



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Strafrecht en publieke opinie: een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtspleging en het publiek, met bijzondere aandacht voor het Openbaar Ministerie
Noyon, L.

Citation

Noyon, L. (2021, November 3). *Strafrecht en publieke opinie: een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtspleging en het publiek, met bijzondere aandacht voor het Openbaar Ministerie*. Meijers-reeks. Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3239250>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3239250>

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

2.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt de probleemstelling van dit onderzoek uitgediept. Enerzijds geeft dit hoofdstuk zo een toelichting op de relevantie van dit onderzoek en laat het zien bij welke eerdere wetenschappelijke literatuur het aanknoopt. Anderzijds wordt in dit hoofdstuk een begin gemaakt met de beantwoording van de eerste onderzoeksvraag. Deze onderzoeksvraag strekt ertoe om een conceptualisering van publieke opinie op te stellen die in de rest van het onderzoek gebruikt zal worden. Omdat universele conceptualisering van publieke opinie niet (kunnen) bestaan, dient eerst de context bepaald te worden waar een bruikbare conceptualisering van publieke opinie op moet aansluiten.¹ Met het uitdiepen van de probleemstelling wordt deze context geschetst.

Dit zal hieronder gebeuren aan de hand van zeven deelthema's. Eerst wordt in kort bestek besproken welke ontwikkeling het denken over publieke opinie in de Nederlandse strafrechtelijke literatuur heeft doorgeemaakt (§ 2.2). Daarna wordt kort stilgestaan bij vergelijkbare ontwikkelingen in het buitenland en een beweging in de internationale literatuur geschetst waarin een verdergaande oriëntatie op het publiek wordt bepleit (§ 2.3). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de verhitte van het publiek discours over misdaad en straf (§ 2.4), de veranderde manier waarop 'gezag' in hedendaagse samenlevingen gevestigd en bestendig wordt (§ 2.5) en de politisering van het straf(proces)recht en het stelsel van strafrechtspleging (§ 2.6). Aan het eind van dit hoofdstuk komen het problematische karakter van aanspraken op 'democratische legitimiteit' en de betekenis van de notie van de 'democratische rechtsorde' (§ 2.7), alsmede de rollen van de afzonderlijke actoren binnen deze democratische rechtsorde (§ 2.8) aan de orde. In een afsluitende paragraaf wordt onderzocht wat dit alles impliceert voor een bruikbare conceptualisering van publieke opinie (§ 2.9).

De zeven deelthema's die hierna aan de orde komen zijn niet gelijksoortig. De eerste twee beschrijven op hoofdlijnen de opkomst van een tendens waarin het stelsel van strafrechtspleging zich meer op het publiek oriënteert of – volgens sommigen – zou moeten oriënteren. De drie daaropvolgende hebben betrekking op fenomenen die, elk op hun eigen manier, voeding geven aan die beweging. De laatste twee paragrafen problematiseren het uitgangspunt dat er echt iets moet veranderen dan weer.

1 Zie hiervoor de toelichting op de eerste onderzoeksvraag in § 1.3.

2.2 HET NEDERLANDS STRAFRECHT EN DE PUBLIEKE OPINIE: EEN KORTE GESCHIEDENIS

In de Nederlandse strafrechtelijke literatuur is altijd al enige aandacht geweest voor de notie van publieke opinie. Van oudsher wordt hierover gedacht als een verzameling opinies waarvan – op een of andere manier – een invloed zou uitgaan op het Nederlands strafrecht, het stelsel van strafrechtspleging en de wijze van procesvoering. Zo verkende Mulder de invloed van de ‘publieke opinie’² op de strafwetgeving tussen 1870 en 1970. Echt enthousiast werd hij niet van zijn bevindingen: hij concludeerde dat het resultaat ‘nogal negatief uitgevallen’ was.³ Voor wat betreft de strafrechtspleging en wijze van procesvoering komt de publieke opinie traditioneel ter sprake via het leerstuk van de externe openbaarheid. Hiermee wordt immers – zo is de gedachte steeds geweest – de mogelijkheid tot toezicht en daarmee uiteindelijk tot bijsturing door de publieke opinie geschapen.⁴ Op de achtergrond heeft bij dit alles in de literatuur altijd de vraag gespeeld of er nog enige inhoudelijke eisen aan die publieke opinie mogen worden gesteld voordat zij mag meetellen – en wie dat dan bepaalt.⁵ Echt van harte is het gunnen van invloed aan het publiek overigens nooit gegaan, de Nederlandse strafrechtspleging kent van oudsher een sterk professioneel prerogatief en een ingesleten vrees voor dilettantisme.⁶

Gelet op deze manier van denken is het niet verwonderlijk dat de voornaamste eerdere opleving in de wetenschappelijke belangstelling voor publieke opinie plaatsvond aan het eind van de jaren 60. In deze periode kreeg de strafrechtspleging zeer nadrukkelijk te maken met een publiek dat invloed wilde uitoefenen op de inhoud van strafbaarstellingen en de wijze van strafvorderlijk optreden, hetgeen in de literatuur tot onwennige reacties

2 Hij deed hierbij expliciet geen moeite om dit begrip in een afgebakende betekenis te gebruiken (‘de jurist [beweegt] zich op glad ijs [bij] de explicatie van een sociologisch probleem’). Wel gaf hij aan dat in zijn verhandeling aan de notie van publieke opinie tenminste drie te onderscheiden betekenissen werden gegeven: ‘het produkt van de discussie tussen geïnformeerde en geïnteresseerde burgers’, de ‘algemeen heersende opvatting’ en ‘de verzameling van individuele meningen.’ Hiermee geeft hij toch enig inzicht in wat hij zelf onder het concept verstaat. Zie Mulder 1970, p. 163.

3 Zie Mulder 1970, p. 176. Zijn studie bevat in wezen twee gevalstudies: een naar de afschaffing van de doodstraf in 1870 en een naar de invoering van de Zedelijkheids-wetten in 1911. Mulder lijkt in beide studies vooral niet onder de indruk van het niveau van argumentatie. Overigens verschillen zij onderling sterk: waar de afschaffing van de doodstraf vooral zou zijn aangestuurd door de elites van enkele zuilen (‘het denkend deel der natie’), werd de invoering van de zedelijkheidswetten vooral bewerkstelligd door enkele belangengroepen die ‘het oor [hadden] van de regering’ (p. 171). Voor een andere bron over de invloed van publieke opinie op wetgeving, zie Rood-Pijpers 1988, i.h.b. p. 13.

4 Zie hierover name Van Lent 2008, bijvoorbeeld op p. 23-25. Of eerder Kempe 1959, 1975.

5 De Pinto vroeg zich bijvoorbeeld af of men voor het vinden van de ‘volksvertuiging’ te rade moest gaan bij de ‘ruwe en onbeschaafde menigte’. Zie De Pinto 1869, p. 264.

6 Vgl. Cleiren en De Roos 2002, bijvoorbeeld op p. 177.

aanleiding gaf.⁷ De vraag die hier toen aan de orde werd gesteld, was in hoeverre het strafrecht – of de keuze voor strafrechtelijke vervolging – zich zou moeten voegen naar de aan verandering onderhevige publieke opinie. De literatuur van toen leest overigens als het spiegelbeeld van die van vandaag de dag: de publieke opinie (althans dat deel daarvan dat zich het luidst liet horen) poogde de strafrechtspleging toen juist uit het publieke domein te duwen, terwijl tegenwoordig wordt aangenomen dat het publiek almaar méér strafrecht verlangt. Hoe dan ook, de rond 1970 ingedaalde norm dat het strafrecht in enige mate responsief moet zijn, is nadien niet meer wezenlijk geïmplementeerd.⁸

Ongeveer rond de eeuwwisseling is de belangstelling voor publieke opinie in de literatuur weer herleefd.⁹ Een belangrijk verschil met de publicaties uit de vorige eeuw, is dat het debat nu op een andere manier van informatie wordt voorzien. Waar men in de jaren 70 de publieke opinie nog globaal placht te schatten door daarvoor ingestelde commissies, hetgeen tot quasi-empirische uitspraken leidde waarin men het bestaan en de inhoud van de ‘publieke opinie’ afleidde uit bijvoorbeeld demonstraties,¹⁰ kwam in de jaren 90 het grootschalige enquêteonderzoek op. Dit leidde tot vertrouwensmonitoren en ander opinieonderzoek waarmee opinies van mensen direct konden worden gemeten en in grafieken gepresenteerd.¹¹ Dat ging gepaard met een toenemende (pretentie van) exactheid; en bovendien met een in kracht aanzwellend debat over het al dan niet bestaan van een ‘kloof’ tussen de strafrechtspleging en de publieke opinie.¹² Dit in toenemende mate ‘meten’ van publieke opinie liet overigens onverlet dat het denken

7 Het hoogtepunt van deze discussie vond plaats naar aanleiding van de *Telegraaf* en de daarover verschenen rapporten van de Commissie-Enschedé. Gewezen kan onder meer worden op Feber 1970; Langemeijer 1970, 1971; Ter Heide 1970; Van Veen 1970. Door de bril van nu gelezen, valt in deze literatuur vooral op dat men enigszins van het stuk gebracht is door zoveel maatschappelijke tegenkracht. Zie voor een terugblik op deze periode 't Hart 1994b, p. 48 e.v..

8 De inmiddels ingeburgerde term responsief recht is gemunt door Nonet en Selznick (1978). De opkomst hiervan wordt door hen gesitueerd vanaf de jaren 70, hetgeen dus in lijn is met de Nederlandse strafrechtelijke literatuur.

9 Een grens als deze is natuurlijk altijd arbitrair. Zeker in Angelsaksische landen kan de opkomst van belangstelling voor publieke opinie eerder – in sommige landen rond het eind van de jaren 80 en in andere in het begin van de jaren 90 – worden geplaatst. Dit heeft er mede mee te maken dat de hierna te bespreken opkomst van grootschalige enquêteonderzoek en politisering van het strafrecht daar ook eerder plaatsvond.

10 Gedacht kan worden aan de regeringscommissie onder leiding van Melai, die zich boog over de (publieke opinie over) zedelijkheidswetgeving, of aan de werkgroep Lange-meijer, die de (publieke opinie ten aanzien van) beledigingsdelicten onder de loep nam.

11 Het onderzoek dat hier de vrucht van is wordt in hoofdstuk 4 uitgebreid inhoudelijk besproken.

12 Zie o.a. Huls, Mevis en Visscher 2003; Van de Bunt en Mevis 2004, p. 5; De Keijser, Van de Bunt en Elffers 2004; Elffers en De Keijser 2004, 2007; Elffers en De Keijser 2009; De Jong 2012, p. 11.

over publieke opinie als een ongrijpbare kracht die invloed uitoefent op het strafrecht en de actoren binnen de strafrechtspleging, ook bleef bestaan.¹³

Naast de herleefde belangstelling in de wetenschappelijke literatuur ontstond – eveneens zo vanaf de eeuwwisseling – een klimaat waarin actoren in de strafrechtspleging meer relevantie aan de mening van het publiek leken toe te kennen. Gaandeweg gingen de strafrechtspraak en het OM op een steeds meer directe wijze met het publiek de dialoog aan. Voor wat betreft de strafrechtspraak kan gedacht worden aan het Project Motiveringverbetering in Strafzaken (PROMIS), de aanzienlijke verruiming van de *Persrichtlijn* van de gerechten in 2013,¹⁴ de opkomst van persrechters, het streven naar ‘klare taal’¹⁵ en aan expliciete referenties aan het ‘normale spraakgebruik’ in rechterlijke uitspraken.¹⁶ Het is ook deze tijdgeest die doorklinkt in het vijfjarenplan *Perspectief op 2010* van het OM. In dit document, dat later in dit onderzoek centraal zal staan bij de twee gevalstudies, is de ‘verbinding met de samenleving’ het centrale thema.¹⁷ Dit wordt geconcretiseerd door twee beleidsvoornemens: een actiever en opener voorlichtingsbeleid over lopende strafzaken zou het opereren van het OM duidelijker voor het voetlicht moeten brengen en met nieuw te organiseren burgerraadplegingen wilde het OM in beeld brengen hoe het publiek denkt over straftoemeting.¹⁸ Ten slotte roerde ook de strafrechtspolitik zich. Zo werd een discussie over de invoering van lekenrechtspraak gevoerd, een discussie die overigens al snel weer ging liggen.¹⁹

Met de hiervoor genoemde vinger- en gedachteoefeningen van rechtspraak en politiek is het debat over de optimale verhouding tussen het strafrecht en de publieke opinie niet tot stilstand gekomen. In de jaren voor aanvang van dit onderzoek verscheen een parade aan publicaties over mogelijkheden de rechtspraak nog ‘transparanter’ of nog ‘zichtbaarder’ te maken.²⁰ Tijdens de looptijd van dit onderzoek verscheen onder andere een rapport van het *The Hague Institute for Innovation of Law* (HiiL). In een tamelijk alarmerende toonzetting stelde dit instituut dat ons stelsel van

13 Vgl. in die zin Buruma 2011; Boone 2019, o.a. p. 35 e.v..

14 Zie hierover onder andere De Groot-van Leeuwen e.a. 2015.

15 Zie bijvoorbeeld Janssen, 2018.

16 De Hoge Raad is hier bij de uitleg van het leerstuk roekeloosheid mee begonnen. Zie HR 15 oktober 2013, NJ 2014/27, m.nt. Keijzer. Zie hierover ook § 2.8.

17 Zie OM 2006 en zie nader § 8.2.

18 Voor beide voornemens biedt OM 2006 de klarenstoot. In het nadien verschenen vijfjarenplan *Perspectief op 2015* (OM 2011) kwam hier geen wezenlijke verandering in. In hoofdstuk 8 en 9 wordt hier vanzelfsprekend nader op ingegaan.

