



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).

6.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk en het volgende wordt de derde onderzoeksvraag beantwoord. Dat wil zeggen dat een beoordelingskader zal worden ontwikkeld waarmee op de publieke opinie gericht handelen van actoren binnen het Nederlands stelsel van strafrechtspleging kan worden beoordeeld. In dit hoofdstuk wordt daartoe de eerste stap gezet: de hiervoor relevante perspectieven worden geïnventariseerd en geproblematiseerd. Deze dienen vervolgens als bouwstenen waarmee, in het volgende hoofdstuk, het beoordelingskader wordt opgebouwd.

In de eerstvolgende paragraaf (§ 6.2) wordt bij wijze van plaatsbepaling vastgesteld binnen welke context het op te stellen beoordelingskader werkbaar moet zijn en verantwoord waarom bij het opstellen van dit beoordelingskader gedachtevorming over de notie van legitimiteit wordt betrokken. De rest van dit hoofdstuk zal vervolgens in het teken staan van het in kaart brengen van relevante benaderingen van dit concept. Daartoe wordt eerst een overzicht gegeven van de twee belangrijkste stromingen in de literatuur: de sociaalwetenschappelijke en de rechtswetenschappelijke onderzoekstraditie (§ 6.3). Hierna wordt de notie van legitimiteit verder ontleed aan de hand van vier scheidslijnen, waarlangs het denken over legitimiteit kan worden geordend (§ 6.4). Aan het slot van dit hoofdstuk wordt van dit alles een voorlopige balans opgemaakt en worden de eerste implicaties voor een beoordelingskader besproken (§ 6.5).¹

6.2 DE ORIËNTATIE OP PUBLIEKE OPINIE EN DE 'LEGITIMITEIT' VAN DE STRAFRECHTSPLEGING

De vraag hoe bepaald kan worden of (een nieuwe vorm van) op de publieke opinie gericht handelen wel of niet een goed idee is, komt bepaald niet voor het eerst in dit onderzoek aan de orde. In andere (internationale) publicaties is hierover al veelvuldig geschreven. In de Nederlandse literatuur wordt in dat verband vaak gerept over een 'kloof', soms ook een 'legitimiteitskloof'

1 In dit hoofdstuk wordt veelvuldig gebruik gemaakt van begrippen die in de literatuur geen vastomlijnde betekenis hebben en die voor dit onderzoek van een begripsbepaling zijn voorzien (zie § 3.4). Het gaat in het bijzonder om de begrippen autoriteit, gezag, macht en (de enge definitie van) legitimiteit.

genoemd, die geslecht althans tot voor het publiek overbrugbare proporties verkleind zou moeten worden.² In de internationale literatuur scharnieren voorstellen voor een andere publieksgerichte oriëntatie geregeld rond de notie van 'legitimiteit'.³ Tot slot is het zo dat ook in de literatuur waarin wordt geanalyseerd waar de relatie tussen het publiek en het strafrecht (of stelsel van strafrechtspleging) nu knelt, vaak de term legitimiteit in de mond wordt genomen.⁴ Het begrip legitimiteit duikt, kortom, veelvuldig op in vrijwel alle literatuur waar dit onderzoek op voortbouwt en waarnaar in de probleemstelling is verwezen.

Al deze in de literatuur naar voren komende referenties aan legitimiteit zijn echter nog geen beoordelingskader (en zeker niet één beoordelingskader). Sterker nog: de notie van legitimiteit blijkt in de literatuur een aantrekkingskracht uit te oefenen op tal van soms onderling tegenstrijdige gedachten over welke publieksgerichte oriëntatie wel of niet een goed idee is; en achter al die referenties gaan veel uiteenlopende interpretaties schuil van wat legitimiteit behelst. Zo wordt legitimiteit gekoppeld aan een gezagsrelatie waarin dwang in hoge mate afwezig is, aan een overheid die mensenrechten respecteert, aan een situatie waarin het publiek intensief betrokken is bij en verantwoordelijkheid neemt voor het reilen en zeilen van de strafrechtspleging, aan transparantie en inzichtelijkheid van rechtspraak – en aan nog veel meer.⁵ Al met al is de notie van legitimiteit uitgegroeid tot een *catch-all*-begrip waarin, als alle benaderingen naast elkaar worden gezet, zoveel desiderata blijken te huizen dat nog steeds niet duidelijk is welke keuzes nu moeten worden gemaakt om de legitimiteit te verhogen: een bepaalde publieksgerichte oriëntatie kan vanuit een eerste perspectief op legitimiteit als wenselijk worden beoordeeld, terwijl het vanuit een ander perspectief op legitimiteit moet worden afgewezen.

Ondanks dit alles biedt de notie van legitimiteit toch een goed vertrekpunt voor het opbouwen van een beoordelingskader. Ten eerste geeft ze, juist door de vele verschillende gedaanten die ze in de literatuur inneemt, een goed spectrum van relevante gezichtspunten die bij het beoordelen van (voorstellen voor) andere oriëntaties op het publiek in ogenschouw moeten worden genomen. Ten tweede geeft de meest enge definitie van legiti-

2 Zie hierover in meer detail § 2.2.

3 Zie voor een beknopt overzicht van zo redenerende auteurs in de internationale literatuur § 2.3. Aangetekend moet worden dat één van de vier daar behandelde auteurs (Robinson), de term legitimiteit mijdt. Hij gebruikt in plaats daarvan equivalenten als 'morele geloofwaardigheid'. Gezien het feit dat hij dit begrip invult op een wijze die sterke gelijkenis vertoont met de manier waarop Tyler – aan wie Robinson expliciet zegt schatplichtig te zijn – legitimiteit operationaliseert, wordt aan deze daardoor hoofdzakelijk semantische keuze verder voorbijgegaan.

4 Zo wordt de verhitting van het publieke discours over misdaad en straf in verband gebracht met (afkalvende) legitimiteit van het strafrechtelijk systeem (zie § 2.4) en wordt beargumenteerd dat het legitimiteitstekort van de strafrechtspleging – zo daar sprake van zou zijn – verklaard kan worden door het feit dat 'legitiem gezag' in hedendaagse samenlevingen nu eenmaal anders ontstaat dan voorheen nog het geval was (zie § 2.5).

5 Zie eerder in § 3.4 en voor meer voorbeelden het vervolg van dit hoofdstuk.

teit – ‘rechtmatigheid van macht’⁶ – ondanks de op het eerste gezicht wat veelomvattende strekking, wel goed aan waar het om gaat. Zij die het straf(proces)recht of stelsel van strafrechtspleging willen hervormen op een wijze dat dit de relatie met het publiek verbetert, stellen daarmee immers dat de machtsrelatie tussen beide zo beter – en dus rechtmatiger – wordt dan zij daarvoor was. Tot slot is het zo dat de notie van legitimiteit een begrip is waar zowel normatief als empirisch georiënteerde wetenschappers mee uit de voeten kunnen. Dat het nodig is om in een beoordelingskader voor beide perspectieven aandacht te hebben is helemaal aan het begin van dit onderzoek vooropgesteld,⁷ en zal in de loop van dit hoofdstuk nog uitgebreider worden beargumenteerd. De notie van legitimiteit biedt, zoals zal blijken, een logische ontmoetingsplaats voor zo’n multidisciplinaire aanpak.

Om deze redenen wordt hieronder begonnen met het inventariseren en problematiseren van de literatuur over legitimiteit. Die literatuur zal steeds wanneer dat nodig is worden geconfronteerd met de in de voorgaande hoofdstukken getrokken conclusies, zeker waar aan die literatuur (voor-)onder)stellingen ten grondslag liggen over de aard en inhoud van publieke opinie. Voor de duidelijkheid wordt hier nog vermeld dat het doel van dit hoofdstuk niet is om een (nieuwe) definitie of conceptualisering van legitimiteit te ontwikkelen.⁸ Beoogd wordt slechts om uit de bestaande literatuur de relevante aspecten te lichten die voor een beoordelingskader dienstig kunnen zijn, zodat in het volgende hoofdstuk tot een synthese hiervan kan worden gekomen.

6.3 DE SOCIAALWETENSCHAPPELIJKE EN STRAFRECHTSWETENSCHAPPELIJKE ONDERZOEKSTRADITIE

In de voor de strafrechtspleging relevante literatuur over legitimiteit bestaan twee duidelijk te onderscheiden hoofdstromen: een sociaalwetenschappelijke en een strafrechtswetenschappelijke onderzoekstraditie. Binnen deze twee onderzoekstradities bestaan vervolgens weer de nodige variaties. In deze paragraaf wordt daarvan een kort overzicht gegeven. Daartoe wordt eerst de sociaalwetenschappelijke⁹ (§ 6.3.1) en daarna de strafrechtswetenschappelijke (§ 6.3.2) onderzoekstraditie geschetst.

6 Zie voor deze definitie § 3.4.1.

7 Zie hiervoor § 1.3, bij de toelichting op de derde onderzoeksvraag.

8 Voor zover dus gebruik wordt gemaakt van een definitie of conceptualisering, wordt gewerkt met de ‘enge’ definitie die in § 3.4 is opgesteld. Voor een overzicht en typologie van meer uitgewerkte benaderingswijzen van het concept legitimiteit, zie bijvoorbeeld Bokhorst 2014.

9 Bij het bespreken van de sociaalwetenschappelijke literatuur ligt de nadruk uiteraard op het criminologische smaldeel hierbinnen. Doordat dit een betrekkelijk jonge en niet altijd gemakkelijk af te bakenen discipline betreft, blijft het hier echter niet toe beperkt. Vandaar dat hier voor de wat bredere term ‘sociaalwetenschappelijke’ literatuur is gekozen.

6.3.1 Een overzicht van de sociaalwetenschappelijke benadering van legitimiteit

In de criminologische literatuur van de afgelopen decennia is het dominante kader in het denken over legitimiteit zonder twijfel het zogenaamde ‘procedurele-rechtvaardigheid-onderzoek’, dat onlosmakelijk verbonden is met de naam van Tom Tyler.¹⁰ Wanneer hier de hoeveelheid aan operationalisering en operationalisering naar voren.¹¹ De belangrijkste variaties daarin worden in deze paragraaf besproken. Daartoe kan het best worden begonnen bij de auteur die, volgens velen,¹² als de grondlegger van de sociaalwetenschappelijke bestudering van legitimiteit moet worden beschouwd: Max Weber.

Max Weber is waarschijnlijk het meest bekend van zijn ideaaltypologie van drie soorten legitiem gezag – gezag gebaseerd op wetten, charisma of traditie – en van zijn constatering dat in de moderniteit het eerste ideaaltypetype steeds meer terrein won: meer en meer was volgens Weber sprake van gezag dat door de samenleving als legitiem werd ervaren omdat dit tot stand was gekomen via rationele, wettelijke procedures, en steeds minder was het nodig dat autoriteiten zich daarbij nog in aanzienlijke mate hoefden te verlaten op charisma of hoefden te appelleren aan traditie.¹³ Deze vaststelling, vaak ook als voorspelling voor de toekomst gelezen,¹⁴ wordt veel aangehaald in literatuur over de hedendaagse gezagsverhoudingen. Veel

10 Bottoms en Tankebe noemen dit ‘unquestionably the dominant approach’ (2012, p. 120). Aldus ook o.a. Hertogh 2018, p. 16 en p. 162; Jackson e.a. 2015, p. 138; Loader en Sparks 2013, p. 106. Van één kader is hier overigens geen sprake: tussen de manieren waarop Tyler en zijn volgelingen legitimiteit operationaliseren bestaan de nodige (nuance) verschillen.

11 Vgl. in dit verband Roberts en Plesničar, die spreken over een ‘myriad of definitions’ (2015, p. 34) in de *criminal justice*-literatuur. Zie in gelijke zin ook Hertogh 2018, p. 35.

12 Vgl. i.h.b. Merquior 1980, waarin Weber en Rousseau tegenover elkaar worden gezet als de archetypische denkers van de empirische respectievelijk de normatieve traditie. Vgl. ook Bokhorst 2014, p. 30; Hinsch 2010, p. 40.

13 Zie bijvoorbeeld expliciet Weber 2013, p. 37: ‘Today the most common form of legitimacy is the belief in legality, the compliance with enactments which are *formally* correct and which have been made in the accustomed manner.’ (originele cursivering). Zie voor zijn uiteenzetting van de drie ideaaltypen p. 215 e.v.. Zie over deze ideaaltypen ook – in een wat vlottere penvoering – Weber 1946, p. 4 e.v..

14 Het is de vraag in hoeverre Webers schets van de moderniteit ook als een toekomstvoorspelling moet worden opgevat. Sommigen lezen in zijn beschrijving van de moderniteit een *end of history*-achtige gedachtegang, die inhoudt dat rationeel-wettelijk gezag heeft getriomfeerd en ook in de toekomst dominant zal blijven. Zij vinden steun in de passages waarin Weber traditioneel gezag afserveert als iets uit het verleden en charismatisch gezag als te instabiel voor moderne, complexe samenlevingen – en beide daarmee als inferieur aan bureaucratisch-wettelijke gezagsvormen (vgl. Kocken 2008, p. 10-11). Zo eenduidig is wat Weber schrijft echter niet. Op p. 1111-1119 voorspelt hij bijvoorbeeld dat charismatisch gezag oprispingen zal blijven kennen, met name in tijden van crisis.

auteurs zien in het gegeven dat gezag nu juist niet meer als ‘vanzelfsprekend’ aan formele beslissingsbevoegdheid kleeft, een regressie van het wettelijke ideaaltype (en een opleving van bijvoorbeeld het charismatische) en interpreteren dit als een breuk met de door Weber beschreven richting van de geschiedenis.¹⁵

Voor de ontwikkeling van een empirische onderzoekstraditie naar legitimiteit is echter minstens zo belangrijk dat Weber de eerste was die het onderwerp legitiem gezag (*legitime Herrschaft*) tot onderwerp van sociaal-wetenschappelijk onderzoek uitriep. Hiertoe bepaalt Weber dat de socioloog die wil weten hoe legitiem een bepaalde gezagsrelatie is, zich niet moet wenden tot (normatieve) theorievorming ter zake, maar het geloof in legitimiteit (*Legitimitäts-Glaube*)¹⁶ onder de leden van de (rechts)gemeenschap, empirisch, moet onderzoeken. Dit kan niet losgezien worden van het feit dat Weber een van de grondleggers van de sociologie is en zijn theorie ook aanwendt om het werkveld van deze nieuwe discipline te demarqueren. Dit blijkt ook uit de manier waarop de socioloog volgens Weber moet vaststellen of wel of niet sprake is van een legitieme machtsrelatie: hiertoe moet hij een studie maken van ‘sociale actie’ (*soziale Handeln*).¹⁷

Wanneer de secundaire literatuur over Webers theorievorming wordt bestudeerd, valt op dat zijn werk op veel verschillende manieren is geïnterpreteerd. Een aantal van deze verschillen is interessant omdat zij inzicht geven in de belangrijkste controverses waar het sociaalwetenschappelijk onderzoek sinds Weber mee te kampen heeft gehad. Zo is er, om te beginnen, de vraag hoe precies vastgesteld moet worden of een samenleving in de legitimiteit van een machtsrelatie gelooft. Het onderzoeken van ‘sociale actie’ blijft in het werk van Weber zelf een betrekkelijk abstract – of volgens sommigen: ‘vaag’¹⁸ – omschreven activiteit. Duidelijk is dat Weber hiermee in elk geval méér bedoelde dan alleen het bestuderen van *gedrag*: om te bepalen of het publiek een machtsrelatie legitiem vindt, moest wat hem betreft ook interpretatief te werk worden gegaan.¹⁹ Het gaat hem dus niet alleen om gezag dat wordt gehoorzaamd, maar ook om gezag dat blijkens meer subtiële informatie – denk aan het analyseren van roddel, volkscultuur, enzovoort – op de steun van het publiek kan rekenen. Dit

15 Zie § 2.5.

16 Weber 2013, o.a. op p. 16. Op andere momenten spreekt Weber overigens over *Legitimitätsverständnis*. Het idee is hetzelfde, het gaat erom dat Weber voor de sociale wetenschap legitimiteit gelijkstelt met door de samenleving *ervaren* legitimiteit.

17 Dit begrip – dat Weber aan het begin van zijn *magnum opus* introduceert – valt dan weer uiteen in vier andere ideaaltypen: handelen gestuurd door doel-rationele motieven, waarde-rationele motieven, affectieve motieven en traditionele motieven. Zie Weber 2013, p. 4 e.v.. Zie hierover nader verderop in de hoofdstekst.

18 Kocken 2008, p. 12-14; Prabhat 2008, p. 21-22.

19 Dit kan worden afgeleid uit de taakopvatting die Weber de socioloog meegeeft: het *verstehen* (interpreteren) van de sociale werkelijkheid neemt hier een prominente plaats in (de ondertitel van *Wirtschaft und Gesellschaft* is: ‘*Grundriss der verstehenden Soziologie*’). Het gaat hem dus om meer dan objectief vast te stellen handelingen (waaronder *gedrag*).

laatste is natuurlijk wel ingewikkelder te operationaliseren en veel later verricht empirisch onderzoek naar legitimiteit – dat hieronder nog aan bod komt – richt zich dan ook alsnog hoofdzakelijk op gedrag.

Een tweede vraag die het werk van Weber heeft opgeroepen, is hoe groot het geloof in legitimiteit binnen een samenleving precies moet zijn om van een legitieme gezagsrelatie te kunnen spreken. Weber is hier zelf niet duidelijk over. Enerzijds valt er wat te zeggen voor de gedachte dat iedere keer dat een autoriteit geweld nodig heeft om de orde te handhaven, dit een teken is van het – tenminste tijdelijk – falen van een aanspraak op legitiem gezag.²⁰ Zo bezien is het dus: hoe meer gehoorzaamheid en steunbetuigingen een autoriteit ten deel vallen, hoe meer legitimiteit. Anderzijds valt er ook wat voor te zeggen dat de legitimiteit van een gezagsrelatie waarin elke vorm van (burgerlijke) ongehoorzaamheid afwezig is, moet worden gewantrouwd.²¹ Een zekere mate van incidentele ongehoorzaamheid moet misschien niet alleen op de koop worden toegenomen, maar is wellicht juist een teken van een vitale gezagsrelatie. Habermas stelt in dit verband als criterium voor dat er een ‘relevante mate’ van legitimiteit-ondersteunende attitudes in een samenleving moet bestaan.²² Een duidelijke grenswaarde biedt dit criterium natuurlijk niet, al is de vraag of het veel concreter kan. Het lijkt in elk geval zinvol om bij het bepalen van zo’n grens tot op zekere hoogte te abstraheren van incidenten.²³ Hieraan kan wellicht nog worden toegevoegd dat het ook van belang is om te kijken naar de aard van eventueel aanwezige legitimiteits-afwijzende attitudes. Wanneer deze zich concentreren of persisteren onder bepaalde (sub)culturen, of samenhangen met een specifiek soort overheidsoptreden, lijkt hier anders naar te moeten worden gekeken dan wanneer legitimiteitsafwijzingen verspreid over samenleving en onderwerp zouden plaatsvinden.

