



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Empirisch-juridisch onderzoek en strafbaarstelling

Leun, J.P. van der; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Leun, J. P. van der. (2021). Empirisch-juridisch onderzoek en strafbaarstelling. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 363-374). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464103>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464103>

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

EMPIRISCH-JURIDISCH ONDERZOEK EN STRAFBAARSTELLING^{*}

Joanne van der Leun

1 INLEIDING: STRAFBAARSTELLING

De roep om inzet van het strafrecht is van alle tijden. In de coronacrisis is dit weer actueel. Dragen mensen geen mondkapjes of begeven ze zich met een positief testresultaat toch onder de mensen? Laten we dit strafbaar stellen! Intuïtief lijkt de inzet van het strafrecht voor de hand liggen, het klinkt lekker stevig. Helaas worden de hoge verwachtingen ook veelal weer tenietgedaan als blijkt dat van de daadwerkelijke inzet van het strafrecht niet altijd terecht komt wat ervan werd verwacht. Bovendien is het Nederlandse strafrecht gestoeld op de gedachte dat het strafrecht een laatste redmiddel of ultimum remedium moet zijn. De gevolgen voor de gestrafte kunnen immers zeer ingrijpend zijn, de kosten zijn hoog en het strafrechtelijk apparaat is zwaar belast. Nu de inzet van het strafrecht vaak gecombineerd wordt met andere aanpakken verschuift de ultimum remedium-gedachte volgens sommigen naar een optimum remedium-gedachte waarbij van belang is dat voor een reactie op ongewenst gedrag ‘de werkzame, werkbare en passende middelen beschikbaar zijn en dat van geval tot geval voor een bepaald middel of een mix van middelen wordt gekozen’.¹ Dat doet echter niets af aan het ingrijpende karakter van het strafrecht. Strafrecht klinkt dus wel stevig, maar dient ook selectief te worden toegepast. De emotie is dan niet altijd de beste raadgever. Op welke gronden wordt nu eigenlijk beslist om zaken inderdaad geheel of gedeeltelijk via het strafrecht aan te pakken in plaats van op andere manieren? Zijn daar op voorhand goede afwegingen in te maken?

Een terugkerend thema in het werk van Tineke Cleiren betreft de vraag naar ‘criteria voor strafbaarstelling’. In hoeverre kunnen we criteria bepalen die helpen afwegen of bepaalde zaken strafbaar dienen te worden gesteld? Vanuit de criminologie bezien is een interessant punt van discussie wat de rol zou kunnen of moeten zijn van informatie of data vanuit empirisch, sociaalwetenschappelijk georiënteerd onderzoek. In hoeverre kunnen

^{*} Deze bijdrage bouwt voort op en maakt gebruik van J.P. van der Leun, ‘Strafbaarstelling en evidence vanuit criminologisch perspectief’, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012, p. 25-38.

1 Brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 6 juli 2016 (*Kamerstukken II* 2015/16, 29279, nr. 334), p. 12.

empirische bevindingen die voortvloeien uit juridische vragen van waarde zijn voor strafbaarstelling? Met de opkomst van Empirical Legal Studies of empirisch-juridisch onderzoek, een ontwikkeling die binnen de Nederlandse rechtenfaculteiten waaronder die in Leiden wordt omarmd,² neemt het belang van deze vraag toe. Al vele jaren wordt binnen de rechtswetenschap gepleit voor meer empirische (sociaal)wetenschappelijke kennis en methoden in juridisch onderzoek en onderwijs, onder meer door Stolker.³ Het inzicht groeit dat het goed is als juridische analyses mede gebaseerd zijn op de beschikbare empirische gegevens. Daar hoort ook bij dat juridische vraagstukken dan medebepalend zijn voor empirisch onderzoek. In de rechtspraak, maar ook met het oog op een effectieve wet- en regelgeving is het van belang bijvoorbeeld de effecten van het uitgezette beleid in te schatten, te volgen en te toetsen. Dit type onderzoek vraagt om kennis en onderzoekvaardigheden waarover juridische onderzoekers over het algemeen niet beschikken. En onderzoekers die wel over die vaardigheden beschikken hebben veelal onvoldoende kennis van en gevoel voor de juridische aspecten of de juridisch relevante vragen.⁴

De vraag naar meer en gerichtere – juridische relevantere – empirie sluit in bredere zin ook aan bij de roep om evidence based criminaliteitsbeleid. Onder evidence wordt in dit geval in ieder geval verstaan: een toets op basis van betrouwbare wetenschappelijke onderbouwing over de te verwachten effectiviteit van beleid. Buisman verwoordt dit als volgt: ‘Effectiviteit kan worden bewezen met criminologisch en sociologisch onderzoek naar de aard, prevalentie, achtergrond en beïnvloedbaarheid van het gedrag en de daders.’⁵ Uit dit citaat klinken hoge verwachtingen ten aanzien van de bewijskracht van empirisch onderzoek in het justitiële veld die we wel vaker tegenkomen.