19 Na een suggestie van het Tweede Kamerlid Eerdman, die overigens direct door de minister werd verworpen (*Kamerstukken II* 2005/06, 30300 VI, 66), is een onderzoek uitgevoerd waarin de voor- en nadelen werden geïnventariseerd (De Roos 2006). Dit leidde tot de slotsom dat lekenrechtspraak werd ontraden. Al eerder kwam Groenhuijsen tot die conclusie (2005, p. 841). Zie over de discussie uit 2006 ook Eerdman 2007; De Roos 2007; Boutellier en Lünemann 2007.

20 Broeders e.a. 2013; Prins 2013; Verschoof 2013.

strafrechtspleging ‘veel meer van de samenleving kan zijn. (...) Opener, meer van ons samen en minder van “justitie” alleen.’ Het deed ook voorstellen om de ‘betrokken burger’ te betrekken bij de straftoemeting en bij ‘innovatieve procedures’, die in de plaats zouden moeten komen van het geldend strafprocesrecht.²¹ In een boek dat de nodige aandacht trok, trachtte een voorheen aan het OM verbonden onderzoeker de discussie over de wenselijkheid van lekenrechtspraak nieuw leven in te blazen.²² Dit vond opnieuw weinig weerklank. Daarnaast werden ook tijdens het onderzoek weer nieuwe pleidooien voor meer transparantie gevoerd.²³

Al deze literatuur overziend, vallen ten minste drie zaken op. Allereerst is duidelijk dat er, zeker in de hedendaagse literatuur, aanzienlijke verschillen van mening bestaan over wat er anders moet. Waar sommige voorstellen vooral een heilzame werking verwachten van het beter begrijpelijk maken van de strafrechtspleging – zonder dat hiervoor echt wezenlijke aanpassingen in de instituties zelf hoeven te worden gedaan – zijn er ook genoeg die (veel) verder gaan en bepleiten dat beslissingsmacht moet worden overgeheveld van expert-professionals naar burgers of burgerpanels.²⁴ Ten tweede valt op dat in de literatuur niet meer dan een globale overeenstemming bestaat over wat ‘publieke opinie’ mag worden genoemd. Wat sommigen publieke opinie noemen, wordt door anderen weer anders genoemd en omgekeerd gaan onder het begrip publieke opinie veel verschillende betekenissen schuil.²⁵ Ten slotte kan worden geconcludeerd dat er sinds de eeuwwisseling wel een overtuiging lijkt te hebben postgevat dat de relatie tussen het publiek en het strafrecht verbetering behoeft, maar blijkt tegelijkertijd dat de vraag wat nu precies het probleem is dat moet worden opgelost maar beperkt wordt geconcretiseerd. Referenties aan een ‘kloof’ – soms ook wel ‘legitimiteitskloof’²⁶ genoemd – zijn in de Nederlandse literatuur schering en inslag. Maar wat daar dan precies onder verstaan moet worden, en waarom het bestaan van zo’n kloof problematisch is, blijft vaak in het midden. Dit leidt ertoe dat voor sommigen de

21 HiiL 2018 p. 3.

22 Beunders 2018, p. 180.

23 Zie bijvoorbeeld Grimmelikhuijsen 2018.

24 Het gaat hierbij al lang niet meer alleen om lekenrechtspraak, maar ook om allerlei vormen van burgerpanels die vervolgingsbeslissingen (meestal lijkt te worden bedoeld: dagvaardingsbeslissingen) zouden kunnen nemen, reviseren of becommentariëren, aan wie een wetgevende bevoegdheid zou moeten toekomen of die zeggenschap zouden moeten hebben in de strafexecutie. Dit soort voorstellen kunnen onder meer gevonden worden in het rapport van HiiL (2018).

25 Zo wordt in de literatuur bijvoorbeeld ook wel gesproken over maatschappelijke opvattingen, oordelen of opvattingen van leken, meningen van burgers of de bevolking, enzovoort. Zie voor een greep uit de Nederlandse literatuur waar bovenstaande terminologie in voorkomt De Keijser 2013; Koomen, 2006; RMO 2003; Van der Laan 1993; Wagenaar 2008. In het vierde hoofdstuk komt deze literatuur inhoudelijk aan de orde.

26 Zie Groenhuijsen 2005.

eenvoudige vaststelling dat een kloof tussen professionele rechters en de bevolking ‘van alle tijden’ is, voldoende is om de discussie de nek om te draaien.²⁷

2.3 HET INTERNATIONALE DEBAT: VIER PLEITBEZORGERS VOOR EEN STERKERE ORIËNTATIE OP PUBLIEKE OPINIE

De hiervoor beschreven Nederlandse ontwikkelingen staan niet op zichzelf. Ook in andere jurisdicties was vanaf de jaren 70 de opkomst van responsief recht en vanaf het eind van de vorige eeuw een opkomst van opinieonderzoek zichtbaar.²⁸ En ook in andere landen bestaan zorgen over een vermeende verwijdering tussen het publiek en de strafrechtspleging, hetgeen er ook daar toe leidt dat van alles wordt geprobeerd om dit te verhelpen.²⁹ En tenslotte geldt ook voor de internationale literatuur dat de overtuiging dat de strafrechtspleging behoefte heeft aan meer burger en minder professional, de wind flink in de zeilen heeft.³⁰ In de internationale literatuur vallen voorstellen te lezen voor het invoeren of uitbreiden van juryrechtspraak, het betrekken van burgers bij het opstellen van delictomschrijvingen, het betrekken van burgers bij het opstellen van straftoemingsbeleid, het betrekken van burgers bij het prioriteren van politie-inzet en het stellen van vervolgingsprioriteiten en voor het betrekken van burgers bij allerlei nieuwe procedures, variërend van herstelrechtelijke procedures, procedures met betrekking tot tenuitvoerleggingsbeslissingen en nog – veel – meer. Om een enigszins compleet maar toch overzichtelijke dwarsdoorsnede van deze literatuur te geven, wordt hieronder iets dieper ingegaan op het werk van vier auteurs, te weten auteurs die denkrichtingen vertegenwoordigen die in de internationale literatuur breder worden aangehangen.

Een eerste voor dit onderzoek relevante auteur is Paul Robinson.³¹ Hij bepleit hervorming van het materiële strafrecht, hetgeen geënt zou moeten worden op – wat hij noemt – ‘gemeenschapswaarden’. Hij heeft daarvoor een methode in gedachte die als volgt kan worden samengevat:

27 Groenhuijsen 2007c, p. 16.

28 Zie over de opkomst van responsief recht Nonet en Selznick 1978. Zie over de ‘advent of polling’ in de VS, het VK, Canada, Australië en Nieuw-Zeeland Roberts e.a. 2003, p. viii; Turner 2018, p. 64 e.v..

29 Zo worden in veel jurisdicties burgers betrokken bij het formuleren van het straftoemingsbeleid. Zie voor een overzicht van de situatie in Minnesota, Engeland, Australië, Schotland, Zuid-Afrika en Nieuw-Zeeland verschillende bijdragen in Freiberg en Gelb 2008a.

30 Vgl. Dzur Loader, en Sparks 2016; Roberts en De Keijser 2014; Ryberg 2010.

31 Robinson vat zijn hervormingsvoorstellen samen in zijn *magnum opus* (Robinson 2013), waarin hij een synthese presenteert van een reeks aan opinieonderzoek dat in diverse artikelen en een boek (Robinson en Darley 1996) al eerder is gepubliceerd. Zie Robinson 2014 voor een kernachtige samenvatting.

hij wil burgers zelf materiële gedragingen laten omschrijven en deze 'delictsomschrijvingen' vervolgens door hen op volgorde van ernst laten rangschikken. Robinson wil burgers niet zelf de sanctienorm laten bepalen. Dit zouden deskundigen moeten doen, op basis van de door burgers vastgestelde ordinale rangordes.³² Zijn voorstellen zouden voor de Nederlandse situatie impliceren dat tenminste algemene leerstukken, delictsomschrijvingen, strafvorderingsrichtlijnen en de oriëntatiepunten voor de straftoemeting op de schop zouden moeten. Van belang is ten slotte dat Robinsons overtuiging dat het volk verwezenlijking van het materiële strafrecht als hoogste goed beschouwt, hem tot bepaalde opvattingen brengt over het procesrecht. Deze komen er kort gezegd op neer dat dit volledig ten dienste zou moeten staan van het vinden van de materiële waarheid en het daarop toepassen van het materiële strafrecht.³³ Daar wordt hieronder nog op teruggekomen.³⁴

Een andere weg is ingeslagen door Tom Tyler.³⁵ Hij staat voor een behavioristische onderzoekstraditie die als uitgangspunt heeft genomen dat niet materiële uitkomsten, maar de gepercipieerde rechtvaardigheid van de gevolgde *procedure* van groot belang is voor hoe het publiek de prestaties van de strafrechtspleging ervaart.³⁶ Dit heeft hem gebracht tot voorstellen voor het 'moreel afstemmen' van het strafprocesrecht op opvattingen van burgers.³⁷ Meer divers zijn de voorstellen van Albert Dzur. Zijn publicaties strekken onder meer tot (uitbreiding van) juryrechtspraak, verruiming van herstelrecht en het instellen van burgerfora die onder meer het laatste woord zouden moeten hebben over de prioritering van politie-inzet en vervolgingsbeslissingen.³⁸ Op die manier zou een sterkere overeenstem-

32 Zie Robinson 2014, i.h.b. p. 61-62.

33 Zie Robinson 2014, p. 73-74, waar hij zijn stelling als volgt formuleert: 'Community views, as established through empirical research, ought to set the basic criminal law rules for liability and punishment, and those rules ought to be applied the same to all defendants.'

34 Zie daarvoor later in deze paragraaf. Omdat aan het werk van Robinson veel empirisch opinieonderzoek ten grondslag ligt, wordt ook in het hoofdstuk waar dit empirische onderzoek wordt besproken nog nader op de empirische aspecten van zijn werk ingegaan (zie § 4.7.1).

35 Zie voor zijn *magnum opus* Tyler 2006, waarin de bevindingen van veel eerdere publicaties zijn samengevat.

36 Zie bijvoorbeeld Tyler 2006, p. 7.

37 Tyler en Jackson 2013, p. 92.

38 Zie o. a. Dzur 2014, p. 214-216, alwaar hij zijn monografie (Dzur 2012) samenvat. Dzur is zeer stellig over de werkelijke invloed voor het publiek. Burgerfora met slechts een adviserende functie wijst hij af (2014, p. 221). Zie zijn pleidooi voor juryrechtspraak uitgebreider in Dzur 2012, p. 125 e.v en zie uitgebreider over het 'democratiseren' van het prioriteren van politie-inzet p. 107-124. Zie voor een eerdere (niet door Dzur genoemde) publicatie waarin democratisering van politie-inzet wordt onderzocht al Jones, Newburn, en Smith 1996. Zie voor een andere auteur die herstelrecht ook beschouwt als synoniem voor 'bringing the public back in' Brooks 2016, p. 148.

ming tussen de strafrechtspleging en de wensen van de ‘publieke opinie’ bereikt kunnen worden.³⁹ In recenter werk pleit hij er ook voor dat burgers een rol zouden moeten krijgen in de executie van straffen, bijvoorbeeld door bij de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf de lokale gemeenschap te betrekken.⁴⁰ Inhoudelijk deels vergelijkbaar zijn ten slotte de voorstellen van Stephanos Bibas. Hij pleit onder meer voor uitbreiding van het herstelrecht, slachtofferemancipatie en juryrechtspraak.⁴¹ Dit zou volgens hem tot een betere harmonie tussen ‘publieke opinie’ en de ‘machinerie van de strafrechtspleging’ moeten leiden.⁴²

De voorstellen van deze vier auteurs zijn niet alleen zeer divers, ze zijn ook op tal van punten onderling tegenstrijdig. Met name tussen de materieelrechtelijk georiënteerde Robinson en de meer op het proces en executie georiënteerde anderen doen zich opvallende verschillen voor. Zo stelt Robinson voorop dat het voor een geloofwaardige strafrechtspleging cruciaal is dat de materiële waarheid wordt vastgesteld in een strafprocedure en vervolgens ook consequent conform die materiële waarheid wordt gestraft. Om die reden verzet hij zich expliciet tegen verruiming van het herstelrecht en komt hij – terwijl hij net als Dzur en Bibas zegt zich op de wensen van het publiek te baseren – toch tot een tegenovergestelde conclusie.⁴³ Robinson is bovendien, opnieuw vanwege het belang dat hij hecht aan consequente toepassing van het materiële recht, fel gekant tegen het sanctioneren van vormverzuimen, tegen leerstukken die het verwezenlijken van het materiële recht zouden kunnen verhinderen (waaronder (vervolgings)verjaring en *ne bis in idem*)⁴⁴ en stelt dat er tijdens het strafproces ‘geen plaats is voor mededogen’.⁴⁵ Andere auteurs, Tyler voorop, zien dit anders. Zij hechten aan een procedure waarin iedereen wordt gehoord en alle procesdeelnemers het gevoel krijgen dat hun perspectief gehoord wordt en ertoe doet. Deze gedachtegang leidt al snel tot de conclusie dat een ijzeren, machinale toepassing van het materiële strafrecht juist *niet* is wat burgers zouden willen.⁴⁶

39 Zie Dzur 2012, bijv. op p. 30 en 38.

40 Dzur 2016. Deze voorstellen lijken voor de Nederlandse context minder revolutionair dan voor de Amerikaanse: in sommige Nederlandse instellingen is hier immers al in enige mate sprake van.

41 Bibas 2012, p. 129-166.

42 Bibas 2012. Zie bijvoorbeeld op p. xxxii: ‘public opinion and popular morality are central to my argument’.

43 Robinson 2013, p. 209-215.

44 Robinson 2013, p. 215-216.

45 Robinson 2013, p. 202-207.

46 Dit verschil tussen Robinson en Tyler is overigens opvallend, omdat zij veelvuldig naar elkaar verwijzen, maar hun toch manifeste verschil van inzicht niet zelf problematiseren.

