



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidig tijdsgewricht

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. (2012). Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidig tijdsgewricht. In M. J. J. Kunst, J. P. van der Leun, G. K. Schoep, & J. M. ten Voorde (Eds.), *Meijers-reeks* (pp. 7-24). Den Haag: Boom Lemma. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20550>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20550>

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

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 een 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 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 *ongereg*t is. Dit is een *conditio sine quo non*. In de tweede plaats komt de eis er bij dat het een onregt 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, 1891.

2 Hulsman introduceert de ‘Criteria voor strafbaarstelling’ op het congres Strafrecht te recht? 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 ligt 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 ⁴kanalisering daarvan. In die functie zijn zij als vanzelfsprekend mede gericht op de vraag waarom tot strafbaarstelling zou moeten worden overgegaan. Straftheorieën 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 strafrechtstheorieën 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 veelal 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 levensbeschouwelijk 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 van 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

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 geboid*, 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, 'Op zoek naar samenhang', in: C.P.M. Cleiren, M.J. Dubelaar e.a. (red.), *Op zoek naar samenhang*, Deventer: Kluwer 2006, p. 13-37.

afweging tussen bijvoorbeeld positieve en negatieve criteria nauwelijks 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 huidig 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

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.

daarvan lijkt slechts zeer marginaal aanwezig. Men spreekt veelal in concrete 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 overheid²⁹.

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 strafbaarheid – 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 schadelijk erva-

28 Wet van 4 maart 2010, Stb, 111 (i.w.tr. op 1 juli 2010).

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.

ren, hoe effectief zijn niet-strafrechtelijke vormen van handhaving en sancti-
onering 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 norm-
bevestiging en -stelling en wat zijn de maatschappelijke effecten van sym-
boolwetgeving, 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. Desalniette-
min lijken in het wetgevingsproces diagnostische kennis en resultaten van
sociaalwetenschappelijk onderzoek over effecten van strafbaarstelling nau-
welijks te worden meegenomen. Daar komt bij dat eenmaal ingevoerde wet-
telijke 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 spra-
ke 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 cri-
teria gehanteerde noties niet door een ieder worden gedeeld en dat de wet-
gever 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 moe-
ten 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' een van de spelers is 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 decriminaliseringgolf?', 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. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht in 1993 biedt de Europese Unie al mogelijkheden om zich te begeven op het terrein van het strafrecht, maar met de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam (1999) werden er 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 hoogtijden 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 Brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 8 november 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 317.

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-lethische 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 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 sterk wordt 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 – normtellende 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.