De Amerikaanse criminoloog Sutherland vond de strafbaarstelling van afwijkend gedrag ook een belangrijk criminologisch vraagstuk. Volgens hem was de criminologie de wetenschap die zich bezighoudt met het tot stand komen van regels en wetten waarin specifieke gedragingen strafbaar worden gesteld, de vraag wie overtredingen en misdrijven plegen en hoe en waarom zij dit doen en hoe daarop wordt gereageerd door de overheid en de bevolking. Hij was van mening dat criminologen het maken van definities van strafbaar gedrag niet alleen aan de wetgever, en daarmee aan het strafrecht, zouden moeten overlaten. In het verlengde daarvan benadrukken criminologen dat vakgenoten niet kri-

-
- 2 ‘Sectorplan Rechtsgeleerdheid’, in: *Samen Sterker. Beeld van het SSH-domein*, NWO 2018. Empirical Legal Studies is één van de vijf thema’s. Hierop is ingetekend door de rechtenfaculteiten in Groningen, Amsterdam (VU), Rotterdam, Utrecht en Leiden. Hiermee wordt voortgebouwd op eerdere initiatieven op dit gebied en natuurlijk ook op de veel langer bestaande tradities in bijvoorbeeld de rechtssociologie, rechtseconomie en rechtsantropologie.
 - 3 C.J.J.M. Stolker, *Rethinking the law school. Education, research, outreach and governance*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.
 - 4 Sectorplan Rechtsgeleerdheid 2018.
 - 5 S.S. Buisman, ‘Criteria voor strafbaarstelling. De integratie tussen theorie en wetgevingsbeleid’, *Boom Strafbblad* 2020(1), p. 70.

tiekloos achter de wettelijke definities van criminaliteit moeten aanlopen. Er zijn allerlei sociale normen die nog niet, niet meer of in het geheel niet in het strafrecht zijn vervat die maken dat bepaalde gedragingen criminologisch relevant kunnen zijn. Alleen het strafrecht als kompas nemen zou leiden tot een te smalle blik. Nu veel criminaliteit bovendien geheel of gedeeltelijk buiten het strafrecht om wordt aangepakt, lijkt deze oproep alleen maar relevanter te worden.

Klassieke criminologen hadden het niet of veel minder over de vraag of en in hoeverre deze wettelijke definities mede bepaald, getoetst of geëvalueerd zouden moeten of kunnen worden op basis van criminologische of andere empirische kennis over de achtergronden van strafbaar gedrag of over de effectiviteit van aanpak via het strafrecht.⁶

Momenteel is de roep om wetenschappelijke onderbouwing van criminaliteitsbeleid en de aanpak van crimineel en ongewenst gedrag sterk. Het afleggen van verantwoording wordt in de publieke sector van essentieel belang geacht, en dat geldt ook voor het justitiële apparaat dat zich geplaagd ziet door een vertrouwen dat minder vanzelfsprekend lijkt dan in het verleden.⁷ De coronacrisis heeft wederom de aandacht gevestigd op de broze verhouding tussen wetenschap, politiek en beleid. Hoge verwachtingen en een gebrek aan vertrouwen lijken hand in hand te gaan.

Er is een tijd geweest dat het fatalistische idee dat niets werkt (*nothing works*)⁸ in de criminologie invloedrijk was. Een tegenbeweging, geïnspireerd door de medische wereld is vervolgens bekend geworden als de *What works* benadering. Volgens Sherman zou empirisch onderzoek de basis kunnen en of moeten vormen voor de inzet van het strafrecht bij criminele gedragingen. Criminologen en andere empirische onderzoekers zouden de werking van het strafrecht als het ware kunnen ‘testen’ zoals de medische wetenschap een medicijn test. Dit klinkt niet onlogisch, maar toch gebeurt het in de praktijk slechts beperkt. We leven echter ook in een gemediatiseerde risicosamenleving⁹ met een enorme macht van de media, inclusief de steeds invloedrijkere sociale media. Het object van de criminaliteitsbestrijding wordt allang niet meer alleen bepaald door de strafwetgever, maar misschien direct en indirect nog wel meer door emoties, beeldvorming, framing en gevoelens van burgers.¹⁰ Emoties en een beroep op rationale onderbouwing op basis van empirie spelen dan ook allebei een rol.

6 N. Persak, *Criminalising harmful conduct. The harm principle, its limits and Continental Counterparts*, New York: Springer 2007.

