kan, niet alleen op grond van principiële delegitimatie van straf als leedtoevoeging – weer behoudens aantoonbaar sturende werking van niet al te harde straffen als geldboeten in het weg- en ander maatschappelijk verkeer.

4 STRAFRECHTSPLEGING MET MATE

Toch zal het niet altijd goed gaan zonder strafrechtspleging en straf. Dan moet duidelijk zijn wat verboden en strafbaar is, en waarom. (Die duidelijkheid is natuurlijk ook vooronderstelling van andere dan strafrechtelijke aanpak als geschetst in § 3: zonder stok achter de deur werkt dat niet altijd.) Weer gaat het in de eerste plaats om bescherming van leven en samenleven. Hoe dan ook moeten duidelijke sancties staan op onrechtmatige aantasting van andermans leven, zaken en vertrouwen (*“the three p’s”*, zie al § 3). Afgezien daarvan lijkt met strafwetgeving (in ruime zin) voorzichtigheid geboden: liever weinig en duidelijke sanctieregels dan een veelheid van sancties gesteld op min of meer onwenselijk en niet altijd duidelijk gedefinieerd wangedrag.¹⁸

Hoe dan ook hebben pakkansen zonder sanctieregels en sancties geen zin en juist die pakkansen zijn belangrijk als het gaat om minder misdaad.¹⁹ Inderdaad is er nogal wat schadelijk gedrag dat binnen min of meer redelijke perken kan worden gehouden door zekere kansen op boeten in het vooruitzicht te stellen en die al dan niet bestuursrechtelijk te executeren. Nog steeds is voorkomen beter dan genezen.

Gegeven beperkte middelen moet opsporing in de eerste plaats zijn gericht op de ernstigste feiten, met mogelijk de schadelijkste gevolgen. Inderdaad moeten strafrechtspleging en openbaar bestuur in het algemeen niet zijn gericht op wat als hinderlijk of zelfs misdadig wordt ervaren, maar op wat werkelijk schadelijk is. Dan gaat het weer om moord, doodslag, mishandeling waaronder verkrachting, diefstal en oplichting. Die misdaden zijn immers gericht tegen het leven, tegen lichamelijk en geestelijk welzijn, tegen eigendom en tegen het vertrouwen in de overeenkomst. Ook hier komen mensenrechten of eigenlijk menselijke grondwaarden op de eerste plaats (zie al § 3).²⁰

18 Zie voor een vurig pleidooi tegen strafrecht als hoeder van “de heersende zeden”: A.R. Mackor, ‘Strafrecht en liberalisme: ontwikkelingen rond strafrecht waarover liberalen zich zorgen zouden moeten maken’, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2012-1, p. 5-11.

19 Zie reeds Beccaria, 1764 en bijvoorbeeld Goossens e.a., 2012 voor cijfers over de weinig geruststellende Nederlandse praktijk.

20 Eigenaardig genoeg is deze hoofdzaak niet zonder meer terug te vinden in de Nederlandse strafrechtswetenschap: zie bijvoorbeeld R.H. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel*, Deventer: Kluwer 1998. Zie ook A.P. Simester & A. von Hirsch, *Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*, Oxford: Hart Publishing Co 2011.

Weer biedt het opportuniteitsbeginsel van art. 167 lid 2 Sv. ruimte voor rationele criminele politiek. Maatstaven voor strafbaarstelling als gesteld door de wetgever leiden immers niet zonder meer tot plichten van politie en justitie om te vervolgen. Gegeven de stelsels van 1886 en 1926 bieden strafbepalingen immers niet meer dan de mogelijkheid om te vervolgen. Zo beschouwd is een teveel aan strafwetgeving niet het eigenlijke probleem. Het gaat er om wat er mee wordt gedaan, of liefst niet mee wordt gedaan. Verantwoorde keuzen in rationele criminele politiek moeten mede worden bepaald door afweging van alle kosten en opbrengsten, mede in termen van pak- en andere kansen en naar maatstaven van proportionaliteit en subsidiariteit.

Bij alle strafvervolgning moet vaststaan dat verdenking van delinquentie niet op andere, menselijk en geldelijk minder kostbare manieren kan worden afgehandeld. Anders overigens het hedendaags Openbaar Ministerie, dat inderdaad *contra legem* en in voorkomende gevallen publiekelijk de vraag stelt of kan worden vervolgd, terwijl inderdaad de enige zinvolle vraag luidt of moet worden vervolgd, gegeven de publiekrechtelijke taak van het Openbaar Ministerie als dienaar van het algemeen belang.²¹

Maar ook dat Openbaar Ministerie lijkt te vaak aangedreven door de waan van vergelding: straf moet, al doet die niemand goed. Als zodanig is die vergeldingsgedachte niet irrationeel, probleem is alleen dat leedtoevoeging geen zinvolle vergelding oplevert (zie al § 2). Dergelijke schijn van vergelding door vrijheidsberoving leidt alleen maar tot meer leed in de wereld, niet alleen voor gedetineerden. Elke rationele criminele politiek en eigenlijk alle strafwetgeving gericht op leedtoevoeging zou daarvan moeten zijn doordrongen. Straf maakt niets goed, de zin van vergelding ligt niet in leedtoevoeging maar in schadevergoeding, indachtig de eigenlijke betekenis van retributie ofwel terugbetaling.

In de lijn daarvan moet van bestaande mogelijkheden tot schadevergoeding door daders zo veel mogelijk gebruik worden gemaakt. Dat begint al met betaling door daders in het kader van informele conflictbeslechting (§ 3), al dan niet in het kader van voorwaardelijk sepot. Taak-, leer- en werkstraffen kunnen meer opleveren dan detentie. Daders kunnen er van leren, opbrengsten er van kunnen ten goede komen aan de samenleving. Anders dan lijden van daders kan hun werken zinvolle vormgeving zijn van vergelding als vergoeding. Ook in het huidige stelsel is meer mogelijk dan nu wordt gedaan. Maar gebrekkige uitvoering heeft de taakstraf een minder goede naam gegeven. Ook wordt de taakstraf te mild gevonden. Daders moeten lijden en daarom moeten zij liever (langdurig) worden vastgezet. Dat slachtoffers en de maatschappij daarbij geen of weinig baat hebben doet kennelijk minder ter zake.

21 Zie ook hier natuurlijk weer A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, Deventer: Kluwer 1972.

De rechter mag pas veroordelen tot detentie als het echt niet anders kan, en moet daarbij bedenken dat maatstaven van strafbaarstelling niet alleen worden bepaald door ernst van feiten en maten van schuld, maar ook door dezelfde delegitimatie van straf. Bij kennelijk gebrek aan belang moet de rechter het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk verklaren. Wetten staan daaraan niet in de weg, praktische bezwaren evenmin.

Toch is detentie soms de enige remedie, alle delegitimatie van dergelijke leedtoevoeging ten spijt. Hoe schadelijk langdurige opsluiting ook mag zijn, er is naar positief recht nu eenmaal nogal eens geen ander antwoord op ernstige strafbare feiten. Gegeven gebrekkige middelen moet elke zinvolle criminele politiek toch leiden tot strafvervolging van in ieder geval levens- en ernstige geweldsdelicten. Ook nogal wat vermogensdelicten moeten door de strafrechter worden afgehandeld. Al moet zelfs in dergelijke ernstige gevallen altijd worden onderzocht of afdoening tussen daders en slachtoffers toch zin kan hebben, zowel voor slachtoffers als voor het algemeen belang. Weer: opsluiting maakt mensen niet beter, in het algemeen wél maatschappelijk gevaarlijker.

In geen geval mogen strafeisen en -maten worden ingegeven door onvrede van de bevolking over vermeende mildheid in aanpak van misdadigers. Straffen op grond van dergelijke motiveringen zijn in ieder geval in strijd met staatsrechtsbeginselen en in die zin eveneens *contra legem*. Democratie vooronderstelt immers een rechtsstaat die eigenrichting uitsluit. Dergelijke eigenrichting wordt alsnog werkelijkheid als punitief populisme tot in de rechtszaal de dienst gaat uitmaken. Openbaar Ministerie en rechter dienen daartegen de rug recht te houden. Dat Openbaar Ministerie moet in redelijke belangenafweging en met respect voor ieders rechten het algemeen belang verwerkelijken. Op strafvervolging moet de rechter al dan niet proactief toezicht houden, en in ieder geval in straftoemeting los van enig volksgevoel bepalen of de geëiste sanctie tenminste rechtmatig en rechtvaardig is. Meer kan niet worden gedaan, zolang verdergaande hervorming van de strafwetgeving en strafrechtspleging uitblijft.

Nogmaals en ten overvloede: ook zonder enige wetswijziging en mét respect voor staats- en strafrechtsbeginselen kan al veel ten goede worden gekeerd. Maak eindelijk ernst met zinvolle criminele politiek, mede gegeven zo veel mogelijkheden van informele afdoening, straf alleen als dat aantoonbaar zin heeft of gewoon niet anders kan, en zorg voor slachtoffers van delicten. Die hebben niets aan harde taal en zware straffen, wél aan een overheid die actief meedoet aan hun schadeloosstelling. Hoe dan ook mogen maatstaven van strafbaarstelling en straf niet worden gebaseerd op vermeende belangen van slachtoffers en anderen bij zware straffen als zodanig. Die belangen zijn er niet, of tenminste: dergelijke belangen kunnen de toets der kritiek niet doorstaan.

5 DE EIGENLIJKE AGENDA: CIVILISEER EINDELIJK DE STRAFRECHTSPLEGING

Gegeven het huidige stelsel, hoezeer ook verkeerd gericht op leedtoevoeging, is dus al veel verbetering mogelijk. Nodig is in de eerste plaats verandering van het politieke en bestuurlijke klimaat. Al met gegeven juridische en andere mogelijkheden moet beter worden omgegaan. De strafrechtspleging moet niet blijven steken in vertaling van ressentiment naar de schijn van punitieve legitimiteit.

Voor zover die drang tot straffen wordt ingegeven door solidariteit met slachtoffers, moet eindelijk het inzicht doorbreken dat ook die door misdaad benadeelden niet werkelijk zijn gediend met het laten lijden van daders. Wie vastzit kan weinig of niets bijdragen. Gedetineerden zijn als schuldenaren die buiten staat zijn gesteld om te betalen, zoals Johnson al in 1758 zo treffend stelde.²²

Beter ware het om daders goed te laten maken wat zij hebben misdaan. Dat is geen vergelding door die daders op hun beurt laat lijden, maar vergoeding, vereffening van wat is afgenomen door misdaad.²³ Dergelijke vergelding als vergoeding is civilisering van strafrecht in meerderlei zin. Eigenhandige rechtsherstel strookt met civielrechtelijke schadevergoeding voor onrechtmatige daad. Wezenlijk verschil is dat daders van strafbare feiten er niet van afkomen door simpele betaling, maar zelf moeten goedmaken wat zij hebben misdaan. Civilisering is ook de vervanging van straf als lijden in ledigheid door “strafwerk” dat wandaden min of meer ongedaan kan maken.

Vergelding als vergoeding is “terugdraaien van de tijd”. Daders moeten de werkelijkheden van slachtoffers herscheppen alsof zij nooit iets verkeerd hebben gedaan. Zo kunnen de schadelijke gevolgen van een gestolen fiets worden goedge maakt door een nieuwe fiets daarvoor in de plaats te stellen, met bijkomende vergoeding voor gemist rijgenot en alles door toedoen van de dader. Dit ideaal van strafrechtelijk rechtsherstel moet zo goed mogelijk worden benaderd, niet alleen als het gaat om gestolen fietsen.

Dit is niet alleen zinvolle vergelding, maar ook principiële preventie. Wandaden moeten immers ongedaan worden gemaakt alsof zij nooit zijn gebeurd. Dat kan natuurlijk niet door gepleegde feiten als zodanig ongedaan te maken, wel door de schadelijke gevolgen er van terug te draaien. Zo beschouwd is vergelding als vergoeding door rechtsherstel de ultieme verenigingstheorie. Vergelding en preventie komen uiteindelijk op hetzelfde neer en dat kan meer zijn dan louter theorie.

22 Zie S. Johnson, 'Debtors' Prisons (I)', *The Idler* (22, 1758), ook in: S. Johnson, *Consolation in the Face of Death*. London: Penguin Books 2009.

23 Zie voor aanzetten daartoe al Beccaria, 1764, Modderman, 1864, H.J.R. Kaptein, 'Against the pain of punishment: on penal servitude and procedural justice for all', in: H.J.R. Kaptein & M. Malsch (eds.), *Crime, Victims and Justice: Essays on Principles and Practice*, Aldershot: Ashgate 2004, p. 80-111 en, met name over jeugdstrafrecht, A. Wolthuis, *Herstelrecht, een kinderrecht: voorstellen voor integratie van herstel in het hart van het jeugdstrafrecht*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012.

Voor daders onaangename gevolgen van vergelding als eigenhandige vergoeding zijn niet onwelkome nevenverschijnselen. Benadeelden kan het genoegdoening verschaffen. De prijs van vergelding als vergoeding kan ook afschrikken. Nogal eens vergt zelfs maar benadering van een toestand als ware geen wandaad gepleegd achteraf nogal wat meer inspanning dan onthouding van verboden en strafbaar gedrag – al zullen niet alle (mogelijke) daders dat doorhebben. Ook in die zin kan vergelding als eigenhandige vergoeding preventieve zin hebben.

Eigenhandige schadevergoeding is niet alleen beter voor slachtoffers maar ook voor daders. Werken maakt mensen minder slecht dan lijden. Dienstverlening en ander werk kan doen wennen aan een regelmatig bestaan in menselijke en maatschappelijke verbanden die door detentie onmogelijk worden gemaakt. Daders die toch op de een of andere manier moeten meedoen kunnen meer betekenen voor zichzelf en voor alle anderen dan gedetineerden die alleen maar geld kosten en door hun op- en uitsluiting alleen maar achteruit gaan.

Bovendien kan dienstverlening door daders confronterend zijn, bijvoorbeeld als de maatschappelijke schade van rijden onder invloed moet worden goedge maakt door daders ziekenhuizen te laten schoonmaken. Zo kan zichtbaar en voelbaar worden wat hun misdaden hadden kunnen aanrichten, met bijkomend preventief effect.

Maar hoe moeten de gevolgen van moord, doodslag, dood en door schuld en andere ernstige delicten worden goedge maakt, liefst met afschrikwekkend effect? Werkelijk rechtsherstel is in dergelijke gevallen niet mogelijk. Is al dan niet levenslange dwangarbeid zinvolle vergelding als vereffening van dergelijke kapitale schulden? Al dan niet verdragsrechtelijke verboden staan daaraan niet in de weg, tenminste, zolang tot “strafwerk” veroordeelde daders de uitweg van mogelijk nog langduriger detentie wordt geboden. Ook afgezien daarvan mag leedtoevoeging als zodanig nooit meer dan werkelijk uiterst middel zijn. Hetzelfde geldt voor opsluiting in het algemeen: alleen als het echt niet anders kan, bijvoorbeeld als maatregel tegen blijvend gevaarlijke daders. Maar niet alle daders worden gepakt, laat staan dat zij tot rechtsherstel kunnen worden gedwongen, en zo kunnen slachtoffers in de kou blijven staan. Geesteszieke of anderszins onschuldige daders zijn in ieder geval strafrechtelijk niet aansprakelijk. Nogal wat wél schuldige en strafbare daders worden nooit gevonden. Weer anderen worden opgepakt maar niet veroordeeld, al dan niet bij gebrek aan wettig en overtuigend bewijs.

In dergelijke gevallen zou de staat slachtoffers van strafbare feiten schadeloos moeten stellen. De staat is immers mede verantwoordelijk en dus ook aansprakelijk als het gaat om bescherming van ingezetenen, ook tegen elkanders wangedrag. Ook hier moet vergoeding zijn gericht op herstel van de oorspronkelijke toestand. De staat moet de schadelijke gevolgen van strafbare feiten alsnog min of meer wegnemen, ook al werden die feiten zelf ten onrechte niet voorkomen. Zo kan solidariteit met slachtoffers van delic-

ten nogal wat beter worden verwerkelijkt dan door verharding van leedtoevoeging in de gangbare strafrechtspleging.

Wat betekent dit ideaal van civilisering voor maatstaven van strafbaarstelling en straf? Ook vergelding als vergoeding moet in de eerste plaats dienen tot bescherming van menselijk leven en daarmee samenhangende, al dan niet in grondrechten uitgedrukte fundamentele menselijke en maatschappelijke waarden (als eerder uitgelegd in de §§ 3 en 4). Wetgeving en vervolgingsbeleid moeten daarop zijn ingericht. Duidelijke codificatie blijft nodig, wil er rechtszekerheid zijn. Weer: strafrechtspleging en openbaar bestuur in het algemeen moeten niet zijn gericht op wat als hinderlijk of zelfs misdadig wordt ervaren, maar op wat werkelijk schadelijk is. Zelfs dan moet niet alles dat verboden en strafbaar lijkt of zelfs is daadwerkelijk worden vervolgd. Altijd zal eerst moeten worden onderzocht of geen dan wel minder ingrijpende maatregelen even goed of zelfs beter doel treffen. Eisen van proportionaliteit en subsidiariteit van én in strafrechtspleging blijven belangrijk. Moet toch worden gesanctioneerd, dan biedt vergelding als vergoeding duidelijker maatstaven van straf dan vergelding en/of preventie door leedtoevoeging. In geciviliseerd strafrecht is de sanctie in beginsel niets anders dan wat nodig is om de schade goed te maken, hoe moeilijk of zelfs schier onmogelijk dat ook kan zijn. Alleen al daarom zullen maatstaven van straf nooit precies vast kunnen staan, voor de wetgever evenmin als voor de rechter. Wél zal de catalogus van straffen rijker zijn dan de nu gangbare geldboeten en vrijheidsbenemingen. Er zijn immers nogal wat mogelijkheden om verboden en strafbare schade goed te maken. "Strafwerk" kan verschillende vormen worden gegeven, ten gunste van slachtoffers én daders.

De ironie wil natuurlijk dat deze civilisering van strafrecht in het huidig politiek en bestuurlijk klimaat niet veel kans maakt. Zo worden taak- leer- en werkstraffen min of meer afgeschaft, zonder dat ernstige pogingen zijn ondernomen er echt werk van te maken. Terwijl vergelding als vergoeding inderdaad niet zonder meer zachtaardig is, integendeel. Hoe dan ook blijft voorkomen beter dan genezen – al is werkelijke genezing ofwel schadevergoeding inderdaad herschepping van werkelijkheden alsof niets schadelijks is gebeurd. Nogmaals: preventie van misdaad en van de schadelijke gevolgen er van of eigenlijk van alle onrechtmatige schade is niet alleen een overheidstaak. Iedereen kan dader dan wel slachtoffer zijn. Dat schept ieders uiteindelijke verantwoordelijkheid, niet alleen voor de wet.

Anders gezegd: strafrechtspleging en de prijzen die er voor worden betaald, hoe ook hervormd, kunnen niet zonder daders en slachtoffers – al kan dat slachtoffer ook een anoniem algemeen belang zijn. Draag er dan ook zorg voor om geen dader dan wel slachtoffer te zijn en vergoed eigener beweging onrechtmatige schade. Meer persoonlijk en professioneel fatsoen én betere primaire preventie presteren meer tegen inflatoire menselijke en geldelijke kosten van strafrechtspleging dan welke stelselhervorming ook.

– “Het doel der strafwet zal juist dan het best bereikt worden, wanneer zij nooit behoeft te worden toegepast.” En laat iedereen die betrokken is bij de strafrechtspleging zich altijd voor de geest houden: *D’abord faire métier de pénitent pour pouvoir finir en juge*.²⁴ Alleen al dat maant tot vergaande bescheidenheid, niet alleen in strafvervolging en straf.

24 A. Camus, *La Peste*, Parijs: Gallimard 1947.

De effectiviteit en handhaafbaarheid van het strafrecht bij de aanpak van partnergeweld in Nederland

Een kritische beschouwing vanuit een sociaal-wetenschappelijk perspectief

M.J.J. Kunst

1 INLEIDING

Tijdens een uitzending van het nieuws- actualiteitenprogramma EenVandaag van 13 januari 2011 kwalificeerde prof. dr. G.F.M. Römken van het *International Victimology Institute Tilburg* partnergeweld als een “veiligheidsprobleem” dat een hele grote groep vrouwen treft. Römken reageerde daarmee op de uitslag van een online enquête die de programmamakers hadden laten afnemen onder circa 1700 jongeren in de leeftijd van 12 tot 24 jaar die deelnemen aan het jongerenpanel TopX.¹ Volgens de resultaten van de enquête zou maar liefst 19% van de ondervraagde meisjes/jonge vrouwen weleens bang zijn voor hun vriend. Onder de jongens/jonge mannen die de enquête hadden ingevuld was dit slechts 6%. De suggestie dat vooral vrouwen het slachtoffer van partnergeweld kunnen worden werd verder aange-dikt door uitsluitend vrouwelijke slachtoffers in de uitzending aan het woord te laten. Niet werd vermeld dat uit de resultaten ook bleek dat mannelijke deelnemers vaker hadden aangegeven in hun relatie weleens een klap te hebben gekregen (20%) dan vrouwelijke (14%). Dat kom je alleen te weten wanneer je de moeite neemt om de programmawebsite te raadplegen.

Naast een voorbeeld van tendentieuze berichtgeving, is het EenVandaag-item vooral een illustratie van het simplistische maar algemeen gedeelde beeld dat partnergeweld een groot maatschappelijk probleem vormt waarbij altijd en alleen sprake is van een mannelijke agressor en een vrouwelijk slachtoffer. In deze bijdrage zal ik laten zien dat dit ongenueanceerde beeld in de weg staat aan een effectieve strafrechtelijke aanpak van partnergeweld. Het onderwerp van deze bijdrage raakt hiermee direct aan een belangrijk criterium waaraan volgens strafrechtsrechtsgeleerden moet zijn voldaan om strafrechtelijk optreden te rechtvaardigen, namelijk dat het moet kunnen bijdragen aan recidivepreventie.² Het gaat in de bijdrage niet over de vraag of partnergeweld strafbaar gesteld moet worden – dat is immers al lang het geval, maar over de vraag hoe aan die strafbaarstelling, vanuit het

¹ Zie http://topx.eenvandaag.nl/wat_is_topx.

² Zie hierover L.H.C. Hulsman, ‘Criteria voor strafbaarstelling’, in: *Strafrecht te-recht?*, Baarn: Anthos 1972, p. 80-92.

oogpunt van effectiviteit, op beleidsniveau invulling dient te worden gegeven. Cleiren noemt dat elders in deze bundel de “doorwerking” van criteria voor strafbaarstelling.³ In het bijzonder zal ik laten zien dat de Aanwijzing huiselijk en eengerelateerd geweld van het College van Procureurs-Generaal van het Openbaar Ministerie (OM)⁴, waarin is uitgewerkt hoe politie en justitie dienen om te gaan met partnergeweld, niet goed aansluit bij hetgeen op grond van sociaal-wetenschappelijk onderzoek bekend is over de etiologische en fenomenologische aspecten van partnergeweld en het risico op recidive/herhaling.⁵ Daarnaast zal ik laten zien dat de huidige aanpak ten onrechte geen rekening houdt met het empirische gegeven dat veel slachtoffers niet willen meewerken aan strafrechtelijk optreden. Dit probleem heeft betrekking op de handhaafbaarheid van het strafrecht – een ander criterium waaraan voldaan moet zijn om strafrechtelijk ingrijpen te rechtvaardigen.⁶

1.1 Leeswijzer

In het vervolg zal ik eerst in grote lijnen bespreken wat momenteel bekend is over de oorzaken en uitingvormen van partnergeweld (§ 2). Ik zal dit doen door achtereenvolgens stil te staan bij resultaten van sociaal-wetenschappelijk onderzoek naar dadertypologieën, comorbide psychosociale problematiek aan de zijde van de dader en factoren die kunnen bijdragen aan het ontstaan en het in stand houden van een gewelddadige liefdesrelatie. Uitdrukkelijk zal ik daarbij ook stilstaan bij slachtoffergerelateerde risicofactoren. Nadat ik dit heb gedaan, zal ik, eveneens in het licht van sociaal-wetenschappelijke onderzoeksresultaten, ingaan op de rol van het slachtoffer in relatie tot de toepassing van het strafrecht (§ 3). Beide *bodies of evidence* kunnen belangrijke handvatten bieden voor de formulering van efficiënt en handhaafbaar beleid op het gebied van de aanpak van partnergeweld. Vervolgens ga ik in op het huidige beleid van het OM ten aanzien van de aanpak van partnergeweld en de geschiedenis die daaraan voorafgaat (§ 4). Daarna geef ik een kritische beschouwing op het huidige beleid (§ 5). Ik zal daarbij zoveel mogelijk trachten terug te grijpen naar de resultaten van het besproken empirische onderzoek. Tot slot trek ik enkele voorzichtige conclusies (§ 6). Op voorhand merk ik uitdrukkelijk op dat de bestuursrechtelijke aanpak van partnergeweld bij dit alles slechts zijdelings ter sprake zal komen.

3 Zie Cleiren in deze bundel.

4 *Stcrt.* 2010, 6462.

5 Zie Van der Leun in deze bundel voor het belang van evidence based beleid.

6 Hulsman 1972.

2 ETIOLOGIE EN FENOMENOLOGIE VAN PARTNERGEWELD EN RECIDIVE

In de literatuur over partnergeweld is de afgelopen decennia druk gediscussieerd over de verschijningsvormen van partnergeweld en de oorzaken die daaraan ten grondslag zouden kunnen liggen. Deze discussie wordt gedomineerd door twee conflicterende stromingen: de *feministische stroming* en de zogenaamde *family violence stroming*.⁷ Volgens de eerste stroming is de oorzaak van partnergeweld primair gelegen in patriarchale machtsverhoudingen die van oudsher bestaan tussen mannen en vrouwen.⁸ Aanhangers van deze stroming zien partnergeweld als een cultuurbepaalde uiting van mannen om controle uit te oefenen over hun vrouw.⁹ Mannen zouden om die reden dan ook veel vaker pleger van partnergeweld zijn dan vrouwen. Aanhangers van de *family violence stroming* zien partnergeweld daarentegen veeleer als het resultaat van een relationeel conflict.¹⁰ In hun visie is het niet uitsluitend de man die zich kan bedienen van geweld om zo'n conflict op te lossen, maar kan ook de vrouw geweld hanteren als conflicthanteringsstrategie.¹¹ Om het onderscheid tussen beide stromingen te benadrukken wordt de *feministische stroming* in de literatuur ook wel de *seks-asymmetrische stroming* en de *family violence stroming* de *seks-symmetrische stroming* genoemd.¹²

7 Voor een kort overzicht, zie E. Jaspaert, A. Groenen & G. Vervaeke, 'Geweld tussen partners: Een stand van zaken na vier decennia onderzoek', in: A. Groenen, E. Jaspaert & G. Vervaeke (red.), *Partnergeweld: Als liefde een gevecht wordt*, Leuven: Acco 2011, p. 13-37.

