



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Tot hier en toch verder. Op en over de grens van het regulier strafrechtelijk instrumentarium

Cleiren, C.P.M.; Haveman R.H., Wiersinga H.C.

Citation

Cleiren, C. P. M. (2005). Tot hier en .. toch verder. Op en over de grens van het regulier strafrechtelijk instrumentarium. In W. H. C. Haveman R.H. (Ed.), *Meijers-reeks* (pp. 111-128). Nijmegen: Wolf Legal Publishers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15901>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15901>

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

C.P.M. Cleiren

Tot hier en ... toch verder

Op en over de grens van het regulier strafrechtelijk instrumentarium

Op de golven van maatschappelijk kwaad en politieke strijd ontrollen zich veelal ook beelden over het strafrecht. De verwachtingen zijn hooggespannen.

De discussies naar aanleiding van IRT-affaire, van de bestrijding van de grote gereorganiseerde criminaliteit, van de moord op Pim Fortuyn, van de terroristische aanslag van 11 september en van de moord op Theo van Gogh vormen daarvan nationale illustraties. Het maatschappelijk discours ontvouwt zich in termen van het veroorzaken van maatschappelijke risico's, grote maatschappelijke dreigingen, aantasting van onze hoogste waarden, tot gewelddadige gewapende conflicten, oorlog en het grote kwaad. Het strafrecht speelt binnen dat discours vele rollen. Die rollen variëren van waarschuwingssignaal, vuurtoren, golfbreker, reddingsboei en bliksemafleider tot symbool van eenheid, vrijheid en kracht, van wraak en vergelding en van het aanvaarden van de oorlogsverklaring.

Strafrecht als illusie?

De behoefte van de mens om het kwaad in de wereld te plaatsen, of het nu betrekking heeft op het kwaad in de natuur of het door mensen aangericht kwaad, heeft de geschiedenis van het menselijk denken en handelen sterk bepaald. Alle pogingen om het kwaad in termen van goddelijke, moreel en ethisch kwaad te begrijpen, te verklaren en daarmee een rationele plaats in het menselijk bestaan te geven ten spijt, ontbreekt een algemeen aanvaarde theoretische verklaring voor het kwaad. Waar het kwaad in de natuur en het door mensen aangericht kwaad in de loop van de geschiedenis van de mensheid steeds meer los van elkaar worden gedacht, is de mens ten aanzien van beide vormen even 'machteloos' gebleven.¹ En evenmin als er een algemeen aanvaarde remedie is gevonden om het kwaad van de natuur te beheersen, is er een algemeen aanvaard universeel instrumentarium ontwikkeld om het door mensen veroorzaakt kwaad te benaderen. Het bijna onbegrensde scala aan denkbare oorzaken van dat laatste kwaad leidt tot evenzoveel remedies. Zeer diverse wegen worden bewandeld, van opvoeding, scholing, beloning, herschikking van maatschappelijke verbanden en structuren, waarschuwing, bestraffing tot behandeling, therapie, uitsluiting etc. Het strafrecht speelt in de geschiedenis van het menselijk kwaad dan ook slechts een beperkte rol en op brede schaal wordt onderkend dat de macht van het strafrechtelijk instrument heel beperkt is. Opvallend genoeg zijn ondanks deze beperkte rol de verwachtingen over wat het strafrecht vermag onverminderd aanwezig.

¹ Zie voor recente beschouwingen over deze problematiek en de geschiedenis van het denken daarover Rüdiger Safranski, *Das Böse oder Das Drama der Freiheit*, München/Wenen 1997 en Susan Neiman, *Evil in modern Thought, An alternative History of Philosophy*, New Jersey/Oxfordshire 2002.

De ontmaskering van beslissende criteria voor rechtsgebied en deelgebied

De thematiek van criteria voor de keuze van het rechtsgebied of deelgebied waarlangs men aanpak van ongewenst gedrag en ordening van onze samenleving kan bewerkstelligen heeft een lange geschiedenis. Waar bijvoorbeeld in het Germaanse recht de vrede werd hersteld door het stamhoofd en in het Romeinse recht het onrecht werd afgedaan via civiele acties, werkte men onder de Franse code met de indeling in délits, crimes en contraventions, en in ons eigen rechtsgebied vervolgens met het onderscheid in wets- en rechtsdelicten en vervolgens met het onderscheid misdrijven en overtredingen. En ook het oorspronkelijk bedoelde onderscheid tussen overtredingen en misdrijven, gelieerd aan de aard van het delict en rechtstreeks verbonden met een daarop toegesneden en exclusief van toepassing zijnd handhavingstelsel, is in vergaande mate verloren gegaan.

Een keuze voor een rechtsgebied of deelgebied kan langs diverse wegen worden verantwoord: op basis van de aard en de ernst van de gedraging (in onze termen via een onderscheid op basis van materieel recht), maar ook op basis van de handhavingsinstrumenten die op een rechtsgebied van toepassing zijn of aansluiten, op basis van de mogelijkheden en voorwaarden van de te bewandelen afdoeningsprocedures, dan wel op basis van de gewenste sanctionering. De vraag naar legitieme en bruikbare criteria is in de laatste decennia van de vorige eeuw – met name door Hulsman, Corstens, de Roos en Haveman – uitvoerig aan de orde gesteld. Deze studies omvatten een scala aan formele en materiele, aan absolute en relatieve, en aan positieve en negatieve criteria, alsmede beslissings- en toetsingsschema's.²

Bezien we ons huidige strafrechtelijk instrumentarium, dan lijken - alles overziende – veel keuzes voor het strafrecht niet zozeer te zijn bepaald door beslissingen op basis van rationale criteria en toetsingsschema's, maar vooral te zijn ingegeven door pragmatisme, politieke druk en zelfs door 'paniek'. Zo is de macht van het strafrechtelijk instrument bijvoorbeeld niet beperkt gebleven tot de aanpak van het kwaad of het ethisch verwerpelijke. Juist waar de rationaliteit in het duiden van deze categorie ontbreekt of niet volledig voldoet, staat er blijkbaar niets aan in de weg om het strafrechtelijk instrumentarium ook op andere terreinen in te zetten. Voor het realiseren van onze gewenste maatschappelijke ordening (bijvoorbeeld op het terrein van verkeer, vervoer, milieu, gezondheid etc) wordt het strafrechtelijk instrument inmiddels dan ook beschouwd als een onmisbare partner. De ordeningswetgeving – en andere wetgeving op het grensvlak van strafrechtelijk en bestuurlijke handhaving - illustreert dit. Ook het veroorzaken van maatschappelijke risico's, gedrag dat in de geschiedenis niet steeds in termen van menselijk kwaad of onrecht werd geduid, is in de loop van deze eeuw steeds meer in de richting van het strafrechtelijk instrumentarium gedreven.