7 P. Dekker & T. van der Meer, *Vertrouwen in de rechtspraak nader onderzocht*, Den Haag: SCP 2007.

8 R. Martinson, ‘What works? Questions and answers about prison reform’, *The Public Interest* 1974(35), p. 22-54.

9 U. Beck, *Risk Society. Towards a New Modernity*, London: Sage 1992.

10 R. van Swaaningen, ‘Justitie als verzekeringsmaatschappij. ‘Actuarial justice’ in Nederland’, *Justitiële Verkenningen* 1996(5), p. 80-87.

2 STRAFBAARSTELLING EN EMPIRISCHE ONDERBOUWING

Strafbaarstelling dient verschillende achterliggende (straf)doelen, zoals elders door Cleiren en anderen uiteengezet is.¹¹ Theoretisch wordt veelal onderscheid gemaakt tussen het strafrecht als uitkomst van maatschappelijke consensus of, vanuit het conflictperspectief, het strafrecht als beschermer van de belangen van de gevestigde klasse. Het denken over criteria voor strafbaarstelling gaat uit van het consensusmodel, met een rationele onderbouwing aan de hand van criteria. Aangezien de inzet van het strafrecht een ingrijpend middel is met sterke gevolgen voor zowel individu als samenleving, is een heldere onderbouwing en legitimering van evident belang.¹² De strafrechtelijke discussie over criteria voor strafbaarstelling is een complexe. Criteria zijn niet eenduidig vast te stellen en toe te passen.¹³ De kern is dat er schade moet zijn die breed erkend wordt en in enigerlei mate voorkomt, dat helder moet zijn dat de baten van strafrechtelijk ingrijpen opwegen tegen de kosten en dat de regels handhaafbaar zijn.¹⁴ Vanuit verschillende disciplines, waaronder de sociologie, de economie, de psychologie en de criminologie, zou in principe input geleverd kunnen worden voor de invulling van deze criteria en ook empirisch-juridisch onderzoek zou hier aan kunnen bijdragen.

Vragen over het schadeprincipe, het criterium van handhaafbaarheid en effectiviteit en dat van de frequentie van het gedrag kunnen op het eerste gezicht mede worden beantwoord als daarvoor empirisch onderzoek wordt benut. Naar effectiviteit wordt veel onderzoek gedaan, met als centrale vraag of de baten van bepaald overheidsbeleid opwegen tegen de kosten.¹⁵ Economen gaan hierbij veelal uit van het welvaartsprincipe. Als markten niet efficiënt werken treedt welvaartsverlies op, hetgeen het publieke belang schaadt.¹⁶

11 L.H.C. Hulsman, 'Criteria voor strafbaarstelling', in: E. André de la Porte, C.I. Dessaur & D. Chapman (red.), *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn: In den Toorn 1972, p. 80-92; J.M. van Bemmelen, 'Positieve criteria voor strafbaarstelling', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer. 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 1-14; M.S. Groenhuijsen, 'Criteria voor strafbaarstelling', *DD* 1993(1), p. 1-6; Cleiren e.a. 2012; J.H. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaïsch desideratum?', *AA* 2012(1), p. 11-18; S. Meijer e.a., *De zucht naar vrijheid. Een onderzoek naar de strafbaarstelling van het schenden van bijzondere voorwaarden en het elektronisch toezicht en van het ontvluchten uit detentie*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2019.

12 L. Zedner, 'Useful knowledge? Debating the role of criminology in Post-war Britain', in: L. Zedner & A. Ashworth (eds.), *The criminological foundations of penal policy*, Oxford: Oxford University Press 2003.

13 C.P.M. Cleiren, 'Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidige tijdsgewricht', in: Cleiren e.a. 2012, p. 7-24; R.H. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998; Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van Economische Delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987; Buisman 2020, p. 64-72.

14 L.H.C. Hulsman, *Handhaving van recht*, Deventer/Antwerpen: Kluwer 1965; Cleiren e.a. 2012.

15 B. Baarsma, C. Koopmans & J. Theeuwes, *Beleidseconomie. Een rationele onderbouwing van overheidsingrijpen*, Amsterdam: AUP/Pallas Publications 2011.

16 B. van Velthoven, 'Een onmogelijke opgave: Criteria voor strafbaarstelling vanuit economisch perspectief', in: Cleiren e.a. 2012, p. 49-64.

Criminologen redeneren veelal meer vanuit de vraag of bepaald beleid – inclusief de strafbaarstelling van bepaald gedrag – beantwoordt aan de concrete doelen die bij het opstellen van dat beleid zijn geformuleerd en in hoeverre neveneffecten optreden. Kosten blijven daarbij vaak buiten beeld, ook al is effectiviteit een belangrijke notie.