8 Zie R.E. Dobash & R. Dobash, *Violence against wives: A case against the patriarchy*, New York: Free Press 1979. Voor een recent overzicht dat zeer de moeite waard is om te lezen, zie U.A. Kelly, 'Theories of intimate partner violence: From blaming the victim to acting against injustice: Intersectionality as an analytic framework', *Advances in Nursing Science* 2011, 34 (nr. 3), p. E29-E51.

9 Sommige onderzoekers wijzen erop dat ook evolutionaire redenen ten grondslag kunnen liggen aan het gebruik van geweld door mannen tegen vrouwelijke partners. Door vrouwen te onderdrukken geven mannen uiting aan gevoelens van jaloezie en trachten zij de seksuele activiteit van hun partner buiten de eigen relatie te beperken. Dat laatste kan namelijk leiden tot de geboorte en dus ook de verzorging van kinderen die niet van henzelf zijn. Vanuit evolutionair perspectief is dat bijzonder ongewenst, omdat dan een bijdrage wordt geleverd aan de instandhouding van niet-eigen genen. Zie bijvoorbeeld A.T. Goetz, T.K. Shackelford, G.A. Romero, F. Kaighobadi & E.J. Miner, 'Punishment, proprietariness, and paternity: Men's violence against women from an evolutionary perspective', *Aggression and Violent Behavior* 2008, 13 (nr. 6), p. 481-489.

10 M.A. Straus, R.J. Gelles & S.K. Steinmetz, *Behind closed doors: Violence in the American Family*, Garden City, NY: Doubleday 1980.

11 Deze opvatting wordt met name aangehangen door voorstanders van de feministische benadering. Zij wijzen erop dat studies die even grote proporties plegerschap van partnergeweld vinden onder vrouwelijke als onder mannelijke deelnemers vaak zijn gebaseerd op algemene populatiesteekproeven. Een dergelijk onderzoeksdesign is volgens hen niet goed in staat om ernstigere vormen van partnergeweld te detecteren. Zie hierover M.P. Johnson, 'Patriarchal terrorism and common couple violence: Two forms of violence against women', *Journal of Marriage and the Family* 1995, 57 (nr. 2), p. 283-294 en M.P. Johnson, 'Conflict and control: gender symmetry and asymmetry in domestic violence', *Violence Against Women* 2006, 12, p. 1003-1018.

12 Zie Jaspaert, Groenen & Vervaeke 2011.

2.1 Dadertypologieën

De wetenschappelijke discussie tussen aanhangers van de feministische en de family violence stroming heeft geleid tot een categorisatie van daderschap van partnergeweld in twee globale typologieën: *patriarchaal terrorisme* en *intiem koppelgeweld*.¹³ In latere publicaties worden deze twee typologieën aangeduid als *intiem terrorisme* en *situationeel koppelgeweld*.¹⁴ Het eerste type is terug te voeren op de feministische stroming en betreft een groep mannelijk daders die uitsluitend geweld gebruiken als middel om controle te hebben over hun vrouwelijke partner. Het tweede type is terug te voeren op de family violence stroming en betreft een groep daders die geweld plegen jegens hun partner als conflicthanteringsmiddel. Dit type komt in gelijke mate voor bij mannen als onder vrouwen¹⁵ en is volgens veel auteurs doorgaans minder ernstig van aard en minder omvangrijk dan intiem terrorisme.¹⁶

Op basis van aanvullend empirisch onderzoek dat in de loop der jaren is gepubliceerd hebben Kelly en Johnson de tweedeling in intiem terrorisme en situationeel partnergeweld uitgebreid met drie andere dadertypes: *gewelddadig verweer*, *scheidingsgerelateerd geweld* en *wederzijdse gewelddadige controle*. Gewelddadig verweer betreft geweld dat wordt gepleegd door vrouwelijke slachtoffers in reactie op intiem terrorisme en gaat niet zelden gepaard met zeer ernstig letsel.¹⁷ Scheidingsgerelateerd geweld betreft geweld dat wordt gepleegd bij een (dreigende) breuk met de partner door de partner die verlaten wordt. Voor hem of haar is de (dreigende) breuk een traumatische ervaring en geweld een wanhoopsdaad om die ervaring te voorkomen of ongedaan te maken. De ernst van het geweld varieert bij dit type van zeer mild tot zeer ernstig.¹⁸ Van wederzijdse gewelddadige controle is tenslotte sprake wanneer beide partners geweld hanteren om controle uit te oefenen.¹⁹ Naar dit type daders is echter nog weinig onderzoek verricht.²⁰

13 Zie Johnson 1995.

14 Zie M.P. Johnson & J.M. Leone, 'The differential effects of intimate terrorism and situational couple violence: Findings from the National Violence Against Women Survey', *Journal of Family Issues* 2005, 26 (nr. 3), p. 322-349.

15 Zie M.A. Straus & R.J. Gelles (red.), *Physical violence in American families: Risk factors and adaptations to violence in 8,145 families*, New Brunswick, NJ: Transaction Press 1990.

16 Zie Johnson & Leone 2005. Dit neemt overigens niet weg dat ook situationeel koppelgeweld zeer ernstig kan zijn. Dit geldt bijvoorbeeld wanneer aan de zijde van de dader sprake is van stoornissen in impulscontrole als onderdeel van psychiatrische en/of verslavingsproblematiek. Zie ook paragraaf 2.2.

17 Dit zijn de vrouwen die in de strafrechtelijke literatuur bekend staan als *battered women*.

18 Zie J.B. Kelly & M.P. Johnson, 'Differentiation among types of intimate partner violence: research update and implications for interventions', *Family Court Review* 2008, 46 (nr. 3), p. 476-499.

19 Zie Johnson 2006.

20 Zie Kelly & Johnson 2008.

Een tweede categorisatie in dadertypologieën is die van Holtzworth-Munroe en Stuart.²¹ Zij karakteriseren daders op drie dimensies: (1) de aard van het geweld (waaronder het type, de ernst en de frequentie van het geweld), (2) de algemeenheid van het geweld (alleen binnen de relatie met de partner of ook daarbuiten) en (3) de aanwezigheid van psychopathologie en/of persoonlijkheidsstoornissen. Op basis van een systematische review komen zij tot een onderscheid in *family only*, *dysphoric/borderline* en *generally violent/antisocial* daders. Family only daders zijn niet gewelddadig buiten de relatie met hun partner, plegen relatief lichtere vormen van geweld, doen dat bovendien minder frequent en hebben doorgaans weinig last van psychiatrische problematiek. Dat geldt niet voor de andere twee typen daderschap. Dysphoric/borderline daders zijn gewelddadiger dan family only daders, plegen soms ook geweld buiten de relatie met hun partner en hebben vaak last van een depressieve stemming en gevoelens van boosheid. Generally violent/antisocial daders plegen ernstig geweld, zowel binnen als buiten de relatie met hun partner, en kampen vaak met persoonlijkheidsstoornissen en/of psychopathie. Bovendien is bij deze groep vaak sprake van een crimineel verleden en middelenmisbruik.

Ondanks hun nut voor het begrip van partnergeweld,²² is enige nuance bij de besproken en andere indelingen in typen daders wel geboden. Opmerkelijk is vooral dat de rol van het slachtoffer in al deze gevallen onbesproken blijft, terwijl diens aanwezigheid toch een *conditio sine qua non* is voor het partnergeweld.²³ Ik zal hier in paragraaf 2.3 op terugkomen. Voorts is belangrijk om op te merken dat de besproken indelingen met name een *verdedigbare interpretatie* van bestaand onderzoek naar daderkenmerken betreffen, maar ook niet veel meer dan dat. Veruit de meeste studies naar daderschapstypologieën zijn cross-sectioneel van aard. Dit betekent dat daderkenmerken niet noodzakelijkerwijs ook in een causale relatie tot plegerschap staan. Zo hoeven psychiatrische stoornissen niet per sé de oorzaak van het geweld te zijn geweest, maar kunnen die daar ook het gevolg van zijn geweest of verband houden met andere problematiek.²⁴ Daarnaast is het twijfelachtig of de aan- of afwezigheid van psychopathologie en/of persoonlijkheidsstoornissen een geschikt criterium is om daders te definiëren.

21 Zie A. Holtzworth-Munroe & G.L. Stuart, 'Typologies of male batterers: Three subtypes and the differences among them', *Psychological Bulletin* 1994, 116 (nr. 3), p. 476-497.

22 Zie hierover C. de Ruiter, 'Risicotaxatie bij relationeel-geweldplegers in de praktijk: De B-SAFER', in: A. Groenen, E. Jaspeart & G. Vervaeke (red.), *Partnergeweld: Als liefde een gevecht wordt*, Leuven: Acco 2011, p. 269-290.

23 Zie hierover D.M. Capaldi & H.K. Kim, 'Typological approaches to violence in couples: A critique and alternative conceptual approach', *Clinical Psychology Review* 2007, 27, (nr. 3), p. 253-265.

24 Zie hierover L.M. van der Knaap, F. el Idrissi, F. & S. Bogaerts, *Daders van huiselijk geweld* (Onderzoek en beleid 287), Den Haag: WODC 2010 en H.C.J. van der Veen & S. Bogaerts, *Huiselijk geweld in Nederland: Overkoepelend synthesesrapport van het vangst-hervangst-, slachtoffer- en daderonderzoek 2007-2010* (Onderzoek en beleid 288), Den Haag: WODC 2010.

Het is bijvoorbeeld zeer wel mogelijk dat een psychisch gestoorde dader zich beperkt tot geweld tegen zijn of haar partner dat bovendien relatief licht van aard is of dat een niet-psychische gestoorde dader herhaaldelijk zeer ernstig geweld pleegt. Zulke daders kunnen niet worden gecategoriseerd onder één van de drie typen die door Holtzworth-Munroe en Stuart worden onderscheiden. Daarom lijkt het zinvol om niet alleen te denken in termen van *dadertypologieën*, maar ook te spreken van *daderschap* en mogelijke *comorbide* psychiatrische stoornissen. Hierbij gaat het niet om psychiatrische stoornissen die een bepaald type dader *definiëren*, maar die blijkens empirisch onderzoek vaak (maar niet altijd) voorkomen in combinatie met plegerschap.

2.2 Partnergeweld en comorbiditeit van psychiatrische stoornissen

Uitgaande van de assensystematiek die wordt gehanteerd door de vierde herziene tekstversie van het *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-IV-TR; American Psychological Association, 2000)²⁵ kan psychiatrische problematiek globaal worden onderscheiden in twee categorieën: (1) psychopathologie en middelenmisbruik (zogenaamde as I-problematiek) en (2) persoonlijkheidsstoornissen en stoornissen in de intelligentie (as II-problematiek). Met betrekking tot beide categorieën bestaan empirische aanwijzingen voor het bestaan van een verband met plegerschap van partnergeweld. Vormen van psychopathologie die verband lijken te houden met plegerschap van partnergeweld zijn: depressie (vooral bij vrouwen),²⁶ post-traumatische stressstoornis (PTSS)²⁷ en impulscontrolestoornissen.²⁸ Meer empirische evidentie lijkt te bestaan voor de relatie tussen het plegen van partnergeweld en middelenmisbruik.²⁹ Voor wat betreft de relatie tussen plegerschap van huiselijk geweld en comorbide persoonlijkheidsstoornissen suggereren de beschikbare onderzoeksresultaten dat plegerschap vooral gepaard kan gaan met een antisociale persoonlijkheidsstoornis, een border-

25 Voor de niet-ingewijde lezer: Dit is het handboek dat psychiaters en psychologen gebruiken om een diagnose te stellen.

26 Zie bijvoorbeeld P.A.C. Vaeth, S. Ramisetti-Mikler, & R. Caetano, 'Depression among couples in the United States in the context of intimate partner violence', *Journal of Interpersonal Violence* 2010, 25 (nr. 5), p. 771-783.

27 Zie bijvoorbeeld D.G. Dutton, 'Trauma symptoms and PTSD-like profiles in perpetrators of intimate abuse', *Journal of Traumatic Stress* 1995, 8 (nr. 2), p. 299-316.

28 Zie X. Fang, G.M. Massetti, L. Ouyang, S.D. Grosse, & J.A. Mercy, 'Attention-Deficit/Hyperactivity Disorder, Conduct Disorder, and Young Adult Intimate Partner Violence', *Archives of General Psychiatry* 2010, 67(nr. 11), p. 1179-1186.

29 Zie F.L. Kraanen, P.M.G. Emmelkamp, & A. Scholing, 'Partnermishandeling: samenhang met andere stoornissen en behandeling van daders van partnermishandeling', in: A. Groenen, E. Jaspeart, & G. Vervaeke (red.), *Partnergeweld: Als liefde een gevecht wordt*, Leuven: Acco 2011, p. 129-140.

linestoornis³⁰ en psychopathie of psychopathische trekken.^{31 32} Daarnaast bestaan indicaties dat het plegen van partnergeweld verband houdt met een gebrekkige emotionele intelligentie.³³ Ten slotte suggereren sommige studies dat het plegen van partnergeweld verband houdt met psychosociale en uitlokkende factoren (as IV-problematiek), waaronder werkloosheid,³⁴ lage sociaal-economische klasse³⁵ en huwelijksproblematiek.³⁶

Naast problematiek die kan worden geclassificeerd op grond van de DSM-systematiek, heeft bestaand onderzoek ook gevonden dat het plegen van partnergeweld samenhangt met de neiging om boos en vijandig te zijn³⁷ en met hechtingsproblematiek.³⁸

Hoewel het spreken in termen van comorbide problematiek dan beter mag aansluiten bij het heterogene karakter van partnergeweld dan het denken in dadertypologieën en om die reden minder pretentiefus lijkt te zijn, is ook hierbij de nodige voorzichtigheid geboden. Een fundamentele beperking van de in deze subparagraaf besproken studies is dat zij zich, evenals de in paragraaf 2.1 besproken dader typologieën, uitsluitend richten op daders en niet of nauwelijks aandacht besteden aan factoren die verband houden met recidive en de rol die het slachtoffer speelt bij het ontstaan en in stand houden van het partnergeweld. Hier zal ik nu op ingaan.

-
- 30 Zie bijvoorbeeld D.G. Dutton & A. Starzomski, 'Perpetrator characteristics associated with women's reports of psychological and physical abuse', *Violence and Victims* 1993, 8 (nr. 4), p. 326-335. Ook het vermelden waard is S.D. Hart, D.G. Dutton, & T. Newlove, 'The prevalence of personality disorder among wife assaulters', *Journal of Personality Disorders* 1993, 7 (nr. 4), p. 1721-1740.
- 31 Zie bijvoorbeeld E. Echeburúa, & J. Fernández-Montalvo, 'Male Batters With and Without Psychopathy', *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 2007, 51 (nr. 3), p. 254-263.
- 32 Psychopathie is geen DSM-stoornis, maar vertoont grote overeenkomsten met de anti-sociale persoonlijkheidsstoornis.
- 33 J. Winters, R.J.W. Clift & D.G. Dutton, 'An Exploratory Study of Emotional Intelligence and Domestic Abuse', *Journal of Family Violence* 2004, 19 (nr. 5), p. 255-267.
- 34 J. Fagan, *The criminalization of domestic violence: Promises and limits* (NCJ 157641), Washington, DC: National Institute of Justice 1996.
- 35 A. Holtzworth-Munroe, L. Bates, N. Smutzler & E. Sandin, 'A brief review of the research on husband violence Part I: Maritally Violent Versus Nonviolent Men', *Aggression and Violent Behavior* 1997, 2 (nr. 1), p. 65-99.
- 36 S.M. Stith, N.M. Green, D.B. Smith & D.B. Ward, 'Marital Satisfaction and Marital Discord as Risk Markers for Intimate Partner Violence: A Meta-analytic Review', *Journal of Family Violence* 2008, 23 (nr. 3), p. 149-160.
- 37 B. Norlander & C. Eckhardt, 'Anger, hostility, and male perpetrators of intimate partner violence: A meta-analytic review', *Clinical Psychology Review* 2005, 25 (nr. 2), p. 119-152. Zie ook S.M. Stith, D.B. Smith, C.E. Penn, D.B. Ward, & D. Tritt, 'Intimate partner physical abuse perpetration and victimization risk factors: A meta-analytic review', *Aggression and Violent Behavior* 2004, 10 (nr. 1), p. 65-98.
- 38 Zie J. Bowlby, *A secure base*, New York: Basic Books 1988.

2.3 Recidive van partnergeweld en slachtoffergerelateerde risicofactoren

Op basis van de resultaten van een systematische review suggereren Stith en collega's dat vooral geweldpleging door het slachtoffer samenhangt met slachtofferschap van partnergeweld en in mindere mate met symptomen van depressie en angst voor herhaald slachtofferschap.³⁹ De meeste van de door hen beschreven studies zijn echter cross-sectioneel van aard, zodat niet duidelijk is of deze factoren het geweld ook veroorzaakten. Ander cross-sectioneel onderzoek suggereert dat ook negatieve emotionaliteit als persoonlijkheidstrekket verband houdt met slachtofferschap.⁴⁰ Daarnaast is wel enige prospectieve evidentie gevonden voor de relatie tussen plegerschap van partnergeweld en het hebben van een gedragsstoornis in de kindertijd en (getuige zijn van) partnergeweld tussen ouders.⁴¹

Iets meer onderzoek lijkt te zijn gedaan naar risicofactoren van herhaald partnergeweld. Volgens Foa en enkele van haar collega's wordt herhaling van partnergeweld voornamelijk bepaald door drie factoren: (1) de ernst en frequentie van eerder relationeel geweld, (2) psychische problematiek (aan de zijde van het slachtoffer) en (3) de weerbaarheid van het slachtoffer (d.w.z. het vermogen om succesvol met traumatische ervaringen om te gaan).⁴² Op basis van een systematische review van beschikbaar prospectief onderzoek concluderen Kuijpers en collega's echter dat vooral de eerste factor voorspellend is voor herhaling.⁴³ Een daaraan verwante conclusie is daarvoor getrokken door Bennett Cattaneo en collega's.⁴⁴ Eveneens op basis van een systematische review concludeerden zij dat eerder fysiek geweld voorspellend was voor recidive. Voorts lijkt ook psychische problematiek aan de zijde van het slachtoffer verband te houden met toekomstig slachtofferschap, zij het dat dit vooral lijkt te gelden voor PTSS die het gevolg is van de eerdere slachtofferervaring. Mogelijk gaat het hierbij om een bijzon-

39 Stith e.a. 2004.

40 Zie T.E. Moffitt, R.W. Robins, & A. Caspi, 'A couples analysis of partner abuse with implications for abuse-prevention policy', *Criminology & Public Policy* 2001, 1 (nr. 1), 5-36.

41 Zie M.K. Ehrensaft, P. Cohen, J. Brown, E. Smailes, H. Chen, & J.G. Johnson, 'Intergenerational transmission of partner violence: A 20-year prospective study', *Journal of Consulting and Clinical Psychology* 2003, 71 (nr. 4), p. 741-753.

42 Zie E.B. Foa, M. Cascardi, L.A. Zoellner, L. A. & N.C. Feeny, 'Psychological and environmental factors associated with partner violence', *Trauma, Violence, & Abuse* 2000, 1 (nr. 1), p. 67-91.

43 Zie K.F. Kuijpers, L.M. van der Knaap & I.A.J. Lodewijks, 'Victims' Influence on Intimate Partner Violence Revictimization: A Systematic Review of Prospective Evidence', *Trauma, Violence, & Abuse* 2011, 12 (nr. 4), p. 198-219.

44 Zie L. Bennett Cattaneo & L.A. Goodman, 'Risk Factors for Reabuse in Intimate Partner Violence', *Trauma, Violence, & Abuse* 2005, 6 (nr. 2), p. 141-175.

dere vorm van self-fulfilling prophecy.⁴⁵ Ten slotte lijken ook een lage sociaal-economische status van het slachtoffer⁴⁶ en middelenmisbruik door het slachtoffer⁴⁷ verband te houden met herhaald slachtofferschap. In beide gevallen gaat het echter om cross-sectionele relaties.

Naast een rol in het ontstaan en het in stand houden van partnergeweld, kan de rol van het slachtoffer ook betrekking hebben op de toepassing van het strafrecht. Op dit onderwerp zal ik kort ingaan in de volgende paragraaf.

3 HET SLACHTOFFER EN DE INZET VAN HET STRAFRECHT

Slachtoffers van partnergeweld kunnen op twee momenten invloed hebben op de toepassing van het strafrecht. In de eerste plaats kunnen zij een grote rol spelen bij de vraag of het strafrecht überhaupt kan worden toegepast. Het gros van de slachtoffers kiest er namelijk bewust voor om het geweld niet te melden of daarvan geen aangifte te doen bij de politie. Op basis van gegevens uit 2010, schatten Van der Veen en Bogaerts dat circa 20% van alle incidenten is gemeld bij de politie (door het slachtoffer of een derde), terwijl in slechts 40% van de gemelde incidenten de melding werd gevolgd door een aangifte.⁴⁸ Kennelijk heeft een grote groep slachtoffers belang bij het achterwege blijven van strafrechtelijk ingrijpen. Amerikaans onderzoek suggereert dat velen van hen de zaak liever zelf willen oplossen, bang zijn voor wraak of de dader in bescherming willen nemen.⁴⁹ Op basis van een syste-

45 Zie hiervoor het *Trauma & Psychosemodel* van victimoloog Winkel. Dit model gaat uit van twee premissen, namelijk (1) dat slachtoffers kampen met posttraumatische klachten als gevolg van eerdere slachtofferervaringen en (2) zich daardoor zodanig gedragen dat zij een verhoogd risico lopen op nieuwe slachtofferervaringen. Volgens Winkel kan dit gedrag als psychoseachtig worden gekwalificeerd, omdat het enerzijds wordt gekenmerkt door een voortdurende staat van overgevoeligheid voor naderend gevaar en anderzijds door overreactie op prikkels die als zodanig worden geïnterpreteerd. Doordat sprake is van overreactie, toont het slachtoffer zich extra kwetsbaar voor proactief (ingeval van een angstreactie) of reactief geweld (ingeval van een uiting van agressie). Toekomstig onderzoek zal moeten uitwijzen of dit model ook empirisch houdbaar is. Zie F.W. Winkel, 'Het trauma en psychose (T&P)-model van kwetsbaar gedrag: een nieuw instrument ter beoordeling van gevaar bij partnergeweld', in: A. Groenen, E. Jaspeart & G. Vervaeke (red.), *Partnergeweld: Als liefde een gevecht wordt*, Leuven: Acco 2011, p. 291-309.

46 Zie L. Bennett Cattaneo & L.A. Goodman, 'Risk Factors for Reabuse in Intimate Partner Violence', *Trauma, Violence, & Abuse* 2005, 6 (nr. 2), p. 141-175.

47 Zie bijvoorbeeld J. Cole, T.K. Logan & L. Shannon, 'Women's risk for revictimization by a new abusive partner: for what should we be looking?', *Violence and Victims* 2008, 23 (nr. 3), p. 315-330.

48 H.C.J. van der Veen & S. Bogaerts 2010.

49 Zie R.B. Felson, S.F. Messner, A.W. Hoskin, & G. Deane, 'Reasons for reporting and not reporting domestic violence to the police', *Criminology* 2002, 40 (nr. 3), p. 617-648. Het meest illustratief hiervoor is de bevinding dat slechts 12% van de huiselijk geweldzaken bij de politie terecht komt. Zie hierover T. van Dijk, S. Flight, S., E. Oppenhuis, & B. Duesmann, *Huiselijk geweld: Aard, omvang en hulpverlening*, Hilversum: Intomart 1997.

matische review naar behoeften van slachtoffers merken Ten Boom en Kuijpers zelfs op dat "A unique need of victims of domestic violence is the wish to not arrest or prosecute the perpetrator (their partner) (...)".⁵⁰ Daarnaast kan niet worden uitgesloten dat een kleine maar niet verwaarloosbare groep slachtoffers een valse melding of aangifte doet. Dat beschuldigingen van partnergeweld vals kunnen zijn werd aangetoond door Sarantakos.⁵¹ In een vrij kleine Australische steekproef van partnergeweldzaken ($N = 68$) vond hij dat vrouwen die hun echtgenoot hadden beschuldigd van geweldpleging in het overgrote deel van de gevallen (87%) toegaven dat die beschuldiging niet klopte, zij het pas nadat zij waren geconfronteerd met verklaringen van familieleden die hun verhaal niet ondersteunden.⁵² In de tweede plaats kunnen slachtoffers hun medewerking ook in een later stadium van het strafrechtelijk onderzoek weigeren. Hoewel empirisch onderzoek naar dit onderwerp vrij schaars is, lijken verschillende factoren hiermee verband te houden. Met name de studie van Goodman, Bennett en Dutton mag in dit verband niet onvermeld blijven.⁵³ Zij vonden dat de mate van steun van anderen en de ernst van het geweld positief samenhangen met het verlenen van medewerking tijdens de vervolgingsfase. Ook vonden zij dat alcohol- en drugsmisbruik door het slachtoffer en het hebben van een liefdesrelatie met de geweldpleger negatief verband hielden met het verlenen van medewerking. Ten slotte zou gespeculeerd kunnen worden dat psychische klachten tengevolge van het geweld het slachtoffer kunnen weerhouden van het afleggen van getuigenverklaringen tijdens het opsporings- of vervolgingsonderzoek of het onderzoek ter terechtzitting. Dat zou vooral kunnen gelden voor slachtoffers die kampen met posttraumatische vermijdingsklachten. Kenmerkend daarvoor is namelijk dat prikkels die aan het trauma (i.c. het partnergeweld) doen herinneren worden vermeden. Anderzijds zouden (andere) posttraumatische stressklachten ook een reden kunnen zijn om wel medewerking te verlenen. Zo is bekend dat slachtoffers van niet-huiselijk geweld vaker gebruik maken van het spreekrecht, indien zij kampen met PTSS-klachten (ongeacht de specifieke aard van die klachten).⁵⁴ Op dit moment worden deze speculaties echter nog niet bevestigd door empirische gegevens.

50 A. ten Boom & K.F. Kuijpers, 'Victims' needs as basic human needs', *International Review of Victimology*, 18, 155-179.

51 S. Sarantakos, 'Deconstructing self-defense in wife-to-husband violence', *Journal of Men's Studies* 2004, 12 (nr. 3), p. 277-296.

52 Zie ook E.J. Kanin, 'False rape allegations', *Archives of Sexual Behavior* 1994, 23 (nr. 1), p. 81-92.

53 L. Goodman, L. Bennett, & M.A. Dutton, 'Obstacles to victims' cooperation with the criminal prosecution of their abusers: The role of social support', *Violence and Victims* 1999, 14 (nr. 4), p. 427-444.

54 K. Lens, A. Pemberton & M. Groenhuijsen, *Het spreekrecht in Nederland: bijdrage aan het emotioneel herstel van slachtoffers?*, Tilburg: Universiteit van Tilburg/INTERVICT 2010.

4 DE AANPAK VAN PARTNERGEWELD IN NEDERLAND

Ondanks het overwegend cross-sectionele karakter van het beschikbare sociaal-wetenschappelijke onderzoek naar partnergeweld, lijkt zonder meer duidelijk te zijn dat bij het ontstaan en in stand houden van partnergeweld zowel dader- als slachtoffergerelateerde factoren een belangrijke rol kunnen spelen en dat niet elk slachtoffer zit te springen om strafrechtelijk ingrijpen. Daarop aansluitende nuances over de manier waarop partnergeweld zou moeten worden aangepakt zijn in beleidsstukken helaas ver te zoeken.