Het geheel overziend, blijkt ten eerste dat de overtuiging dat het straf(proces)recht of de strafrechtspleging meer gericht zou moeten zijn op de publieke opinie een overtuiging is met vele kostgangers.⁴⁷ De voorstanders van een versterkte oriëntatie houden er onderling heel andere ideeën op na over wat er anders moet en projecteren dus ook zeer uiteenlopende verlangens op het publiek. Ten tweede blijkt uit het voorgaande overzicht dat ook in het Engelstalige debat de gebezigde terminologie verschilt. Bibas en Dzur kiezen voor het begrip ‘publieke opinie’.⁴⁸ Tyler en Robinson gebruiken andere termen, maar het onderzoek waar zij naar verwijzen, is hetzelfde – of lijkt als twee druppels water op – het onderzoek dat elders weer wel wordt aangeduid als onderzoek naar ‘publieke opinie’.⁴⁹ Dit beeld is symptomatisch voor de staat van de internationale literatuur. Enerzijds is de term ‘publieke opinie’ in brede kring in zwang en wordt hij voor allerhande, verschillend geoperationaliseerd onderzoek gebruikt. De resultaten van dit onderzoek staan soms haaks op elkaar en bijgevolg wordt in de literatuur discussie gevoerd over welke operationalisering de ‘ware aard’ van publieke opinie zou blootleggen – waarover later in dit onderzoek meer.⁵⁰ Tegelijkertijd lijkt de term publieke opinie door alle verwarring zo besmet te zijn geraakt, dat sommige onderzoekers maar hun eigen, zelfbedachte terminologie zijn gaan gebruiken. Robinson is hier – met zijn ‘gemeenschapswaarden’ – een voorbeeld van.⁵¹ Al met al is het begrip van de bestaande literatuur er zo niet eenvoudiger op geworden en is, met name rondom de notie van publieke opinie, een semantisch labirint ontstaan.⁵²

Een vraag die in deze paragraaf nog bewust buiten beschouwing is gelaten – maar die door al het wapengekletter aan radicale hervormingsvoorstellen wel wordt oproepen – is *waarom* het van deze auteurs allemaal

-
- 47 Overigens vallen veel van de hiervoor genoemde Nederlandse voorstellen wel te herkennen in de internationale literatuur. Zo lijken de burgerpanels die het HiiL voorstaat wel op de burgerpanels die met name Dzur en Bibas bepleiten. Het geven van een stem aan burgers bij het bepalen van de straftoemeting – een voorstel van datzelfde HiiL – doet dan weer meer denken aan Robinson – zij het dat Robinson dat voorstel grondiger heeft uitgewerkt en de sanctienorm juist niet door burgers wil laten vaststellen. De voorstellen voor enige vorm van juryrechtspraak van Beunders – en daarvoor van onder anderen het Kamerlid Eerdmans – vallen ook terug te vinden in de voorstellen van Bibas en Dzur – met dien verstande dat zij schrijven over een jurisdictie waar de jury al een plek heeft, het gaat hen dan ook om het revitaliseren en verruimen van juryrechtspraak.
- 48 Aangetekend moet worden dat Bibas en Dzur zich – anders dan Robinson en Tyler – niet baseren op eigen empirisch onderzoek. Zij combineren uiteenlopend bestaand empirisch onderzoek en (eigen) normatieve en empirische theorievorming.
- 49 Dit onderzoek wordt in hoofdstuk 4 inhoudelijk besproken.
- 50 Zie eerder in § 1.2 en § 1.4. In § 4.9.1 wordt op basis van het bestaande onderzoek op deze methodenstrijd gereflecteerd.
- 51 Een ander voorbeeld is de notie van ‘public judgement’, een term die wordt gebezigd in Roberts en Stalans 1998, p. 35; Green 2005; Gelb 2008. De term is gemunt door Yankelovich (1991, zie i.h.b. p. 38 e.v.). Weer een ander voorbeeld is de term ‘community experience’, een term die onder andere door Bagaric 2014 wordt gebruikt.
- 52 Deze situatie kan beschouwd worden als een patstelling. Vgl. § 1.2 en § 1.4.

anders moet. Het zal niet verbazen dat ook ten aanzien van die vraag de nodige verschillen in de literatuur te ontwaren zijn. Kort gezegd bestaan er consequentialistische, deontologische en combinatie-redeneringen.⁵³ Bij consequentialistische redeneringen draait het om de voordelige gevolgen van een andere oriëntatie op het publiek. De gedachte is dan dat het meer betrekken van burgers ertoe zal leiden dat burgers vaker zelf de strafwet naleven of meer zullen meewerken met strafvorderlijke autoriteiten, waardoor de strafrechtspleging uiteindelijk goedkoper en efficiënter wordt. Robinson en Tyler zijn voorbeelden van auteurs die op deze manier redeneren.⁵⁴ Bibas is een voorbeeld van een deontologisch redenerende auteur: hij accepteert zelfs dat zijn voorstellen tot lagere efficiëntie en hogere kosten voor de strafrechtspleging zullen leiden, maar meent dat zo een hoger, intrinsiek goed, moreel doel wordt gediend.⁵⁵ Dzur combineert in zijn redenering zowel empirische als normatieve argumenten.⁵⁶

Voor al deze auteurs geldt echter dat zij voorstellen dat de huidige relatie tussen het publiek en de strafrechtspleging ernstig problematisch is. Zij schragen hun hervormingsagenda allemaal met de stelling dat het publiek niet accepteert hoe het nu gaat. Hiervoor maken zij handig gebruik van analyses die ook buiten de context van hervormingsvoorstellen wel bekend zijn: literatuur waarin de vraag centraal staat waar het in de relatie tussen publiek en strafrechtspleging nu in het bijzonder knelt. Op de hoofdlijnen van deze literatuur wordt in de volgende paragrafen ingegaan.

2.4 DE VERHITTING VAN HET PUBLIEK DISCOURS OVER MISDAAD EN STRAF

Diverse auteurs relateren de noodzaak het publiek meer bij het strafrecht en de strafrechtspleging te betrekken aan de verhitte discours over misdaad en straf. Een fenomeen dat met enkele accentverschuivingen ook wel is aangeduid als de emotionalisering,⁵⁷ verzuim,⁵⁸

⁵³ Vgl. Roberts en De Keijser, 2014.

⁵⁴ Zij verwachten ook beiden dat het overnemen van hun aanbevelingen voor een nieuwe strafrechtspleging ertoe zal leiden dat mensen zich meer normconform zullen gedragen: zo verwachten ze dat burgers strafrechtelijk gesanctioneerde normen beter zullen naleven en meer met strafvorderlijke autoriteiten zullen meewerken. Zie bijvoorbeeld Robinson 2014, p. 56-57 en Tyler en Jackson 2013, i.h.b. p. 88 e.v..

⁵⁵ Bibas 2012, i.h.b. p. xxvii.

⁵⁶ Enerzijds spreekt hij in morele oordelen over het democratisch tekort van het Amerikaanse stelsel van strafrechtspleging, anderzijds koppelt hij hieraan allerlei betrekkelijk pragmatische overwegingen. Een aantal hiervan komt in de volgende paragrafen aan bod.

⁵⁷ Beunders 2018.

⁵⁸ Van Stokkom 2010.

theatralisering,⁵⁹ mediatisering⁶⁰ of victimalisering⁶¹ van het maatschappelijk discours. De Britse criminologen Loader en Sparks zien in de verhitte en door emoties bevangen staat van het publieke debat een teken van een tanende legitimiteit van het stelsel van strafrechtspleging.⁶² Het ligt bovendien voor de hand te veronderstellen dat deze verhitte bijdraagt aan de ervaring van een overspannen relatie tussen actoren binnen de strafrechtspleging en de publieke opinie. Veel van de in de vorige paragraaf besproken voorstellen voor een andere oriëntatie op het publiek, gaan dan ook gepaard met de veronderstelling dat op die manier het maatschappelijk discours tot bedaren gebracht kan worden.⁶³

Het voornaamste probleem met deze redenering is dat voor diezelfde verhitte van het maatschappelijk discours ook tal van andere, buiten de invloedssfeer van het strafrecht of het stelsel van strafrechtspleging liggende factoren kunnen worden aangewezen. Er bestaat hierover immers een rijkgeschakeerde etiologische literatuur. En hoewel dit niet de plek is om dat allemaal nog eens samen te vatten of over te doen, is het – ook voor de rest van dit onderzoek – wel relevant dat de oorzaken voor de verhitte van het maatschappelijk discours ook gezocht zouden kunnen worden in aan het strafrecht externe, maatschappelijke tektoniek.⁶⁴ Wanneer de ‘werkelijke’ – als daar sprake van kan zijn – oorzaak voor die verhitte buiten de invloedssfeer van de strafrechtspleging ligt, kunnen de aspiraties van een nieuwe oriëntatie op de publieke opinie immers nooit anders dan bescheiden zijn: het gaat dan immers hooguit om symptoombestrijding.⁶⁵

59 Witteveen 2001, i.h.b. p. 90; Buruma 2011; Elchardus 2002. Deze beeldspraak lijkt tot doel te hebben uit te drukken dat het publiek iets leuks wil hebben om naar te kijken en autoriteiten zich ‘front stage’ (vgl. Goffman 1990), of ‘naar de regels van de dramaturgie’ (Elchardus 2002, p. 192–193) moeten presenteren.

60 Ruigrok e.a. 2011, p. 30–31; Terpstra 2013; Van der Veer e.a. 2013, p. 44.

61 Boutellier 2005, i.h.b. p. 113–132; Daems 2007; Buruma 1994; ‘t Hart 1994b, p. 38.

62 Loader en Sparks, 2013, i.h.b. p. 107–109.

63 Dzur, Loader en Sparks 2016, i.h.b. p. 3; Robinson 2013, p. 120–128; Tyler en Jackson 2013, i.h.b. p. 88 e.v..

64 Zo wordt de verhitte van het maatschappelijk discours wel verklaard vanuit de afbouw van de verzorgingsstaat en toegenomen (baan)onzekerheid door mondialisering, waardoor (sociale) onzekerheid zich zou zijn gaan uiten in een verlangen naar fysieke zekerheid. Zie voor zo’n redenering Wacquant 2008 en Bauman 2006. Andere theorieën knopen weer aan bij de these van het civilisatieproces, die in toenemende mate zou dicteren onaangepast of deviant gedrag uit de samenleving te bannen, zie Pratt 2005; en vgl. Elias 2011. Weer anderen verklaren het uit de afgenomen geloofwaardigheid van grote ideologieën die de samenleving het grootste deel van de twintigste eeuw in hun greep hielden, waardoor de publieke arena nu gevuld moet met andere onderwerpen. Zie voor een voorbeeld Habermas 1991. Weer anderen verklaren het hardvochtige publieke discours uit een overgevoeligheid voor risico’s. De redenering is dan – kort gezegd – dat mensen doordat het leven steeds beter te plannen valt en bedreigingen die in vroeger tijden reëel waren steeds meer zijn uitgebannen, overgevoelig zijn geworden voor de risico’s die niet te verzekeren of uit te sluiten vallen, zoals het risico slachtoffer te worden van criminaliteit. Zie Beck 1999; Giddens 1998. Zie voor uitgebreidere bloemlezingen bijvoorbeeld Garland 2001, i.h.b. p. 75–94; Daems 2007.

65 Tot deze conclusie komt in elk geval Garland 2001, p. 76.

Een illustratie hiervoor is de gedachtegang van Dzur. Hij ziet als verklaring voor de verhitte van het publiek discours dat burgers te weinig weten over misdaad en straf. Dit zou volgens hem komen doordat de praktijk van de strafrechtspleging voor burgers niet meer te begrijpen valt, hetgeen dan weer het resultaat zou zijn van een bureaucratische organisatie, een hoge mate van complexiteit en – vooral – van het gegeven dat opsporing, berechting en de strafexecutie uit het zicht van de gewone man zijn geplaatst.⁶⁶ Waar de schoonheid van de uit vroeger tijden bekende strafvoltrekkingen op het dorpsplein tenminste was dat burgers alles – en dus ook de wreedheid – konden *zien*, is tegenwoordig vrijwel alles aan het zicht onttrokken en dit leidt er volgens Dzur toe dat stereotype denkbeelden over misdaad en bagatelliserende opvattingen over de zwaarte van de straf kunnen woekeren. De verhitte van het debat ligt dus wat hem betreft niet aan het publiek zelf, maar aan de wijze waarop de strafrechtspleging tegenwoordig is georganiseerd.⁶⁷ Vanuit deze overtuiging ligt zijn oplossing voor de hand: door de strafrechtspleging weer middenin de samenleving te positioneren – dus door burgers te betrekken bij de berechting, strafexecutie en wat dies meer zij⁶⁸ – zou de publieke opinie gekalmeerd kunnen worden. De overtuigende kracht van deze gedachtegang valt of staat echter bij de juistheid van zijn probleemanalyse. En op die overtuigende kracht valt wel wat af te dingen, al was het maar omdat er zoveel theorieën zijn waarin niet de institutionele verwijdering wordt aangewezen als (hoofd)schuldige voor de verhitte van het debat, maar een samenspel van andere factoren.⁶⁹

Het bovenstaande is maar één voorbeeld van een theorie die op het eerste gezicht misschien aannemelijk klinkt, maar bij nadere beschouwing vooral een bundeling van onbewezen en lang niet allemaal even aannemelijke hypothesen blijkt. Op dezelfde manier kunnen ook de theorieën van Tyler en Robinson op de snijtafel worden gelegd. Het probleem waar al deze redeneringen mee kampen is hetzelfde: het gaat om theorieën die zo groot zijn, dat zij zich niet lenen voor integrale toetsing (laat staan falsificatie). Hierdoor is de aannemelijkheid vooral een kwestie van facetmatige corroboratie en persuasieve argumentatie. Dat geldt overigens vaak evengoed

66 In dit verband leunt Dzur nadrukkelijk op Bauman 1989, wiens verklaring voor de Holocaust hij extrapoleert naar de hedendaagse strafrechtspleging, zie Dzur 2014, p. 210; 2016, p. 183. Vgl. Foucault 1977, p. 9; Giddens, 1991, p. 28.