Een derde vraag die de sociale wetenschap sinds Weber bezighoudt, is hoe de waarachtigheid van een geloof in legitimiteit kan worden bepaald. Gezagstrouw kan immers ook worden afgedwongen en als legitimiteit ten-

20 Vgl. het essay *What is authority*, (Arendt 1968). Zij schrijft ‘Since authority always demands obedience, it is commonly mistaken for some form of power or violence. Yet authority precludes the use of external means of coercion; where force is used, authority itself has failed’ (p. 92–93). Vgl. ook Rosanvallon, die legitimiteit definieert als de ‘afwezigheid van dwang’ (2011, p. 9).

21 Vgl. het o.a. door Merquior (1980, p. v), aangehaalde citaat van de Franse royalist Charles de Rémusat: ‘unanimity is almost always an indication of servitude.’

22 Habermas spreekt van een ‘relevant degree’ (2007, p. 96). Later op diezelfde pagina spreekt hij van een ‘significant degree’.

23 Verhelderend is in dit verband wat Rosanvallon (2011, p. 8-9) hierover schrijft. Hij schrijft dat democratische legitimiteit moet worden opgevat als een ‘onzichtbare institutie’ en niet kan zonder een ‘tissue of relationships between government and society’. Van belang is vooral dat hij wijst op de meervoudige en -lagige interacties tussen ondergeschikten en overheid (de ‘tissue’). Wanneer op één niveau of in één incidentie een legitimiteitsontkenning plaatsvindt, zet dit dus niet – zo kan Rosanvallon althans worden begrepen – de gezagsrelatie als zodanig op de helling.

minste een zekere mate van 'afwezigheid van dwang' veronderstelt, moet de onderzoeker kunnen vaststellen wanneer van dwang inderdaad niet of nauwelijks sprake is, oftewel wanneer het geloof in legitimiteit werkelijk uit het publiek zelf komt. Er zijn auteurs die stellen dat Weber hier geen oog voor had. Zij concluderen dan ook dat wat Weber legitiem gezag noemt, in wezen niets meer of minder is dan het 'succes van de staat' in het vestigen van *effectief* gezag.²⁴ Anderen betwisten die lezing en stellen dat Weber wel degelijk het oog had op een in enige mate vrijwillig legitimiteitsgeloof onder de bevolking.²⁵ De tekst van Weber lijkt voor die laatste lezing de meeste aanknopingspunten te bieden,²⁶ al geldt tegelijkertijd dat zijn werk niet overloopt van problematiseringen van de notie van vrijwilligheid. Hoe dan ook, de enige zinnige weg voor het empirisch onderzoek moet zijn om inderdaad de eis te stellen van een intrinsiek gevoeld, uit de samenleving voortkomend (dus endogeen) legitimiteitsgeloof. Het stellen van deze voorwaarde is niet alleen theoretisch het best verdedigbaar, in ieder ander geval dreigt ook een circulair concept.²⁷ Het stellen van deze eis leidt echter wel onvermijdelijk tot een kwetsbaar punt in het resulterende concept: vrijwilligheid is immers een buitengewoon gecompliceerd en uit-en-ter-na geproblematiseerd begrip. Het veronderstelt in deze context onder meer dat een samenleving zich tot op zekere hoogte kan wapenen tegen de kracht van indoctrinatie, althans zich onafhankelijk van de autoriteit een (collectief) beeld kan vormen van wat rechtmatig gezag is.²⁸ (neo-)Marxistisch geïnspireerde sociologen zullen om die reden de idee dat een 'vrijwillig geloof in

24 Kocken 2008, p. 15; Bottoms en Tankebe 2012, p. 130: 'legitimate domination is, for Weber, simply "obeyed legality"'.

25 Zie o.a. Hinsch 2010: 'Weber's view is that a norm or an institutional arrangement is legitimate if, as a matter of fact, it finds the approval of those who are supposed to live in this group. "Approval" in this context is to be understood as "sincere recognition of a norm as providing an appropriate standard of conduct (...)" and not only because of the threat of social sanctions.' Vgl. ook Lembcke 2008, p. 36.

26 Zo valt moeilijk in te zien waarom hij steeds het Duitse woord *Herrschaft* gebruikt in plaats van *Macht*, als hij hiermee ook afgedwongen gehoorzaamheid had willen insluiten (vgl. wat Weber daar zelf over schrijft op p. 53). Bovendien vallen in de tekst van Weber zelf de nodige toespelingen te vinden waaruit kan worden afgeleid dat hij intrinsiek gevoelde legitimiteit bedoelde. Vgl. bijvoorbeeld, 2012, p. 212, waar hij de eis stelt van 'a minimum of voluntary compliance'. Zie uitgebreider over dit vraagstuk Noyon 2017b, p. 152.

27 In dat geval wordt immers legitimiteit afgeleid uit gehoorzaamheid, om vervolgens die gehoorzaamheid weer te verklaren vanuit de legitimiteit. Zodoende wordt de notie van legitimiteit betekenisloos, het voegt dan niks meer toe aan de notie van 'gezag' (vgl. § 3.4). Vgl. in dit verband Barker (2001, p. 10), die dit bezwaar in algemene zin opvoert tegen de empirische benadering van legitimiteit.

28 Voor een prangend voorbeeld dat op het tegendeel wijst, zie de bespreking van Nancy Adlers *Overleven na de Goelag* in Bokhorst 2014, p. 17. Hier bespreekt zij de strafkamp-memoires van een gevangene in Stalinistisch Rusland, die hierin ondanks zijn eigen ervaringen gloedvol zijn geloof in de principes van de Communistische Partij blijft belijden.

legitimiteit' bestaat gemakkelijk verwerpen.²⁹ En vanuit een Foucaultiaans perspectief kan de eis van 'afwezigheid van dwang' verregaand worden gerelativeerd wanneer met hem wordt aangenomen dat juist macht die geen observeerbare dwang nodig heeft omdat hij door de ondergeschikten is geïnternaliseerd – door Foucault 'pastorale macht' genoemd – de meest dwingende is.³⁰

Een laatste hier te bespreken controversie die Webers benadering – en bijna elke sociaalwetenschappelijke benadering – van legitimiteit oproept, is de morele leegte hiervan. Deze stelt immers, anders dan normatieve benaderingen, *a priori* geen enkele morele begrenzing aan de macht van de overheid.³¹ In dat verband is in de literatuur bijvoorbeeld opgemerkt dat door alleen te kijken naar de vraag of een samenleving in de legitimiteit van een overheid *gelooft*, ook evident kwade machtsrelaties – zoals het nazisme, de slavernij of ernstige vormen van raciale ongelijkheid – in empirische zin legitiem kunnen zijn.³² Bevestiging voor deze gedachte zou gevonden kunnen worden in onderzoeken die ten aanzien van landen met als 'autoritair' geoordeelde regimes,³³ of ten aanzien van Zuid-Afrika ten tijde van de apartheid,³⁴ een hoge mate van empirische legitimiteit laten zien. Zeker zo belangrijk is dat op deze manier over allerlei *onderdelen* van een gezagsrelatie, wellicht geoordeeld kan worden dat zij de empirische legitimiteit ten goede komen, terwijl dergelijke aanpassingen op grond van een normatieve benadering van legitimiteit zouden moeten worden verworpen.³⁵ Gedacht kan dan bijvoorbeeld worden aan het afzwakken van rechtsbescherming van verdachten, het (zwaar) oprekken van de straftoemetingsruimte of aan het toestaan van foltering. Mede om die reden wordt alom aangenomen dat empirische legitimiteit *alleen* een te beperkt perspectief biedt en wordt, ook binnen de sociaalwetenschappelijke literatuur, geregeld opgemerkt dat

29 Zij zullen hierin immers slechts een uitdrukking van de overheersing van de bourgeoisie herkennen (en een geloof in legitimiteit als vals-bewustzijn aanmerken). Vgl. Coicaud 2002, p. 69, die dit ook opmerkt en vgl. MacCoun 2005, i.h.b. p. 188.

30 Foucault 2007.

31 Vgl. Lembcke 2008, p. 37.

32 Dit argument wordt genoemd door o.a. Smith 2007, p. 35-36; Hinsch 2010, p. 41; Barker 2001, p. 10. Kritisch op de morele leegte zijn ook Kocken 2008, p. 15-18; Lembcke 2008, p. 33-34.

33 Zie hiervoor Karstedt 2013. Aangetekend moet worden dat onderzoeken in deze landen vrijwel altijd gehandicapt zijn. Het gaat in deze publicatie hoofdzakelijk om onderzoeken waarin alleen aan burgers gevraagd is of zij de overheid 'vertrouwen' – hetgeen dan gelijk wordt gesteld met empirische legitimiteit. Problematisch is natuurlijk – naast het morele argument – dat in veel van deze landen ook sterk getwijfeld kan worden aan de waarachtigheid van de antwoorden van respondenten.

34 Zie Ellmann 1995. Deze bevinding gold, opmerkelijk genoeg, ook voor de zwarte bevolking van Zuid-Afrika. Zie hierover nog nader in § 6.4.4.

35 Zie Roberts en Plesničar (2015, p. 36), die veronderstellen dat het najagen van empirische legitimiteit (overigens zonder daarbij duidelijk te maken wat zij daar precies onder verstaan) kan leiden tot in normatieve zin disproportionele straffen.

behoefte bestaat aan meer normatieve perspectieven op legitimiteit in de sociale wetenschap.³⁶

De abstracte theorie van Weber kan worden beschouwd als het fundament waarop zich nadien de twee belangrijke hoofdstromingen in het criminologische denken over legitimiteit hebben gevestigd. De eerste is wel aangemerkt als de – van huis uit – ‘Amerikaanse’ benadering, de tweede als de Europese (of: éstatistische) benadering.³⁷ De Amerikaanse benadering kenmerkt zich door een oriëntatie op procedurele rechtvaardigheid en is onder meer toegepast in onderzoek naar de legitimiteit van de politie, van gerechten en ook binnen gevangenissen. In dit onderzoek wordt legitimiteit typisch geoperationaliseerd als een construct dat is samengesteld uit ten eerste de mate waarin respondenten zeggen ‘vertrouwen’ te hebben in (het betreffende onderdeel van) de (strafrechtelijke) overheid, en ten tweede de mate waarin mensen zeggen intrinsiek een morele plicht te voelen om die overheid te gehoorzamen.³⁸ In deze onderzoeksstroming gaat de aandacht enerzijds uit naar voorspellers voor legitimiteit, waarbij met name de invloed van persoonlijke ervaringen met respectievelijk de politie, gerechten en gevangenispersoneel is onderzocht, terwijl anderzijds aandacht is voor de effecten van hoge of lage legitimiteit. Uit een grote hoeveelheid onderzoek blijkt dat met name kwesties van bejegening en ervaren procedurele rechtvaardigheid van invloed zijn op de hoogte van de – aldus gemeten – legitimiteit, althans op geaggregeerd niveau.³⁹ De

36 Zie bijvoorbeeld Loader en Sparks (2013, p. 110): ‘we cannot continue to raise the problem of legitimacy without considering a series of legal, constitutional, philosophical and political problems.’ Aldus ook Bottoms en Tankebe 2012, p. 156-158; Smith 2007, p. 35-36. Opvallend is dat zelfs Tyler, in een nieuw nawoord bij zijn klassieke werk, op basis van een bespreking van normatieve kritieken op eerdere drukken, concludeert dat een ‘proper balance’ nodig is tussen sociaalwetenschappelijke en normatieve perspectieven (2006, p. 287). Hij doet daar zelf echter geen inhoudelijk voorstel toe.

37 Het onderscheid tussen de ‘Amerikaanse’ en de ‘Europese’ benadering van legitimiteit wordt o.a. gemaakt door Tonry (2007, p. 3-4) en Smith (2007, p. 30). Het gaat hier – voor de duidelijkheid – om een aanduiding van de *oorsprong*. Het van huis uit Amerikaanse onderzoek heeft inmiddels ook veel Europese navolging (en *vice versa*), zie bijvoorbeeld de bundel Meško en Tankebe 2015; Koster 2018; Brouwer 2020, i.h.b. hoofdstuk 5.

38 Deze operationalisering wordt gehanteerd in het hoofdwerk van Tyler (1996). De morele plicht de wet te gehoorzamen wordt bijvoorbeeld gemeten door stellingen voor te leggen als ‘people should obey the law even if it goes against what they think is right’ en ‘it is difficult to break the law and keep one’s self-respect’ (zie p. 45 e.v.). Met dit type formulering wordt geprobeerd om attitudes te meten die niet of althans minimaal het gevolg zijn van externe dwang (zie hiervoor de hierboven beschreven derde problematisering van de benadering van Weber). In hoeverre dat hiermee lukt, is iets waarover verschillend kan worden gedacht.

39 Gepercipieerde materiële rechtvaardigheid – bijvoorbeeld over de hoogte van de straf – is ook van invloed op de gepercipieerde legitimiteit op een individueel niveau, maar tussen individuen bestaan sterke verschillen in wat zij passende straffen vinden (vgl. § 4.7.1), waardoor het niet mogelijk is straffen naar een zinvol gemiddelde (of modus, mediaan of andere aggregatiemaat) te modelleren zonder dat alsnog veel mensen ontevreden zullen zijn. Zie hierover nader § 6.4.4.

effecten die in de loop der tijd aan de zo gemeten legitimiteit zijn gerelateerd, bestaan uit allerhande gedragsattitudes die directe voordelen bieden voor de strafvordering: mensen zijn bijvoorbeeld eerder bereid met de politie mee te werken,⁴⁰ eventuele misstanden aan de politie te melden in plaats van tot eigenrichting over te gaan⁴¹ en zichzelf aan de strafwet te houden.⁴²

Het grote voordeel van deze 'Amerikaanse' benadering van legitimiteit is dat ze goed te operationaliseren valt en daarom ook goed empirisch te onderzoeken. Er is ook kritiek. Bezwaren zijn onder meer dat slechts gekeken wordt naar een beperkt aantal, vooraf gedefinieerde voorspellers van legitimiteit en dat legitimiteit wordt benaderd als iets atomisch, omdat het op individueel niveau onderzocht wordt, terwijl empirische legitimiteit een sociaal fenomeen is dat de som der delen overstijgt.⁴³ Voor het onderwerp van dit onderzoek is echter vooral een derde kritiekpunt van belang. Deze luidt dat binnen het procedurele-rechtvaardigheid-paradigma overmatig gewicht wordt toegekend aan de invloed die persoonlijke ervaringen met de strafrechtspleging hebben op de gepercipieerde legitimiteit.⁴⁴ Veel legitimiteitsonderzoek uit de Amerikaanse school leest als een vorm van klanttevredenheidsonderzoek; de uitkomst hiervan is dan dat de 'klanten' van de rechtspraak vooral geholpen worden door een rechtvaardige procedure en dat hen dit er in het vervolg weer toe aanzet bereidwillig in toekomstige procedures te participeren. Hoewel het op zichzelf natuurlijk nuttig is te weten waarmee rechtszoekenden zich geholpen voelen, zegt dit over de verhouding tussen de strafrechtspleging en het grote publiek niet zoveel. Dat grote publiek bestaat immers uit veel meer mensen dan alleen de direct betrokkenen en dit publiek baseert zijn mening over het strafrecht en de strafrechtspleging niet (slechts) op eigen ervaringen, maar op wat het hierover langs indirecte weg, bijvoorbeeld via de media,⁴⁵ verneemt. De invloed van dit soort 'vicarious sources' op de door de samenleving gepercipieerde legitimiteit wordt, volgens velen, binnen de Amerikaanse onderzoeksschool ondergewaardeerd.⁴⁶

40 Jackson e.a. 2012; Tyler, Schulhofer en Huq 2010.

41 Tyler en Huo 2002.

42 Sunshine en Tyler 2003; Tyler 2006.

43 Vgl. Smith 2007, p. 32. Smith stelt dat gepercipieerde legitimiteit – of spiegelbeeldig: verzet – vormen van 'collectieve' actie zijn die zich niet laten reduceren tot denkbeelden van individuen. Vgl. in dit verband over de vele *pars pro toto*- en *totum pro parte*-redeneringen in de literatuur over legitimiteit Bokhorst 2014, p. 22-24.

44 Aldus o.a. Smith 2007, p. 32; Loader en Sparks 2013, i.h.b. p. 107 e.v.; Bottoms en Tankebe 2012, i.h.b. op p. 122 e.v.. En zie hierover eerder Noyon 2017b, p. 157.

45 Zie daarover § 4.6.3.

46 Aldus Smith 2007, p. 32; Tonry 2007, p. 4.

De tweede, 'Europese' benadering van legitimiteit is in veel opzichten spiegelbeeldig aan het procedurele-rechtvaardigheid-paradigma.⁴⁷ Anders dan in het van oorsprong Amerikaanse onderzoek, staat hier niet centraal in welke mate burgers directe inbreuken van de staat in hun leven rechtvaardig vinden; in deze benadering is de vraag die de richting van het denken bepaalt wat burgers in algemene zin vinden van hoe de staat zich van zijn taken kwijt. In deze meer macroscopische benadering is legitimiteit niet iets dat wordt afgeleid uit hoe respondenten vragenlijsten invullen, althans niet primair,⁴⁸ noch iets dat scharniert rond persoonlijke ervaringen met de overheid. In plaats daarvan wordt meer interpretatief (in Weberiaanse termen: *verstehender*) te werk gegaan en worden op tal van indirecte manieren legitimiteitspercepties van het 'grote publiek'⁴⁹ onderzocht. Zo wordt onder meer gekeken naar de toon waarop binnen het maatschappelijk discours over de strafrechtspleging wordt gesproken. In literatuur die op deze Europees-étatistische leest is geschoeid, wordt zodoende niet geschroomd om een verhit maatschappelijk debat te interpreteren als teken van een zwakke legitimiteit.⁵⁰ Datzelfde geldt voor de opkomst van het punitief populisme,⁵¹ hetgeen immers floreert bij de gratie van (de geloofwaardigheid van) systeemkritiek.⁵² Ook de manier waarop binnen de étatistisch-Europese benadering wordt gekeken naar met legitimiteit samenhangend gedrag, blijft minder dan de van huis uit Amerikaanse school beperkt tot directe strafprocessueel relevante gedragingen. Zo wordt niet alleen medewerking met strafvorderlijke autoriteiten in concrete strafrechtelijke procedures gemeten, maar worden ook moeilijker te observeren grootheden als de bereidwilligheid van het publiek om een actieve rol te spelen in het publieke leven in ogenschouw genomen.⁵³ Een gevolg van dit alles is dat de bepaaldheid van het concept terrein verliest. Niet altijd

47 Hoewel Tonry (2007, p. 4) in dit verband wel spreekt over 'the prevalent European conception' van legitimiteit, is veel minder dan in de Amerikaanse benadering sprake van een homogene onderzoeksschool. Waar de Amerikaanse stroming overwegend behavioristisch is met duidelijke eigen onderzoeksmethoden en concepten, is de Europese benadering overwegend (macro)sociologisch en staat ze onder invloed van (met name) politicologische en antropologische invloeden.

48 De talrijke 'vertrouwensmonitoren', waaronder die van de 'Eurobarometer' (zie § 4.4.1) zouden wel kunnen worden gezien als een methode waarop geprobeerd wordt om door middel van enquêteonderzoek zicht te krijgen op de ervaren legitimiteit van de overheid. In veel typisch étatistisch-Europese literatuur wordt echter niet of nauwelijks aan dit soort onderzoek gerefereerd.