4.1 *Partnergeweld en overheidsbeleid: van een passieve naar een actieve houding*

Tot het begin van de jaren '80 van de vorige eeuw was de overheidsbemoeienis met partnergeweld vrijwel nihil. In 1984 is daar verandering in gekomen, toen onder het bewind van staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport Hedy D'Ancona de nota *Sexueel geweld tegen vrouwen en meisjes* werd gepresenteerd.⁵⁵ Deze kabinetsnota markeerde het begin van een periode van actieve overheidsbemoeienis op het gebied van partnergeweld.

In 2002 verscheen de beleidsnota *Privé geweld – Publieke zaak* van het Ministerie van Justitie. Hierin werd voor het eerst een actievere rol voor politie en justitie bepleit bij de aanpak van huiselijk geweld (waaronder partnergeweld). Tot dan toe werd partnergeweld gezien als een privékwestie. Strafrechtelijk interveniëren werd daarbij als ongepast beschouwd. Indien en voor zover overheidsingrijpen überhaupt al wenselijk werd geacht, dan was dat toch vooral een taak van (private) hulpverleningsinstanties.⁵⁶ De nota had primair tot doel de infrastructuur die hiervoor nodig was vorm te geven, en dan met name de samenwerking tussen de ketenpartners op lokaal, regionaal en landelijk niveau. Aan die doelstelling is gevolg gegeven met de oprichting van samenwerkingsverbanden tussen politie, justitie en zorgverleningsinstellingen (zogenaamde Veiligheidshuizen), de invoering van de regionale Advies- en Steunpunten Huiselijk Geweld (ASHG's)⁵⁷, de uitbreiding van opvangmogelijkheden voor vrouwelijke slachtoffers van partnergeweld, de oprichting van een landelijk expertisecentrum huiselijk geweld en de invoering van de Wet tijdelijk huisverbod.⁵⁸ Voorts heeft ook

55 Zie hierover K. Lünemann, M. Goderie & B. Tierolf, *Geweld in afhankelijkheidsrelaties. Ontwikkelingen in vraag naar en aanbod van hulp en opvang*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2010.

56 M. Christophe, H. Ferwerda & P. Gruter, 2011, 'Partnergeweld en de politionele afhandeling in Nederland', in: A. Groenen, E. Jaspeart & G. Vervaeke (red.), *Partnergeweld: Als liefde een gevecht wordt*, Leuven: Acco 2011, p. 161-177.

57 Thans zijn er meer dan 44 veiligheidshuizen in ons land (zie www.veiligheidshuis.nl/). De gemeenten hebben blijkens een voortgangsbericht uit 2003 van het Ministerie van Justitie in dit verband een regiefunctie. Die lijkt echter eerst met de invoering van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (Stb. 2006, 351) tot volle wasdom te zijn gekomen.

58 Wet van 9 oktober 2008 (Stb. 2008, 421).

de politie een aantal initiatieven genomen die de infrastructuur rondom de aanpak van huiselijk geweld hebben bevorderd. Zo heeft zij middels het programma *Huiselijk Geweld en de Politietaken: Ambitie verbindt* regionale coördinatoren huiselijk geweld aangewezen die worden aangestuurd door een landelijke programmaleider en ondersteund door een stuurgroep. Dit heeft onder meer geleid tot een uniforme registratie van huiselijk geweld in de bedrijfsprocessensystemen van de politie, cursussen over huiselijk geweld als onderdeel van de (bij-)scholing van politiefunctionarissen en de invoering van het protocol *Huiselijk Geweld*. Dit document dient als uitgangspunt voor het politieoptreden bij een melding van huiselijk geweld.⁵⁹

In september 2008 is de nota *Privé geweld – Publieke zaak* opgevolgd door de kabinetsnota *De volgende fase: Plan van aanpak huiselijk geweld tot 2011*. De doelstellingen van deze nota sluiten uitdrukkelijk aan bij het succes van haar voorganger. Centraal staat onder meer de verdere aanscherping van de strafrechtelijke aanpak van huiselijk geweld. Hoe die aanpak er uit ziet is geregeld in de Aanwijzing huiselijk en eengerelateerd geweld van het College van procureurs-generaal. Deze aanwijzing heeft overigens niet alleen betrekking op partnergeweld, maar ook op andere vormen van geweld binnen de privésfeer.

4.2 *Partnergeweld en het strafrecht: de Aanwijzing huiselijk en eengerelateerd geweld*

De eerste aanwijzing huiselijk geweld is op 1 april 2003 in werking getreden. De meest recente versie dateert van 1 juni 2010. Hierin wordt huiselijk geweld, waar zoals opgemerkt ook partnergeweld onder valt, als volgt gedefinieerd: "Huiselijk geweld is geweld dat door iemand uit de huiselijke kring van het slachtoffer wordt gepleegd. Hieronder vallen lichamelijke en seksuele geweldpleging, belaging en bedreiging (al dan niet door middel van, of gepaard gaand met, beschadiging van goederen in en om het huis). (...) Als verdachten van huiselijk geweld kunnen worden aangemerkt: (*ex-*)partners, gezins- en familieleden en huisvrienden. Verdachten en slachtoffers kunnen mannen en vrouwen zijn, en kunnen kind of volwassen (waaronder oude-

59 In 2007 is het programma met vier jaar verlengd tot en met 2011. Zie hiervoor het programma *Huiselijk geweld en de politietaken: Een kwestie van lange adem*. Een vermeldenswaardig onderdeel hiervan is de zogenaamde ABCDEF-methode die politiefunctionarissen in acht dienen te nemen bij de afhandeling van een incident van huiselijk geweld. Die schrijft voor dat zij ter plekke open vragen dienen te stellen (*Ask*), het verhaal van het slachtoffer serieus moeten nemen (*Belief*), noodzakelijke ondersteuning moeten inschakelen (*Call*), (bewijs-)informatie moeten vastleggen (*Document*), de veiligheid van het slachtoffer en eventuele andere betrokkenen moeten waarborgen (*Ensure safety*) en het slachtoffer moeten informeren over mogelijke vervolgstappen in het opsporingsonderzoek en hulpverlening (*Follow-up*). Zie hierover Christophe e.a. 2011.

ren) zijn.” In het kader van de aanpak van huiselijk geweld worden door de aanwijzing zeven doelstellingen geformuleerd:

- het onderkennen van huiselijk en/of eergerelateerd geweld;
- het acuut (doen) stoppen van (dreiging van) huiselijk en eergerelateerd geweld;
- het voorkomen van recidive door middel van gerichte interventies;
- het herstellen van de geschonden rechtsnorm;
- het vergroten van de aangiftebereidheid van slachtoffers;
- het waarborgen van de veiligheid van het slachtoffer, in het bijzonder van minderjarige slachtoffers;
- het waarborgen van de veiligheid van kinderen als getuige van huiselijk geweld.

Deze doelstellingen beoogt men te realiseren door in zoveel mogelijk gevallen over te gaan tot vervolging. Alleen in gevallen van geringe ernst mag volgens de aanwijzing worden geseponneerd, maar uitsluitend onder het stellen van bijzondere voorwaarden. Kale septs dienen te worden vermeden. Om vervolging mogelijk te maken vergt de aanwijzing van politie en justitie een proactieve opsporingshouding bij kennisneming van incidenten van partnergeweld. In de eerste plaats moet de verdachte zoveel mogelijk worden aangehouden en vastgehouden. Ingeval van heterdaad dient dat terstond te gebeuren. Bovendien zal het OM er bij de burgemeester in zo’n geval op aandringen dat hij, op grond van de Wet tijdelijk huisverbod,⁶⁰ gebruik maakt van zijn bestuursrechtelijke bevoegdheid om een tijdelijk huisverbod aan de vermoedelijke dader op te leggen. Buiten heterdaad moet eveneens zo spoedig mogelijk worden overgegaan tot aanhouding. Dat kan echter alleen, indien sprake is van een feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan en daarvoor toestemming is verkregen van de Officier van Justitie (OvJ). Indien voor het geconstateerde feit geen voorlopige hechtenis is toegestaan, wordt de verdachte ontboden op het politiebureau.⁶¹ In het geval dat de verdachte na te zijn aangehouden in verzekering wordt gesteld wordt hem zogenaamde vroeghulp aangeboden door de reclassering. Bij recidive vindt te allen tijde voorpleiding aan de rechter-commissaris plaats teneinde de verdachte voorlopig te kunnen hechten. In de tweede plaats dient het slachtoffer zoveel mogelijk te worden bewogen tot het doen van aangifte. Indien dat wordt geweigerd, moet zoveel mogelijk bewijs worden verzameld om ambtshalve vervolging mogelijk te maken. In de derde plaats dient in elke zaak die voor dagvaarding in aanmerking komt een advies bij de reclassering te worden ingewonnen met het oog op het formuleren van een strafeis. In het bijzonder wordt de reclassering gevraagd een inschatting te maken van het recidiverisico (zie Tekstbox 1), de mogelijkheden voor daderhulpverlening en de noodzaak tot het stellen van bijzondere voorwaarden.

60 Stb. 2008, 421 en Stb. 2010, 715.

61 Kennelijk wordt de dader daar dan vaderlijk toegesproken.

Tektbox 1: Het inschatten van recidive risico bij partnergeweld

Het inschatten van het recidiverisico bij partnergeweld geschiedt in de regel op basis van de zogenaamde *Recidive Inschattingsschalen* (RISc).⁶² Soms wordt ook gebruik gemaakt van de speciaal voor partnergeweld ontwikkelde *Brief Spousal Assault Form for the Evaluation of Risk* (B-SAFER).⁶³ Op deze screeningsinstrumenten is veel kritiek geleverd, omdat zij geen rekening houden met slachtoffergerelateerde factoren die het risico op herhaling kunnen beïnvloeden.⁶⁴ De RISc is bovendien niet specifiek gericht op het in kaart brengen van het recidiverisico bij partnergeweld. Een laatste punt van kritiek is dat psychometrisch onderzoek heeft uitgewezen dat de RISc vooral voorspellend is voor *algemene* en *geregistreeerde* recidive.⁶⁵ Of het ook voorspellend is voor recidive van (niet-geregistreerd) partnergeweld is niet bekend.⁶⁶

Indien de verdachte reeds is begonnen met enige vorm van daderhulpverlening (bijvoorbeeld in het kader van vroeghulp) of bereid is daaraan zijn medewerking te verlenen, kan door de OvJ een (gedeeltelijk) voorwaardelijke straf worden geëist. Naast een proeftijd waarbinnen de verdachte zich dient te onthouden van het plegen van strafbare feiten, dienen in zo'n geval op zorg gerichte voorwaarden te worden gesteld.

Blijkens bijlage 3 bij de aanwijzing moet daarbij worden gedacht aan behandeling in een inrichting, ambulante behandeling of opname in een (24-uurs) voorziening. Afhankelijk van wat men denkt dat nodig is om recidive te voorkomen, is soms ook het vragen van een straat- of contactverbod aangewezen.⁶⁷ Indien de verdachte volgens de reclassering niet in aanmerking

62 Zie hierover A. Vinke, B. Vogelvang, L. Erftemeijer, E. Veltkamp & M. Bruggeman, *RISc: Recidive Inschattingsschalen*. Handleiding, Woerden: Adviesbureau Van Montfoort 2004.

63 Zie hierover P.R. Kropp, S.D. Hart, H. & Belfrage, *Brief spousal assault form for the evaluation of risk (B-SAFER)* (User manual), Vancouver: Proactive Resolutions 2005.

64 Zie bijvoorbeeld F.W. Winkel & M.J.J. Kunst, 'Schadelijke effecten van de posttraumatische cyclus van geweld: recidive, herhaald slachtofferschap en verslaving', in: E. Blaauw & H. Roozen (red.), *Handboek Forensische Verslavingszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2012, p. 283-299.

65 Zie L.M. van der Knaap en D.L. Alberda, *De predictieve validiteit van de Recidive Inschattingsschalen* (Cahier 2009-12), Den Haag: WODC 2009.

66 Overigens wordt ook in het kader van de recidive risicotaxatie die plaatsvindt voordat door de burgemeester een tijdelijk huisverbod kan worden opgelegd geen rekening gehouden met slachtoffergerelateerde risicofactoren. Risicotaxatie vindt in zo'n geval plaats aan de hand van het Risicotaxatie-instrument Huiselijk Geweld (RiGH). Zie hierover B. Beke & G. Dijkman, *Handboek Huisverbod: Achtergrond, methodiek en procedure*. Amsterdam: SWP 2008. Aan de hand van de RiGH kunnen signalen in kaart worden gebracht die duiden een grote waarschijnlijkheid van verdere escalatie en kan inzicht worden verkregen in de ernst van het geweldsincident. In de praktijk lijkt echter vooral de ernst van het incident bepalend voor het wel of niet opleggen van een huisverbod. Zie hierover L.M. van der Knaap, 'Het tijdelijk huisverbod bij huiselijk geweld', in: A. Groenen, E. Jaspeart, & G. Vervaeke (red.), *Partnergeweld: Als liefde een gevecht wordt*, Leuven: Acco 2011, p. 179-191.

67 Dit moet juridisch worden onderscheiden van een tijdelijk huisverbod dat door de burgemeester wordt opgelegd ingevolge de Wet tijdelijk huisverbod.

komt voor daderhulpverlening, dient de eis van het OM zich enkel te richten op normhandhaving en kan een zware taak- of zelfs een vrijheidsstraf geïndiceerd zijn.

4.3 De aanpak van partnergeweld in de praktijk

In de periode van 2005 tot en met 2009 heeft de toepassing van de aanwijzing geleid tot een vertwintigvoudiging van het aantal huiselijk geweldzaken dat door de politie naar het OM wordt gestuurd (van $N = 564$ in 2005 naar $N = 11.304$ in 2009), terwijl het aantal registraties bij de politie ongeveer gelijk bleef.⁶⁸ Vooral in de jaren 2006 en 2007 is een duidelijke toename waarneembaar. In die jaren nam de instroom bij het OM met maar liefst 410% en 339% toe ten opzichte van het jaar ervoor. Daartegenover staat dat de proportie van het totale aantal binnengekomen zaken dat tot een dagvaarding leidde vanaf 2005 is gedaald van 77.9% naar 61.1% in 2009. In 2009 werd in 12.0% van de gevallen overgegaan tot een onvoorwaardelijk sepot, in 14.9% tot een voorwaardelijk sepot en in 7.4% tot een transactie.^{69, 70} In 2005 bedroegen deze percentages respectievelijk 4.3%, 5.6% en 8.9%. In 2009 werd in meer dan de helft van de bij het OM aangebrachte gevallen uiteindelijk een straf opgelegd ($n = 6.466$). In de jaren 2005 tot en met 2008 bedroegen deze percentages achtereenvolgens 36.0%, 9.8%, 30.9% en 49.5%. Al deze cijfers hebben weliswaar betrekking op huiselijk geweld (waaronder nog veel meer valt dan alleen partnergeweld), maar in het overgrote deel van de gevallen (circa 70%) gaat het hierbij om partnergeweld.⁷¹

5 KRITIEK OP DE HUIDIGE AANPAK VAN PARTNERGEWELD

Wanneer men het overheidsbeleid en de uitvoeringspraktijk ten aanzien van partnergeweld overziet, valt op dat de in de Aanwijzing huiselijk en eergereleerd geweld voorgeschreven aanpak zeer gebrekkig aansluit bij resultaten van sociaal-wetenschappelijk onderzoek. In de eerste plaats valt op dat de huidige aanpak niet differentieert naar type dader, comorbide psychosociale problematiek aan de zijde van de dader en de rol van het slachtoffer. Het

68 De gepresenteerde cijfers zijn ontleend aan P. van der Valk, 'Strafrecht en huiselijk geweld', *Justitiële Verkenningen* 2010, 38 (nr. 8), p. 62-74. Voor een internationaal cijferoverzicht, zie J.H. Garner & C.D. Maxwell, 'Prosecution and conviction rates for intimate partner violence', *Criminal Justice Review* 2009, 34 (nr. 1), p. 44-79.

69 Deze percentages tellen, in combinatie met het percentage gedagvaarde zaken (61.1%), niet op tot 100%, maar tot 95.4%. Wat is gebeurd met de overige 4.6% is onduidelijk.

70 Per 1 februari 2008 kan door het OM een strafbeschikking worden opgelegd. Cijfers over deze afdoeningsmodaliteit worden door Van der Valk niet gegeven.

71 Zie hierover Christophe e.a. 2011 en H. Ferwerda, *Huiselijk geweld gemeten - cijfers 2008*, Arnhem: Bureau Beke 2009.

devies luidt eenvoudigweg dat de dader zo snel mogelijk moet worden opgepakt, vervolgd, bestraft en behandeld. Het is maar zeer de vraag of een dergelijke aanpak enig effect heeft in termen van recidivepreventie. Buitenlands onderzoek laat namelijk zien dat het categorisch arresteren en/of tijdelijk incarceneren van de dader noch het separeren van de dader en het slachtoffer (zoals ook het geval is bij een straat-, contact- of tijdelijk huisverbod dat wordt opgelegd als bijzondere voorwaarde) enig effect heeft op de herhaling van partnergeweld. Dat geldt ook voor de meeste daderprogramma's.⁷² Kennelijk sluiten deze interventies niet goed aan bij factoren die een risico op herhaling behelzen. Criticasters zullen opmerken dat de Aanwijzing huiselijk en eengerelateerd geweld in combinatie met de straftoemingsvrijheid van de Nederlandse rechter voldoende ruimte biedt voor een aanpak op maat en dus de mogelijkheid tot differentiatie, maar recent empirisch onderzoek lijkt te suggereren dat daarmee een systematische differentiatie op grond van recidiverisico nog niet gewaarborgd is.⁷³ Onderzocht werd of adviezen van de reclassering met betrekking tot interventies waaraan daders via het strafrecht zouden moeten worden onderworpen verschillen per type geweldpleger. Met behulp van vier items van de B-SAFER werden 146 reclasseringsdossiers gescoord op de drie dimensies van Holtzworth-Munroe en Stuart.⁷⁴ Een clusteranalyse wees uit dat vier typen geweldsplegers konden worden onderscheiden: (1) alleen huiselijk geweld, (2) algemeen gewelddadig/antisociaal, (3) licht antisociaal en (4) psychopathologie. Deze typen vertoonden grote overlap met de typologieën van Holtzworth-Munroe en Stuart. De belangrijkste bevinding was echter dat de aard van het advies van de reclassering niet of nauwelijks verschilde per type dader. De enige twee belangrijke verschillen tussen de vier groepen waren dat ten aanzien van de eerste groep (alleen huiselijk geweld) minder vaak verplicht reclasseringscontact werd geadviseerd in vergelijking met de tweede groep (algemeen gewelddadig/antisociaal) en vaker werd geadviseerd tot het seponeren van de zaak in vergelijking met de tweede (algemeen gewelddadig/antisociaal) en derde groep (licht antisociaal). Deze resultaten

72 Zie bijvoorbeeld J.C. Babcock, C.E. Green & C. Robie, 'Does batterers' treatment work? A meta-analytic review of domestic violence treatment', *Clinical Psychology Review* 2004, 23 (nr. 8), p. 1023-1053; D.P. Mears, 'Research and interventions to reduce domestic violence revictimization', *Trauma, Violence, & Abuse* 2003, 4 (nr. 2), p. 127-147 en J. Barner & M. Carney, 'Interventions for Intimate Partner Violence: A Historical Review', *Journal of Family Violence* 2011, 26 (nr. 3), p. 235-244. Voor een Nederlandstalig overzicht van mijn eigen hand, zie M.J.J. Kunst, J.M. van Dijk, A. Pemberton & M. Bruinsma, *Preventie van Herhaald slachtofferschap: Een research synthese van maatregelen ter voorkoming van herhaling*, Tilburg: INTERVICT / IVA beleidsonderzoek en advies 2008.

73 J. Thijssen & C. de Ruiter, 'De relatie tussen subtypen relationeel geweldplegers en de adviezen van de reclassering', *Proces* 2010, 89 (nr. 6), p. 416-428.

74 Holtzworth-Munroe & Stuart 1994. Zie ook A. Holtzworth-Munroe, J.C. Meehan, K. Heron, U. Rehman & G.L. Stuart, 'Testing the Holtzworth-Munroe and Stuart (1994) batterer typology', *Journal of Consulting and Clinical Psychology* 2000, 68 (nr. 6), p. 1000-1019.

zijn uitermate onwenselijk vanuit preventieoogpunt. De eerste dimensie van Holtzworth-Munroe en Stuart heeft namelijk onder meer betrekking op de frequentie en dus ook op recidive van partnergeweld. Juist vanwege de verschillen in fenomenologie had tussen deze groepen een differentiatie in de voorgeschreven interventies moeten bestaan om herhaling te voorkomen.

Een tweede punt van zorg is dat in de huidige aanpak miskent dat sommige slachtoffers hun partner valselijk beschuldigen van geweldpleging. Zo'n valse beschuldiging kan gedaan worden in verband met het verkrijgen van ouderlijk gezag en/of het vaststellen van een omgangsregeling na een echtscheiding.⁷⁵ Wanneer valse beschuldigingen niet in een vroegtijdig stadium worden onderkend, kan het voor de pseudodader zeer lastig zijn om van het plegeretiket af te komen, met alle gevolgen van dien.

Ten slotte houdt de Aanwijzing huiselijk en eengerelateerd ten onrechte geen rekening met de mogelijkheid dat slachtoffers, om verschillende redenen, strafrechtelijk interveniëren niet zien zitten en de voorkeur geven aan een buitengerechtelijke conflictoplossing. Typerend in dit verband is de in paragraaf 4.3 beschreven procentuele stijging van het aantal onvoorwaardelijke septs vanaf 2005. Onvoorwaardelijke septs vinden in de regel alleen plaats, indien voldoende overtuigend bewijs ontbreekt. Niet uit te sluiten valt dat onbereidwillige slachtoffers hier (mede) debet aan zijn. Bij partnergeweld vormen verklaringen van het slachtoffer immers vaak de belangrijkste bron van bewijs. Voorts kan strafrechtelijk interveniëren voor het slachtoffer zodanig stresserend zijn, bijvoorbeeld omdat men tegen de dader moet getuigen, dat men liever geen medewerking verleent aan het opsporings- en/of vervolgingsonderzoek. Het zonder meer negeren van de wil van het slachtoffer is strijdig met de idee dat bij toepassing van het strafrecht *secundaire victimisatie* (d.w.z., men wordt nog een keer slachtoffer, maar dan van het systeem) moet worden voorkomen.⁷⁶ Tot welke beleidsveranderingen deze kritiekpunten mijns inziens zouden moeten leiden bespreek in het vervolg van deze paragraaf.

5.1 Naar een voorstel tot wijziging van de aanwijzing huiselijk geweld

Een eerste belangrijke wijziging van het huidige beleid zou kunnen bestaan uit een betere aansluiting van de voorgestane aanpak op de etiologische en fenomenologische aspecten van partnergeweld en recidive/herhaling. Hoewel het vanuit sociaal-wetenschappelijk oogpunt wellicht nog wat te vroeg is voor een differentiatie op grond van dadertypologieën, zou een volgende

75 Zie voor enkele schrijnende voorbeelden het forum op de website van het landelijk steunpunt huiselijk geweld (<http://shginfo.nl/>).

76 Zie over dit onderwerp U. Orth, 'Secondary victimization of crime victims by criminal proceedings', *Social Justice Research* 2002, 15 (nr. 4), p. 313-325.

versie van de aanwijzing toch tenminste moeten voorschrijven dat bij het stellen van bijzondere voorwaarden en de daaraan voorafgaande advisering rekening dient te worden gehouden met eventuele comorbide problemen aan de zijde van de dader en slachtoffergerelateerde risicofactoren. Die kunnen, zoals ik in paragraaf 2.3 heb laten zien, namelijk een belangrijke rol spelen bij de herhaling van het geweld.⁷⁷ Om daaraan gevolg te kunnen geven zal in de eerste plaats gebruik moeten worden gemaakt van risicotaxatie-instrumenten die met deze factoren rekening houden en specifiek zijn ontwikkeld voor partnergeweld. Dit vereist een aanpassing van de bestaande risicotaxatiepraktijk. Dat is vooralsnog geen sinecure, omdat op dit moment geen betrouwbare en valide screeningsinstrumenten voor handen zijn die tevens slachtofferfactoren behelzen.⁷⁸ Een tweede belangrijke wijziging zou betrekking kunnen hebben op de mogelijkheid van een valse melding of aangifte. Het is uiteraard moeilijk, zo niet onmogelijk, om met zekerheid vast te stellen of een melding/aangifte vals is, maar zeker bij gescheiden partners moet met die mogelijkheid rekening worden gehouden. In de aanwijzing zou hier expliciet op gewezen moeten worden. Wellicht zou zelfs voorgeschreven kunnen worden dat het OM in zulke gevallen, alvorens tot vervolging over te gaan, onderzoek dient te doen naar de juistheid van de melding door in de directe omgeving van de dader en het slachtoffer op zoek te gaan naar mogelijke getuigen. De derde en laatste verandering zou kunnen gaan over de wil van het slachtoffer om wel of geen strafrechtelijk traject op te starten. Hier moet mijns inziens rekening mee worden gehouden. Dit betekent onder meer dat het slachtoffer niet standaard moet worden bewogen tot het doen van aangifte. Zeker in gevallen van geringe ernst, zou het aan het slachtoffer zelf moeten worden overgelaten of wel of geen aangifte wordt gedaan. Daarnaast betekent dit dat vervolging van de dader achterwege zou kunnen blijven, zelfs in het geval er toch een aangifte ligt of ambtshalve vervolging mogelijk is, indien het slachtoffer in een later stadium alsnog aangeeft zelf tot een vergelijk met de dader wenst te komen. Wanneer het slachtoffer dat niet uit eigen beweging te kennen geeft, zou het bij een nog steeds bestaande liefdesrelatie met de dader wenselijk zijn deze mogelijkheid in ieder geval ter sprake te brengen voordat de vervolging wordt ingesteld. Bij lichtere vergrijpen zou de aanwijzing wat mij betreft zelfs tot het uitblijven van vervolging moeten verplichten, indien het risico op recidive (mede) wordt bepaald door slachtoffergerelateerde factoren.

77 Zie Bennett Cattaneo en Goodman 2005 en Kuijpers e.a. 2011.

78 Op dit moment vinden bij mijn weten een tweetal initiatieven plaats om zo'n instrument te ontwikkelen. Het eerste betreft een Nederlandstalige bewerking van de B-SAFER. Zie hierover C. de Ruiter, *B-SAFER: Richtlijn voor het beoordelen van het risico van relationeel geweld*, Enschede: Ipskamp 2009. Het tweede betreft de zogenaamde Danger Assessment Inventory. Zie hierover Winkel 2011. Gegevens omtrent betrouwbaarheid en validiteit van deze instrumenten zijn (nog) niet beschikbaar.