Daarnaast zien we, waar het gaat om traditioneel strafrechtelijk geregeld en gehandhaafd gedrag, een ontwikkeling in de richting van een meer preventieve en oorzaakgerichte aanpak. Deze weg loopt ten dele over juridisch terrein, maar deels ook via medische,

² L.H.C. Hulsman, in het bijzonder in Handhaving van recht, oratie, Kluwer, deventer 1965 en in De criteria voor strafbaarstelling, Proces 1972, pp. 189-192. Ook in zijn andere werk spelen criteria voor strafbaarstelling een belangrijke rol; G.J.M. Corstens, Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke handhaving? Preadvies Nederlandse Juristenvereniging 1984, Zwolle 1984; Th.A. de Roos, Strafbaarstelling van economische delicten, diss, Arnhem 1987 en R.H. Haveman, Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel, Deventer 1998.

pedagogische en sociaal-culturele weg. Ook op het terrein van de handhaving en de afdoening zijn vele instrumenten ontwikkeld, deel juridische, deels buiten-juridische. Men kan denken aan justitie in de buurt, werkstraffen, leerstraffen, misdaad-meldpunten, Halt, Stop, dading en mediation.

Langzamerhand is dan ook elk criterium voor strafbaarstelling of handhaving als beslissend criterium door de praktijk onmaskert.

De paradox

Ook in het huidig tijdgewricht bestaan hoge verwachtingen van het strafrecht. De roep om een veiliger samenleving kan immers eenvoudig naar het terrein van het strafrecht worden vertaald en dat gebeurt dan ook veelvuldig. Al deze druk ten spijt moeten we vaststellen dat dit rechtsgebied niet overloopt van grote creativiteit waar het er om gaat om de maatschappelijke behoeften in het strafrechtelijk domein een plaats te bieden. Deze beperking speelde in de loop van de laatste decennia bijvoorbeeld ten aanzien van preventieve aanhouding, preventief fouilleren, collectief daderschap, de aanpak van grote georganiseerde criminaliteit, etc.

Deze stand van zaken is evenwel niet onverklaarbaar. Het strafrecht kenmerkt zich namelijk vanouds als een rechtsgebied dat niet ontkomt aan de lasten van de eigen fundamenteën en daarmee ook nimmer aan de vraag naar aard, omvang, doel en rechtvaardiging. Het strafrechtelijk stelsel dient vele maatschappelijke (onder meer morele, specifiek particuliere, politieke en economische) belangen, maar kan tegelijkertijd slechts optimaal functioneren met behulp van aantasting van diverse, ook maatschappelijk stevig verankerde belangen. De door het strafrecht beschermde belangen omvatten de neerslag van de democratisch tot stand gebrachte verzameling van gedragingen waarvoor het strafrecht als handhavinginstrument is uitgekozen. Zij vormen een bont geschakeerd tableau aan gedragingen, die zich – zoals inmiddels alom wordt onderkend en erkend – niet laten karakteriseren op basis van één algemeen principe van strafwaardigheid. In ieder geval liggen de bescherming van lijf, eerbaarheid, goed, integriteit, vrijheid en privacy in dat tableau besloten. Gedragingen die deze waarden, rechten en/of belangen aantasten worden strafbaar gesteld in specifiek op die belangen gerichte titels van het Wetboek van Strafrecht en in bijzondere strafwetgeving. De belangen die (kunnen) worden geraakt of aangetast door de keuze voor het inzetten van het strafrechtelijk instrument als middel tot handhaving van maatschappelijke belangen zijn te duiden onder de noemer van grondrechten en andere vrijheidsrechten. Daarbij kunnen echter ook andere belangen, zoals bijvoorbeeld schade aan eigendommen of schade aan de goede naam, direct aan de orde zijn. De bevoegdheid tot aantasting van de bedoelde grond- en vrijheidsrechten wordt nimmer ongeclausuleerd toegekend. De bevoegdheden gaan steeds gepaard met daaraan gekoppelde voorwaarden, die moeten verzekeren dat de aantasting van de rechten niet grenzeloos en willkeurig kan zijn. Langs deze weg worden ook de rechten en vrijheden van verdachte personen in concreto gewaarborgd.

In hun kern zijn de potentieel aan te tasten belangen niet van een wezenlijk ander karakter dan de met het strafrecht te beschermen belangen. Men zou hierin een zekere tegenstelling menen te kunnen onderkennen. Daarvan is evenwel geen sprake. De belangen aan beide zijden vormen belangen die binnen de rechtsstaatsgedachte bescherming verdienen. Het gaat dus om een aan het strafrecht inherente spanning.

De weging van de te beschermen belangen door de wetgever

Omdat de belangen aan beide zijden binnen de rechtsstaatgedachte bescherming verdienen komt het er voor de wetgever steeds op aan om de bescherming en de potentiële aantasting van belangen in abstracto zo zorgvuldig mogelijk te wegen. Die zorgvuldigheid brengt mee dat de aard en de omvang van het te dienen maatschappelijk belang wordt gewogen met de risico's van potentiële aantasting bij toepassing van het strafvorderlijk instrumentarium. Die weging is minder eenvoudig dan soms wordt verondersteld. Als men er van uitgaat dat strafbaarstelling op zichzelf – ook zonder concrete handhaving – al bijdraagt aan de doeleinden van het strafrecht, dan is een afweging met een slechts potentiële aantasting niet zo moeilijk. En, dat geldt wellicht ook als men de eis van evenredigheid, die in de vereiste zorgvuldigheid ligt besloten, in acht neemt. Immers, de lusten van de inzet van het strafrecht komen ten goede aan alle burgers, aan het algemeen belang, terwijl de lasten in geval van toepassing komen te liggen bij individuen.

Moeilijker wordt de afweging voor de wetgever als men onderkent dat de lasten – juist als gevolg van de doeleinden van strafvorderlijk optreden – in concreto niet steeds op 'schuldige' burgers, maar in beginsel – en in zekere mate zelfs willekeurig – op volstrekt onschuldige of niet betrokken individuen kunnen komen te drukken.