49 Tonry (2007, p. 4) koppelt de 'Europese benadering' aan onderzoek naar 'the public at large'.

50 Zie bijvoorbeeld Loader en Sparks 2013, p. 107 e.v..

51 Zie o.a. Green 2016, p. 190; Dzur 2012, p. 36, die het punitief populisme en een verondersteld legitimiteitstekort expliciet met elkaar in verband brengen.

52 Zie voor een conceptualisering van het punitief populisme § 3.3. Green en Dzur gaan overigens uit van een minder scherpe betekenis van het punitief populisme dan in die paragraaf is opgesteld.

53 Vgl. Tonry 2007, p. 4.

is duidelijk wat nu een symptoom is van legitimiteit, wat een gevolg en wat een oorzaak. Het nadeel van deze Europese benadering is al met al dat het nauwelijks heeft geleid tot meetbare constructen en daarmee amper tot empirische gegevens.

In het afgelopen decennium is de belangstelling voor het concept legitimiteit binnen de criminologie aanzienlijk toegenomen.⁵⁴ Die toegenomen belangstelling verklaart waarschijnlijk ook dat, in een zoektocht naar nieuwe perspectieven, twee politicologische monografieën betrekkelijk recent in de criminologische literatuur zijn opgemerkt.⁵⁵ De Britse politicoloog Beetham en de Franse politicoloog Coicaud – ogenschijnlijk niet bekend met elkaars werk – doen hierin opvallend vergelijkbare voorstellen voor een nieuwe empirische bestudering van legitimiteit.⁵⁶ Beiden vertrekken vanuit een kritiek op de dominantie van het Weberiaanse denken binnen de sociale wetenschappen.⁵⁷ Beetham keert zich met name tegen Webers oekaze dat voor de sociale wetenschapper legitimiteit hetzelfde zou moeten zijn als een *geloof in* legitimiteit.⁵⁸ Doordat de sociale wetenschap steeds alleen heeft onderzocht of een gezagsrelatie blijkens het gedrag⁵⁹ van de leden van een samenleving op het moment van onderzoek als legitiem wordt beschouwd, betoogt Beetham, is ze steeds niet in staat geweest om plotselinge politieke omwentelingen te zien aankomen. De val van de muur is hier – een eerste druk van zijn boek verscheen in 1990 – voor hem een inspiratiebron. Beetham redeneert dat aan de Sovjetoverheersing van Oost-Europa al ruim voor de ineenstorting van de macht alle empirische legitimiteit was ontvallen; de keuze om niet langer militair in te grijpen maakte slechts zichtbaar wat in werkelijkheid al veel langer gaande was: de gezagsrelatie was een machtsrelatie die door dreiging met geweld bijgehouden werd. Een adequate sociaalwetenschappelijke benadering

54 Zie bijvoorbeeld Tankebe 2013, p. 104; Tankebe 2014, p. 238; Martin en Bradford 2019, p. 2, waarin gesproken wordt over een ‘legitimacy turn’ in de criminologie.

55 Het betreft de monografieën *The legitimization of power* van David Beetham en *Legitimacy and Politics* van Jean-Marc Coicaud. De eerste is oorspronkelijk uitgebracht in 1990, voor dit onderzoek is een nieuwe druk uit 2013 geraadpleegd (verwezen wordt naar Beetham 2013b). De tweede kwam uit in 2002. Vanaf 2010 duiken beide werken geregeld op in de criminologische literatuur. In 2013 verscheen van beide auteurs een bijdrage waarin zij hun argumentatie toespitsen op een strafrechtelijke context. In deze studie worden deze aangeduid met respectievelijk Beetham 2013a en Coicaud 2013.

56 Om die reden worden hieronder in de eerste plaats de (iets meer geconcretiseerde) voorstellen van Beetham besproken. In de voetnoten wordt verwezen naar de relevante passages uit het werk van Coicaud.

57 Zie Beetham 2013b, meest expliciet op p. 24, over zijn ‘conviction that it is necessary for social science to be freed from the whole Weberian legacy if it is to make sense of the subject of legitimacy.’ En zie Coicaud 2002, al op p. 1.

58 Zie Beetham, 2013b, i.h.b. op p. 6 en 8.

59 Beetham schrijft over (de sociale wetenschap na) Weber als ware hij/het alleen maar geïnteresseerd in gedrag. Het concept sociale actie van Weber – waaruit het geloof in legitimiteit wat hem betreft moet worden afgeleid – is in werkelijkheid breder dan Beetham suggereert (zie hiervoor in de hoofdstekst). Dit is iets waar Beetham, al dan niet om retorische redenen, aan voorbijgaat.

van legitimiteit had dit, zo betoogt Beetham, kunnen voorzien en dit legitimiteitstekort⁶⁰ eerder kunnen blootleggen.⁶¹

De oplossing die Beetham – en in vergelijkbare zin: Coicaud – hiervoor aanbeveelt is dat de sociale wetenschapper niet moet onderzoeken of een gemeenschap een gezagsrelatie nog legitiem vindt, maar in plaats daarvan *in abstracto* de waarden van die gemeenschap in kaart moet brengen. Vervolgens moet de wetenschapper zelf oordelen of de gezagsrelatie aan die waarden voldoet.⁶² Het gevolg van deze taakopvatting is dat, veel meer dan in de hiervoor besproken benaderingen van legitimiteit, sociale *waarden* centraal komen te staan.⁶³ Waar in de klassieke Weberiaanse benadering nog wordt volstaan met het in kaart brengen van een gevolg – gehoorzaamheid of andere vormen van sociale actie – en daar de legitimiteit vervolgens uit wordt afgeleid, wordt in de benadering van Beetham en Coicaud dat wat verondersteld wordt daaraan ten grondslag te liggen, de sociale waarden waar een in sociaalwetenschappelijke zin legitieme gezagsrelatie aan moet voldoen, daadwerkelijk in beeld gebracht. Hierdoor wordt juist niet veel waarde gehecht aan de status quo op het moment van onderzoek.⁶⁴ Hieruit kan worden afgeleid dat Beetham veronderstelt dat burgers kunnen antwoorden op wat zij in algemene termen een legitieme gezagsrelatie vinden, waarbij zij abstraheren van de relatie die zij in de praktijk meemaken. Een implicatie van deze benadering is dat de sociale weten-

60 Beetham maakt een conceptueel onderscheid (zie bijvoorbeeld p. 20 in 2013b) tussen 'illegitimacy', een 'legitimacy deficit' en 'delegitimation', hetgeen dan weer correspondeert met drie constitutieve voorwaarden voor legitiem gezag. Een legitimiteitstekort is de negatie van de tweede fase. Deze onderscheidingen worden in dit onderzoek niet overgenomen – daarom wordt er hier niet verder op die terminologie ingegaan.

61 Zie bijvoorbeeld 2013b, p. 28. De overtuigingskracht van deze analyse kan worden betwist. Doordat Beetham miskent dat de sociale wetenschapper ook meer interpretatief te werk kan gaan, maakt hij het zichzelf gemakkelijk om te beargumenteren dat de sociale wetenschap niet in staat was de tanende legitimiteit van het Sovjet-regime te onderzoeken. Hij doet het immers voorkomen alsof het feit dat deze gezagsrelatie werd gehoorzaamd, impliceert dat geen enkele sociaalwetenschappelijke onderzoekstechniek het (groeierende) legitimiteitstekort had kunnen blootleggen. Dit terwijl dit met een meer *verstehende* aanpak waarschijnlijk goed mogelijk was geweest.

62 Een sleutelzin in het werk van Beetham is: 'a given power relationship is not legitimate because people believe in its legitimacy, but because it can be *justified in terms of their beliefs*' (2013b, p. 11, originele cursivering). Dit mondt uit in een driestappenplan dat hij op p. 16-19 uiteenzet. Vgl. Coicaud die een vergelijkbaar driestappenplan presenteert, op p. 40-42 (2002). Uiteraard bestaan hiertussen enkele nuanceverschillen.

63 Zie Coicaud 2002, p. 14, die het in dit verband over de '(value) identity of a given society' heeft.

64 Zeker aan het boek van Beetham lijkt de gedachte ten grondslag te liggen dat het publiek wel enige tijd onwaarheden opgespeld kan krijgen, maar dat vroeg of laat de waarheid toch boven komt drijven. Kort gezegd ademt zijn werk de gedachte *You can fool all the people some of the time, and some of the people all the time, but you cannot fool all the people all the time*. Dit uitgangspunt is gelet op de invloed die de val van de muur had op zijn gedachtevorming begrijpelijk, maar de vraag kan gesteld worden of dit uitgangspunt in tijden van *nepnieuws* nog houdbaar is. Tegenwoordig lijkt net zo belangrijk dat juist mis- en desinformatie die leeft onder het publiek effect kan hebben op de werkelijkheid.

schapper niet kan volstaan met het meten van sociale opvattingen, maar zelf een oordeel moet vellen.⁶⁵ Het is immers de taak van de wetenschapper om de vergelijking tussen ideaal en realiteit te maken. Deze activiteit van oordeelsvorming presenteren Beetham en Coicaud wel nadrukkelijk als een onderdeel van sociale wetenschap, want als een op de empirie gebaseerde handeling.⁶⁶

De perspectieven van Beetham en Coicaud hebben de criminologische literatuur op theoretisch niveau in enige mate beïnvloed.⁶⁷ Tot operationaliseren en empirisch onderzoek hebben zij echter nog niet (werkelijk) geleid.⁶⁸ Het is ook duidelijk dat het geen sinecure zal zijn om dit ter hand te nemen. Hoe concreet moeten de waarden van een samenleving bijvoorbeeld worden uitgevraagd? Moet het gaan om abstracte waarden (bijvoorbeeld op het abstractieniveau van waarden als 'gelijkheid' en 'vrijheid') of om meer concrete normen? Dit is relevant, want hoe abstracter de waarden zijn uitgevraagd, hoe meer de onderzoeker deze nog zelf zal moeten omzetten naar concrete normen om de realiteit aan te toetsen. Bovendien leidt het op een abstract niveau bevragen van mensen tot andere uitkomsten – zo heeft het empirisch onderzoek duidelijk gemaakt. Zo zijn, bij wijze van voorbeeld, respondenten in enquêtes over het algemeen vóór 're-integratie' van veroordeelden, maar tegen daarvoor gangbare modaliteiten als verlof en voorwaardelijke invrijheidsstelling.⁶⁹ Beetham lijkt voor het daadwerkelijk meten van sociale waarden een deliberatieve peiling op het oog te hebben (alook bepleit door Habermas, waarover in § 6.4.1 meer),⁷⁰ hetgeen, zoals inmiddels bekend is, weer allerlei nieuwe uitda-

65 Beetham 2013b, p. 13: 'it follows that the social scientist, in concluding that a given power relationship is legitimate, is making a *judgement*, not delivering a *report*, about people's belief in legitimacy' (originele cursivering). Vgl. Coicaud 2002, p. 42: 'Judgement is the culminating point for this evaluation procedure (...)' Beetham en Coicaud presenteren dit beiden als iets dat de sociale wetenschapper niet van nature gewend is en waarvoor hij een hobbel over zal moeten. Zie bijvoorbeeld Coicaud 2002, p. 40: the notion of judgement has a bad reputation within the scientific world in general and in the world of social sciences in particular.'

66 Beetham 2013b, p. 7: 'I am concerned with legitimacy as a problem for social science rather than for political philosophy.' Aangetekend moet wel worden dat Beetham er soms aan karikaturen grenzende opvattingen op nahoudt van andere disciplines. Zo meent hij dat de sociale wetenschapper 'unlike the moral or political philosopher' niet zoveel heeft met universele waarheden (p. 6), en 'unlike the lawyer', geïnteresseerd is in 'much more than legal validity'. De politiek filosoof en jurist zijn – zoals later in dit hoofdstuk aan de orde komt – wel in meer geïnteresseerd dan in universalisme en legaliteit. Aangenomen moet worden dat Beetham deze stromannen voor retorische doeleinden zo positioneert.

67 Zie voor referenties bijvoorbeeld: Bottoms en Tankebe 2012, p. 132-136; Tyler en Jackson 2013, p. 89; Jackson e.a. 2011, p. 271; Martin en Bradford 2019, p. 4.

68 Zie wel Jackson e.a. 2011. In deze laatste publicatie wordt voorgesteld om onderzoek naar de 'shared values' van verschillende rechtsgemeenschappen te operationaliseren. Het blijft bij voorstellen.

69 Zie voor dit (en meer) voorbeeld(en) § 4.5.2.

70 Zie bijvoorbeeld Beetham 2013b, p. 14.

gingen voor de validiteit van zulke metingen met zich brengt.⁷¹ En dan is er nog het punt van meningsverschillen binnen een samenleving. Beetham en Coicaud hebben beiden wel veel aandacht voor het feit dat sociale waarden verschillen *tussen* samenlevingen. Zij stellen ook meermaals dat, omdat er nu eenmaal geen universele waarden bestaan,⁷² de sociale wetenschapper per 'samenleving'⁷³ moet onderzoeken welke waarden die erop nahoudt. Het empirisch onderzoek laat echter juist zien dat ook *binnen* samenlevingen vaak grote verschillen van mening bestaan over wat rechtens is.⁷⁴ Hieraan gaan Beetham en Coicaud goeddeels voorbij.

Ten slotte is er ook nog een probleem van meer ontologische aard. Een probleem met de waardenbenadering van Beetham en Coicaud is dat hun benadering (hypo)statisch aandoet.⁷⁵ Ze suggereren, of stellen soms expliciet, dat er één optimum is: volkomen congruentie tussen de sociale waarden van een rechtsgemeenschap en een bestaande gezagspraktijk.⁷⁶ Hiermee vooronderstellen ze dat de waarden van een samenleving geïsoleerd kunnen worden van iedere context; en dat empirische legitimiteit helemaal los staat van toevallige gebeurtenissen die zich in iedere gezagsrelatie voordoen. Hiermee miskennen ze het inherent interactieve aan gezagsrelaties, waarbij het handelen van de autoriteit en het publiek steeds ook een reactie is of anticipeert op het handelen van de ander. Door hier van te abstraheren, raakt ook buiten beeld wat het effect is van de feitelijke context van een bepaalde gezagsrelatie. In werkelijkheid is het natuurlijk niet zo dat een gezagsrelatie zich bij wijze van spreken vanaf een historisch nulpunt laat opbouwen. Ze is altijd (ook) een product van het verleden, inclusief bepaalde sociale littekens, (over)gevoeligheden en verwachtingen. Al met al roepen de voorstellen van Beetham en Coicaud zo minstens zoveel

71 Zie in het bijzonder § 4.7.3.

72 Op de vraag of het zinvol is om aan te nemen dat er cultuur-transcendente, universele (natuurrechtelijke) waarden bestaan – en of het in de vermogens van altijd tot op zekere hoogte cultureel geprogrammeerde mensen ligt om die te kennen – wordt in § 6.4.1 nog teruggekomen.

73 Beetham 2013b, p. 21: 'the specific content (...) is historically variable, and must therefore be determined for each type of society.' Zie ook Coicaud 2002, p. 14. Overigens veronderstelt Beetham wel dat er – hoewel dus de materiële normen van een samenleving verschillen – een bepaalde universele structuur is aan de hand waarvan legitimiteit zich vestigt of afbrokkelt ('I am proposing that there is an underlying structure of legitimacy common to all societies, however much of its content will vary from one to the other.' (p. 22). Dat gaat echter over de procedurele – en niet de substantiële – dimensie van legitimiteit (zie nader § 6.4.4).

74 Zie voor oordelen over de straftoemeting § 4.7.1. Vgl. Barker (2001, p. 11), die opmerkt dat een van de zwaktes van veel benaderingen van empirische legitimiteit is dat zij onvoldoende onderkennen dat mensen er veel verschillende waardensystemen op nahouden, ook binnen één gezagsrelatie.

75 Vgl. Bottoms en Tankebe 2013, p. 66.

76 Beetham schrijft dit vrijwel letterlijk op p. 11 (2013b): 'we are making an assessment of the degree of congruence, or lack of it, between a given system of power and the beliefs, values and expectations that provide its justification.'

nieuwe problemen in het leven als zij oplossen. Zij hebben als voornaamste verdienste dat zij binnen de criminologische literatuur de waarde van waarden onder de aandacht hebben gebracht; hier staan echter tegenover een moeizame praktische toepasbaarheid en een zekere blinde vlek voor de sociale realiteit waarin empirische legitimiteit mede vorm krijgt.

Mede tegen de achtergrond van dit laatste bezwaar kan de ontwikkeling van een van de meest recente criminologische perspectieven op legitimiteit worden begrepen. Bottoms en Tankebe introduceerden in 2012 een 'dialogic approach to legitimacy'.⁷⁷ Voor deze dialoogbenadering zoeken zij aansluiting bij een stelling van Weber, die, volgens hen,⁷⁸ in de secundaire literatuur vaak over het hoofd is gezien.⁷⁹ De strekking van het citaat is dat, volgens Weber, iedere autoriteit zich, altijd, de nodige moeite zal getroosten om de gemeenschap waarover het gezag uitoefent te overtuigen van de legitimiteit van dat gezag.⁸⁰ Weber verplaatst hier dus de aandacht van het subject – het publiek – naar het object – de autoriteit.⁸¹ Bovendien verandert het wezen van legitimiteit hier van een *situatie* in een *activiteit*. Bottoms en Tankebe bouwen voort op deze activering van het legitimiteitsbegrip met de eigen observatie dat wat precies door een gemeenschap als legitiem overheidshandelen wordt opgevat – en onder welke omstandigheden een overheid een succesvolle aanspraak op legitiem gezag kan vestigen – ook onder invloed staat van wat er in die relatie in het (recente) verleden is voorgevallen.⁸² Zij wijzen in dat verband op de relevantie van *incidenten* voor de empirische legitimiteit. Die gedachtegang spreekt, ook gelet op het hierboven genoemde bezwaar tegen de conceptualisering van Beetham en Coicaud, aan. Incidenten horen er in iedere gezagsrelatie nu eenmaal bij en de ervaring leert dat dit een opeenvolging van handelen en verwachtingen tussen autoriteit en ondergeschikten teweeg kan brengen. Statische legitimiteitstheorieën – waaronder in het bijzonder die van Beetham en Coicaud – bieden hiervoor in het geheel geen ruimte.

77 Zie Bottoms en Tankebe 2012 en voor een latere reflectie Bottoms en Tankebe 2013. Ook hiervoor geldt overigens dat iets dergelijks in de niet-criminologische literatuur al eerder is voorgesteld. Zie bijvoorbeeld Lembcke 2008, die een 'dynamische' benadering voorstelt.

78 Bottoms en Tankebe 2012, p. 128.

79 Zie echter ook weergaven van dit citaat in: Harkin 2015, p. 5; Fossen 2013, p. 426; Barker 2001, p. 4.

80 Voluit (zie Weber 2013, p. 213): 'every system attempts to establish and to cultivate the belief in its legitimacy.'

81 Hoewel dit overschakelen van subject- naar objectbenadering vaak aan dit citaat wordt opgehangen, doet Weber dat in een andere publicatie (*Politik als Beruf*) nog veel sterker. Zie Weber 1946, p. 4. Hier schrijft hij dat 'a state is a human community that (successfully) claims the monopoly of the legitimate use of physical force within a given territory.' Onder verwijzing naar dit citaat is Weber wel tegengeworpen (zie Lembcke 2008, p. 34; Merquior 1980, p. 92-93) dat hij zou zwalken tussen de object- en subjectbenadering van legitimiteit. Zie hierover hieronder (in § 6.4.3) meer.

