



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).

7.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt een kader opgesteld waarmee op de publieke opinie gericht handelen van actoren binnen het Nederlands stelsel van strafrechtspleging kan worden beoordeeld. In de voorgaande hoofdstukken zijn hiervoor al de relevante gezichtspunten opgedaan, door het inventariseren en problematiseren van bestaand onderzoek naar publieke opinie en de notie van legitimiteit. Deze worden in dit hoofdstuk verwerkt tot een beoordelingskader.

Daartoe worden hieronder eerst de uitgangspunten van het beoordelingskader uiteengezet (§ 7.2). Daarna worden de afzonderlijke stappen van het beoordelingskader doorlopen. Dit zijn er vijf. In het kort: de eerste stap bestaat uit het inventariseren van en toetsen aan de in het geding zijnde waarden (§ 7.3). De tweede uit het bepalen van de beoogde consequenties van het op de publieke opinie gericht handelen (§ 7.4). De derde uit het in kaart brengen van onbedoelde (neven)effecten van dit handelen op verschillende deelpublieken (§ 7.5). Bij de vierde stap draait het om de balans tussen het bevorderen van vertrouwen en het faciliteren van wantrouwen (§ 7.6). De vijfde heeft betrekking op dynamische en op langere termijn te verwachten effecten (§ 7.7).¹

7.2 UITGANGSPUNTEN EN KENMERKEN VAN HET BEOORDELINGSKADER

Voordat een beoordelingskader kan worden opgesteld, moet duidelijk zijn voor welke situaties deze geschikt moet zijn. Die vraag kan worden onderscheiden in de vraag ten aanzien van *wie* en de vraag *wanneer* het beoordelingskader moet kunnen worden gebruikt. Op beide vragen wordt hieronder ingegaan. Hier worden vervolgens de belangrijkste kenmerken van het beoordelingskader uit afgeleid.

Het antwoord op de vraag voor wie het beoordelingskader geschikt moet zijn, volgt reeds uit de bewoordingen van de derde onderzoeksvraag. Hier staat immers dat het beoordelingskader het mogelijk moet maken om ‘op de publieke opinie gericht handelen van *voor de strafrechtspleging*

1 Een voorloper van het in dit hoofdstuk gepresenteerde beoordelingskader is ook gepubliceerd in Noyon, De Keijser en Crijns 2020.

relevante actoren te beoordelen'². Deze actoren betreffen tenminste OM, ZM, de strafwetgever, strafrechtadvocatuur en actoren in de strafexecutie. Het is duidelijk dat elk van deze actoren een andere institutionele positie heeft en dat die positie ook van invloed is op hoe op de publieke opinie gericht handelen beoordeeld moet worden. Zo zal in de regel meer mogen worden verwacht van een actor die slechts het algemeen belang heeft te dienen dan van een actor die in overwegende mate een partijdig belang dient.

In de formulering van de derde onderzoeksvraag ligt ook een antwoord besloten op de vraag waarvoor het beoordelingskader geschikt moet zijn: het moet het mogelijk maken om *op de publieke opinie gericht handelen* te beoordelen. Deze afbakening tot 'handelen' ligt niet zonder meer voor de hand. In het merendeel van de literatuur wordt eenvoudigweg gesproken over de legitimiteit van een autoriteit of een gezagsrelatie.³ Hier lijkt de veronderstelling aan ten grondslag te liggen dat (een teveel aan) illegitiem handelen van die autoriteit uiteindelijk de legitimiteit van de autoriteit of de gezagsrelatie als geheel aantast en het handelen van een autoriteit dus niet los van de legitimiteit van die autoriteit kan worden gezien.⁴ De belangrijkste reden dat in dit onderzoek wel gekozen is voor een afbakening tot handelen, is dat de legitimiteit van actoren of van de gezagsrelatie van meer afhangt dan de wijze waarop zij zich tot de publieke opinie verhouden. Dit laat natuurlijk onverlet dat de beoordeling van het handelen wel steeds plaatsvindt tegen de achtergrond van de (effecten op de) legitimiteit van de gezagsrelatie als geheel.

De volgende vraag is dan of het zinvol is om het beoordelingskader op voorhand te beperken tot bepaalde soorten van handelen. In theorie is het mogelijk om handelen verder uit te splitsen, door bijvoorbeeld onderscheid te maken tussen besluiten met een algemene strekking, beslissingen in individuele gevallen en overig handelen. Dit wordt in de literatuur wel eens gedaan.⁵ Gelet op de in het vorige hoofdstuk getrokken conclusies is dit evenwel niet zinvol. Het dynamische karakter waarbinnen (de legitimiteit van) een gezagsrelatie vorm krijgt, omvat immers noodzakelijkerwijs veel verschillende vormen van handelen, waaronder ook anticiperend, informeel en subtiel handelen moet worden begrepen. Het beoordelingskader op voorhand beperken tot een bepaalde categorie van handelen zou aan

2 Zie § 1.3. De formulering van de onderzoeksvraag luidt: *Op welke wijze kan op de publieke opinie gericht handelen van voor de strafrechtspleging relevante actoren beoordeeld worden?*

3 Een uitzondering is Hinsch (2010, p. 40), die onderscheid maakt tussen de legitimiteit van 'regimes', 'laws' en 'parliamentary decisions'.

4 Dit geldt niet voor alle literatuur die in het vorige hoofdstuk is besproken. In de strafrechtwetenschappelijke literatuur ligt dit bijvoorbeeld vaak anders. Daar wordt ook wel gesproken over de legitimiteit van – bijvoorbeeld – een afzonderlijke strafbepaling, leerstuk of strafvorderlijk optreden (zie § 6.3.3). Coicaud spreekt doorgaans van de legitimiteit van een 'situatie' waaronder hij zowel (een samenstel van) besluiten lijkt te begrijpen als de situatie waarin een gezagsrelatie zich (als geheel) bevindt.

5 Vgl. in dit verband opnieuw Hinsch (2010, p. 40), en dan nu i.h.b. zijn onderscheid tussen de legitimiteit van 'laws' en 'parliamentary decisions'.

dit dynamische karakter geen recht doen. Een laatste punt is of nog iets te zeggen valt over de vraag wanneer precies sprake is van *op de publieke opinie gericht* handelen. Duidelijk zal zijn dat tenminste vereist is dat het handelen moet betreffen waaraan enige ruchtbaarheid gegeven wordt.

Een en ander heeft gevolgen voor de belangrijkste kenmerken van het beoordelingskader. Een eerste kenmerk vat volgt uit deze keuzes is dat het beoordelingskader een zeker abstractieniveau zal kennen, het moet immers geschikt zijn voor verschillende actoren en verschillende vormen van handelen. Omdat het beoordelingskader later in dit onderzoek zal worden toegepast op twee gevalstudies, zal het daar wel in een meer geconcretiseerde vorm worden doorlopen.⁶ Een tweede kenmerk van het beoordelingskader is dat de legitimiteitsrelatie tussen een autoriteit en het publiek wordt begrepen als een dynamisch proces. Dit impliceert dat in het beoordelingskader steeds aandacht moet zijn voor de vraag in welke situatie een bepaalde gezagsrelatie zich bevindt en wat te verwachten toekomstige ontwikkelingen (van op de publieke opinie gericht handelen) zijn. Hierdoor kunnen niet in algemene zin uitspraken worden gedaan over of specifieke initiatieven als zodanig – dus los van de context – een goed idee zijn. Dit uitgangspunt keert met name terug bij de vierde en vijfde stap.