Versluiting van de afweging

Gedurende het proces van totstandkoming van wetgeving komt de afweging tussen de beide aan de orde zijnde belangen om diverse redenen niet steeds in volle omvang tot zijn recht. Afgezien van politieke en ideële redenen vindt dat zijn oorzaak in ieder geval ook in het gegeven dat de bescherming van de maatschappelijke belangen in het algemeen veelal vormt wordt gegeven langs de weg van het materiele strafrecht, de potentiële aantasting langs de weg van het strafprocesrecht. Voorstellen tot aanpassing van wetgeving vinden hun oorsprong vaak in wensen ten aanzien van het ene, of juist en aanzien van het andere stelsel. Daarmee wordt het zicht op de onvermijdelijke, maar ook onlosmakelijke samenhang en het noodzakelijke evenwicht tussen bescherming en aantasting van belangen soms versluit.

Weging van de te beschermen belangen door handhaver en rechter

Als de afweging tussen te beschermen en aan te tasten belangen door de wetgever in abstracto uiteindelijk in het voordeel van het alle burgers rakende 'algemeen' belang is uitgevallen - en dus tot strafbaarstelling heeft geleid – komt de verantwoordelijkheid voor zorgvuldigheid en evenredige afweging van de betrokken belangen in concreto in volle omvang te liggen bij de bevoegde opsporingsambtenaren en mogelijk in aansluiting daarop bij het openbaar Ministerie en de rechter. Zij zijn degenen die in concreto – en wel in confrontatie met burgers, waaronder verdachte burgers - met de op de strafbaarstelling aansluitende geclausuleerde bevoegdheden aan de slag moeten. Ook daar blijft een zekere – zij het beperkte - ruimte bestaan om op basis van een afweging de algemene belangen bij strafrechtelijke handhaving toch ondergeschikt te achten aan het belang van een of meer concrete burgers bij het niet aantasten van hun grond- en vrijheidsrechten met behulp van strafvorderlijke bevoegdheden.³ Die grenzen

³ Zie mijn oratie: C.P.M. Cleiren, De openheid van de wet, de gelotenheid van het recht, Deventer 1992.

worden in het vakjargon onder meer geduid in termen van proportionaliteit, subsidiariteit, opportuniteit en discretionaire bevoegdheden. De grenzen van het strafrecht liggen daarom – alle legaliteitseisen ten spijt – nimmer absoluut vast.

De onverbreekelijke band tussen het stelsel van strafrecht en van strafvordering

In het voorgaande ligt besloten dat het gegeven dat de potentieel (met behulp van strafvorderlijke bevoegdheden) aan te tasten belangen in hun kern niet van een ander karakter zijn dan de met het strafrecht (strafbepalingen) te beschermen belangen geen tegenstelling is. Eerder is er sprake van een essentiële karakteristiek van een rechtsstatelijk strafrecht: een inherente spanning die altijd, zowel in abstracto als in concreto, vraagt om een afweging. Deze inherente spanning ligt dan ook onvermijdelijk aan de basis van de samenhang tussen ons strafrechtelijk en ons strafvorderlijk stelsel en daarmee van de onlosmakelijke betrokkenheid van die beide stelsels op elkaar.

Die samenhang tussen en betrokkenheid van de beide stelsels op elkaar brengt mee dat er sprake is van een zekere wisselwerking, dat de stelsels elkaar onderling kunnen beïnvloeden en soms zelfs functioneren als een soort 'communicerende vaten'. Het scharnierpunt tussen beide stelsels ligt in beginsel in de verdenking (een notie die is verwerkt in het Wetboek van Strafvordering) van een bij wet strafbaar gesteld feit (en daarmee deel uitmakend van het stelsel van materieel strafrecht).⁴

Om de reikwijdte en implicaties daarvan goed te voorzien is het van belang zich te realiseren dat de beide wetboeken, het wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht, krachtens onze grondwet hebben te gelden als algemene wetboeken (art. 107 GW). Bovendien geldt voor het creëren van strafvorderlijke bevoegdheden de eis van wetgeving in formele zin (art. 1 Sv).

Allereerst brengt de bedoelde samenhang en betrokkenheid mee dat het Wetboek van Strafvordering niet alleen van betekenis is voor het commune strafrecht, maar ook heeft te gelden als basis voor het strafrecht in bijzondere wetten en voor strafbaarstellingen door lagere wetgevers (wetgeving niet in formele zin). Zo nodig of gewenst worden daarop aanvullende bevoegdheden gecreëerd door de wetgever in formele zin. Zowel de bevoegdheden, als de voorwaarden voor bevoegdheidstoepassing, als de te volgen procedures worden dus in beginsel in een algemeen wetboek, het wetboek van strafvordering, bepaald. Daarmee is de kring van potentieel betrokken overheidsorganen, ambtenaren en andere deelnemers aan de realisering van het strafrecht omlijnd en begrensd. Hetzelfde geldt voor de aard van de bevoegdheden, de voorwaarden en de procedures. Deze stand van zaken wordt soms als belemmerend beschouwd om de gewenste 'maatschappelijke orde' te realiseren en om die reden 'omzeild'. Zo is in diverse gevallen geconcludeerd dat optreden tegen ongewenst gedrag niet via het strafrecht, maar door middel van een ander rechtsdomein, bijvoorbeeld het bestuursrecht, moest worden gerealiseerd, in de veronderstelling dat men daarmee aan de eisen van het EVRM kon ontkomen.

⁴ Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering in 1926 vormde de verdenking, verwerkt in art. 27 Sv de enige sleutel om tot strafrechtelijk optreden te kunnen overgaan. Met de inwerkingtreding van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden (Wet van 27 mei 1999, Stb. 245) op 1 februari 2000 is de unieke – en tevens beschermende – rol van art. 27 Sv verloren gegaan. De pro-actieve opsporing heeft een plaats gekregen in art. 132a Sv en het verdenkingscriterium is in geval van vermoeden van georganiseerde criminaliteit verruimd.