Beleidsconomen geven vanuit efficiencyoverwegingen aan dat elk overheidsbeleid vooraf grondig getoetst zou dienen te worden. Een maatschappelijke kosten-batenanalyse (MKBA) zou daarbij vooraf plaats moeten vinden.¹⁷ Maar voor het justitieveld staat dit ver af van de werkelijkheid. In de strafrechtspleging – waar veel meer dan in andere beleidsvelden de morele boodschap en het indekken tegen al dan niet objectief risico een grote rol speelt¹⁸ – is ‘bezint eer ge begint’ geen gemeengoed. Als criminologische kennis bij strafbaarstellings-afwegingen wordt ingezet is dat hooguit achteraf het geval.¹⁹ Formeel is er vooraf bij invoering van een nieuwe strafbaarstelling van een gedraging een handhaafbaarheidstoets, maar in de praktijk vindt deze slechts beperkt plaats. In veel gevallen wordt bij deze toets niet systematisch nagegaan wat empirisch onderzoek over aard, omvang, achtergronden en beïnvloedbaarheid van de gedragingen en de plegers daarvan naar voren heeft gebracht.

3 DE RELATIE TUSSEN BELEID EN EVIDENCE IN DE LITERATUUR

Zolang de criminologische discipline bestaat, wijzen criminologen op de onderbenutting van hun onderzoeksbevindingen in het justitiële veld. In debatten wordt verwezen naar politici met selectieve interesse en een wetgever die meer waarde hecht aan de symbolische rol van het strafrecht dan aan een beredeneerde keuze op basis van onderzoek dat iets zegt over de handhaafbaarheid, de effectiviteit of de meerwaarde boven alternatieven voor het strafrecht. Vanuit de justitiële hoek wordt de oorzaak van de kloof tussen empirische studies en beleid veeleer gezocht bij de niet altijd even heldere en eenduidige opbrengsten van veel onderzoek. Heel kort door de bocht: als de empirisch onderzoeker goed zou meten en de resultaten helder en toegankelijk zou presenteren, zou de wetgever informatie hebben om een serieuze toets vooraf te doen en mede op basis daarvan de effecten kunnen monitoren en achteraf een goede evaluatie kunnen uitvoeren. Maar hoe realistisch is dit ideaal?

In de literatuur zijn hierover ruwweg twee standpunten te vinden. Enerzijds zijn er hoge verwachtingen van beleid gebaseerd op wetenschappelijk effectief gebleken resultaten.²⁰ Maatregelen of beslissingen worden dan idealiter genomen op basis van wetenschappelijk

17 Baarsma, Koopmans & Theeuwes 2011.

18 A.P. Simester & A. von Hirsh, *Crimes, Harms and Social Wrongs. On the principles of Criminalisation*, Oxford: Hart Publishing 2011.

19 Van Velthoven 2012.

20 R. Pawson & N. Tilley, *Evidence-based Policy. A Realist Perspective*, London: Sage 2006.

onderzoek dat wijst op een mate van bewijs voor het bereiken van het beoogde doel.²¹ Vanuit deze visie mogen we van beleidsmakers op het terrein van de veiligheid verwachten dat hun beslissingen en ideeën passen bij wat op dat moment de stand van de kennis is in de sociale en criminologische wetenschap. Het kan dan gaan om bedoelde en onbedoelde effecten, maar ook om percepties van betrokkenen en verwachtingen ten aanzien van effectiviteit. Hoewel er verschillende scholen bestaan, bestaat evidence in deze visie onder andere uit kennis die is verworven uit monitoren, statistieken en beleidsonderzoek waar- onder evaluatieonderzoek of wetenschappelijk onderzoek, dat zowel kwalitatief als kwan- titatief van opzet is.²² Binnen het evidence based model zou het moeten gaan om onafhan- kelijk, zo objectief mogelijk, betrouwbaar en valide onderzoek. De empirische onderbouwing bestaat daarbij bij voorkeur uit kwantitatief (quasi-)experimenteel onderzoek, met als meest ideale methode onderzoek met een controlegroep, een randomised controlled trial (RCT).²³ In dit soort onderzoek wordt gebruik gemaakt van een experimentele en een controlegroep en worden deelnemers daarover verdeeld op basis van toeval. De metingen vinden vooraf (nulmeting) en na een interventie plaats zodat vastgesteld kan worden wat het effect is van een interventie.²⁴ Om de cumulatie van kennis te bevorderen worden sys- tematische reviews verricht die de effectmetingen van verschillende studies samenvatten.²⁵ Deze reviews maken de kennis tevens meer toegankelijk. Hoewel deze benadering in the- orie tot een sterke onderbouwing met een hoge bewijskracht kan komen zitten er evidente nadelen aan bij sociaalwetenschappelijke toepassingen. De benadering is vooral geschikt voor enkelvoudige interventies en kent een lage generaliseerbaarheid. Op het gebied van toetsing van Gedragsinterventies door een Erkenningcommissie is deze strenge aanpak jarenlang uitgeprobeerd, maar ook hier liep men aan tegen de grenzen van deze benadering.