Een derde kenmerk is dat het beoordelingskader gebaseerd is op een inventarisatie van de beste *argumenten*, maar niet steeds op objectief bewijs of objectieve waarheden. In de voorgaande hoofdstukken is uitvoerig aandacht besteed aan het bestaande onderzoek naar publieke opinie en legitimiteit. Daar is duidelijk geworden dat veel wel is onderzocht, maar ook veel niet. Bovendien is duidelijk geworden dat veel operationalisering en kampen met beperkingen voor wat betreft de validiteit en betrouwbaarheid, waardoor niet altijd objectief te zeggen valt wat de opinies of waarden van een gemeenschap zijn, noch wat de effecten van op de publieke opinie gericht handelen zullen zijn. Vaak is de conclusie zelfs dat het als onmogelijk moet worden beschouwd om opinies of sociale waarden op een objectieve wijze te onderzoeken. Hierdoor moet het als het best haalbare worden beschouwd om bij het opstellen van een beoordelingskader steeds te beargumenteren (in plaats van te 'bewijzen') wat de meest aannemelijke of aanvaardbare beoordelingscriteria zijn.

Een vierde kenmerk van het beoordelingskader is dat niet beoogd zal worden om een kader te ontwikkelen waaruit dwingende oordelen volgen over de vraag of bepaald op de publieke opinie gericht handelen wel of niet een goed idee is. Dit is een consequentie van de incommensurabiliteit van de relevante gezichtspunten: er is niet één eenheid waarin normatieve en empirische, korte- en langetermijneffecten of andere concurrerende gezichtspunten met elkaar kunnen worden verrekend.⁷ Het beoordelingskader zal er daarom op gericht zijn om alle relevante gezichtspunten in

6 Zie Hoofdstuk 10, i.h.b. § 10.2 en § 10.3.

7 Zie hierover § 6.5.

kaart te brengen. Omdat voor de uiteindelijke weging geen dwingende – argumentatieve – gronden voorhanden zijn, vergt die weging een subjectief – dus niet-argumentatief – oordeel. Het doel van dit beoordelingskader is om dit niet-argumentatieve oordeel zo goed geïnformeerd mogelijk te laten plaatsvinden, niet om voor te schrijven waaraan bij de uiteindelijke weging het meeste gewicht moet worden toegekend.

Tot vijfde kan hier nog worden herhaald wat in de inleiding van dit onderzoek reeds is vooropgesteld en in het vorige hoofdstuk uitvoerig beargumenteerd: in het beoordelingskader zal ruimte zijn voor empirische en normatieve gezichtspunten. Dat het niet mogelijk is deze twee geheel te scheiden, is in het vorige hoofdstuk verantwoord.⁸ Het normatieve karakter van het beoordelingskader keert hieronder terug bij de eerste, vierde en vijfde stap.

7.3 STAP 1: EEN NORMATIEVE TOETS

De eerste stap van het beoordelingskader bouwt voort op een eerste conclusie die in het vorige hoofdstuk is getrokken (§ 6.4.1): dat doordenking van de notie van legitimiteit het onvermijdelijk maakt dat hierbij de waarden van een gemeenschap worden betrokken. Voor de strafrechtswetenschap spreekt dit voor zich, voor de sociale wetenschappen is dit een opvatting die de afgelopen decennia gaandeweg meer erkenning heeft gekregen.⁹ Het gaat hier, voor de duidelijkheid, om een grootheid die tot op grote hoogte losstaat van de publieke opinie van die rechtsgemeenschap. Een publiek kan zelfs korte of lange tijd een opinie koesteren die van de eigen waarden afwijkt, bijvoorbeeld omdat het publiek tijdelijk bevangen is door een bepaalde (als schokkend ervaren) situatie, omdat de opinievorming plaatsvindt op een ander abstractieniveau dan waarop de waarden zich bevinden, of omdat de opinie stoelt op een verkeerde voorstelling van zaken.¹⁰

De vraag die voor de eerste stap in het beoordelingskader beantwoord moet worden, is dus wat die waarden zijn. Vooropgesteld moet hier worden dat voor een aantal van de meest elementaire Verlichtingswaarden geldt dat zij als zodanig in dit beoordelingskader niet ter discussie worden gesteld. Het gaat dan om de waarde van gelijkheid, vrijheid en het ter verantwoording kunnen roepen van de overheid. Het belangrijkste argument hiervoor

8 Zie i.h.b. § 6.4.1, alwaar dit is verantwoord.

9 Zie i.h.b. § 6.4.1.

10 Zo kan een rechtsgemeenschap die als zodanig de waarden gelijkheid en eerbied voor de menselijke waardigheid onderschrijft, toch in meerderheid foltering goedkeuren jegens een bepaalde verdachte, omdat het publiek ontzet is over een bepaald strafbaar feit, of bepaalde vormen van etnische ongelijkheid niet bezwaarlijk vinden, omdat deze zich op een ander abstractieniveau manifesteren dan waaraan men denkt bij de notie van gelijkheid of omdat men de feitelijke situatie niet voldoende kent.

is dat het betekenis toekennen aan publieke opinie (en het wetenschappelijk doordenken wat publieke opinie *is*) een product is van diezelfde Verlichting als waarin deze waarden zijn omarmd en het daarom anachronistisch zou zijn om in het beoordelingskader daarvan te willen abstraheren. Een tweede argument is dat noch een normatieve leer, noch een sociaalwetenschappelijke methode denkbaar is zonder dat deze waarden hierin besloten liggen.¹¹ Maar voor het beoordelen van op de publieke opinie gericht handelen kunnen natuurlijk veel meer waarden van belang zijn. Daarnaast is van de drie hierboven buiten de discussie gestelde waarden in de praktijk natuurlijk lang niet altijd duidelijk wat hun reikwijdte precies is.

Daardoor wordt de eerste vraag die voor de eerste stap in dit beoordelingskader beantwoord moet worden, hoe bepaald moet worden welke waarden bij bepaald op de publieke opinie gericht handelen in het geding zijn en, vervolgens, hoe die waarden dan precies luiden. In het vorige hoofdstuk bleek dat over die eerste vraag verschillend wordt gedacht. De normatieve wetenschapper is gewend om een waardenstudie van een rechtsgemeenschap te verrichten door de gehele juridische dogmatiek binnenboord te halen, die geacht wordt dit samenstel van waarden te representeren. Binnen de sociale wetenschappen zijn vooralsnog vooral deliberatieve peilingen aanbevolen als methode om de dieperliggende waarden van een rechtsgemeenschap mee in beeld te brengen.¹² Binnen en buiten het voor de strafrechtspleging relevante empirisch onderzoek zijn deze deliberatieve peilingen ook enkele malen in praktijk gebracht.¹³

Het voordeel van deliberatieve peilingen is ten eerste dat wellicht makkelijker kan worden volgehouden dat hetgeen is onderzocht uit het publiek zelf komt. Zodoende komt hetgeen gemeten wordt voor sommigen misschien als meer ‘democratisch’ over. Daar komt bij dat de uitkomsten van dit soort onderzoek typisch genuanceerd zijn en in lijn met wat de wetenschappelijke consensus toch al was. Een veel gehoord argument voor deliberatieve peilingen is daarom ook dat het ‘veilig’ is: men kan het publiek wel inspraak geven, zonder dat gevreesd moet worden dat er

11 Wat is een enquête, (deliberatieve) peiling of een andere methode immers waard indien niet zou worden uitgegaan van gelijkheid, als niet werd verondersteld dat oordelen in vrijheid worden gegeven en als op voorhand toch al vast zou staan dat de overheid haar eigen gang mag gaan? In de ideeëngeschiedenis van publieke opinie (zie i.h.b. § 3.2.1) en in de praktische ontwikkeling van onderzoeksmethoden (zie i.h.b. § 4.9.1) is de geldigheid van deze waarden ook altijd (impliciet) verondersteld.