In zo'n geval zou het slachtoffer actief kunnen worden betrokken bij het voorkomen van herhaling door aan te sturen op mediation of het volgen van een gezamenlijk behandeltraject.^{79 80} Indien ook de dader daaraan wil meewerken, zou aan het slagen van een dergelijk traject een verplichtend karakter kunnen worden gegeven door mediation als bijzondere voorwaarde in het kader van een voorwaardelijk sepot te stellen. Tenslotte zou ik het uitermate legitiem vinden om in de aanwijzing op te nemen dat tenminste rekening wordt gehouden met het mogelijk stresserende karakter van strafrechtelijk ingrijpen bij de afweging op welke manier dat ingrijpen moet plaatsvinden.

6 CONCLUSIE

Het voorgaande overziend stemt tot weinig vreugde. De bemoeienis van de overheid met de aanpak van partnergeweld heeft de afgelopen decennia tot een explosie van maatregelen geleid, maar of dat die hun vruchten zullen gaan afwerpen is maar zeer de vraag. Het beleid en de uitvoering daarvan geven blijk van een gebrek aan inzicht in de oorzaken en verschijningsvormen van partnergeweld en factoren die een rol spelen bij recidive/herhaling. Weliswaar is de definitie van huiselijk geweld (en dus die van partnergeweld) die in de Aanwijzing huiselijk en eengerelateerd geweld van het OM wordt gegeven veel genuanceerder dan het beeld dat door de in de inleiding besproken uitzending van EenVandaag werd geschetst, maar daar blijft het dan ook wel bij. De voorgestane aanpak lijkt daarmee de strafrechtelijke toets van effectiviteit en handhaafbaarheid niet te kunnen doorstaan. Om daar verandering in te kunnen brengen moet de huidige aanpak op enkele punten fundamenteel worden gewijzigd. Zo zal een nieuwe versie van de aanwijzing moeten voorschrijven dat te allen tijde rekening dient te worden gehouden met comorbide problematiek aan de zijde van de dader, de rol die het slachtoffer speelt bij het ontstaan en in stand houden van de geweldscyclus en diens bereidheid om medewerking aan de toepassing van het strafrecht te verlenen. De sceptici die hiertegenover willen stellen dat het overwegend cross-sectionele karakter van het beschikbare onderzoeksmateriaal dergelijke drastische beleidswijzigingen niet rechtvaardigt wil ik tot slot op voorhand van repliek dienen door op te merken dat dit wat mij

79 Artikel 51h Wetboek van Strafvordering zou hiervoor een wettelijke basis kunnen bieden.

80 Interessant in dit verband is het behandelprogramma *Niet meer door het lint*. Zie hierover A. van Dam, C.A. van Tilburg, P. Steenkist & M. Buisman, *Niet meer door het lint: Handleiding*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2009. Dit programma wordt door de Geestelijke Gezondheidszorg Westelijk Noord-Brabant aangeboden aan daders en slachtoffers van partnergeweld en richt zich zowel op de aanpak van dader- als slachtoffergerelateerde risicofactoren.

betreft sterk de voorkeur verdient boven beleid dat op geen enkele wijze rekening houdt met resultaten van empirisch onderzoek. Dit geldt temeer, nu het gebruiken van sterke (d.w.z. [quasi-]experimentele) onderzoeksdesigns in een strafrechtelijke context bijna altijd problematisch is en op ethische bezwaren stuit.⁸¹

81 Zie hierover Van der Leun in deze bundel.

Dangerous Liaisons? De criteria voor strafbaarstelling in de veiligheidscultuur

Een onderzoek naar de invloedsrelatie tussen mediaconsumptie en publieke perceptie ten aanzien van de Nederlandse antiterrorismewetgeving

M.A.H. van der Woude, S. van Rooijen & J.A. van Wilsem

1 INLEIDING

In de democratische rechtsstaat werkt de stem van de samenleving door in de politiek, in het bijzonder in het parlement. Hoewel het democratisch systeem in Nederland al tijden ongewijzigd is gebleven, lijkt het alsof de stem van de samenleving de laatste decennia niet alleen een grotere rol is gaan spelen, tevens lijkt de toon harder, ongenueanceerder en minder door-dacht te zijn. Ook het tot de publieke verbeelding sprekende terrein van het straf(proces)recht heeft niet weten te ontsnappen aan deze ontwikkeling. Onder verwijzing naar de opkomst van de hedendaagse veiligheidscultuur hebben verschillende auteurs beschreven hoe de wetgever onder permanente druk is te komen staan om de wettelijke mogelijkheden zowel met betrekking tot de opsporing, vervolging en berechting als met betrekking tot de primaire criminalisering en sanctionering van diverse gedragingen uit te breiden.¹ Het centrale thema van deze bundel, de criteria voor strafbaarstelling, biedt een interessant aanknopingspunt om deze ontwikkelingen op het terrein van het straf(proces)recht vanuit een gecombineerd juridisch en criminologisch oogpunt te beschouwen. De criteria kunnen worden beschouwd als belangrijk handvatten voor de wetgever die de wetgever moeten helpen om een weloverwogen afweging ten aanzien van nieuwe strafbaarstellingen. Een belangrijke rem op de publieke en politieke waan van de dag dus...of toch niet? In 2000 signaleerde De Roos reeds, hierbij voortbouwend op de door hem in 1987 in zijn proefschrift onderscheiden voorwaarden voor strafbaarstelling, dat er onder invloed van de steeds grotere maatschappelijke drang naar risicobeheersing steeds meer gedragingen

1 Zie o.m. M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur. Totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland gezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010; R. van Swaaningen, 'Veiligheid in Nederland en Europa; een sociologische beschouwing aan de hand van David Garland', *Justitiële Verkenningen* 2004-7, p. 9-23; D. Downes & R. van Swaaningen, 'The Road to Dystopia; changes in the penal climate in the Netherlands', in: M. Tonry & C. Bijleveld (eds.) *Crime and Justice in the Netherlands*. Chicago: Chicago University Press 2007; L.M. Moerings, *Straffen met het oog op veiligheid, een onderneming vol risico's* (oratie Leiden), Leiden 2007.

naar maatschappelijk en politiek inzicht als gevaarlijk worden aangemerkt. In het bijzonder het door De Roos onderscheiden *schadecriterium* lijkt als gevolg van veranderingen in de publieke en politieke perceptie ten aanzien van veiligheid steeds ruimer geïnterpreteerd te worden.²

In deze bijdrage willen we deze door De Roos gesignaleerde ontwikkeling aan een nadere empirische blik onderwerpen en bezien in hoeverre de publieke perceptie ten aanzien van onderwerpen op het terrein van orde en veiligheid worden beïnvloed door media. Het is van belang om hier inzicht in te verkrijgen met het oog op de – breder gevoerde – discussie over de praktische houdbaarheid en bruikbaarheid van de criteria voor strafbaarstelling. Waar De Roos bij zijn oorspronkelijke uitleg van het schadecriterium voornamelijk de (objectief) vast te stellen schade van een mogelijk te criminaliseren gedraging voor de samenleving voor ogen had, is het de vraag in hoeverre het schadecriterium (mede) onder invloed van de media en de veiligheidscultuur niet dusdanig ‘gesubjectieerd’ is geraakt dat het niet langer klakkeloos als een van de ‘onmisbare’ leidraden voor strafbaarstelling gebruikt kan worden. In deze bijdrage zal – of beter gezegd – kan geen sluitend antwoord worden gegeven op deze fundamentele vraag, wel zal er op basis van een grootschalig online bevolkingsonderzoek bezien op welke wijze de mediaconsumptie van de respondenten samenhangt met hun percepties ten aanzien van terrorisme en terrorismewetgeving. Is het echt zo dat het blootstaan aan bepaalde media leidt tot meer angst voor terrorisme en voor een negatievere houding ten aanzien de overheid en het overheidsoptreden in dezen? Het doel van het onderzoek is echter niet alleen een kritische reflectie op de praktische bruikbaarheid van het schadecriterium als handvat voor de wetgever bij vraagstukken rondom strafbaarstelling. Tevens willen we laten zien dat het – wederom met het oog op het oordelen over de praktische toepasbaarheid van de criteria voor strafbaarstelling – interessant is om ze niet alleen vanuit juridisch-normatief oogpunt te analyseren maar, waar mogelijk, eveneens aan een empirische analyse te onderwerpen.

2 EEN ZORGELIJKE MENAGE À TROIS TUSSEN MEDIA – BEVOLKING – EN WETGEVER

In de hedendaagse veiligheidscultuur lijkt de publieke en politieke aandacht voor alles wat met veiligheid, criminaliteit en strafrecht te maken alleen maar verder toe te nemen. De media spelen hierin een belangrijke rol. De tijd dat een journalist van *De Telegraaf* eenzaam en alleen op de persbank in de rechtszaak zat is voorbij: strafrecht en criminaliteit hebben een hoge nieuws-

2 Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987; Th.A. de Roos, ‘Nieuwe accenten in het criminaliseringsbeleid. Risicobeheersing en bescherming van kwetsbaren’, *Justitiële Verkenningen* 2000-5, p. 9-21.

waarde en spreken tot de verbeelding van de burger.³ Al dan niet vermeende missers van justitie, rampen, onopgeloste misdrijven en zogenaamde 'nieuwe' gevaren worden breed uitgemeten in de geschreven en ongeschreven media⁴ Deze globale tendens – ook wel aangeduid met de term mediatisering⁵ – waarvan de eerste verschijnselen in Nederland zichtbaar zijn vanaf de tweede helft van de jaren negentig, is niet onbelangrijk met het oog op het centrale thema van deze bundel. De media zijn immers niet meer weg te denken als belangrijke factor in discussies over criminaliteitsbeleid en daarmee samenhangende wet- en regelgeving. Sinds de jaren negentig is justitie zich naast het terugdringen van de feitelijke criminaliteit ook steeds meer gaan richten op het terugdringen van de onveiligheidsgevoelens van burgers. De nieuwe beleidslijn van justitie vindt haar oorsprong in de *Integrale Veiligheidsrapportage* van 1993.⁶ Deze 'subjectivering' van het strafrecht en het strafrechtelijk beleid hebben er toe bijgedragen dat 'de publieke opinie' een steeds belangrijkere rol zijn gaan spelen bij het opstellen en motiveren van nieuw justitieel beleid en daarbij behorende wet- en regelgeving.⁷ Niet alleen wordt berichtgeving in de media door politieke gezagsdragers dikwijls ter legitimering gebruikt als aanknopingspunt voor politieke discussies over de noodzaak tot uitbreiding van bevoegdheden of het creëren van nieuwe strafbaarstellingen, eveneens worden de media gebruikt om politieke standpunten onder de bevolking kenbaar te maken en om op die manier mogelijk (het kiesgedrag van) burgers te beïnvloeden.⁸ Het gros van de Kamervragen blijkt zelfs te worden gesteld naar aanleiding van berichtgeving in de popu-

3 Brants beschrijft dat in het selectieproces van het nieuws de burger centraler is komen te staan. Deze ontwikkeling is volgens Brants alleen nog maar versterkt door komeetachtige opkomst en het dramatische verscheiden van Pim Fortuyn. "Na zijn gewelddadige dood, waarvan geroepen werd dat de media daar mede het klimaat voor hadden geschapen, en de massale en emotionele reacties die dat onder aanzienlijke delen van de bevolking opriep, kwamen de media al snel tot de conclusie dat zij op pijnlijke wijze de gevoelens van velen hadden miskend of onderschat". K. Brants, 'Risico's, schandalen en publiciteit. De nieuwswaarde van een falende overheid', *Proces* 2008-2, p. 52. Zie ook K. Brants & F. Koenraadt, 'Criminaliteit en Mediahype', *Delikt en Delinkwent* 1998-6, p. 553 waarin de auteurs de uit de literatuur naar voren gekomen criteria voor nieuwswaardigheid beschrijven.

4 Voor een nuancering van de relatie tussen media en onveiligheidsgevoelens zie H. Beunders, 'Tussen schijn en werkelijkheid', in: H. Boutellier & R. van Steden (red.) *Veiligheid en Burgerschap in een Netwerksamenleving*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2008, p. 115-134.

5 Mediatisering verwijst naar de toegenomen media-aandacht voor crises en onveiligheid. Voor de media zijn onveiligheid, risico's en rampen nieuws en aanleiding om publieke problemen te definiëren. Zie: H. Beunders & E.R. Muller, *Politie en media. Feiten, fictie en imagopolitiek*, Zeist: Kerckebosch 2005, p. 366.

6 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 096.

7 C.C.J.H. Bijleveld & H.G. van der Bunt, *De grens van onveiligheid* (diesrede Amsterdam VU). Amsterdam: Vrije Universiteit 2003.

8 B. van Gestel, *Nieuws, Beleid en Criminaliteit. Over de wisselwerking tussen lokale media en criminaliteitsbestrijders*, Amsterdam: Aksant 2006.

laire media.⁹ Kortom, in de veiligheidscultuur zijn de media een krachtig en machtig middel, zeker in handen van een steeds populistischer politiek forum, om onder verwijzing naar de klaarblijkelijk via deze media kenbaar gemaakte bestaande publieke behoefte bepaalde onderwerpen of voorstellen op de wetgevingsagenda te krijgen. Alles wordt op alles gezet om het vertrouwen van het electoraat voor zich te winnen en te houden. Hiermee lijkt er een zorgelijke driehoeksrelatie te zijn ontstaan tussen de wetgever, de bevolking en de media, zeker ten aanzien van problematiek op het terrein van orde en veiligheid. In reactie op incidenten die door de media breed uit worden gemeten voelen politici zich – wijzende op de publieke onrust die de incidenten tot gevolg hebben gehad – genoodzaakt om ferme standpunten in te nemen ten aanzien van wet- en regelgeving. Dat deze publieke onrust dikwijls in belangrijke mate wordt gevoed door de berichtgeving in de media, wordt daarbij gemakshalve over het hoofd gezien. Jonathan Simon spreekt in deze context van *governing through crime*: de politiek heeft de mediaberichtgeving rondom criminaliteit en onveiligheid en de publieke onrust die dit soms teweeg kan brengen nodig om de eigen plannen kracht bij te zetten.¹⁰

Nu willen we in deze bijdrage niet zo ver gaan om de Nederlandse wetgever van een dergelijk manipulatief gedrag te betichten, dat zou immers een heel ander soort onderzoek vergen, wel beogen we aan de hand van een survey-onderzoek naar de publieke perceptie ten aanzien van de Nederlandse anti-terrorisemaatregelen aan te tonen dat de rol van de media voor wat betreft het vormen van 'de' publieke opinie, niet onderschat mag worden. Dit zal gebeuren door inzicht te bieden in de relatie tussen:

1. Mediagebruik en steun voor de genomen antiterrorisemaatregelen;
2. Vertrouwen in de overheid en steun voor de genomen antiterrorisemaatregelen;
3. Angst voor een terroristische aanslag en steun voor de genomen antiterrorisemaatregelen;
4. De (mogelijke) samenhang tussen 1, 2 en 3.

9 Nederlandse Nieuwsmonitor (2010-2011) *Regeert de waan van de dag? De interactie tussen parlement en media*, Vrije Universiteit Amsterdam. Online te raadplegen via: <http://www.nieuwsmonitor.net/> (het laatst geraadpleegd op 28 mei 2012) Ook Koemans laat in haar proefschrift zien dat politici – in haar geval in de context van de strafrechtelijke bestrijding van sociale overlast – zich in belangrijke mate laten leiden door de media. M.L. Koemans. *The War on Antiscocial Behavior* (diss. Leiden), Leiden: EM Meijers Instituut 2011. Zie voor wat betreft de situatie in de UK en de USA op dit punt ook: G. Cavender, 'Media and Crime Policy', *Punishment and Society* 2004-3, p. 335-348; K. Callaghan & F. Schnell, 'Assessing the Democratic Debate. How the News Media Frame Elite Policy Discourse', *Political Communication* 2001-18, p. 183-212.

10 J. Simon, *Governing through Crime: How the war on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford: Oxford University Press 2007.

De casestudy vormt hiermee een belangrijke aanvulling op het internationale onderzoek naar de publieke opinie ten aanzien van terrorisme en terrorismebestrijding.¹¹

Alvorens nader in te gaan op de casestudy en de resultaten zullen in de volgende paragraaf de bevindingen worden gepresenteerd van een literatuurstudie naar onderzoeken die licht hebben getracht te werpen op de relatie tussen mediaconsumptie en publieke en politieke attitudes. Aangezien het literatuuronderzoek in belangrijke mate is uitgevoerd ter voorbereiding van de casestudy, ziet een groot deel van de gepresenteerde bevindingen op onderzoeken waarbij er is gekeken naar de relatie tussen mediaverslaggeving over terrorisme en publieke danwel politieke attitudes.

3 FRAMING, ANGST VOOR TERRORISME EN VERTROUWEN IN DE OVERHEID

De groeiende rol van media, in het bijzonder waar het de verslaglegging van criminaliteit en de bestrijding daarvan betreft, heeft eveneens bijgedragen aan een groeiende aandacht van (inter)nationale onderzoekers naar de invloed van de media op het publiek.

3.1 *Media-invloeden en framing*

In de literatuur over media-invloeden komt veelvuldig het concept *framing* naar voren: Het op een bepaalde manier kiezen van woorden en beelden, zodat daarbij impliciet een aantal aspecten van het beschrevene worden uitgelicht. Deze uitgelichte aspecten helpen om een bepaalde lezing van het beschrevene of een mening daarover te propageren. Op deze manier kan er door een probleem of een gevaar – bijvoorbeeld terrorisme – op een bepaalde manier te *framen* ook al invulling worden gegeven aan de wijze waarop er

11 Zie bijvoorbeeld: L. Huddy, S. Feldman, C. Taber & G. Lahav, 'Threat, Anxiety, and Support of Antiterrorism Policies', *American Journal of Political Science* 2005-3, p. 593-608; D.W. Davis, *Negative Liberty. Public Opinion and the Terrorist Attacks on America*, New York: Russell Sage Foundation 2007; D.W. Davis & B.D. Silver, 'Civil Liberties vs. Security: Public Opinion in the Context of the Terrorist Attacks on America', *American Journal of Political Science* 2004-1, p. 28-46; D.A. Scheufele, M.C. Nisbet & R.E. Ostman, 'September 11 News Coverage, Public Opinion, and Support for Civil Liberties', *Mass Communication and Society* 2005-3, p. 197-218.

door de overheid hierop gereageerd zal (moeten) worden.¹² Peek en Sutton wijzen naar aanleiding van het herhaaldelijk gebruik van de term 'clear en present danger' in relatie tot terrorisme door President Bush en diens toenmalig Attorney General John Ashcroft op de gevaren hiervan: "By framing transnational terrorism as a 'clear and present danger' to the existence of our civilization, or as a question of societal survival, national executives manage to loosen the grip of the normal checks and balances that have underpinned the constitution and rule of law executive decision making."¹³ Norris, Kern en Just hebben de invloeden van het in de Amerikaanse media veelvuldig gehanteerde 'war on terrorism' frame onderzocht en in kaart gebracht.¹⁴ De onderzoekers komen tot de conclusie dat het frame een vergaande impact hebt op de publieke en politieke attitude ten aanzien van terrorisme(bestrijding): "The use of the terrorism frame serves several functions, both cognitive by linking together disparate facts, events and leaders, and also evaluative by naming perpetrators, identifying victims, and attributing blame. It allows political leaders to communicate a coherent simple message to the public, while also reshaping perceptions of 'friends' and 'enemies'".¹⁵ In één van de weinige longitudinale studies op dit gebied, onderzochten Cho et al. de invloed van de Amerikaanse media op publieke emoties rondom de terroristische aanslagen in New York in 2001.¹⁶ Zij concluderen dat televisienieuws op dit onderwerp consistent meer emotioneel beladen was dan nieuws gepresenteerd in kranten. Mensen die afhankelijk zijn van televisienieuws bleken significant meer positieve en negatieve emoties te hebben wat betreft de aanslagen dan krantenlezers. Het nieuws beïnvloedt de publieke opinie – wat de burger leert over een terroristische aanval, hoe hij de actoren beoordeelt en hoe hij moet denken over het dreigingsbeeld. Deze frame heeft daarmee ook invloed op de politieke agenda; de overheid reageert op een zekere dreiging maar ook op de publieke opinie te dien aanzien.

-
- 12 J. Feldman, *Framing the Debate: Famous Presidential Speeches and How Progressives Can Use Them to Control the Conversation (and Win Elections)*. Brooklyn, NY: Ig Publishing 2007; S. D. Reese, O.H. Gandy & A.E. Grant, *Framing Public Life: Perspectives on Media and Our Understanding of the Social World* Maywah, New Jersey: Lawrence Erlbaum 2001; D.A. Scheufele, 'Framing as a theory of media effects', *Journal of Communication* 1999-1, p. 103-122.; G. Lakoff & E. Frisch, *Five Years After 9/11: Drop the War Metaphor, Language matters, because it can determine how we think and act*. Rockridge Institute 2006. <http://www.rockridgeinstitute.org/research/rockridge/fiveyearsafter911/>
 - 13 L.A. Peek & J.N. Sutton, 'An Exploratory Comparison of Disasters, Riots, and Terrorist Acts', *Disasters* 2003 -4, p. 321.
 - 14 P. Norris, M. Kern & M. Just, *Framing Terrorism: The News Media, the Government and the Public*. New York: Routledge 2003.
 - 15 Norris, Kern & Just 2003, p. 9.
 - 16 J. Cho et. al., 'Media, Terrorism, and Emotionality: Emotional Differences in Media Content and Public Reactions to the September 11th Terrorist Attacks', *Journal of Broadcasting & Electronic Media* 2003-3, p. 309-327.

Nederlands onderzoek naar framing in verschillende typen media is schaars. Semetko en Valkenburg zagen verschillen in de manier waarop Nederlands nieuws werd gepresenteerd door televisiezenders en kranten.¹⁷ Zij onderzochten vier kranten: Het NRC Handelsblad, de Volkskrant, het Algemeen Dagblad en De Telegraaf. Zij onderzochten tevens drie nieuwsprogramma's: NOS nieuws, RTL nieuws en Hart van Nederland. Televisienieuws bleek meer episodisch te zijn, ofwel gericht op specifieke incidenten die in de laatste 24-uur plaatsvonden. De kranten waren thematisch en boden meer ruimte aan context en geschiedenis van het nieuws. Een duidelijke splitsing was te zien in de hoeveelheid aandacht werd besteed aan de onderwerpen criminaliteit en politiek.¹⁸ Nieuwsitems over criminaliteit werden in het algemeen voornamelijk vanuit een *human interest*-frame gepresenteerd waarbij vaak details over slachtoffers en details over de daad werden gegeven en waardoor de verslaglegging een populairder karakter krijgt. Daarnaast werd in alle onderzochte media als meest dominante frame een zogenaamd verantwoordelijkheids-frame gevonden, waarbij de verantwoordelijkheid voor sociale problemen bij de overheid werd gelegd en niet bij de individu.¹⁹

3.2 Media-invloeden op gevoelens van angst en vertrouwen

Uit het voorgaande volgt dat de vormgeving van berichtgeving en het type medium waarmee een bericht naar buiten wordt gebracht van belang zijn voor het beoordelen van vragen over eventuele beïnvloeding van publieke attitudes door de media. Nu is hierboven kort gekenschetst hoe de media boodschappen kunnen selecteren, inkleuren en een invloed kunnen uitoefenen op ontvangers, maar is het voor deze bijdrage eveneens van belang wat de invloeden van media kunnen zijn op de gevoelens van angst voor terrorisme en het algemene vertrouwen dat men in de overheid heeft voor wat betreft het effectief weten te bestrijden van de oorzaak van deze angst. Alt-heide onderzocht het Amerikaanse discours omtrent terrorisme na de aanslagen in New York. Hij stelt dat een al bestaande angst voor criminaliteit strategisch en door middel van symbolen en iconen in de media is samenge-

17 H.A. Semetko & P.M. Valkenburg, 'Framing European Politics: A Content Analysis of Press and Television News', *Journal of Communication* 2000-2, p. 93-109.

18 Het NRC en de Volkskrant besteedden respectievelijk 11% en 14% van de inhoud aan criminaliteit en 17% en 17% aan politiek. Het AD en De Telegraaf daarentegen spendeerden respectievelijk 22% en 27% van hun tijd aan criminaliteit en 18% en 14% aan politiek. Ook de kranten lieten een ander beeld zien. Het NOS spendeerde het minste tijd aan criminaliteit (7%) en het meeste tijd aan politiek (15%), RTL zat er tussenin en Hart van Nederland leek de tegenpool te zijn met 16% van de tijd aan criminaliteit en 3% aan politiek. Semetko & Valkenburg 2000, p. 101.

19 Semetko & Valkenburg 2000, p. 105-106.

vlochten met een specifieke angst voor terrorisme.²⁰ Een zogenaamde *politics of fear* wordt gebruikt om angst onder de bevolking op te wekken om op die manier steun te krijgen voor het invoeren van nieuwe antiterrorismemaatregelen die dikwijls op gespannen voet staan met fundamentele rechten en beginselen. Nacos benadrukt tevens dat de aandacht van de media voor gewelddadige reacties op terrorisme gebruikt wordt door politieke leiders om de aandacht af te leiden van dergelijke controversiële binnenlandse antiterrorismemaatregelen.²¹ Het is opvallend dat er, ondanks al deze suggesties voor wat betreft de wijze waarop politiek gezagsdragers de media gericht zouden gebruiken voor hun *politics of fear*, weinig kwantitatieve onderzoeken zijn die deze vermeende relatie tussen de media en angst voor criminaliteit, laat staan terrorisme, eenduidig bevestigen of weerleggen.²² Het gros van de onderzoekers op dit terrein is het er over eens dat er een invloed is van de media op angst voor criminaliteit, maar is eveneens eensgezind over het feit dat de exacte werking van deze complexe relatie moeilijk meetbaar is. Zo zegt Reiner: "[...] The issue is not whether media representations have consequences. Hardly anyone would deny this. The agenda is the unraveling of the complex interrelationship of media content and other dimensions of social structure and experience in shaping offending behaviour, fear of crime, and the politics of law and order".²³ De beperkte kwantitatieve onderzoeken die er zijn, laten echter wel een aantal interessante bevindingen zien. Zo concluderen Chirocos, Enschoolz en Gertz dat mensen die eerder slachtoffer zijn geweest van criminaliteit het nieuws volgen via de televisie, bang zijn dan voormalig slachtoffers die zich voor wat betreft hun nieuwsvoorziening richten op de geschreven media.²⁴ De reeds eerder aangehaalde Cho et al. namen in hun onderzoek waar dat negatieve emotionele reacties een significant positief effect hadden op televisienieuws consumptie. Deze resultaten lijken te duiden op een extra dimensie die niet vaak besproken wordt in de literatuur, namelijk dat bepaalde emoties er mogelijk toe kunnen leiden dat men in de toekomst een bepaald medium kiest. "It appears that television news leads people to become emotionally aroused, with these activated emotional responses concurrently driving future television news use".²⁵

20 D.L. Altheide, 'The mass media and terrorism', *Discourse & Communication* 2007-1, p. 287-308. Hij citeert toepasselijk voormalig president George W. Bush: "Al Qaeda is to terror what the mafia is to crime".

21 B.L. Nacos, *Mass-mediated terrorism: The central role of the media in terrorism and counterterrorism*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers 2007.