82 Zij noemen zelf als voorbeeld de rassenrellen in Brixton in 1981 (zie 2012, p. 162).

Een voordeel van de meer op de maatschappelijke realiteit gerichte dialoogbenadering, is bovendien dat het beter dan andere (sociaalwetenschappelijke) benaderingen in staat is om de invloed van mis- en desinformatie op de kwaliteit van de gezagsrelatie een plek te geven. Dat is van belang, nu in de praktijk onder het publiek de nodige misverstanden blijken te leven over het functioneren van de strafrechtspleging.⁸³ Omdat die misverstanden – al dan niet nadat zij politiek worden geëxploiteerd – wel reële veranderingen in het straf(proces)recht teweegbrengen, ontstaan zo nieuwe situaties waar actoren in de strafrechtspleging zich weer op een of andere wijze toe moeten zien te verhouden.⁸⁴ Door legitimiteit op te vatten als een voortdurende dialoog, wordt het makkelijker voor dit soort aaneenschakelingen van interacties aandacht te hebben. Bovendien past deze benadering van legitimiteit goed bij de manier waarop gezag in hedendaagse westerse samenlevingen gevestigd zou worden, namelijk als een resultante van een voortdurende interactie tussen overheid en publiek, in plaats van als iets dat met enige duurzaamheid verbonden is aan een formele functie.⁸⁵ Het belangrijkste nadeel van deze benadering van legitimiteit als dialoog is dat ze niet gemakkelijk te operationaliseren valt.⁸⁶ Wanneer immers ook een temporele dimensie aan de empirische studie naar legitimiteit wordt toegevoegd, neemt het aantal relevante variabelen verder toe. Voordat aan operationaliseren kan worden toegekomen, resteren overigens ook nog tal van andere onbeantwoorde vragen die de dialoogmetafoor oproept. Want wie zijn bijvoorbeeld precies de deelnemers aan de dialoog? En wanneer wordt aangenomen dat een van de deelnemers iets heeft gezegd? De legitimiteit-als-dialoog-benadering is daarom vooral, net als de benaderingen van Beetham en Coicaud, een voor de theorievorming interessante manier van denken gebleken.

Het geheel overziend valt op dat binnen de sociale wetenschappen een rijke pluriformiteit aan conceptualisering van legitimiteit bestaat. Sommige zijn meer gespecificeerd dan andere en elk heeft zo haar eigen voor- en nadelen. Die voor- en nadelen kunnen gemakkelijk worden samengevat aan de hand van de in deze paragraaf vooropgestelde vier controverses die het sociaalwetenschappelijke denken over legitimiteit al sinds Weber oproept. De hiervoor als Amerikaanse en Europese geëtiketteerde benaderingen van legitimiteit verschillen onderling vooral met betrekking tot de eerste controverse: uit welke ‘sociale actie’ een (gebrek

83 Zie § 4.6.2 voor het empirisch onderzoek ter zake.

84 Een in het oog springend voorbeeld is de aanleiding voor het ‘taakstrafverbod’ en de gevolgen hiervan (die er mede uit bestonden dat de strafrechtspraak met dit verbod de hand lichte, wat van de weeromstuit weer nieuwe kritiek opleverde). Zie daarover in § 7.7.

85 Zie voor een bespreking hiervan, hoofdzakelijk aan de hand van het werk van Rosanvallon, in § 2.5.

86 Bottoms en Tankebe doen wel enkele suggesties voor empirisch onderzoek (2012, p. 160-170), maar deze blijven betrekkelijk abstract.

aan) legitimiteit valt af te leiden. De Europese benadering gaat hier meer interpretatief te werk, maar betaalt de prijs door een gebrek aan bepaaldheid. De Amerikaanse, behavioristische benadering kijkt vooral naar gedrag. Laatstgenoemde benadering heeft bovendien een mouw gepast aan de tweede controverse (hoe breed gedeeld een geloof in legitimiteit moet zijn), door de aandacht te verleggen naar de procedure en verschillen van mening binnen een samenleving over substantiële empirische legitimiteit te laten voor wat zij zijn (zie daarover nader § 6.4.4). De benaderingen van Coicaud en Beetham raken vooral aan de derde controverse: hoe bepaald kan worden of het geloof in legitimiteit wel waarachtig is. Door de cultureel bepaalde waarden van een samenleving te onderzoeken, hopen zij voorbij de realiteit van het moment te kunnen kijken. En door zelf een oordeel te vellen, maken zij zich niet afhankelijk van wat op een zeker moment in een samenleving te observeren valt. Daarnaast repareren zij ook de morele leegte van veel andere sociaalwetenschappelijke benaderingen, door het onderzoeken van sociale waarden centraal te stellen. De dialoogbenadering, tot slot, biedt misschien niet echt een zelfstandige conceptualisering van legitimiteit, maar prent wel in dat bij het denken over legitimiteit steeds de samenleving waarin een gezagsrelatie is gesitueerd voor ogen moet worden gehouden en bovendien ook oog moet zijn voor de temporele dimensie van legitimiteit.

6.3.2 Een overzicht van de strafrechtswetenschappelijke benadering van legitimiteit

Net als in de sociaalwetenschappelijke literatuur, is ook de (straf)rechts-wetenschappelijke literatuur goed bekend met de notie van legitimiteit. Toch laat zich niet gemakkelijk onder woorden brengen wat binnen deze discipline onder dit begrip wordt verstaan. Enerzijds wordt het veelvuldig, en in veel verschillende contexten, gebruikt. Zo wordt legitimiteit in verband gebracht met processuele aspecten, waaronder de openbaarheid van rechtspraak,⁸⁷ met de motivering van uitspraken,⁸⁸ met de integriteit van het strafproces⁸⁹ en (in het verlengde daarvan) met de inzet van opsporingsmiddelen die daar potentieel een gevaar voor vormen.⁹⁰ Dergelijke referenties aan legitimiteit vertonen overlap met waarden als transparantie,

87 Das 2020, p. 1728; Van Lent 2008, o.a. p. 192-196.

88 Aldus Buruma 2005, p. 73-74.

89 Pitcher en Samadi 2018, p. 742-744. Vgl. ook het eindrapport van de Parlementaire Enquête Opsporingsmethoden, (commissie Van Traa), *Kamerstukken II* 1995/96, 24072, 11, waarin (o.a. op p. 9) de crisis in de opsporing wordt gekoppeld aan de 'legitimiteit van de rechtshandhaving'. Zie ook De Jong 2012, p. 43, waarin legitimiteit in verband wordt gebracht met gerechtelijke dwalingen.

90 Aldus Crijns, Dubelaar en Pitcher 2018, o.a. p. 1565.

accountability en eerlijkheid.⁹¹ Daarnaast wordt de notie van legitimiteit soms in stelling gebracht om meer materieelrechtelijke vragen mee onder ogen te komen, bijvoorbeeld als toetssteen om de wenselijkheid van (nieuwe) strafbaarstellingen of de reikwijdte van algemene leerstukken mee te beoordelen.⁹² En dan zijn er nog moeilijker te duiden referenties aan legitimiteit, waarbij bijvoorbeeld de gelijkheid van burgers aan het hart van de redenering lijkt te liggen,⁹³ waarbij het gaat om het eerbiedigen van de institutionele taakverdeling tussen staatsmachten⁹⁴ of om de effectiviteit van de strafvordering.⁹⁵ Van een conceptueel debat, of pogingen tot definiëring, is in de strafrechtwetenschap echter geen sprake.⁹⁶ Wat in een concreet geval met legitimiteit bedoeld wordt, blijft daardoor vaak in het midden of moet uit de context worden afgeleid. Voor zover dus sprake is van één of meer strafrechtwetenschappelijke betekenissen, blijven deze opvallend impliciet.

Gelet op deze stand van zaken ligt het voor de hand te onderzoeken of er onderliggende elementen zijn die de strafrechtwetenschappelijke betekenis van legitimiteit inhoud geven, en welke dat dan zijn. Een eerste aanknopingspunt hiervoor kan worden gevonden in het proefschrift van Bokhorst.⁹⁷ Zij onderscheidt onder meer de ‘juridische dimensie’ van legitimiteit, die zij de dimensie van wettigheid noemt.⁹⁸ Dit doet denken aan

-
- 91 Aldus ook Brants, Mevis en Prakken 2001, p. 7-13. Vgl. ook Duker (2003), die de strafproceessuele en democratische normering van de straftoemeting aanmerkt als ‘procedurele’ bronnen van legitimiteit – naast de materiële norm die is vervat in het gelijkheidsbeginsel. En vgl. Cleiren (2010, p. 54), die transparantie als een facet van legitimiteit beschouwt.
- 92 In dit kader is in de literatuur bijvoorbeeld aangegeven dat de toegevoegde waarde ten opzichte van bestaande strafbaarstellingen (Kool 2010, p. 1264), het doorstaan van de toets aan (empirisch gemeten) criteria voor strafbaarstelling (Cleiren, Ten Voorde en Van Waas 2019, p. 70), veronderstelde congruentie met maatschappelijke normen (De Jong 2020, p. 339, en een niet door schandalen ingegeven wetgevingstraject (Brants, Mevis en Prakken 2001, p. 3-4) er voor de legitimiteit toe doen.
- 93 Vgl. Van Noorloos (2015, p. 2942), die legitimiteit in verband brengt met de bescherming van minderheden, Borgers (2015, p. 676), die de eigen bijdrage aan detentie in het licht van de rechtsgelijkheid in verband brengt met legitimiteit, Van Kempen (2020, p. 409), die legitimiteit relateert aan de opdracht tot het minimaliseren van de negatieve effecten van strafprocedures, of Duker (2003, o.a. op p. 8-9), die het gelijkheidsbeginsel als derde (en materiële) bestanddeel in zijn toetsingskader voor legitieme straftoemeting opneemt.
- 94 Vgl. Schoep (2008, p. 106), die stelt dat de strafrechter bij de straftoemeting omwille van de legitimiteit rekening moet houden met het strafmaximum. Vgl. ook Duker 2003, o.a. p. 9.
- 95 Vgl. Crijns (2010, p. 505), die stelt dat wanneer een strafrechtelijke overeenkomst duurzaam geen bijdrage kan leveren aan effectieve rechtshandhaving, dit uiteindelijk ook de legitimiteit van de rechtsfiguur ondergraaft.
- 96 Aldus ook De Jong 2012, p. 44 Hij schrijft dat er een vraag is ‘die binnen de strafrechtswetenschap zelf eigenlijk vrijwel niet wordt gesteld’, namelijk: ‘wat is legitiem gezag?’ (originele cursivering).
- 97 Bokhorst 2014.
- 98 Bokhorst 2014, p. 27. Deze dimensie onderscheidt zij van de – hieronder te bespreken – ethische dimensie en de politieke en maatschappelijke dimensie. De twee laatstgenoemde zijn meer empirisch van aard.

Beetham, die stelt dat voor ‘de jurist’ legitimiteit *hetzelfde is* als legaliteit.⁹⁹ Ook elders in de literatuur valt die gedachte te lezen, in welk verband dan doorgaans gewezen wordt op de invloed van Hobbes en in zijn voetspoor op de invloed van rechtspositivisten als Austin.¹⁰⁰ Nu heeft de strafrechtwetenschap wel meer noten op haar zang dan die van het rechtspositivisme; de gedachte dat ‘de jurist’ legaliteit en legitimiteit als inwisselbaar beschouwt doet de strafrechtwetenschap dan ook tekort.¹⁰¹ Niettemin is er wel degelijk een relatie tussen beide. Deze werkt echter vooral één kant op: de strafrechtjurist zal vaak niet veel moeite hebben om bestraffing of strafvorderlijk optreden zonder wettelijke basis als niet-legitiem te bestempelen, maar omgekeerd is het zeker niet zo dat wanneer wel is voldaan aan de eis van legaliteit, dit ook meteen legitimiteit impliceert.¹⁰² Aldus lijkt de eis van legaliteit in hoofdzaak als randvoorwaarde voor legitimiteit te functioneren. Daarnaast dient ze – maar in veel minder sterke mate – als inhoudelijk criterium.

Ook voor een tweede onderliggend element in het strafrechtswetenschappelijk denken over legitimiteit kan inspiratie worden geput uit het werk van Bokhorst en Beetham. Zij onderscheiden beiden naast het perspectief van de jurist een meer integraal normatief perspectief, dat zij respectievelijk het ‘ethische perspectief’¹⁰³ en het perspectief van de ‘politiek filosoof’¹⁰⁴ noemen. Een hiermee overeenstemmende, meestal als ‘normatieve benadering van legitimiteit’ aangeduide interpretatie van legitimiteit wordt ook elders in de literatuur onderscheiden.¹⁰⁵ Vaak wordt dan, op eenzelfde manier als Weber genoemd wordt als grondlegger van de sociaalwetenschappelijke benadering, gewezen op (politiek) filosofen als Hobbes, Locke, Rousseau en Kant, die aan de wieg van deze manier van

99 Beetham 2013b, p. 4: ‘for them [legal experts, LN], legitimacy is equivalent to *legal validity*’ (originele cursivering). Zie ook o.a. p. 13, waarin hij ten aanzien van ‘the lawyer’ min of meer hetzelfde stelt.

100 Aldus Mertens in een voorwoord in Kant 2013, die Hobbes en Austin in één adem noemt op p. 43 en aldaar contrasteert met de niet-positivistische rechtmatigheid-van-macht-benadering van Kant. Zie ook Beetham (2013b p. 8), die stelt dat de normatieve benadering van legitimiteit (die hij contrasteert met de sociaalwetenschappelijke benadering die begint bij Weber), begint bij Hobbes. Zie ook Coicaud (2002, p. 19-21), over de wortels van het rechtspositivisme en de relatie met het denken over legitimiteit.

101 Vgl. Van Berlo (2020, p. 125-126), die onderscheid maakt tussen legitimiteitsoordelen door toetsing aan het recht (positivisme) een legitimiteitsoordelen *over* het recht (hetgeen positivisme per definitie overstijgt).

102 Rechtmatigheid van gezag(suitoefening) wordt immers ook aan buitenwettelijke normen getoetst. Vgl. voor de relatie tussen legaliteit en de legitimiteit van de strafvordering o.a. Berkhout-van Poelgeest 2001. Zie Altena 2016, p. 14 voor de voorwaarde van legaliteit voor materieelrechtelijke legitimiteit.

103 Bokhorst 2014, p. 25-27.

104 Beetham 2013b, p. 8-10.

105 Zie Hinsch (2010, p. 40); Merquior 1980, p. 1. e.v.

denken zouden hebben gestaan.¹⁰⁶ De basisgedachte van deze klassieke denkers verschilt natuurlijk, evenals hun ideeën over wat de grondslagen van en grenzen aan legitieme gezagsrelaties zouden moeten zijn.¹⁰⁷ De overeenkomst tussen hen is echter dat zij, of zij nu als sjabloon kiezen voor het natuurrecht, een sociaal contract of een categorische imperatief (of weer anders: het utiliteitsbeginsel),¹⁰⁸ hebben bijgedragen aan het rechtswetenschappelijk denken over legitimiteit omdat zij dit benaderen als iets dat objectief¹⁰⁹, aan de hand van rationele criteria, beredeneerd kan worden. Het subjectieve ‘geloof in’ legitimiteit is voor hen dus in beginsel onverschillig; het is de normatief georiënteerde wetenschapper die beredeneert – en dus, vanuit een extern perspectief: bepaalt – volgens welke regels beoordeeld moet worden of een gezagsrelatie legitiem is en, *in concreto*, of een bepaalde gezagsrelatie daaraan voldoet en dus daadwerkelijk legitiem is.

Hoewel deze klassieke, objectiverende manier van denken zeker sporen heeft nagelaten in de strafrechtwetenschappelijke benadering van legitimiteit, is dit niet (meer) het hele verhaal. Lang niet alle legitimiteitsoordelen die in de strafrechtspleging worden geveld, kunnen aan de hand van zo’n zuiver theoretische manier van denken verklaard worden. Dit heeft alles te maken met de notie van de democratische rechtsorde, die als fundament van de strafrechtswetenschappelijke dogmatiek kan worden beschouwd.¹¹⁰ Een van de uitgangspunten hiervan is dat men er met een zuiver normatieve benadering niet komt (bovendien kan de vraag gesteld worden of zo’n ‘zuivere’ benadering wel bestaat, waarover in § 6.4.1 meer).

106 Bokhorst (2014, p. 41) en Merquior (1980, p. 1) noemen Rousseau als grondlegger van het rechtswetenschappelijk denken. Vgl. ook Foqué 1987, over de invloed van Rousseau op het denken over legitimiteit, op p. 50-60. Beetham (2013b, p. 8) noemt Hobbes, Kant en Locke, en contrasteert hen aldaar met de ‘Weberiaanse’ benadering. Vgl. ook o.a. Mertens in de inleiding op Kant 2013 en Van der Wal 1987, p. 102 en 116, voor de invloed van Kant op het rechtswetenschappelijk denken over legitimiteit.

107 Zie bijvoorbeeld over de ‘basisgedachte’ van Hobbes (‘dat mensen elkaar in de natuurtoestand afslachten’), die van Locke (‘dat zonder overheidsgezag de “common wealth” verloren gaat’) of die van Rousseau (‘dat de geïdealiseerde en volledige vrijheid van de natuurstaat door knechting verloren gaat’) Van Schilfgaarde 2009, p. 10.

108 Vgl. Bokhorst (2014), die op p. 127-128 het denken van Jeremy Bentham in verband brengt met de notie van legitimiteit.

109 Het gaat hier voor de duidelijkheid niet om de betekenis van ‘objectief’ als in ‘objectief waar’, maar om objectief in de betekenis dat aan de hand van bepaalde vooraf opgestelde criteria objectief moet kunnen worden beoordeeld of iets legitiem is. Die criteria zelf zijn natuurlijk niet ‘objectief waar’, er bestaan in de rechtsfilosofie immers veel criteria voor rechtmatigheid van macht die niet met elkaar te verzoenen vallen (zij kunnen dus niet allemaal objectief waar zijn). Vgl. Hinsch (2010, p. 41), die deze betekenis van objectiviteit ‘objectivity in a weak sense’ noemt.

110 Zie hierover § 2.7. Uiteraard wordt hier niet beweerd dat in de literatuur steeds expliciet naar deze notie wordt verwezen, noch dat iedereen hier hetzelfde onder verstaat. Wel wordt bedoeld dat in de literatuur een globale – en niet wezenlijk betwiste – consensus bestaat dat het strafrecht en het stelsel van strafrechtspleging functioneren binnen een democratie en zich bijgevolg steeds tot zowel recht als democratie hebben te verhouden.

De gedachte is dat niet op alle vragen die rijzen rondom de rechtmatigheid van macht het antwoord van achter een bureau beredeneerd kan worden, maar dat men hiervoor ook (de uitkomsten van) het democratisch proces nodig heeft waarin het strafrecht is ingebed.¹¹¹ In wezen komt de koppeling van de rechtsorde aan de democratie erop neer dat uit fundamentele principes – in het bijzonder die van vrijheid en gelijkheid – niet alleen materiële rechten worden afgeleid, maar ook een procedureel kader – de democratie – waarmee de resterende onbepaaldheid kan worden ingekleurd. Het gevolg van deze manier van denken is dat de interactie tussen enerzijds het straf(proces)recht en het stelsel van strafrechtspleging en anderzijds het democratisch bestel doorwerkt in legitimiteitsoordelen.