12 Zie § 6.3.1, i.h.b. onder aanhaling van Beetham en Habermas. Aangetekend moet wel worden dat hiertussen een wezenlijk verschil bestaat: waar Beetham de deliberatieve peiling werkelijk ziet als een vorm van empirisch onderzoek, wisselt Habermas in zijn opvatting. Nu eens beschouwt hij het als een daadwerkelijk in de praktijk te brengen, empirische methode, dan weer omschrijft hij het in termen van een gedachte-experiment (in welke vorm het meer aanligt tegen het contractuele denken uit de normatieve wetenschappen).

13 Zie § 4.7.2 en § 4.7.3, i.h.b. onder aanhaling van Luskin, Fishkin en Jowell 2002; Hough en Park 2002; Hutton 2005; Mackenzie e.a. 2013; Indermaur e.a. 2012; Turner 2014; Wagenaar 2008.

waarden komen bovendrijven die normatieve wetenschappers niet zelf zouden hebben geïdentificeerd.¹⁴ Het probleem met dit soort peilingen is echter dat er ook veel voor te zeggen valt dat zij juist *niet* representatief zijn en – via een sluiproute – alsnog de consensus van ‘experts’ reproduceren.¹⁵ De slotsom van dit alles is dat, net zomin als de normatieve wetenschappen kunnen volhouden dat hun weergave van de waarden van een rechtsgemeenschap ‘objectief waar’ is, deliberatieve peilingen deze pretentie kunnen waarmaken.

Dit alles rechtvaardigt de vraag wat deliberatieve peilingen – ook omdat de inhoudelijke resultaten niet afwijken van wat deskundigen toch al vonden – nu inhoudelijk toevoegen. Natuurlijk zijn nog lang niet ten aanzien van alle denkbare onderwerpen deliberatieve peilingen gehouden, maar gelet op de robuuste bevindingen tot dusver lijkt voor een voorlopige conclusie tenminste voldoende aannemelijk dat ook in eventueel toekomstig onderzoek (over nog niet-onderzochte aspecten van de strafrechtspleging) niet wezenlijk andere resultaten hoeven te worden verwacht.¹⁶ Vooralsnog moet dus worden aangenomen dat ‘sociale waarden’ – de dieper gelegen waarden die een empiricus met deliberatieve peilingen ‘meet’ – en de ‘waarden’ die een normatieve wetenschapper onderzoekt, *grosso modo* als inwisselbaar kunnen worden beschouwd. Het lijkt, als het voor de uitkomst toch niet uitmaakt, dan tenminste eenvoudiger om de deskundigen – strafrechtwetenschappers dus – direct aan het woord te laten.¹⁷

Tegen deze achtergrond ligt het voor de hand dat voor de eerste stap in dit beoordelingskader – het toetsen van op de publieke opinie gericht handelen aan de waarden van een rechtsgemeenschap – in eerste instantie kan worden volstaan met de methoden die eigen zijn aan de discipline die van het uitvoeren van zo’n waardenstudie haar expertise heeft gemaakt: de (straf)rechtswetenschap. Dit komt dus *de facto* neer op klassiek juridisch onderzoek. Wel kunnen voor de context van dit beoordelingskader enkele specifieke opmerkingen worden gemaakt. Ten eerste moeten de waarden die er in dit verband toe doen, kunnen worden teruggevoerd op de axiologische identiteit van een rechtsgemeenschap. Het moet dus daadwerkelijk

14 Zie voor een bespreking van relevante literatuur i.h.b. § 4.7.3.

15 Zie uitgebreider in met name § 2.7 voor algemene kritiek en § 4.7.3 voor een kritische beschouwing van deliberatieve peilingen in voor de strafrechtspleging relevant onderzoek.

16 Zeker zo belangrijk is dat het onderzoek sterk suggereert dat, voor zover de uitkomsten van peilingen nog afwijken van wat deskundigen vinden, dit met een ander, meer deliberatief *design*, weer kan worden bijgewerkt. De essentie is dus dat men in dit onderzoek aan burgers zeer veel opvattingen kan ontlokken – waaronder die van de deskundigen – terwijl geen objectieve maatstaf voorhanden is waarmee gezegd kan worden welke van al deze mogelijke opvattingen ‘meer waar’ is dan een andere.

17 Voor de volledigheid kan nog worden opgemerkt dat andere vormen van opinieonderzoek – bijvoorbeeld enquêtes – in het geheel ongeschikt lijken om *waarden* te onderzoeken. Voor een waardenstudie is immers tenminste vereist een wat langere en meer diepgravende studie te ondernemen (of men dit nu normatief of empirisch benadert) en die mogelijkheid bieden enquêtes nu net niet.

gaan om die waarden waarover burgers in de hypothetische situatie van een sociaal contract het, *in redelijkheid*, eens kunnen worden. Dat impliceert dat deze waarden nooit alomvattend kunnen zijn: waar de mogelijkheid van 'meningsverschillen in redelijkheid'¹⁸ begint, houdt de waardenstudie op.¹⁹ Het gaat dus om een terughoudende normatieve toets, die zich rekenschap geeft van de complexe positie die een waardenstudie inneemt en zichzelf extra kritisch bevraagt wanneer de uitkomsten van deze waardenstudie in een andere richting wijzen dan een 'gemeten' publieke opinie.²⁰

In het kort: een eerste stap voor het beoordelen van op de publieke opinie gericht handelen bestaat uit het in kaart brengen van en toetsen aan het relevante normatief kader. Dit is in eerste instantie een onderneming die bestaat uit klassiek juridisch onderzoek, al kunnen hier, wanneer het voorhanden is, de uitkomsten van (deliberatieve) burgerpanels bij worden betrokken. De vraag moet steeds zijn of bepaald op de publieke opinie gericht handelen congruent is met de axiologische identiteit van de rechtsgemeenschap: of dat handelen overeenkomt met de waarden waar de leden van die rechtsgemeenschap in redelijkheid overeenstemming over zouden moeten kunnen bereiken. De vraag *welke* waarden in zo'n waardenstudie moeten worden onderzocht, valt niet in algemene zin te beantwoorden. Dit verschilt, afhankelijk van het type op de publieke opinie gericht handelen waar het in een concreet geval om gaat.

18 Zie hierover eerder § 6.4.1.

19 Het voorgaande kan ook als een waarschuwing worden gepresenteerd. Strafrechtswetenschappers representeren in feitelijke zin natuurlijk niet de (rechts)gemeenschap als geheel, zij vormen een zekere elite. Juist omdat op de publieke opinie gericht handelen typisch plaatsvindt onder het gesternte van dreigend punitief populistisch ingrijpen in de strafrechtspleging, ligt antagonisme tussen elite en 'volk' voortdurend op de loer. Dit levert een potentieel netelige situatie op, waardoor tenminste van belang is dat de elite de 'eigen' opvattingen kan presenteren als een vrucht van de normatieve identiteit van de (rechts)gemeenschap als geheel en niet als een particuliere opvatting. Hiervoor is de grens tussen argumentatieve, zoveel mogelijk niet-politieke stellingnames en niet-argumentatieve (dus wel politieke) stellingnames een grens waar zoveel mogelijk van moet worden weggebleven. De taakopvatting (althans bij deze stap) is het interpreteren van het normatieve geheugen van een rechtsgemeenschap, niet het willen vormen van de morele voorhoede van die rechtsgemeenschap.