De dynamiek en flexibiliteit van het strafrechtelijk instrumentarium

Ondanks de genoemde beperkingen blijft het strafrecht nog steeds in trek. De hoeveelheid strafrechtelijk wetgeving die – ondanks de beperkingen en in weerwil van de druk van de decriminaliseringstendens en de groei van de bestuurlijke handhaving - in de afgelopen drie decennia is tot stand gebracht vormt daarvan de beste illustratie. Soms worden strafvorderlijke knelpunten die de opsporing van strafwaardig geacht gedrag belemmeren opgelost door op materieelrechtelijk niveau nieuwe delicten of uitbreiding van bestaande strafbaarheid te creëren. De strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen is daarvan een voorbeeld. Omgekeerd worden strafvorderlijke doeleinden gerealiseerd door het stelsel van het materieel strafrecht ‘creatief’ te benutten. In de afgelopen jaren is bijvoorbeeld de hoogte van de maximale straf voor een delict soms aangewend om voorlopige hechtenis of andere dwangmiddelen eerder dan voorheen mogelijk te maken. In weer andere gevallen wordt een te ‘brede’ strafbaarstelling in stand gehouden en worden de onwenselijke gevallen van strafbaarheid die daaruit voortvloeien gecorrigeerd met behulp van het opsporings- en vervolgingsbeleid.⁵

Kortom, het strafrecht is weliswaar gebonden aan de eisen van legaliteit, maar dat betekent niet dat het stelsel van wetgeving en handhaving log en inflexibel is. Op beide niveau’s kan namelijk optimaal gebruik worden gemaakt van de noodzaak tot belangenafweging in concreto, van de mogelijkheden tot wisselwerking tussen het stelsel van strafvordering en strafrecht, van de mogelijkheid tot het voeren van beleid binnen de grenzen van de wet en van de mogelijkheden tot uitwisseling met andere rechtsgebieden, waaronder in het bijzonder het bestuursrecht. Deze mogelijkheden van het strafrecht tot wisselwerking en beïnvloeding van het ene stelsel met behulp van het andere worden zonder meer onderkend. Daarnaast vormt het feit dat het strafrecht zich in beginsel richt op personen en niet op collectiviteiten een belangrijke beperking bij het inzetten van het strafrechtelijk instrument bij ongewenst gedrag van groepen, collectiviteiten en deels zelfs bij rechtspersonen. Het stelsel heeft zich evenwel ook ten aanzien van deze beperking ongekend flexibel getoond.

Precies deze mogelijkheden maken het strafrecht – nog afgezien van immer schuivende maatschappelijke belangen en onderliggende waarden en normen – tot een van de meest dynamische rechtsgebieden. Maar in die positie schuilen ook gevaren.

Het uitdijen van de te beheersen maatschappelijke problematiek

Hoewel de verwachtingen ten aanzien van wat het strafrecht vermag onophoudelijk hoog gespannen zijn, blijkt noch het morele kwaad, noch het maatschappelijk ongewenst gedrag eenvoudig binnen rechtsstructuren te vangen. De maatschappelijke ontwikkelingen begeven zich - waar het ongewenst gedrag betreft – steeds verder weg van datgene wat in oorsprong met behulp van het nationale strafrecht (strafbaarstelling, strafrechtelijke handhaving en strafrechtelijke sancties) werd beoogd en kon worden gerealiseerd.

Zo is er sprake van een zodanige groei van de complexiteit van onze samenleving dat bepaalde vormen van ongewenst gedrag zich niet meer eenvoudig laten kennen, laten

⁵ Zie voor een voorbeeld de verhoging van het strafmaximum van art. 197a lid 1 en 2 Sr. en het wetsvoorstel herijking strafmaxima m.b.t. art. 326c lid 1 en 3 Sr.

reguleren en laten bestraffen door instituties van de nationale overheid. Men kan hierbij denken aan gedragingen die zich aan de ‘bovenwereld’ of de ‘buitenwereld’ onttrekken. Als voorbeeld kan men denken aan diverse vormen van georganiseerde criminaliteit. Daarnaast kan worden gewezen op vormen van financiële criminaliteit binnen de muren van een bedrijf of andere privaatrechtelijke of semi-privaatrechtelijke instellingen. Het strafrecht zal ten aanzien van dat soort gedragingen altijd enigszins achter de ontwikkelingen aan blijven lopen en dus voortdurend op zijn grenzen stuiten. Daarnaast zijn er de maatschappelijke ontwikkelingen die een steeds internationaler karakter hebben, waardoor de beperkingen van ons nationale stelsel zich opdringen. Zo laat de internationale financiële en economische criminaliteit zich niet eenvoudig met behulp van ons nationaal strafrechtelijk instrumentarium reguleren, handhaven en bestraffen. De geschiedenis leert evenwel ook dat de grenzen van het mogelijke en het denkbare soms zodanig worden overschreden dat met het niet-denkbare ook het strafrecht niet in beeld komt. Zo is de rol van het strafrecht in het denken over oorlog, genocide en terrorisme steeds zeer ‘betrekkelijk’ geweest. Het traditionele nationale strafrechtelijk instrumentarium stuitte daarin in zekere zin ook op zijn grenzen. Maar in de huidige juridische ontwikkelingen worden de universele mensenrechten, het volkenrecht, het humanitaire oorlogsrecht en het strafrecht in het denken over oorlog en vrede nader tot elkaar gebracht. Men tracht nu op diverse manieren aan de aanwezige beperkingen te ontkomen, waarbij ook het nationale strafrechtelijk instrumentarium een rol heeft te spelen.⁶

Voldoen de negatieve criteria voor strafbaarstelling en handhaving?

De uitdijning van de maatschappelijke problematiek geeft al aan dat de vraag naar criteria voor strafbaarstelling of strafrechtelijke handhaving zijn waarde nog niet heeft verloren. De nieuwe vragen waarvoor de nationale overheid komt te staan en die om actie van die overheid vraagt doet, in combinatie met de besproken dynamiek en flexibiliteit van het strafrechtelijk instrumentarium, bij mij de vraag rijzen of de negatieve gronden voor strafbaarstelling niet actiever moeten worden benut of zelfs aanvulling behoeven. Die vraag verdient natuurlijk uitwerking.