De manier waarop deze doorwerking plaatsvindt, is evenwel niet eenvoudig samen te vatten. Al met al vallen tenminste vier typen legitimiteitsoordelen te onderscheiden die – uiteindelijk – op dit normatieve kader zijn terug te voeren. Allereerst zijn er de materiële normen die direct uit de normen van de rechtsorde worden afgeleid, waaronder zich zowel procesrechtelijke als materieelrechtelijke normen bevinden. Het gaat dan tenminste om vrijheid en gelijkheid. Deze worden geacht van een hogere orde te zijn dan waarover de wetgever vermag te beschikken. Wanneer strafwetgeving op gespannen voet staat met deze normen, zal de strafrechtswetenschapper dan ook geneigd zijn om de legitimiteit van deze wetgeving te bekritisieren.¹¹² Eenvoudig is dit echter niet, want er zal niet altijd eenstemmigheid zijn over wat deze beginselen inhouden en hoever zij reiken. Vervolgens zijn er de legitimiteitsoordelen die te maken hebben met de opdracht aan de strafrechtspleging het democratisch proces te faciliteren. Openbaarheid en inzichtelijkheid van het strafproces zijn om die reden relevante gezichtspunten bij het vormen van legitimiteitsoordelen. Zij bevorderen immers (de mogelijkheid van) goed geïnformeerde democratische besluitvorming.¹¹³ In het verlengde daarvan wordt een bepaalde

111 Als voorbeeld kan dienen hoe wordt bepaald wat legitieme straftoemeting is. Het gelijkheidsbeginsel (een normatief uitgangspunt) geeft enige richting aan wat legitieme bestraffing is – het gelijk bestraffen van gelijke gevallen – maar daarmee is nog niet gezegd welke strafhoogte in die gelijke gevallen dan aangewezen is. En daar komt men op basis van normatieve theorieën alleen ook niet uit. Mede om die reden voegt Duker (2003, p. 9), het perspectief van een eerlijk proces en het democratiebeginsel toe aan zijn toetsingskader voor ‘legitieme straftoemeting.’ Vgl. ook De Hullu 2018, p. 6, en zie hierover eerder § 4.7.1.

112 Met betrekking tot de waarde van gelijkheid kan gedacht worden aan de hiervoor aangehaalde publicaties van Borgers (2015); Van Noorloos (2015). Gedacht kan ook worden aan legitimiteitsoordelen die zijn gerelateerd aan het eerbiedigen van fundamentele rechten (zie voor een voorbeeld Brants, Mevis en Prakken 2001). Ook kan – in een iets verder verwijderd verband – gedacht worden aan legitimiteitsoordelen die samenhangen met de waarde van een integere procedure (Crijns, Dubelaar, en Pitcher 2018; Pitcher en Samadi 2018) en aan de eis dat zoveel mogelijk wordt voorkomen dat onschuldigen worden gestraft (zie bijvoorbeeld Crijns 2010, p. 377).

113 Gedacht kan worden aan de manier waarop in Buruma 2005 en Van Lent 2008 de term wordt gebruikt.

situatie wel gelegitimeerd geacht wanneer hierover via democratische weg is besloten, althans had kunnen worden besloten. In zulke gevallen – bijvoorbeeld wanneer de formele wetgever iets heeft besloten (of dat in elk geval had kunnen doen) – wordt doorgaans ook meer specifiek gesproken over ‘democratische legitimiteit’¹¹⁴.

Een vierde situatie waarin de notie van legitimiteit wordt gebezigd, is complexer omdat deze in zekere zin een correctie vormt op de twee voorgaande. Onder omstandigheden worden binnen de strafrechtswetenschap immers ook oordelen geveld over de legitimiteit van bestaande wetgeving (waarvan de ‘democratische legitimiteit’ dus in beginsel gegeven is) of rechtspraak, zonder dat de uit de rechtsorde afgeleide normen (die van een hogere orde geacht worden te zijn) in het geding zijn. Gedacht kan worden aan de situatie waarin wetgeving geoordeeld wordt het resultaat te zijn van een onvoldragen democratisch proces, bijvoorbeeld onder invloed van politiek opportunisme.¹¹⁵ Of aan situaties waarin de uitleg van een bepaald leerstuk in de rechtspraktijk geacht wordt niet in lijn te zijn met de ‘werkelijke’ – wat die ook mogen zijn – normen in onze samenleving.¹¹⁶ Wanneer in zulke situaties geoordeeld wordt dat sprake is van een niet, althans verminderd, legitieme situatie, behelst dit oordeel feitelijk een diskwalificatie van de (democratische) oordeelsvorming die de bekritiseerde situatie in het leven heeft geroepen. Deze manier van redeneren over legitimiteit lijkt ingegeven door een zekere mate van contractueel denken, waarbij de strafrechtswetenschapper zich niet de vraag stelt wat de democratie heeft besloten, maar waartoe burgers in een hypothetische situatie op redelijke gronden *zouden kunnen* beslissen wanneer zij als rationele, redelijke burgers met elkaar in overleg zouden treden. Op de (normatieve) grondslagen hiervan wordt in subparagraaf 6.4.1 nog teruggekomen.

114 Dit begrip is eerder (zie § 2.7) al geproblematiseerd. Hier kan aan het daar besprokene worden toegevoegd dat ook in de Nederlandse strafrechtelijke literatuur geen consensus bestaat over wanneer iets ‘democratisch gelegitimeerd’ is. In volgorde van nabijheid tot het electoraal proces kan tenminste tot de volgende opsomming worden gekomen. Allereerst – en meest vanzelfsprekend – is dat het aanwezig wordt geacht als iets door de formele wetgever is besloten (vgl. Van Kempen 2018, p. 87.). Daarnaast wordt het in de literatuur ook aangenomen indien de wetgever doelbewust speelruimte aan de praktijk heeft overgelaten om zelf te beslissen. Zie bijvoorbeeld Borgers 2011, i.h.b. p. 110. Ook wanneer de minister geen gebruik maakt van een aanwijzingsbevoegdheid als bedoeld in art. 127 Wet RO, terwijl dit wel had gekund, zou het gevolg volgens Duker (2003, p. 80-81) nog voldoende democratisch gelegitimeerd zijn. Aangetekend moet worden dat hij het werkelijk democratische gehalte hiervan later weer nuanceert, zie p. 157 e.v.. Tenslotte wordt democratische legitimatie ook nog wel afgeleid uit de zuivere mogelijkheid dat het publiek via politieke weg kan ingrijpen, terwijl het daar geen gebruik van maakt. Vgl. in dit verband Van Lent 2008, i.h.b. p. 128 en p. 191 e.v.. Prins komt op basis van focusgroepen met rechters tot de conclusie dat rechters hun democratische legitimiteit ook zo begrijpen (2013, p. 22).

115 Vgl. voor zo’n redenering die culmineert in een legitimiteitsoordeel Brants, Mevis en Prakken 2001, p. 3-4.

116 Vgl. voor zo’n redenering die culmineert in een legitimiteitsoordeel De Jong 2020, p. 339.

Naast de randvoorwaarde van legaliteit en de complexere legitimiteitsoordelen die de vrucht zijn van het denken in termen van de democratische rechtsorde, hebben ook meer feitelijke manieren van denken over legitimiteit ingang gevonden in de strafrechtswetenschap. Zo is er ook binnen de strafrechtswetenschap enige aandacht voor het procedurele-rechtvaardigheid-paradigma, in het bijzonder met betrekking tot de door procesdeelnemers *ervaren* legitimiteit,¹¹⁷ en wordt soms gesproken over een 'legitimiteitscrisis'¹¹⁸ als mogelijk gevolg van gebrekkige maatschappelijke acceptatie van het strafrecht. In het algemeen lijkt er echter nog geen sprake van dat de subjectieve beleving van procesdeelnemers of het grote publiek werkelijk wordt geïncorporeerd in het strafrechtwetenschappelijk denken over legitimiteit. Anders gezegd: goedkeuring van de maatschappij en procesdeelnemers wordt wel als een relevant gegeven beschouwd, maar als iets dat zich *naast* en niet *in* de strafrechtwetenschappelijke legitimiteits-conceptie bevindt, dus niet als constitutief voor legitimiteit maar hooguit als subjectieve erkenning van (dus declaratoir voor) de legitimiteit.¹¹⁹ Dit ligt weer enigszins anders voor situaties waarin de praktische effectiviteit of toepassing van een bepaalde rechtsfiguur bij een oordeel over de legitimiteit wordt betrokken. Wanneer het bestaande recht duurzaam niet in staat is om legitieme maatschappelijke verwachtingen omtrent instrumentaliteit te verwezenlijken, lijdt – zo is dan de gedachte – de legitimiteit hier ook onder.¹²⁰ Opnieuw lijkt dit ingegeven door contractueel denken: het is immers een bewering die niet is gebaseerd op gemeten oordelen van mensen van vlees en bloed, maar op de *veronderstelde* wensen van een samenleving.¹²¹

117 Zie bijvoorbeeld Bosma, Groenhuijsen en De Vries 2020, p. 81; Twisk, Van Es en Utermark, 2016, p. 7.

118 Zie bijvoorbeeld De Jong (2012 p. 43), die overigens geen uitspraak doet over de vraag of zo'n crisis er nu wel of niet is, en Buruma 2011, p. 2, die van mening lijkt te zijn dat er van een crisis geen sprake was.

119 Vgl. Buruma (2011) en Corstens (2009), die beiden onder verwijzing naar een citaat van voormalig president van het Israëliisch Hooggerechtshof (zie Barak 2006, p. 110) de relatie tussen maatschappelijke acceptatie van strafrechtspraak en de legitimiteit hiervan bespreken, en beiden geneigd lijken deze twee naast elkaar te positioneren. Zie ook Van der Wal (1987, p. 100-101), die het wegvallen van maatschappelijke acceptatie wel in verband brengt met de legitimiteit van het recht, maar pas dan als dit zo ver gaat dat het recht zijn vermogen tot maatschappelijke ordening verliest (en *de facto* ophoudt te bestaan). Daarmee lijkt het alsnog een declaratoire redenering, want de legitimiteit valt pas weg als gevolg van het wegvallen van het recht, niet als gevolg van het wegvallen van de acceptatie.

120 Vgl. voor zo'n redenering over legitimiteit Crijns 2010, p. 505.

121 Zo gezien is in een oordeel over de legitimiteit dus ook een oordeel vervat over de wijze waarop het recht slaagt in de balansoefening tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming. Vgl. Foqué en 't Hart 1990.

Al met al is de conclusie van het voorgaande het volgende. In de strafrechtswetenschap heeft, anders dan in de sociale wetenschap, geen conceptueel debat plaatsgevonden over de betekenis van de notie van legitimiteit, terwijl dit begrip wel geregeld in stelling wordt gebracht bij de oordeelsvorming. Een analyse van de wijze waarop dit gebruik plaatsvindt, laat zien dat de belangrijkste elementen hiervoor de legaliteit van gezagsuitoefening en – vooral – noties van rechtvaardigheid zijn. Deze laatste krijgen vorm via het denkkader van de democratische rechtsorde, waardoor een gedifferentieerd en complex legitimiteitsbegrip ontstaat. Dit is hoofdzakelijk normatief geladen, maar integreert – via de band van de *democratische* rechtsorde – ook empirische gezichtspunten. Een en ander komt erop neer dat de uitkomsten van het democratisch proces *a priori* geacht worden legitiem te zijn, maar voor een finaal oordeel nog wel de toets van de rechtsorde dienen te doorstaan. Deze toets bestaat ten eerste uit normatieve beginselen van een hogere orde dan waarover de democratie vermag te beschikken en ten tweede uit een vorm van contractueel denken, aan de hand waarvan de besluitvorming nog op redelijkheid wordt getoetst. Van één legitimiteitsbegrip is gelet op dit alles dan ook niet echt sprake. Het is eerder een term waarin al het strafrechtswetenschappelijk denken over goede en slechte wetgeving, goede en slechte rechtspraak en zelfs goede en slechte politieke besluitvorming zich samenbalt: het is als een prisma waardoorheen de gehele strafrechtswetenschappelijke doctrine zich toont.

6.3.3 Tussenconclusie

De opkomst van de sociale wetenschappen heeft, met name door toedoen van Weber, geleid tot een schisma in het wetenschappelijk denken over legitimiteit. Sindsdien hebben zich twee onderzoeksfamilies ontwikkeld, waartussen maar beperkte interactie plaatsvindt.¹²² Beide delen het kenmerk dat zij legitimiteit in enge zin opvatten als een uitdrukkingsmaat voor de rechtmatigheid van macht, beide stellen dus voorop dat legitimiteit een geschikt concept is om de kwaliteit van een asymmetrische machtsrelatie tussen een object – de strafrechtelijke overheid – en een subject – de hieraan ondergeschikte verzameling burgers, oftewel het publiek of de rechtsgemeenschap – mee uit te drukken.

Het belangrijkste verschil is dat de sociale wetenschappen voor het antwoord op de vraag hoe de rechtmatigheid bepaald moet worden typisch bij de samenleving te rade gaan – en dan gaat het dus al snel om de vraag wat de samenleving als legitiem beschouwt of ervaart – terwijl de strafrechtsrechtswetenschap het antwoord op deze vraag zoekt in het recht.

122 Een uitgebreide, wetenschapshistorische analyse van deze ontwikkeling wordt door Coicaud beschreven in hoofdstuk 3, 4 en 5 (2002, p. 97-204).

Bovendien valt op dat binnen de sociale wetenschap de vraag naar legitimiteit doorgaans betrekking heeft op de legitimiteit van de gezagsrelatie als zodanig,¹²³ terwijl binnen de strafrechtswetenschap legitimiteitsoordelen meestal betrekking hebben op een onderdeel daarvan: bijvoorbeeld een wettelijke bepaling, een interpretatie hiervan of bepaald (strafvorderlijk) optreden.

De huidige stand van zaken is dat het sociaalwetenschappelijk begrip van legitimiteit hoofdzakelijk overlap vertoont met begrippen als acceptatie (tot op welke hoogte wordt een gezagsrelatie *op dit moment* geaccepteerd door de ondergeschikten?) en met dieper gelegen sociale waarden (reflecteert de gezagsrelatie de sociaal, cultureel en historisch bepaalde waarden van een rechtsgemeenschap?), terwijl het strafrechtswetenschappelijk denken overlap vertoont met noties van legaliteit en – vooral – rechtvaardigheid. Binnen zowel het sociaalwetenschappelijke domein als het rechtswetenschappelijke domein bestaan vervolgens verschillende varianten, waarbinnen het accent dan weer meer op het eerste en dan weer meer op het tweede ligt, maar zelden is in zo'n variant ook aandacht voor de inzichten uit de andere discipline.

Een en ander roept wel de vraag op in hoeverre dit schisma in het sociaalwetenschappelijk en rechtswetenschappelijk denken nu iets reflecteert dat het concept legitimiteit zelf splitst, of vooral een gevolg is van het ontstaan van parallelle wetenschappelijke disciplines en specialisaties. Hiervoor is de vraag van belang in hoeverre deze verschillen in het denken over legitimiteit op inhoudelijke fundamenteen rusten. Op die vraag wordt hieronder – in het bijzonder in subparagraaf 6.4.1 – teruggekomen.

6.4 VIER SCHEIDSLIJNEN IN HET DENKEN OVER LEGITIMITEIT

Nu de sociaalwetenschappelijke en rechtswetenschappelijke onderzoekstradities naar legitimiteit op hoofdlijnen zijn besproken, wordt in deze paragraaf dieper ingegaan op de verschillende schakeringen in het denken over legitimiteit. Dat zal gebeuren aan de hand van vier scheidslijnen die in de bestaande (sociaal- en strafrechtswetenschappelijke) benaderingen van legitimiteit vallen te herkennen. Eerst wordt nader ingegaan op de scheidslijn tussen het empirische en het normatieve denken over legitimiteit (§ 6.4.1). Daarna op die waarbij enerzijds de kwaliteit van de machtsrelatie voorop staat en anderzijds de gehoorzaamheid (§ 6.4.2). Vervolgens komen de subject- en objectbenadering van legitimiteit aan bod (§ 6.4.3) en ten slotte de materiële en de procedurele benadering (§ 6.4.4).

123 Er bestaan uitzonderingen op deze regel: zo wordt zeker binnen het procedurele-rechtvaardigheid-onderzoek doorgaans onderscheid gemaakt tussen – onder meer – *police* en *court legitimacy*.

Deze vier scheidslijnen kunnen ook worden opgevat als valse tegenstellingen – dus als paradoxen – die het denken over legitimiteit kenmerken. In de literatuur wordt nu bijvoorbeeld vaak gekozen om legitimiteit *of* in normatieve, *of* in empirische termen te begrijpen, *of* om legitimiteit *of* als iets dat samenhangt met materiële, *of* als iets dat het resultaat is van procedurele rechtvaardigheid te beschouwen. In de hieronder volgende subparagrafen zal steeds blijken dat voor een integraal perspectief op legitimiteit voor beide zijden van de scheidslijn aandacht moet zijn (en dat de relevantie van die scheidslijnen dus kan worden gerelativeerd).

6.4.1 De empirische en normatieve benadering van legitimiteit

Het onderscheid tussen normatieve en empirische benaderingen van legitimiteit is in dit onderzoek al meermaals aan bod gekomen. In subparagraaf 3.4.1 is het ideaaltypische onderscheid tussen de empirische en normatieve benadering geïntroduceerd, in de vorige paragraaf is het van huis uit empirisch georiënteerde sociaalwetenschappelijke onderzoek en het van huis uit normatief georiënteerde strafrechtswetenschappelijke onderzoek naar legitimiteit op hoofdlijnen besproken. In deze subparagraaf gaat het om de vraag hoe groot de verschillen tussen de empirische en normatieve benadering nu werkelijk zijn – en of er eigenlijk wel zoiets bestaat als een ‘zuiver’ normatieve of empirische benadering. Daartoe wordt onderzocht in hoeverre de *prima facie* verschillen kunnen worden gerelativeerd. Om die reden wordt hieronder niet meer beoogd om een representatief overzicht te geven van normatieve of empirische disciplines, maar wordt vooral theorievorming die zich aan de grens ophoudt onderzocht.

Op het eerste gezicht lijken de verschillen tussen het empirische en normatieve begrip van legitimiteit groot. Er lijkt sprake van twee in ontologische en epistemologische zin verschillende concepten. Voor de empiricus is legitimiteit de feitelijke congruentie tussen wat een autoriteit doet en laat en wat de ondergeschikten van die autoriteit verwachten; voor de normatieve wetenschapper is legitimiteit de congruentie tussen wat een autoriteit doet en laat en wat de ondergeschikten *op goede gronden* van een autoriteit mogen verwachten. De empiricus is het dus te doen om legitimiteit *de facto*, de normatieve wetenschapper om legitimiteit *de iure*. Bijgevolg zal de empirische studie naar legitimiteit altijd vergen dat in kaart wordt gebracht wat de bevolking feitelijk verlangt, waarbij in beginsel vooraf niets vaststaat, terwijl normatief onderzoek juist begint met het vooraf opstellen van een normatief kader vanuit waar het samenstel aan regels kan worden gededuceerd dat vervolgens dient als toetsingskader. Deze op het oog fundamentele verschillen kunnen echter om meerdere redenen worden gerelativeerd. Dat zal hieronder gebeuren door eerst te onderzoeken op welke manieren empirische elementen alsnog ingang vinden in het normatieve legitimiteitsbegrip. Vervolgens wordt, omgekeerd, onderzocht op welke manier het empirische legitimiteitsbegrip niet kan zonder normatieve vooronderstellingen.