Aan de andere zijde van het spectrum vinden we de meer sceptische benadering in de sociale wetenschap ten aanzien van evidence based beleid. De socioloog en jurist Schuyt vat deze kort samen door te stellen: 'het lineair doortrekken van wetenschappelijk kennen naar politiek is vrijwel onuitvoerbaar'.²⁶ Schuyt waarschuwt voor onrealistische verwach- tingen. De criminoloog Nelen sprak in zijn oratie scherpe woorden uit over (evaluatie)onder- zoek als basis voor veiligheidsbeleid. Naast inhoudelijke meetproblemen die het de crimi- nologische wetenschap soms lastig maakt door te dringen in beleidsbeslissingen moet

21 D. Burssens, 'Valkuilen van een evidence-based criminaliteitsbeleid', *Panopticon* 2008(2), p. 6-20; H. Tubex, 'Halen we met evidence based werken het paard van Troje binnen?', *Politiecahier* 2010(4), p. 71-86.

22 H.T.O. Davies, S.M. Nutley & P.C. Smith (red.), *What Works? Evidence-based Policy and Practice in Public Services*, Bristol: The Policy Press 2000.

23 H.T.O. Davies, S.M. Nutley & P.C. Smith, 'Criminal Justice: using evidence to reduce crime?', in: Davies, Nutley & Smith 2000, p. 93-116.

24 E. Devroe, 'Evidence based policing: ook voor politie?', *Cahiers Politiestudies* 2010(4), p. 17-52.

25 Devroe 2010.

26 K. Schuyt, 'Kameleontisch beleid, stekelige wetenschap', in: K. Schuyt, J.W. Duyvendak & Th. Roes, *Werken op de grens van wetenschap en beleid*, Den Haag: SCP 2006, p. 11-26.

volgens Nelen bij de vorming van evidence-based beleid niet alleen centraal staan of de maatregel effectief is, maar tevens om welke reden, voor wie en onder welke condities dit geldt. De context mag daarbij niet uit het oog worden verloren en dat is nu wat vaak wel dreigt te gebeuren.²⁷ Dit soort metingen van complexe vraagstukken vereenvoudigen tot een compleet gecontroleerde experimentele opzet komt de validiteit van een onderzoeksproject niet ten goede, zo laten ook anderen zien. Er is een groot aantal factoren, vaak ook buiten het blikveld van de onderzoeker, dat de effecten of uitkomsten van een bepaald beleidsprogramma kan beïnvloeden.²⁸ Daar komt bij dat uiteindelijk heel moeilijk te bepalen is of er succes bereikt is, omdat de doelstelling zoals het bereiken van veiligheid of het tegengaan van het plegen van criminaliteit, bijzonder lastig te meten is. Samenvattend is de kritiek op evidence based idealen van uiteenlopende aard. Een belangrijke conclusie is dat het evidence based ideaal – dat vooral gericht is op het experimenteel vaststellen van effecten van concrete interventies – niet op de hele werkelijkheid van toepassing moet worden geacht en veelal niet haalbaar is. Er is een grotere openheid nodig ten aanzien van verschillende typen empirisch onderzoek. We kunnen concluderen dat er wel degelijk een vrij ruime consensus is dat de bestaande kloof tussen empirisch onderzoek en justitieel beleid onwenselijk is en dat het belangrijk zou zijn die te dichten. Het is niet te ver gezocht om deze gevolgtrekking ook van toepassing te achten op het thema van evidence based strafbaarstelling.

4 DE WEERBARSTIGE PRAKTIJK

In de praktijk van beleid en wetgeving zien we niet veel voorbeelden van expliciet evidence based beleid. Sterker nog: soms wordt evidence helemaal niet gewenst en daar waar het wel gewenst wordt, is het beleidsproces er niet systematisch op ingericht. En al zou het er wel op ingericht zijn: meet- en interpretatieproblemen zijn, zoals we in het voorafgaande zagen, niet eenvoudig op te lossen. Eenvoudigweg ‘goed meten’ is in veel gevallen onhaalbaar, daarvoor is er te veel diversiteit in onderzoeksdesign en te veel discussie van methodologische aard. In toenemende mate wordt ook duidelijk, overigens wederom ook weer in de huidige coronacrisis, dat vaak de geïntegreerde inbreng vanuit verschillende wetenschapsgebieden nodig is om valide uitspraken te kunnen doen over complexe maatschappelijke vraagstukken.