22 L. Heath & K. Gilbert, 'Mass media and fear of crime', *American Behavioral Scientist* 1996-4, p. 379-386.

23 R. Reiner, 'Media made criminality', in: M. Maguire, R. Morgan & R. Reiner (eds.) *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 401.

24 T. Chirocos, S. Enschoolz & M. Gertz, 'Crime, news and fear of crime: Toward an identification of audience effects', *Social Problems* 1997-3, p. 342-357.

25 Cho et al. 2003, p. 324

Naast de mogelijkheid om angst bij het publiek op te wekken, kunnen de media ook gevoelens van vertrouwen of wantrouwen in de overheid aanwakkeren. Postman en Powers spreken van een *fast forward* effect wanneer items in het nieuws kort en oppervlakkig worden behandeld, waarbij de kijker in secondes geconfronteerd wordt met strak gemonteerde beelden die nauwelijks uitgelegd worden.²⁶ Dit effect leidt volgens hen tot politieke verwarring, vermoeidheid, vervreemding en wantrouwen onder burgers die een gebrek hebben aan informatie, kennis en motivatie om het nieuws te begrijpen. Newton spreekt van een *mediamalaise*: de media veroorzaakt politieke apathie, vervreemding, wantrouwen, cynisme, desillusie en angst.²⁷ Er lijken tevens aanwijzingen te zijn dat het vertrouwen in de overheid afhankelijk is van het type medium: televisiekijkers worden in het algemeen geassocieerd met meer politiek cynisme en krantenlezers met meer vertrouwen in de overheid.²⁸ Avery stelt dat media-invloed op vertrouwen in de overheid verschilt naar medium, maar tevens naar al bestaande niveaus van vertrouwen in de overheid.²⁹ Zijn onderzoek concludeert dat degenen met al bestaande hogere niveaus van vertrouwen in de overheid meer vertrouwen hebben na het lezen van kranten en minder vertrouwen hebben na het kijken van televisienieuws. Het moge duidelijk zijn dat de verschillende besproken onderzoeken er op lijken te wijzen dat verschillende typen media verschillende uitwerkingen kunnen hebben op gevoelens van angst en vertrouwen onder de bevolking: voor het aanwakkeren van gevoelens van angst onder de bevolking is de televisie een uitstekend medium, terwijl dit tegelijkertijd het minst geschikte medium is om gevoelens van vertrouwen in de overheid te bevorderen. Tegelijkertijd is over deze conclusie vanuit methodologisch oogpunt enige voorzichtigheid gepast, aangezien de meeste studies cross-sectioneel zijn. Daarmee is vaak moeilijk uit elkaar te houden of mediaconsumptie tot bepaalde gevoelens leiden, of juist andersom. Een uitzondering hierop betreft zoals gezegd de longitudinale studie van Cho et al. die uitwijst dat van beide relaties sprake is.

26 N. Postman & S. Powers, *How to watch TV News*. New York: Penguin 1992.

27 K. Newton, 'May the weak force be with you: The power of the mass media in modern Politics', *European Journal of Political Research* 2006-2, p. 209-234.

28 K. Gross, S. Aday & P.R. Brewer, 'A Panel Study of Media Effects on Political and Social Trust after September 11, 2001', *International Journal of Press/Politics* 2004-4, p. 52.

29 J.M. Avery, 'Videomalaise or Virtuous Circle? The Influence of the News Media on Political Trust', *International Journal of Press/Politics*, 2009-4, p. 410-433.

4 CASESTUDY: DE PUBLIEKE OPINIE OVER ANTITERRORISMEMAATREGELLEN IN NEDERLAND³⁰

In deze paragraaf zal nader worden ingegaan op de aan dit artikel ten grondslag liggende casestudy naar de publieke perceptie ten aanzien van antiterrorismemaatregelen en de vraag op welke wijze mediaconsumptie, angst en vertrouwen in de overheid zich daartoe verhouden. De gegevens voor dit onderzoek zijn verzameld via het panel van het LISS (Langlopende Internet Studies in de Sociale Wetenschappen). Dit is een online panel, waarbij aan een representatieve steekproef van de bevolking van circa 7,000 personen maandelijks wisselende vragenlijsten worden voorgelegd.³¹ Uit het totale panel is een random steekproef getrokken van 2,917 respondenten die in maart 2010 zijn benaderd voor dit onderzoek. Hiervan hebben er 1930 de vragenlijst ingevuld (respons 66%).³² Deze groep heeft via een split-half design verschillende typen vragenlijsten ingevuld; de ene helft beantwoorde vragen omtrent attitudes over terrorismebestrijding, de andere helft vragen omtrent willingness-to-pay voor terrorismebestrijding. Onze analyses hebben betrekking op de eerste variant, de *attitudes* (N=985). De gegevens zijn 'gewogen' om een representatief beeld te kunnen geven.

Operationalisatie van de attitude ten aanzien van terrorismebestrijding

Daar de terrorismebestrijding een breed spectrum aan strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en andersoortige maatregelen omvat, was het nodig om een keuze te maken voor wat betreft de maatregelen die in het onderzoek centraal werden gesteld. Omdat het van belang was dat de respondenten zich een goede voorstelling de gekozen maatregelen zouden kunnen maken om hun mening hier goed over te kunnen peilen maar eveneens om maatregelen waarbij de spanning tussen de individuele rechtsbescherming enerzijds en het belang van collectieve veiligheid anderzijds duidelijk aanwezig is,³³ is de keuze gevallen op de volgende vier antiterrorismemaatregelen:

-
- 30 Zie voor een verdere bespreking van de publieke opinie van de Nederlandse bevolking ten aanzien van de verschillende antiterrorismemaatregelen: J.A. van Wilsem & M.A.H. van der Woude, 'Zijn Nederlandse burgers écht enthousiast over de nieuwe antiterrorismemaatregelen? Een vergelijking van attitudes en willingness to pay', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2011-3, p. 17-35.
 - 31 Rekrutering voor het LISS-panel vond *offline* plaats via telefonisch contact of contact aan huis, na een vooraankondiging per brief. Mensen die wilden deelnemen aan het onderzoek maar geen beschikking hadden over een personal computer, kregen er één beschikbaar gesteld voor de duur van het totale panelonderzoek (ca. 5% van de totale steekproef).
 - 32 Er is in deze gegevens sprake van een lichte onderrepresentatie van mannen, jongeren tot 25 jaar en ouderen van 65 jaar of ouder, plattelandsbewoners en bewoners van de meest stedelijke gebieden. Voor de beschrijvende analyses is daarom gewerkt met gewogen gegevens, teneinde een representatief beeld te krijgen van de publieke opinie.
 - 33 Davis 2007.

1. De verruiming van de mogelijkheden voor politieambtenaren om burgers te fouilleren zonder dat zij concreet worden verdacht van strafbaar gedrag;
2. De verruiming van de mogelijkheid voor politie- en opsporingsambtenaren om bijzondere opsporingsbevoegdheden te gebruiken;
3. De uitgebreide identificatieplicht;
4. Het verscherpen van controle op luchthavens via de Full Body Scan als alternatief voor fouilleren bij bepaalde vluchten.

Voorafgaand aan de attitudevragen werd voor vier maatregelen omschreven wat zij behelzen. In de bijlage wordt voor ieder van deze vier maatregelen weergegeven hoe ze aan de respondenten zijn uitgelegd. Na afloop van de uitleg van iedere maatregel werd drie vragen omtrent hun attitude hierover gesteld: (a) *Hoeveel vertrouwen hebt u er in dat deze maatregel zal bijdragen aan het bestrijden van terrorisme?*, (b) *Vindt u dit een acceptabele maatregel met het oog op de bestrijding van terrorisme?* en (c) *Staat u over het geheel genomen positief of negatief tegenover het invoeren van deze maatregel in Nederland?*³⁴

Operationalisatie van mediaconsumptie

Om mediaconsumptie van respondenten vast te stellen is gevraagd zowel naar tv-programma's als kranten. Voor tv-programma's werd de vraag gesteld: *Kunt u voor de volgende tv-programma's aangeven hoe vaak u er naar kijkt?*, waarbij men dit moest aangeven voor NOS-journaal, RTL-nieuws (RTL4), Editie NL (RTL 4), Hart van NL (SBS6), Nova (Nederland 3), Netwerk (Nederland 2), Shownieuws (SBS6), RTL Boulevard (RTL4), Lokaal nieuws, Opsporingsprogramma's zoals Opsporing Verzocht/Peter R. de Vries/Bureau Misdaad en Misdaadseries als CSI/Bones/Law&Order. Voor krant lezen werd de vraag gesteld: *Kunt u voor de volgende kranten aangeven hoe vaak u ze leest?*, waarbij men dit moest aangeven voor Telegraaf, Algemeen Dagblad, Volkskrant, Trouw, NRC Handelsblad, Parool, Metro, Spits, De Pers, NRC Next en Regionaal dagblad. Voor zowel tv-programma's als kranten kon men reageren aan de hand van een zespuntsschaal, variërend van 'nooit' (1) tot 'elke dag' (6). Aan de hand van factoranalyse is vastgesteld of er bepaalde kijk- en leespatronen kunnen worden ontdekt. Dit gebeurt door te kijken naar de mate van overlap in bepaalde gedragingen. Zodoende wordt vastgesteld in hoeverre het lezen van bepaalde kranten vaak samengaat en of zij daarmee in bepaalde algemenere clusters van typen kranten vallen. Voor kijkgedrag bleek er sprake van twee algemene

³⁴ Op iedere vraag konden respondenten antwoorden aan de hand van een vierpuntschaal. De twaalf items (3 items x 4 maatregelen) konden worden samengevoegd in een betrouwbare samenvattende schaal die de algemene attitude van de respondent over deze maatregelen uitdrukt. (Cronbach's $\alpha = 0.91$).

typen: *commerciële programma's*³⁵ en *serieuze actualiteitenprogramma's*.³⁶ Voor het lezen van kranten konden er drie typen worden onderscheiden: *serieuze kranten* (hoge factorladingen van meer dan 0.55 voor NRC Handelsblad, NRC Next, Volkskrant, Trouw en Parool), de zogenaamde *treinkranten*³⁷ en *populaire kranten*.³⁸

Operationalisatie van angst voor terrorisme en vertrouwen in de overheid

Om angst voor terrorisme te meten is aan alle respondenten gevraagd: *Hoe bezorgd bent u om het slachtoffer te worden van een terroristische aanval?* Men kon antwoorden middels een vierpuntsschaal, variërend van 'totaal niet bezorgd' (1) tot 'zeer bezorgd' (4). De schaalvariabele voor vertrouwen in de overheid heeft een Cronbach's alpha van .64 en beslaat de volgende stellingen: (1) *De overheid in Den Haag probeert zoveel mogelijk het juiste te doen*, (2) *De overheid houdt zich vooral bezig met het welzijn van alle mensen en veel minder met een paar grote belangengroepen (andersom gecodeerd)*,

Achtergrondkenmerken

Tot slot wordt een aantal aanvullende kenmerken van respondenten meegenomen in het onderzoek, zoals hun geslacht, leeftijd en opleidingsniveau. Dit laatste kenmerk heeft betrekking op het hoogst voltooide opleidingsniveau, en heeft zes categorieën, variërend van 'basisschool' (1) tot 'universiteit' (6). Daarnaast is bekend wat het maandelijks *huishoudensinkomen* is. Deze is ingedeeld in vier categorieën: 'minder dan 1150 euro', 'tussen de 1150 en 1800 euro', 'tussen de 1800 en 2600 euro' en 'meer dan 2600 euro'. Verder is voor bijna 8% van de respondenten het inkomen onbekend en deze zijn in een aparte categorie ingedeeld. Verder wordt rekening gehouden met *verstedelijking* van de woonomgeving. Deze maat bevat vijf categorieën, variërend van 'niet stedelijk / minder dan 500 adressen per km²' (1) tot 'zeer stedelijk / 2.500 adressen per km² of meer' (5). Verder is ook gebruik gemaakt van een vraag over *politieke voorkeur*, via een links-rechtsschaal. Respondenten werd hierbij gevraagd: *In de politiek wordt soms gesproken over "links" en "rechts". Waar zou u zich op deze schaal plaatsen, waarbij 0 links en 10 rechts betekent?* Van 23% van de respondenten was hun politieke voorkeur onbekend. Ze hebben de gemiddelde waarde toegekend gekregen. Daarnaast wordt een dummyvariabele aan de analyse toegevoegd die aangeeft of een respondent oorspronkelijk een *missing value* op politieke voorkeur had. Op deze manier kan worden nagegaan of deze respondenten verschillen in hun mening over terrorismebestrijding van mensen die gemiddeld scoren op politieke voorkeur. Een belangrijke reden om te controleren voor de politieke voorkeur van respondenten is om beter de causale invloed van medi-

35 Hoge factorladingen van meer dan 0.50 voor Shownews, RTL Boulevard, Hart van NL, Editie NL, RTL4-nieuws en opsporingsprogramma's.

36 Hoge factorladingen van meer dan 0.70 voor Nova, Netwerk en NOS-journaal.

37 Hoge factorladingen van meer dan 0.70 voor Spits, Metro en De Pers.

38 Hoge factorladingen van meer dan 0.55 voor Telegraaf en regionaal dagblad.

aconsumptie op de houding ten opzichte van terrorismebestrijding vast te kunnen stellen. Politieke voorkeur blijkt namelijk een belangrijke determinant van attitudes hierover.³⁹ Omdat het daarnaast waarschijnlijk is dat politieke voorkeur ook bepaalt wat voor mediaconsumptie iemand heeft, zou het negeren van politieke voorkeur in onze analyses ertoe kunnen leiden dat we het effect van mediaconsumptie op attitudes over terrorismebestrijding overschatten. Om dat uit te sluiten, controleren we in de analyses dan ook voor politieke voorkeur.

5 ANALYSE VAN DE RESULTATEN

Om na te gaan welke invloed mediaconsumptie heeft op de publieke opinie omtrent terrorismebestrijding, is gebruik gemaakt van lineaire regressieanalyse. Deze techniek maakt het mogelijk om voor meerdere factoren tegelijkertijd hun voorspellende bijdrage te leveren aan de afhankelijke variabele, de opinie omtrent terrorismebestrijding. Voordeel daarvan is voor iedere predictor wordt vastgesteld wat diens netto voorspellende bijdrage, los van de invloed die andere voorspellers in het model hebben. Op deze manier wordt het mogelijk om na te gaan of mediaconsumptie rechtstreeks van invloed is op de publieke opinie ten aanzien van terrorismebestrijding, of dat het vooral een indirecte rol speelt via het beïnvloeden van angst voor terrorisme en vertrouwen in de overheid.

Samenhang tussen mediaconsumptie, angst voor terrorisme en vertrouwen in de overheid

Voordat echter wordt stilgestaan bij de vraag hoe mediaconsumptie, angst voor terrorisme en vertrouwen in de overheid deze opinie beïnvloeden, is het van belang om na te gaan hoe deze factoren onderling samenhangen. Dit is van belang omdat verondersteld wordt dat deze factoren elkaar ook onderling kunnen beïnvloeden. Zo is mediaconsumptie wellicht op een indirecte manier van belang voor de opinie omtrent terrorismebestrijding, omdat het bijvoorbeeld een oorzaak daarvan kan beïnvloeden, zoals angst voor terrorisme. In Tabel 1 worden hiervoor correlaties weergegeven. Zoals uit deze tabel blijkt is mediaconsumptie gerelateerd aan zowel de angst voor terrorisme als aan het vertrouwen dat burgers hebben in de overheid. Kijkers van commerciële nieuwsprogramma's zijn bezorgder om slachtoffer van terrorisme te worden en hebben minder vertrouwen in de overheid dan mensen die minder naar deze programma's kijken. Wat betreft de geschreven media blijkt dat lezers van serieuze kranten minder angst voor terrorisme en meer vertrouwen in de overheid hebben. De lezers die hoog scoren op de Telegraaf/lokale krantendimensie hebben daarentegen minder vertrouwen in de overheid.

39 Van Wilsem & Van der Woude 2011.

Tabel 1: Correlaties tussen mediaconsumptie en resp. angst voor terrorisme en vertrouwen in de overheid (N=900)

	Angst voor terrorisme	Vertrouwen in de overheid
TV: commercieel nieuws	0,149**	-0,172**
TV: nieuws publieke omroep	0,075*	0,056
Krant: NRC/Volkskrant/etc.	-0,089**	0,174**
Krant: Telegraaf/lokaal	0,021	-0,101**
Krant: Spits/Metro/Pers	-0,022	0,017

* $p < 0,05$; ** $p < 0,01$

De invloed van de verschillende factoren op de perceptie t.a.v. antiterrorisme-maatregelen

In Tabel 2 staan de resultaten vermeld van een aantal regressieanalyses. We hanteren een gefaseerde analysestrategie waarbij drie regressiemodellen zijn geschat. Als eerste wordt, naast de invloed van achtergrondkenmerken, gemodelleerd wat de invloed van uiteenlopende vormen van mediaconsumptie op de publieke perceptie ten aanzien van de vier antiterrorismemaatregelen is. Hierbij moet gedacht worden aan het onderscheid tussen geschreven (kranten) en ongeschreven (televisie) media. In het tweede model gaat de aandacht uit naar de invloed van angst voor terrorisme en vertrouwen in de overheid op de publieke perceptie. In het derde model ten slotte worden beide groepen indicatoren in een overkoepelende analyse gezamenlijk meegenomen. Dit biedt de mogelijkheid om effecten tussen modellen te vergelijken, zodat bijvoorbeeld kan worden nagegaan of effecten van mediaconsumptie afnemen als rekening wordt gehouden met de invloed van angst en vertrouwen, zoals verondersteld wordt indien er sprake is van indirecte media-effecten die hun uitwerking hebben via het beïnvloeden van angst voor terrorisme en vertrouwen in de overheid.

Uit **model 1** blijkt dat naarmate men zowel meer publieke als commerciële tv-programma's bekijkt men een positievere houding ten aanzien van de antiterrorismemaatregelen. Wat betreft het lezen van kranten blijkt dat alleen het lezen van 'serieuze' kranten van invloed is: naarmate men vaker NRC/Volkskrant/Trouw leest, des te negatiever staat men tegenover de antiterrorismemaatregelen. Verder blijkt dat naarmate men een rechtser politieke voorkeur heeft, men positiever is over terrorismebestrijdingmaatregelen. In **model 2** komt naar voren dat angst voor terrorisme en vertrouwen in de overheid ook beiden van invloed zijn op de opinie over terrorismebestrijding. Naarmate men meer angst heeft voor een terroristische aanslag is en meer vertrouwen heeft in de overheid is men duidelijk positiever over de genomen antiterrorismemaatregelen. In **model 3** worden alle effecten gezamenlijk geschat. Hieruit komen een aantal interessante bevindingen naar voren. Met uitzondering van kijken naar nieuwsprogramma's

van de publieke zenders, blijven de overige effecten van mediagebruik, angst voor terrorisme en vertrouwen in de overheid significant. Ook blijken de effecten van het lezen van 'serieuze' kranten (NRC, Trouw, etc.), vertrouwen in de overheid en politieke voorkeur het sterkste te zijn, getuige de (niet-getoonde) gestandaardiseerde regressiecoëfficiënten. Tot slot zijn er geen grote veranderingen in effecten tussen de verschillende modellen, wat er op duidt dat er weinig duidelijke indirecte effecten vastgesteld kunnen worden. In dit verband moet wel opgemerkt worden dat het effect van angst voor terrorisme in model 3 wat kleiner is dan in model 2 (nadat dus wordt gecontroleerd voor mediaconsumptie). Dit duidt er op dat angst voor terrorisme voor een deel een indirecte werking heeft, namelijk via mediaconsumptie. Angstige burgers kijken meer commerciële nieuwsprogramma's en lezen minder vaak 'serieuze' kranten (zoals ook bleek uit Tabel 1), wat hun houding ten opzichte van de antiterrorismemaatregelen positiever maakt.

Tabel 2: Regressieanalyse van attitude van antiterrorismemaatregelen op respondent-kenmerken, ongestandaardiseerde regressiecoëfficiënten (standaarderror tussen haakjes)

	Model 1	Model 2	Model 3
Constante	2,328** (0,119)	1,973** (0,124)	2,080** (0,126)
Vrouw	0,049 (0,034)	0,047 (0,034)	0,029 (0,034)
Leeftijd	0,002 (0,001)	0,003* (0,001)	0,002 (0,001)
Opleiding	0,009 (0,012)	-0,015 (0,012)	0,003 (0,012)
Netto inkomen HH			
– minder dan €1150	-0,066 (0,068)	-0,072 (0,068)	-0,067 (0,067)
– tussen €1150 en €1800	-0,037 (0,051)	-0,007 (0,051)	-0,018 (0,050)
– tussen €1800 en €2600	-0,048 (0,045)	-0,045 (0,045)	-0,046 (0,044)
– meer dan €2600 (ref.)	-	-	-
– onbekend	-0,044 (0,070)	-0,017 (0,071)	-0,038 (0,069)
Stedelijkheid	0,009 (0,014)	0,025 (0,013)	0,009 (0,013)
Links-rechts (LR)	0,045** (0,009)	0,056** (0,009)	0,046** (0,009)
LR-missing value	-0,008 (0,044)	-0,006 (0,044)	-0,001 (0,043)

	Model 1	Model 2	Model 3
TV: nieuws commerciële omroep	0,037* (0,019)	-	0,043* (0,018)
TV: nieuws publieke omroep	0,048* (0,020)	-	0,039 (0,020)
Krant: NRC, Volkskrant, etc.	-0,117** (0,022)	-	-0,125** (0,020)
Krant: Telegraaf, lokaal	0,006 (0,019)	-	0,014 (0,019)
Krant: treinkrant	0,009 (0,019)	-	0,008 (0,018)
Angst voor terrorisme	-	0,085** (0,025)	0,066** (0,025)
Vertrouwen in de overheid	-	0,130** (0,026)	0,155** (0,026)
R ²	10,0%	7,1%	14,0%
N	895	895	895

* $p < 0.05$, ** $p < 0.01$

6 DISCUSSIE: TERUG NAAR DE CRITERIA VOOR STRAFBAARSTELLING

Om te voorkomen dat de (straf)wetgeving onder invloed van de hedendaagse veiligheidscultuur in haar functie van risicobeheersing en bescherming van kwetsbaren bovenmatig punitief en te weinig effectief wordt, is voortdurende bezinning op de maatvoering hard nodig. De vraag kan worden gesteld of de criteria voor strafbaarstelling met het oog daarop (nog) een bruikbare leidraad kunnen vormen. Wat ons betreft zou deze vraag positief beantwoord moeten worden. Echter, een kanttekening is op zijn plaats. Waar de criteria een belangrijke leidraad zouden *kunnen* vormen is het de maar de vraag in hoeverre de wetgever de criteria als leidraad *wil* hanteren. Immers, juist het politiek forum – waarmee dus eveneens de wetgever – staat als gevolg van de dynamiek van de veiligheidscultuur onder enorme druk om te reageren op de steeds harder klinkende publieke roep om veiligheid en risicobeperking.

In deze bijdrage hebben we laten zien waarom het – ondanks de noodzakelijkheid om in naar de ‘stem van het volk’ te luisteren – onwenselijk is om bij de beslissingen omtrent nieuwe wet- en regelgeving te veel te varen op ‘de’ publieke opinie. Deze opinie lijkt immers in belangrijke mate te worden beïnvloed door mediagebruik. Het onderhavige onderzoek onder een representatieve steekproef van de Nederlandse bevolking heeft een belangrijk inzicht geboden in een aantal specifieke kenmerken van de publieke opinie ten aanzien van de Nederlandse antiterrorismemaatregelen. De voorstan-

ders van de genomen antiterrorismemaatregelen worden gekenmerkt door een doorgaans rechtse politieke voorkeur, populair mediagebruik, angst voor nieuwe terroristische aanslagen (al dan niet mede door het desbetreffende mediagebruik) en vertrouwen in de overheid. Daarentegen is men minder enthousiast over dit beleid naarmate men vaker in NRC Handelsblad, Volkskrant of Trouw leest. Op basis van deze uitkomsten en het uitgevoerde onderzoek is het echter alsnog lastig om wat te zeggen over de (causale) wijze waarop deze verschillende factoren elkaar beïnvloeden, wat een terugkerend probleem is bij mediaonderzoek in het algemeen. Desondanks geven de resultaten stof tot nadenken met het oog op toekomstige strafbaarstellingen, zowel binnen als buiten de context van de antiterrorismewetgeving.

De resultaten van het onderzoek bevestigen daarmee niet alleen de notie dat het moeilijk is om te spreken van 'de publieke opinie' maar eveneens dat deze door het op een bepaalde wijze *framen* van berichtgeving en door de keuze van het medium waarmee deze berichtgeving naar buiten wordt gebracht, aan invloed onderhevig is. In het meest extreme geval zou dit kunnen betekenen dat de overheid de publieke opinie bewust zou kunnen beïnvloeden om op die manier de eigen politieke agenda er door te drukken. In de context van de binnen diverse Westerse landen waarin justitieel beleid steeds meer op risico-uitsluiting geënt wordt, zoals hiervoor reeds kort aan de orde is gekomen, door verschillende onderzoekers wel beweerd dat er door de verantwoordelijke overheden actief wordt bijgedragen aan het in stand houden van bepaalde gevoelens van angst en onzekerheid onder de bevolking. Dit gebeurt bijvoorbeeld door berichtgeving over criminaliteit en (on)veiligheid op een bepaalde manier neer te zetten en in te spelen op reeds aanwezige onderbuikgevoelens. Deze *politics of fear* zijn vanzelfsprekend zeer onwenselijk met het oog op de vereiste legitimiteit van nieuwe wetgeving.⁴⁰ Er zal in dergelijke gevallen weliswaar publiek draagvlak zijn voor nieuwe stevige (vaak strafrechtelijke) maatregelen, echter door de wijze waarop dit publieke draagvlak tot stand is gekomen kunnen bij de objectiviteit van dit draagvlak serieuze kanttekeningen geplaatst worden. Het is, gegeven de potentiële effecten ervan op de publieke opinie, dan ook van belang om berichtgeving in de media ten aanzien van criminaliteit en (on)veiligheid met een kritische blik te volgen. Beunders wijst op het gerede gevaar dat als gevolg van de aanhoudende mediatisering objectieve feiten, bewijzen en analyses het steeds vaker af zullen moeten leggen tegen subjectieve meningen en interpretaties.⁴¹

40 G. Vanderveen, *Interpreting Fear, Crime, Risk and Unsafety* (diss. EUR), Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2006.

41 Beunders 2008.

Het grote gewicht dat in de huidige samenleving wordt toegekend aan subjectieve onveiligheidsgevoelens – zowel door burgers als door politici – in combinatie met de toegenomen mediatisering maken dat de wetgever steviger dan ooit in zijn schoenen lijkt te moeten staan om op het veelbesproken en met emoties doorspekte terrein van het straf(proces)recht tot weloverwogen beslissingen te komen voor wat betreft nieuwe strafbaarstellingen maar en de uitbreiding van (opsporings)bevoegdheden. Hoewel de criteria voor strafbaarstelling daarbij een belangrijke leidraad zouden kunnen bieden, zou tegen de gewijzigde maatschappelijke context moeten worden bezien in hoeverre de verschillende criteria in hun huidige vorm en samenstelling voldoende grip bieden en niet – zoals bij het schadecriterium het geval lijkt te zijn – ook zelfstandig worden aangetast door de dynamiek van de veiligheidscultuur. Hiertoe is het noodzakelijk om de criteria voor strafbaarstelling, en in bredere zin criminaliseringsprocessen, vanuit een interdisciplinair perspectief te bekijken om op die manier een goed beeld te krijgen van zowel de normatieve als de empirische realiteit van wetgeving en wetgevingsvraagstukken.