20 Hierbij kan gedacht worden aan situaties waarin de publieke opinie blijkens verkiezingen of opiniepeilingen er een andere opvatting op nahoudt. Iets dergelijks impliceert niet dat de waardenanalyse niet deugt, maar wel dat er reden is om die waardenanalyse nadrukkelijk tegen het licht te houden. Hierbij dient enerzijds als grens dat het domein van de waardenstudie ophoudt waar de mogelijkheid van 'meningsverschillen in redelijkheid' begint, anderzijds kan worden onderzocht of het afwijken van de 'gemeten' publieke opinie kan worden verklaard. Hierbij kan ten eerste worden gedacht aan complexiteiten bij de validiteit en betrouwbaarheid van zulke metingen, ten tweede aan de mogelijkheid dat (i) een meting onder invloed staat van een als schokkend ervaren gebeurtenis; (ii) dat de meting plaatsvindt op een ander abstractieniveau dan de in het geding zijnde waarden zich bevinden; of (iii) de gemeten opinie uitgaat van een verkeerde voorstelling van zaken.

7.4 STAP 2: DE BEOOGDE CONSEQUENTIES VAN HET OP DE PUBLIEKE OPINIE GERICHTE HANDELEN

Een volgend onderwerp dat bij op de publieke opinie gericht handelen onder ogen moet worden gezien, betreft een analyse van de beoogde consequenties. Voor deze stap is het in het vorige hoofdstuk (§ 6.4.2) gemaakte onderscheid tussen motieven van legitimiteit van belang: het gaat bij deze stap alleen om op de publieke opinie gericht handelen met een consequentialistisch oogmerk. Indien met dit handelen slechts een deontologisch motief wordt nagestreefd kan deze stap dus worden overgeslagen.²¹

De achtergrond van alle consequentialistische motieven voor op de publieke opinie gericht handelen, is uiteindelijk de gedachte dat de strafrechtspleging het publiek nodig heeft om effectief te functioneren. Het idee is dan dat de strafrechtspleging zo moet worden ingericht, dat het publiek ook werkelijk wordt aangezet tot medewerking. Hoewel dit op het eerste gezicht eenvoudig lijkt, is de praktijk ingewikkeld omdat er verschillende vormen van ‘medewerking’ te onderscheiden zijn. Sommige hiervan zijn uitgebreid onderzocht, andere niet of minder. Het best gedocumenteerd is zonder twijfel het Amerikaanse procedurele-rechtvaardigheid-onderzoek. In dit onderzoek is aangetoond dat de door procesdeelnemers ervaren procedurele rechtvaardigheid samenhangt met toekomstig gedrag dat directe strafrechtelijke of strafvorderlijke relevantie heeft: zo draagt ervaren procedurele rechtvaardigheid via de band van ervaren legitimiteit bij aan de bereidheid van mensen zich aan de strafwet te houden en met strafvorderlijke autoriteiten mee te werken.²² Onderzoekers uit deze stroming dromen zelfs van een ‘self-regulatory-model’, waarin de strafrechtspleging zichzelf uiteindelijk overbodig maakt omdat vrijwel iedereen zich toch al normconform gedraagt.²³

Een heel andere manier van medewerken staat centraal in wat in het vorige hoofdstuk de *étatistisch-Europese literatuur* is genoemd. De gedachte is hier dat een bepaalde inrichting van de strafrechtspleging het publiek kan aanzetten om zich in brede zin op een meer verantwoordelijke manier tot de strafrechtspleging te verhouden. De gedragseffecten waar bij deze manier van redeneren op gehoopt wordt, komen dus neer op een algehele ontbolstering van burgerschap. Het streven is hier dat, al dan niet door toedoen van bepaalde op de publieke opinie gerichte hervormingen,²⁴ het publiek op inhoudsvolle wijze betrokken is bij de strafrechtspleging, en daardoor minder ontvankelijk is voor met onwaarheden of simplistische voorstellingen van zaken doortrokken retoriek en minder vatbaar voor

21 Zie hierover § 2.3. Het duidelijkste voorbeeld van een deontologische argumentatie is de redenering van Bibas.

22 Zie uitgebreider § 6.3.1.

23 Deze gedachtegang wordt door Tyler in diverse publicaties verdedigd. Zie o.a. Tyler e.a. 2007, p. 11; Tyler en Jackson 2013, p. 95.

24 Zie voor een voorbeeld van zo’n gedachtegang het werk van Dzur, besproken in § 2.4.

ongefundeerde systeemkritiek (het punitief populisme).²⁵ Ook in deze redenering leidt meer legitimiteit dus uiteindelijk tot minder strafrecht, maar via een andere weg: het hogere niveau van burgerschap maakt dat het publiek zich geen onwaarheden op de mouw laat spelden. Daardoor wordt een halt toegeroepen aan voortdurende (politieke initiatieven tot) uitdijning en verstrenging van het strafrecht.

Hoewel op theoretische gronden ook voor deze laatste gedachtegang wel wat te zeggen valt, is een breed concept als burgerschap bijzonder moeilijk te onderzoeken. Er bestaat dus geen duidelijke empirische steun voor de juistheid van deze redenering. Voor zover indirect onderzoek beschikbaar is, levert dit een gemengd beeld op. Enerzijds is vastgesteld dat er een groep in de samenleving onderscheiden kan worden bij wie achterdocht jegens de (straf)rechtspleging samenvalt met algeheel onbehagen, politiek cynisme en institutioneel wantrouwen: deze mensen zeggen niet alleen de rechtspraak niet te 'vertrouwen', maar vellen vergelijkbaar afkeurende oordelen over politieke actoren, vakbonden, journalisten en wat dies meer zij. Een hoog niveau van inhoudsvolle betrokkenheid – van burgerschap dus – lijkt hier ten aanzien van de publieke zaak als geheel te ontbreken. Bij deze groep lijkt daarom voor de strafrechtspleging weinig te halen: het onbehagen is zo breed dat het waarschijnlijk uit iets anders voortkomt dan het waargenomen presteren van de strafrechtspleging als zodanig. Voor zover het mogelijk is om bij deze groep burgerzin te stimuleren, moet dit bij (het veranderen van) structurele sociale factoren die buiten de sfeer van de strafrechtspleging worden gezocht.²⁶ Dat gaat het bestek van dit onderzoek vanzelfsprekend te buiten.