In het recente verleden heeft met name Hulsman zich gebogen over argumenten die pleiten tegen strafbaarstelling: de negatieve criteria voor strafbaarstelling.⁷ Hij benoemt daarbinnen vier absolute en acht relatieve criteria. Als absolute negatieve criteria noemt hij het feit dat men een morele opvattingen heersend wil maken, de gestraften primair hulp wil verlenen, de capaciteit van het apparaat wordt overschreden of er sprake is van een ‘schijnoplossing’. Als relatieve negatieve criteria noemt hij onder meer dat het gedrag zeer frequent voorkomt, door een groot aantal personen wordt gesteld, hoofdzakelijk in de privé-sfeer wordt gesteld etc. Deze criteria hebben inmiddels hun waarde bewezen in de wegging door de wetgever. Soms zijn zij (al dan niet impliciet) aanvaard, zoals in geval van het overhevelen van de afdoening van het strafrecht naar het bestuursrecht bij veel voorkomende – niet als ernstig beschouwde – feiten. In andere gevallen, met name in de sfeer van de zedenmisdrijven – heeft de wetgeving zich juist in andere richting ontwikkeld.

⁶ Men kan hierbij onder meer denken aan de complementaire bevoegdheidsregeling van het ICC.

⁷ L.H.C. Hulsman, a.w.

De door Hulsman genoemde criteria geven weinig aanknopingspunten voor de gedragingen die in geding zijn met de uitdijning van de maatschappelijke problematiek. De vraag is dan ook of er naar aanleiding van het type vragen aanvullende criteria zouden kunnen worden benoemd of bepaald, die kunnen bijdragen aan de beantwoording van de vraag of de daaronder begrepen gedragingen al dan niet via het strafrechtelijk instrumentarium moeten worden aangepakt.

De gevaren van de dynamiek en flexibiliteit van het strafrechtelijk instrumentarium

Zoals hierboven is betoogd is het strafrecht weliswaar gebonden aan de eisen van legaliteit, maar betekent dat niet dat het stelsel van wetgeving en handhaving log en inflexibel is. Het strafrechtelijk instrumentarium bergt – door de onlosmakelijke en onvermijdelijke wisselwerking en beïnvloeding van het materieel en het formeel strafrecht op elkaar – een grote dynamiek in zich. Deze dynamiek reikt bovendien nog veel verder als gevolg van de immer noodzakelijke belangenafweging tussen de met het strafrecht te beschermen belangen en de met het strafprocesrecht aan te tasten belangen, zowel in abstracto als in concreto.

Uit het voorgaande bleek al dat de keuze voor al dan niet strafbaarstelling en voor strafrechtelijke handhaving niet steeds systematisch, consistent en op basis van herkenbare en transparante principes tot stand komt. Dit komt de legitimiteit van het strafrecht, noch van de andere rechtsgebieden ten goede. Zo is er het gegeven dat het strafrecht – in het bijzonder in het politiek debat - snel naar voren wordt geschoven als oplossing voor alle kwalen. Daarmee komen niet alleen de breed aanvaarde doelen en principes van het strafrecht zelf onder vuur te liggen (zoals strafrecht als ultimum remedium), maar kan de flexibiliteit en dynamiek van het stelsel ook leiden tot een overspanning van het stelsel en van de verwachtingen van dat stelsel. Neemt men dat risico niet serieus, dan zou de flexibiliteit op lange termijn wel eens kunnen omslaan in een dodelijke starheid. Daarnaast is de afgelopen jaren gebleken dat beoogde maatschappelijk doelen goed kunnen worden gerealiseerd door middel van ‘inventieve constructies’, zoals een nieuwe ‘definitie’ van de verdachte en van opsporing, afwijkende procedures voor bijzonder soort delicten.

De legitimiteit van dergelijke werkwijzen is niet zonder meer gegeven. Zij staat onder meer onder druk door het afwijken van het algemene karakter dat kenmerkend is voor regelingen in de Wetboeken van Strafvordering en Strafrecht, maar ook vanwege het aantasten van de helderheid, de consistentie en de inzichtelijkheid van de structuur van de twee onlosmakelijk op elkaar betrokken wetboeken. Het totaalbeeld over wat het ‘strafrechtelijk stelsel als geheel’ vermag, waarover het ‘heerst’, raakt deels buiten beeld. Het vergaand benutten van de flexibiliteit van het stelsel van materieel en formeel strafrecht (als communicerende vaten) kan zelfs omslaan in onzuiverheid van oogmerk en uiteindelijk uitmonden in overschrijding van de grenzen van een aanvaardbaar strafrechtelijk domein. Kortom, in het strafrecht kan veel, maar er zijn grenzen.

Een ‘negatief criterium’ voor het gebruik van het reguliere strafrechtelijk instrumentarium

In het strafrecht kan veel, maar er zijn grenzen, is de conclusie in de voorgaande paragraaf. Die grenzen leiden onder meer tot de vraag of de besproken uitdijning van de maatschappelijke problematiek die om actie van de overheid vraagt, in combinatie met de

besproken dynamiek en flexibiliteit van het strafrechtelijk instrumentarium niet tot een manifester en actiever toepassen of zelfs aanvullen van negatieve criteria voor strafbaarstelling nopen. Voor de beantwoording van deze vraag zal de lijn van het bovenstaande worden gevolgd.

De dynamiek en flexibiliteit van het strafrechtelijk instrumentarium vindt allereerst een basis in de noodzakelijke en onvermijdelijke afweging van te beschermen en aan te tasten belangen, zowel in abstracto als in concreto. Een tweede basis voor de dynamiek van het stelsel ligt in de wisselwerking en de onlosmakelijke betrokkenheid van het materieelrechtelijk en het procesrechtelijk stelsel op elkaar. Als gevolg daarvan zijn verlangens rondom strafbaarstelling deels op te lossen langs de weg van het strafprocesrecht en strafprocessuele wensen, deels langs de weg van het materiële strafrecht. Men ontkomt niet aan vraag of er een grens kan of zelfs moet worden gesteld aan het benutten van de dynamiek en de flexibiliteit van het stelsel. Kan de grens van het stelsel worden overschreden, in welke gevallen en hoe valt dat te bepalen?