BIJLAGE A:

BESCHRIJVING TERRORISMEBESTRIJDINGMAATREGELEN IN LISS-PANEL

Maatregel 1

Verruiming van de mogelijkheden voor politieambtenaren om burgers te fouilleren zonder dat zij concreet worden verdacht van strafbaar gedrag. Onder fouilleren wordt verstaan het onderzoeken van voorwerpen, vervoersmiddelen en kleding.

Het is makkelijker geworden voor politieambtenaren om burgers te fouilleren. Zo kunnen alle mensen, transportmiddelen en objecten die aanwezig zijn binnen een bepaald gebied, een tijdelijk risicogebied, gefouilleerd en onderzocht worden indien er *aanwijzingen* zijn dat er een mogelijke terroristische daad voorbereid, gepland of gepleegd gaat worden. De regering heeft aangegeven dat deze *aanwijzingen* op verschillende informatie gebaseerd kunnen zijn: het kan bijvoorbeeld gaan om informatie van de inlichtingendienst maar ook om geruchten dat iemand een terroristische aanslag aan het plannen is.

Het gaat bij deze maatregelen dus **niet** over gebieden die vanwege hun functie altijd een risico vormen voor terroristische aanslagen (bijvoorbeeld luchthavens, industriecomplexen, stations, overheidsgebouwen, etc.), maar over ieder ander gebied dat op basis van een aanwijzing tot een tijdelijk risicogebied is bestempeld.

Maatregel 2

De verruiming van de mogelijkheid voor politie- en opsporingsambtenaren om zogenaamde bijzondere opsporingsbevoegdheden te gebruiken.

Met het oog op de bestrijding van terrorisme en in het bijzonder het voorkomen van toekomstige terroristische daden en aanslagen is het eenvoudiger geworden om zogenaamde bijzondere opsporingsmethoden in te zetten om op die manier al in een vroeg stadium, nog voordat er daadwerkelijk iets strafbaars heeft plaatsgevonden, informatie te verzamelen.

Deze bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn zeer divers: zo kan het onder meer gaan om het stelselmatig observeren van personen, het stelselmatig inwinnen van informatie, infiltratie en het vertrouwelijk opnemen van communicatie en telecommunicatie. Bij deze laatste bevoegdheid moet gedacht worden aan het opnemen en monitoren van telefoongegevens en telefoongesprekken maar ook aan het monitoren en analyseren van internet-verkeer.

Het inzetten van de bijzondere opsporingsbevoegdheden kan reeds op basis van *aanwijzingen* dat er een mogelijke terroristische daad voorbereid, gepland of gepleegd gaat worden. De regering heeft aangegeven dat deze *aanwijzingen* op verschillende informatie gebaseerd kunnen zijn: het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om informatie van de inlichtingendienst maar ook om geruchten dat iemand een terroristische aanslag aan het plannen is.

Maatregel 3

De wet op de uitgebreide identificatieplicht

Sinds 1 januari 2005 is iedere burger van 14 jaar of ouder verplicht om altijd en overal een geldig identiteitsbewijs bij zich te dragen (bv. een paspoort, een rijbewijs of een identiteitskaart). Niet alleen het dragen van een geldig identiteitsbewijs is verplicht, maar ook zijn burgers verplicht om hun identiteitsbewijs te laten zien aan een politieambtenaar als die daar om vraagt.

Er hoeft voor de politie geen verdenking van een strafbare gedraging te zijn om toch het identiteitsbewijs op te vragen. Het niet kunnen of willen tonen van een geldig identiteitsbewijs is strafbaar.

Maatregel 4

Het verscherpen van de controle op luchthavens: de Full Body Scan

Omdat een aantal terroristische aanslagen heeft plaatsgevonden in of door middel van vliegtuigen is in de afgelopen jaren de controle op luchthavens verscherpt. Zo is het meenemen van vloeistoffen en scherpe voorwerpen in de handbagage al geruime tijd verboden. Eind 2009 zijn voor vluchten van en naar de Verenigde Staten daaraan nog een aantal extra maatregelen toegevoegd. Alle passagiers op vluchten van en naar de Verenigde Staten worden verplicht gefouilleerd en hun handbagage wordt doorzocht.

Aan de hiervoor geschetste maatregelen wordt binnenkort waarschijnlijk een nieuwe maatregel toegevoegd: de Full Body Scan. Deze maatregel houdt in dat alle passagiers die met een vlucht mee willen zich verplicht moeten laten scannen door middel van de Full Body Scan. Via een bodyscan kan een beveiligingsmedewerker door de kleding van een passagier heen kijken om te zien of er iets, bijvoorbeeld voorwerpen of stoffen, onder de kleding op het naakte lichaam van de passagier verborgen wordt.

11 De ernst van het feit: Percepties, attitudes en referentiepunt bij strafbaarstelling¹

G.K. Schoep & G.N.G. Vanderveen

1 INLEIDING

1.1 *Congruentie en incongruentie tussen de juridische en sociaalwetenschappelijke betekenis van de ernst van het feit*

Het begrip ‘de ernst van het feit’, of *crime seriousness*, kent zowel een rechtswetenschappelijke als een sociaalwetenschappelijke onderzoekstraditie. Tegelijkertijd weten we erg weinig over de verhouding tussen het juridische en sociaalwetenschappelijke begrip ‘ernst van het feit’. Vanwege het belang van het begrip binnen de criteria voor strafbaarstelling zal in het bestek van deze bijdrage nader worden ingegaan op die verhouding.

Het begrip ‘ernst van het feit’ neemt in het strafrecht een vrij natuurlijke plaats in als referentiepunt bij strafrechtelijke wet- en regelgeving en beslissingen. Die vanzelfsprekendheid, in samenhang met het ogenschijnlijk hoge *common sense*-gehalte van de toepassing er van, maken dat de complexiteit van het begrip nog wel eens uit het oog wordt verloren. Die complexiteit is onder meer gelegen in het dynamische karakter er van. Het begrip ‘ernst’ heeft immers geen vaste betekenis, maar het verwijst onder meer naar opvattingen over wat als erg wordt beschouwd binnen een bepaald beoordelingskader. Zoals het straf(proces)recht zich continu beweegt binnen een veranderlijke maatschappelijke en rechtspolitieke context, zo fluctueert ook de betekenis van de ‘ernst’. En die fluctuatie heeft op zijn beurt belangrijke consequenties voor de inhoud en de toepassing van het strafrecht. In de woorden van De Hullu, Koopmans en De Roos: ‘Het ernst-oordeel van de strafwetgever weerspiegelt die wijzigingen, en dat proces vindt zijn weerslag in de afschaffing en invoering van strafbaarstellingen, en ook in de keuze van de strafmaxima.’²

-
- 1 Delen van deze bijdrage zijn gebaseerd op G.N.G. Vanderveen, ‘Criminaliteit: percepties en attitudes’, in: E.R. Muller e.a. (red.), *Criminaliteit en criminaliteitsbestrijding in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010, p. 95-111; G.N.G. Vanderveen, ‘Trial by media. Stereotypering van daders en slachtoffers’, in: J.P. van der Leun e.a. (red.), *De Vogel Vrij. Liber Amicorum Martin Moerings*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 423-434.
 - 2 J. de Hullu, I.M. Koopmans & Th.A. de Roos, *Het wettelijk strafmaximum*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 116.

Gelet dus op het praktische belang van het begrip in het strafrechtelijk beleid en bij de toepassing van het strafrecht, maar ook gelet op de dogmatische betekenis er van is er alle reden voor een nadere analyse van de ernst van het feit. Omdat het begrip zowel in een specifiek juridische context wordt gebruikt, als een sociaalwetenschappelijk onderzoeksveld representeert, is het bovendien ons streven om de relatie tussen beiden nader te onderzoeken en in dat verband de congruentie tussen beide begrippen aan de orde te stellen.

De relatie tussen ernst, bijvoorbeeld in de context van criteria voor strafbaarstelling, en de percepties en attitudes ten aanzien van ernst, kan congruent dan wel incongruent zijn. Wanneer wij spreken van een congruentie tussen het juridische begrip ernst en de sociaalwetenschappelijke betekenis van ernst, dan veronderstellen wij dat tussen beide begrippen een zekere mate van overeenstemming bestaat. Concreet gaat het dan om de vraag in hoeverre percepties en attitudes ten aanzien van ernst overeenstemmen met de wijze waarop het begrip ernst wordt toegepast in strafwetgeving, strafrechtelijk beleid en strafrechtspraak. De wijze waarop en de mate waarin moet worden gestreefd naar congruentie tussen beide begrippen, is evenwel afhankelijk van de vraag in hoeverre men betekenis toekent aan de specifieke juridische en sociaalwetenschappelijke context waarin het begrip wordt gerealiseerd. Wij komen nader terug op dat vraagstuk, waar wij verder ingaan op de betekenis van het begrip in de context van de criteria voor strafbaarstelling.

Het vraagstuk van congruentie en incongruentie tussen de juridische en sociaalwetenschappelijke betekenis van de ernst van het feit dient zich in het bijzonder aan tegen de achtergrond van een strafrechtspleging waarin, meer dan voorheen, wordt geprobeerd aansluiting te vinden bij datgene wat 'in de samenleving leeft'. Met deze woorden maakte de toenmalige voorzitter van het College van Procureurs-generaal, Brouwer, in 2007 bekend over te willen gaan tot het instellen van een burgerpanel dat 'meedenkt' over het vervolgingsbeleid van het OM en de resultaten hiervan te laten meewegen bij de herziening van het Kader voor Strafvordering. Dit streven heeft niet veel later, in 2008, geleid tot een onderzoek naar opvattingen van burgers over het stelsel van strafvorderingsrichtlijnen.³

In zijn oratie bespreekt Hertogh onderdelen van deze vraagstukken in het kader van het concept rechtsvervreemding. Dit concept, dat bovenal een vorm van onbehagen uitdrukt van burgers over het (functioneren van het) rechtssysteem, wordt primair gekenmerkt door een discrepantie tussen wat Hertogh (met anderen) vanuit rechtssociologisch perspectief het interne en

3 Zie ook het beleidsplan van het Openbaar Ministerie: *Perspectief op 2010*. K. Lünne-man, M. Moll & S. ter Woerds, *Burgers geraadpleegd. Experiment: Burgers over strafvoeringsrichtlijnen*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2008 (<http://www.verwey-jonker.nl/doc/vitaliteit/D8431194-rapportdeelonderzoek%201.pdf>).

het externe rechtssysteem noemt.⁴ Eén van de centrale vragen, aldus Hertogh, bij de verschijningsvormen van rechtsvervreemding, is de vraag of burgers zich in het recht herkennen. Deze vraag past in een breder maatschappelijk verschijnsel waarin een kloof wordt ervaren tussen burgers en overheidsinstanties, een kloof die naar het oordeel van Boutellier samenhangt met het ontbreken van een gemeenschappelijk en vanzelfsprekend referentiekader: '(...) een coherent geheel van werkwijzen, opvattingen en gedragsvormen, waarover niet gepraat hoeft te worden omdat het nagenoeg onbetwist is.'⁵

1.2 Vraagstelling en opzet

Gelet op het voorgaande proberen wij in deze bijdrage antwoorden te formuleren op een aantal vragen die voortkomen uit de relatie tussen de juridische en sociaalwetenschappelijke ernst van het feit. In de eerste plaats speelt de vraag naar de inhoud van het begrip 'ernst van het feit' en de functie van het begrip binnen de systematiek en het stelsel van het (materiële) strafrecht, in het bijzonder met betrekking tot de beslissing tot strafbaarstelling. In de tweede plaats proberen wij een antwoord te vinden op de vraag naar de betekenis van de gepercipieerde ernst van het feit, zoals blijkt uit empirisch onderzoek. Op grond daarvan en op grond van een nadere analyse van de aard van dit onderzoek proberen wij uiteindelijk iets meer te weten te komen over congruenties en incongruenties tussen de twee 'betekenisvelden' van de ernst van het feit. Het is niet ons primaire doel om een antwoord te geven op de vraag of en zo ja, in welke mate er een congruentie dient te bestaan tussen beide begrippen. Onze bevindingen kunnen evenwel aanknopingspunten bevatten voor een antwoord op deze vraag.

2 DE ERNST VAN HET FEIT: FUNCTIE EN BETEKENIS IN HET STRAFRECHT

Met inachtneming van het bovenstaande richten wij ons in deze paragraaf op de betekenis en functie van de ernst van het feit in het stelsel van strafrechtspleging en in de systematiek van het Wetboek van Strafrecht. Kortweg onderscheiden wij, met Hulsman, drie relevante niveaus: Het niveau van de strafbaarstelling, van de vervolging en van de straftoemeting.⁶ Daaraan zou

4 M. Hertogh, *Rechtsvervreemding. Tussen rechtsstaat en rechtsgevoel* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 13.

5 H. Boutellier, 'Participatie als panacee', in: *De burger als opspoorder* (OM Congres 2008), Den Haag: Openbaar Ministerie 2008, p. 9.

6 L.H.C. Hulsman, 'Waarover beslist men eigenlijk in het strafrechtelijk systeem? (Overwegingen over de 'ernst van het feit' als criterium voor crimineel-politieke beslissingen)', in: A.J. Bins (red.), *Beginselen. Opstellen over strafrecht aangeboden aan G.E. Mulder*, Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 108.

nog kunnen worden toegevoegd de tenuitvoerlegging van de straf, maar dat thema ligt buiten het bestek van deze bijdrage. Op alle genoemde niveaus worden we geconfronteerd met een zeer complex begrip, dat bovendien verschillende functies vervult.

2.1 *Functies en verschijningsvormen van het begrip ernst*

Hierboven wezen wij er al op dat het begrip 'ernst' geen vaste betekenis heeft, maar verwijst naar opvattingen over wat als erg wordt beschouwd binnen een bepaald beoordelingskader. Niet alleen het belang, maar ook de veranderlijkheid van die opvattingen wordt hiermee verondersteld. De doorwerking van eventuele verschuivingen in maatschappelijke opvattingen over wat als erg wordt beschouwd, vindt (mede) plaats over de band van het ernst-oordeel. Het ernst-oordeel van de strafwetgever weerspiegelt die wijzigingen, en dat proces vindt zijn weerslag in de afschaffing en invoering van strafbaarstellingen, en ook in de keuze van de strafmaxima, aldus De Hullu, Koopmans en De Roos.⁷ De ernst van het feit is zo gezien meer dan alleen een referentiepunt bij de vorming van strafrechtelijk beleid en de toepassing van het strafrecht. Het vormt een bemiddelend begrip in de relatie tussen strafrecht en strafrechtelijk beleid enerzijds en burgers anderzijds.

Tegelijkertijd is het begrip ook een inhoudelijk anker. In de literatuur wordt onderkend dat het begrip ernst van het feit binnen het strafrecht geen waarde vrije toepassing kent. Hulsman typeert de ernst in dat verband als de 'operationalisering binnen het s.r.s. (strafrechtelijk systeem, V/S) van hetgeen in wijdere zin in juridische systemen van westerse snit het beginsel van proportionaliteit wordt genoemd.'⁸ Ook De Roos plaatst de ernst van het feit binnen een proportionaliteitsoordeel, teneinde een evenredigheid te verwezenlijken tussen schade/gedrag en toepassing van het strafrecht.⁹ In zoverre, zo kan worden gesteld, is de ernst van het feit een limiterend begrip.

De functie van het begrip de ernst van het feit is op deze wijze beschouwd tweeledig – het is zowel een bemiddelend als een limiterend begrip. Ogenscheinlijk verwijzen deze beide functies naar twee met elkaar in tegenspraak lijkende rationaliteiten. Een verwijzing naar een externe, op de verhouding tussen rechtssysteem en burger gerichte rationaliteit ligt met name besloten in de bemiddelende functie, terwijl de limiterende functie

7 De Hullu, Koopmans & De Roos 1999, p. 116. Andere elementen in de discussie over strafbaarheid laten wij buiten beschouwing, zoals de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid die worden getrokken door middel van strafbaarheidbeperkende en -uitbreidende interpretatie van delictsbestanddelen. Ook in deze 'handelingen' kunnen oordelen over ernst besloten liggen.

8 Hulsman 1981, p. 108.

9 Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 72.

van het begrip met name tot uitdrukking komt in de interne, op het rechtssysteem en enkele daaraan ten grondslag liggende beginselen gerichte rationaliteit. Gelet op deze tweeledige functie van het begrip kan het juridische begrip ernst niet louter in termen van gepercipieerde ernst worden omschreven. De ernst van het feit in de juridische context is een beredeunde ernst.

Hierboven verwezen wij naar drie niveaus waarop de ernst van het feit een rol speelt: Het niveau van de strafbaarstelling, de vervolging en de straftoemeting. In de context van de beslissing tot strafbaarstelling speelt het begrip een rol ten behoeve van de concretisering en invulling van één of meerdere criteria voor strafbaarstelling. De ernst van het feit vormt daarnaast een dragend ijkpunt voor de vaststelling van strafmaxima en de ingeschaalde ordening naar de beschermde rechtsgoederen of rechtsbelangen in de diverse Titels van het Wetboek van Strafrecht, maar het is daarin niet het enige referentiepunt. Andere ijkpunten zijn, aldus De Hullu c.s., de systematiek van strafmaxima zelf (bijvoorbeeld in verhouding tot strafmaxima in bijzondere wetten), de onderlinge verhoudingen tussen delicten met een zekere samenhang, de inrichting van de delictsomschrijvingen (gedifferentieerd of algemeen), internationale overwegingen (richtlijnen en (voorheen) kaderbesluiten in het verband van de Europese Unie), strafprocessuele overwegingen en instrumentele overwegingen.¹⁰

Voor de strafbeslissing geldt dat deze niet alleen tot stand komt op grond van een waardering van de ernst van het feit, maar ook is gerelateerd aan de omstandigheden waaronder het feit is begaan en de persoonlijkheid van de verdachte. Opvattingen over de ernst van het feit komen bovendien mede tot uitdrukking in de strafeis van de officier van justitie en in de oriëntatiepunten voor de straftoemeting. De ernst van het feit wordt ook wel gezien in het licht van de ordening van strafbare feiten met het oog op de totstandkoming van de strafbeslissing. 'De straftoemeter (...) ordent op een schaal van ernst', aldus Hulsman, en hij drukt die ordening uit 'in een tekenstelsel dat is samengesteld uit strafsoort en de omvang van de straf binnen die soort'.¹¹ Daarenboven blijkt het in belangrijke mate bepalend, maatgevend, voor de uiteindelijke strafbeslissing zelf.¹² De aandacht voor een rationele benadering van de ernst van het feit is het meest prominent aanwezig op het niveau van de straftoemeting en is met name ontstaan als gevolg van de opkomst van op proportionaliteit gestoelde straftheorieën. Op grond van deze theorieën is

10 Zie hieromtrent De Hullu, Koopmans & De Roos 1999, i.h.b. p. 5-7 & 114-116. Ook de regels inzake meerdaadse samenloop en de begrenzing van de maximumduur van de gevangenisstraf zijn verbonden met (veranderlijke) opvattingen over proportionaliteit en ernst. Zie: P.A.M. Mevis, '(Te) lang opsluiten? De wettelijke begrenzing van de maximumduur van de gevangenisstraf', *DD* 2012, 1.

11 Hulsman 1981, p. 107-108.

12 J.J. van der Kaaden, 'Straftoemetingsfactoren, de rechtsgelijkheid in de straftoemeting', *Justitiële Verkenningen* 1977-2, p. 18-19.

de hoogte van de straf vooral afhankelijk van de ernst van het feit. Met name in de Verenigde Staten heeft deze stroming, waarvan in dit geval de oorsprong ligt in het werk van Von Hirsch, voet aan de grond gekregen. Concrete uitwerkingen hiervan zijn zichtbaar in de diverse Amerikaanse stelsels van *sentencing guidelines*, stelsels die uitgaan van een gedetailleerde ordening van strafbare feiten, voornamelijk op grond van de ernst van die feiten.

Aspecten van deze discussie zijn ook zichtbaar in het Nederlandse sanctiestelsel, waartoe in dit verband ook het strafvorderingsbeleid wordt gerekend. De sinds de jaren zeventig tot ontwikkeling gekomen richtlijnen voor strafvordering, die tevens richtlijnen zijn gaan bevatten voor de in individuele gevallen te eisen straf, houden verband met een ordening naar 'ernst'.

Het begrip ernst functioneert in deze juridische contexten ten behoeve van het vaststellen van zowel een omslagpunt (strafbaarstelling, strafsoort), als een boven- of ondergrens (strafmaat), bijvoorbeeld waar het van invloed is op de vraag of een bepaalde gedraging of een bepaald gevolg (al dan niet) voldoende ernstig is om toepassing van het strafrecht en een straf te rechtvaardigen, de vraag of een gevangenisstraf op een strafbaar feit moet worden gesteld en welk maximum (en eventueel minimum) aan de strafbedreiging moet worden verbonden. Daarnaast vormt het begrip een richtpunt voor de totale maat (hoogte) van de straf en markeert het meer dan enkel een omslagpunt.

Wanneer gekeken wordt naar deze typen beslissingen, dan valt op dat geen van die beslissingen in zijn geheel is opgehangen aan de ernst van het feit. In alle gevallen speelt de ernst van het feit in samenhang met andere referentiepunten en criteria een rol. Dat veronderstelt dat aan een waardering van de ernst van het feit, naast de zelfstandige bepaling van die ernst, een tweede beslissing is verbonden, te weten een beslissing over het relatieve belang ervan ten opzichte van andere referentiepunten of criteria.

De ernst van het feit in de juridische context is dan ook altijd een relatieve, beredeneerde ernst. De invulling van ernst wordt, uit oogpunt van externe en interne legitimiteit, bepaald door zowel de sociale werkelijkheid als door normatieve referentiepunten.

2.2 *Materiële invulling van het begrip ernst*

Met Hulsman stellen wij vast dat op de niveaus binnen het strafrechtelijk systeem sprake is van een verschil in betekenis van de 'ernst', een verschil dat samenhangt met de 'graad van concretisering van het object waarop deze beslissing betrekking kan hebben'.¹³ Er is, zo interpreteren wij dit aldus, een verschil tussen strafbaarstellingsernst en bijvoorbeeld straftoe-

13 Hulsman 1981, p. 108.

metingsernst, zoals er ook een verschil zal zijn tussen strafbaarstellingsfeit en straftoematingsfeit. Algemene overwegingen en opvattingen over ernst op het niveau van strafbaarstelling beïnvloeden het oordeel omtrent ernst in de fase van de vervolging. Op het niveau van de strafbeslissing zullen deze algemene en (bij de beslissing tot vervolging) meer geconcretiseerde opvattingen en overwegingen het kader vormen waarbinnen de beslissing over de straf wordt genomen. Deze beslissing wordt, binnen de bovengenoemde grenzen, optimaal geconcretiseerd (geïndividualiseerd).

Hulsman onderscheidt de 'ernst' in uitwendige (graad van schade of risico) en inwendige (wetenschap bij de verdachte, de houding van de verdachte) 'ingrediënten'.¹⁴ Een gelijksoortige onderscheiding brengt Von Hirsch aan waar hij een aanzet geeft tot theorievorming omtrent de meetbaarheid van de ernst van strafbare feiten: 'The gravity of a crime depends upon the degree of harmfulness of the conduct, and the extend of the actor's culpability.'¹⁵ Deze op het oog consensus over de materiële betekenis van de ernst van het feit, wordt bevestigd door De Hullu c.s. Zij onderscheiden de ernst in een objectieve en een subjectieve kant. In objectieve zin komt de ernst van een delict, aldus de onderzoekers, tot uitdrukking in 'de gevolgen, de bijzondere positie van het slachtoffer of (...) het misbruik van vertrouwen dat uit het delict spreekt.'¹⁶ De subjectieve zijde van de ernst van het delict kan volgens de onderzoekers worden afgeleid uit de specifieke opzetvormen of het onderscheid tussen doleuze en culpose misdrijven.¹⁷ In de subjectieve zijde kunnen ook aspecten zijn verwerkt die specifiek betrekking hebben op de psychische gesteldheid van de dader op het moment van het plegen van het feit. Daarenboven kan de ernst van een delict, als ijkpunt voor de vaststelling van een strafmaximum, worden gedestilleerd uit 'een straftoematingspraktijk die op een patroon van gevallen betrekking heeft'.¹⁸ In aanvulling op deze invulling van de ernst als één van de ijkpunten voor de bepaling van strafmaxima komen De Hullu c.s. tot de bevinding dat de daadwerkelijk ingetreden gevolgen van belang moeten worden geacht, evenals de bijzondere gevaarlijkheid van de gedraging. Ook de waardering van de geschonden of in gevaar gebrachte rechtsbelangen en de bijzondere kwetsbaarheid van de benadeelde vormen op basis van het onderzoek aanknopingspunten voor de invulling van de ernst van het delict.¹⁹

14 Hulsman 1981, p. 108.

15 A. von Hirsch, *Censure and Sanctions*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 29.

16 De Hullu, Koopmans & De Roos 1999, p. 5.

17 In het rapport wordt gesproken van 'oogmerkvormen'.

18 De Hullu, Koopmans & De Roos 1999, p. 5.

19 De Hullu, Koopmans & De Roos 1999, p. 115-116.

Strafbepalingen en strafbedreigingen zijn in het Nederlandse strafrecht in het algemeen in ruime bewoordingen en kaders gesteld. Dit type wetgeving geeft nadrukkelijk ruimte voor concretisering en individualisering op het niveau van vervolging en straftoemeting. Aangenomen mag worden dat de ernst van het feit de kaders of bandbreedtes creëert waarbinnen deze concretisering plaatsvindt. Waarop men zich in dit proces van concretisering inhoudelijk dient te richten, is een vraag die niet eenvoudig valt te beantwoorden. Vastgesteld kan wel worden dat, aangenomen dat zowel de objectieve als de subjectieve factoren bepalend zijn voor de beoordeling van de ernst van het feit, (de doctrine van) het materiële strafrecht de rechter wél houvast biedt aangaande de beoordeling van- en onderscheidingen in de subjectieve factor (in dit verband zouden de in de doctrine tot uitdrukking gekomen gradaties van opzet en schuld, alsmede de schulditsluitingsgronden een rol spelen).²⁰ Ten aanzien van de objectieve factor en de beoordeling en weging daarvan wordt ook op theoretisch, conceptueel niveau relatief nog in het duister getast. Onderzoek naar de factoren die de daadwerkelijke invulling door de rechter van de ernst van het feit bepalen wordt, zo lijkt het, slechts in zeer beperkte geoperationaliseerd en ingesloten of besproken in de juridische theorievorming.²¹ Onderdelen van deze benadering zijn bijvoorbeeld wel terug te vinden in het proefschrift van Schuyt.²² Wat echter in de strafrechtelijke dogmatiek lijkt te ontbreken, is een toegespitste normatieve theorie over de invulling van de ernst van het feit.