Voor het analyseren van empirische elementen in het normatieve denken is het bij wijze van startpunt van belang om vast te stellen dat ook normatieve legitimiteit uiteindelijk een cultureel bepaalde en dus dynamische constructie is. Universalistische pretenties, die het aanvankelijk denken in termen van bijvoorbeeld een sociaal contract of het natuurrecht nog had, zijn uiteindelijk niet vol te houden gebleken.¹²⁴ Hiervoor in de plaats zijn varianten van natuurrechtelijk of contractueel denken getreden waarin het cultureel bepaalde karakter wordt geëxpliciteerd. Het wellicht bekendste voorbeeld is het 'politiek liberalisme'¹²⁵ van Rawls, die het niet-universalistische karakter van zijn theorie over rechtvaardigheid (en legitimiteit) nadrukkelijk vooropstelt.¹²⁶ Uiteindelijk geldt echter voor alle denkbare denkkaders dat deze niet kunnen worden opgebouwd zonder dat eerst enkele waarden – in de praktijk gaat het meestal om de waarden vrijheid en gelijkheid – als grondslag worden aanvaard. De geschiedenis leert echter dat deze waarden niet altijd vanzelfsprekend zijn geweest en ook zeker niet altijd op dezelfde manier zijn begrepen. Kortom: normatieve legitimiteit is per definitie niet 'objectief waar', maar altijd een uitdrukking van subjectieve, want cultuur- en tijdgebonden waarden.¹²⁷

124 Dit is iets dat overigens niet los kan worden gezien van de opkomst van de sociale wetenschappen. Weber (2013, p. 873 e.v.) beschreef het afnemend geloof in het natuurrecht al (en zag dit als een voorbeeld van afnemende relevantie van traditioneel gezag). Hij koppelde dit aan de opkomst van het rechtspositivisme (een voorbeeld van wettelijk-rationeel gezag). Overigens deed hij dit wel met een slag om de arm. Vgl. p. 874: 'While it would hardly seem possible to eradicate completely from legal practice all the latent influence of unacknowledged axioms of natural law, for a variety of reasons the axioms of natural law have been deeply discredited.' Een tijdgenoot van Weber en andere grondlegger van de sociologie, Durkheim, verklaarde ongeveer op hetzelfde moment de tanende geloofwaardigheid van natuurrecht vanuit de functie van moraal in de samenleving. Zie bijvoorbeeld: Durkheim 2014, p. 118. Ruim een halve eeuw later schreef Habermas (1980, p. 100), dat alle 'philosophical efforts to rehabilitate (...) modern natural law, in whatever version, have proved (...) unavailing'.

125 Rawls 1993, p. 137: 'our exercise of political power is fully proper only when it is exercised in accordance with a constitution the essentials of which all citizens as free and equal may reasonably be expected to endorse in the light of principles and ideals acceptable to their common human reason. This is the liberal principle of legitimacy.' In dit citaat is niet alleen een conceptualisering van legitimiteit vervat, uit de formulering (*their reason*) blijkt ook dat Rawls de menselijke rede niet als universeel van inhoud en vorm, maar als cultureel bepaald beschouwt (zo licht hij ook toe verderop in deze publicatie).

126 Rawls noemt zijn theorie van rechtvaardigheid – die ook een definitie van legitimiteit omvat (zie hierboven) – expliciet *political, not metaphysical*. Zie i.h.b. Rawls 1985, p. 223. Hiermee distantieert Rawls zich van theorievorming over legitimiteit (en rechtvaardigheid) met universalistische pretenties (met wat hij een 'general moral conception' noemt, zie p. 224).

127 Voor zover men zou willen beweren dat we nu op een punt in de geschiedenis zijn waar we de universalistische essentie van deze waarden wel volledig doorzien en begrijpen, vergt dit – om dit tot 'objectieve waarheid' te kunnen verheffen – bovendien nog altijd een cultureel-transcendente epistemologie. Dit wordt in dit onderzoek als niet reëel (want metafysisch) beschouwd.

Een volgende omstandigheid die maakt dat het normatieve denken niet volledig los kan worden gezongen van de empirische context, volgt uit de vaststelling dat de sociaal-culturele pluriformiteit van samenlevingsverbanden grenzen stelt aan wat op grond van zuiver rationeel-argumentatieve gronden kan worden beredeneerd. Als voorbeeld kan het denken in termen van een sociaal contract dienen. Dit gedachte-experiment houdt in dat beredeneerd wordt waartoe een samenleving zou kunnen besluiten – tot welke staatsinrichting, tot welke architectuur van het straf(proces)recht, enzovoort – wanneer de leden van die samenleving volkomen rationeel met elkaar in overleg zouden treden. Het moet echter als vaststaand worden beschouwd dat ook onder die condities verschillen van mening zullen blijven bestaan. De idee dat er één *volonté générale* te bereiken valt, komt niet langer realistisch voor.¹²⁸ Niet alles valt met rationele argumentatie te beslechten, vroeg of laat zal ook in dit gedachte-experiment een punt worden bereikt waarop men op basis van de ratio nog meer dan één kant op kan. Dit geldt waarschijnlijk voor veel onderwerpen die zich lenen voor publieke besluitvorming, maar het geldt in elk geval voor het strafrechtelijk domein.¹²⁹ Dit impliceert dat onderkend moet worden dat ook binnen de hypothetische situatie van een sociaal contract, altijd sprake zal zijn van ‘meningsverschillen in redelijkheid’¹³⁰.

De consequentie is daarom dat ook de normatieve benadering van legitimiteit moet erkennen dat bij publieke besluitvorming altijd ruimte overblijft voor ‘niet-argumentatieve besluitvorming’¹³¹: besluitvorming waarvan de inhoud niet dwingend volgt uit een rationele uitwisseling van argumenten. Dit is ruimte die dus moet worden ingevuld door een *praktisch* besluitvormingsmechanisme, langs welke weg de verschillen in mening uiteindelijk kunnen worden uitonderhandeld of anderszins beslecht. Hiervoor kan bijvoorbeeld gedacht worden aan verkiezingen of aan loting. Gelet

128 Aldus ook Hinsch 2010, p. 44 en Rawls 1985, p. 248. Rawls noemt de vraag of er één juiste ‘conception of the good’ is, of dat het ook mogelijk is dat er ondanks de volmaakt rationele condities van een sociaal contract toch meerdere concepties zullen blijven bestaan, één van de diepste splijtzwammen in de politieke filosofie. Hij verwijst als protagonisten voor het geloof in het bestaan van ‘één conceptie’ naar Plato, Aristoteles, Augustinus en Thomas van Aquino. Hij verkiest zelf echter het geloven in meerdere concepties van het goede, hetgeen er mee te maken heeft dat hij vooropstelt dat hij ‘claims to universal truth’ wil vermijden (p. 223).

129 Zie voor het empirisch onderzoek ter zake in hoofdstuk 4. Hier bleek weliswaar dat wanneer omstandigheden voor rationele besluitvorming worden nagebootst, de verspreiding in opinies lijkt af te nemen (zie het slot van § 4.7.2), maar van het verdwijnen of van het doen ontstaan van één consensus is ook onder die – artificiële – omstandigheden geen sprake. Natuurlijk kunnen de nagebootste situaties in zulke deliberatieve peilingen niet volledig gelijkgesteld worden met een volmaakt-rationeel gedachte-experiment. In dergelijk onderzoek kan echter tenminste een zeer sterke aanwijzing worden gevonden dat één *volonté générale* een utopie is.

130 Hinsch 2010, p. 44.

131 Hinsch 2010, p. 46

op het (noodzakelijke) gegeven dat ook voor niet-argumentatieve besluitvorming een faciliteit moet worden getroffen, bevatten veel normatieve theorieën van legitimiteit niet alleen materiële eisen – die als buitengrenzen kunnen worden opgevat van het domein waarbinnen nadere besluitvorming mogelijk is – maar ook procedurele voorschriften voor hoe die niet-argumentatieve besluitvorming op een rationele manier kan worden georganiseerd. Rawls ‘politiek liberalisme’, waarin hij een ‘basic structure of constitutional democracy’¹³² in zijn normatieve conceptie van legitimiteit integreert,¹³³ is opnieuw een goed en bekend voorbeeld van zo’n benadering. In de hiervoor besproken notie van de democratische rechtsorde valt natuurlijk een vergelijkbare manier van denken te ontwaren.¹³⁴

Het gevolg van deze manier van denken is dat er een normatieve conceptie van legitimiteit ontstaat die uit drie stappen bestaat. Een eerste stap bestaat uit het erkennen van enkele fundamentele waarden als vrijheid en gelijkheid. Een tweede uit het vaststellen van nadere normen, waarover deelnemers aan een sociaal contract, wanneer zij in volkomen redelijkheid en rationaliteit met elkaar zouden samenkomen, geen verschil van mening zouden hebben. Een derde stap bestaat uit het erkennen dat voor het overige moet worden beslist door een niet rationele, niet argumentatieve methode voor besluitvorming. Wanneer het bestaan van zo’n derde stap als noodzakelijkheid wordt beschouwd, impliceert dit dat de praktische besluiten van een feitelijke democratie – zoals de Nederlandse – in normatieve zin gelegitimeerd moeten worden geacht, mits zij de grenzen van de eerste en tweede stap niet te buiten gaan. Aldus wordt een op het eerste gezicht empirisch feit – onberedeneerde besluitvorming – integraal onderdeel van normatieve legitimiteit: empirische realiteit en normatieve waardering raken zo (verder) verknoopt.¹³⁵

132 Vgl. Rawls 1985, p. 224.

133 Rawls 1993, p. 137. De idee van Rawls is dat met rationele argumentatie niet veel te zeggen valt over substantiële rechtvaardigheid maar veel meer te zeggen valt over procedurele rechtvaardigheid (en dus hoe een rechtvaardig besluitvormingsmechanisme eruit moet zien). Zo kan als vrijheid en gelijkheid voorop worden gesteld, worden berekend dat het besluitvormingsmechanisme tenminste een *democratische* structuur moet hebben.

134 Zie daarover § 2.7 en hiervoor in § 6.3.2.

135 Een en ander laat onverlet dat het op deze manier in stukken hakken van de normatieve benadering van legitimiteit een hoofdzakelijk in theorie te beredeneren exercitie is. In de praktijk zal niet snel overeenstemming bestaan over waar de grens tussen de stappen getrokken moet worden. Wat precies dwingend volgt uit de ‘fundamentele waarden’ vrijheid en gelijkheid is iets waarover verschillend kan worden – en wordt – gedacht. Ook de vraag waarover fictieve deelnemers aan een sociaal contract het precies niet ‘in redelijkheid’ oneens kunnen worden is een onderneming die onvermijdelijk tot meningsverschillen aanleiding zal geven. Daardoor zijn de grenzen tussen de stappen moeilijk te trekken. Uitspraken hierover hebben daardoor een inherent-aanmatigend karakter. Hierop wordt aan het slot van deze subparagraaf nog teruggekomen.

Het is mogelijk om deze vervlechting nog verder door te voeren. Dit laat Fossen zien, die een 'pragmatic turn' voor de normatieve benadering van legitimiteit bepleit.¹³⁶ Zijn voornaamste bezwaar tegen de bestaande benadering van 'politieke legitimiteit'¹³⁷ is dat dit onvoldoende oog heeft voor het beoordelen van *gebeurtenissen* die voorvallen in gezagsrelaties.¹³⁸ Hij stelt voorop dat het een feit van algemene bekendheid is dat politiek netelige situaties – 'political predicaments' – leiden tot complexe dynamieken tussen autoriteiten en ondergeschikten. Deze situaties vallen wat hem betreft onvoldoende in normatieve zin te waarderen, wanneer slechts *in abstracto* wordt beoordeeld of een autoriteit handelt conform wat aan de hand van een sociaal contract als acceptabel kan worden beschouwd.¹³⁹ Als alternatief stelt hij daarom voor om niet uitsluitend het perspectief van het object – de autoriteit – maar ook het perspectief van het subject – het publiek bestaande uit ondergeschikten, dat *oordeelt* over de legitimiteit van de gezagsrelatie – onderwerp van filosofische gedachtevorming over legitimiteit te maken.¹⁴⁰

De gedachtegang van Fossen spreekt aan. Aangenomen kan immers worden dat de wijze waarop burgers in de praktijk op een autoriteit reageren, altijd mede het gevolg is van historische, culturele en sociale factoren, en deze noodzakelijkerwijs geladen zijn met alle sociale littekens, (over)gevoeligheden en verwachtingen van dien.¹⁴¹ Indien dit als wetmatigheid aanvaard wordt, is moeilijk vol te houden dat een normatief oordeel over hoe de autoriteit hierop reageert, en dus een volwaardige normatieve

136 Fossen 2013.

137 De notie van 'politieke legitimiteit' kan hier worden opgevat als een begrip dat voortbouwt op het hiervoor in Rawlsiaanse termen uiteengezette principe dat normatieve legitimiteit van publieke besluitvorming altijd een niet-argumentatieve component kent. Hiermee wordt dus niet een ander concept bedoeld dan wat tot dusver 'legitimiteit' is genoemd.

138 Fossen 2013, p. 431: 'the political predicament is one for philosophy to resolve, at least in theory, though of course there is always the difficult task of practical application.'

139 Dus: of de materiële buitengrenzen niet worden overschreden en of de overige besluitvorming gedragen wordt (of zou kunnen worden) door rationele, democratische besluitvorming. Zie Fossen 2013, p. 430-431.

140 Fossen schrijft dat hij het onderwerp wil verbreden van uitsluitend de vraag naar wat een legitieme gezagsrelatie *is*, naar de dynamieken rond situaties waarin mensen een gezagsrelatie legitiem *noemen* ('stance-taking'). Zie i.h.b. p. 432. Vanaf p. 447 stelt hij voor hoe de filosofie dit ter hand moet nemen.

141 Vgl. in dit verband het slot van § 6.3.1.

conceptie van legitimiteit, van die context zou kunnen abstraheren.¹⁴² Eenvoudiger gezegd: het moet mogelijk zijn om een bepaalde handeling van een autoriteit binnen één bepaalde context als legitiem te beschouwen, terwijl diezelfde handeling, binnen een andere cultureel-historische context, niet gelegitimeerd kan worden. Het gevolg van het aanvaarden van deze gedachtegang is wel dat de normatieve benadering van legitimiteit de grens tussen *de iure*- en *de facto*-legitimiteit nog verder oversteekt.¹⁴³ Dit geldt natuurlijk nog meer indien die specifieke, dynamische en contextuele elementen ook de hiervoor als ‘tweede stap’ aangeduide vormen van besluitvorming doorsnijden. De normatieve huls wordt zodoende nog meer gevuld met empirisch-contingente feiten.¹⁴⁴

Al met al kan dus worden geconstateerd dat binnen de normatieve benadering van legitimiteit – misschien zelfs wel steeds meer – wordt gezocht naar manieren om empirische elementen in het normatieve kader te integreren. De achtergrond hiervan is dat binnen de normatieve wetenschappen tekorten worden ervaren in het diafragma van oude benaderingen van normatieve legitimiteit. Wanneer we de blik verleggen naar de andere kant van de grens, zien we dat binnen de empirische benaderingen van legitimiteit opvallend vergelijkbare worstelingen plaatsvinden, met dan juist tot gevolg dat naar mogelijkheden voor normatieve bijkleuring van het empirisch perspectief wordt gezocht. Opvallend is bovendien dat de oplossingen die worden verkend, duidelijke parallellen vertonen met wat in de normatieve wetenschappen gebeurt. Hier wordt in het vervolg van deze subparagraaf op ingegaan.

Een eerste ontwikkeling in het in empirische termen nadenken over legitimiteit, is dat steeds meer wordt onderkend dat legitimiteit meer is dan de acceptatie van een autoriteit door de ondergeschikten. De idee – die met name aan het werk van Beetham en Coicaud ten grondslag ligt – is dan dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de relatief platte vraag naar acceptatie *op het moment zelf* en de meer complexe vraag naar de congruentie met sociale waarden die uiteindelijk, op langere termijn, de legitimiteit van een gezagsrelatie borgt. Voor die laatste vraag is, zo is dan de gedachte, een diepergravende analyse van de sociaal en cultureel bepaalde waarden van

142 Fossen gebruikt als voorbeeld de spanningen als gevolg van de bestrijding van de *Rote Armee Fraktion* (vanaf p. 429) door de pril-democratische Bondsrepubliek. In het bijzonder (p. 449) gaat hij in op het doodschieten van een demonstrant (Benno Ohnesorg) door een politieagent, hetgeen tot verhevigde spanningen leidde. De relevante context was volgens Fossen dat een deel van de bevolking hierin een ‘continuity with the Nazi-regime’ zag – hetgeen een ‘subsequent radicalization’ verklaarde. Wat Fossen betreft moet dergelijke historische bagage, zowel het optreden van de (strafvorderlijke) overheid, als de reacties van het publiek in zulke situaties, in ogenschouw worden genomen bij het doen van een uitspraak over normatieve legitimiteit.

143 Fossen 2013, p. 443.

144 Fossen spreekt zelf van een ‘socio-perspectival’ account van normatieve legitimiteit (p. 442 e.v.).

een rechtsgemeenschap nodig.¹⁴⁵ Het probleem met deze gedachte is echter dat het een illusie is om te denken dat sociale waarden op 'neutrale' wijze in kaart kunnen worden gebracht. De onderzoeker die dit ter hand wil nemen stuit immers onvermijdelijk op een reeks aan conceptuele en methodologische problemen.¹⁴⁶ Het is onmogelijk om het onderzoeken van de waarden van een rechtsgemeenschap tot een zuiver empirische onderneming terug te brengen: enerzijds omdat het gaat om grootheden die zich niet tot meetbare variabelen laten kortwieken en anderzijds omdat elke keuze voor een operationalisering ook iets verradert over de *normatieve* overwegingen van de onderzoeker over welke opinies ertoe doen.¹⁴⁷

Dit laatste wordt ook duidelijk wanneer we bekijken welke voorstellen in de literatuur tot nu toe zijn gedaan om de 'waarden van een rechtsgemeenschap' te onderzoeken. Het meest uitgewerkt is hier het werk van Habermas, theorievorming waar Beetham bij zegt te willen aansluiten.¹⁴⁸ Habermas beredeneert de legitimiteit van een gezagsrelatie aan de hand van een gedachte-experiment: de onderzoeker moet wat hem betreft vaststellen waarover 'all possibly affected persons could agree as participants in rational discourses'¹⁴⁹ Belangrijk is dat het hier dus niet meer gaat om het meten, maar om het *beredeneren* van sociale waarden. De gelijkenis met het contractuele denken van Rawls springt hier in het oog. Overigens ook omdat Habermas en Rawls vergelijkbare etiketten kiezen voor hun theorie – Habermas noemt zijn benadering 'postmetaphysical',¹⁵⁰ Rawls die van hem 'political, not metaphysical'¹⁵¹ – en hun theorie van een vergelijkbaar sluitstuk voorzien. Habermas concludeert namelijk, net als Rawls, dat meningsverschillen in redelijkheid onvermijdelijk zijn en dus een democratisch besluitvormingsmechanisme nodig is om de normen die *in concreto* passen bij een rechtsgemeenschap te concretiseren.¹⁵² Zo wordt het onderscheid tussen het Rawlsiaanse denken in termen van een sociaal contract en het theoretisch-sociologisch denken van Habermas hier flinterdun.¹⁵³

145 Zie hierover hiervoor in § 6.3.1.

146 Zie § 2.7 en § 4.7.3 voor de problematiek die samenhangt met het organiseren van deliberatieve peilingen.

147 Vgl. § 2.7 en § 4.9.1.

148 Beetham 2013b, p. 14. Beetham besteedt overigens zelf geen aandacht aan de invloed van de methode op de te verwachte resultaten. Daardoor blijft ook in het midden in hoeverre hij de 'deliberatieve peiling' (zie hierna in de hoofddektst) eerst en vooral ziet als een gedachte-experiment en in welke mate als iets dat daadwerkelijk in de praktijk moet worden gebracht. Coicaud is nog minder duidelijk over hoe hij de waarden van een rechtsgemeenschap precies wil onderzoeken. Methodologische reflecties komen in zijn werk niet voor.