Daarentegen is er ook een groep die niet kampt met dergelijk algeheel onbehagen, maar wel vindt dat de strafrechtspleging in punitieve zin achterblijft. Dit maakt deze groep potentieel vatbaar voor punitieve retoriek, maar niet voor systeemkritische (punitief populistische) opinies.²⁷ Het is juist deze groep die veel voorstellen voor punitieve ingrepen in de strafrechtspleging aan een (electorale) meerderheid helpt. Bij deze groep valt misschien iets te verbeteren: mogelijk dat op de publieke opinie gericht handelen hier een zekere mate van burgerschap kan aanboren die uiteindelijk de lokroep van gratuite afkeuring van het strafklimaat de pas afsnijdt. Het empirisch onderzoek houdt echter niet over, vooralsnog is vooral empirische steun gevonden voor wat bij deze groep *niet* werkt. Zo is inmiddels wel duidelijk dat het niet veel zin heeft om de straffen te verhogen (al dan niet met het doel deze groep zijn zin te geven). Het verstrengen van het straf(proces)recht is al uit-en-ter-na geprobeerd en het relevante opinieonderzoek ter zake laat juist zien dat dit weinig tot geen effect heeft op hoe het publiek oordeelt over de punitiviteit. Interessanter is daarom om manieren

25 Zie over de kenmerken van de étatistisch-Europese benadering van legitimiteit § 6.3.1. Zie voor de kenmerken van het punitief populisme en punitieve retoriek § 3.3.

26 Zie § 4.6.1.

27 Zie § 4.6.1.

te verkennen waarop deze groep een beter, meer met de werkelijkheid overeenstemmend beeld zou kunnen krijgen van de strafrechtspleging. Hierop wordt bij de vierde stap in dit beoordelingskader nog teruggekomen.

De kern van de tweede stap kan als volgt worden samengevat: bepaald moet worden of consequentialistische motieven een rol spelen bij het op de publieke opinie gericht handelen en zo ja, welke dat dan zijn. Vervolgens moet worden onderzocht in hoeverre empirische steun beschikbaar is voor het daadwerkelijk intreden van de gewenste gevolgen. Voor zover het gaat om het optimaliseren van medewerking aan de strafrechtspleging geldt – kort gezegd – dat die steun beschikbaar is indien de ingrepen de door procespartijen ervaren procedurele rechtvaardigheid bevorderen. Wanneer het doel is om in brede zin burgerschap te ontwikkelen, ligt dit over het algemeen ingewikkelder. Ten eerste omdat rekening moet worden gehouden met een substantiële groep die gekweld wordt door institutioneel onbehagen – iets waaraan de strafrechtspleging zelf waarschijnlijk niet veel kan veranderen. Ten tweede omdat voor een volgende groep (die niet kampt met algeheel onbehagen, maar wel afkeurend staat tegenover de gepercipieerde punitieve slagkracht van de strafrechtspleging) al het nodige is beproefd – in het bijzonder het opvoeren van de punitiviteit – en dit tot dusver steeds niet lijkt te werken.

7.5 STAP 3: VERSCHILLENDE ‘DEELPUBLIEKEN’ EN DE MOGELIJKHEID VAN ONBEDOELDE (NEVEN)EFFECTEN

De derde stap in het beoordelingskader stelt de vraag wat de mogelijke onbedoelde (neven)effecten zijn van op de publieke opinie gericht handelen. Net als bij de vorige stap gaat het hier dus om een zuiver empirische onderneming. Voor deze stap is relevant dat in het vorige hoofdstuk (in § 6.4.3) is vastgesteld dat de strafrechtspleging meerdere subjecten (of: ‘deelpublieken’) heeft te dienen, die elk andere bijdragen leveren aan en verwachtingen hebben ten aanzien van de gezagsrelatie als geheel. Hieruit vloeit voort dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat bepaald op de publieke opinie gericht handelen goed werkt voor één deelpubliek, maar onbedoelde en ongewenste effecten teweegbrengt bij een ander deelpubliek. Op die manier kunnen zich gemakkelijk onbedoelde neveneffecten voordoen.

Van belang voor het onderzoeken van denkbare onbedoelde neveneffecten is allereerst dat uit de literatuur blijkt dat een zinvol onderscheid gemaakt kan worden tussen drie groepen. Ten eerste het ‘grote publiek’, dat hoofdzakelijk via indirecte bronnen – in het bijzonder via de media – kennisneemt van de strafrechtspleging en ten tweede het publiek dat bestaat uit direct betrokkenen: zij die, als verdachte, getuige, slachtoffer of anderszins direct bij een strafzaak zijn betrokken en daardoor veel meer, uit eigen waarneming, hierover weten. Daarnaast is er dan nog het deelpubliek dat een functie heeft in de strafrechtspleging zelf: medewerkers van

de strafrechtspraak, het OM, enzovoort. Voor dit laatste deelpubliek kan overigens de vraag worden gesteld of de aanduiding deelpubliek helemaal accuraat is, omdat het ook onderdeel uitmaakt van het object van een gezagsrelatie (de autoriteit). Veel maakt dit laatste niet uit, van belang is dat deze drie groepen moeten worden onderscheiden.

Een volgende vaststelling is dat het op basis van de literatuur als aannemelijk moet worden beschouwd dat handelen dat gericht is op één deelpubliek, onbedoelde neveneffecten kan sorteren bij een ander. Zo lijkt het grote publiek gepreoccupeerd met ervaren substantiële rechtvaardigheid, hetgeen zich uit in een roep om harde straffen en een in hoge mate expressieve, symbolische strafrechtstoepassing. Daarentegen blijkt de groep van procesdeelnemers vooral belang te hechten aan ervaren procedurele rechtvaardigheid, althans op een geaggregeerd niveau. Dit brengt met zich mee dat binnen deze groep behoefte bestaat aan maatwerk en aan aandacht voor ieders individuele gezichtspunt en verhaal: aan een procedure die is gericht op begrip en niet (zonder meer) op het op de spits drijven van tegenstellingen tussen goed en kwaad of tussen dader en slachtoffer.²⁸

Het gevolg is dat te zeer mikken op de behoeften van direct betrokkenen, averechtse effecten kan hebben op rechtvaardigheidsgevoelens van het grote publiek, maar omgekeerd ook dat het overmatig privilegiëren van de wensen van het grote publiek averechts kan werken voor de ervaren rechtvaardigheid van direct betrokkenen. Het strafrecht eenzijdig inzetten als symbolisch vehikel voor de angsten en verlangens van het grote publiek kan degene waar het in een individueel geval om draait – waaronder ook getuigen en slachtoffers – tekortdoen. Dit geldt in het bijzonder voor de wetgever: gedacht kan bijvoorbeeld worden aan veranderingen die discretionaire ruimte aan banden leggen. Het beperken van de ruimte voor de rechter om in een concrete zaak te bepalen wat rechtens is, kan immers gemakkelijk doorwerken in verminderde ervaren rechtvaardigheid van de procedure.²⁹

Een mogelijke denkfout is in dit verband dat punitieve retoriek, die typisch gericht is op het grote publiek, vaak schermt met de belangen van slachtoffers of onrecht dat hen is aangedaan. De veronderstelde belangen van slachtoffers worden dan ingezet om een ander doel – harder straffen – mee te onderbouwen.³⁰ Zo wordt de indruk gewekt dat de belangen van het grote publiek synchroon lopen met die van direct betrokkenen – althans

28 Zie voor de empirische onderbouwing hiervan § 6.4.3 en zie Ansems, Van den Bos en Mak 2020.

29 Zie voor enkele voorbeelden § 2.6. Dit soort ingrepen, die vaak gepaard gaan met tenminste enige argwaan jegens professionals, beperken de mogelijkheden voor maatwerk en bergen het risico in zich van een meer automatische, minder luisterende strafrechtspleging. Hoe meer ruimte voor een rechter bestaat om zelf te beslissen, hoe meer informatie hij immers nodig heeft voordat hij zich voldoende voorgelicht kan achten. Wanneer een rechter minder eigen beslisruimte heeft, zal het in de regel voor de uitkomst minder relevant zijn om aandacht te hebben voor ieders kant van het verhaal.