67 Dzur schrijft: 'So rather than seeing public opinion as the problem to be resolved, as if it is the public's irrationality that is concerning, I view the amoral and irrational institutional conditions as the problem.' (2014, p. 206).

68 Zie voor enkele suggesties die Dzur daartoe doet de vorige paragraaf. En zie voor enkele in de praktijk ontstane initiatieven voor *community engagement* Allen en Hough 2008, p. 235 e.v..

69 Voor de goede orde: dat burgers weinig weten over misdaad en straf is genoegzaam aangetoond, zie § 4.6.2 voor het empirische onderzoek ter zake. Met deze vaststelling is echter nog niet gezegd dat burgers milder worden – laat staan het maatschappelijk debat zou afkoelen – als enkele burgers zouden deelnemen in strafprocedures, in de strafexecutie of anderszins.

voor de theorieën die juist structurele maatschappelijke veranderingen als oorzaak aanwijzen – en concluderen dat de strafrechtspleging hier dus zelf niet zoveel aan kan veranderen.

Voor het vervolg van dit onderzoek zijn de voorgaande vaststellingen om tenminste twee redenen van belang: allereerst prenten zij in dat de diagnose van de verhitte van het publiek discours is omgeven met onzekerheid – hetgeen natuurlijk van belang is voor het waarderen van eventuele remedies. Ten tweede zal bij het inventariseren en analyseren van bestaand opinieonderzoek, hierna in het vierde en vijfde hoofdstuk, het oog moeten worden gehouden op de verschillende verklaringen voor de publieke opinie. Hierbij is relevant in hoeverre die verklaringen steun geven aan de gedachte dat door een andere, publieksgerichte oriëntatie ook een verandering van inhoud van de publieke opinie kan worden bewerkstelligd.⁷⁰

2.5 EEN NIEUWE CONFIGURATIE VAN GEZAG

Een ander thema dat vaak in verband wordt gebracht met het onderwerp van dit onderzoek, is dat van de verandering van gezagsstructuren in hedendaagse westerse samenlevingen. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat waar gezag vroeger – grofweg: in het midden van de vorige eeuw – nog in tal van sociale verhoudingen – bijvoorbeeld in het gezin of ten aanzien van bepaalde instituties – ‘vanzelfsprekend’ was, dit tegenwoordig steeds opnieuw en met concrete prestaties moet worden ‘verdiend’.⁷¹ Er bestaan veel verschillende manieren waarop deze verandering is omschreven.⁷² In het onderstaande is als venster gekozen voor het werk van de Franse socioloog Rosanvallon.⁷³ Van belang hierbij is te bedenken dat Rosanvallon primair het oog heeft op het beschrijven van

70 Zie voor een conclusie ter zake § 4.6.1.

71 De slagzin dat gezag tegenwoordig ‘niet meer vanzelfsprekend is, maar verdiend moet worden’ valt te lezen in Verschoof 2013, p. 821; Weyers en Hertogh 2007, p. 8; Boutellier en Lünemann 2007, p. 61; Bokhorst en Witteveen 2013, p. 127; Grimmelikhuijsen, 2018.

72 Zo wordt wel gesproken over de ‘opkomst van de mondige burger’, in Van den Bos 2011; Van den Brink, 2002. De metafoor van De Swaan (2009), die spreekt over een verschuiving van een ‘bevelshuishouding’ naar een ‘onderhandelingshuishouding’ komt ook op ongeveer hetzelfde neer. Bauman (1987) – een van de inspiratiebronnen van Dzur – brengt een andere dimensie aan, door te schrijven dat de rol van de elite is veranderd: van gids en baken (‘legislator’) naar vertolker van wat onder (segmenten van) het publiek leeft (‘interpreter’). Gevat in de typologie van Weber – op wiens schouders Tyler (2006, p. 26 e.v.) zegt te staan – zou kunnen worden gezegd dat gezag dat louter boogt op een juridisch-bureaucratische grondslag meer dan voorheen wordt betwist, waardoor er behoefte wordt gevoeld de ontstane tekorten aan te zuiveren door het aanboren van andere bronnen. De WRR (2012, p. 192), spreekt in dit verband van een ‘Weber 1.0, Weber 2.0 en Weber 3.0’. In vergelijking met de eerste zou de laatste gezagsstructuur zich onder meer kenmerken door een horizontale in plaats van een verticale ordening, zou het een *bottom up* in plaats van *top down* systeem kennen en in plaats van te vertrouwen op de elite, zou het – volgens de WRR – vertrouwen op burgers.

73 Dit is gebaseerd op twee van zijn monografieën: Rosanvallon 2008 en 2011.

veranderingen in gezag in – met name – het politieke domein. Aan het slot van deze paragraaf wordt stilgestaan bij de vraag op welke manier – en in hoeverre – zijn observaties ook relevant zijn voor de Nederlandse (straf) rechtspleging.

De redenering van Rosanvallon begint met de vaststelling dat de wijze waarop (publieke)⁷⁴ besluitvorming in hedendaagse samenlevingen plaatsvindt, is veranderd. Waar inmenging van het publiek vroeger beperkt bleef tot het aanwijzen van beslissers, bijvoorbeeld door verkiezingen, getrapte benoemingen of een andere figuur, en deze beslissers vervolgens relatief ongemoeid werden gelaten, is in hedendaagse samenlevingen sprake van een bemoeizuchtige buitenwacht die zich op het niveau van individuele beslissingen in de besluitvorming mengt.⁷⁵ De overheid heeft zo, in zijn woorden, te maken gekregen met voortdurende ‘surveillance’ van buiten en kan hierdoor voortdurend ‘gecorrigeerd’ worden.⁷⁶ Rosanvallon introduceert in dit verband zijn eigen terminologie. Traditionele beslissers – hiermee bedoelt hij in elk geval de wetgevende en uitvoerende macht – duidt hij aan als de ‘democratie’. De waakzame buitenwacht noemt hij de ‘tegendemocratie’. Hoewel hij ‘publieke opinie’ noemt als één van de dominante krachten in deze tegendemocratie, is ze hierin niet de enige: Rosanvallon noemt ook rekenkamers, maatschappelijke organisaties en zelfs juridische supervisie – in het bijzonder het EHRM – als ingrediënten van dit moeilijk grijpbare amalgaam aan maatschappelijke tegenkrachten.⁷⁷

Deze beschrijving van de werkelijkheid heeft allereerst betekenis voor het begrip dat Rosanvallon heeft van gezag in hedendaagse westerse samenlevingen. In plaats van dat het, zoals voorheen nog het geval was, automatisch de formele beslissingsbevoegdheid volgt, ontstaat gezag tegenwoordig doordat een autoriteit keer op keer de proeve van ‘tegendemocratie’

74 Hier en daar extrapoleert Rosanvallon zijn theorie ook naar, onder meer, de wijze waarop grote bedrijven en andere actoren buiten het publieke domein zich in de hedendaagse maatschappij manifesteren. Op die momenten presenteert hij zijn theorie dus meer als een alomvattende schets van de sociale werkelijkheid dan als analyse van de democratie.

75 Rosanvallon is hier schatplichtig aan – de overigens niet door hem genoemde – Inglehart (1977, p. 3), die dit waarschijnlijk als eerste onder woorden bracht: ‘current changes enable [mass publics, LN] to play an increasingly active role in formulating policy, and to engage in what might be called “elite-challenging” as opposed to “elite-directed” activities (...) The newer “elite-challenging” style of politics gives the public an increasingly important role in making specific *decisions*, not just a choice between two or more sets of decision-makers.’

76 Rosanvallon 2008, i.h.b. p. 33-56. Rosanvallon onderkent natuurlijk dat dit niet geheel nieuw is. Hij laat zelfs aan de hand van een historische analyse zien hoe ‘tegendemocratie’ sinds de Franse Revolutie altijd heeft bestaan. Wel beargumenteert hij dat het relatieve gewicht hiervan in recente decennia is toegenomen.

77 Dit maakt al meteen duidelijk hoe ingewikkeld de positie van de rechtsprekende macht in het werk van Rosanvallon te plaatsen valt. Soms is het in zijn werk onderdeel van de overheid (en dus van de ‘democratie’) en wordt ze onderworpen aan toezicht door de ‘tegendemocratie’, waaronder de publieke opinie. Op andere momenten is de rechtsprekende macht zelf onderdeel van de tegendemocratie, bijvoorbeeld wanneer ze de uitvoerende of wetgevende macht wijst op haar gebondenheid aan internationale verdragen.

tische' inspectie doorstaat. De legitimiteit van een overheid is in zijn betoog dus ook niet zozeer een eigenschap van een machthebber. Veeleer is het een Gesamtkunstwerk van tal van maatschappelijke actoren; een uitkomst van een dialectisch proces.⁷⁸ Van belang is dat Rosanvallon deze nieuwe configuratie van gezag niet waardeert als een achteruitgang. Anders dan veel andere commentatoren, ziet hij hierin geen teken van verschraling van legitimiteit. Hij ziet hij het juist als een verrijking. Voor slechts één verschijningsvorm maakt hij een uitzondering: van het 'pathologische' bijproduct van de tegendemocratie – het populisme – moet hij niets hebben.⁷⁹

Interessant aan het werk van Rosanvallon is ook zijn beschrijving van de keten aan gevolgen. Enerzijds beschrijft hij veranderingen aan de zijde van het publiek. Dit zou bijvoorbeeld, juist omdat het voortdurend wil kunnen ingrijpen in besluitvorming, veel meer dan vroeger verlangen dat informatie die voor de eigen oordeelsvorming van belang is publiekelijk en in een zo vroeg mogelijk stadium wordt gedeeld.⁸⁰ Ook geeft hij tal van voorbeelden van interventies, van lobbygroepen tot (online) petitieën en enquêtes, die allemaal gedijen in een klimaat waarin aan de tegendemocratie belang wordt toegekend en daarom in hedendaagse samenlevingen relatief belangrijk zijn. Anderzijds beschrijft Rosanvallon hoe autoriteiten (de democratie) zich aan de wensen van het publiek zijn gaan aanpassen. Gezagsdragers delen volgens hem veel vaker en sneller informatie met het publiek; zij hebben de tegendemocratische logica dus tot op zekere hoogte geïnternaliseerd en geïnstitutionaliseerd.⁸¹ Gezagsdragers laten zich ook meer gelegen liggen aan de reacties van de tegendemocratie op de eigen besluiten: in plaats van een primaire oriëntatie op de eigen ideologie laten zij (Rosanvallon bedoelt hier primair: politici) zich leiden door signalen uit de publieke opinie. Een laatste voor dit onderzoek interessante observatie volgt uit het feit dat het voor autoriteiten belangrijk is geworden dat zij zich staande kunnen houden in een realiteit waarin zij voortdurend op de vingers gekeken worden. Rosanvallon besteedt in dat verband aandacht aan wat hij omschrijft als het hedendaagse belang van reputatie, hetgeen zich bijvoorbeeld zou uiten in de opkomst van communicatiedeskundigen, spin-

78 Om die reden past zijn theorie ook niet goed in de slagzin dat gezag 'verdiend' moet worden. In zijn beschouwing is gezag immers niet langer het exclusieve bezit (of een eigenschap) van een autoriteit, het is juist iets dat in dialoog tussen publiek en autoriteit ontstaat. Gelet hierop wordt in dit onderzoek gesproken over de hedendaagse 'constructie' (of 'configuratie') van gezag en over de legitimiteit van een gezagsrelatie en niet die van een autoriteit of machthebber (zie hierover nader § 6.4.3).

79 Rosanvallon 2008, p. 264. e.v. Dit heeft ermee te maken dat het populisme het surveilleren en corrigeren heeft geradicaliseerd en voor oneigenlijke doelen aanwendt. Het surveilleren verwordt bijvoorbeeld tot een voortdurende strooptocht naar politiek uit te venten misstanden, het 'corrigeren' ontaardt hier in het cynisch ridiculiseren van besluitvorming en het demoniseren van de (politieke) elite.

80 Rosanvallon noemt 'totale transparantie' het ultieme doel van burgers (2008, p. 258–259).

81 De Nederlandse lezer zal wellicht de Wet openbaarheid van bestuur als voorbeeld te binnen schieten. Zie voor de betekenis van deze wet voor de Nederlandse strafrechtspleging nader in § 8.2.

doctors en de intrede van marketing in de publieke sector.⁸² Door anderen is in dit verband ook wel gewezen op de ‘personalisering’ van gezag.⁸³ Het zou in het idioom van Weber ook een renaissance van charismatisch gezag genoemd kunnen worden.⁸⁴

De observaties die Rosanvallon doet, worden in de criminologische literatuur geregeld gelezen alsof zij zijn geschreven over de strafrechtspraak.⁸⁵ Dit is niet per se zo – de rol van de rechtspraak is in zijn werk juist bijzonder moeilijk te plaatsen. Toch is het wel begrijpelijk waarom Rosanvallons observaties ook hier zo sterk resoneren. Nog los van het feit dat de strafrechtspleging via de band van de strafrechtspolitiek met interventies van de buitenwacht te maken krijgt – waarover in de volgende paragraaf meer – vallen ook in de wijze waarop de strafrechtspleging zelf met het publiek interacteert veel van de ontwikkelingen die hij schetst te herkennen. Zo lijkt aan de zijde van het publiek ook in het strafrechtelijk domein sprake van een toegenomen veronderstelling dat de eigen mening ertoe doet.⁸⁶ Bovendien heeft de strafrechtspleging te maken met de nodige bemoeizucht, die, door de bril van Rosanvallon bekeken, zou kunnen worden aangemerkt als ‘tegendemocratische activiteit’. Alleen al tijdens de looptijd van dit onderzoek deden zich hiervan de nodige voorbeelden voor. Zo was er een inzamelingsactie voor kosten die verdachten (bekend als de ‘Blokkeerfriezen’) zouden maken door hoger beroep aan te tekenen, hetgeen feitelijk vooral neerkwam op een protest tegen de uitspraak in eerste aanleg;⁸⁷ was er de aanloop naar de tweede strafzaak tegen Wilders waarin het door zoveel mogelijk mensen laten doen van aangifte het karakter van een inzamelingsactie kreeg, erop gericht op het OM te bewegen tot het instellen van vervolging;⁸⁸ en waren daar meerdere petities, die ook in landelijke media aandacht verwierven en politiek resoneerden, waarmee werd beoogd veranderingen in wetgeving of rechtspraak teweeg te brengen.⁸⁹ En ook aan de zijde van de strafrechtspleging dringen zich parallellen op met de schets die Rosanvallon geeft van de hedendaagse ‘democratie’. Hierbij kan gedacht worden aan de diverse voorbeelden die hiervoor in paragraaf 2.2 zijn genoemd – van burgerfora tot persrechters – waaruit de bereidwil-

82 Rosanvallon 2008, p. 48.

83 Manin 1997, p. 219.

84 Zie hierover § 6.3.1.

85 Zie bijvoorbeeld Loader en Sparks 2013. Ook Dzur refereert geregeld aan Rosanvallon.

86 Weyers en Hertogh 2007, i.h.b. op p. 108-109.

87 Deze ‘inzamelingsactie’ kwam feitelijk neer op een adhesiebetuiging, met de te maken kosten had het bedrag ook weinig van doen. Zie hierover, en dan met name over de ‘theatrale elementen’ aan deze zaak Hulst en Van den Bos 2018, p. 3183.