149 Habermas 2015, p. 107.

150 Habermas 2015, p. 36.

151 Rawls 1985, p. 223.

152 In het idioom van Habermas komt dit neer op de overgang van 'communicatieve actie' naar 'strategische actie', zie bijv. Habermas 2015, p. 260.

153 Zie over de parallellen tussen Rawls en Habermas ook een beschouwing van de vertaler Rehg in een uitgebreide inleiding op Habermas 2015, p. xiii.

Een tweede ontwikkeling die de empirische benadering van legitimiteit minder zuiver empirisch maakt, is de aandacht die recentelijk gevraagd is voor de dynamische aspecten van legitimiteit. De ‘dialoogbenadering’ die door Bottoms en Tankebe is voorgesteld, is een voorbeeld van deze manier van denken.¹⁵⁴ De conceptuele voordelen van zo’n benadering zijn hiervoor (§ 6.3.1) al besproken: het maakt het mogelijk het interactieve dat eigen is aan gezagsrelaties bij het legitimiteitsoordeel te betrekken en op die manier kan ook de invloed van bijvoorbeeld mis- en desinformatie en oplopende emoties op de legitimiteit van een gezagsrelatie beter worden begrepen. De metafoor van een voortdurende ‘dialoog’ lijkt daarvoor adequaat. Net als een echte dialoog kan ook de dialoog tussen het publiek en strafvorderlijke actoren er – althans in theorie – een zijn tussen goede en slechte verstanders, rationeel of emotioneel van toon en escalerend of de-escalerend van richting.¹⁵⁵ De praktische hanteerbaarheid van de empirische benadering van legitimiteit wordt er door deze verbreding echter niet beter op. Hoewel Bottoms en Tankebe deze conclusie zelf niet trekken, lijkt te moeten worden toegegeven dat het onmogelijk is om zo’n dialoog nog tot meetbare, empirische variabelen terug te brengen zonder eerst *normatieve* keuzes te maken ten aanzien van de vraag wat relevante factoren zijn. Welke effecten er op lange termijn precies toe doen, wat precies relevante feiten zijn en wat hiervan precies de effecten zijn op de legitimiteit – dat zijn allemaal vragen die niet meer als objectieve feiten kunnen worden beschouwd, maar vragen om een *oordeel* van de onderzoeker – en daarmee resulteren in een steeds minder tot empirie te reduceren concept.

Het geheel overziend moet worden geconcludeerd dat het op het eerste gezicht wezenlijke verschil tussen de empirische en normatieve benadering van legitimiteit bij een nadere beschouwing veel minder scherp is. De normatieve benadering blijkt niet te kunnen vaststellen wat legitimiteit *de iure* is, zonder ook oog te hebben voor empirisch-contingente feiten. Voor de empirische benadering geldt dat het alleen kijken naar sociale acceptatie van een gezagsrelatie geen recht doet aan het intrinsiek waardegeladen begrip legitimiteit en dat daarom die gezagsrelatie ook aan een waardenstudie moet worden onderworpen. Dit is een aangelegenheid die onmogelijk tot een zuiver empirische – of in Weberiaanse termen: waardenvrije – onderneming kan worden teruggebracht. De conclusie is dus dat legitimiteit *de iure* en legitimiteit *de facto* langs meerdere lijnen met elkaar zijn vervlochten. Beide kunnen uiteindelijk niet onverschillig zijn voor wat een gemeenschap op dit moment, *in concreto* wil en besluit; beide moeten de

154 Bottoms en Tankebe 2012, 2013, zie eerder hierover hiervoor in § 6.3.1.

155 Opvallend is natuurlijk dat aan de ontwikkeling van dit dialogische perspectief dezelfde ervaren lacune voorafging als door Fossen in het normatieve domein werd waargenomen: Bottoms en Tankebe stelden voorop dat zij in bestaande empirische benaderingen onvoldoende ruimte zagen om die dynamische elementen een plaats te geven. Zo bezien zijn de ‘pragmatische wending’ in de normatieve benadering en de dialoogbenadering in het empirische domein twee zijden van eenzelfde munt.

feitelijke acceptatie dus op één of andere manier in de legitimiteitsconceptie betrekken. Beide kunnen echter evenmin zonder de duurzame waarden die een gemeenschap door de jaren heen definiëren, die we de axiologische identiteit van die gemeenschap zouden kunnen noemen, een identiteit die soms zal afwijken van wat men op enig moment *in concreto* wil of beslist maar daarmee niet haar zeggingskracht verliest. Het is gelet op dit alles dus onjuist om te spreken van twee, 'scherp te onderscheiden' concepten.¹⁵⁶

Wel ontstaat, juist door de samenkomst van twee aspecten die elkaar in een concrete situatie niet kunnen verdragen, een constante spanning *in* de overkoepelende notie van legitimiteit. Stel dat in een bepaald geval democratische besluitvorming niet in overeenstemming is met waar burgers volgens de normatieve wetenschapper 'op goede gronden' toe zouden kunnen beslissen, of met de dieper gelegen sociale normen die de empiricus in kaart heeft gebracht door deliberatieve peilingen te organiseren of door anderszins een waardenstudie te verrichten. In empirische termen vervat ontstaat zo spanning tussen directe acceptatie en de dieper gelegen sociale normen, in normatieve termen gaat het om spanning tussen legaliteit en rechtvaardigheid. Problematisch in praktische zin is dat de (sociale) norm vrijwel nooit exact vastgesteld kan worden. Waartoe mensen 'op redelijke gronden kunnen beslissen' is immers niet een strak te omlijnen gegeven – en iets dergelijks geldt ook voor sociale waarden. De vraag is ook waar een normatieve of empirische wetenschapper precies het gezag aan ontleent om te bepalen dat de opvatting van een gemeenschap *in concreto* niet overeenstemt met – en dus moet wijken voor? – de opvattingen van die gemeenschap *in abstracto*.¹⁵⁷ Deze inherente spanning is als zodanig echter geen reden om het concept kunstmatig te splijten – het is eerder een bevestiging van het intrinsiek complexe karakter van legitimiteitsoordelen.¹⁵⁸

6.4.2 Legitimiteit als kwaliteit van een machtsrelatie of als sleutel tot gehoorzaamheid

Een volgende scheidslijn die door het denken over legitimiteit loopt, is die waar aan een zijde de gehoorzaamheid van ondergeschikten voorop staat en waar aan de andere zijde legitimiteit primair wordt gezien als iets dat de kwaliteit van een machtsrelatie uitdrukt. Deze scheidslijn doorsnijdt de empirische en normatieve benaderingen, aan beide zijden van de scheidslijn vallen normatieve en empirische manieren van denken te vinden, zij het dat deze wel gepaard gaan met andere *motieven* voor legitimiteit.

In het grootste deel van de empirische benaderingen van legitimiteit is gehoorzaamheid van burgers aan de autoriteit de ultieme kwestie, omdat

156 Vgl. Hinsch 2010, p. 40, die dit wel doet.

157 Deze vraag raakt aan welke van de twee dimensies van legitimiteit uiteindelijk van een hogere rang is. Zie hierover nog § 11.3.4.

158 Vgl. Fossen 2013, p. 446, die deze spanning ziet als een 'structural feature of political subjectivity that commits us to ongoing critical engagement.'

dit geldt als belangrijkste indicator van de levensvatbaarheid van een systeem. Dit geldt voor klassiek-Weberiaanse benaderingen die zich richten op de acceptatie van het gezag van een autoriteit door de ondergeschikten, maar het geldt zeker ook voor enkele alternatieven hiervoor, zoals de studie van Beetham. Het voorbeeld waarop hij steeds terugkomt – de val van de muur – is hiervan een duidelijk voorbeeld. Macht zonder legitimiteit, zo is zijn gedachte, kan enige tijd voortduren maar is ook permanent kwetsbaar: zodra de bereidwilligheid geweld in te zetten of het daarvoor benodigde financiële of menselijk kapitaal wegvalt, heeft de machthebber immers niets om op terug te vallen en zal de machtsrelatie ineen zijn.¹⁵⁹ Het *motief* dat in deze interpretatie van legitimiteit vooropstaat is dus Machiavelliaans-realistisch: het fungeert als maatschappelijk krediet waarop de autoriteit kan terugvallen.¹⁶⁰

Ook in het klassieke (contractuele) normatieve denken is de gehoorzaamheid het eindpunt van het denken. De idee van een sociaal contract is immers dat burgers een deel van hun vrijheid opgeven – en dus accepteren dat zij bepaalde plichten hebben – in ruil voor het vestigen van een gezagsrelatie waarmee ook voor de autoriteit bepaalde plichten in het leven worden geroepen. Wanneer een autoriteit echter contractbreuk pleegt, door de afspraken die uit het contract logisch voortvloeien te loochenen, vervalt daarmee ook de plicht tot gehoorzaamheid aan de zijde van de ondergeschikten. Hoewel ongehoorzaamheid hier dus ook direct verbonden is aan illegitimiteit, krijgt het binnen deze normatieve interpretatie toch een minder pragmatische lading: het nakomen van een contract wordt immers als morele plicht omschreven. Anders gezegd: het motief voor de autoriteit om een hoog-legitieme gezagsrelatie na te streven is hier meer ethisch (*pacta sunt servanda*) dan realistisch geladen.

In de meer op de strafrechtspleging toegespitste benadering van het procedurele-rechtvaardigheid-paradigma, valt een vergelijkbare, op gehoorzaamheid gerichte legitimiteitsopvatting te ontwaren. Anders dan in de hiervoor beschreven benaderingen gaat het hier echter niet om (het gehoorzamen van) de gezagsrelatie als geheel, maar om geconcretiseerde vormen van wat ‘deelgehoorzaamheid’ genoemd zou kunnen worden. Hierdoor staat in deze benadering ook niet meer de levensvatbaarheid van de gezagsrelatie als geheel op het spel. Het gaat bijvoorbeeld om de – empirisch aangetoonde – vaststelling dat ervaren legitimiteit van procesdeelnemers in de hand werkt dat zij niet tot eigenrichting overgaan, meewerken met strafvorderlijke autoriteiten en vaker de strafwet naleven.¹⁶¹ Op allerlei

159 Zie hiervoor het ook in § 6.3.1 aangehaalde voorbeeld waarin de Sovjetunie uiteindelijk – bij monde van Gorbatsjov – besloot geen geweld te zullen inzetten tegen de eigen bevolking, waarna het met de machtsrelatie snel was gedaan.

160 Vgl. Bokhorst (2014, p. 42-46), die in haar proefschrift vijf ‘motieven’ voor legitimiteit onderscheidt: ethische, realistische, instrumentele, cynische of mythische en gemengde motieven. Realistische motieven brengt zij ook in verband met Machiavelli (p. 43).

161 Zie hiervoor in § 6.3.1.

voor de strafvordering relevante terreinen kiezen burgers zo dus vaker de juiste optie. Binnen deze benadering wordt legitimiteit daarom in de eerste plaats een 'resource'¹⁶² voor de overheid, waarmee het makkelijker wordt om regels te doen naleven en orde te handhaven.¹⁶³ Legitimiteit, zo schrijft Tyler, stelt strafvorderlijke overheden in staat om tegen lagere kosten en met minder moeite gezag in stand te houden.¹⁶⁴ In deze opvatting is het motief voor legitimiteit primair instrumenteel.¹⁶⁵

Tegenover de opvattingen waarbij (deel)gehoorzaamheid voorop staat, staat de opvatting dat legitimiteit een uitdrukking is voor de kwaliteit van de machtsrelatie. Deze opvatting is te herkennen in de 'Europese' sociaal-wetenschappelijke benadering van legitimiteit, waarin bijvoorbeeld de verhitte van het maatschappelijk debat wordt gezien als symptomatisch voor een laagwaardige – want door emoties en boosheid bevangen geraakte – gezagsrelatie. Maar ook steeds wanneer in de literatuur wordt gesproken over een 'legitimiteitscrisis', of wanneer de opkomst van het punitief populisme in verband wordt gebracht met de legitimiteit, ligt daar een dergelijke interpretatie van legitimiteit aan ten grondslag. De beschreven problemen hebben met gehoorzaamheid dan immers niet zoveel van doen. En ook in de diverse betekenissen die in de strafrechtwetenschap aan de notie van legitimiteit worden gegeven, lijkt het in de eerste plaats om de kwaliteit van de gezagsrelatie te gaan. Wanneer bijvoorbeeld de legitimiteit van een strafbaarstelling wordt bekritiseerd, zal over het algemeen niet worden bedoeld dat deze dus ook niet hoeft (*de iure*) te worden nageleefd, noch om de verwachting uit te spreken dat dit in de praktijk (*de facto*) niet gebeurt. De (plicht tot) gehoorzaamheid staat bij de meeste in de strafrechtwetenschap voorkomende referenties aan legitimiteit in elk geval in een te ver verwijderd verband.¹⁶⁶ Bij al deze redeneringen is het uiteindelijke motief het verbeteren van de kwaliteit van die gezagsrelatie als zodanig: legitimiteit is hier een doel op zich en geen middel tot.

De vraag is in hoeverre deze verschillen in interpretatie van (het belang van) legitimiteit nu werkelijk een wezenlijke tegenstelling inhouden. Het vooropstellen van gehoorzaamheid doet in de meeste gevallen meer consequentistisch aan, het vooropstellen van de kwaliteit van de gezagsrelatie

162 Smith 2010, p. 30.

163 Zie bijvoorbeeld Tyler e.a. 2007, p. 9, alwaar de functies van legitimiteit ('to maintain social order' en 'to be able to enforce their rules') nadrukkelijk vooropstaan.

164 Zie bijvoorbeeld Tyler e.a. 2007, p. 10, waar de auteurs alternatieven 'costly and inefficient' noemen. Vgl. ook Tyler en Jackson, 2013, p. 86.

165 Onder instrumentalistisch wordt hier – met Bokhorst 2014, p. 44 – verstaan het motief waarbij effectiviteit en efficiëntie voorop staan. Zoals zij ook opmerkt, bestaat natuurlijk wel enige overlap met realistische motieven, omdat stabiliteit hiervan in het verlengde ligt.

166 Dit heeft er ook mee te maken dat in de strafrechtwetenschap doorgaans legitimiteitsoordelen worden geveld over facetten van de gezagsrelatie (zie § 6.3.2). Het leggen van een verband tussen zo'n oordeel en (de plicht tot) gehoorzaamheid, ligt dan doorgaans niet zo voor de hand.

meer deontologisch.¹⁶⁷ Anderzijds ligt het voor de hand aan te nemen dat een kwalitatief hoogwaardige gezagsrelatie en een gehoorzaamde gezagsrelatie in elkaars verlengde liggen: aangenomen kan in veel gevallen worden dat een hoogwaardige gezagsrelatie ook vaker wordt gehoorzaamd. De voor dit onderzoek belangrijkste relevantie van dit onderscheid schuilt daarom vooral in de verschillende mate van empirische dekking. Sommige oorzaak-gevolg-relaties zijn door empirisch onderzoek duidelijk aangetoond. Met name binnen het procedurele-rechtvaardigheid-onderzoek zijn bepaalde vormen van deelgehoorzaamheid – of de bereidheid daartoe – ook goed gedocumenteerd.¹⁶⁸ Voor de meeste andere redeneringen geldt dit echter niet. Het is bovendien niet mogelijk om effecten die zijn onderzocht binnen één benadering van legitimiteit (bijvoorbeeld het procedurele-rechtvaardigheid-onderzoek), te extrapoleren naar andere benaderingen. Zo valt op basis van het bestaande onderzoek niet anders dan in hypothetische termen te stellen dat de verhitte van het publieke debat zou kunnen leiden tot bepaald gedrag.

6.4.3 De object- en subjectbenadering van legitimiteit

Een veel beschreven scheidslijn in het denken over legitimiteit is die tussen de object- en de subjectbenadering. Bij de eerste benadering wordt de blik op de autoriteit gericht: onderzocht wordt dan aan welke eisen machtsuitoefening moet beantwoorden om voor legitiem te kunnen doorgaan en, *in concreto*, of een concrete vorm van machtsuitoefening aan die eisen voldoet. Bij de tweede wordt onderzocht onder welke omstandigheden het publiek de legitimiteit erkent of behoort te erkennen. Dit gaat typisch gepaard met het onderzoeken van het publiek zelf. De objectbenadering is dominant binnen de normatieve wetenschappen en de subjectbenadering binnen de empirische wetenschappen, al bestaan ook uitzonderingen op deze regel.¹⁶⁹ Het onderscheid is echter, om meerdere redenen, onbevredigend.

Ten eerste is van belang dat de strafrechtspleging niet met één subject van doen heeft. De strafrechtspleging heeft meerdere ‘publieken’ te bedienen,¹⁷⁰ die bovendien andere kwaliteiten belangrijk vinden. Vooral het verschil tussen zij die direct bij strafrechtelijke procedures zijn betrokken

167 Dit ligt wellicht anders bij het zuiver contractueel denken, waarbij het ethische (en dus deontologische) motief de benadering van legitimiteit kleur geeft.

168 Dan gaat het dus meestal om onderzoek met een sterke focus op persoonlijke ervaringen van mensen met de politie of rechtbanken. Zie daarover § 6.3.1.

169 Merquior (1980, p. 4-6), beschouwt Rousseau en Weber niet alleen als archetype van respectievelijk de normatieve en empirische benadering van legitimiteit, maar ook als grondleggers van respectievelijk de object- en subjectbenadering. Hierop valt echter wel wat aan te merken: Weber verlegt zelf de aandacht ook wel eens naar het object (zie hiervoor in § 6.3.1) en Rousseau had ook wel aandacht voor het subject. Vgl. Bokhorst 2014, p. 48.