30 Zie voor voorbeelden § 2.6.

met die betrokkenen waar het publiek sympathie voor kan opbrengen: het slachtoffer. Deze gedachte is echter misleidend, omdat aan dit soort retoriek meestal archetypische dader- en slachtofferbeelden ten grondslag liggen, die inspelen op vertekende beelden van slachtoffers en daders die onder het publiek bestaan.³¹ In werkelijkheid is er geen reden om aan te nemen dat slachtoffers punitiever zijn dan het grote publiek,³² terwijl er wel reden is om aan te nemen dat zij iets anders belangrijker vinden: procedurele rechtvaardigheid.³³ Andere mogelijke onbedoelde neveneffecten kunnen optreden wanneer op de publieke opinie gericht handelen primair op medewerkers binnen de strafrechtspleging zelf gericht is.

De derde stap in het beoordelingskader komt er dus op neer dat onderzocht moet worden wat mogelijke onbedoelde (neven)effecten zijn van het op de publieke opinie gerichte handelen, waarbij in het bijzonder aandacht moet zijn voor de verschillende 'deelpublieken'. Een risico dat hier lijkt te bestaan is dat van mascottedenken, het doen alsof één deelpubliek gediend wordt, terwijl het in wezen om een ander deelpubliek te doen is. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan situaties waarin het lippendienst bewijzen aan het slachtoffer in wezen bedoeld is om het grote publiek ter wille te zijn, of aan situaties waarin hoofdzakelijk met een intern doel de dialoog met het publiek wordt gezocht – zonder dat daarbij werkelijk interesse bestaat in wat het publiek te zeggen heeft.

7.6 STAP 4: DE BALANS TUSSEN HET BEVORDEREN VAN VERTROUWEN EN HET FACILITEREN VAN WANTROUWEN

De vierde stap van het beoordelingskader komt erop neer dat beoordeeld moet worden of een bepaalde op de publieke opinie gerichte handeling primair tot doel heeft wantrouwen te faciliteren, of juist in de eerste plaats om acceptatie te bevorderen. Het eerste verdient om hieronder te bespreken redenen in beginsel de voorkeur. Deze stap raakt zowel aan het waarden geladen karakter van legitimiteit (§ 6.4.1), omdat het ter verantwoording kunnen roepen van de overheid hier in het bijzonder in het geding is, als aan de in het vorige hoofdstuk besproken interactie tussen de procedurele en substantiële dimensie van legitimiteit (§ 6.4.4). Via een inzichtelijke procedure ontstaat immers de mogelijkheid van discussie over wat in substantiële zin rechtvaardig is.

31 Zie voor een bespreking van onderzoek ter zake § 4.6.2.

32 Hough en Roberts 1999, p. 20-21; Leclerc, Niang en Duval 2018, p. 481 en 486. Nederlands onderzoek ter zake ontbreekt.

33 Natuurlijk wordt ook wel eens met de belangen van het slachtoffer geschermd om niet in de eerste plaats verstrenging te bewerkstelligen, maar (uitbreiding van) slachtofferrechten. In die gevallen kan het mogelijk zijn dat de belangen van procespartijen (in het bijzonder het slachtoffer) en de wensen van het publiek wel synchroon lopen, zij zijn dan immers beide gericht op het vergroten van procedurele rechtvaardigheid.

In dit onderzoek is eerder geconstateerd dat in de literatuur vaak zorgen worden uitgesproken over een verondersteld afnemend maatschappelijk vertrouwen in de strafrechtspleging en dat dit vertrouwen bij tal van publiek bediscussieerde onderwerpen in stelling wordt gebracht.³⁴ In het vorige hoofdstuk is onderzocht op welke theoretische gronden die zorg steunt. Het 'vertrouwen in de strafrechtspleging' bleek hier een integraal onderdeel te zijn van het sociaalwetenschappelijk denken over legitimiteit.³⁵ Dit alles maakt dat de notie van vertrouwen van belang is bij het beoordelen van de wenselijkheid van op de publieke opinie gericht handelen.

In het derde hoofdstuk van dit onderzoek is de notie van vertrouwen geconceptualiseerd. Vertrouwen is hier, kort gezegd, gedefinieerd als 'het in onzekerheid accepteren van afhankelijkheid'.³⁶ Het is dus een handelingsstrategie om met onzekerheid om te gaan: iemand die een strafrechtelijke actor vertrouwt, weet niet zeker of die actor te vertrouwen is, maar besluit in die onzekerheid te berusten en de actor het voordeel van de twijfel te geven. Uit deze definitie is afgeleid dat er ook een andere manier is waarop mensen met hun onzekerheid kunnen omgaan, namelijk door juist te kiezen voor handelen dat is ingegeven door wantrouwen: door informatie in te winnen en kritisch toezicht uit te oefenen kan de omvang van de onzekerheid – en daarmee de hoeveelheid aan benodigd vertrouwen – worden verkleind.³⁷

Uit deze twee manieren waarop burgers kunnen omgaan met onzekerheid volgt weer een ideaaltypisch onderscheid in hoe de autoriteit zich tot die burgers kan verhouden: enerzijds kan de autoriteit proberen bij de burgers vertrouwen in te boezemen, bijvoorbeeld door inzet van symboliek en het bedrijven van imagopolitiek. Zodoende worden burgers bevorderd in hun sprongkracht om de bestaande onzekerheid voor lief te nemen (hier overheen te stappen). Anderzijds kunnen burgers worden gefaciliteerd in het uitoefenen van constructief wantrouwen. Wanneer een autoriteit transparantie betracht en verantwoording aflegt, spoort het burgers hiermee aan om zich te informeren en op die manier de eigen onzekerheid te verklei-

34 Zie de inleidende opmerkingen bij § 3.5.

35 Het is één van de constitutieve bestanddelen waaruit een 'geloof in legitimiteit' bestaat. Zie § 6.3.1. Opgemerkt kan worden dat een deel van de sociaalwetenschappelijke theorievorming (in het bijzonder Beetham en Coicaud) juist van het zichtbare vertrouwen abstraheert. Dit wil niet zeggen dat zij het vertrouwen niet als constitutief voor legitimiteit beschouwen: zij gaan er vanuit dat langdurige asynchroniteit tussen waarden en praktijk uiteindelijk het vertrouwen zal doen ontvallen.

36 Zie § 3.5.1: de volledige daar gegeven definitie luidt: (i) acceptatie van afhankelijkheid van een ander of autoriteit; (ii) bij ontstentenis van bewijs over de betrouwbaarheid van die ander of die autoriteit; (iii) terwijl die ander of die autoriteit wel nodig is om een resultaat te behalen dat anders niet mogelijk zou zijn.

37 Zie voor dit alles uitgebreider in § 3.5.2. Hier is vooropgesteld dat wantrouwen in de praktijk niet steeds 'constructief' hoeft te zijn. Het hoeft niet steeds te leiden tot handelingen die zijn gericht op het verkleinen van het onzekerheidsgat (het bezoeken van zittingen, informatie inwinnen, enz.), maar het kan ook leiden tot niet-constructief – want niet op kennisvergroting gericht – wantrouwen: (cynische) afkeuring.

nen.³⁸ Die laatste manier leidt er uiteindelijk toe dat in absolute zin aan *minder* vertrouwen behoefte bestaat.