Natuurlijk spelen bij afwegingen over strafbaarstelling naast onderzoeksresultaten ook politieke, strategische en electorale belangen een rol, naast machtsverhoudingen, economi-

27 H. Nelen, *Evidence maze; het doolhof van het evaluatieonderzoek* (oratie Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2008. Zie ook voor een alternatieve wijze van evalueren: R. Pawson, & N. Tilley, *Realistic Evaluation*, London: Sage Publications 1997.

28 Burssens 2008.

sche overwegingen, beleidstradities en reacties op incidenten. Dat kan ook niet anders in een democratische en (sociale) mediageoriënteerde samenleving. In heel veel gevallen levert empirisch onderzoek ook geen kennis op die eenvoudigweg direct kan worden omgezet in wetgeving of beleid. Resultaten spreken elkaar vaak ook tegen. Pogingen om dat te ondervangen met systematische reviews zorgen dan weer voor een verschraling van de uitkomsten ten gevolge van uiterst strikte criteria en een verlies van zicht op de context van onderzoeksresultaten. Kort samengevat: onderzoek dat een sterke reductie van complexiteit toepast is beter in staat causale verbanden te laten zien, maar verliest aan rijkdom en realiteitsgehalte. Nog even los van het feit dat een zuiver experimentele opzet in de praktijk van het criminologisch onderzoek in veel gevallen niet haalbaar en veelal ook niet wenselijk is.²⁹

De geobserveerde problemen en uitdagingen zien we ook bij criteria voor strafbaarstelling. Hoe ook wordt gemeten, de criteria voor strafbaarstelling zijn nooit rechtstreeks en eenduidig op basis van onderzoeksuitkomsten in te vullen. Laat staan dat de wetgever los van andere relevante invloeden – politiek, ethisch, economisch en pragmatisch³⁰ – hier strafbaarstellingen op kan funderen. Sterker nog, er wordt ook vaak helemaal niet serieus naar gestreefd. We kunnen zelfs nog een stap verder gaan: bij veel beleid en wetgeving zijn de doelstellingen rijkelijk vaag en impliciet geformuleerd. Dan is eigenlijk niet eens helder wat bereikt had moeten worden.

Het bovenstaande is wellicht niet zo vreemd als we weten dat het huidige belang van de criteria voor strafbaarstelling ook kan worden gerelativeerd. Cleiren zelf wijst op de rol van het politieke klimaat daarbij. De boodschap die een strafbaarstelling uitstraalt lijkt vaak belangrijker dan de vraag naar veronderstelde effectiviteit. Ook hebben strafrechts- en straftheorieën aan belang verloren en wordt, zoals gezegd, ongewenst en crimineel gedrag steeds vaker aangepakt via andere instrumenten dan het strafrecht. Denk aan de inzet van bestuursrecht, civiel recht, tuchtrecht en mediation, maar ook aan preventie. Tot slot hebben we het vaak ook niet meer over nationale afwegingen, gezien het toegenomen belang van Europeesrechtelijke invloeden die nopen tot strafbaarstelling van bepaalde gedragingen. Een voorbeeld hiervan is de strafbaarstelling van mensenhandel buiten de seksindustrie, een ander terugkerend thema bij Tineke Cleiren. Waar mensenhandel lange tijd louter in verband werd gebracht met gedwongen prostitutie, werden in 2005 als gevolg van internationale verdragen vormen van uitbuiting buiten de seksindustrie ook als een vorm van mensenhandel opgenomen in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht (in het huidige artikel 273f Sr). Bij het uitbreiden van de reikwijdte van het delict mensenhandel

29 C. de Poot, J.W. van Prooijen & J. de Keijser, 'Experimenten in de criminologie', *Tijdschrift voor Criminologie* 2017(1-2), p. 1-2.

30 C.P.M. Cleiren, 'Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidige tijdsgewricht', in: Cleiren e.a. 2012, p. 7-24.

in Nederland ontbrak op dat moment basale kennis over het fenomeen. Zowel onderzoekers als opsporingsdiensten hadden geen idee hoeveel slachtoffers van andere vormen van uitbuiting er zouden zijn, laat staan wat een werkzame en werkbare aanpak zou zijn.³¹

Dit alles neemt niet weg dat er behoefte is en blijft aan een rationele benadering van de vraag of ongewenst gedrag moet worden aangepakt en de vraag of het strafrecht daarvoor de aangewezen route is. Empirisch-juridisch onderzoek kan daar een rol in spelen, bijvoorbeeld bij de vraag naar schade van bepaalde gedragingen en bij de vraag naar de verwachte werking van een voorgestelde strafbaarstelling. Er zal echter altijd discussie mogelijk blijven over de resultaten. In elk onderzoeksdesign worden keuzes gemaakt die ook invloed hebben op de uitkomsten. Een stevig theoretisch vertrekpunt en een goed onderbouwde methode kan zorgen voor valide resultaten, maar verwachtingen moeten ook realistisch blijven. Dat is een kanttekening die ik ook graag zou maken bij al te hoge verwachtingen ten aanzien van empirical legal studies.