88 De rechtbank overwoog in deze zaak dat er bijna 6500 keer aangifte was gedaan, maar voegde daaraan toe dat dit irrelevant was voor de voorliggende rechtsvraag. Zie Rb Den Haag 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014.

89 In dit verband kan gedacht worden aan de petitie *Anne Faber dood door schuld rechtssysteem* en de op de persoon gerichte aanvallen op betrokken magistraten in relatie tot die zaak. Zie daarover eerder Noyon 2017c; Spithoven 2018.

ligheid tot transparantie en de ontvankelijkheid voor commentaar lijkt te spreken. Bovendien geldt ook voor de rechtspraak dat de noodzaak van een goede reputatie onmiskenbaar wordt gevoeld.⁹⁰

Het zou een stap verder gaan om de observaties van Rosanvallon ook als een *instructie* aan de rechtspraak te lezen: hetgeen dan zou leiden tot de conclusie dat de rechtspraak inderdaad veel meer in samenspraak met het publiek tot oordeelsvorming moet komen. Deze opvatting wordt in de literatuur wel aangehangen,⁹¹ maar dit is zeker niet hoe Rosanvallon het zelf bedoeld heeft. Hij beschrijft in de eerste plaats een wisselwerking tussen twee ontwikkelingen die elkaar over en weer lijken te versterken: het publiek wil wat en de autoriteiten geven hier in zekere mate gehoor aan (en bevestigen zo de norm). En hoewel het aannemelijk is dat de veranderingen in het politieke domein ook de publieke verwachtingen ten aanzien van de rechtspraak beïnvloeden, voert het te ver om hieruit af te leiden dat de rechtspraak dus ook mee moet in de vaart der volkeren en die ook steeds moet faciliteren. Sterker nog, zelfs wanneer men geheel en al zou meegaan in de maatschappijanalyse van Rosanvallon, blijft de vraag boven de markt hangen wat er zou gebeuren als een autoriteit (in het geval van dit onderzoek: de strafrechtspleging) zich in weerwil van de verwachtingen van het publiek toch gesloten zou blijven opstellen. Misschien stukt de wisselwerking dan wel: wellicht zou dit na verloop van tijd de vraag naar transparantie wel doen opdrogen. Of misschien boezemt een autonome, niet al te responsieve inslag juist wel ontzag in.⁹² Maar het kan ook zijn dat deze suggesties hopeloos anachronistisch blijken en het inderdaad tot meer onbegrip leidt als de strafrechtspleging, anders dan andere staatsmachten, koppig in haar eigen relatieve geslotenheid zou volharden. Op die *million dollar question* valt, ook in het werk van Rosanvallon, het antwoord niet te vinden. Kortom, voor de autoriteiten in de strafrechtspleging die nog zoekende zijn naar hoe zich tot de nieuwe eisen van het publiek te verhouden, geeft ook dit gezichtspunt niet één juiste richting aan.

90 Zoveel blijkt wel uit door de rechtspraak geëntameerd onderzoek naar haar reputatie, zie Frissen, 't Hart, en Sieckelinck 2012; de opkomst van communicatiemedewerkers, zie De Groot-van Leeuwen e.a. 2015, p. 70; maar ook door de behoefte die rechters zeggen te hebben aan iemand die in het publiek debat 'mediageniek' hun perspectief voor het voetlicht kan brengen, zie Broeders e.a. 2013, p. 87. Vgl. ook Terpstra 2013, i.h.b. p. 363; Dijkstra 2014; Ruigrok e.a. 2011. Het kan ook afgeleid worden uit het feit dat televisieprogramma's waar de rechtspraak aan meewerkt worden onderzocht op effecten op reputatie – zie bijvoorbeeld Mediatest 2011 – en uit het gegeven dat de Raad voor de rechtspraak op sociale media actief is en daar opiniepeilingen organiseert. Dit wordt door speciale 'socialmediateams' gemonitord, zie § 8.6.5.

91 Vgl. Ryan, 2006, p. 45: '[Criminal justice actors, LN] need to understand that they no longer have governments all to themselves, that the growing clamour of the public voice(s) cannot be turned off, let alone quietly sidelined.'

92 Hol (2012) leest in het werk van Rosanvallon (vermoedelijk op p. 232) zelfs de stelling dat de publieke opinie in de rechtspraak een voorbeeld ziet voor evenwichtige oordeelsvorming, die het als 'leerschool' tot zich neemt bij het beoordelen van de politieke realiteit.

2.6 DE SUBVERSIEVE INVLOED VAN DE STRAFRECHTPOLITIEK

Een volgend debat waar het onderhavige onderzoek in gesitueerd kan worden, is dat waarin de vraag centraal staat hoe de subversieve invloed van de strafrechtspolitik kan worden geremd. Dát deze invloed problematisch is, is iets waar voor- en tegenstanders van publieksgerichte hervormingen het wel over eens zijn. Alom wordt aangenomen dat de geneigdheid van politici (en indien daar in een bepaalde jurisdictie sprake van is: gekozen professionals binnen de strafrechtspleging) om het publiek te paaien met steeds nieuwe beloftes over verdere verstrenging, verantwoordelijk is voor de punitiviteitsescalatie van westerse strafrechtelijke stelsels.⁹³ In het bijzonder wordt hierbij gewezen op de neiging van de strafrechtspolitik om uit tragische incidenten overhaast het falen van het systeem af te leiden – om vervolgens in allerijl wetgeving te entameren waarmee dit in het vervolg voorkomen zou moeten worden.⁹⁴ Een ander problematisch aspect is dat dit soort ingrepen vaak de discretionaire ruimte van de professionals in de strafrechtspleging beknotten – hetgeen impliciet of expliciet gepaard gaat met een zekere zondenbokretoriek en soms zelfs met een beschuldiging van kwade trouw.⁹⁵

93 Zie – onder anderen – Barker 2009, p.3 e.v.; Garland 2001, p. 13; Loader en Sparks 2013, p. 107; Turner 2016, i.h.b. p. 215; Indermaur en Hough 2002, p. 199; Roberts 1992, p. 101; Roberts e.a. 2003, i.h.b. p. 3-9; Van Stokkom 2013, p. 372; Lacey 2008, i.h.b. p. 62-77, 2011; Morgan 2002, p. 225; Green 2005, p. 138; Roberts en De Keijser 2014, p. 476; Casey en Mohr 2005, p. 142; Robinson 2014, p. 69, 2013, p. 128-140; Dzur 2012, i.h.b. p. 21-40 voor wat betreft de rol van gekozen politici. Zie Lippke 2014 over soortgelijke effecten bij gekozen aanklagers in Amerika.

94 Er bestaan talloze voorbeelden van hoe een incident aanleiding gaf tot punitieve politieke ingrepen in het straf(proces)recht, strafexecuties of het stelsel van strafrechtspleging. In Nederland kan dan bijvoorbeeld gedacht worden aan de dynamiek die uitmondde in het ‘taakstrafverbod’ van art. 22b Sr (zie nader § 7.7); publieke onrust over terbeschikking-gestelden die zich onttrokken aan verlof naar aanleiding waarvan de verlofregelingen werden aangescherpt (zie Van der Wolf 2012, p. 23–31); de regelmatig terugkerende discussies over voorwaardelijke invrijheidsstelling met politieke inmenging in de executie tot gevolg (het meest in het oog springende voorbeeld is hierbij waarschijnlijk de casus van Volkert van der G); of aan de commotie over de regeling voor de schorsing van de voorlopige hechtenis na de vrijlating van Saban B (*Kamerstukken II* 2010/11, 32882, 3, i.h.b. p. 2). Notoire voorbeelden uit Amerika zijn enkele naar slachtoffers vernoemde wetten, waarvan *Megan’s Law* waarschijnlijk de beruchtste is. Andere voorbeelden zijn de *Jacob Wetterling Act*, *Jenna’s Law* en *Katie’s Law*. Zie ook Ryan 2006, p. 44 e.v. en Lee 2007, i.h.b. p. 133-164.

95 Nederlandse voorbeelden van bepalingen die de discretionaire bevoegdheden van professionals inperken zijn art. 22b Sr (het taakstrafverbod), art. 509t lid 2 Sr, tweede volzin (het verbod tot contraire beëindiging tbs), art. 17 Verlofregeling tbs (de regel één jaar geen verlof). Ook gedacht kan worden aan de diverse wetsvoorstellen die strekken tot het in enige mate invoeren van minimumstraffen. Van het Lid Eerdmans: *Kamerstukken II* 2005/06, 30659, 2; van het Lid De Roon: *Kamerstukken II* 2008/09, 31938, 2; het voorstel van het kabinet Rutte I: *Kamerstukken II* 2011/12, 33151, 2 en het lid Markuszower, *Kamerstukken II* 2017/18, 34 846, 2. Vooralsnog heeft geen van deze voorstellen de eindstreep gehaald. Een notoir buitenlands voorbeeld zijn de *three strike laws*. Zie Zimring, Hawkins en Kamin 2001. Zie voor een uitgebreider overzicht van internationale discretie-beperkende ingrepen Roberts 2003b.

Er bestaan verschillende verklaringen voor het feit dat de strafrechtspolitiek in de afgelopen decennia zo'n punitieve koers is gaan varen. Zo wordt het wel toegeschreven aan de opkomst van enquêteonderzoek (waardoor politici opeens zagen hoe ontvankelijk het publiek zou zijn voor punitieve stellingnames);⁹⁶ en wordt het verklaard uit toegenomen kiezersvolatiliteit.⁹⁷ Wat al deze verklaringen gemeen hebben, is dat zij een bijproduct zijn van verkiezingen. En hoewel het bestaan van verkiezingen op zichzelf geen afdoende verklaring biedt (verkiezingen waren er immers al voor de strafrechtspolitiek de punitieve afslag nam),⁹⁸ verklaart dit wel waarom in de literatuur de nodige aandacht is voor manieren waarop de electorale dynamiek onschadelijk kan worden gemaakt. Een deel van de oplossingsrichtingen waaraan in de literatuur wordt gedacht, komt neer op het depolitiseren van het strafrecht en stelsel van strafrechtspleging. In deze literatuur wordt Nederland vanwege de beperkte politieke elementen nog wel eens als lichtend voorbeeld genoemd,⁹⁹ al bestaan er genoeg depolitiseringsvoorstellen die (veel) verder gaan. Het geheel en al onderbrengen van de strafrechtswetgevende bevoegdheid bij een apolitiek zelfstandig bestuursorgaan is waarschijnlijk de meest radicale onder de serieus voorgestelde opties.¹⁰⁰ Alternatieven zijn bijvoorbeeld apolitieke correctiemechanismen (die wetgeving zouden kunnen blokkeren) of aansprakelijkheidsstellingen voor politici wier wetgevingsvruchten achteraf niet blijken te hebben gewerkt.¹⁰¹

Heel realistisch en wenselijk zijn de voorstellen voor (verdergaande) depolitisering waarschijnlijk niet. Allereerst vergt het een bereidwilligheid van de politiek zichzelf aan de mast te laten binden – en dit lijkt niet heel waarschijnlijk. En als de strafrechtspolitiek hier al toe bereid zou zijn, lijkt het niet reëel dat ze dit ook tijdens de meest verhitte maatschappelijke

96 Zie hierover nader in § 5.2.2.

97 Hierdoor zouden gekozen politici niet meer zeker zijn van een eigen electoraat, waardoor zij zijn gaan proberen de op drift geraakte kiezers te verleiden met nieuwe verhalen. Zie Elchardus 2002; Tillie e.a. 2016; Van der Eijk en Van Praag, 2006.

98 Vgl. Groenhuijsen 2017 en Noyon 2018b.

99 Zie bijvoorbeeld Lacey 2008, i.h.b. p. 41-43. Zij veronderstelt dat consensuele democratieën minder snel in punitieve zin derailleren dan *majoritarian* modellen (zoals Amerika en Groot-Brittannië). Vgl. in die zin Green 2008 p. 13.

100 Vgl. bijvoorbeeld de aanbevelingen gedaan in Lacey 2008, p. 190 e.v. en Zimring, Hawkins en Kamin 2001. In beide publicaties wordt voorgesteld om respectievelijk de Britse en Amerikaanse strafrechtspleging te organiseren op een manier die vergelijkbaar is met het monetair beleid, hetgeen neerkomt op verregaande depolitisering en institutionele verwijdering (vergelijkbaar met de positie van een centrale bank).