Op basis van dit vertrouwensbegrip kan allereerst worden geconcludeerd dat vertrouwen altijd in enige mate nodig is: het publiek zal immers nooit met alles dat in de strafrechtspleging gebeurt kunnen meekijken en zal dus altijd enige onzekerheid moeten kunnen overbruggen. Het faciliteren van wantrouwen is echter net zo wezenlijk. Het uitoefenen van wantrouwen is verknoopt met traditionele Verlichtingswaarden, in het bijzonder met het ter verantwoording kunnen roepen van de overheid.³⁹ Het is nauw verbonden met begrippen als transparantie en *accountability*, noties die doorwerken in hoe er binnen de strafrechtswetenschap over legitimiteit wordt gedacht.⁴⁰ Een open, niet defensieve houding richting wantrouwen is dus bij uitstek een product van de moderne rechtscultuur: het kan beschouwd worden als iets dat aan het hart ligt van onze axiologische identiteit. Sterker nog, het geheel overziend kan worden geconcludeerd dat constructief wantrouwen de klassieke ontmoetingsplaats is waarop (het denken over) publieke opinie en legitimiteit elkaar vinden.⁴¹

Op grond van dit alles moet het uitgangspunt zijn dat het faciliteren van wantrouwen beter past bij de idealen van een democratische rechtstaat dan het bevorderen van vertrouwen.⁴² Dat moet dus ook gelden voor (nieuwe) op de publieke opinie gerichte initiatieven. Natuurlijk betekent dit niet dat de strafrechtspleging altijd moet streven naar optimale openbaarheid. In het beoordelingskader is immers ook ruimte voor andere gezichtspunten – in het bijzonder ook voor andere normatieve gezichtspunten – die hier tegenwicht aan bieden.⁴³ Dat laat onverlet dat, *ceteris paribus*, aan het faciliteren van wantrouwen de voorkeur moet worden gegeven. Dit is in het bijzonder van belang voor allerlei nieuwe vormen van publieksgerichte communicatie. Dit kan erop gericht zijn het publiek uit te nodigen zichzelf een oordeel te vormen door informatie tot zich te nemen, maar ook erop gericht zijn het publiek bepaalde interpretaties of opinies op te dringen. In het eerste geval is sprake van het faciliteren van wantrouwen, in het tweede van het bevorderen van sprongkracht. Het uitgangspunt zal steeds moeten zijn dat het eerste in beginsel moet worden verkozen boven het tweede.

38 Zie voor een uitgebreidere argumentatie § 3.5.2.

39 Zie de inleidende opmerkingen bij § 3.5.

40 Zie § 6.3.2.

41 Immers, het denken over publieke opinie in termen van een ‘kritische activiteit’ ligt aan de (Verlichtings)wortels van het denken over dit begrip. Zie daarover § 3.2.1.

42 Zie hiervoor ook een eerdere publicatie (Noyon 2018a), waarin aan de hand van twee ideaaltypen ‘de charismatische autocraat’ versus ‘de overheid als glazen huis’, wordt beargumenteerd waarom het faciliteren van wantrouwen beter past bij een moderne democratische rechtstaat.

43 Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan beginselen als de onschuldpresumptie of respect voor het privéleven, die bij een teveel aan openbaarheid in het geding kunnen komen. De eerste stap van het beoordelingskader is dat deze, althans de relevante in het geding zijnde waarden, in de overwegingen worden betrokken.

De slotsom van de vierde stap in het beoordelingskader is dus dat onderzocht moet worden in hoeverre bepaald op de publieke opinie gericht handelen beoogt wantrouwen te faciliteren en in welke mate het tot doel heeft vertrouwen te bevorderen. Het uitgangspunt is vervolgens dat het eerste de voorkeur verdient omdat dit beter aansluit bij de axiologische identiteit van onze (rechts)gemeenschap.

7.7 STAP 5: DYNAMISCHE EFFECTEN

De laatste stap in het beoordelingskader heeft betrekking op de dynamische elementen die een rol spelen binnen een gezagsrelatie en als oorzaak en als gevolg relevant kunnen zijn bij (het beoordelen van) op de publieke opinie gericht handelen. Deze stap houdt verband met het in het vorige hoofdstuk gerelativeerde onderscheid tussen de substantiële en procedurele benadering van legitimiteit (§ 6.4.4), maar raakt ook aan aspecten die bij andere onderscheidingen in het denken over legitimiteit op de voorgrond traden, waaronder in het bijzonder het onderscheid tussen object- en subjectbenaderingen (§ 6.4.3) en tussen empirische en normatieve benaderingen (§ 6.4.1).

In het vorige hoofdstuk is besproken dat er conceptualisering van legitimiteit bestaan waarbinnen plaats is voor dynamische, zich op termijn ontwikkelende effecten.⁴⁴ Daar bleek echter ook dat het moeilijk is om deze aspecten empirisch te operationaliseren of in abstracte bewoordingen te vatten: de literatuur is ook nog niet veel verder gekomen dan aan de hand van gevalsbeschrijvingen *post hoc* te illustreren waarom een dynamisch perspectief relevant is.⁴⁵ Toch is het duidelijk dat dit dynamische perspectief wel echt relevant is voor dit onderzoek. Ook ten aanzien van de Nederlandse strafrechtspleging zijn immers al de nodige slechte ervaringen opgedaan met op de publieke opinie gericht handelen (al dan niet onder druk van een verhit maatschappelijk debat), ten aanzien waarvan vervolgens, na een steeds verder escalerende dynamiek, geconcludeerd moest worden dat het middel erger was gebleken dan de kwaal.

Een relevant voorbeeld dat dit kan illustreren biedt de aan- en afloop van het taakstrafverbod. Dit verbod valt rechtstreeks te herleiden tot een documentaire (waarin overigens van een verkeerde voorstelling van zaken werd uitgegaan)⁴⁶. Mede door toedoen van een op meerdere gedachten hinkend wetgevingsproces is het taakstrafverbod uiteindelijk vormgegeven

44 Zie in § 6.3.1 voor de empirische benadering van Bottoms en Tankebe, zie in § 6.4.1 voor de normatieve benadering van Fossen.

45 Voorbeelden die ter illustratie in de literatuur worden aangehaald zijn de rassenrellen in Brixton in 1981 (zie Bottoms en Tankebe 2012, p. 160) en de strafrechtelijke aanpak van de RAF in West-Duitsland (zie Fossen 2013).

46 Zie Klijn e.a. 2008.

op een manier dat het gemakkelijk door rechters te omzeilen valt.⁴⁷ Toen dit inderdaad bleek te gebeuren, leidde dit weer tot nieuwe media-aandacht waarin de teneur was dat de rechtspraak zich aan de wil van het volk zou onttrekken.⁴⁸ Zo ontstond weer een nieuw 'schandaal': het op de publieke opinie gerichte handelen, waarmee juist was beoogd om onvrede over een vermeende misstand te apaiseren, beet zichzelf zo in de staart.⁴⁹

Gelet op het voorgaande en de inherent onvoorspelbare aard van dynamische factoren, dringt zich de vraag op hoe een toets gericht op longitudinale effecten voor het beoordelingskader geconcretiseerd kan worden. In het geval van het taakstrafverbod lijkt het toch wel redelijk om aan te nemen dat men zich bij het kiezen voor een dergelijk halfbakken oplossing bewust was, of althans had moeten zijn, van de kans dat met deze oplossing in wezen het zaadje werd geplant waaruit vroeg of laat een nieuw schandaal zou ontkiemen. Hier kan dan een eerste eis uit worden afgeleid, die inhoudt dat bij op de publieke opinie gericht handelen de vraag moet worden gesteld welke in redelijkheid te voorziene negatieve effecten zich in de toekomst kunnen voordoen.