Mijn oproep zou dan ook zijn de verwachtingen wat realistischer te stellen. Als gestreefd zou worden naar evidence-informed law making en als dit streven zou worden vertaald in het systematisch en weldoordacht inrichten van processen die dat ondersteunen, zou dat in veruit de meeste gevallen een cruciale stap vooruit zijn.³² Dat geldt ook bij het proces van strafbaarstelling van gedrag. Op dit moment wordt bij de handhaafbaarheidstoets voorafgaand aan strafbaarstelling veelal niet of slechts ad hoc gekeken of er op grond van (sociaal) wetenschappelijk onderzoek veronderstellingen zijn te maken over de werking van de inzet van het strafrecht. Dat zou veel systematischer en explicieter kunnen en moeten gebeuren om cherry picking te voorkomen. Waar we zien dat in de literatuur torenhoge verwachtingen zijn van het gebruik van empirische onderbouwing zijn er weinig concrete voorstellen hoe dat zou moeten gebeuren.

Een systematische scan van beschikbare onderzoekresultaten vergelijkbaar met een systematische review die bij meta-studies wordt gebuikt, maar dan met een methodologische open houding en niet te strakke inclusiecriteria zou al een grote stap vooruit zijn. Deze scan, die mogelijk ook nog zou kunnen worden voorgelegd aan een panel van experts waaronder onderzoekers, zou een voorwaarde moeten zijn voor de wijzigingen in of invoering van strafbaarstellingen. Nog mooier zou het zijn als deze toets vooraf gepaard zou gaan met het formuleren van expliciete evidence informed verwachtingen ten aanzien van de werking van de strafbaarstelling. Idealiter zou dit nog worden aangevuld met meta-analyses van eerdere verwachte uitkomsten en wat daarvan terecht is gekomen. Nu zijn de doelstellingen vaak nogal impliciet en intuïtief geformuleerd, wat ook de evaluatie

31 C.P.M. Cleiren, J.P. van der Leun & M. van Meeteren, 'Beperkingen aan en dilemma's van de slachtoffergerichte aanpak van mensenhandel; een blik op arbeidsuitbuiting', *Proces* 2015(2), p. 82-97.

32 Pawson & Tilley 2006.

bemoeilijkt.³³ Deze niet al te ingewikkelde exercitie zou de kans vergroten dat ingezette middelen doelmatig worden besteed, de uiteindelijke rationale achter op evidentie gebaseerd beleid. Een drempel is wellicht dat niet erg overzichtelijk is welke empirische onderbouwing er überhaupt is. Daarbij zou een onderzoeksinstituut zoals het WODC een rol kunnen spelen, en ook zou gedacht kunnen worden aan een oproep aan onderzoekers die publicaties kunnen aanmelden en zich voor een expert panel kunnen melden.

Zou dit kunnen werken? In een kritisch betoog over wetgevingstoetsen in Nederland geeft Van Gestel aan dat de meerwaarde van de wetgevingstoetsen nooit systematisch is onderzocht.³⁴ Voor zover de doelen van wetgevingstoetsen duidelijk zijn, zoals ten aanzien van het terugdringen van overbodige regelgeving en het bevorderen van de keuze voor alternatieven voor wetgeving, lijken de bestaande toetsen weinig positieve resultaten te hebben opgeleverd. Van Gestel concludeert dat de bestaande wetgevingstoetsen onderling niet goed op elkaar aansluiten en dat ze meer gericht lijken te zijn op het zoeken naar draagvlak dan op het organiseren van kritiek en tegenspraak. Wie zoekt naar onderbouwing zal ook open moeten staan voor kritiek. Dat inzicht ontbreekt nog wel eens in oproepen voor empirische onderbouwing. Alleen instrumenteel en legitimerend zoeken naar ‘bewijs’ gaat voorbij aan de complexiteit van sociaalwetenschappelijk onderzoek en de essentie van een kritische houding, maar ook aan de erkenning van zaken die we niet weten of kunnen bewijzen die er onlosmakelijk bij hoort.