101 Zie bijvoorbeeld Indermaur en Hough 2002, p. 204–205, die komen tot de volgende opsomming van mogelijke remedies: (1) het organiseren van instituties die als buffer kunnen fungeren tussen politiek en strafrechtspleging; (2) het beter organiseren van politieke aansprakelijkheidsstelling voor inadequate ingrepen; (3) het instellen van herzieningsmechanismen voor ingrepen die niet gesteund worden door onderzoek; (4) het beter voor het voetlicht brengen van wat wel ondersteund wordt door onderzoek; (5) het scheppen van een 'alternatief discours' over misdaad en straf; en (6) het beter informeren van de publieke opinie. Zie voor iets andere voorstellen Roberts e.a. 2003, p. 160-185; Allen 2006, p. 80–82; Green 2008, p. 286–291.

debatten zal weten vol te houden.¹⁰² De volgens velen¹⁰³ preciaire heden-daagse status van het *sub iudice*-beginsel doet wat betreft de politieke standvastigheid in elk geval niet het beste vermoeden. Belangrijker is natuurlijk dat het straf(proces)recht gaat over waarden en moeilijk voorstelbaar is dat deze waarden, zonder enige ruggenspraak met de waardengemeenschap die het dient, bepaald zouden moeten worden.¹⁰⁴ Voor apolitieke correctiemechanismen – bijvoorbeeld in de vorm van een zelfstandig bestuursorgaan dat wetgeving zou kunnen blokkeren – geldt eveneens dat zich dit in een Nederlandse context moeilijk laat denken. Aansprakelijkheidsstellingen zijn in een land met een consensueel democratiemodel – waar dus zelden één persoon kan worden aangewezen die verantwoordelijkheid draagt – al helemaal moeilijk denkbaar.

Mede tegen die achtergrond kan de opkomst van een tegenovergestelde denkrichting begrepen worden: een denkrichting waarin niet minder, maar *meer* burgerbetrokkenheid als oplossing wordt gezien.¹⁰⁵ De veronderstelling van veel voorstellen waarin juist een versterking van burgerbetrokkenheid wordt bepleit, is dat het niet de aard van de publieke opinie is die tot zulke problematische politieke besluitvorming leidt, maar de electorale structuur waarin van het publiek niet meer wordt gevraagd dan het af en toe uitbrengen van een stem. Dzur verwacht bijvoorbeeld dat burgers die zelf regelmatig werk in de strafrechtspleging verrichten, zich minder snel zullen laten verleiden door punitieve retoriek die vooral drijft op stereotypen – die burgers weten dan uit eigen ervaring immers wel beter. Ook wil hij, evenals Bibas en een aantal andere auteurs,¹⁰⁶ bevoegdheden die nu aan representatieve organen zijn toebedeeld overhevelen naar lekenpanels. Dzur verwacht dat dit soort directe democratie zal leiden tot minder ‘irrationele’¹⁰⁷ besluitvorming en acht dit bovendien ‘democratischer’. Dit is een gedachtegang die aansluit bij wat door onder anderen Dryzeck en Fishkin

102 Sinds Icarus ter zake de proef op de som heeft genomen, staat het gegeven dat was smelt bij hoge temperaturen immers buiten kijf.

103 De Meijer 2016, p. 180; De Roos 2003 p. 71; Stevens 2010; Cleiren en De Roos 2002, p. 178-179; Hertogh 2012, p. 16-18; Broeders e.a. 2013, p. 72; Den Tonkelaar, 2017; Schouten 2013, p. 642; Boutellier en Lünemann 2007, p. 46; Bemelmans 2018a, p. 402; Van Lent 2008, p. 221; Gommer, Woerdman en Lammers 2008, p. 35; Lochs 2019, p. 69-70, en p. 76.

104 Zie hierover uitgebreider § 6.4.1.

105 Aldus ook Loader en Sparks 2012, die dit ook aanmoedigen: ‘The proper response to the pathologies of contemporary crime politics is to seek to craft a better democratic politics, not to flee from politics altogether.’ (p. 33). Een relevante studie is i.h.b. Barker 2009, waarin drie typen van democratie worden vergeleken en met name de *deliberatieve* als minst escalerende uit de bus komt (zie i.h.b. p. 173)

106 Dzur 2016; Dzur, Loader en Sparks 2016; Bennett 2016; Green 2008, p. 286 e.v..

107 Dzur 2014, p. 204-206. Minder ‘irrationeel’ moet hier gelezen worden als minder door misverstanden gecontamineerd.

eerder voor het politieke domein is gepropageerd.¹⁰⁸ In Nederland heeft het zeker in het bestuursrecht de nodige aandacht gekregen.¹⁰⁹ In de volgende paragraaf wordt hier nog nader op ingegaan.

Tot slot zijn er ook auteurs die de institutionele structuur niet overhoop willen halen, noch pleiten voor depolitisering van het straf(proces)recht, maar verwachten dat de huidige electorale dynamiek kan worden verbeterd door de politiek beter te informeren over wat burgers ‘echt’ vinden. Robinson en Tyler vallen in dit kamp te plaatsen. Zij zien beiden vooral een grote rol voor de wetenschap weggelegd, die op veel grotere schaal opinieonderzoek zou moeten verrichten, en veronderstellen beiden dat de politiek zal luisteren als de resultaten hiervan eenmaal worden gepresenteerd.¹¹⁰ Het is een gedachtegang die – zeker voor de Nederlandse situatie – op het eerste gezicht wat naïef voorkomt. In het Nederlandse wetgevingstraject is voor advisering reeds een (grond)wettelijke plek ingeruimd en de ervaring is niet dat de wetgever zich hierdoor snel op andere gedachten laat brengen.

Kortom, een volgend gezichtspunt van waaruit de thematiek van dit onderzoek kan worden gezien, is die waarin wel vaststaat dat electorale strafrecht/politiek tot problematische uitkomsten leidt, maar waarin over de te voeren verdedigingsstrategie – het depolitiseren van het strafrecht, het institutionaliseren van publieke opinie door meer directe democratie of het accommoderen van publieke opinie door meer voorlichting aan de hand van opinieonderzoek – nog wordt geredetwist.

2.7 DE NOTIE VAN DEMOCRATIE (IN DE ‘DEMOCRATISCHE RECHTSORDE’)

In de voorgaande drie paragrafen kwamen verschillende perspectieven aan de orde die voorstanders van een sterkere oriëntatie op de publieke opinie geregeld – zij het met wisselende accenten – innemen. Duidelijk werd dat al deze beweringen zo hun complicaties kennen. Een vierde, in deze paragraaf te bespreken perspectief is er een met meer dimensies en daarom nog moeilijker te waarderen. Het gaat om het argument dat een versterkte oriëntatie op het publiek zou leiden tot een verhoging van de ‘democratische legiti-

108 Zie Dryzek 2002; Fishkin 1995, 2009; Habermas, 1980; List e.a. 2012; Luskin, Fishkin en Jowell 2002). Dzur (2012), i.h.b. op p. 108-115, verwijst zelf ook naar de studies van Fishkin. In Nederland is dit idee onder de aandacht gebracht door Cohen (2015) en Van Reybrouck (2013). Overigens schrijft ook Rosanvallon al over de opkomst van deliberatieve burgerpanels als alternatief voor gekozen organen (2008, p. 297-298).

109 Zie onder meer Boogaard e.a. 2016; Den Ridder en Dekker 2015; Hendriks e.a. 2015; WRR 2012; Westerweel 2021.

110 Robinson 2013, p. 535. Eerder beschrijft Robinson diverse aspecten van het Amerikaanse straf(proces)recht, waaronder de *Felony murder*-regel, *strict-liability*-regel en mogelijkheden minderjarigen als volwassene te berechten (p. 111-120), die het resultaat zouden zijn van een onjuist geïnformeerd publiek en onjuist geïnformeerde politici (p. 128-140). Zie nader § 4.7.1.

miteit' van het strafrecht of stelsel van strafrechtspleging.¹¹¹ Dit argument wordt vaak tegelijk in stelling gebracht met het hiervoor besprokene. De gedachte is dan dat, met dezelfde veranderingen, niet alleen de subversieve invloed van de strafrechtspolitiek kan worden teruggedrongen, maar ook een strafrecht of stelsel van strafrechtspleging kan worden verkregen dat *democratischer* is. Nu geldt de notie van democratie als het prototype van een 'wezenlijk betwist begrip'.¹¹² Uitspraken over dat het één democratischer is dan het ander zijn daarom altijd buitengewoon kwetsbaar voor kritiek; en uitspraken over het 'democratiseren' van het strafrecht of stelsel van strafrechtspleging vormen hierop geen uitzondering. In het onderstaande worden er drie punten van kritiek uitgelicht, waarbij de meeste aandacht uitgaat naar de derde.

In welhaast alle voorstellen waarin het standpunt wordt ingenomen dat een versterkte oriëntatie op de publieke opinie leidt tot een hogere democratische legitimiteit, is de impliciete aanname dat kenmerkend is voor een democratie dat de besluitvorming maximaal aansluit bij de wensen van het volk. Hoe meer dit het geval is – zo is dan de gedachte – hoe democratischer is het systeem. Een eerste probleem met deze redenering is dat er tal van moeilijkheden rijzen bij het bepalen wat het dan is dat mensen werkelijk vinden. Om te beginnen verschillen, zoals eerder bleek, de meningen in de literatuur nogal over de vraag op welke manier aan het publiek gevraagd moet worden wat het vindt. Robinson verwacht vooral veel van vignette-onderzoek, Tyler – en vele anderen – zien de enquête als het instrument bij uitstek en Dzur en Bibas geloven weer meer in vormen van directe participatie door middel van geselecteerde lekenpanels. Deze meetmethoden geven bij een eerste oogopslag al direct aan hoeveel verschil aan denkkracht de verschillende auteurs bij het publiek veronderstellen. Dit leidt vanzelfsprekend ook tot andere ideeën over wat mensen echt (kunnen) vinden.¹¹³

111 Zie expliciet voor deze bewering Bibas 2012, i.h.b. op p. xviii, 40 en 5; Dzur 2012, op p. 16. Robinson en Tyler gebruiken dit argument ook, maar meestal minder expliciet. Tyler spreekt meestal niet over democratische legitimiteit, maar kortweg over legitimiteit. Hij bedoelt evenwel hetzelfde en knoopt in zijn conceptie van legitimiteit ook expliciet aan bij wat in andere kringen als democratische legitimiteit wordt beschouwd. Zie voor een voorbeeld Sunshine en Tyler 2003, p. 535.

112 De notie van 'wezenlijk betwiste begrippen' is ontleend aan Gallie 1955, i.h.b. p. 171-172. Hij definieert 'essentially contested concepts' als die concepten die voldoen aan de volgende criteria: zij (i) zijn waardegeladen (i.d.z.v. verbonden aan positief of negatief evaluerende connotaties), (ii) zijn intern complex, (iii) vallen op meerdere manieren valide te omschrijven, (iv) treden in wisselende contexten anders naar de voorgrond en (v) worden binnen verschillende 'parties' (bijv. wetenschappelijke disciplines) anders geconceptualiseerd terwijl deze partijen van elkaar weten dat zij het concept anders definiëren. Gallie noemt zelf als voorbeeld van een wezenlijk betwist concept onder meer 'democratie' (p. 183-187). Overigens bestaat ook in de Nederlandse strafrechtelijke literatuur geen consensus over de betekenis van het begrip 'democratische legitimiteit', zie daarover § 6.3.2.

113 Deze verschillen in onderzoeksmethode leiden ook tot hele verschillende resultaten – en daarmee tot andere conclusies over wat het is dat mensen 'echt' vinden. Zie hierover hoofdstuk 4, in het bijzonder § 4.9.1.

Het tweede en het derde punt van kritiek, volgen beide uit de vaststelling dat de vereenzelviging van het resultaat van besluitvormingsprocessen met democratie als zodanig blijk geeft van een te beperkte blik. Hiermee wordt namelijk maar één zijde van het democratisch ideaal belicht, terwijl dit ideaal meer om het lijf heeft. Onder elke verschijningsvorm van democratie ligt immers de premisse dat alle burgers van de rechtsgemeenschap gelijk zijn.¹¹⁴ Aan elke institutionalisering van democratie ging dit ideaal ook historisch vooraf.¹¹⁵ De premisse van gelijkheid valt uiteen in meerdere beloftes. Een eerste is dat burgers op gelijke voet mogen meebeslissen over zaken die hen allen aangaan. Reeds om die reden zijn vormen van burgerparticipatie met een select, niet representatief publiek bepaald niet noodzakelijkerwijs democratischer. Anders dan verkiezingen, waarin iedere burger één stem van gelijk gewicht heeft, bieden dit soort panels hiervoor maar weinig waarborgen. Uit empirische onderzoeken blijkt ook dat in deliberatieve burgerpanels – waarmee in het politieke domein al meer ervaring is opgedaan – niet zelden sprake is van haantjesgedrag en verdrukking van meningen.¹¹⁶ Ook blijkt het opdringen aan het collectief van een eigen denkraam – *framing* – vaak een grote rol te spelen, als gevolg waarvan meer eloquente en retorisch vaardige deelnemers de boventoon voeren.¹¹⁷ Het valt op voorhand moeilijk in te zien waarom deze, in de politieke wetenschappen al veelvuldig geuite bezwaren, in een strafrechtelijke context minder van belang zouden zijn; dit roept in elk geval gelijk al de vraag op wat er dan nog waarlijk *democratischer* is aan dit soort initiatieven.