Voor nadere handvatten kan de metafoor van een dialoog behulpzaam zijn. Zo mag in een dialoog tenminste als eis worden gesteld dat de deelnemende partijen elkaar serieus nemen en proberen elkaar te begrijpen. Van beide partijen mag dus verwacht worden dat zij zich inspannen om een dialoog te voeren tussen goede verstaanders. Het welbewust in stand laten van misverstanden past hier niet goed bij, zeker niet wanneer die misverstanden een voedingsbodem bieden voor voortdurende ingrepen in de strafrechtspleging en de kans op misverstanden door toegenomen complexiteit alleen maar verder toeneemt. Opnieuw lijkt dit wellicht vanzelfsprekend, maar in de praktijk niet steeds eenvoudig.

Hoe moeilijk het kan zijn om daadwerkelijk een dialoog tussen goede verstaanders te bevorderen, kan opnieuw geïllustreerd worden aan de hand van het verlangen van het publiek naar hard, punitief ingrijpen. Dit verlangen stoelt – onder meer – op overspannen verwachtingen van wat straf in generaal- en speciaalpreventieve zin vermag.⁵⁰ Om die reden mag van actoren in de strafrechtspleging gevergd worden dat zij dergelijke misverstanden proberen te ontzenuwen door aan het publiek uit te leggen dat deze verwachtingen niet reëel zijn. Dit impliceert dat de verleiding moet worden weerstaan om het publiek naar de mond te praten, bijvoorbeeld

47 Art. 22b Sr is zo geformuleerd dat de combinatiestraf van één dag gevangenisstraf en een taakstraf niet is uitgesloten.

48 Zie hierover eerder Noyon 2017a; zie voor de reactie van de minister op dit artikel *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, 374. De Hoge Raad heeft deze ongemakkelijk aanvoelende praktijk uiteindelijk gefiatteerd (HR 20 februari 2018, *NJ* 2018/219).

49 Zie ook hierover eerder in Noyon 2017a, alwaar wordt geconcludeerd dat het verbod beter kan worden geschrapt. Een andere mogelijkheid zou zijn om in de wet een uitzonderingsbepaling voor bijzondere situaties op te nemen – al kan dan de vraag worden gesteld of het verbod dan nog voldoende om het lijf heeft om te worden gehandhaafd.

50 Zie § 4.6.2.

door in publieke communicatie steeds de wens voor harde bestraffing prominent te positioneren en eventuele redenen voor mildere bestraffing in de schaduw. Het gevaar van dit laatste is immers dat het publiek steeds opnieuw bevestiging vindt in de opinie dat straf misdrijven voorkomen kan – terwijl dit bepaald niet zo duidelijk is.

Een tweede eis die uit de dialoogmetafoor kan worden afgeleid ligt in het verlengde van de voorgaande en houdt in dat op de publieke opinie gericht handelen in beginsel gericht dient te zijn op het voorkomen of beteugelen van emotionele escalatie. Hoewel een dialoog niet altijd rationeel hoeft te zijn, mag wel worden verwacht dat niet wordt meegewerkt aan (verdere) ontsparing van publieke sentimenten over misdaad en straf. Als wordt aangenomen dat de verhitte van het publiek discours in beginsel problematisch is en dat deze verhitte kan worden vergeleken met een geëmotionaliseerde dialoog, waarin de kans vergroot is dat iemand, door emoties bevangen, zichzelf verliest in te radicale uitspraken en beslissingen, mag van deelnemers aan deze dialoog, en dan in het bijzonder de actoren in de strafrechtspleging, worden verwacht dat zij niet bijdragen aan deze emotionalisering. Olie op de golven – en niet op het vuur – is dus het devies. Concreet betekent dit voor deze actoren dat het verinnerlijken van maatschappelijke boosheid aan grenzen moet zijn gebonden.

Al met al komt de laatste toets in het beoordelingskader op het volgende neer. Bij het beoordelen van het op de publieke opinie gerichte handelen moet worden onderzocht welke toekomstige ontwikkelingen in redelijkheid verwacht kunnen worden. Daarbij moet in het bijzonder aandacht zijn voor de mogelijkheid dat met dit handelen toekomstige problemen worden gezaaid: bijvoorbeeld doordat handelen dat nu de publieke opinie kalmeert, juist in de hand werkt dat in de toekomst nieuwe desillusies zullen ontstaan. Daarnaast mag de eis worden gesteld dat het handelen een dialoog tussen goede verstanders bevordert. Om die reden is hier een taak weggelegd voor actoren in de strafrechtspleging om de publieke opinie niet alleen ter wille te zijn, maar ook tegen te spreken op momenten dat ze uitgaat van een verkeerde voorstelling van zaken. Ten slotte dient de dialoog altijd gericht te zijn op het voorkomen dan wel beteugelen van emotionele escalatie.

7.8 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is een beoordelingskader gepresenteerd waarmee op de publieke opinie gericht handelen van actoren in de strafrechtspleging kan worden beoordeeld. Hiertoe is vooropgesteld dat deze beoordeling moet plaatsvinden tegen de achtergrond van de legitimiteit van de gezagsrelatie tussen publiek en actoren in de strafrechtspleging. Kenmerken van het beoordelingskader zijn verder dat het geschikt moet zijn voor alle actoren in de strafrechtspleging; dat het een balans moet vinden tussen empirische en normatieve gezichtspunten en oog moet hebben voor de dynamische aard

van (legitieme) gezasgrelaties. Daarnaast is het beoordelingskader, gelet op het feit dat niet ten aanzien van alle relevante vragen onderzoek beschikbaar is en *objectief* onderzoek bovendien niet altijd mogelijk is, hoofdzakelijk argumentatief en slechts deels empirisch van aard. Het beoordelingskader schrijft tot slot slechts een beslisschema voor, het bevat geen voorschriften over hoe de verschillende gezichtspunten uiteindelijk tegen elkaar moeten worden afgewogen. Hiervoor is uiteindelijk immers een niet-argumentatieve, subjectieve weging vereist.

Voor dit beoordelingskader moeten inhoudelijk vijf stappen worden doorlopen. Eerst dienen de in het geding zijnde waarden te worden onderzocht, waarbij het uitgangspunt is dat door middel van een klassiek juridische analyse de synchroniciteit met de axiologische identiteit van de rechtsgemeenschap in beeld moet komen. Vervolgens dient te worden bepaald wat de beoogde consequenties zijn en in hoeverre hiervoor empirische evidentie bestaat, daarna in hoeverre het waarschijnlijk is dat er (bij andere 'deelpublieken') onbedoelde (neven)effecten zullen optreden. De vierde stap schrijft voor dat onder ogen wordt gekomen in hoeverre het op de publieke opinie gerichte handelen primair is gericht op het bevorderen van vertrouwen en in hoeverre het juist beoogt het wantrouwen te faciliteren. Het tweede verdient hier in beginsel de voorkeur. De laatste stap vergt dat wordt onderzocht met welke mogelijke dynamische factoren rekening moet worden gehouden. Daarbij moet niet alleen gekeken worden naar in redelijkheid te verwachten toekomstige ontwikkelingen, maar moet ook, vanuit het perspectief van de 'dialoogmetafoor', worden gewaakt tegen het laten voortduren van onjuiste voorstellingen van zaken en (verdere) emotionele escalatie.