Inventieve constructies zoals reeds genoemd staan niet per se op gespannen voet met de bedoelde legitimiteit. De bedoelde legitimiteitsvraag is in de praktijk van de totstandkoming van wetgeving - in de terminologie zoals hierboven reeds gebruikt - veelal versluierd. Toch was het besef van grenzen van het strafrecht wel aanwezig in de discussie rondom de totstandkoming van de Wet Bijzondere Opsporings Bevoegdheden in verband met de bestrijding van de grote georganiseerde criminaliteit.⁸ Soortgelijke legitimiteitsvragen spelen zich op dit moment nog af rondom het wetsvoorstel van deals met kroongetuigen en de terrorisme-wetgeving.⁹ Bezien we de wet op de bijzondere opsporingsbevoegdheden en de wet op de terroristische misdrijven, dan zien we in beide gevallen dat de aard van het delict en de daarbij passende wijze van handhaving de doorslag gaf voor de keuze van regeling met behulp van het strafrechtelijk instrumentarium. Desondanks valt de bijzondere aard van delicten, gepleegd in het verband van grote georganiseerde criminaliteit, niet uit ons Wetboek van Strafrecht af te leiden. Dit hangt rechtstreeks samen met het feit dat niet de weg werd gekozen van aanpak via een specifieke strafbaarstelling (een specialis), maar van de weg via handhaving. Men benutte kortom het dynamische en flexibele karakter van ons strafrechtelijk instrumentarium door voor dat type gedragingen nieuwe bepalingen in het Wetboek van Strafvordering te creëren (de Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden).¹⁰ Een andere weg werd onlangs gekozen bij de strafbaarstelling van terroristische misdrijven.¹¹ Die wetgeving zal evenwel naar verwachting worden gecomplementeerd met nieuwe strafvorderlijke wetgeving.¹² De huidige strafbaarstelling in relatie tot het strafvorderlijk stelsel, maar meer nog het complete instrumentarium dat ontstaat als ook die strafvorderlijke voorstellen ingevoerd zullen worden geeft te denken en wel precies vanwege de grenzeloze dynamiek en flexibiliteit die daarmee in ons bestaande strafrechtelijk instrumentarium – en in het bijzonder in de potentiële wisselwerking van strafvordering en strafrecht wordt binnengesluisd.

⁸ Zie kamerstukken Tweede kamer, 1996-1997, 25 403.

⁹ Zie kamerstukken Eerste Kamer 2001/2002, 26294 (getuigen) en kamerstukken 28 463 (terrorisme).

¹⁰ Wet van 27 mei 1999, Stb. 245, in werking getreden 1 februari 2000.

¹¹ Wet van 24 juni 2004, tb. 2004, 290, in werking getreden 10 aug. 2004.

¹² Zie Voorstel van wet: Wijziging van het Wetboek van Strafvordering, in het wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven. Wel openbaar, maar nog niet genummerd op het moment van verwerking van deze bijdrage.

Het strafrechtelijk instrumentarium ten behoeve van bestrijding van terrorisme

In de wet terroristische misdrijven werd in art. 83 Sr het nieuwe begrip terroristisch oogmerk ingevoerd, welk oogmerk vervolgens de basis vormt voor onder meer een verhoogd strafmaximum bij diverse reeds bestaande delicten.¹³ De hierboven bedoelde strafvorderlijke regeling betreft de Wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven.¹⁴ In dat voorstel gaat het om een verruiming van de mogelijkheden om in een verkennend onderzoek informatie te verzamelen, om een verruiming van de mogelijkheden om personen te fouilleren buiten concrete verdenking van een strafbaar feit, om een verruiming van de toepassingsmogelijkheden van bijzondere opsporingsbevoegdheden, zoals stelselmatige observatie en de telefoontap, om het mogelijk maken van bewaring bij verdenking van een terroristisch misdrijf, ook buiten het geval van ernstige bezwaren en om een mogelijkheid tot uitstel van volledige inzage van processtukken.

Het kabinet rechtvaardigt de ingrijpende voorstellen als volgt: “De grote bedreiging die van terroristische aanslagen uitgaat, rechtvaardigt dat afwegingen ten aanzien van de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden anders uitvallen dan in het reguliere strafrecht het geval is. Uitgangspunt moet naar het oordeel van het kabinet zijn dat opsporingshandelingen waarvan redelijkerwijs verwacht mag worden dat zij kunnen bijdragen aan het voorkomen van een terroristische aanslag, verricht moeten kunnen worden.” (MvT. p. 1). De belangrijkste functie van het materiele strafrecht ligt – zo stelt het kabinet – vooral in het voorkomen van terroristische aanslagen (artt. 46, 140a en 96 lid 2 Sr). In het strafrecht zullen nog enkele kleine verbeteringen worden toegevoegd. In het procesrecht worden echter belangrijke toevoegingen aangebracht die voortbouwen op de reeds gerealiseerde wijzigingen van het materiële strafrecht. Elk van de voorstellen is gekoppeld aan (aanwijzingen of verdenking van) een terroristisch misdrijf, waarvoor het terroristisch oogmerk bepalend is (art. 83 Sr).

De toepassing van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is in beginsel gekoppeld aan de eis van de verdenking van een strafbaar feit. In title V is een uitzondering daarop gemaakt, waardoor daar niet de verdenking van een concreet misdrijf voorwaarde voor toepassing vormt, maar het ‘redelijk vermoeden (...) dat in georganiseerd verband misdrijven als omschreven in artikel 67, eerste lid, worden beraamd of gepleegd die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren’. Dit specifieke verdenkingsvereiste is essentieel voor het verschil tussen de bijzondere opsporingsbevoegdheden en andere strafvorderlijke bevoegdheden. De MvT op het hier aan de orde zijnde wetsvoorstel meldt: “Ik hecht eraan, voorop te stellen dat dit systeem (van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, C.P.M. Cleiren)) mij, als uitgangspunt, onverminderd juist voorkomt. Toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden kan voor daarbij betrokken burgers zeer belastend zijn; de wet dient daarom grenzen te stellen. Vaststelling van een verdenking terzake van strafbare voorbereiding van een misdrijf vormt, in het algemeen, een adequate basis voor de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Bij terrorisme is er naar mijn mening evenwel aanleiding om

¹³ Wet van 24 juni 2004, tb. 2004, 290, in werking getreden 10 aug. 2004.

¹⁴ Zie het voorstel genoemd in noot 12 en de daarbij behorende Memorie van Toelichting.

tot een andere afweging te komen. Het zou ongewenst zijn als, bij aanwijzingen van - voorbereiding van of samenspanning tot- terroristische misdrijven, opsporingshandelingen waarvan redelijkerwijs verwacht mag worden dat zij kunnen bijdragen aan het voorkomen van een terroristische aanslag, achterwege zouden worden gelaten bij gebreke van een voldoende onderbouwde verdenking.”

Toepassing van de bijzondere opsporingsbevoegdheden wordt mogelijk gemaakt ingeval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf. Opvallend is daarbij de volgende overweging: “Deze wijziging draagt er ook aan bij dat de eisen die in het algemeen aan een verdenking worden gesteld niet worden opgerekt onder invloed van toepassing van opsporingsbevoegdheden in verband met terrorismebestrijding.“

Over de grens van een legitiem strafrechtelijk instrumentarium?