Het meest fundamentele probleem volgt uit een tweede belofte die uit de premisse van gelijkheid kan worden afgeleid. Deze belofte houdt in dat een democratie ook verlangt dat de *demos*, wanneer dat nodig is, tegen zichzelf in bescherming wordt genomen. Bijvoorbeeld op het moment dat een meerderheid de gelijkheid van een minderheid miskent of een meerderheid, bevangen door emoties, de fundamentele principes die uit die gelijkheid kunnen worden afgeleid dreigt te loochenen. De literatuur kent een grote verscheidenheid aan manieren waarop dit uitgangspunt onder woorden is gebracht. Een in de politieke wetenschappen courant denkkader is het onderscheid dat David Held aanbrengt tussen de ‘developmental’ (hierna:

114 Zie in dit verband al Bonger 1936. Hij onderscheidt een ‘formele’ (op besluitvorming gericht) en ‘materiële’ (op rechten gericht) zijde van democratie (p. 14). Gelijkheid beschouwt hij als een onderdeel van de materiële zijde. Daar wordt tegenwoordig – nu het uitsluiten van groepen aan besluitvorming als ondenkbaar wordt beschouwd en de gelijkheid dus ook op het formele betrekking heeft – anders over gedacht.

115 Vgl. Fennema 2001, p. 1, die schrijft dat ‘in alle democratische revoluties [aan het eind van de achttiende eeuw, LN] het idee van de *gelijkheid* een centrale rol speelde’ [originele cursivering]. Vgl. ook Habermas 2007, p. 111–112.

116 Zie Sanders 1997.

117 Druckman en Nelson 2003.

ontwikkelings-)¹¹⁸ en ‘protective’ (hierna: beschermende) noties van democratie.¹¹⁹ In de eerstgenoemde staat het politieke ideaal voorop waarin burgers – in gelijke mate – moeten kunnen bijdragen aan de koers van de staat.¹²⁰ In de beschermende dimensie van democratie staat daarentegen voorop dat burgers wanneer dat nodig is tegen elkaar in bescherming worden genomen. Held zet uiteen hoe in verschillende verschijningsvormen van democratieën het zwaartepunt soms op de ontwikkelings- en soms meer op de beschermingsdimensie ligt (of heeft gelegen). Uiteindelijk zijn het echter twee zijden die niet (geheel) zonder elkaar kunnen. Wanneer wordt aangenomen dat meerderheden onder het publiek zich nog wel eens kunnen vergalopperen ten koste van bepaalde minderheden, vergt de beschermende dimensie dus een democratisch bouwwerk waarin de macht van het publiek nooit absoluut kan zijn.

In de strafrechtstheoretische literatuur wordt deze thematiek doorgaans gezien vanuit het perspectief van de democratische rechtsorde. Over deze democratische rechtsorde wordt wel gedacht in termen van twee gescheiden maar noodzakelijkerwijs op elkaar betrokken sferen, waarbij in de eerste (het ‘democratische’) de ontwikkelingsdimensie en in de tweede (de rechtsorde) de beschermingsdimensie te herkennen valt. De laatstgenoemde sfeer wordt in de rechtstheorie dan nader uitgetekend aan de hand van een theoretische constructie. Meestal is dat een sociaal contract, maar het kan in theorie ook een categorische imperatief, het utiliteitsbeginsel, het natuurrecht of een andere van de dagelijkse werkelijkheid geabstraheerde ordeningsfictie zijn. Uit die ordeningsficties worden vervolgens meer concrete rechtsbeginselen afgeleid; en wordt zo dus de inrichting van de rechtsorde nader gesubstantieerd. In alle gevallen is het zo dat hierbij – dus voor het bepalen van de dictaten van, bijvoorbeeld, het sociaal contract – als normstellend kompas niet de empirisch te onderzoeken publieke opinie wordt genomen, maar een aan de hand van de logica te beredeneren opinie van rechtssubjecten.¹²¹ Deze verzameling van rechtssubjecten geldt binnen zo’n fictieve orde in zekere zin als *representatie* van de publieke opinie – de rechtssubjecten nemen immers de plek in van het publiek; maar ze is –

118 De betekenis van het woord ‘developmental’ is hierin overigens ambigu en lijkt zowel te moeten worden gezocht in de mogelijkheid voor burgers om een stem te hebben in de ontwikkelingsrichting van de staat (in de zin van invloed) als in de mogelijkheden voor burgers om *zichzelf* te ontplooiën door actief burgerschap. In de laatstgenoemde interpretatie ligt het dichterbij aan tegen de notie van positieve vrijheid (vgl. Berlin, 2015, i.h.b. p. 74-75).

119 Held 2006, p. 47 e.v..

120 Held 2006, p. 49, noemt als voorbeeld onder andere de Klassieke Atheense polis en trekt vervolgens een historische lijn via Marsilius van Padua, Rousseau naar de latere opvattingen van Marx en Engels.

121 Vgl. Foqué en ‘t Hart 1990, die hiertoe hun notie van ‘contrafacticeit’, p. 138 e.v., introduceren, waarmee de fundering van rechtsbeginselen wordt geconstrueerd niet aan de hand van feitelijke instemming door de maatschappij, maar aan de hand van een metaforische ‘imaginaire sociale’, en een permanente distantie wordt geschapen tussen de empirische publieke opinie en het recht.

tegelijktijd en in de eerste plaats – haar *negatie*. Ze is immers ontdaan van alle irrationaliteit, van hartstocht en wankelmoedigheid – kortom, van eigenschappen waar ieder mens van vlees en bloed zich wel eens door bevangen weet.

Uiteraard kan dit verhaal op nog veel andere manieren worden verteld dan in het idioom van de ontwikkelings- versus beschermende dimensies van democratie of in die van de democratische rechtsorde. Bijvoorbeeld, zoals in de literatuur ook wel gebeurt, door de term ‘volkssoevereiniteit’ te contrasteren met de notie van de ‘rechtsstaat’.¹²² Dit is uiteindelijk echter in de eerste plaats een terminologische kwestie. Waar het om gaat, is dat zowel in de strafrechtelijke grondslagentheorie als in andere, meer op een empirische leest geschoeide politiek-wetenschappelijke denkkaders, het axioma dat aan al het denken ten grondslag ligt, erop neerkomt dat de notie van democratie noodzakelijkerwijs uit twee zijden bestaat; dat beide zijden voortdurend op elkaar betrokken zijn en niet zonder elkaar kunnen; en dat de begrenzingen die worden opgeworpen door de democratische rechtsorde c.q. de beschermende dimensie van democratie derhalve geen uiting zijn van een antidemocratische idee, maar veeleer een noodzakelijk complement van het democratisch ideaal inhouden. Hieruit volgt dat iedere aanspraak op ‘democratische legitimiteit’ die dit miskent, eenzijdig en dus onvolledig is.

De relevantie van dit perspectief voor het voorliggende onderzoek is aldus divers. Ten eerste wordt duidelijk dat de vraag of (en hoe) bepaald kan worden wat burgers ‘echt’ vinden niet kan worden ontweken. Ten tweede maakt het duidelijk dat ditzelfde ook geldt voor normatieve beginselen bij het onderzoeken van de relevantie van publieke opinie voor het straf(proces)recht en het stelsel van strafrechtspleging; anders dan sommige voorstanders voor een versterkte oriëntatie op het publiek soms lijken te suggereren, kan het normatieve hier dus niet bij worden weggedacht. Ten derde prent het in dat normatieve beginselen niet alleen een sta-in-de-weg van de publieke opinie zijn, maar ook – mits men de premisse van gelijkheid van iedere burger niet wenst te betwisten – een voortvloeisel van diezelfde democratie. Het zoeken naar de mogelijkheden voor een sterkere oriëntatie op publieke opinie moet derhalve altijd een balansoefening zijn, waarbij niet alleen de empirische publieke opinie, maar ook de gidsende waarde van normatieve uitgangspunten moet worden onderzocht.¹²³ Dit rechtvaardigt de keuze om in dit onderzoek de vraag welke oriëntatie op het publiek ‘beter’ is, interdisciplinair te benaderen.¹²⁴

122 Vgl. Brenninkmeijer 2003, p. 93; Buruma 2011. Of zie Berlin 2015, p. 27, over de ‘empirische zelf’ en de ‘latente rationele wil’, waartussen voor het eigen welzijn van mensen soms een ‘persoonsverwisseling’ (p. 28) dient plaats te vinden.

123 Want ook voor deze normatieve uitgangspunten moet niet op voorhand worden aangenomen dat zij een universeel en daarmee statisch bezinsel zijn. Met name bij de uitwerking van de notie van legitimiteit (in de context van het beoordelingskader) wordt hier nog op teruggekomen, zie § 6.4.1.

124 Zie hiervoor met name de toelichting op de derde onderzoeksvraag in § 1.3.

2.8 DE ROLOPVATTING VAN DE VERSCHILLENDE ACTOREN IN DE STRAFRECHTSPLEGING

Het laatste perspectief op de thematiek van dit onderzoek heeft betrekking op de rol(opvatting) van de actoren binnen het stelsel van strafrechtspleging. Het staat enigszins los van de hiervoor besproken perspectieven – omdat het niet als zodanig in stelling wordt gebracht om een andere oriëntatie op het publiek mee te bepleiten – terwijl het anderzijds wel op de voorgaande perspectieven voortbouwt. Het uitgangspunt van dit perspectief is dat de bestaande constellatie, waarin alle actoren binnen de strafrechtspleging bepaalde rollen en verantwoordelijkheden hebben ten opzichte van de maatschappij en ten opzichte van elkaar, neerkomt op een evenwicht dat is gevonden tegen de achtergrond van de principes van de democratische rechtsstaat en (dus) de maatschappelijke context. Gelet daarop moet bij de beoordeling van de vraag of een actor (of meerdere actoren) zich anders tot het publiek zou(den) moeten verhouden, steeds de vraag worden betrokken hoe dit doorwerkt op dit evenwicht en welke nieuwe verantwoordelijkheden dit voor elk van deze actoren in het leven roept.¹²⁵ Hieronder wordt op een aantal van de hiermee samenhangende vragen ingegaan, waarbij wordt beperkt tot de rol van het OM en de ZM. Dit impliceert dat in deze paragraaf nog wordt voorbijgegaan aan scenario's waarin deze instituties als zodanig beslismacht zouden overhevelen naar nieuwe (burger)instituties.¹²⁶

Een eerste categorie van vragen raakt aan de relatie van respectievelijk de ZM en het OM met de wetgever. Deze wetgever neemt in dit onderzoek een dubbelpositie in. Enerzijds is hij vooralsnog de institutionele vertolker van publieke opinie. Anderzijds leidt dit nog wel eens tot ingrepen die evident het resultaat zijn van een opwelling in de publieke opinie die uitgaat van een verkeerde voorstelling van zaken, of die zich moeilijk verhouden tot normatieve principes (en daarmee soms tot de hiervoor besproken notie van rechtsbescherming).¹²⁷ De vraag of bij dit soort politieke activiteit, die dus ofwel (volgens sommigen) van een verkeerde lezing van het publiek ofwel van een verkeerde interpretatie van de notie van democratie uitgaat, ook een grotere verantwoordelijkheid op de recht-

125 Vgl. Cleiren 2010, p. 2-3.

126 De meest radicale voorstellen (van onder andere het HiiL Dzur en Bibas) komen hier wel op neer. Uiteraard geldt ook voor dergelijke scenario's dat dit nieuwe vragen over een te vinden (machts)evenwicht in het leven roept.

127 Voorbeelden zijn de Wet herziening ten nadele en het Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven. In beide gevallen werd door de minister in de Memorie van toelichting geschermd met maatschappelijke opvattingen die de invoering zouden vereisen (resp. *Kamerstukken II* 2008/09, 32 044, 3, i.h.b. p. 13 en *Kamerstukken II* 2011/12, 33 151, 3, i.h.b. p. 14 en p. 16). Beide verhouden zich moeizaam met – hoofdzakelijk – respectievelijk het *ne bis in idem*-beginsel en het beginsel van proportionele straftoemeting. Zie over de eerstgenoemde al Noyon 2018b, p. 40 en over het tweede Boone 2011; p. 624; Van Wingerden 2011; Janssen, Koekebakker en Sikkels 2012.

spraak rust om – anders dan hiervoor gebruikelijk – tegen de wetgever in te gaan, is in de literatuur veelvuldig bediscussieerd.¹²⁸ De vraag kan gesteld worden of (dwaling door) de publieke opinie hier een factor van belang is.

Een meer rechtspolitieke vraag is in hoeverre de strafrechtspleging zich in de dynamiek tussen de publieke opinie en de wetgever moet mengen. Dit speelt bijvoorbeeld in situaties waarin de wetgever bepaalde beslissingsruimte naar zich toetrekt – en dus inbreekt op het voorheen bestaande evenwicht. Een voorbeeld van zo'n situatie is het Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, waarin de minister sprak over 'een volgende stap in een lijn waarin de wetgever zijn eigen verantwoordelijkheid voor een rechtvaardige sanctietoepassing waar wil maken'¹²⁹. Onder die omstandigheid dringt zich de vraag op wat de ter zake (resterende) eigen verantwoordelijkheid van het OM en de strafrechter is. De dialoog die het OM zoekt met de samenleving over de eigen strafvorderingsrichtlijnen – waarover in hoofdstuk 9 meer – is in dat verband bijzonder interessant. Deze dialoog kan namelijk op meerdere manieren begrepen worden. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat het OM democratische onderbouwing voor de eigen richtlijnen zoekt, om vervolgens sterker te staan en eventueel weerwoord te kunnen bieden aan verzoeken en aanwijzingen van de minister of wetgever. Maar het is ook mogelijk dat deze dialoog losstaat van de politieke bemoeizucht met de straftoemingsruimte, maar eerder een product is van een intrinsieke behoefte van het OM om de eigen strafvorderingsrichtlijnen democratisch te funderen. En in dat laatste geval rijst de vraag wat de rechter – die immers zijn eigen oriëntatiepunten heeft – dan weer aan moet met de aanspraken op 'democratische fundering' van de richtlijnen van het OM.