2.3 Normatieve theorieën over de invulling van ernst

Op grond waarvan dient de ernst van een feit te worden bepaald? Is het mogelijk om een normatieve theorie te ontwikkelen op grond waarvan een beredeneerde inschatting kan worden gemaakt van de ernst van het feit? En maakt het in dat verband verschil of die theorie betrekking heeft op strafbaarstelling, vervolging of straftoemeting? De Hullu c.s. tonen zich sceptisch: het is 'ondoenlijk een min of meer universeel geldende rangorde van rechtsbelangen (rechtsgoederen) vast te leggen, ook al komt uit het patroon van maxima duidelijk naar voren dat sommige rechtsgoederen (...) hoger worden gewaardeerd dan andere (...)'.²³ Von Hirsch en Jareborg hebben, als één van de weinigen, een poging gedaan tot het opstellen van een normatieve

20 Hoewel op dit punt moet worden gewezen op de discussie met betrekking tot de vraag naar de schuld als maatgevend criterium. Zie daarover E.J. Hofstee, 'Straf naar de mate van schuld?', in: Ch. J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber Amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 195-214. Zie meer recentelijk ook: J.A.A.C. Claessen, *Misdaad en straf. Een herbezinning op het strafrecht vanuit mystiek perspectief* (diss. Maastricht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.

21 Zie in dit verband bijvoorbeeld: Van der Kaaden 1977, p. 17-19.

22 P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

23 De Hullu, Koopmans & De Roos 1999, p. 116.

ve theorie.²⁴ De door hen ontwikkelde theorie heeft betrekking op de ernst van delicten met identificeerbare, menselijke slachtoffers en gaat uit van een *desert*-model straftheorie. Die is gebaseerd op het uitgangspunt dat de straf evenredig dient te zijn aan de ernst van het feit.²⁵ In hun theorie proberen zij de schade, het meer objectieve aspect van de ernst van het feit nader te berekenen. Hoe vervolgens de mate van schade in normatieve zin dient te worden vastgesteld, is de vraag die hen bezighoudt. Dat veronderstelt dat een perspectief wordt gekozen voor het vergelijken van de schade als gevolg van een autodiefstal met de schade als gevolg van een diefstal uit een woning. Dat perspectief of gemeenschappelijk gezichtspunt vinden zij in de *living standard*, een criterium aan de hand waarvan zij de discussie aangaan met Feinberg, die in zijn beroemde *Harm to Others* een welzijns criterium formuleerde: *welfare-interest*.²⁶ Kort gezegd verwijst de *living standard* naar de kwaliteit van iemands bestaan, ook in niet-economische zin. Het gaat hen evenwel niet om de daadwerkelijke kwaliteit van bestaan (die is immers zeer subjectief) maar om de mogelijkheden en vaardigheden om een zekere mate van kwaliteit van leven te kunnen realiseren. De schade wordt in dat geval, kort gezegd, afgemeten aan de hand van de mate waarin het, in het algemeen, inbreuk maakt op die mogelijkheden of vaardigheden.²⁷

3 DE ERNST VAN HET FEIT ALS REFERENTIEPUNT BIJ VRAAGSTUKKEN VAN STRAFBAARSTELLING

Een nadere analyse van de vraag naar de betekenis van de ernst van het feit bij vraagstukken van strafbaarstelling, brengt ons in de eerste plaats bij het belang van taal en context. Hulsman ziet in dat verband geen ruimte voor toepassing van het begrip ernst bij vraagstukken van strafbaarstelling. Naar zijn mening is de term ernst te zeer verbonden met een strafrechtelijke ('criminaliserende') reactie op ongewenst gedrag om dienst te kunnen doen bij vraagstukken over het inzetten van het strafrecht ter bestrijding van specifiek ongewenst gedrag. Het begrip ernst vertegenwoordigt reeds een strafrechtelijke betekenis en een strafrechtelijke reactie. Of dat anders is bij een alternatief begrip vragen wij ons evenwel af. Wij gaan verder vanuit de veronderstelling dat een ordenend, maar onvolkomen begrip als een gegeven moet worden beschouwd.

24 A. von Hirsch & N. Jareborg, 'Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis', *Oxford Journal of Legal Studies* 1991-1, p. 1-38. Zie ook de herziene versie hiervan in: A. von Hirsch & A. Ashworth, *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 186-219 en A. von Hirsch, 'Seriousness, Severity and the Living Standard', in: A. von Hirsch, A. Ashworth & J. Roberts (eds.), *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2009, p. 143-147.

25 Von Hirsch & Jareborg 2005, p. 187-190.

26 J. Feinberg, *Harm to Others*, Oxford: Oxford University Press 1984.

27 Von Hirsch & Jareborg 2005, p. 194.

Criteria voor strafbaarstelling bieden, aldus Cleiren in haar bijdrage in deze bundel, een referentiekader of toetsingsschema voor de beoordeling van de vraag of strafbaarstelling al dan niet op zijn plaats is. De criteria die in deze bijdrage worden benoemd, te weten het moreel verwerpelijk karakter van het gedrag, het tolerantiecriterium, het principe van ultimum remedium, het schade-principe, de handhaafbaarheidsnorm, een effectiviteitseis en de frequentie van het gedrag, kunnen bijdragen aan de keuze om strafbaarstelling als middel in te zetten bij de bestrijding of voorkoming van ongewenst gedrag of schade. Zo bezien hebben deze criteria naar het oordeel van Cleiren vooral een faciliterende functie, terwijl de normatieve zijde van de strafbaarstelling dient te worden gelegitimeerd vanuit de straf- en strafrechtstheorieën. Criteria voor strafbaarstelling omvatten, aldus Cleiren, zowel criteria met een normatieve lading als criteria met een meer objectieve statuur of referentie.²⁸ Zoals wij hierboven hebben vastgesteld, heeft het begrip ernst van het feit eveneens een normatieve en een meer objectieve kant. Het begrip de ernst van het feit heeft echter, hoe relevant ook, niet een eenduidige plaats binnen de criteria voor strafbaarstelling. De ernst van het feit vormt als zodanig geen criterium voor strafbaarstelling, maar werkt door op verschillende normatieve en meer objectieve criteria voor strafbaarstelling.

Wij stelden hierboven reeds vast dat de ernst van het feit een tweeledige functie heeft: een bemiddelende en een limiterende functie. Betrekken wij deze visie op de door Cleiren genoemde criteria voor strafbaarstelling, dan zou kunnen worden verondersteld dat de bemiddelende functie vooral tot uitdrukking komt binnen het tolerantiecriterium, het criterium van het moreel verwerpelijk karakter van het gedrag en het schade-principe. In dat laatste criterium, zo stelt bijvoorbeeld De Roos, ligt tevens een ethische-normatieve component besloten.²⁹ De limiterende functie van het begrip komt, voor zover het verwijst naar proportionaliteit, minder helder tot uitdrukking. Veelal zal bij afwegingen rondom het creëren van strafbaarstellingen de subsidiariteit van het middel worden betrokken bij de vraag of niet andere handhavingssmodaliteiten kunnen worden benut. Is dat niet het geval dan zal proportionaliteit, de limiterende functie van de ernst, betrokken worden bij vraagstukken rondom de plaatsing in het strafrechtelijk systeem en de aard en het type van de strafbedreiging. De bruikbaarheid van het limiterende begrip ernst binnen de criteria voor strafbaarstelling is dan ook beperkt. In meer algemene zin geldt dat het begrip hooguit oriënterend kan werken, bijvoorbeeld als een reflexief criterium, dat een zekere ondergrens van de legitimiteit van een strafbaarstelling bepaalt. De Roos verwoordt het aldus, dat de ernst een oriënterend begrip is bij het zien in te passen van een nieuwe strafbaarstelling in het strafrechtelijk systeem.³⁰

28 Zie de bijdrage van Cleiren in deze bundel, § 2.2.

29 De Roos 1987, p. 70.

30 De Roos 1987, p. 72.

Terugkerend naar de verhouding tussen het recht en de empirie kan worden gesteld dat het empirisch onderzoek naar de ernst, vanuit strafbaarstellingsperspectief gezien, in het bijzonder faciliterend kan zijn ten aanzien van zijn bemiddelende, legitimerende functie. Maatschappelijk ervaren onrecht of ernst kan dienen als katalysator voor de agenda van het strafrechtelijk beleid. Voorts zal sociaalwetenschappelijk onderzoek naar ernst kunnen en, gelet op de betekenis van ernst in een strafrechtelijke context, moeten dienen als een reflectief en evaluatief middel. Dat laatste houdt ook verband met de realiserende functie van een strafbaarstelling: normstelling en normbevestiging. Vanuit dat perspectief dient empirisch onderzoek materiaal te bevatten gericht op die afwegingen. Naast te weten wat als ernstig wordt ervaren, is ook het waarom daarvan van belang.

Het is de vraag hoe de strafbaarstelling *sec* zich verhoudt tot attitudevorming omtrent ernst. De wederkerigheid van de communicatieve functie van een strafbaarstelling leidt er toe dat het hier niet alleen gaat over de wijze waarop en de mate waarin de publieke perceptie/opinie van invloed is op strafbaarstellingen, maar ook en andersom geredeneerd, of en zo ja in hoeverre de strafbaarstelling een normatief baken is voor de vorming van die attitude. Dat kan van belang zijn voor de mate waarin doelstellingen als afschrikking kunnen worden bereikt. In dat verband is dus onderzoek naar het ontstaan van attitudes van belang en dient een discussie te worden gevoerd over het verschil tussen attitude en juridische oordeelsvorming. Voorts kan het empirisch onderzoek een ordening aanbrengen in het waardenpluralisme en dus het relativisme dat daaruit voortvloeit in zekere zin ter discussie stellen. Wat is immers in dat verband de betekenis van de vaak gevonden consensus in ernstperceptie?

4 TUSSENSTAND

Het valt op dat weinig onderzoek bestaat naar normatieve theorieën over de invulling en bepaling van de ernst van het feit. Een verklaring daarvoor kan zijn dat het begrip in alle besproken contexten een relatieve waarde lijkt te hebben en de belangenafweging die besloten ligt in vraagstukken van strafbaarstelling, vervolging en straftoemeting niet uitsluitend of primair plaatsvindt bij het bepalen van de inhoud van het begrip de ernst van het feit zelf, maar bij de waardering ervan ten opzichte van andere rationaliteiten.

De functie van het begrip ernst van het feit binnen de contexten van strafbaarstelling, vervolging en straftoemeting is, zo hebben wij kunnen vaststellen, bemiddelend en limiterend. Het vormt een bemiddelend begrip voor zover het verwijst naar de toepassing of doorwerking van maatschappelijke en rechtspolitieke opvattingen over schade en schuld. Deze functie is aan de orde in de inleiding genoemde vraagstuk van congruentie, dat op deze plaats kan worden geduid als de externe congruentie. De interne congruentie krijgt vorm tegen de achtergrond van wat wij de limiterende functie van het begrip noemen. De ernst van het feit vormt in dat verband een

limiterend begrip, in die zin dat het verwijst naar het beginsel van proportionaliteit.

In de derde plaats hebben wij vastgesteld dat de juridische dogmatiek een onderscheid aanbrengt tussen de subjectieve en de objectieve zijde van de ernst van het feit: Schade en schuld, harm en culpability vormen de twee pijlers waarop de ernst van het feit is gebouwd. De mate waarin en de wijze waarop deze twee pijlers zich tot elkaar verhouden hangt af, zo is gebleken, van het type beslissing waarbinnen de ernst van het feit een rol speelt: strafbaarstelling, vervolging of straftoemeting.

In de hierna volgende paragraaf wordt het empirische sociaalwetenschappelijke onderzoek naar de ernst van het feit kort beschreven. Daarna volgt een uiteenzetting over de verhouding tussen het juridische en sociaalwetenschappelijke begrip 'ernst van het feit', waarbij wordt ingegaan op eventuele congruenties en incongruenties tussen de twee onderzoekstradities van de ernst van het feit

5 DE ERNST VAN HET FEIT IN EMPIRISCH ONDERZOEK

In deze paragraaf staat het empirisch onderzoek naar ernst, seriousness, centraal. De percepties van criminaliteit en attitudes ten aanzien van criminaliteit en de ernst daarvan is onderwerp geweest van diverse, vooral Amerikaanse, studies. Percepties van criminaliteit verwijzen in het algemeen naar wat mensen waarnemen en ervaren en hoe belangrijk men iets vindt. Attitudes zijn evaluatief van aard en verwijzen naar hoe mensen ergens over oordelen, het gevoel dat mensen ergens bij hebben of wat mensen vinden van wat ze waarnemen of ervaren.³¹ Uit oogpunt van de hierboven besproken bemiddelende functie van ernst, de externe legitimiteit en congruentie spelen beide onderscheidingen een rol. Gepercipieerde ernst is in zichzelf niet neutraal, omdat ernst als begrip niet neutraal is: waar in onderzoek naar ernst percepties gesproken wordt over percepties, gaat het veelal om een attitude. Door percepties en attitudes van ernst te meten, zal een wetgever zicht kunnen krijgen op de weerslag van zijn beleid op de bevolking. Dergelijk onderzoek lijkt ook te passen bij hetgeen hierboven werd vastgesteld over de functie van het begrip ernst van het feit: Het vormt een bemiddelend begrip voor zover het verwijst naar de toepassing of doorwerking van maatschappelijke en rechtspolitieke opvattingen over schade en schuld. Wil men, op het niveau van strafbaarstelling binnen de juridische context op enigerlei wijze waarde hechten aan empirisch onderzoek naar ernst, dan zal dit bij voorkeur onderzoek dienen te zijn naar attitudes omtrent ernst als criterium voor strafbaarstelling. De bruikbaarheid zal echter sterk afhankelijk zijn van de feitelijke invulling van het empirische onderzoek: Van belang is in dat

31 M. Fishbein & I. Ajzen, *Belief, Attitude, Intention, and Behavior: An Introduction to Theory and Research*, Reading: Addison-Wesley Pub. Co. 1975.

verband wat mensen aan informatie wordt voorgelegd en welk type beslissing wordt gevraagd.

In het onderstaande wordt slechts een beperkt deel van het onderzoek naar ernst weergegeven. Gelet op de context van deze bijdrage, die gaat over de criteria voor strafbaarstelling, wordt deze bespreking vooral beperkt door weinig tot geen aandacht te schenken aan oordelen over straftoemeting, punitiviteit en straf in individuele gevallen. Dat heeft te maken met de door ons gedeelde opvatting van Hulsman dat op de verschillende niveaus binnen het strafrechtelijk systeem sprake is van een verschil in betekenis van de 'ernst', een verschil dat samenhangt met de 'graad van concretisering van het object waarop deze beslissing betrekking kan hebben'.³² Een algemene bevinding uit de lijn van onderzoek naar punitiviteit en straf in individuele gevallen is bijvoorbeeld dat de ernst van een delict volgens mensen, de gepercipieerde ernst, de ideeën beïnvloedt die mensen hebben over wat een passende straf in een individueel geval zou zijn.³³ Hoewel deze onderzoekslijn dus wel raakvlakken heeft met het onderzoek naar ernst, of *seriousness*, beperken we ons hier tot een globaal overzicht van de empirische studies naar ernst en laten we punitiviteitsstudies grotendeels buiten beschouwing. Wij zijn derhalve op zoek naar informatie uit empirisch onderzoek die vooral van belang kan zijn voor de context van strafbaarstelling. Daaruit volgen ten minste twee vragen, waarop uit oogpunt van congruentie een antwoord zou kunnen worden gevonden. Welke rechtsgoederen/rechtsbelangen zijn erg genoeg of het meest geëigend om door middel van het strafrecht te worden beschermd/gehandhaafd? Hoe is de onderlinge rangorde in strafwaardigheid van de (krenking van) rechtsgoederen/rechtsbelangen, tot uitdrukking komend in de strafbedreiging? In aanvulling hierop lijkt het ook van belang om zicht te krijgen op de wijze waarop bij het ontwerp van het empirisch onderzoek specifiek aandacht is voor de mate van congruentie tussen het onderzochte fenomeen in de sociale werkelijkheid en zijn functie binnen een juridisch stelsel.

In de tientallen empirische studies die zijn verricht naar de ernst van criminaliteit zijn de drie hierboven onderscheiden niveaus (strafbaarstelling, vervolging en straftoemeting), niet direct terug te zien. In het algemeen wordt in dergelijke studies niet een expliciet onderscheid gemaakt tussen vraagstukken van al dan niet strafbaar stellen, noch wordt gevraagd naar het niveau van de strafbedreiging. Meer in het algemeen is in dergelijke empirische studies zeker niet altijd duidelijk welk concept nu centraal staat en

32 Hulsman 1981, p. 108.

33 A. Blumstein, M. Tonry & A. Van Ness, 'Cross-national Measures of Punitiveness', in: M. Tonry & D.P. Farrington (eds.), *Crime and Punishment in Western Countries 1980-1999* (Crime and Justice-33), Chicago: University of Chicago Press 2005, p. 347-376; V.L. Hamilton & S. Rytina, 'Social Consensus on Norms of Justice: Should the Punishment Fit the Crime?', *American Journal of Sociology* (85) 1980, p. 1117-1144.

gemeten wordt.³⁴ Onderzoek naar de ernst van het feit op het niveau van de straftoemeting komt als gezegd vooral terug in onderzoek naar punitiviteit.³⁵ Dit gebrek aan expliciete aansluiting tussen de juridische context, juridisch genormeerde begrippen en rationaliteiten en empirisch sociaalwetenschappelijk onderzoek maakt het noodzakelijk enige terughoudendheid te betrachten bij de toepassing van het empirisch onderzoek in het kader van beslissingen tot strafbaarstelling.

Het eerste grootschalige empirische onderzoek naar de ernst van criminaliteit dat verscheen is van Sellin en Wolfgang.³⁶ Zij legden typologieën met karakteristieken van 141 misdaden voor aan 575 Amerikanen. Op deze manier kwamen ze tot een lijst van elf categorieën delicten op volgorde van meest naar minst ernstig. Na dit onderzoek zijn tientallen studies gedaan naar de ernst van criminaliteit. Hier worden de kwantitatieve studies naar absolute en relatieve ernstoordelen onderscheiden van de studies die, al dan niet experimenteel, kijken naar ernstoordelen in concretere gevallen. Ook hier is dit onderscheid in lijn te brengen met de vaststelling (hierboven) van Hulsman, dat op de verschillende niveaus binnen het strafrechtelijk systeem sprake is van een verschil in betekenis van de 'ernst', een verschil dat samenhangt met de 'graad van concretisering van het object waarop deze beslissing betrekking kan hebben'.³⁷ In de eerste groep studies is veel aandacht voor consensus: Denken mensen op een gelijke manier over ernst; bestaat onder verschillende groepen mensen consensus over wat ernstiger is. Hieronder wordt op deze studies wat uitgebreider ingegaan. In de tweede groep studies, die vaak met een experimentele opzet werken, wordt gekeken naar ernstoordelen in concretere gevallen. Daarbij zijn specifieke en meer concrete kenmerken van slachtoffer en dader van belang. Deze studies lijken voor ernst, in de juridische context, als criterium voor strafbaarstelling minder van belang en worden dan ook slechts summier behandeld.

5.1 Onderzoek naar ernst van soorten criminaliteit

In 1977 werd de *National Survey of Crime Severity* (NSCS)³⁸ als bijlage bij de Amerikaanse nationale slachtofferenquête afgenomen bij een random steekproef van 60.000 Amerikanen. Aan de respondenten werden 204 beschrijvingen van delicten voorgelegd, zoals "Iemand plaatst een bom in een open-

34 Zie Stylianou 2003 en Vanderveen 2010.

35 Bijvoorbeeld J.W. de Keijser & H. Elffers, 'Cross-Jurisdictional Differences in Punitive Public Attitudes?', *European Journal on Criminal Policy and Research* (15) 2009-1/2, p. 47-62; N.E. Haas, *Public support for vigilantism* (diss. Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2010.

36 T. Sellin & M. Wolfgang, *The Measurement of Delinquency*, Monclair: Patterson Smith 1964.

37 Hulsman 1981, p. 108.

38 M.E. Wolfgang, R.M. Figlio, P.E. Tracy & S.I. Singer, *The National Survey of Crime Severity*, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office 1985.

baar gebouw. De bom ontploft en 20 mensen worden gedood” en “Een man verkracht een vrouw op gewelddadige wijze. Door de lichamelijke verwondingen overlijdt ze”, maar bijvoorbeeld ook “Een fabriek loost willens en wetens afval in water. Hierdoor worden 20 mensen ziek maar ze hebben geen medische behandeling nodig.”, “Iemand smokkelt heroïne het land binnen” en “Iemand liegt in de aangifte van de inkomstenbelasting”. Deze NSCS en de gehanteerde methodiek heeft wereldwijd navolging gekregen. Naast de absolute ernstoordelen heeft vooral de relatieve ernst (welke criminele gedraging op welke plek van ranglijst staat) aandacht gekregen. In diverse onderzoeken worden groepen mensen met verschillende achtergronden en (sociaaldemografische) kenmerken en inwoners van verschillende landen vergeleken in hun perceptie van de ernst van criminaliteit, waarbij vooral is gekeken naar de mate van consensus.

In bijvoorbeeld de ICVS, de internationale slachtofferenquête, wordt aan mensen die aangeven slachtoffer te zijn geweest van een bepaald feit onder andere gevraagd hoe ernstig zij het incident vonden. Over de relatieve ernst, de rangordening van delicten door de slachtoffers, lijkt internationaal in grote mate consensus te bestaan.³⁹ De rangordening van verschillende sociaaldemografisch te onderscheiden groepen (op basis van geslacht, leeftijd, sociaaleconomische status, etnische afkomst enzovoort) blijken in hoge mate overeen te komen. Het maakt voor de rangordening van criminaliteit dus vooral uit welk type criminaliteit beoordeeld wordt en in veel mindere mate sociaalgeografische kenmerken.⁴⁰ Dit betekent bijvoorbeeld dat mannen en vrouwen, hoger en lager opgeleiden in grote lijnen dezelfde soorten criminaliteit relatief ernstiger of minder ernstig vinden.

De consensus, zowel de intra- als crossculture en historische consensus lijkt dus groot, maar verschillende studies wijzen er op dat er wel degelijk verschillen kunnen zijn tussen bevolkingsgroepen.⁴¹ Gewelddelicten, gericht tegen personen worden over het algemeen het ergst gevonden. Delicten die inbreuk maken op de lichamelijke integriteit worden beschouwd als de meest ernstige vormen van criminaliteit. Daarna volgen de delicten die inbreuk maken op iemands eigendom. Slachtofferloze delicten worden als minst ernstig beoordeeld, maar wanneer deze delicten een soort normatieve of morele (religieuze) component omvatten, zoals homoseksualiteit, over-

39 J.J.M. van Dijk & J. van Kesteren, ‘Een maat voor het kwaad’, *Tijdschrift voor Criminologie* 1997, p. 322-340. Hamilton & Rytina 1980; Wolfgang, Figlio, Tracy & Singer 1985.

40 P.H. Rossi, E. Waite, C.E. Bose & R.E. Berk, ‘The Seriousness of Crimes: Normative Structure and Individual Differences’, *American Sociological Review* 1974, p. 224-237.

41 Zie ook M. O’Connel & A. Whelan, ‘Taking Wrongs Seriously: Public Perceptions of Crime Seriousness’, *British Journal of Criminology*, 1996-2, p. 299-318. Voor verschillen tussen bevolkingsgroepen zie bijvoorbeeld S. Herzog, ‘Differential Perceptions of the Seriousness of Male Violence Against Female Intimate Partners Among Jews and Arabs in Israel’, *Journal of Interpersonal Violence* 2004-8, p. 891-900. Zie ook T. Einat & S. Herzog, ‘Understanding the Relationship Between Perceptions of Crime Seriousness and Recommended Punishment: An Exploratory Comparison of Adults and Adolescents’, *Criminal Justice Studies: A Critical Journal of Crime, Law and Society* 2011-1, p. 3-21.

spel, drugsgebruik en gokken dan is de consensus veel minder groot.⁴² Interessant is dat de algemeen gevonden consensus in de relatieve rangordening minder sterk lijkt te zijn naar mate het object van oordeelsvorming concreter wordt.⁴³

De cumulatie van kennis en de (theoretische) ontwikkeling tot nu toe wordt bemoeilijkt door het gebrek aan eenduidige conceptuele afbakening en operationalisering in het onderzoek naar percepties van ernst. De groep kwantitatieve studies naar percepties van ernst van criminaliteit laat grote verschillen zien in conceptualisering, operationalisering, meetinstrumenten (rangordeningen, vignetten) en steekproeven. Dit maakt een onderlinge vergelijking en waardering erg lastig.⁴⁴ Studies verschillen in wat onder de ernst van criminaliteit verstaan moet worden en hoe (en bij wie) dit wordt onderzocht. Soms wordt respondenten gevraagd een rangordening aan te brengen in een lijst met delicten, of moeten respondenten bij paren delicten aangeven welke ernstiger is.⁴⁵ Soms wordt respondenten gevraagd de delicten een cijfer te geven voor ernst, hoewel dit mogelijk training van de respondenten vereist⁴⁶ en lastiger lijkt te zijn.⁴⁷ Ook wat precies moet worden beoordeeld door de respondenten varieert: soms wordt een enkel woord voorgelegd (zoals 'verkrachting', 'verduistering' of 'diefstal'), soms wordt meer context gegeven, in de vorm van een vignet dat achtergrondinformatie bevat of het delict omschrijft, zoals de eerder genoemde studie van Wolfgang et al.⁴⁸ In hoeverre de empirische bevindingen het gevolg zijn van gebruikte methoden, is nog niet uitgekristalliseerd.⁴⁹

-
- 42 S. Stylianou, 'Measuring Crime Seriousness Perceptions: What Have We Learned and What Else Do We Want To Know', *Journal of Criminal Justice* 2003, p. 37-56. Zo stond homoseksualiteit na moord en verkrachting volgens een steekproef van Iraanse studenten op de derde plek wat gepercipieerde ernst betreft. S.H. Serajzadeh, 'Social Determinants of the Seriousness of Crime: An Examination of a Muslim Sample', *Social Compass*, 2008, 55, 4, p. 541-560.
- 43 A.M. Durham, 'Crime Seriousness and Punitive Severity: An Assessment of Social Attitudes', *Justice Quarterly* 1988-1, p. 131-153.
- 44 Forgas laat zien dat dit mogelijk deels ook voortkomt uit de multidimensionaliteit van criminaliteitspercepties en de ernst daarvan. Zie: J.P. Forgas, 'Images of Crime: A Multidimensional Analysis of Individual Differences in Crime Perception', *International Journal of Psychology* 1980, p. 287-299.
- 45 Y.K. Kwan, L.L. Chiu, W.C. Ip & P. Kwan, 'Perceived Crime Seriousness: Consensus and Disparity', *Journal of Criminal Justice* 2002, p. 623-632; N.L. Piquero, S. Carmichael & A.R. Piquero, 'Assessing the Perceived Seriousness of White-Collar and Street Crimes', *Crime & Delinquency* 2008-2, p. 291-312.
- 46 D.A. Parton, M. Hansel & J.R. Stratton, 'Measuring Crime Seriousness: Lessons from the National Survey of Crime Severity', *British Journal of Criminology* 1991-1, p. 72-85.
- 47 G. Fishman, V. Kraus & B.Z. Cohen, 'Multidimensional Approach to the Problem of Crime Seriousness', *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* 1986-2, p. 177-189.
- 48 Wolfgang, Figlio, Tracy & Singer 1985.
- 49 Zie bijvoorbeeld M. Schaefer & L.P. Lynch, 'The Seriousness of Crime: A Cross-National Comparison', in: H. Kury, (ed.) *International Comparison of Crime and Victimization: The ICVS Willowdale*: De Sitter Publications 2002.