Is er een grens te stellen aan het benutten van de dynamiek en de flexibiliteit van het strafrechtelijk instrumentarium en zou dat wenselijk zijn?

Zoals hierboven betoogd vindt de dynamiek en flexibiliteit van het strafrechtelijk instrumentarium zijn basis zowel in de noodzakelijke en onvermijdelijke afweging van te beschermen en aan te tasten belangen als in de wisselwerking en de onlosmakelijke betrokkenheid van het materieelrechtelijk en het procesrechtelijk stelsel op elkaar. De legitimiteit van inventieve constructies staat zoals gezegd niet perse ter discussie. Die legitimiteit zou mijns inziens wel in geding kunnen komen in geval door de tot stand te brengen of reeds gebrachte wetgeving de genoemde basis van de dynamiek en flexibiliteit van het stelsel zelf zou worden aangetast. Is het nog acceptabel het regulier strafrechtelijk instrumentarium in te zetten als de te beschermen belangen die aan de orde zijn én de belangen die met de opsporing en vervolging worden geschaad op geen enkele wijze meer met elkaar in evenwicht zijn te brengen en waarbij derhalve een evenwichtige belangenafweging op basis van erkenning van de beide (potentieel tegengesteld ogende belangen) niet meer serieus aan de orde is.

Deze vraag brengt ons terug bij het eerder vastgestelde gegeven dat de potentieel (met behulp van strafvorderlijke bevoegdheden) aan te tasten belangen in hun kern niet van een ander karakter zijn dan de met het strafrecht (strafbepalingen) te beschermen belangen. Er is zoals gezegd eerder sprake van een essentiële karakteristiek van een rechtsstatelijk strafrecht: een inherente spanning die altijd, zowel in abstracto als in concreto, vraagt om een afweging. De legitimiteit van het inzetten van het regulier strafrechtelijk instrumentarium (strafvordering en materieel strafrecht als onlosmakelijk verbonden entiteiten) zou bijvoorbeeld in geding kunnen komen in geval de te wegen belangen volstrekt niet gelijkwaardig kunnen worden geacht, of omdat ze van een zodanig andere aard zijn dat ze te ongelijksoortig zijn om te wegen. Om dat te kunnen vaststellen zou men kunnen toetsen of de weging tussen de beide belangen een weging is die volgens de wetgever – naar zijn aard – nog voor toetsing in concreto door handhaver en rechter in aanmerking zou moeten komen. Is het met andere woorden nog legitiem om met behulp van het strafrechtelijk instrumentarium een inventieve constructie tot stand te brengen (van wisselwerking tussen bepaalde strafprocessuele en materieelrechtelijke bepalingen) waarmee de noodzakelijke belangenafweging in concreto die kenmerkend is voor de inzet van het strafrecht tot een farce wordt?

Als de wetgever dat – hoewel misschien niet uitdrukkelijk beleden – niet wenselijk acht, zoals in geval van terroristische misdrijven en de gevallen waarvoor titel V van de wet

bijzondere opspringsbevoegdheden werd gecreëerd, wordt de reguliere en noodzakelijke strafrechtelijke belangenafweging ‘ontlopen’. In zo’n geval zou men kunnen zeggen dat het strafrecht zijn eigen reguliere karakter en daarmee zijn eigen domein overschrijdt. De eis van afweging van de te beschermen belangen en potentieel aan te tasten belangen, zowel in abstracto als in concreto, blijft immers – vanwege de uit de rechtsstaat voortvloeiende inherente spanning in het strafrecht - altijd gelden. Wordt het voldoen aan die eis tot een dode letter, dan zou men kunnen spreken van een ‘negatief criterium’ voor het inzetten van het regulier strafrechtelijk instrumentarium. Afhandeling langs andere wegen zou dan wenselijk kunnen zijn.

Uitzonderingsrecht

In plaats van uitzonderingsrecht binnen het reguliere strafrechtelijk instrumentarium te creëren kan men dat – in geval van aanwezigheid van het ‘negatief criterium’ - wellicht beter daarbuiten doen. Alles wat te veel waard is of wat het niet waard is om aan de reguliere strafrechtelijke belangenafweging te worden onderworpen zou buiten het strafrecht geregeld kunnen worden. Toepassing van deze toets kan leiden tot het creëren van ‘uitzonderingsrecht’ voor uitzonderlijk zware delicten zoals terrorisme, oorlogsmisdrijven en genocide, maar ook tot de keuze voor een niet regulier strafrechtelijke afhandeling van overtredingen waarbij in het kader van opsporing en handhaving aantasting van vrijheidsrechten of grondrechten volstrekt niet aan de orde is.¹⁵

Voor de uitwerking van deze gedachte bestaan vele mogelijkheden. Men zou zowel kunnen denken aan een zeer ‘smalle’, maar ook aan een ‘brede’ optie. Zo kan men bijvoorbeeld voor zeer zware delicten de keuze maken voor strafbaarstelling buiten het Wetboek van Strafrecht, gecombineerd met de keuze om slechts gespecialiseerde ambtenaren van gespecialiseerde (recherche)teams de noodzakelijk geachte vergaande opsporingsbevoegdheden toe te kennen. Daarmee kunnen bijvoorbeeld ook, waar het de bestrijding van terrorisme betreft, de nadelen van de nu voorgestelde weg, waarop onder meer wordt gewezen door het College Bescherming Persoonsgegevens (vereiste bijzondere expertise en ervaring, de scheiding van taken tussen politie en de AIVD en het toezicht) worden vermeden. Waar het juist om lichte feiten gaat - zoals bij bepaalde overtredingen uit het ordeningsrecht - zal men juist terecht komen bij een regeling via het bestuursrecht, met uitzondering bijvoorbeeld van gevallen waarin het menselijk leven of de gezondheid op het spel staat (bijvoorbeeld dood door schuld in het verkeer). Deze laatste vormen kunnen de afweging tussen te beschermen belangen en aan te tasten belangen namelijk wel doorstaan en zouden dan via een specialis wel via het strafrecht moeten kunnen worden aangepakt.

Voor- en nadelen van het ‘negatief criterium’ voor het regulier strafrechtelijk instrumentarium

De voor- en nadelen van het hanteren van het bedoelde ‘negatief criterium’ voor het inzetten van het regulier strafrechtelijk instrumentarium zijn divers. Ik noem er enkele.