170 Vgl. Bottoms en Tankebe 2012, p. 122.

en het 'grote' publiek is relevant.¹⁷¹ Van de direct betrokkenen is bekend dat zij vooral met procedurele rechtvaardigheid bediend kunnen worden.¹⁷² Voor het grote publiek lijkt – althans wanneer men het verhitte debat als graadmeter neemt – *materiële* rechtvaardigheid dan weer belangrijker. Bijgevolg zijn de wensen van beide deelpublieken niet alleen verschillend, maar ook potentieel tegenstrijdig. De procedurele rechtvaardigheid die procesdeelnemers belangrijk vinden, wordt volgens velen bijvoorbeeld goed gediend met herstelrecht, alternatieve procedures of tenminste een wijze van procesvoering waarin iedereen zich gehoord voelt en er enige ruimte is voor maatwerk. De maatschappelijke zichtbaarheid en de symbolische functie van (hard) straffen is dan van ondergeschikt belang. Sterker nog: het vooropstellen van procedurele rechtvaardigheid leidt al snel tot een milder, minder op repressie gerichte strafrechtstoepassing.¹⁷³ Voor het grote publiek is dit laatste juist wel belangrijk: de symbolische kracht die uitgaat van een 'harde' straf is voor het grote publiek het belangrijkste.¹⁷⁴ Maatwerk en een luisterend oor zijn dan al snel onwenselijke blijken van lankmoedigheid.¹⁷⁵

In dit verband voorziet legitimiteitsonderzoek in gevangenissen in een interessante parallel. Uit onderzoek naar ordehandhaving in Britse gevangenissen blijkt dat, wanneer de directeur procedureel rechtvaardig handelt bij het sanctioneren van gevangenen die hebben deelgenomen in wanordelijkheden – door naar hen te luisteren en rekening te houden met persoonlijke omstandigheden –, dit de ervaren legitimiteit in de ogen van direct betrokkenen ten goede komt. Voor de rest van de gevangenispopulatie geldt echter dat dergelijk 'lankmoedig' optreden juist afbreuk doet aan de ervaren legitimiteit van de directeur.¹⁷⁶ Wanneer we de gevangenis opvatten als biotoop voor de reële samenleving, biedt dit onderzoek steun aan de gedachte dat het bevorderen van ervaren legitimiteit bij het 'publiek dichtbij', ten koste kan gaan van de legitimiteit als ervaren door het 'publiek veraf' – en *vice versa*.

171 Zie over dit verschil o.a. Tonry (2007 en Smith (2007), die dit beiden relateren aan het (hiervoor in § 6.3.1 besproken) verschil tussen de 'Amerikaanse' (procedurele-rechtvaardigheid-) en 'Europese' benadering van legitimiteit.

172 Zie specifiek voor de Nederlandse context bijvoorbeeld Ansems, Van den Bos en Mak 2020. Hun bevinding, op basis van 99 interviews met verdachten rondom politierechterzittingen, is dat verdachten spontaan procedurele rechtvaardigheid belangrijk zeggen te vinden.

173 Zie bijvoorbeeld Tyler en Jackson 2013, p. 87.

174 Vgl. Roberts en Hough 2005b, p. 68-69.

175 Het 'respecteren' van de verdachte door de rechter wordt in enquêteonderzoek steevast onbelangrijk gevonden, zie § 4.5.1. Dat ook binnen het repressieve discours veel aandacht is voor het luisteren naar betrokkenen – in het bijzonder het slachtoffer – doet hier niet aan af. Het slachtoffer dat het procedurele-rechtvaardigheid-onderzoek op het oog heeft, is immers een andere (want het *echte* slachtoffer in plaats van het ingebeeld – archetypische – slachtoffer dat respondenten die dit soort enquêtes invullen voor ogen hebben, vgl. § 4.6.2).

176 Bottoms en Tankebe 2012, p. 122-123.

Een tweede nuance bij de scheidslijn tussen de object- en subjectbenadering is dat objecten ook niet als één en ondeelbaar moeten worden opgevat. Dat is niet alleen zo omdat er natuurlijk meerdere actoren binnen de strafrechtspleging te onderscheiden zijn, maar ook omdat binnen die actoren verschillende mensen werken die onderling van mening kunnen verschillen over wat legitiem is.¹⁷⁷ In dit verband is onderzoek van Barker naar legitimeringshandelingen relevant.¹⁷⁸ Interessant is onder meer zijn vaststelling (of beter: hypothese) dat binnen autoriteiten altijd de overtuiging moet leven dat het eigen handelen legitiem is, voordat men toekomt aan externe legitimering.¹⁷⁹ Legitimeringshandelingen zijn daarom, volgens Barker, lang niet altijd wat zij lijken. Soms is zo'n handeling ogenschijnlijk op de buitenwereld gericht, maar dient ze er in wezen toe om de verschillende spelers binnen de autoriteit van de rechtmatigheid van het eigen optreden te overtuigen. Hoewel de vraag kan worden gesteld of zijn stelling dat interne legitimering altijd voorafgaat aan externe legitimering juist is,¹⁸⁰ is de gedachte dat legitimeringshandelingen ook (primair) intern gericht kunnen zijn interessant.

De belangrijkste reden dat (het kiezen tussen) een object- of subjectbenadering echter tekortschiet, volgt uit het feit dat de legitimiteit van een gezagsrelatie ook een dynamisch proces is. Dit is een gegeven dat, zoals hiervoor al aan bod is gekomen, zowel in de empirisch georiënteerde als de normatief georiënteerde wetenschappen in toenemende mate wordt onderkend en heeft geleid tot diverse voorstellen voor nieuwe conceptualisering van het begrip legitimiteit.¹⁸¹ Kenmerkend voor dit soort conceptualisering is dat het zwaartepunt van de legitimiteit niet meer bij of het object of het subject belegd wordt, maar bij de voortdurende interactie tussen beide. Het is overigens ook die interactie die in meer (politiek-)

177 Vgl. in dit verband ook Kort 2020, waarin opvattingen van politiemensen, officieren van justitie en rechters over het strafrecht worden vergeleken. Tussen (en binnen) deze categorieën blijven aanzienlijke verschillen te bestaan. Zie o.a. p. 247 e.v.

178 Zie Barker 2001.

179 Hij baseert deze als conclusie (en dus niet als hypothese) geformuleerde stelling op historisch onderzoek, en dan in het bijzonder op de vaststelling dat ook absoluut heersers nooit zonder vazallen hebben gekund die in de 'legitimiteit' van de heerser geloofden. In dit verband spreekt hij van 'concentrische cirkels' die steeds verder van de autoriteit afliggen: steeds moet eerst een cirkel relatief dichtbij in de legitimiteit geloven voordat aan een volgende kan worden toegekomen. Zie Barker 2001, i.h.b. p. 70 e.v..

180 Het problematische aan deze benadering is dat het voorbijgaat aan de mogelijkheid dat relatief dichtbijgelegen 'concentrische cirkels' bijdragen aan de instandhouding van een gezagsrelatie om redenen die meer van doen hebben met eigenbelang of cliëntelisme dan met een waarachtig geloof in de legitimiteit van die gezagsrelatie. Het probleem dat zich hier manifesteert is waarschijnlijk dat Barker legitimiteit gelijkstelt met stabiliteit. Dat is iets dat vaker gebeurt (vgl. in dit verband de in § 6.3.1 besproken 'derde controverse' in de sociaalwetenschappelijke literatuur).

181 Zie voor de benadering van legitimiteit als dialoog van Bottoms en Tankebe in § 6.3.1 en voor het initiatief van Fossen om acht te slaan op gebeurtenissen in de politiek-filosofische conceptualisering van legitimiteit in § 6.4.1.

sociologische literatuur als kenmerkend voor de hedendaagse configuratie van gezag wordt gezien.¹⁸²

Gelet op het voorgaande moet dus worden geconcludeerd dat legitimiteit niet moet worden beschouwd als iets dat een kenmerk is van een autoriteit, noch als iets dat bij wijze van spreken huist in de hoofden van het publiek. In plaats daarvan moet naar legitimiteit gekeken worden als iets dat een dynamisch resultaat is van interactie tussen objecten en subjecten en dat bovendien binnen verschillende geledingen van zowel het publiek als (strafrechtelijke) autoriteiten anders kan worden ervaren. Mede om die reden wordt – en werd in het voorgaande – ook steeds gesproken over de legitimiteit van een *gezagsrelatie* – en niet over bijvoorbeeld de legitimiteit van een autoriteit.

6.4.4 De substantiële en procedurele benadering van legitimiteit

In de voorgaande subparagrafen kwam al meermaals zijdelings het onderscheid tussen de substantiële en procedurele benadering van legitimiteit aan de orde. Bij de substantiële benadering staat het formuleren van kernwaarden voor een gezagsrelatie voorop. In de empirische wetenschappen zijn de conceptualisering van Beetham en Coicaud het duidelijkste voorbeeld: zij benadrukken immers het waardengeladen karakter van legitimiteit en stellen dat de sociale wetenschapper de waarden die kenmerkend zijn voor een specifieke rechtsgemeenschap in kaart moet brengen. In de normatieve wetenschappen heeft deze benadering historische en hedendaagse representanten. Beginselen die tenminste onderdeel van zo'n substantiële benadering uitmaken zijn het gelijkheidsbeginsel en het vrijheidsbeginsel.¹⁸³ Het uitgangspunt van de procedurele benadering van legitimiteit is meestal dat niet over (alle) substantiële normen van legitimiteit overeenstemming kan worden bereikt.¹⁸⁴ De gedachte is dan dat door het volgen van een rechtvaardige procedure – waar wel iedereen geacht wordt mee te kunnen instemmen – alsnog tot voor iedereen aanvaardbare normen kan worden besloten. Voorbeelden van deze manier van denken

182 Zie § 2.5. Vgl. ook Bokhorst (2014, p. 59), die horizontalisering van gezag ook koppelt aan de wenselijkheid van een meer dynamische legitimiteitsconceptie.

183 Zie Bokhorst (2014, p. 50), die als hedendaags voorbeeld van de substantiële benadering Selznick noemt, die als kernwaarden het vrijheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het democratiebeginsel en de idee van de dienende overheid heeft geformuleerd. Samen met Nonet (Nonet en Selznick 1978, p. 16), schreef Selznick overigens dat *procedurele* rechtvaardigheid vooral een kenmerk was van *autonomous law*, terwijl substantiële rechtvaardigheid voorop zou staan bij het – sinds de jaren 70 vigerende, zie hierover eerder § 2.2 – *responsive law*. Hier lijkt enige sprake van verwarring over wat substantiële en procedurele rechtvaardigheid precies is. De aard van responsiviteit is immers procedureel. Dat die responsiviteit dan uiteindelijk gericht is op substantiële aanpassingen in het recht, doet daar niet aan af.

184 Aldus ook Bokhorst 2014, p. 51.

over legitimiteit die in het voorgaande zijn besproken zijn onder meer de benaderingen van Rawls en Habermas.¹⁸⁵ Bokhorst noemt als prototype van een procedurele benadering de bekende acht stelregels voor goede wetten van Fuller.¹⁸⁶

In elk van de hierboven genoemde benaderingen gaat het (in de eerste plaats) om legitimiteit van wetgeving. Het onderscheid tussen substantiële en procedurele legitimiteit kan echter evengoed worden gemaakt met betrekking tot de strafrechtspleging. Het Tyleriaanse onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid is een typisch voorbeeld van onderzoek dat uitsluitend op procedurele voorspellers voor legitimiteit van rechtspraak is gericht. Dat dit onderzoek zich alleen (nog) maar op procedurele rechtvaardigheid richt, is overigens het gevolg van het feit dat de direct betrokkenen waar dit onderzoek in geïnteresseerd is het over substantiële rechtvaardigheid niet eens konden worden: hier manifesteerde zich het bekende probleem dat burgers enorm van mening verschillen over wat passende straffen zijn.¹⁸⁷ Omdat het vinden van een zekere mate van consensus wel lukt ten aanzien van procedurele rechtvaardigheid, heeft het onderzoek deze richting gekozen.¹⁸⁸ Ook andere in dit onderzoek besproken voorstellen om het publiek meer bij de strafrechtspleging (of de tenuitvoerlegging) te betrekken, waaronder het invoeren van juryrechtspraak of vormen van in de gemeenschap gesitueerde vormen van herstelrecht of tenuitvoerlegging van (vrijheids)straffen, zijn gericht op het bevorderen van legitimiteit langs procedurele weg.¹⁸⁹

Hoewel er dus de nodige benaderingen van legitimiteit bestaan die uitsluitend oog hebben voor ofwel procedurele, ofwel substantiële aspecten, moet de conclusie zijn dat in beginsel aandacht behoort uit te gaan naar zowel procedurele als materiële elementen van legitimiteit. Enerzijds moet worden onderkend dat legitimiteit gaat over waarden en dat hier dus niet geheel van kan worden geabstraheerd. Een zuiver procedurele benadering is bovendien gevaarlijk: onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid in landen met autoritaire regimes, laat bijvoorbeeld zien hoe dit soort regimes 'rechtvaardige procedures' optuigen met het doel de bevolking bepaalde

185 Zie § 6.4.1.

186 Bokhorst 2014, p. 51. Ook hiervoor geldt dat dit geen waterscheiding is. Diverse stelregels van Fuller zijn immers ook materieelrechtelijk relevant. Vgl. in dit verband Ten Voorde 2015, p. 80.

187 Zie over het relevante onderzoek ter zake § 4.7.1 (zij het niet uitgevoerd bij direct betrokkenen). Zie voor een samenvatting van onderzoek bij direct betrokkenen Tyler en Jackson 2013.

188 Oordelen over de procedure 'sit above diverse value positions', aldus Tyler en Jackson 2013, p. 92.

189 Zie § 2.3 voor in het bijzonder de voorstellen van Bibas en Dzur, die zelf ook veelvuldig de term legitimiteit in de mond nemen. Zie ook in § 2.2 voor de voorstellen van Beunders (voor juryrechtspraak) en het HiiL (voor lekenpanels) en voor referenties naar diverse voorstellen voor meer transparantie.

besluiten te laten accepteren.¹⁹⁰ Tegelijkertijd blijkt zowel uit het empirisch onderzoek ter zake als uit relevante normatieve theorievorming dat het – inderdaad – zeer ingewikkeld is om te bepalen wat substantiële legitimiteit is. Over weinig substantiële waarden wordt men het, noch in normatieve, noch in empirische zin, snel eens: zelfs niet over de precieze inhoud van ogenschijnlijk fundamentele waarden als vrijheid en gelijkheid.¹⁹¹ Binnen bepaalde kaders moet daarom wel degelijk ruimte blijven voor nadere concretisering door (democratische) besluitvorming. De resterende moeilijkheid is dan, natuurlijk, te bepalen wat die kaders precies zijn.

6.5 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is in beeld gebracht welke inhoud en welke complexiteiten schuilgaan in de notie van legitimiteit. Dit is een concept dat tal van beloftes en desiderata in zich bergt en – daardoor – bol staat van de interne spanningen. Het is een concept waarmee wordt uitgedrukt dat een bestaande gezagsrelatie recht doet aan de historisch, sociaal en cultureel bepaalde waarden van een rechtsgemeenschap *en* kan rekenen op de acceptatie van het publiek. Voor een beoordeling van de legitimiteit zijn zowel de (actuele) kwaliteit van een machtsrelatie, als het gedrag van het publiek van belang; dient gekeken te worden of de strafvorderlijke autoriteiten op legitieme wijze invulling geven aan hun gezag, maar ook of de verschillende deelpublieken dit als zodanig ervaren; terwijl ook oog moet zijn voor dynamische aspecten die zowel legitieme verwachtingen bij het publiek kunnen wekken als bepaalde handelingen van een autoriteit kunnen (de)legitimeren. Tot slot moet onderkend worden dat zowel een substantiële als procedurele dimensie van legitimiteit bestaat. Legitimiteit moet bovendien niet worden begrepen als iets dat op enig moment ‘af’ is, maar juist als iets dat voortdurend in ontwikkeling is.¹⁹²

Wanneer al deze gezichtspunten in een conceptualisering van legitimiteit zouden worden samengebracht, ontstaat waarschijnlijk een conceptualisering die in de buurt komt van die welke Bokhorst in haar proefschrift verdedigt. Legitimiteit wordt volgens haar ‘bepaald door de mate waarin macht ethisch gerechtvaardigd, juridisch gewettigd, door allen politiek

190 Zie MacCoun (2005, p. 188), die dit in Marxistische termen (‘vals-bewustzijn’) duidt. Een prangend voorbeeld is ook van Ellmann (1995, p. 412 e.v.), die beschrijft hoe ten tijde van de Apartheid in Zuid-Afrika zwarte burgers juridische procedures gebruikten voor het afdwingen van burgerrechten, hetgeen aan die procedures een zekere (ervaren) procedurele legitimiteit gaf – alhoewel onderdeel van en vehikel voor in substantiële (normatieve) termen evident onrecht.

191 Vgl. Bokhorst 2014, p. 50.

192 Vgl. in dit verband Fossen (2013, p. 444), die schrijft dat legitimiteit beschouwd moet worden als een ‘ongoing activity’ in plaats van als een ‘finished product’.

erkend en door ondergeschikten maatschappelijk geaccepteerd is.¹⁹³ In deze conceptualisering wordt de legitimiteit van een gezagsrelatie een optelsom van alle verschillende facetten, waarbij de uiteindelijke somscore een uitdrukking is van de mate waarin de gezagsrelatie aan elk van die facetten tezamen voldoet. Een volmaakte somscore is dan een utopie, omdat de verschillende facetten van de conceptualisering soms met elkaar concurreren en hiertussen dus keuzes moeten worden gemaakt. Ook van een optimale somscore kan bij zo'n conceptualisering niet gesproken worden. Omdat de verschillende facetten ongelijksoortig zijn, doet zich immers een incommensurabiliteitsprobleem voor: omdat het gaat om verschillende grootheden kan niet één eenheid worden gevonden waarin de somscore van de verschillende facetten kan worden uitgedrukt. Zij kunnen dus helemaal niet worden opgeteld, en daarom ook niet objectief tegen elkaar worden afgewogen. Men zou dus ook kunnen zeggen dat dit soort veelomvattende conceptualisering van legitimiteit in wezen een illusie voorschotelen.

Dit maakt ook duidelijk wat wel en niet haalbaar is voor een beoordelingskader. Het incommensurabiliteitsprobleem geldt hiervoor immers net zo goed. Bij het kiezen van een bepaalde oriëntatie op het publiek is onvermijdelijk dat voor bepaalde legitimiteitswinsten elders een prijs moet worden betaald: het is onontkoombaar dat het bedienen van één publiek ten koste gaat van de mate waarin een ander bediend kan worden; het is goed mogelijk dat het bevorderen van maatschappelijke acceptatie soms op gespannen voet staat met het eerbiedigen van normatieve uitgangspunten; net als het waarschijnlijk is dat de lange termijn soms in een andere richting wijst dan de korte termijn. En omdat er niet één eenheid is waarmee winst en verlies in een overzichtelijk saldo kan worden samengevat, zal altijd een subjectief oordeel nodig zijn om de uiteindelijke afweging te maken. Dit impliceert dat niet van een beoordelingskader kan worden verwacht dat het objectief, dwingend, antwoord geeft op de vraag welk op de publieke opinie gericht handelen nu wel of niet een goed idee is. Een goed beoordelingskader kan wel inzichtelijk maken wat de relevante argumenten zijn. Op die manier kan een beslissing worden gestructureerd en voor derden navolgbaar worden. Dat laat onverlet dat de uiteindelijke *weging* van die argumenten, steeds subjectieve oordeelsvorming zal vergen.

193 Bokhorst 2014, p. 20. Zij sluit hier aan bij een conceptualisering die ook door Beetham (2013b, p. 16 e.v.) wordt verdedigd, zij het dat hij een en ander wel anders uitlegt.