5 NAAR EEN STEVIGER MAAR OOK BREDERE EMPIRISCHE BASIS

Op grond van dit alles kunnen we somber concluderen dat er van een serieuze toets van strafbaarstelling vooraf met een goede benutting van empirisch onderzoek in het brede veld van justitie en veiligheid niet veel terechtkomt. We kunnen het ook positiever bekijken: er is aanzienlijk meer mogelijk dan nu het geval is. Als de huidige ontwikkeling richting meer empirisch-juridisch onderzoek doorzet komt er een stevigere empirische basis voor beslissingen over strafbaarstelling, maar ook over keuze voor het strafrecht dan wel andere soorten aanpak van ongewenst gedrag. Belangrijk hierbij is te streven naar empirisch onderzoek dat uitgaat van juridisch relevante vragen, dat oog heeft voor theorie en methoden die daarbij passen en dat ook een kritische blik niet uit de weg gaat. Dit sluit, zoals Blocq en Van der Woude benoemen, aan bij onderzoek binnen veel langer bestaande tradities van Law & Society en New Legal Realism – tradities die methodologisch

33 Pawson & Tilley 1997; L. van Noije & K. Wittebrood, *Sociale veiligheid ontsleuteld. Veronderstelde en werkelijke effecten van veiligheidsbeleid*, Den Haag: SCP 2008.

34 R.A.J. van Gestel, ‘Wetgeving en de toets der kritiek’, *RegelMaat* 2018(4), p. 177-193.

eclectisch en open-minded zijn en die ook vanuit een kritisch perspectief reflecteren op de aard van het recht en de werking van het recht.³⁵

Een tweede aandachtspunt betreft de digitalisering van de samenleving. De neiging lijkt te bestaan empirisch-juridisch onderzoek in te vullen met het houden van interviews en kwantitatieve surveys, observeren, en het doen van tekstuele analyses.³⁶ Zonder iets aan het belang daarvan af te willen doen is het in mijn ogen van groot belang dat criminologen en empirisch georiënteerde juridische onderzoekers zich meer gaan richten op data science. De rijke – en toegegeven tot op heden versnipperde – data die de strafrechtketen en het hele juridische veld inmiddels oplevert verdienen een veel betere onderzoeksbenutting. De data zijn er, de analysemethoden zijn er, maar deze komen nog slechts mondjesmaat bij elkaar in juridisch georiënteerd onderzoek terwijl zowel de rechtspraak als de wetenschap erbij te winnen heeft. Dat is alleszins begrijpelijk gezien de inhoud van de juridische opleidingen en de sterke scheiding die er nog altijd bestaat tussen de verschillende wetenschapsdomeinen, maar de tijd is wel rijp voor innovatie op dit gebied. Dat juristen niet snel geneigd zijn deze stap te nemen heeft deels te maken met de onbekendheid met Data Science, die te overkomen is door vanuit de eigen sterke discipline meer samen te werken buiten de grenzen van de eigen discipline, ook met bijvoorbeeld technische wetenschappers en wiskundigen.³⁷

Tot slot: empirisch-juridische onderzoeksresultaten – van kwalitatief tot kwalitatief met inbegrip van analyses van de beschikbare gedigitaliseerde data – kunnen van grote waarde zijn bij beslissingen over strafbaarstellingen en, misschien momenteel nog wel relevanter, over het al dan niet inzetten op strafrecht bij de aanpak van bepaald gedrag. Een naïef geloof in het leveren van (kwantitatief) bewijs vooraf past daar niet bij, dat leidt vooral tot teleurstellingen. Wat wel helpt, zoals Burssens en Tubex aangeven,³⁸ is een continue dynamische en kritische interactie tussen empirische wetenschappers, strafrechtjuristen, overheid en het publiek. Deze interactie is prachtig zichtbaar in de loopbaan van Tineke Cleiren en in haar inspanningen voor het Leidse Instituut voor Strafrecht & Criminologie, waarvoor ik graag hier mijn grote waardering en diepe dank uitspreek. Die interactie wordt de komende jaren ongetwijfeld versterkt door de aandacht voor Empirical Legal Studies in het Sectorplan Rechtsgeleerdheid en door de snel ontwikkelende interfacultaire initiatieven op het gebied van Data Science en Artificial Intelligence. Dit alles staat methodolo-

35 D.S. Blocq & M.A.H. van der Woude, 'Making Sense of the Law and Society Movement', *Erasmus Law Review* 2018(2), p. 134-141.

36 N.A. Elbers, 'Empirisch-juridisch onderzoek – toekomstmuziek of werkelijkheid?', *Justitiële Verkenningen* 2016(6), p. 43-59.

37 Voor enkele Leidse voorbeelden die de uitzondering zijn op deze regel, zie universiteit.leiden.nl/en/science/leiden-centre-of-data-science, geraadpleegd oktober 2020.

38 Burssens 2008; Tubex 2010.

gisch veraf van het werk van Tineke Cleiren, die vooral een theoretische benadering toepast op het recht. Maar deze voortgaande ontwikkelingen brengt haar inzicht dat criteria voor strafbaarstelling niet kunnen worden toegepast met een louter juridisch-systematische of normatieve invulling, maar ook andersoortig onderzoek behoeven alleen maar verder.