¹⁵ In deze werkwijze ligt geen instemming dan wel afwijzing besloten van de volgens het kabinet noodzakelijk geachte voorstellen ter bestrijding van terrorisme. Een beoordeling daarvan kan in het perspectief van het thema van deze bijdrage buiten beschouwing blijven.

De voordelen liggen onder meer in de bescherming van de gewone gemiddelde burger tegen uitbreiding en uitdijing van strafvorderlijke bevoegdheden en de oneigenlijke toepassing daarvan.¹⁶ Maar ook het behoud van de structuur en systematiek van het strafrechtelijk instrumentarium, de consistentie van het stelsel, de helderheid voor de ‘gewone’ opsporingsambtenaar’ etc. vormen niet te veronachtzamen waarden. Daarnaast gaat het algemene karakter dat aan het Wetboek van Strafvordering toekomt niet verloren, hetgeen de betrokkenheid en de onlosmakelijke band tussen het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering beter garandeert. Het totaalbeeld over wat het ‘strafrechtelijk stelsel als geheel’ vermag, waarover het ‘heerst’, raakt bovendien niet nog verder verwijderd van wat dat stelsel feitelijk vermag.¹⁷

Maar het moet gezegd dat er ook risico’s liggen besloten in de zojuist geopperde benadering van het regulier strafrechtelijk instrumentarium en de grenzen daarvan. De grond- en vrijheidsrechten in de gevallen van uitzonderingsrecht voor zware misdrijven komen eerder in geding en de burger die aan dat uitzonderingsrecht wordt onderworpen loopt wellicht zelfs meer risico dat de te creëren bevoegdheden in de toepassing zeer sterk – en over de grenzen van de strekking – zullen worden opgerekt.¹⁸ Het belang van de rechten die voortvloeien uit het EVRM en het IVBPR komt daarmee sterk op de voorgrond. Daarnaast loopt men zelfs het risico bepaalde mensen en bevolkingsgroepen te discrimineren, te demoniseren, uit te dagen en aan te zetten tot escalatie. Het vijandbeeld en een beeld en discours van een ‘oorlogssituatie’ of ‘crisis’ kunnen worden versterkt met het creëren van uitzonderingsrecht.¹⁹

De geopperde gedachte van uitzonderingsrecht behoeft zowel met het oog op de aansluiting op het regulier strafrechtelijk instrumentarium, als in het licht van de genoemde risico’s een zeer zorgvuldige doordenking, waarvoor binnen dit kader de ruimte ontbreekt. Als indicatie kan men – in het kader van zorgvuldige afweging door de wetgever – bijvoorbeeld denken aan een zwaardere procedure van totstandkoming, zoals bij een grondswetswijziging, maar evengoed aan bijzondere bepalingen van bevoegdheidstoekenning voor opsporing, vervolging en berechting die zijn toegespitst op expertise, ervaring, samenwerking en toezicht.

Tot besluit

Welk soort gedragingen men ook binnen de werking van het strafrechtelijk instrumentarium heeft gebracht, de effecten op het menselijk gedrag zijn beperkt gebleven. Hoewel de geschiedenis de hoge verwachtingen ten aanzien van het strafrecht dus logenstraft, kan men niet om dat verwachtingsvolle discours heen. Dat vindt zijn

¹⁶ Ook Corstens wijst op het gevaar van uitdijing in het licht van zijn bezwaren tegen de terrorismewetgeving, G.J.M. Corstens. Dijkdoorbraken in de strafrechtspleging, NJB 2005, nr. 6, p. 289; ook Frielink noemt dit bezwaar in P.M. Frielink, Terreurbestrijding en Strafwetgeving, Strafol 2004, nr. 4, pag. 239- 245, par. 2.

¹⁷ De voordelen van regelgeving buiten het reguliere strafrechtelijk instrumentarium liggen ook besloten in de reeds genoemde beschouwing onder par. 2 van P.M. Frielink; zie daarover noot 15.

¹⁸ Ties Prakken wees reeds in 2001 op dit gevaar: Ties Prakken, ‘Voorzichtig met Europese strafrechtelijke Terrorisbestrijding’, NJB 2001, p. 1879 e.v. en later in Terrorisme en het strafproces, Strafol 2004, nr. 4, p. 228- 236, in het bijzonder op p. 228.

¹⁹ Het gevaar van de retorica van de ‘morele paniek’, die ligt besloten in het creëren van uitzonderingsrecht wordt op boeiende wijze uiteengezet in de Leidse diesrede van Ineke Sluiter op 8 februari 2005: Ineke Sluiter, Maken en breken, Over taal, identiteit en minderheden, Leiden 2005.

grondslag deels in hoop en verwachting en in pogingen om niet te berusten. In de actuele pogingen van de strijd tegen bijvoorbeeld terrorisme herkent men dan ook nog steeds de behoefte aan grip op onze wereldse orde. Strafrecht is vanuit dat perspectief gezien een instrument van 'zin- en vorm'geving, zonder geloof, maar ook zonder berusting. In deze rol is nog steeds – of wederom – de verwantschap zichtbaar in het denken over het kwaad in de natuur en het menselijk kwaad. Hoe pragmatisch het moderne westerse denken het menselijk gedrag ook benadert, deze verwantschap ligt besloten in de geschiedenis van dat denken. De verwachtingen ten aanzien van het strafrecht moeten we alleen al daarom uiterst serieus nemen, ook voor die gevallen waarin de grenzen van het strafrechtelijk instrumentarium overschreden (lijken te) worden.

Uit het bovenstaande vloeit in ieder geval voort, dat de wetgever, in geval er sprake is van het geformuleerde 'negatief criterium' voor inzet van het strafrechtelijk instrumentarium, er goed aan doet andere wegen voor het voorkomen en bestraffen van ongewenst en risicovol gedrag te onderzoeken en benutten. Daarmee kan bovendien worden gewaarborgd dat - op zichzelf gerechtvaardigde – maar vaak wel erg hooggespannen verwachtingen van de burger ten aanzien van het strafrecht op den duur zullen resulteren in een strafrechtelijk stelsel van dodelijke starheid waarbinnen voor belangenafweging in concreto door opsporingsambtenaren, OM en ZM (en dus ook voor een machtsevenwicht volgens de Trias politica) geen plaats meer is.