De tweede categorie vragen heeft betrekking op de relatie van elk van de actoren zelf tot de publieke opinie. In de literatuur wordt geregeld de vraag gesteld of de rechterlijke onafhankelijkheid, die veelbesproken en bestudeerd is ten opzichte van de politiek, in de huidige tijd niet minstens zozeer wordt uitgedaagd door de publieke opinie.¹³⁰ Vaak wordt hier een theoretische polariteit geschetst tussen twee uitersten: afwezigheid van elke vorm van responsiviteit staat dan tegenover volledige verinnerlijking van de grillen van het publiek; de rechtspraak bevindt zich ergens op een hier tussen liggende denkbeeldige as. Zo raakt gemakkelijk uit beeld dat er ook nog een rolopvatting mogelijk is die zich niet op deze as laat indelen, namelijk van die als gids van het publiek. In internationale literatuur wordt

128 In dit verband kan gewezen worden op discussies over de wenselijkheid of toelaatbaarheid van het 'omzeilen' of '*contra legem*' passeren van dergelijke fabricaten van de wetgever. Zie hierover met betrekking tot de minimumstraffen bijvoorbeeld Van Kalmt-hout en Tak 2003. En zie voor deze discussie rondom art 22b Sr onder meer Bakker 2016; Noyon 2017a; Van der Pijll 2017; zie ook HR 20 februari 2018, NJ 2018/219, waarin het OM de kwestie van omzeiling door oplegging van één dag gevangenisstraf op de spits dreef maar door de Hoge Raad in het ongelijk werd gesteld.

129 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 151, 3, p. 3.

130 Vgl. Lochs 2019, p. 71-72; Roberts 2008.

in dit verband nog wel eens de uitspraak van het Court of Appeal van Engeland en Wales aangehaald, waarin het zou bepalen dat: ‘the main duty of the courts is to lead public opinion’.¹³¹ De gedachte dat de rechtspraak juist een rol heeft in het doceren van het publiek is er echter een die ook in Nederland niet onbekend is,¹³² al is ze door de opkomst van het denken in termen van responsiviteit wat naar de achtergrond gedrongen.¹³³

De vraag is of zo’n defaitistische opvatting over de mogelijkheid om de publieke opinie bij te sturen helemaal terecht is. De gedachte dat het publiek zich voor de oordeelsvorming voor een belangrijk deel oriënteert op de elite, is immers een klassieke sociologische wetmatigheid.¹³⁴ Een interessante casus wordt in dit verband geboden door recente ingrijpende wijzigingen in het Japanse stelsel van strafrechtspleging. Hier zijn in deze eeuw – met het oog op het vergroten van burgerbetrokkenheid bij de strafrechtspleging – onder andere vormen van quasi-juryrechtspraak en burgerpanels opgericht die sepotbeslissingen toetsen. Waar bij invoering nog uit opiniepeilingen naar voren kwam dat de bevolking hier niets in zag, konden zij na invoering wel op de steun van die peilingen rekenen.¹³⁵ Kennelijk is het dus mogelijk dat de publieke opinie zich uiteindelijk voegt naar een praktijk – in plaats van andersom. In eigen land is in dit verband de opkomst van referenties aan het ‘normaal spraakgebruik’ in rechterlijke uitspraken een interessante casus. De Hoge Raad doet dit ogenschijnlijk met een expliciterend oogmerk.¹³⁶ Het omgekeerde blijkt echter ook mogelijk.¹³⁷

131 Zie Walker en Marsh 1984, p. 27; Roberts 2008, p. 21. Toegegeven moet worden dat het citaat in de literatuur enigszins een eigen leven is gaan leiden. In de uitspraak zelf, Court of Appeal (Engeland en Wales) 10 en 17 oktober 1974, Regina vs. Sargeant (2004) 60 Cr App R 74, is het volledige citaat als volgt: ‘The courts do not have to reflect public opinion. On the other hand courts must not disregard it. *Perhaps* the main duty of the court is to lead public opinion’ [cursivering LN]. Zie hierover ook Noyon 2017c, p. 533.

132 Vgl. Muller 1934, die onder het mom van de ‘opvoedingsgedachte’ harder wilde straffen wanneer onder (delen van) de bevolking de ernst van een bepaalde gedraging onvolgende onderkend werd. Vgl. in dit verband ook Knigge 2006, p. 236.

133 Vgl. Ryberg 2010, p. 149: ‘The reverse idea - that legislation as well as individual sentencing decisions by the courts is supposed to educate or lead public opinion - seems to have very little current resonance.’ Vgl. Ryberg en Roberts 2014, p. 3.

134 Vgl. in dit verband met name Elias 2011. Zie meer concreet over de invloed van het ‘discours van de elite’ op de vorming van de ‘opinie van de massa.’ Zaller 2005, i.h.b. p. 6 e.v.. De vraag in hoeverre de hedendaagse configuratie van gezag dit alles dermate op zijn kop zet dat van de elite niets anders kan worden gevergd dat zij zich schikt in een niet langer agendabepalende rol is er een waar verschillend over wordt gedacht. Hoewel met name Dzur (2012, p. 157 e.v.) ter zake een sterk berustende toon aanslaat, heeft Bauman – nota bene een van de sociologen waar Dzur veelvuldig inspiratie uit put – juist geopperd dat de elite zich opnieuw zou moeten uitvinden in het gidsen van de publieke opinie over misdaad en straf, zie (2006), i.h.b. p. 160-177.

135 Herber 2016.

136 Zie HR 15 oktober 2013, NJ 2014/27, m.nt. Keijzer, waarin wordt uitgelegd dat een bepaald leerstuk (roekeloosheid) in het juridisch taalgebruik anders, of in elk geval meer bepaald wordt uitgelegd dan in het ‘normaal spraakgebruik’.

137 Vgl. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 28 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8647.

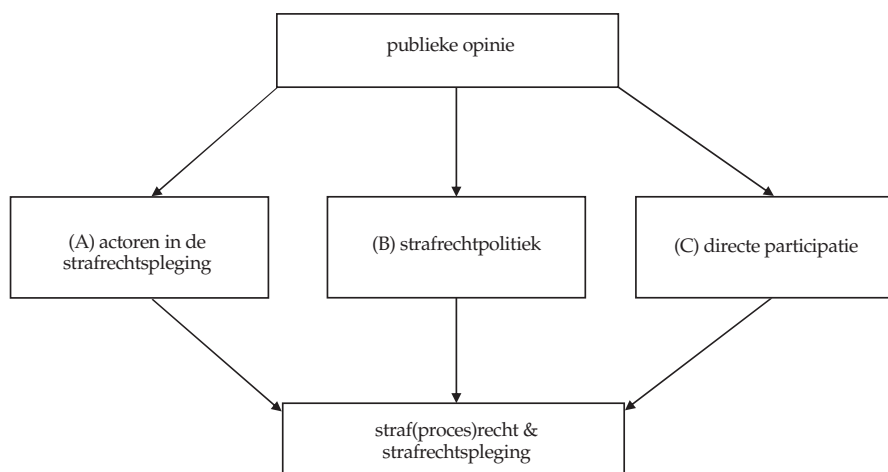
Kortom, dit laatste perspectief maakt duidelijk dat het onderhavige onderzoek ook van betekenis kan zijn voor de verschillende rollen van actoren binnen de strafrechtspleging in de democratische rechtsorde. Dit geldt zowel voor hun onderlinge rolverdeling als voor ieders rol ten opzichte van het publiek.

2.9 SYNTHESE: DE CONTEXT VOOR EEN CONCEPTUALISERING VAN PUBLIEKE OPINIE

In dit hoofdstuk stonden twee doelen centraal. Om te beginnen is, aan de hand van zeven deelthema's op het onderwerp van dit onderzoek, een toelichting gegeven op de probleemstelling. Het tweede doel was om de context in beeld te brengen waar een bruikbare conceptualisering van publieke opinie op kan aansluiten. Dit was nodig omdat in de bestaande literatuur geen bruikbare conceptualisering van dit begrip voorhanden is en iedereen hier bovendien het zijne onder verstaat – een stand van zaken die aan het begin van dit onderzoek kortweg is medegedeeld (bij wijze van vaststelling die aan de eerste onderzoeksvraag voorafging) en gaandeweg dit hoofdstuk, met name bij het bespreken van de eerste twee perspectieven, is gedemonstreerd. In deze afsluitende paragraaf wordt eerst geïnventariseerd wat de besproken perspectieven gemeen hebben. Vervolgens wordt op basis hiervan de context nader bepaald waar een conceptualisering van publieke opinie op kan aansluiten.

In alle voorgaande gezichtspunten werd over de publieke opinie gedacht als een fenomeen dat losstaat van autoriteiten (waaronder voor dit onderzoek relevant: politieke actoren en actoren in de strafrechtspleging); en als iets waar die autoriteiten mee in dialoog kunnen treden. Meer specifiek werd steeds over publieke opinie gedacht als iets vanuit waar – op een of andere manier – een invloed uitgaat of tenminste kan uitgaan op het straf(proces)recht en het stelsel van strafrechtspleging. In de verschillende paragrafen zijn verschillende manieren waarop die invloed kan plaatsvinden, besproken. Deze kunnen gecategoriseerd worden in drie hoofdvormen, die elk staan voor een eigen wijze waarop de invloed van de publieke opinie op het straf(proces)recht of het stelsel van strafrechtspleging gemedieerd kan worden. In figuur 2.1 is dit schematisch weergegeven.

Uit het eerste gezichtspunt bleek dat in de Nederlandse strafrechtelijke literatuur van oudsher over publieke opinie gedacht wordt als iets waarvan een invloed kan uitgaan op actoren in de strafrechtspleging (A); deze mogelijkheid is een van de dragende gedachten achter de externe openbaarheid van het strafproces. Ook is altijd rekening gehouden met invloed van het publiek op de strafrechtspolitiek (B): via verkiezingen of mobilisatie van het maatschappelijk middenveld, hetgeen dan bijvoorbeeld via wetgeving of door (informele) aanwijzingen aan (bijvoorbeeld) het OM tot beïnvloeding van het straf(proces)recht of het stelsel van strafrechtspleging kan leiden.



Figuur 2.1: gemedieerde invloed van de publieke opinie op het straf(proces)recht en het stelsel van strafrechtspleging¹³⁸

Van enige vorm van directe participatie (C) is in de Nederlandse strafrechtspleging – anders dan in veel andere landen – vooralsnog geen sprake, al gaat van enkele nieuwe initiatieven, in het bijzonder van de nieuwe burgerraadplegingen van het OM, wel een suggestie tot directe beïnvloeding uit.

De vanzelfsprekendheid van deze gang van zaken wordt ter discussie gesteld door een (door veel mensen gedeelde) overtuiging dat de dialoog tussen het publiek en het stelsel van strafrechtspleging nu niet goed verloopt. Dat dit zo zou zijn wordt, zoals bleek uit het derde gezichtspunt, deels afgeleid uit een verhit discours over misdaad en straf. Daarnaast wordt, hetgeen als vierde gezichtspunt is besproken, geregeld de vraag opgeworpen of in de huidige tijd, waarin gezag anders geconstrueerd wordt dan enkele decennia geleden, niet hoe dan ook een andere houding van de strafrechtelijke actoren verwacht wordt. De aanname is dan dat kenmerkend voor deze tijd is dat de publieke opinie de strafrechtspleging meer op haar vingers kijkt – en dat dit op enigerlei wijze gefaciliteerd moet worden, een en ander op straffe van toenemend onbegrip. Bij de bespreking van het vijfde gezichtspunt kwam daar bij dat de invloed van de strafrechtspolitik door velen negatief geëvalueerd wordt. In een voortdurende strijd om het electoraat smeren politici de publieke opinie stroop om de mond – zo luidt een veelgehoorde klacht – met voorstellen voor steeds nieuwe vormen van verstrenging, waarbij stelselondermijnende ingrepen en verdachtmakingen jegens professionals niet worden geschuwd.

De wijze waarop in de strafrechtelijke dogmatiek traditioneel over de democratische rechtsorde wordt gedacht, verhoudt zich slecht tot deze drie ontwikkelingen. Binnen dit denkkader wordt immers uitgegaan van een

¹³⁸ Deze figuur is geïnspireerd op een figuur van Shiraev en Sobel 2016, p. 26.

precaire balans tussen een ontwikkelings- en beschermende dimensie van democratie. Doordat die laatste door elk van deze ontwikkelingen wordt uitgedaagd, dreigt deze balans te worden verstoord. De verhitte van het maatschappelijk debat, waarin fouten worden uitvergroot en de angst voor criminaliteit wordt opgeklopt, schept een sfeer waarin eenzijdig wordt aangekeken tegen de belangen die bij deze balansoefeningen op het spel staan. De nieuwe constructie van gezag verhoudt zich *a priori* al slecht tot een eenzijdige aanspraak op het laatste woord: het publiek verlangt immers juist steeds dat de eigen mening ertoe doet. De electorale dynamiek, tot slot, drijft de discussie over de institutionele rol van professionals nog verder op de spits, waarbij ingrepen die de autonomie van de strafrechtspleging aantasten niet steeds worden geschuwd.

Gebaseerd op (varianten van) deze probleemanalyse worden in de literatuur diverse voorstellen gedaan voor hoe het anders kan en worden ook in de (Nederlandse) praktijk hiertoe de nodige initiatieven ontplooid. Sommige behelzen slechts het bevorderen van transparantie aan de zijde van strafrechtelijke actoren (A) – hetgeen dan zou moeten leiden tot een beter begrip en minder pogingen tot onwenselijke beïnvloeding door het publiek. Ook wordt wel geopperd dat deze actoren nog responsiever zouden moeten zijn. Daarnaast zijn er voorstellen ter verbetering van de dialoog tussen de strafrechtspolitik (B) en het publiek. Bijvoorbeeld door met wetenschappelijk onderzoek naar wat het publiek ‘echt’ denkt de strafrechtspolitik beter te informeren. Ten slotte zijn er voorstellen voor het invoeren van vormen van directe participatie (C), waarbij gedacht wordt aan juryrechtspraak en aan andere vormen van burgerpanels met (bindende) beslissingsmacht. Hiervoor zouden bepaalde vormen van beslissingsmacht moeten worden overgeheveld van professionele (A) of politieke (B) actoren naar nieuw op te richten instituties.