In het algemeen lijkt de gepercipieerde ernst van criminaliteit vooral af te hangen van de gepercipieerde consequenties: geweldscriminaliteit (dat lichamelijk letsel veroorzaakt) wordt meestal gezien als het meest ernstig, gevolgd door vermogenscriminaliteit (dat verlies of schade veroorzaakt).⁵⁰ Het is dan ook niet verbazingwekkend dat onderzoek naar de gepercipieerde ernst van criminaliteit deels overlapt met onderzoek naar de gepercipieerde ernst van de gevolgen van criminaliteit. Mensen kan gevraagd worden hoe erg (of ernstig) zij een bepaald delict vinden, maar ook hoe ernstig zij de gevolgen inschatten van een delict, wanneer zij zelf daar slachtoffer van zouden worden. Dit laatste komt overeen met de dimensie harmfulness die volgens Warr⁵¹ samen met de dimensie wrongfulness bepalen wat de gepercipieerde ernst is: de schade of het leed dat geleden wordt door het slachtoffer en de intentie van de dader.⁵² Het belang dat wordt gehecht aan de intentie van de dader blijkt bijvoorbeeld ook uit het criminaliseren (in de VS) van *hate crimes*: het motief of de intentie van de dader maakt uit hoe iets ervaren wordt.⁵³

De mate van wrongfulness van het incident vermindert wanneer dader en slachtoffer elkaar al kenden voordat het incident plaatsvond, bijvoorbeeld omdat zij familie, klasgenoten of geliefden zijn.⁵⁴ Rossi et al. onderzochten de ernst van criminaliteit onder inwoners van Baltimore en vonden dat delicten waarbij slachtoffer en dader elkaar kenden minder ernstig werden gevonden dan delicten waarbij slachtoffer en dader onbekenden zijn van elkaar.⁵⁵ Naast de eventuele relatie tussen slachtoffer en dader blijken ook andere kenmerken van slachtoffer en dader van belang. Zo laat analyse van de NSCS zien dat naarmate een slachtoffer als zwakker of kwetsbaarder wordt gezien, het delict ernstiger wordt gevonden.⁵⁶ Daarbij is alleen al de sekse van dader en slachtoffer een indicatie voor mensen: een man die zijn vrouw doodsteekt bleek ernstiger gevonden te worden dan een vrouw die haar man doodsteekt.

50 Stylianou 2003.

51 M. Warr, 'What is the Perceived Seriousness of Crimes?', *Criminology* 1989-4, p. 795-821.

52 Zie ook L.A. Hembroff, 'The Seriousness of Acts and Social Contexts: A Test of Black's Theory of the Behavior of Law', *American Journal of Sociology* 1987-2, p. 322-347. Vergelijkbaar met deze twee dimensies zijn de twee assen die O'Connell en Whelan onderscheiden: de mate van individuele impact en de mate van slechtheid ('badness'). Vgl. O'Connell & Whelan 1996.

53 V. Jenness, 'The Emergence, Content, and Institutionalization of Hate Crime Law: How a Diverse Policy Community Produced a Modern Legal Fact', *Annual Review of Law and Social Science* 2007-3, p. 141-160. Zie ook S. Steen & M. Cohen, 'Assessing the Public's Demand for Hate Crime Penalties', *Justice Quarterly* 2004-1. C. J. Lyons, 'Stigma or Sympathy? Attributions of Fault to Hate Crime Victims and Offenders', *Social Psychology Quarterly* 2006-1, p. 39-59. C. J. Lyons, 'Individual Perceptions and the Social Construction of Hate Crimes: A Factorial Survey', *Social Science Journal* 2008-1, p. 107-131.

54 Warr 1989.

55 Rossi, Waite, Bose & Berk 1974, p. 227.

56 Wolfgang, Figlio, Tracy & Singer 1985, p. 30.

5.2 Ernst van concrete incidenten: kenmerken van slachtoffer en dader

Wanneer de ernst van het feit in de context van vraagstukken van strafbaarstelling wordt gebruikt, dan is dat een ernst die bijvoorbeeld in vergelijking tot de straftoemetingsernst, in mindere mate wordt geconcretiseerd en dat behoeft te worden. Maar wat als criminaliteit wordt gezien en hoe ernstig bepaald gedrag of schade in het algemeen wordt gevonden, hangt in sterke mate af van specifieke kenmerken van de dader, het slachtoffer en het incident zelf. 'Slachtofferloze' delicten maken om die reden reeds minder kans om in perceptieonderzoek als ernstig te worden bestempeld. Wanneer die kenmerken variëren, krijgt het incident een andere betekenis, zo blijkt, en daarmee de perceptie van ernst. In de tweede groep, meer experimentele, studies naar ernst van criminaliteit zijn deze kenmerken van groot belang.⁵⁷ Dergelijke kenmerken beïnvloeden de mate waarin een slachtoffer en een dader (mede) verantwoordelijk en schuldig wordt geacht, en daarmee hoe ernstig iets wordt gevonden. Zij beïnvloeden ook de perceptie over in hoeverre een slachtoffer onschuldig is. Mensen die geen goede of niet voldoende voorzorgsmaatregelen nemen en de *rules for precaution* volgen, worden verantwoordelijk geacht voor wat hen overkomt.⁵⁸ Criminaliteit wordt dan als minder ernstig gezien. Hoe minder het slachtoffer de sociale normen en ideeën over wat gepast gedrag is, overschrijdt, hoe erger het incident wordt gevonden. Ook de media, zowel nieuwsmedia als ook films, series enzovoort, spelen een belangrijke rol in het bestendigen van de sociale codes; zij leren mensen "what crimes to fear, where and when to be afraid, who is dangerous and who is safe".⁵⁹ Mensen baseren hun oordeel over de ernst van een incident, en hun oordelen over de dader en het slachtoffer, op berichtgeving in de traditionele en nieuwere media. De overgrote meerderheid zal bij een incident de dader en het slachtoffer niet kennen, maar leren kennen op basis van wat gepresenteerd wordt.⁶⁰

57 Richardson en May bestudeerden bijvoorbeeld de betekenis die toegekend wordt aan incidenten en analyseerden wanneer interpersoonlijk geweld 'getolereerd' werd en wanneer het werd verworpen. De sekse en seksuele oriëntatie van het slachtoffer, en de context waarin het geweld plaatsvond, bleek daarbij van groot belang. Ook of het geweld in de publieke of private sfeer plaatsvond, was van invloed. Zie D. Richardson & H. May, 'Deserving Victims?: Sexual Status and the Social Construction of Violence', *Sociological Review* 1999, p. 308-331.

58 E. Green, S. Hebron & D. Woodward, 'Women, Leisure and Social Control', in: Haas 2010, p. 89. E.A. Stanko, *Everyday Violence: How Women and Men Experience Sexual and Physical Danger*, London: Harpercollins 1990.

59 E.I. Madriz, 'Images of Criminals and Victims: A Study on Women's Fear and Social Control', *Gender & Society* 1997, p. 343.

60 Zie in dit verband ook de bijdrage van Van der Woude, van Rooijen & Van Wilsem in deze bundel.

Hoe een incident of probleem en de ernst daarvan gepresenteerd en geconstrueerd wordt en niet de objectieve ernst van een incident is volgens Vanderveen van belang voor de reacties van mensen, en hoeveel maatschappelijke onrust door het incident wordt veroorzaakt.⁶¹ Dit heeft onder andere te maken met hoe een incident geframed wordt; hoe een incident gepresenteerd wordt, onder andere met retorische stijlmiddelen, waardoor bepaalde interpretaties worden bevorderd en andere juist afgeremd. Dit heeft consequenties voor de oordelen over de ernst en het als zodanig gepresenteerde slachtoffer en de dader.⁶² Mensen vinden dus over het algemeen dat een incident met een zwakker of kwetsbaarder slachtoffer, of met een slachtoffer dat allerlei voorzorgsmaatregelen heeft genomen ernstiger. Het strafrecht sluit hier tot op zekere hoogte op aan, bijvoorbeeld aan de hand van strafverzwarende omstandigheden zoals de jonge leeftijd van het slachtoffer.⁶³

6 DE WISSELWERKING TUSSEN PERCEPTIES, GEDRAG EN STRAFRECHT: CONGRUENTIE

Het begrip ernst is een bemiddelend begrip en veronderstelt derhalve een voortdurende oriëntatie, in onderlinge samenhang, op zowel percepties en gedrag als de juridische context van het begrip. Empirisch onderzoek en strafrechtelijk beleid laten die voortdurende wisselwerking ook daadwerkelijk zien. In onderzoek naar de ernst van criminaliteit wordt regelmatig direct verwezen naar het belang van de bevindingen voor beleid en het functioneren van de rechtshandhaving.⁶⁴ Verschillende auteurs wijzen ook op het belang van inzicht in de mening van de bevolking bij beslissingen omtrent het al dan niet strafbaar stellen van gedragingen.⁶⁵ Een zekere mate van congruentie wordt dan ook verondersteld. Processen van criminalise-

61 Vanderveen 2011. J. Best, *Social problems*, Londen: W.W.Norton & Company 2007; P.H. Jenkins, 'Failure to Launch. Why Do Some Social Issues Fail to Detonate Moral Panics?', *British Journal of Criminology* 2009-1, p. 35-47.

62 Vanderveen 2011.

63 Evenzo kent het strafrecht met betrekking tot de dader persoonlijke en niet-persoonlijke strafuitsluitingsgronden, namelijk de schulduitsluitingsgronden (e.g. overmacht, ontoerekenbaarheid) en de rechtvaardigingsgronden (noodtoestand, noodweer). Zie Cleiren & Verpalen 2012 (T&C Sr), Boek I, Titel III, Inleidende opmerking. Ook deze strafuitsluitingsgronden sluiten aan bij factoren die bij mensen een rol spelen wanneer zij bijvoorbeeld oordelen over andermans gedrag: was het per ongeluk of expres (*excuses*); was het nodig of juist ongerechtvaardigd (*justifications*).

64 B.L. Vogel, & J.W. Meeker, 'Perceptions of Crime Seriousness in Eight African-American Communities: The Influence of Individual, Environmental, and Crime-based Factors', *Justice Quarterly* 2001, p. 301-321. P.B. Hoffman & P.L. Hardyman, 'Crime Seriousness Scales: Public Perception and Feedback to Criminal Justice Policymakers', *Journal of Criminal Justice* 1986, p. 413-431.

65 Kwan, Chiu, Ip & Kwan 2002, p. 623-632.

ring en decriminalisering kunnen het gevolg zijn van nieuwe technologische mogelijkheden of veranderingen in de maatschappelijke af- of goedkeuring van gedragingen.⁶⁶

Maatschappelijke percepties werken weliswaar door in processen van (de)criminalisering, maar onduidelijk is of beide onderzoeks- en toepassingsdomeinen zodanig op elkaar aansluiten dat de pretentie van congruentie wordt waargemaakt. Bij deze criminaliseringsprocessen is immers niet alleen de gepercipieerde ernst van belang: de ernst van het feit speelt in samenhang met andere referentiepunten en criteria een rol. Hierboven is betoogd dat de ernst van het feit in de juridische context altijd een relatieve, beredeneerde ernst is. Ook Van der Leun wijst daarop in haar bijdrage in deze bundel. Niet alleen empirische onderzoeksresultaten, maar 'ook politieke, strategische en electorale belangen spelen een rol, naast machtsverhoudingen, economische overwegingen, beleidstradities en reacties op incidenten'. Daar komt bij dat de onderzoeksresultaten niet altijd goed bruikbaar zijn; niet alleen omdat volgens Van der Leun "goed meten" zeker niet altijd haalbaar is; ook omdat bijvoorbeeld in het geval van empirische studies naar percepties van ernst het ontwerp van de studies weinig blijkt aan te sluiten bij de juridische context. Zoals hierboven bijvoorbeeld bleek, wijkt de context waarbinnen de perceptie van ernst wordt gevormd, in belangrijke mate af van de context waarin het ernstoordeel wordt gebruikt. De vraag is dan op welke wijze deze empirische studies faciliterend zouden kunnen zijn voor gebruik binnen een context als de beslissing tot strafbaarstelling.

Externe legitimiteit en enige consensus tussen de gepercipieerde ernst van burgers en de relatieve beredeneerde ernst van de juridische professionals en de wetgever is echter wel van belang. Ernst speelt bijvoorbeeld een rol in de naleving van regels, en daarmee in het draagvlak van deze regels. Wanneer een strafbaar gestelde gedraging niet zo ernstig wordt gevonden (zoals roken in een klein café), dan is de kans groot dat deze norm niet wordt nagevolgd.⁶⁷ Wanneer een delict in de ogen van mensen niet afdoende gestraft wordt, kan dit leiden tot verlies aan vertrouwen in de rechter of het strafrecht, waarmee de legitimiteit wordt aangetast en mogelijk eigenrichting bevordert.⁶⁸ In studies naar de gepercipieerde ernst wordt dan ook wel

66 Zie: V. Jenness, 'Explaining Criminalization: From Demography and Status Politics to Globalization and Modernization', *Annual Review of Sociology* 2004, p. 147-171. V. Jenness & R. Grattet, 'The Criminalization of Hate: A Comparison of Structural and Policy Influences on the Passage of 'Bias-crime' Legislation in the United States', *Sociological Perspectives* 1996-1, p. 129-154. L.W. Sherman, 'Criminologie en criminalisering: provocatie en de wetenschap van strafrechtelijke sancties', *Justitiële verkenningen* 2000-5, p. 58-74. J. Schneider & P. Schneider, 'The Anthropology of Crime and Criminalization', *Annual Review of Anthropology* 2008, p. 351-373.

67 R. Ramchand, J. MacDonald, A. Haviland & A. Morral, 'A Developmental Approach for Measuring the Severity of Crimes', *Journal of Quantitative Criminology* 2009, p. 129-153.

68 L. Johnston, 'What is Vigilantism?', *The British Journal of Criminology, Delinquency and Deviant Social Behaviour* 1996, p. 220-236.

gesuggereerd dat de gepercipieerde ernst van delicten een basis kan vormen voor het vaststellen van (de hoogte van de) straffen. Bij grote verschillen tussen de gepercipieerde ernst en de strafmaat zou men zich volgens Kwan et al. toch moeten afvragen hoe passend de straf is.⁶⁹ Dit consensusmodel is in veel studies naar ernst van criminaliteit terug te vinden. Consensus of congruentie bestaat wanneer mensen iets erg vinden en de gedraging ook strafbaar is gesteld, of wanneer mensen iets niet erg vinden en het ook geen criminaliteit is.

7. TOT BESLUIT. DE JURIDISCHE EN SOCIAALWETENSCHAPPELIJKE
WERKELIJKHEID VAN DE ERNST VAN HET FEIT SAMENGENOMEN

Het empirisch onderzoek naar gepercipieerde ernst sluit, zo lijkt het, in grote lijnen aan op onderscheidingen die in de strafrechtelijke dogmatiek worden gemaakt tussen de factoren die de ernst van het feit beïnvloeden. Er lijkt dan ook sprake te zijn van een materiële congruentie tussen beide betekenisvelen. Waar het empirisch onderzoek nog weinig oog voor lijkt te hebben is de aansluiting met de verschillende functies die het begrip ernst van het feit heeft in de juridische context. De ernst in de context van het strafrecht en het strafrechtelijk beleid is niet (louter) een gepercipieerde ernst, maar eveneens een beredeneerde ernst.

Onze bevindingen duiden er op dat betekenis en functie van het begrip in belangrijke mate samenhangen met de context waarin het wordt gebruikt. De ernst van het feit betekent iets anders in de context van strafbaarstelling dan in de context van straftoemeting. Dit gebrek aan expliciete aansluiting tussen sociaalwetenschappelijk onderzoek en juridische begrippen en rationaliteiten maakt het noodzakelijk enige terughoudendheid te betrachten bij de toepassing van het huidige empirisch onderzoek in het kader van beslissingen tot strafbaarstelling. De bruikbaarheid van het empirisch onderzoek naar ernst in de context van strafbaarstelling wordt nog nader beperkt wanneer verder wordt gekeken naar de aard van het onderzoek: Zoals wij vaststelden is er een verschil tussen het meten van percepties en het meten van attitudes. Naar zijn aard zouden attitudemetingen in de context van strafbaarstelling bruikbaarere kunnen zijn dan perceptiemetingen. Wij konden niet voldoende vaststellen in hoeverre dit onderscheid altijd op een zinvolle wijze wordt gehanteerd wanneer gebruik wordt gemaakt van empirisch onderzoek. Ook is betrekkelijk weinig uitgebreid of experimenteel empirisch onderzoek gedaan in Nederland naar de gepercipieerde ernst van een groot aantal delicten.⁷⁰

69 Kwan, Chiu, Ip & Kwan 2002, p. 623-632.

70 Nederland participeert echter wel in de ICVS, waar al eerder naar verwezen werd. Uitzondering is ook het recent gepubliceerde artikel over de perceptie van 'kleine criminaliteit'; zie S. Douhou, J.R. Magnus & A.H.O. van Soest, 'The perception of small crime', *European Journal of Political Economy*, 2012, 27(4), 749-763.

Daar komt bij dat kennis van percepties van ernst weliswaar bijdraagt aan het wederkerige karakter en de bemiddelende functie van het begrip, en daarmee aan de legitimiteit van de strafrechtspleging, maar de limiterende functie van het begrip onbesproken laat. De uitwerking daarvan is, bij vraagstukken van strafbaarstelling, in het bijzonder een taak en verantwoordelijkheid van de wetgever en, in afgeleide zin, van het openbaar ministerie en de rechtsprekende macht. Empirisch onderzoek naar de percepties of attitudes ten aanzien van de ernst van strafbare feiten door of in opdracht van organen van de strafrechtspleging zoals het openbaar ministerie, met het oog op het verbeteren of het toetsen van het eigen beleid, bergt dan ook het gevaar in zich, dat zij die zich qualitate qua in een bemiddelende positie bevinden ten onrechte en onnodig van perspectief verschuiven bij de uitleg van juridische begrippen en in de uitoefening van hun taken.

Het is bovendien van belang dat, waar de informatie over percepties van ernst worden gebruikt, goed oog is voor de mate waarin gepercipieerde ernst beïnvloed is door specifieke vormen van *framing*. Hoe een incident of probleem en de ernst daarvan gepresenteerd en geconstrueerd wordt is van belang voor de reacties van mensen en voor de mate van maatschappelijke onrust die door het incident wordt veroorzaakt. Ook de manier waarop een empirische studie is ontworpen, en hoe aan onderzoeksdeelnemers een oordeel wordt gevraagd over de ernst van een incident, heeft invloed op de bevindingen. Meer in het algemeen kan systematisch onderzoek naar mechanismen die spelen bij oordelen over ernst bij concrete incidenten waarover mensen, bijvoorbeeld in de media, geïnformeerd worden, helpen de daaraan mogelijke gerelateerde punitiviteit en ervaren rechtvaardigheid beter te begrijpen. Zo kan meer inzicht verkregen worden in het draagvlak onder bevolkingsgroepen voor diverse gedragingen van de verschillende actoren in de strafrechtsketen. Het lijkt daarbij zeer interessant, en vanuit dogmatisch en rechtsstatelijk perspectief bijna noodzakelijk, te onderzoeken in hoeverre deze processen ook van invloed zijn op de rechterlijke oordeelsvorming of, breder, de oordeelsvorming van professionals in de strafrechtelijke keten.

Tegelijkertijd kunnen wij uit de sociaalwetenschappelijke literatuur leren dat de gepercipieerde ernst van het feit van belang is voor het functioneren van het strafrecht. Zo laat de literatuur zien dat deze ernst van belang is voor de bereidheid tot het doen van aangifte⁷¹ en is de gepercipieerde ernst van het feit van belang voor de naleving van regels.

71 Zie bijvoorbeeld H. Goudriaan, J.P. Lynch & P. Nieuwebeerta, Reporting to the Police in Western Nations: A Theoretical Analysis of the Effects of Social Context, *Justice Quarterly* 2004, p. 933-969.

Het bovenstaande neemt niet weg dat de boom van kennis over percepties van goed en kwaad een belangrijke bron van inspiratie en debat kan zijn. Van belang daarbij is wel dat deze kennis wordt benut met inachtneming van zowel de in de juridische context te onderscheiden bemiddelende als de kritische functie van het begrip de ernst van het feit. Wanneer empirisch onderzoek zijn informerende rol nadrukkelijker wil vervullen, dan zal bij het ontwerp van dat onderzoek de juridische context meer in acht moeten worden genomen. In empirisch onderzoek naar ernst zou bijvoorbeeld onderscheid kunnen worden gemaakt tussen strafbaarstelling, vervolging en straftoemeting. Tegelijkertijd zal, in het kader van de beslissingen tot strafbaarstelling, de uitdaging zijn om het beschikbare onderzoek binnen de mogelijkheden en beperkingen die aan dit onderzoek kleven te benutten. Dat kan slechts voor zover het onderzoek naar ernst op een juiste wijze wordt geduid, duidelijk is op welke wijze dit onderzoek doorwerkt binnen de criteria voor strafbaarstelling en die ernst wordt beschouwd als relatief en beredeneerd.

Over de auteurs

Prof. mr. C.P.M. Cleiren

Hoogleraar Straf- en strafprocesrecht, Universiteit Leiden

Mr. dr. H.J.R. Kaptein

Universitair hoofddocent rechtsfilosofie, Universiteit Leiden

Mr. A.C. ten Klooster

Gerechtssecretaris, Hoge Raad der Nederlanden.

De bijdrage is op persoonlijke titel geschreven

Dr. mr. M.J.J. Kunst

Universitair docent Criminologie, Universiteit Leiden

Prof. dr. J.P. van der Leun

Hoogleraar Criminologie, Universiteit Leiden

S. van Rooijen, MSc

Forensisch Adviseur, Politie Kennemerland

Mr. dr. G.K. Schoep

Universitair hoofddocent Straf- en strafprocesrecht, Universiteit Leiden

Mr. W. Sorgdrager

Lid Raad van State

Dr. G.N.G. Vanderveen

Universitair docent Criminologie, Universiteit Leiden

Dr. B.C.J. van Velthoven

Universitair hoofddocent Rechtseconomie, Universiteit Leiden

Mr. dr. J.M. ten Voorde

Universitair hoofddocent Straf- en strafprocesrecht, Universiteit Leiden

Dr. J.A. van Wilsem

Universitair hoofddocent Criminologie, Universiteit Leiden

Mr. dr. M.A.H. van der Woude

Universitair docent Criminologie, Universiteit Leiden

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2011, 2012 en 2013 verschenen:

- MI-189 M.R. Bruning, M.P. de Jong, T. Liefwaard, P.M. Schuyt, J.E. Doek & T.A.H. Doreleijers, *Wegwijs in het jeugdsanctierecht. Onderzoek naar het juridisch kader voor de zwaarste jeugdsancties in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978 90 5850 621 4
- MI-190 J.P. van der Leun, E.R. Muller, N. van der Schee, P.M. Schuyt & M.A.H. van der Woude, *De vogel vrij. Liber amicorum prof.dr.mr. Martin Moerings*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2011, ISBN 978 90 5961 657 7
- MI-191 M. den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum* (diss. Leiden) 2011
- MI-192 I. Ievdokymova, *The EU-US SWIFT agreement: which Fate under the Lisbon Data Protection Framework?*, Den Haag: Jongbloed 2011, ISBN 978 90 700 6253 8
- MI-193 R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht*, Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 132 8, eISBN 978 90 0060 050 8
- MI-194 O.P. van Vliet, *Convergence and Europeanisation. The Political Economy of Social and Labour Market Policies* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 145 8, e-ISBN 978 94 0060 063 8
- MI-195 Y.M. van der Vlugt, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politietoedezien* (diss. Leiden, Den Haag: Boom Lemma 2011, ISBN 978 90 5931 7 253
- MI-196 D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter*, (diss. Leiden, Den Haag: Sdu uitgevers 2011, ISBN 978 90 12 38728 6
- MI-197 M.L. Koemans, *The war on antisocial behaviour. Rationales underlying antisocial behaviour policies. Comparing British and Dutch discourse analyses*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ponsen & Looijen 2011, ISBN 978 90 6464 501 3
- MI-198 M. Hagens, *Toezicht op menswaardige behandeling van gedetineerden in Europa. Een onderzoek naar de verhouding tussen het EHRM en het CPT bij de effectivering van het folterverbod*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978 90 585 0714 3
- MI-199 G.O. Reerink, *Toezicht Tenure security for Indonesia's urban poor, A socio-legal study on land, decentralisation, and the rule of law in Bandung*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 152 6, eISBN 978 94 0060 071 3
- MI-200 F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatieve vermogensrecht*. (diss. Leiden), Apeldoorn/ Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 94 466 0492 2
- MI-201 R.P. Orij, *Societal Determinations of Corporate Social Disclosures. An International Comparative Study*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 162 5, e-ISBN 978 94 0060 088 1
- MI-202 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 434 9
- MI-203 T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, 978 90 1310 377 9
- MI-204 A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (eds.), *Foreseen and unforeseen circumstances*, BWKJ nr. 27, Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 959 7, eISBN 978 90 1310 960 3
- MI-205 A. Eleveld, *A critical perspective on the reform of Dutch social security law. The case of the life course arrangement*, (diss. Leiden) Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 174 8, e-ISBN 978 94 0060 112 3
- MI-206 C.P.M. Cleiren, M.J. Kunst, J.L. van der Leun, G.K. Schoep, J.M. ten Voorde, *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012, ISBN 978 90 5931 921 9
- MI-207 B.P. ter Haar, *Open Method of Coordination. An analysis of its meaning for the development of a social Europe*, (diss. Leiden), Amsterdam 2012, ISBN 978 94 6190 174 3
- MI-208 A.M. Reneman, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy*, (diss. Leiden), Leiden 2012
- MI-209 C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veelzijdige rechtsorde*, (diss. Leiden), Apeldoorn/ Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 90 466 0570 7
- MI-210 R. Simarmata, *Indonesian Law and Reality in the Delta. A Socio-Legal Inquiry into Laws, Local Bureaucrats and Natural Resources Management in the Mahakam Delta, East Kalimantan*, (diss. Leiden) ??????????
- MI-211 P.J.P.M. van Lochem, *Rechtsrelativering. Een verkenning op het terrein van het overheidshandelen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, ISBN 978 90 8974 729 7
- MI-212 J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 13 10886 6
- MI-213 F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veelzijdig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, ISBN 978 90 5850 880 5
- MI-214 C.M. Smyth, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance*, (diss. Leiden), Leiden 2013

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek

