



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De ventiefunctie van de artikel 12 Sv-procedure: klachten tegen niet- vervolgving in maatschappelijk gevoelige kwesties

Koning, S.D.

Citation

Koning, S. D. (2025, June 6). *De ventiefunctie van de artikel 12 Sv-procedure: klachten tegen niet-vervolgving in maatschappelijk gevoelige kwesties*. Meijers-reeks. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4248421>

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/1887/4248421>

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

De ventiefunctie van de artikel 12 So-procedure

De ventiefunctie van de
artikel 12 Sv-procedure
Klachten tegen niet-vervolging in maatschappelijk
gevoelige kwesties

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op vrijdag 6 juni 2025
klokke 11.30 uur

door

Sophie Koning

geboren te Edam

in 1994

Promotores: prof. dr. M.M. Boone
prof. dr. B.R. Rijpkema
prof. dr. J.M. ten Voorde

Promotiecommissie: prof. dr. R.C. Hartendorp
prof. dr. J.W. Ouwerkerk
prof. dr. Y.E. Schuurmans
prof. dr. R. van Swaaningen (Erasmus Universiteit
Rotterdam)
prof. dr. R.B.J. Tinnevelt (Radboud Universiteit
Nijmegen)

Vormgeving binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2025 S.D. Koning

ISBN 978-94-6473-796-7

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/stichtingen/stichting-pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Dankwoord

Het is de meest gevreesde vraag voor elke promovendus: 'Is je proefschrift al af?' Familie en vrienden, ze bedoelen het allemaal goed, maar hebben waarschijnlijk ook wel gemerkt dat die vraag niet altijd even enthousiast wordt beantwoord. Nu is het moment eindelijk daar. Voor u ligt mijn proefschrift en hij is af. Dit is de plek om een aantal mensen te bedanken die daaraan hebben bijgedragen; inhoudelijk, maar ook anderszins. Want ook jullie waren er altijd wanneer de dingen weer eens niet liepen zoals je je dat op voorhand had bedacht.

Allereerst mijn promotoren: Miranda, Jeroen en Bastiaan. Ik had me geen betere begeleiders kunnen wensen. Dank voor al jullie inspanningen en het is een voorrecht nog steeds jullie collega te mogen zijn. Miranda, bedankt voor je betrokkenheid, de aanmoedigingen en de nogal eens directe (maar altijd constructieve) feedback. 'Ik weet niet of ik het overal mee eens ben, maar het is j uw proefschrift', zei je eens. Ik heb volgens mij nooit gezegd dat ik dat erg heb gewaardeerd. Jeroen, bedankt dat ik altijd kon binnenvallen, vaak voordat ik vroeg of je überhaupt tijd had, om vervolgens een veel te groot rechts- of politiek-filosofisch onderwerp aan te snijden. Jij nam er altijd uitgebreid de tijd voor en ik weet dat dat niet vanzelfsprekend is. Bastiaan, naast dat ik van jouw academische talenten heb mogen profiteren, heb je mij ook altijd betrokken bij de activiteiten van de encyclopedie-afdeling waar ik mijn tweede 'academische familie' heb gevonden.

Er komt een punt dat het proefschrift volgens het promotieteam 'af' is, waarna het maar de vraag is of de proeve van bekwaamheid ook daadwerkelijk is behaald. Veel dank aan de leden van de promotiecommissie die die gewichtige beoordeling op zich hebben genomen: Rogier Hartendorp, Jannemieke Ouwerkerk, Ymre Schuurmans, René van Swaeningen en Ronald Tinnevelt. Het is een eer zoveel bemoedigende woorden en waardevol commentaar te hebben ontvangen van zo'n interdisciplinair gezelschap.

Een interdisciplinair project, tezamen met drie promotoren van verschillende afdelingen, levert je naast meerdere kerstdiners ook heel wat leuke collega's op. Aan al die collega's: jullie hebben mijn promotietraject, dat tijdens de eenzaamheid van de coronapandemie aanving, een stuk leuker gemaakt. Helaas kan ik mij niet tot jullie allemaal persoonlijk richten, maar weet dat jullie de reden zijn dat ik tot op de dag van vandaag nauwelijks thuiswerk.

Dan een speciale vermelding voor Yoren. Terwijl ik met griep in bed lag, schiep jij orde in mijn chaotische notenapparaat. Daar ben ik je oneindig

dankbaar voor. Ook veel dank aan Anne-Marie Krens voor de vormgeving van mijn proefschrift en de controle op taal- en spelfouten. En natuurlijk dank aan alle respondenten: de burgers, advocaten en raadsheren die bereid waren met mijn onderzoek mee te werken en die mij zoveel waardevolle informatie hebben verschaft.

Geen promotieonderzoek zou tot stand zijn gekomen zonder de betrokkenheid vanuit vrienden en familie, maar misschien is de afleiding van het proefschrift nog wel veel belangrijker. Iris en Femke, echte banden smeed je op de fiets (en daarna pas daarbuiten). Misschien moeten we eens met heel Nederland de Elfstedentocht fietsen, want niets verbindt zo erg als een collectieve lijdensweg in windkracht 6 en een uur of 12 in de regen. Martin en Dunja, naast onze surfavonturen bevinden wij ons tegenwoordig ook regelmatig in de boulderhal. Laten we die ambities vooral voortzetten, maar niet van etens- tot sluitingstijd. Chandler en Nico, jullie gaven mij onderdak toen ik voor mijn master naar Leiden kwam. Hoewel we door Nico's zuinigheid (en laksheid) bijna drie maanden zonder energie zaten, ben ik blij dat we het nog steeds zo goed met elkaar kunnen vinden. Boekenvrienden van het Tragizellig genootschap, bedankt voor de welkome afleiding door het lezen van 'lichte' literatuur. Tijdens mijn promotietraject is mijn referentiekader wat dat betreft wel wat verschoven. Nogmaals mijn oprechte excuses voor het voordragen van Umberto Eco tijdens de zomervakantie. Nu weten we na al die pagina's nog steeds niet of Jezus nu wel of niet gelachen heeft.

Familie Van Mourik 2.0, ik had me geen fijnere schoonfamilie kunnen wensen. Bedankt voor jullie betrokkenheid, alle gezellige familiebijeenkomsten en degene die nog gaan komen. Dan uiteraard lieve pap en mam. Jullie ben ik natuurlijk veel meer verschuldigd dan ik hier kwijt kan, maar samenvattend heb ik het voorrecht dat jullie gelukkig zijn als ik dat ben. Datzelfde geldt voor oma, die in alle opzichten mijn voorbeeld is voor wanneer ik later 'groot ben'. Bedankt Jur en natuurlijk Lonneke, ook jullie mogen niet ontbreken in dit dynamische gezelschap.

Ten slotte, bedankt Toine. Niemand die mij zo goed begrijpt als jij, behalve dan waarom het nu zo nodig is om elke dag te beginnen met wat jij noemt 'een verse ochtendanalyse'. 'Is de democratie al gered?' vroeg je vaak als ik terugkwam van kantoor. Ik ben bang dat ik daar met dit proefschrift maar een zeer marginale bijdrage aan ga leveren, maar dat heeft zeker niet aan jou gelegen.

Inhoudsopgave

1	Inleiding	1
1.1	Een nieuwe maatschappelijke functie van de beklagprocedure	1
1.2	Vraagstelling en methodologische verantwoording	6
1.2.1	Centrale onderzoeksvraag: het feitelijke en normatieve conflict-oplossende vermogen van de beklagprocedure	6
1.2.2	Empirische vragen: een sociologisch perspectief op de beklag-procedure	9
1.2.3	Normatieve vragen: rechtsstatelijke en democratische legitimatie van de strafrechtspleging	12
1.3	Leeswijzer	15
2	DE VENTIELFUNCTIE VAN DE BEKLAGPROCEDURE: HET DEMOCRATISCH LEGITIMITEITSPOTENTIEEL VAN ARTIKEL 12 SV	19
2.1	Inleiding	19
2.2	De beklagprocedure als correctiemechanisme op het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie	21
2.3	De beklagprocedure in dienst van het private belang van klagers	25
2.4	De beklagprocedure als ventiefunctie voor maatschappelijk ongenoegen	27
2.5	Nieuwe democratische legitimatieproblemen	32
2.6	De plaats van de beklagprocedure in de democratische rechtsorde	36
2.7	Conclusie	39
3	DEMOCRATISCHE LEGITIMITEIT ALS DIALOOG	43
3.1	Inleiding	43
3.2	Strafrecht en legitimiteit: het belang van een dialogische benadering	46
3.3	Theoretisch kader en methode	53
3.3.1	Theoretisch kader: <i>competitive framing</i>	53
3.3.2	Methode	55
3.4	Resultaten: legitimiteit als dialoog empirisch getoetst	59
3.4.1	Het starten van een dialoog: de reactie van klagers op de legitimiteitsclaim van het Openbaar Ministerie	59
3.4.1.1	<i>Framing</i> technieken van het Openbaar Ministerie	59
3.4.1.2	<i>Framing</i> technieken door klagers	60
3.4.2	De (her)definiëring van conflicten: het probleem van meerdere publieken en meerdere machthebbers	62
3.5	Normatieve implicaties van legitimiteit als dialoog: de rechtszaal als democratisch forum?	66
3.6	Conclusie	73

4	DEMOCRATISCHE LEGITIMITEIT ALS DIALOOG GETEST: HET EERSTE WILDERSPROCES	75
4.1	Inleiding	75
4.2	De rechtszaal als forum voor maatschappelijk debat?	77
4.3	Theoretisch kader en methode	79
4.3.1	Theoretisch kader: competitive framing	79
4.3.2	Methode	81
4.4	Resultaten	82
4.4.1	Van maatschappelijk naar strafrechtelijk conflict	82
4.4.2	Gepolitiseerde rechtspraak	86
4.4.3	De pogingen van klagers tot erkenning van een legitiem strafrechtelijke conflict	88
4.4.4	Het juridische conflict: de juiste toepassing van de artikelen 137c en 137d Sr	91
4.5	Conclusie: een democratische strijd via het strafrecht?	93
5	DIALOOGPARTNERS AAN ZET 1: KLAGERS	97
5.1	Inleiding	97
5.2	Het dominante liberale perspectief op de strafrechtspleging	99
5.3	Methodologische verantwoording	102
5.4	Resultaten casestudies	104
5.4.1	De Martijn-zaak: 'We hadden in ieder geval weer aandacht voor de problematiek'	104
5.4.2	Het Wilders-proces: de rechtszaal als forum voor maatschappelijk debat	107
5.4.3	De Libor-zaak: artikel 12 Sv als 'tegenmacht tegenover de banken en de neoliberale ideologie'	110
5.4.4	De zaak-Henriquez: een ongewenste vermaatschappelijking van een strafrechtelijke kwestie	113
5.5	Discussie en conclusie	116
6	DIALOOGPARTNERS AAN ZET 2: RAADSHEREN	121
6.1	Inleiding	121
6.2	Methode	123
6.3	Onderliggende conflicten op micro- en op macroniveau: een conceptueel onderscheid	124
6.4	De rechterlijke taakopvatting in maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken	126
6.5	Visies op legitimiteit: hoe politiek is de rechter?	130
6.6	Conclusie	131
7	DEMOCRATIE, CONFLICT EN STRAFRECHT: HET DEMOCRATISCH LEGITIMITEITSPOTENTIEEL VAN ARTIKEL 12 SV GEWOGEN	137
7.1	Het algemeen belang is dood, leve het algemeen belang!	137
7.2	Beantwoording centrale onderzoeksvraag: plan van aanpak	143
7.3	Synthese hoofdstukken	146
7.3.1	Hoofdstuk 2. De ventiefunctie van de beklagprocedure. Het democratisch potentieel van artikel 12 Sv	146

7.3.2	Hoofdstuk 3. Democratische legitimiteit als dialoog	147
7.3.3	Hoofdstuk 4. Wilders 1: democratische legitimiteit als dialoog getest	149
7.3.4	Hoofdstuk 5. Dialoogpartners aan zet 1: klagers	151
7.3.5	Hoofdstuk 6. Dialoogpartners aan zet 2: raadsheren	152
7.4	Beantwoording empirische deelvraag	153
7.5	Normatieve perspectieven: een liberale én democratische strafrechtspiegeling?	154
7.5.1	De beklagprocedure vanuit klassiek constitutioneel/institutioneel perspectief: bevoegdheidsverdelingen in een democratische rechtsstaat	156
7.5.2	Rechtsstatelijk legitimiteit: een liberale handhaving van de rechtsorde	162
7.5.2.1	Het liberale rechtsbegrip in het strafrecht	162
7.5.2.2	Liberale perspectieven op de handhaving van de rechtsorde	166
7.5.2.3	Een liberale handhaving van de rechtsorde in maatschappelijk gevoelige beklagzaken	169
7.5.2.4	Het liberale rechtsbegrip als categoriefout	171
7.5.3	Democratische legitimiteit: een democratische handhaving van de rechtsorde	173
7.5.3.1	Van rechtsbegrip naar democratiebegrip in het strafrecht	173
7.5.3.2	Democratieopvattingen in de strafrechtswetenschap	174
7.5.3.2.1	Formele en materiële democratieopvatting: een constitutioneel perspectief	174
7.5.3.2.2	Democratie als democratisering: toekomen aan de individuele behoeften van concrete burgers	176
7.5.3.2.3	Recht als kritische discussie; legitimiteit als Habermasiaanse dialoog	178
7.5.3.3	Rosanvallons democratietheorie: democratische legitimiteit als dialoog in een post-totalitaire samenleving	183
7.5.3.3.1	Met Peters, voorbij Peters: participatie, deliberatie én responsiviteit in de moderne democratie	183
7.5.3.3.2	Rosanvallons democratietheorie: het belang van historiciteit, zichtbare conflicten en mediërende instituties	187
7.5.3.3.3	Democratische legitimiteit als dialoog in maatschappelijk gevoelige vervolgingsbeslissingen	191
7.6	Besluit: implicaties en vooruitblik	197
	SUMMARY	203
	LITERATUURLIJST	211
	JURISPRUDENTIELIJST	229
	CURRICULUM VITAE	231

1 | Inleiding

1.1 EEN NIEUWE MAATSCHAPPELIJKE FUNCTIE VAN DE BEKLAGPROCEDURE

Dat burgers en belangengroepen de bestuursrechter en de civiele rechter weten te vinden voor zaken waar maatschappelijke conflicten aan ten grondslag liggen, kan niemand ontgaan zijn. De reacties op dergelijke maatschappelijke gevoelige rechtszaken variëren grofweg van ‘goed dat de rechter zijn verantwoordelijkheid neemt’ tot zorgen over ‘uitspraken van de rechter die niets oplossen, het gezag van de rechter aantasten, en de verhouding met de andere staatsmachten nodeloos op scherp zetten’.¹ Waar het recht voor het eerste kamp een kritisch instrument is tegenover de feitelijke machtsrelaties, beschouwt het andere kamp het eerder als een niet-democratisch middel waarmee deelbelangen zich van het algemeen belang meester dreigen te maken. Die laatste opvatting verwoordde columnist Martin Sommer in het conservatief-liberale weekblad *EW*:

‘Oxfam Novib, Pax, Urgenda en Milieudefensie procederen namens het ‘algemeen belang’. Raar: daar hebben we de politiek toch voor?’²

De op 7 februari 2024 aangenomen motie die oproept tot nader onderzoek naar de verscherping van het representativiteitsvereiste voor strategisch procederen via een ‘algemeenbelangactie’ illustreert dat de kwestie ook de gemoeden in de Tweede Kamer bezighoudt.³ Datzelfde geldt voor de Raad voor de Rechtspraak: Henk Naves, voorzitter van de Raad, liet in zijn nieuwjaarslezing van 2023 weten dat de ‘verharding en polarisatie’ van de samenleving ook in de zittingszaal terug te zien is, maar dat deze ‘niet de plek is om maatschappelijk debat te beslechten’.⁴

Dat een soortgelijke strijd om het algemeen belang ook in het strafrechtelijk domein kan spelen, heeft echter nog minder aandacht gehad. Dat komt mogelijk omdat onze strafrechtspleging van oudsher professioneel is ingericht,

1 Van Gestel & Loth 2022, p. 30.

2 Sommer, ‘Denken in risico’s is een machtig wapen’, *ew.nl*, 25 februari 2024.

3 De motie, ondertekend door Stoffer, Van der Plas en Eerdmans, werd ingediend tijdens de behandeling van de Wet implementatie Europese klimaatwet, zie *Kamerstukken II 2022/23*, 36169, nr. 37.

4 ‘Nieuwjaarsrede Henk Naves’, *rechtspraak.nl*.

zodat strategisch procederen via het strafrecht niet zomaar mogelijk is.⁵ Het Openbaar Ministerie heeft niet alleen het vervolgingsmonopolie toebedeeld gekregen, maar ook de discretionaire bevoegdheid om zich bij de uitvoering van de algemene taak om de rechtsorde te handhaven te laten leiden door het opportuniteitsbeginsel: van vervolging kan worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend.⁶ De definitiemacht betreffende het algemeen belang van de vervolging ligt daarom primair bij het Openbaar Ministerie. Daarmee is de inrichting van ons vervolgingsstelsel in lijn met het beperkte democratische gehalte van ons strafrechtssysteem als geheel. Hoewel het Openbaar Ministerie onder verantwoordelijkheid staat van het Ministerie van Justitie en Veiligheid, die weer verantwoording aflegt aan het parlement, hebben Nederlandse burgers in tegenstelling tot burgers uit andere Europese landen immers maar een zeer beperkte invloed op de wijze van opsporing, vervolging en berechting.⁷

Toch bestaat er ook voor Nederlandse burgers een mogelijkheid om op meer directe wijze invloed uit te oefenen op welke belangen door de strafrechtpleging worden beschermd: de zogeheten beklagprocedure. Deze beklagprocedure, zoals die is neergelegd in artikel 12 van het Wetboek van Strafvordering, biedt iedere ‘rechtstreeks belanghebbende’ de mogelijkheid om bij een onafhankelijke raadkamer te klagen tegen een beslissing van het Openbaar Ministerie tot niet-vervolging, met het doel deze zaken (uiteindelijk) bij de strafrechter te brengen. Het belanghebbendenbegrip houdt het midden tussen de ‘benadeelde’ of ‘belangstellende’ en ‘een ieder’.⁸ In de praktijk betekent dat dat de artikel 12-raadsheren veelal beslissen over het verzoek tot vervolging vanuit slachtoffers die ‘hun’ zaak voor de rechter proberen te brengen.⁹ Wanneer aan het belanghebbendenvereiste is voldaan, komen de raadsheren toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht. Tijdens deze inhoudelijke behandeling mogen zij de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie vol toetsen: is de vervolging haalbaar en – in lijn met het opportuniteitsbeginsel – in het algemeen belang?¹⁰ Met deze volle toets vormt de beklagprocedure van oorsprong een belangrijk correctiemiddel op voornoemde machtspositie

5 Strategisch procederen kan worden geconceptualiseerd als het starten van een rechtszaak *als en met* een strategie om maatschappelijke verandering teweeg te brengen, zie Van der Pas 2021.

6 Art. 167 en 242 Sv.

7 Zo bestaan er in België, Duitsland, Frankrijk en Zwitserland mogelijkheden om zowel een sepot als een vrijspraak aan te vechten, zie Verrest & Mevis 2018; in Engeland zijn private vervolgingen mogelijk, zoals dat gebeurde bij het ‘post office scandal’, zie Child & Rogers 2024; over het beperkte democratisch gehalte van onze strafrechtpleging in het algemeen, zie Cleiren & De Roos 2002.

8 *Kamerstukken II* 1917/18, 77, nr. 1, p. 23-24 en 45; over de reikwijdte van het belanghebbendenbegrip, zie HR 7 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB4014, NJ 1973, 35.

9 Van Lent, Boone & Van den Bos 2016.

10 Art. 12i Sv; over de toetsingsomvang in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering, zie *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr 3, p. 842-843.

van het Openbaar Ministerie. Naast deze publieke (rechtsstatelijke) functie heeft de beklagprocedure de laatste jaren steeds meer een belangrijke maatschappelijke functie gekregen die in dienst staat van de private belangen van klagers: als gevolg van de door hen ervaren gebrekkige communicatie rondom het sepot worden zij via deze procedure 'gezien en gehoord'.¹¹ Het op de voorgrond treden van deze private functie heeft ook gevolgen gehad voor de oorspronkelijke publieke functie: die is steeds meer verbonden geraakt met de private belangen van klagers. De beklagprocedure wordt vandaag de dag dan ook vooral beschouwd als een forum voor uitleg en verantwoording van het handelen van het OM *tegenover* deze individuele klager en diens individuele belang bij vervolging.¹²

Klagers weten de beklagprocedure echter ook te vinden voor maatschappelijk gevoelige kwesties die hun individuele belang overstijgen, zodat de beklagprocedure een nieuwe maatschappelijke functie lijkt te krijgen die niet uitsluitend in termen van individuele belangen lijkt te kunnen worden begrepen. Voorbeelden die tot deze categorie 'maatschappelijk gevoelige' beklagzaken kunnen worden gerekend zijn de klacht tegen het niet-vervolgen van Geert Wilders voor groepsbelediging en het aanzetten tot haat en discriminatie¹³, het niet-vervolgen van de Rabobank en de betrokken bestuurders en medewerkers voor hun aandeel in het LIBOR-schandaal¹⁴ en het niet-vervolgen van de Nederlandse aardoliemaatschappij (NAM) wegens het beschadigen en vernielen van gebouwen, voor zover daarvan levensgevaar te duchten is, in de provincie Groningen door de aardgaswinning aldaar.¹⁵ Te denken valt ook aan de vervolging van voormalig ING-CEO Ralph Hamers, als gevolg van een door stichting SOBI geïnitieerde beklagprocedure.¹⁶ Ten slotte ligt het in de lijn der verwachting dat wanneer het strafrechtelijk onderzoek van het Openbaar Ministerie, dat volgde op de aangiften tegen de leidinggevenden van Tata Steel en Chemours, op niets uitloopt, ook hier een artikel 12 Sv-procedure op zal volgen.¹⁷ Hoewel dat onderzoek al twee jaar loopt, deed Greenpeace op 4 maart 2023 opnieuw aangifte tegen de leidinggevenden van deze vervuilende bedrijven. Daarmee zou de organisatie 'steun betuigen' aan alle omwonenden, die te kampen hebben met 'opzettelijke milieuvervuiling'.¹⁸

Bovenstaande maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging doen denken aan de bovenindividuele aanspraken in de algemeenbelangacties uit

11 Van Lent, Boone & Van den Bos 2016, p 12.

12 Van Lent, Boone & Van den Bos 2016, p. 55.

13 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma.

14 Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204.

15 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3248.

16 Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347.

17 De Waard, 'Van Tata tot Chemours. Geen multinational is te groot voor Benedicte Ficq, de vrouw die boeven gewend is', *de Volkskrant* 24 oktober 2023.

18 'Greenpeace steunt omwonenden tegen Tata Steel en Chemours', *bnnvara.nl*, 4 maart 2024.

het civiele recht en het bestuursrecht.¹⁹ Bovendien leveren ze soortgelijke legitimitieitsproblemen op rondom de trias politica en de effectiviteit van overheidsoptreden. Klagers zijn namelijk steeds maar een deel van een verdeelde samenleving waarin discussie bestaat over de wenselijkheid van de institutionalisering van de aan de procedure ten grondslag liggende maatschappelijke conflicten via het strafrecht. Dat dergelijke maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging een meer dan individuele betekenis hebben, viel ook voormalig hoofdofficier van justitie Marianne Bloos op. Naar aanleiding van de mediagenieke ‘tabakszaak’ in 2018 liet ze aan *de Volkskrant* weten: ‘Het is sowieso wel zo dat maatschappelijke discussies vanuit de samenleving veel meer vanuit een strafrechtelijk perspectief worden bekeken.’²⁰ Dat betekent echter niet dat ze daarmee ook instemt dat een strafvervolgning de geëigende uitweg voor die kwesties is: ‘Ik ben niet doof voor die geluiden uit de samenleving, maar mijn taak is het doen van een juridische toets.’

Inderdaad, niet elk maatschappelijk probleem kan via het strafrecht worden geadresseerd. Hoe maatschappelijk relevant ook, een succesvolle klacht dient nu eenmaal aan bovengenoemde drie juridische criteria te voldoen: 1) is er voldaan aan het belanghebbendenvereiste; 2) is de vervolging haalbaar; en 3) is de vervolging in het algemeen belang? Benedicte Ficq, advocaat van talloze bij de beklagprocedure aangesloten particulieren en belangen- en patiëntenorganisaties, twijfelde er echter niet aan dat dit maatschappelijk gevoelige conflict (ook) via het strafrecht zou kunnen worden beslecht. Ze stapte daarom ‘in gestrekte draf en in vol vertrouwen’ naar het gerechtshof voor een artikel 12-procedure:

‘Hier is een product ontwikkeld dat ontzettend verslavend is, terwijl je weet dat het mensen gaat doden. Ik vind dat zo crimineel. We hebben gewoon een keiharde strafzaak.’²¹

Na Ficqs betoog dat de tabaksindustrie sigaretten via het gebruik van ‘ventilatiegaatjes’ doelbewust op zo’n manier ontwerpt dat zij nóg verslavender en schadelijker zijn dan op de verpakking wordt vermeld, oordeelde echter ook het Haagse gerechtshof dat de maatschappelijke kwestie geen verdere uitweg in het strafrecht kan vinden.²² De tabaksindustrie houdt zich immers aan de bestaande regelgeving. En hoewel de door Ficq beschreven praktijken bij zowel de nationale overheid als de Europese Commissie al langer bekend zijn, hebben zij (nog) geen aanleiding gezien deze te wijzigen. De bal ligt daarom bij de

19 Het fenomeen strategisch procederen wordt daarom inmiddels ook in de strafrechtswetenschap verkend, zie Becker & Van Lent 2023.

20 Bouma, ‘Hoofdofficier Tabakszaak: ik doe een juridische toets geen maatschappelijke’, *Trouw* 22 februari 2018.

21 ‘Bénédicte Ficq geeft strijd niet op: ‘Onvoorstelbaar dat dit product nog op de markt is’, *EenVandaag*, eenvandaag.avrotros.nl, 31 juli 2018.

22 Hof Den Haag 6 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3334.

politiek, aldus het hof: 'klagers zijn kortom in deze procedure met hun klacht aan het verkeerde adres'.

Een soortgelijke boodschap gaf het Amsterdamse hof aan Teun van de Keuken en 2136 'verontruste chocoladeconsumenten'.²³ Van de Keuken deed op 22 maart 2004 aangifte tegen zichzelf na het bekijken van een aflevering van de Keuringsdienst van Waarde over de misstanden in de cacao-industrie. Omdat hij op grond van die aflevering redelijkerwijze kon vaststellen dat de cacao in zijn thuis opgegeten chocoladerepen geproduceerd zou zijn door kindsclaven, achtte hij zichzelf medeplichting aan slavernij. Na een sepot en een geïnitieerde beklagprocedure werd Van de Keuken door het Amsterdamse hof niet-ontvankelijk verklaard. Datzelfde gold voor de bij de beklagprocedure aangesloten verontruste chocoladeconsumenten. Niet alleen konden de klagers niet als rechtstreeks belanghebbende worden aangemerkt, ook was het strafrecht volgens het hof 'niet de juiste wijze om genoemde misstanden aan te pakken'. Daartoe zouden klagers 'meer geëigende mogelijkheden' ter beschikking staan, zoals 'bijvoorbeeld de politiek, de media en belangengroeperingen'.

Voorgenoemde zaken illustreren dat de art. 12 Sv-klacht en de daarop volgende procedure naast haar klassieke publieke en later meer op de voorgrond getreden private functie, ook een 'ventiefunctie' lijkt te krijgen voor maatschappelijk ongenoegen. In sommige gevallen leidt deze gang naar de rechter tot een strafrechtelijke vervolging, omdat de maatschappelijk gevoelige conflicten in te passen zijn in de normatieve kaders waarbinnen de beklagprocedure opereert. In andere gevallen krijgen klagers te horen dat zij het verkeerde podium hebben gekozen. Wat betreft de laatste categorie zaken bevat de beschikking soms de overweging van de raadsheren dat de door klagers geuite zorgen over de onderliggende maatschappelijke problematiek – zoals de schadelijke effecten van roken of de misstanden in de cacao-industrie – desondanks begrijpelijk zijn.²⁴ Volgens Ficq illustreerde een dergelijke overweging in de tabakszaak dat het hof inhoudelijk wél aan de zijde van de klagers stond: 'ze willen wel maar ze kunnen niet', liet ze de media weten. Met de uitspraak in de hand stelde ze daarom aan te kloppen bij 'Den Haag en Europa'.²⁵ Ook afgewezen klachten kunnen daarom in de ogen van klagers 'zin' hebben. Aan de andere kant kan een in *juridisch* opzicht succesvolle klacht,

23 Hof Amsterdam 5 april 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA2373.

24 'Voorop staat dat het afschuwelijke verhaal van klager 2 indruk heeft gemaakt op het hof en dat de pogingen van alle klagers (en meer in het bijzonder van Van de K.) om de praktijken waarvan klagers 2 – 5 slachtoffer zijn geworden aan de kaak te stellen zonder meer sympathie verdienen.', zie Hof Amsterdam 5 april 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA2373, r.o. 6; 'Het uiteindelijk na te streven doel van klagers, te weten het uitbannen van sigaretten en het creëren van een rookvrije generatie, zal – hoe maatschappelijk relevant dat streven ook is – niet via het strafrecht bereikt kunnen worden.' Zie Hof Den Haag 6 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3334, r.o. 7.

25 Schildkamp, 'Geen strafzaak tegen de tabaksindustrie om zware mishandeling', *Algemeen Dagblad* 6 december 2018.

en de daaropvolgende strafprocedure, naar het oordeel van leden van de samenleving in *maatschappelijk* opzicht dan weer weinig opleveren. Dat was een breed gedragen opvatting tijdens en na de eerste Wilders-zaak, die leidde tot een media-circus en een door diezelfde media gevoede ‘gezagscrisis’ van de rechterlijke macht.²⁶

Voor een goed begrip van de hierboven in grove lijnen geschetste ventiel-functie dienen de normatieve en maatschappelijke dimensie van de beklag-procedure dus van elkaar te worden onderscheiden. Deze wisselwerking tussen empirische en normatieve vragen die door maatschappelijke gevoelige beklag-zaken worden opgeroepen, staat in dit proefschrift centraal. Want hoe moeten we deze bijzondere categorie maatschappelijke aanspraken op de strafrechts-pleging begrijpen en waarderen in het licht van de normatieve uitgangspunten waarbinnen de strafrechtspleging opereert? En bieden die normatieve uitgangs-punten – zoals zij altijd zijn begrepen – eigenlijk nog wel een overtuigend antwoord op een maatschappelijke werkelijkheid waarin de samenleving sterk verdeeld is over allerlei maatschappelijke kwesties, maar ook steeds minder vertrouwen lijkt te hebben in de politiek om deze maatschappelijke proble-matiek het hoofd te bieden?²⁷ De ventiefunctie, die een ‘derde hoofdstuk’ vormt in de ontwikkeling van de beklagprocedure, roept daarom nieuwe empirische en normatieve vragen op waarover dit proefschrift helderheid beoogt te verschaffen.

1.2 VRAAGSTELLING EN METHODOLOGISCHE VERANTWOORDING

1.2.1 Centrale onderzoeksvraag: het feitelijke en normatieve conflictoplossen-de vermogen van de beklagprocedure

Omdat dit proefschrift zowel de maatschappelijke als de normatieve dimensie van de beklagprocedure beoogt te onderzoeken, wordt de beklagprocedure in de eerste plaats beschouwd als een conflictoplossende institutie: het maakt (hier: maatschappelijk gevoelige) conflicten mogelijk, en kanaliseert en institu-tionaliseert ze volgens de normatieve kaders waarbinnen de beklagprocedure opereert. Dit algemene *conflictoplossende* vermogen van de beklagprocedure kan echter op verschillende manieren vormkrijgen, afhankelijk van de gehanteerde *conflictdefinitie*. In ieder geval vindt tijdens deze procedure altijd conflictoplossing op het juridische niveau plaats aan de hand van het belangheb-bendencriterium, en de vraag naar de haalbaarheid en het algemeen belang

26 ‘Wie de rechtszaak in de media volgde, moet de indruk hebben gekregen dat in de zaak twee thema’s centraal stonden: de (on)partijdigheid van de rechter in een politiek proces en het bewijs van de waarheid over de Islam.’, zie Janssen & Nieuwenhuis 2012, p. 177.

27 ‘Meerderheid Nederlanders vindt dat politiek niet opkomt voor mensen zoals zij’, scp.nl, 3 september 2024.

van de vervolging. Dit onderzoek beoogt echter ook de maatschappelijke dimensie van de beklagprocedure te onderzoeken. Op dit maatschappelijke niveau van conflictoplossing kan nog een onderscheid worden gemaakt tussen de oplossing van conflicten op micro- en op macroniveau.²⁸

De eerste categorie ziet op zaken die de individuele belangen van klagers en beklagde niet overstijgen en waar de rechterlijke macht een bijdrage zou kunnen leveren aan de onderliggende problemen en conflicten van bij de rechtsgang betrokken individuen. Gedacht kan worden aan een kleine vernieling van een auto vanwege een burenruzie, voor welke ruzie klager en beklagde, wanneer zij daar beiden mee instemmen, in *mediation* kunnen gaan teneinde hun conflict 'echt' op te lossen. Deze logica van (maatschappelijke) conflict- en probleemoplossing vormt het uitgangspunt van het ideaal Maatschappelijk Effectieve Rechtspraak (MER): de rechterlijke macht zou niet alleen juridische knopen dienen door te hakken, maar dient ook te streven naar het leveren van een bijdrage aan de aan de procedure ten grondslag liggende problemen en conflicten.²⁹ De enkele bureaucratische toepassing van de wet zou volgens deze benadering – om met Jürgen Habermas te spreken – leiden tot een te vergaande botsing tussen 'systeem- en leefwereld'.³⁰ Het zou de legitimiteit van de Rechtspraak daarom ten goede komen wanneer in dergelijke zaken meer toegekomen wordt aan de feitelijke behoeften van rechtszoekenden en de samenleving.³¹

Hoewel de toelagenaffaire het belang illustreert van een dergelijke persoonlijke benadering van het recht dat de concrete burger soms dreigt te vermalen, moet niet worden vergeten dat burgers soms juist op de 'tegenfeitelijkheid' en onpersoonlijkheid van het recht rekenen om hun conflicten een uitweg te laten vinden. De rechtstaal maakt het namelijk ook mogelijk om op een ander, *normatief* niveau over de maatschappelijke werkelijkheid te spreken.³² Die tegenfeitelijkheid van het recht – het recht als *symbolische* ruimte – was voor Habermas dan ook de reden om de rationaliteit daarvan niet op één lijn te stellen met de systeemlogica van bijvoorbeeld de economische markt of bureaucratische organisaties.³³ Deze gedachte heeft via het standaardwerk *Instrumentaliteit en Rechtsbescherming* van Foqué en 't Hart ook in de strafrechts-

28 Deze twee niveaus van conflictoplossing staan centraal in het project Conflictoplossende Instituties waar dit onderzoek deel van uitmaakt, zie 'Conflictoplossende instituties (COI)', universiteitleiden.nl.

29 Over MER, zie o.a. Van Harinxma thoe Slooten e.a. 2019; Hartendorp 2020a; Coenraad e.a. 2022.

30 Habermas (1981) 1984.

31 'Goede rechtspraak is juridische knopen doorhakken en de problemen van de mensen in de samenleving waar mogelijk écht oplossen', zie 'Verhalen voor professionals: Maatschappelijk effectief', rechtspraak.nl.

32 Over deze symbolische dimensie van het recht, zie o.a. Foqué 1995; Hol 2003; Loth 2005.

33 Dat wil niet zeggen dat Habermas niet (ook) waarschuwde voor het recht als systeem, zie Habermas (1981) 1985, p. 174 en p. 178.

wetenschappen doorgang gevonden.³⁴ Het recht kan immers niet alleen afglijden tot een onderdeel van een aan de leefwereld vreemd systeem, en is daardoor mogelijk onderdrukkend; de openheid en tegenfeitelijkheid van het recht, die kritiek op de politiek-maatschappelijke werkelijkheid mogelijk maakt, kan voor burgers ook juist emancipatoir zijn.³⁵ Eenzelfde boodschap gaf Foqué mee in zijn oratie, getiteld *De ruimte van het recht*, waarin hij bepleitte dat rechtsbeginselen in onderling gesprek continu opnieuw moeten worden vormgegeven.³⁶ Dit gebruik van het recht als *ruimte*, en dus niet als *bepanking*, zien we duidelijk terug bij algemeenbelangacties zoals de Urgenda-zaak, welke zaken illustreren dat burgers van de openheid van het recht gebruik kunnen maken om via het recht conflicten mogelijk te maken die in hun ogen in andere instituties – met name in de politieke arena – onvoldoende uitweg vinden.

In algemene zin kan daarom worden gesteld dat de artikel 12 Sv-procedure in zowel juridisch als maatschappelijk opzicht een belangrijk conflictoplossend potentieel heeft, maar dat de gewenste wijze van *conflictoplossing* niet los gedacht kan worden van de gehanteerde *conflictdefinitie* in een individuele zaak. Het maakt voor de vraag naar conflictoplossing immers nogal uit of het conflict gedefinieerd wordt in termen van een individuele aanspraak op de strafrechtspleging of in termen van een maatschappelijke strijd waarin slechts een deel van een verdeelde samenleving betoogt dat de rechter deze moet beslechten. Hoewel het ideaal van MER in het geval van conflictoplossing op *microniveau* in de politiek-maatschappelijke discussie op breed enthousiasme mag rekenen, is er minder overeenstemming over de wijze van institutionalisering van conflicten die maatschappelijk gevoelig liggen (*conflictoplossing* op *macroniveau*). Welke bijdrage levert zo'n rechtsgang nu eigenlijk aan de oplossing van maatschappelijk gevoelige conflicten? Leidt een rechtszaak zoals die tegen Geert Wilders niet juist tot méér verdeeldheid in de samenleving? Hoe dienen we het conflict in de eerste Wilders-zaak überhaupt te definiëren? Ging het hier bijvoorbeeld om identiteitspolitiek, angst voor een aankomende verkiezingsuitslag waar de PVV als grootste partij uit de bus zou komen of het bestrijden van racisme?³⁷ En zouden dergelijke maatschappelijk gevoelige kwesties vanuit het oogpunt van democratische legitimiteit niet eigenlijk in de politieke arena moeten worden beslecht in plaats van door een ongekozen rechter? Dergelijke vragen naar het feitelijke en normatieve conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure bij conflicten op *macroniveau* staan in dit proefschrift centraal. Daarbij is het uitgangspunt dat deze bijzondere categorie maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging er nu eenmaal zijn, zodat nagedacht dient te worden hoe deze in al hun complexiteit kunnen worden

34 Foqué & 't Hart 1990.

35 Foqué & 't Hart 1990, p. 362 en noot 38 op p. 138-140.

36 Foqué 1992, p. 29-30.

37 Over deze strijd om conflictdefinities in de eerste Wilders-zaak, zie hoofdstuk 3 en 4 van dit onderzoek.

begrepen en, in normatieve zin, kunnen worden geïnstitutionaliseerd. De hoofdvraag van het onderzoek luidt daarom als volgt:

Welke bijdrage levert en zou de artikel 12-Sv-procedure – gezien vanuit de uitgangspunten van rechtsstatelijke en democratische legitimiteit – moeten leveren aan de oplossing van maatschappelijk gevoelige conflicten?

Het onderzoek richt zich daarom zowel op het *feitelijke* conflictoplossende vermogen van de artikel 12 Sv-procedure ('levert'), als op het *normatieve* conflictoplossende vermogen daarvan ('zou moeten leveren'). Deze empirische en normatieve component van de centrale onderzoeksvraag zullen hieronder achtereenvolgens worden toegelicht.

1.2.2 Empirische vragen: een sociologisch perspectief op de beklagprocedure

De empirische vraag welke bijdrage de artikel 12 Sv-procedure 'levert' aan de oplossing van maatschappelijk gevoelige conflicten zou op verschillende manieren beantwoord kunnen worden. De eerste mogelijkheid is een 'neutrale', instrumentele benadering, zoals die door de meer positivistisch ingestelde sociale wetenschapper zou worden gekozen. De beklagprocedure zou dan gezien worden als een al dan niet effectief middel tot het bereiken van een vooraf vastgesteld doel. Deze benadering zou in dit onderzoek betekenen dat per maatschappelijk gevoelige beklagzaak door de onderzoeker zal moeten worden vastgesteld welk maatschappelijk probleem en/of conflict aan de procedure ten grondslag ligt en in hoeverre de beklagprocedure leidt tot een oplossing daarvan. Een tweede mogelijkheid is een meer subjectieve benadering van conflictoplossing via de bekende sociaal-psychologische theorie van (ervaren) procedurele rechtvaardigheid. Deze theorie verklaart de aanvaarding van conflictoplossing door autoriteiten en instituties vanuit de mate waarin burgers ervaren dat deze autoriteiten en instituties henzelf en anderen eerlijk en rechtvaardig behandelen.³⁸ Een dergelijke instrumentele (objectieve) of psychologische (subjectieve) benadering van het feitelijke conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure zou echter tot empirische blinde vlekken in dit specifieke onderzoek leiden. Ze gaan namelijk voorbij aan de politiek-maatschappelijke interactieprocessen (de maatschappelijke strijd om de conflictdefinitie- en oplossing) in maatschappelijk gevoelige zaken, die voortkomen uit het gegeven dat klagers slechts een deel van een verdeelde democratische samenleving zijn. Om recht te doen aan deze politiek-maatschappelijke interactieprocessen, zonder welke de ventiefunctie van de beklagprocedure niet

38 Deze theorie, geïntroduceerd door de Amerikaanse psychologen Thibaut en Walker, werd in Nederland vooral bekend door Kees van den Bos, zie Thibaut & Walker 1975; Van den Bos 2023.

in al zijn complexiteit lijkt te kunnen worden begrepen, is voor het empirische gedeelte van dit onderzoek gekozen voor een meer sociologische benadering. Dat wil zeggen dat bij de bestudering van de ventiefunctie van de beklagprocedure niet van de politiek-maatschappelijke context zal worden geabstraheerd. Ten eerste om het fenomeen in al zijn complexiteit te kunnen begrijpen, en ten tweede omdat dat de normatieve theorievorming ten goede komt (zie hierover paragraaf 2.3).

In die zin volgt het empirische gedeelte van dit onderzoek de uitgangspunten van de zogeheten 'bestraffingssociologie', zoals die met name bekend is geworden door David Garland.³⁹ In reactie op de in de criminologie dominante instrumentele benadering van de strafrechtspleging – 'wat werkt?' – en een abstracte (rechts)filosofische benadering daarvan – 'wat is rechtvaardig?' – beschouwt deze criminologische discipline de strafrechtspleging als een maatschappelijk, en dus historisch gesitueerd fenomeen. Anders gezegd, niet alleen komt de betekenis van de strafrechtspleging telkens tot stand tegen de achtergrond van een specifieke maatschappelijke werkelijkheid; ook vormt het ons weer als samenleving, en zo verder. Vanuit deze sociologische uitgangspunten verklaarde Garland de ontwikkeling van het moderne *penal welfarism* – waar rehabilitatie centraal stond – naar de laatmoderne *culture of control* – waarin de strafrechtspleging juist in termen van risicobeheersing, veiligheid en slachtofferschap begrepen wordt.⁴⁰ Hoewel dit onderzoek niet beoogt dergelijke 'grote' sociologische analyses te geven, staan deze methodologische uitgangspunten wel open voor de mogelijkheid dat de bekende kaders waarbinnen de strafrechtspleging wordt begrepen misschien aanvulling behoeven. Op dit belang van een dergelijke 'multidimensionele sociologie van bestrafing' wordt overigens ook door Garland gewezen.⁴¹ Zo bekritiseert hij de algemene analyses van bijvoorbeeld Foucault en Durkheim: deze auteurs verwijt hij reductionisme, omdat ze maar een *deel* van de maatschappelijke functies van het strafrechtssysteem zien.⁴²

Het empirisch gedeelte van dit proefschrift richt zich dus op een (naar het lijkt) bijzondere maatschappelijke functie van het strafrechtssysteem die op inductieve wijze zal worden onderzocht omdat de bestaande (op individuele belangen gerichte) kaders waarbinnen de beklagprocedure wordt begrepen niet lijken te voldoen. Het proefschrift pretendeert daarom niet een alomvattend overzicht te geven van de maatschappelijke functies van dat systeem. Eerder bieden de in dit onderzoek gehanteerde sociologische uitgangspunten een kritisch perspectief op de maatschappelijke werkelijkheid, waarin de sociale categorieën waarmee we deze ordenen soms 'versteend' dreigen te raken. Dat

39 Over deze sociologische benadering van het strafrechtssysteem, zie Garland 1991.

40 Voor een uitgebreide uitwerking van deze sociologische analyses, zie Garland 1985; Garland 2001.

41 Garland 1991, p. 152-165.

42 Garland 1991, p. 152-165.

is niet alleen een empirisch probleem, maar heeft ook normatieve consequenties. Zo werd de vrouw ooit van het stemrecht uitgesloten, omdat ze gedefinieerd werd als 'half natuur, half cultuur'.⁴³ Toen we erachter kwamen dat we haar tot irrationeel wezen hadden *gemaakt* – waarbij we dus onze sociale categorieën in vraag stelden – ontstond ook ruimte om onze politieke categorieën te herdefiniëren. Vanaf dat moment mocht ook de vrouw zich, nu niet als irrationeel wezen maar als burger, uitlaten over de collectieve vormgeving van de samenleving.

Onze sociale categorieën zijn dus van invloed op onze politieke categorieën, wat in verband met dit onderzoek de vraag oproept of het wel altijd terecht is dat de strafrechtswetenschap en -praktijk zo huiverig is voor inbreng van 'het publiek met een punitieve inborst' of 'de repressieve samenleving' op de wijze van opsporing, vervolging en berechting.⁴⁴ Middels casestudies – waarover meer in paragraaf 3 – zullen deze empirische aannames kritisch tegen het licht worden gehouden. Een dergelijk (kritisch) sociologisch perspectief als startpunt voor zowel empirische als normatieve vragen is des te belangrijker, omdat we, om met Jan Willem Duyvendak te spreken, in 'onsociologische tijden' lijken te leven.⁴⁵ Dat ook het debat rondom conflictoplossing door de Rechtspraak leidt aan een gebrek aan 'sociologische verbeeldingskracht', wordt geïllustreerd door de dominante benaderingen van conflictoplossing in de rechtswetenschap en -praktijk.⁴⁶ Het discours richt zich niet op 'de samenleving'- en de politieke en maatschappelijke interactieprocessen die daarin plaatsvinden – maar op de individuele behoeften van burgers in relatie tot de staat: de bekende psychologische benadering van procedurele rechtvaardigheid richt zich op hun 'zien en gehoord worden' door autoriteiten en instituties, terwijl de meer pragmatische benadering van Maatschappelijk Effectieve Rechtspraak, althans zoals zij nu begrepen wordt, ziet op de conflict- en probleemoplossing van deze autoriteiten en instituties op microniveau.

Hoewel daarmee zeker niet gezegd wordt dat deze theorieën niet van waarde zijn gebleken bij de bestudering van verwachtingen van rechtszoekenden bij conflictoplossing op *microniveau*, zijn zij onvoldoende in staat de hier te onderzoeken ventiefunctie – met juist onderliggende conflicten op *macro-niveau* – in al zijn complexiteit te kunnen begrijpen. Daarom zal, zoals reeds gezegd, een meer inductieve wijze van onderzoek worden toegepast om het conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure in maatschappelijk gevoelige beklagzaken te bestuderen. De hiervoor besproken theorieën over conflictoplossing geven daaraan wel richting – en zijn daarom zogeheten *sensitizing concepts* – maar zullen er niet voor zorgen dat in het onderzoek geen

43 't Hart 1994, noot 41 op p. 221.

44 Crijns & Hirsch Ballin 2023, p. 53; Barkhuysen e.a. 2022.

45 Duyvendak 2015.

46 Over het belang van de 'sociologische verbeeldingskracht' in tijden van psychologisering, zie Mills 1959.

ruimte wordt gelaten voor andere maatschappelijke perspectieven op de strafrechtspleging die anders gemist zouden worden.⁴⁷ Paragraaf 3 introduceert de verschillende hoofdstukken en gaat in op de precieze invulling van dit empirische gedeelte van het onderzoek. Eerst zullen hieronder de algemene normatieve kaders worden geschetst, waarbinnen de vraag beantwoord zal worden welke bijdrage de beklagprocedure in het licht van de normatieve uitgangspunten van rechtsstatelijke en democratische legitimiteit 'zou moeten leveren' aan de oplossing van maatschappelijk gevoelige conflicten.

1.2.3 Normatieve vragen: rechtsstatelijke en democratische legitimatie van de strafrechtspleging

Een onderzoek naar de ventiefunctie van de beklagprocedure vanuit een meer *bottom-up* en sociologisch perspectief zou ertoe moeten leiden dat deze beter begrepen kan worden dan via de dominante psychologische en instrumentele perspectieven op conflictoplossing die de politiek-maatschappelijke interactieprocessen niet in hun analyse meenemen. Vanuit dit *bottom-up*-perspectief kan gekomen worden tot een beter begrip van de ventiefunctie en diens *feitelijke* conflictoplossende vermogen. Deze empirische analyse komt echter ook de *normatieve* theorievorming ten goede. De normatieve theorie waarbinnen de nu beter begrepen ventiefunctie geëvalueerd zal worden, is dan immers empirisch gefundeerd. In die zin schieten veel bestaande normatieve analyses over maatschappelijk gevoelige (beklag)zaken tekort, omdat vaak niet mé, maar alleen óver de bij deze zaken betrokken klagers is gesproken. Deze normatieve analyses zijn daarom mogelijk helemaal niet responsief ten aanzien van het fenomeen waarover ze iets proberen te zeggen. Zo stelde NRC-journalist Folkert Jensma naar aanleiding van het eerste Wilders-proces: 'Als de rechtbank oordeelt, zal zwaar meewegen dat het OM het algemeen belang behartigt. De klagers staan alleen voor hun eigen belang; zij willen hun eigen opvattingen en normen via het strafrecht laten zegevieren.'⁴⁸ Ook in de strafrechtelijke en criminologische literatuur zien we dergelijke analyses over slachtofferschap of identiteitspolitiek terug.⁴⁹ Maar zagen de klagers in de Wilders-zaak zichzelf eigenlijk wel als slachtoffer, of werden ze door andere leden van de samenleving tot slachtoffer *gemaakt*? Misschien zou een gesprek met deze klagers wel hebben kunnen uitwijzen dat zij in het algemeen belang probeerden te spreken. In het laatste geval berust de normatieve analyse van Jensma op verkeerde empirische vooronderstellingen en zijn ook de normatieve kaders uit wetenschappelijke analyses die zich richten op de 'slachtoffercultuur'

47 Over inductief onderzoek en *sensitizing concepts*, zie Bowen 2006.

48 Jensma, 'Allemaal in het beklagdenbankje', NRC 18 april 2011.

49 Zie o.a. Boutellier 2005a; Veraart 2013; Van Stokkom 2022.

weinig bruikbaar. Dat geldt ook voor normatieve verhandelingen over ‘politieke rechtspraak’ en de rechter als ‘probleemoplosser’ in zaken waar maatschappelijk gevoelige kwesties aan ten grondslag liggen: verwachten burgers dat eigenlijk wel van de rechter of worden (ook) als juridisch te kwalificeren problemen misschien tot louter politieke vraagstukken *gemaakt*?⁵⁰

We moeten de maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging in deze bijzondere categorie beklagzaken daarom eerst in al hun complexiteit begrijpen, voordat nagedacht kan worden over de normatieve vraag naar de institutionalisering van die aanspraken. Wanneer we de strafrechtspleging echter beschouwen als een maatschappelijk én normatief fenomeen, dan moeten de normatieve uitgangspunten daarvan óók tegen de achtergrond van die specifieke politiek-maatschappelijke werkelijkheid worden begrepen. Dat punt is al vaker gemaakt, maar lijkt in het hedendaagse debat vaak te worden vergeten, zodat de hoofdgedachte van eerdergenoemde oratie van Foqué hier nog maar eens wordt aangehaald: in ‘de ruimte van het recht’ moeten rechtsbeginselen in onderling gesprek continu opnieuw worden vormgegeven. Vaak zien we echter een a-historisch beroep op bijvoorbeeld Montesquieus ‘scheiding der machten’ of ‘spreekbuis van de wet’ om rechtszaken met onderliggende maatschappelijke conflicten te kunnen bekritisieren.⁵¹ Montesquieus *trias politica* zag echter zowel op een *machtenscheiding* als een *machtsevenwicht* en *lois* (in *De l’esprit des lois*) moet eerder als ‘recht’ worden begrepen dan als ‘wet’: een systeem van *verhoudingen* tussen burgers en overheid, en tussen burgers onderling.⁵² Bovendien moet de laatste opvatting van de *trias politica* tegen de achtergrond van een bepaalde maatschappelijke werkelijkheid worden gezien. Montesquieu was immers geen ‘leunstoelfilosoof’ maar een reiziger, en daarom dus eigenlijk een ‘empirisch onderzoeker’, die bij zijn theorievorming *bottom up* te werk ging en geen wetten voor de eeuwigheid heeft willen schrijven.⁵³

Ook wat betreft het normatieve gedeelte van dit onderzoek zal daarom niet vanuit een vooraf uitgedacht theoretisch kader gewerkt worden. De normatieve analyse laat zich immers informeren door het empirisch onderzoek naar de maatschappelijke betekenisgeving van de strafrechtspleging, die niet in steen gegoten is. Zo zou het nogal zinloos zijn op voorhand te bepalen dat het normatieve conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure aan de hand van het eeuwenoude debat over de rechtvaardiging van straffen zal worden besproken, wanneer uit het empirisch onderzoek zou blijken dat burgers in deze zaken helemaal niet uit zijn op straf, omdat de strafrechtsple-

50 Recentelijk werd een soortgelijke oproep gedaan om onderzoek te doen naar de verwachtingen van burgers van het probleemoplossend vermogen van de rechtspraak in het geval van conflicten op macroniveau, zie Ansems 2023, p. 10.

51 Zie o.a. Schutgens 2015, p. 2270.

52 Over de mythevorming rondom Montesquieu’s *trias politica*, zie Schönfeld 1979; Witteveen 1996.

53 Foqué e.a. 2009, p. 347.

ging in deze zaken een andere maatschappelijke functie krijgt.⁵⁴ Net zoals dat de empirische analyse via een historische benadering ruimte beoogt te laten voor nieuwe perspectieven, geldt dat dus ook voor de normatieve analyse. Wel kan hier ten aanzien van die normatieve analyse alvast gezegd worden dat deze zich richt op de algemene uitgangspunten van een rechtsstatelijke en democratische legitimatie van de strafrechtspleging – volgens de grondwet is ons staatsmodel immers nog steeds de democratische rechtsstaat – en dat deze begrippen zo zullen worden uitgewerkt dat de normatieve theorievorming empirisch gefundeerd zal zijn. Voor de rechtsstatelijke legitimatie van de strafrechtspleging is al veel aandacht geweest, met name tegen de achtergrond van het voor strafrechtwetenschappers bekende debat over instrumentaliteit en rechtsbescherming.⁵⁵ Op dit moment behoeft deze rechtsstatelijke legitimatie – die individuele rechtsbescherming beoogt te waarborgen – dan ook geen verdere toelichting. Het is in de huidige samenleving nog steeds relevant, maar dat betekent niet dat de strafrechtelijke actoren tegen de achtergrond van veranderende maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging geen behoefte hebben aan nieuwe (historisch geïnformeerde) grondslagentheorieën die haar beslissingen ten aanzien van die gevallen van normatieve legitimatie kunnen voorzien.

De normatieve component van dit onderzoek besteedt daarom veel aandacht aan de vraag naar de democratische legitimatie van onze strafrechtspleging, die nog niet in relatie tot de institutionalisering en beslechting van maatschappelijk gevoelige conflicten via de beklagprocedure is bestudeerd. Deze vraag naar democratische legitimatie van de strafrechtspleging in het geval van maatschappelijk gevoelige beklagzaken zal worden begrepen vanuit de democratietheorie van Pierre Rosanvallon en, daarmee, diens leermeester Claude Lefort.⁵⁶ Deze democratietheorieën beschouwen de democratie als een regime én een samenlevingsvorm waar maatschappelijke conflicten worden geïnstitutionaliseerd en beslecht. Naast het feit dat de institutionalisering van maatschappelijke conflicten in deze democratietheorieën centraal staat, en dat deze zich daarom goed lenen om het normatieve conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure in het geval van maatschappelijk gevoelige conflicten te onderzoeken, erkennen ze ook de historiciteit van de democratische samenleving: deze altijd verdeelde samenleving geeft zichzelf via ‘mediërende instituties’ (zoals de Rechtspraak of het parlement) steeds opnieuw vorm als politieke gemeenschap. Anders gezegd, tegen de achtergrond van maatschappelijke conflicten dienen leden van een *democratische* samenleving steeds opnieuw na te denken over de vraag van welke samenleving zij deel uitmaken en deel uit willen maken. Deze historisch geïnformeerde democratieopvatting vereist

54 Voor een overzicht van dit klassieke debat rondom absolute en relatieve strafrechtstheorieën, zie o.a. Ten Voorde 2008.

55 Foqué & 't Hart 1990.

56 Voor een overzicht van deze democratietheorieën, zie Lefort 2016; Rosanvallon 2019.

daarom zowel empirisch onderzoek naar de politiek-maatschappelijke interactieprocessen in een conflictueuze democratische samenleving als de normatieve vragen die rijzen bij haar institutionalisering. Het zal duidelijk worden dat deze historische benadering van de democratie het mogelijk maakt om, anders dan tot nu toe in de (straf)rechtswetenschap lijkt te worden gedaan, de democratie ook buiten het parlement te denken. Rosanvallons en Leforts democratietheorieën zullen daarom als inspiratie dienen voor een empirisch gefundeerd normatief antwoord op de democratische legitimiteitsproblemen, waarvan in de volgende hoofdstukken zal blijken dat maatschappelijk gevoelige beklagzaken die onvermijdelijk met zich mee kunnen brengen. Naast nieuwe *maatschappelijke* perspectieven op de strafrechtspleging, heeft dit onderzoek daarom eveneens tot doel om een nieuw *normatief* perspectief daarop naar voren te brengen. Dit normatieve perspectief erkent aan de ene kant dat het strafrecht een kritisch kader biedt tegenover de politiek-maatschappelijke werkelijkheid, zodat de feitelijke verwachtingen van de strafrechtspleging nooit volledig met de normatieve uitgangspunten daarvan zullen samenvallen. Aan de andere kant voorkomt het dat die normatieve uitgangspunten van de strafrechtspleging te veel van de maatschappelijke werkelijkheid losgezongen raken, zodat de relatie tussen de hedendaagse democratische samenleving en de strafrechtspleging op een kritische, maar constructieve manier kan worden gedacht.

1.3 LEESWIJZER

Het proefschrift vervolgt met zes hoofdstukken die, op hoofdstuk 4 en slot hoofdstuk 7 na, als artikelen zijn gepubliceerd. De hoofdstukken zullen daarom met name wat betreft de probleemstelling in de inleidingen enige herhaling bevatten. Er is gekozen dit in het uiteindelijke proefschrift zo te laten, zodat de hoofdstukken zowel afzonderlijk als in hun onderlinge samenhang gelezen kunnen worden. De specifieke methodologische verantwoording is te vinden in de afzonderlijke hoofdstukken; hieronder worden de verschillende hoofdstukken slechts geïntroduceerd teneinde de lezer in het proefschrift wegwijs te maken.

Het tweede theoretische hoofdstuk introduceert een conceptueel onderscheid tussen drie (historisch geïnformeerde) 'hoofdstukken' van de artikel 12 Sv-procedure: één waarin rechtsstatelijke waarborgen centraal staan; één waarin de private behoeften van het slachtoffer een plek hebben; en één waarin de verdeelde democratische samenleving op het strafrechtelijk toneel verschijnt. Deze drie conceptueel te onderscheiden hoofdstukken illustreren dat de maatschappelijke aanspraken die op de artikel 12-procedure worden gemaakt telkens een belangrijke les vormen om naar het karakter en de legitimiteit van de strafrechtspleging te kijken. De maatschappelijke aanspraken in het derde hoofdstuk van de beklagprocedure, welk hoofdstuk in dit proefschrift centraal staat, roepen namelijk nieuwe democratische legitimatieproblemen op die in

grove lijnen zullen worden geschetst. De conceptuele analyse vormt daarom het startpunt voor het onderzoek in de volgende hoofdstukken naar de wisselwerking tussen normatieve en empirische vragen betreffende de legitimiteit van de Rechtspraak in het geval van klachten tegen niet-vervolgving in maatschappelijk gevoelige zaken. Want, wat zijn precies die maatschappelijke aanspraken van zowel klagers als het grotere publiek in maatschappelijk gevoelige artikel 12 Sv-procedures? En hoe zijn die maatschappelijke aanspraken te verenigen met de normatieve vraag naar de plaats van het strafrecht in onze liberale democratie?

Nadat de empirische en normatieve focus van het onderzoek is bepaald, richt het derde hoofdstuk zich op het concept democratische legitimiteit, uitgedacht binnen de context van maatschappelijk gevoelige artikel 12 Sv-zaken. Aan de hand van een media-analyse wordt dit concept vanuit een meer *bottom up*-perspectief geconstrueerd, waarbij recente theoretische debatten rondom het thema legitimiteit richting geven. De media-analyse heeft betrekking op vier maatschappelijk gevoelige beklagzaken – de Wilders-zaak, de Libor-zaak, de Martijn-zaak en de zaak-Henriquez – en systematiseert de politiek-maatschappelijke interactieprocessen die in deze zaken alomtegenwoordig waren. Vanuit de media-analyse zal duidelijk worden dat de democratische legitimiteit van de Rechtspraak in maatschappelijk gevoelige (beklag)zaken niet kan worden bestudeerd zonder aandacht voor deze politiek-maatschappelijke interactieprocessen van *framing* en *counter framing*. In tegenstelling tot de twee gangbare empirische en normatieve opvattingen van legitimiteit wordt daarom betoogd dat een in de literatuur opgeworpen derde benadering – legitimiteit als dialoog – in de context van maatschappelijke gevoelige zaken het meest vruchtbaar is.

In het vierde hoofdstuk staat het veelbesproken eerste Wilders-proces centraal; de zaak die er volgens een groot aantal juristen, politici en artikelen in de media ‘nooit had moeten zijn’.⁵⁷ Aan de hand van een media-analyse van het gehele proces wordt het in het tweede hoofdstuk naar voren gebrachte legitimiteitsconcept als dialoog ‘getest’ en in perspectief geplaatst. Want wanneer er sprake is van een *verdeelde* democratische samenleving, met wie treedt de rechterlijke macht dan in dialoog? En met wie zou dat moeten gebeuren? Het eerste Wilders-proces – waarin de beklagprocedure aanvankelijk ‘succesvol’ leek te zijn – blijkt een interessante casestudie te zijn om het feitelijke en normatieve conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure in maatschappelijk gevoelige zaken te onderzoeken.

Het vijfde hoofdstuk richt zich opnieuw op de vier zaken die ook in de media-analyse uit hoofdstuk twee centraal stonden. In plaats van dat óver deze klagers en hun vermeende verwachtingen van het strafrecht wordt gesproken, zoals dat in de media vaak gebeurde, kwam dit hoofdstuk tot stand

57 Aldus De Roos in: Van Dongen, ‘Politici moeten vertrouwen in rechtsstaat niet ondermijnen’, *de Volkskrant* 23 oktober 2010.

na gesprekken mét de bij deze zaken betrokken klagers en hun advocaten. Aan de hand van diepte-interviews wordt geïllustreerd welke maatschappelijke betekenis zij in het licht van de in hoofdstuk twee in kaart gebrachte politiek-maatschappelijke interactieprocessen aan de strafrechtspleging gaven. De casestudies geven aanleiding de dominante liberale karakterisering van de strafrechtspleging kritisch tegen het licht te houden: tegen de achtergrond van maatschappelijke verdeeldheid en (gepercipieerde) politieke inactiviteit blijken burgers namelijk (ook) een democratische functie aan de strafrechtspleging toe te kennen die tot nu toe nog niet als zodanig lijkt te zijn geconceptualiseerd.

Het zesde hoofdstuk bespreekt het perspectief van artikel 12-raadsheren naar aanleiding van de focusgroepen die met deze raadsheren zijn gehouden. Wat zijn hun percepties ten aanzien van het conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure in maatschappelijk gevoelige zaken? Aan de hand van de gehouden interviews met de klagers en hun advocaten, werd de raadsheren een vijftal stellingen voorgelegd. De resultaten van de gesprekken met de raadsheren worden geordend langs vijf vragen: 1) herkennen zij de bijzondere categorie artikel 12 Sv-zaken; 2) zo ja, in hoeverre beïnvloedt die hun taakopvatting; en 3) wat zijn hun percepties ten aanzien van de legitimiteitsproblemen die deze zaken met zich mee zouden brengen?

Het zevende hoofdstuk, ten slotte, brengt alle voorgaande empirische en normatieve perspectieven samen en beantwoordt de hoofdvraag van het onderzoek. Op grond van het empirisch onderzoek worden drie factoren onderscheiden die van invloed zijn op het feitelijke conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure in maatschappelijk gevoelige zaken. Wat betreft de vraag naar het normatieve conflictoplossende vermogen, dat de maatschappelijke aanspraken beziet in het licht van rechtsstatelijke en democratische legitimiteit, moet in dit slothoofdstuk nog het een en ander worden uitgewerkt. Het strafrecht lijkt – door zowel de wetenschap als de praktijk – namelijk met name in liberale termen te worden begrepen. We lijken daarom het vocabulaire te missen om de in dit proefschrift onderzochte maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging in al zijn complexiteit te kunnen begrijpen en te evalueren aan de hand van de uitgangspunten van rechtsstatelijke én democratische legitimiteit. Om deze reden zal aan de hand van het empirisch onderzoek en de in de eerdere hoofdstukken aangehaalde democratietheorie van Rosanvallon een aanvullend democratisch vocabulaire naar voren worden gebracht. Dit vocabulaire erkent dat het democratisch leven zich ook buiten het parlement afspeelt, en is daarmee empirisch gefundeerd, maar houdt tegelijkertijd rekening met de (normatieve) democratische legitimiteitsproblemen die de institutionalisering van de in dit proefschrift onderzochte maatschappelijke aanspraken kunnen veroorzaken. Bovendien geeft het slothoofdstuk een vooruitblik, want het ‘chronische legitimiteitsprobleem van de macht’,

om met Peters te spreken, zal natuurlijk ook door dit proefschrift niet uit de wereld zijn geholpen.⁵⁸

58 Peters 1993e, p. 232.

2 | De ventiefunctie van de beklagprocedure Het democratisch legitimeitspotentieel van artikel 12 Sv¹

2.1 INLEIDING

In 2018 besloot het Openbaar Ministerie de tabaksindustrie niet te vervolgen voor moord, doodslag of zware mishandeling met de dood tot gevolg.² Natuurlijk, roken is ongezond en verslavend, maar een strafrechtelijk aanknopingspunt ontbrak: de bedrijven waartegen aangifte werd gedaan, bleven netjes binnen de wet en roken blijft toch in de eerste plaats een eigen verantwoordelijkheid. Het leidde tot verontwaardiging bij de aanklagers – waaronder rokers, patiëntenorganisaties en KWF Kankerbestrijding – die vooral niet begrepen dat roken als ‘vrije keuze’ werd gezien. Pogingen om te stoppen waren maar weinig succesvol geweest en patiënten konden niet geloven dat het Openbaar Ministerie de ziekten die door het roken waren veroorzaakt als ‘eigen schuld’ afdeed. Omdat de overheid te weinig tegen roken zou doen, werd een artikel 12 sv-procedure aangespannen om de zaak alsnog voor de strafrechter te brengen.³ Juristen gaven de zaak weinig kans en de beschikkingsrechter ging inderdaad mee in de argumentatie van het Openbaar Ministerie: een goede strijd, maar een verkeerd podium.⁴

De feitelijke verwachtingen die rechtszoekenden en de samenleving van het strafrecht hebben, staan vaak haaks op de normatieve grenzen die de rechter in acht dient te nemen. Toch hebben direct belanghebbenden altijd de mogelijkheid de belangenafweging van het Openbaar Ministerie via de artikel 12-procedure in vraag te stellen. De memorie van toelichting benadrukte dat deze procedure een belangrijke machtskritische functie heeft: het biedt de mogelijkheid controle uit te oefenen op het vervolgingsmonopolie van ons Openbaar Ministerie.⁵ De memorie van antwoord stipte daarnaast het belang van individuele rechtsbescherming aan: voor slachtoffers van strafbare feiten is de beklagprocedure een laatste redmiddel.⁶ De wetgever heeft aan de artikel 12-procedure daarom twee belangrijke functies toegedicht. Welke taak het recht te vervullen krijgt, zal echter altijd afhangen van de aanspraken op het recht

1 Dit hoofdstuk is reeds gepubliceerd als artikel, zie Koning 2022.

2 ‘Geen verder onderzoek naar tabaksproducenten’, om.nl, 22 februari 2018.

3 Kreulen, ‘Hoop is nu gevestigd op gerechtshof’, *Trouw* 23 februari 2018.

4 Hof Den Haag 6 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3334.

5 *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 55.

6 *Kamerstukken II 1917/18*, 77, nr. 1, p. 22.

die in de specifieke maatschappelijke en juridische context gedaan worden. In het geval van de tabakszaak leek behoefte te zijn aan een nieuwe machtskritische functie van de artikel 12-procedure: als ventiefunctie voor maatschappelijke onvrede die in de ogen van klagers onvoldoende uitweg vindt in de politiek. Hoewel aan klagers in de tabakszaak werd medegedeeld dat zij aan het verkeerde adres waren, illustreren de eerste Wilders-zaak en de toegekende klacht in de ING/Hamers-beschikking dat de strafrechter door de beschikkingsrechter gedwongen kan worden om een standpunt in te nemen in zaken waar een maatschappelijk conflict aan ten grondslag ligt.⁷

In dit artikel staat daarom de vraag centraal wat deze relatief nieuwe maatschappelijke aanspraak op de beklagprocedure betekent voor het karakter van het strafrecht en de legitimiteit van de strafrechtspleging. Hiertoe zal eerst de historische ontwikkeling van de artikel 12-procedure in drie hoofdstukken worden beschreven (par. 2.2-2.4). Aan de hand van deze drie hoofdstukken wordt een conceptueel kader ontwikkeld om de nieuwe maatschappelijke functie van de artikel 12-procedure te duiden. Waar de oorspronkelijke machtskritische functie ten gunste van het private belang van klagers leek te zijn verdwenen, lijkt deze nu, zij het in een andere vorm, toch weer voorzichtig op te duiken.⁸ De ontwikkeling die de artikel 12-procedure in drie hoofdstukken heeft doorgemaakt, maakt ons bewust van het historische en dus veranderlijke karakter van de door het Openbaar Ministerie te handhaven rechtsorde. Die taak om de rechtsorde te handhaven krijgt immers invulling via het opportuniteitsbeginsel: niet alleen de juridische haalbaarheid volstaat om de vervolging te rechtvaardigen, ook moet de vervolging in het algemeen belang zijn. Afhankelijk van de juridische en maatschappelijke context dient de beschikkingsrechter steeds opnieuw na te denken over de strafrechtelijk te beschermen (algemene) belangen die in de democratische rechtsorde op evenwichtige wijze moeten worden afgewogen. De artikel 12-procedure en de aanspraken die hierop worden gemaakt, vormen daarom telkens een belangrijke les om naar het karakter van het strafrecht te kijken. Hoewel dit karakter van het strafrecht historisch bepaald is, brengen de maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken wel nieuwe legitimiteitsproblemen aan het licht die een antwoord behoeven. Kan het strafrecht wel ruimte bieden voor de institutionalisering van maatschappelijke onvrede? Zijn andere fora dan de strafrechter, met name het parlement, hiervoor niet meer geschikt? Na de historische verhandeling over het democratiseringsproces dat de artikel 12-procedure heeft doorgemaakt, zullen deze normatieve vragen naar de rol van de artikel 12-procedure in de democratische rechtsorde centraal staan (par.

7 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma; Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347.

8 Verschillende auteurs hebben de toegenomen aandacht voor het private belang van klagers benadrukt, zie Knigge 1980, p. 191; Cleiren 2008, p. 540-541; Van der Leij 2008, in: *Het Wetboek van Strafvordering*, artt. 12-13a Sv, aant. 3 (online, bijgewerkt 31 januari 2013).

2.5-2.6). De lijnen zullen worden samengenomen in een conclusie waarin ook aandacht besteed wordt aan mogelijkheden voor verder onderzoek (par. 2.7)

2.2 DE BEKLAGPROCEDURE ALS CORRECTIEMECHANISME OP HET VERVOLGINGS-MONOPOLIE VAN HET OPENBAAR MINISTERIE

De beklagprocedure vindt zijn oorsprong in de Franse *Code d'Instruction Criminelle*, die vanwege de inlijving bij het Frankrijk van Napoleon vanaf 1811 ook in Nederland geldig was.⁹ Artikel 1 van de Code benadrukte dat strafvervolgving een taak van de overheid was. Voor de daadwerkelijke vervolging was telkens toestemming van de rechter nodig die via het criterium van het algemeen belang de vervolgingsbeslissing toetste, waarmee vooral werd bedoeld dat lichtvaardige vervolgingen moesten worden voorkomen.¹⁰ Via de figuur van de *action directe* kon de benadeelde zich wel als civiele partij voegen. In het Wetboek van Strafvordering van 1838 werd deze civiele actie afgeschaft en de zogenoemde rechtsingangprocedure verwerkt in de wetgeving. Die procedure hield in dat de rechter-commissaris pas tot een instructie kon overgaan als de raadkamer van de rechtbank op vordering van de officier van justitie rechtsingang verleende. Ook hier diende het criterium van het algemeen belang de bescherming van de burger tegen machtsmisbruik door de overheid; in dit geval tegen een verkeerd gebruik van het opportuniteitsbeginsel. In het Wetboek van Strafvordering van 1926 kwam de verantwoordelijkheid voor de vervolging volledig in handen van het Openbaar Ministerie te liggen die via het opportuniteitsbeginsel de bevoegdheid kreeg om al dan niet voor een bepaalde rechtsgang of afdoening te kiezen op gronden aan het algemeen belang ontleend.¹¹ Volgens de memorie van toelichting was een vermeerdering van het aantal strafvervolgingen namelijk 'ongetwijfeld weinig gewenst'.¹² Het opportuniteitsbeginsel gaf daarom uitdrukking aan de *ultimum remedium*-gedachte die van oorsprong in het strafrecht geldt: waar het om de toevoeging van leed gaat, is een beheerste en evenwichtige toepassing van het strafrecht aangewezen.¹³

Deze discretionaire bevoegdheid gaf het Openbaar Ministerie een grote machtspositie die het Nederlandse vervolgingsstelsel vanuit rechtsvergelijkend oogpunt uniek maakte.¹⁴ Het opportuniteitsbeginsel verhoudt zich name-

9 Corstens 1974, p. 7-8.

10 Cleiren 2008, p. 536; De Lange 2009, p. 480.

11 De Doelder & De Meijer 2006, p. 273.

12 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

13 Volgens Spek is het opportuniteitsbeginsel het sluitstuk van het strafrecht als *ultimum remedium*, zie Spek 2010, p. 226.

14 Gedoeld wordt op bijvoorbeeld de private vervolging in Engeland, de civiele actie in Frankrijk en het Duitse legaliteitsbeginsel dat belangrijke beperkingen aan de machtspositie van de overheid stelt, zie Corstens 1974, p. 1; Brouwer 2010, p. 207; Van Oven 2010.

lijk slecht met het orthodoxe beeld van de klassieke rechtsstaat waar het legaliteitsbeginsel de rechtszekerheid waarborgt. Tijdens de parlementaire behandelingen riep de codificatie van het beginsel in het Wetboek van Strafrecht van 1926 echter weinig weerstand op. Uit de memorie van toelichting blijkt dat reeds eerder 'de gewoonte recht geschapen had', waardoor 'aan de sinds lang geldende praktijk mocht worden aangesloten'.¹⁵ In tegenstelling tot het Duitse legaliteitsbeginsel, waarbij de automatische en veelvuldige toepassing van de strafwet op steeds meer onvrede stuitte, had ons opportuniteitsbeginsel toch vooral 'tot zegenrijke gevolgen' geleid. Lichtvaardige vervolgelingen waren voorkomen en de gevaren inherent aan het opportuniteitsbeginsel – willekeur en machtsmisbruik – hadden hoogstens enkele malen plaatsgevonden.¹⁶ Het opportuniteitsbeginsel was er in eerste instantie dan ook vooral ter bescherming van de individuele burger. Het zou de 'scherpe kantjes' van het legaliteitsbeginsel afhalen, zodat voorkomen werd dat individuele gevallen waarvoor de wet niet bedoeld was, vervolgd zouden worden.¹⁷

Het hele systeem van discretionaire beslissingsmacht was daarom gebaseerd op de veronderstelling van het vertrouwen in de wijsheid en juridische behoortelijkheid van het Openbaar Ministerie.¹⁸ Ondanks dat vertrouwen erkende de wetgever wel de waarde van de beklagprocedure. Het vormde toch een belangrijk correctief tegen de nadelen van misbruik en willekeur die uit het opportuniteitsbeginsel en het vervolgingsmonopolie zouden kunnen voortvloeien.¹⁹ Uit de memorie van toelichting blijkt dat de rechter in de artikel 12-procedure misschien wel een ongebruikelijke taak krijgt, omdat hij als onpartijdig orgaan dient te oordelen over 'quaesties van beleid en opportuniteit', maar dat voorkomen moet worden dat het Openbaar Ministerie verdacht wordt «van te handelen op een wenk van hooger hand».²⁰ De machtskritische functie van de beklagprocedure was daarom vooral negatief: het was een begrenzing aan het optreden van het openbaar ministerie die zich niet door willekeurige of particuliere belangen mocht laten leiden.²¹ De rechter was dan misschien niet meer zelf verantwoordelijk voor de vervolging, wel zou zijn veronderstelde «onpartijdigheid» en «onafhankelijkheid» een extra waarborg tegen mogelijke hogere politieke inmenging bieden.²² Belanghebbenden werden via de beklagprocedure in staat gesteld de vervolgingsbeslissing bij het gerechtshof ten volle te laten toetsen, wat betekent dat zowel de haalbaarheid van de zaak als de opportuniteit van de vervolging door de rechter in overweging moest worden

15 *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 54.

16 *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 54.

17 Brouwer 2010, p. 209.

18 Kempe 1975.

19 *Kamerstukken II 1917/18*, 77, nr. 1, p. 44.

20 *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 66.

21 *Handelingen I 1919/20*, 1968; *Handelingen I 1920/21*, 63.

22 *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 55.

genomen.²³ De rechter toetst die beslissing daarom ook aan het algemeen belang, welk begrip, zoals we zagen, door de wetgever van 1926 vooral in de sleutel van de rechtsstaat werd geplaatst.

De artikel 12-procedure werd aanvankelijk maar weinig ingezet als kritisch rechtsstatelijk wapen. Een mogelijke oorzaak daarvan is dat de controle op de Nederlandse staatsmacht in het verleden nooit echt van grote betekenis was.²⁴ Op de Duitse bezetting na – toen de artikel 12-procedure overigens buiten werking werd gesteld²⁵ – bleef ons land gevrijwaard van totalitaire regimes. De negatieve, rechtsstatelijke interpretatie van het algemeen belang kwam pas in het gedrang met de democratiseringsbeweging die in de jaren '60 haar intrede deed. Het besef ontstond dat de tot dan toe gehanteerde negatieve interpretatie van opportunitetsbeginsel ('vervolgen, tenzij') door het automatische karakter ervan op onvoldoende steun van de bevolking kon rekenen. Er ontstond een 'justitiële crisis', waardoor de autonome rechtsorde zich moest openen voor maatschappelijke krachten wilde zij deze crisis te boven komen. Waar het vertrouwen in de autoriteiten er altijd voor had gezorgd dat van de beklagprocedure nooit echt gebruikgemaakt was, zorgden de roerige jaren '60 voor een piek.²⁶ De klachten waren doorgaans gericht op het politie-optreden naar aanleiding van de vele rellen die zich vooral in Amsterdam afspeelden. Een groot deel van de bevolking was het vertrouwen in justitie en politie kwijtgeraakt.²⁷ In het jaarverslag van 1970 kondigde het Openbaar Ministerie dan ook aan dat het opportunitetsbeginsel voortaan op positieve wijze zou worden uitgelegd. Strafbaarheid werd een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde om tot strafvervolgning over te gaan: de samenleving zou met de vervolging daadwerkelijk gediend moeten worden.²⁸ Nu doelmatigheidsargumenten een belangrijke rol gingen spelen, zouden die ook de sterk toegenomen instroom aan strafzaken kunnen beheersen.²⁹

Zo werd het opportunitetsbeginsel, om met Brouwer te spreken, 'van nooduitgang van het strafrecht een voorpoortaal van de strafrechtelijke handhaving'.³⁰ Het betekende ook dat het algemeen belang nu opeens positieve invulling moest krijgen. Waar de negatieve interpretatie van het opportunitetsbeginsel nog in de grondgedachte van de klassieke rechtsstaat geplaatst kon worden, zorgde de positieve interpretatie ervoor dat de rechtsorde zich moest openen voor maatschappelijke tegengeluiden. De rechtsorde die het Openbaar Ministerie dient te handhaven kan dan ook niet meer zomaar vereenzelvigd worden met het klassieke beeld van de rechtsstaat, waarbij het gaat om het

23 Duker 2009, p. 428.

24 Peters 1993c.

25 Corstens 1974, p. 70.

26 Corstens 1974, p. 71.

27 't Hart 2001, p. 10-11.

28 Moons 1969, p. 490.

29 't Hart 1994, p. 117.

30 Brouwer 2010, p. 210.

voorkomen van machtsmisbruik en willekeur. Naast de oorspronkelijke negatieve begrenzing van zijn discretionaire bevoegdheid wordt het Openbaar Ministerie immers gedwongen beleid te voeren, waarbij de verschillende belangen op evenwichtige wijze dienen te worden afgewogen, wil dat beleid draagvlak hebben. Die meer positieve invulling van de rechtsorde blijkt ingewikkelder te zijn dan de negatieve afbakening ervan. Wat de rechtsorde niet is, daar bestaat wel overeenstemming over: 'een rechtsorde is geen beleidsstaat, economiestaat, milieustaat of een staat waar alles draait om veilig voedsel', aldus 't Hart.³¹ Maar vooral is de heersende opvatting dat recht geen politiek is.³² In het kader van de artikel 12-procedure wees De Lange op het probleem dat het algemeen belang 'content' dient te krijgen, maar in onze complexe moderne samenleving hooguit een 'afgewogen abstractie' is van verschillende feitelijke deelbelangen.³³ Te midden van deze verschillende belangen dient het Openbaar Ministerie als zelfstandig orgaan op evenwichtige wijze keuzes te maken omtrent de vervolging.

Enige democratisering van die te maken keuzes omtrent de strafrechtelijk te beschermen belangen is daarom onvermijdelijk. De wet heeft een aantal voorwaarden voor deze democratische controle geschapen. De minister van Justitie is politiek verantwoordelijk voor de vervolgingstaak van het OM en heeft hiertoe de bevoegdheid gekregen 'algemene en bijzondere aanwijzingen [te] geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het Openbaar Ministerie'.³⁴ Iedere voorgenomen beleidsregel wordt aan de minister voorgelegd en alle aanwijzingen worden gepubliceerd, zodat de beleidsmatige toepassing van het opportuniteitsbeginsel ook aan parlementaire controle is onderworpen. Hiermee is natuurlijk niet gezegd dat het beleid zodanig is uitgekristalliseerd dat de vervolgingsbeslissing volledig voorspelbaar en te controleren is. Daarnaast blijken zowel de minister van Justitie als de Tweede Kamer de beleidsvrijheid en eigenstandige positie van het Openbaar Ministerie te respecteren.³⁵ Via de beklagprocedure is echter ook de burger op meer directe wijze in staat de concrete belangenafwegingen van het Openbaar Ministerie ter discussie te stellen en daarmee op indirecte wijze de te maken keuzes binnen de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Via het hierna te bespreken tweede en derde hoofdstuk in de ontwikkeling van de beklagprocedure zal dan ook betoogd worden dat deze democratiseringsbeweging in het strafrecht verschillende kanten op kan gaan. Burgers kunnen immers verschillende verwachtingen van het strafrecht hebben, met het gevolg

31 «t Hart 1996, p. 94.

32 Over het feit dat 'juridische studenten worden grootgebracht met de gedachte dat het recht 'gestolde politiek is'', zie Fermon & Prakken 2010, p. 19.

33 De Lange 2009, p. 478.

34 Art. 127 Wet RO.

35 Anders ontstaat snel de schijn van politieke inmenging, aldus Brouwer 2010.

dat ze verschillende aanspraken op de beklagprocedure te gelde proberen te maken.

2.3 DE BEKLAGPROCEDURE IN DIENST VAN HET PRIVATE BELANG VAN KLAGERS

Waar het vertrouwen in het Openbaar Ministerie aanvankelijk weinig aanleiding gaf tot gebruikmaking van de machtskritische functie van de artikel 12-procedure, lieten de roerige jaren '60 zien dat dat vertrouwen zeker niet vanzelfsprekend was. Zoals gezegd is de vraag naar de strafrechtelijk te beschermen belangen een doorlopende discussie, nu hierbij rekening moet worden gehouden met de feitelijke verwachtingen vanuit een steeds veranderende samenleving. Het is dan ook niet zo vreemd dat toen de legitimiteitscrisis in hevigheid afnam, ook de aanspraak van burgers op de rechtsorde veranderde. In plaats van het ter discussie stellen van het gezag van de wet en de onkritische wijze van handhaving zoals dat in de jaren '60 gebeurde, draaide de maatschappelijke en politieke discussie vanaf de jaren '80 om handhavingstekorten en om de vraag of een minimumniveau van handhaving niet minstens net zo belangrijk was. Het oorspronkelijke ideaal van een terughoudend strafrecht sloot niet meer aan bij de toenemende criminaliteit en de hiermee gepaard gaande roep om veiligheid en bescherming vanuit de samenleving. Anders gezegd, de zorgen met betrekking tot bescherming tegen een overmatig optredende overheid werden vervangen door zorgen over een tekortschietende overheid.³⁶ In 2002 vreesde Groenhuijsen dan ook dat het opportuniteitsbeginsel onder druk kwam te staan: 'Het wordt vereenzelvigd met gemakzucht, of erger: het wordt gezien als capitulatie voor normloosheid of gebrek aan normbesef'.³⁷

Nu de politiek-maatschappelijke ontwikkelingen hun weerslag vonden in de aanspraken van de burger op de rechtsorde, waren deze ontwikkelingen ook van invloed op het beroep dat op de beklagprocedure werd gedaan. Niet alleen leek de machtskritische houding door de toenemende roep om veiligheid te zijn verdwenen, ook leidde de maatschappelijke en politieke constellatie ertoe dat slachtoffers steeds meer belangstelling genoten.³⁸ Die toegenomen aandacht voor het slachtoffer was een belangrijke achtergrond om de beklagregeling te voorzien van meer waarborgen voor de klager.³⁹ Uit het onderzoeksrapport *Klachten tegen niet-vervolgging (artikel 12 Sv-procedure)* bleek dat van de artikel 12-procedure steeds meer gebruik wordt gemaakt door klagers

36 Buruma 2020, p. 6.

37 Groenhuijsen 2002.

38 Cleiren 2008, p. 539.

39 Belangrijk in dit verband is de wetwijziging van 1985, zie de wet van 8 november 1984 tot herziening van de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering omtrent het beklag over het niet of niet verder vervolgen van strafbare feiten (*Stb.* 1984, 551).

die 'hun zaak' alsnog voor de rechter proberen te brengen.⁴⁰ Het gaat hier veelal om slachtoffers die gezien en erkend wensen te worden.⁴¹ Onderzoek richtte zich daarom vooral op verbetering van de doorlooptijden en het vergroten van het gevoel van procedurele rechtvaardigheid bij slachtoffers die 'sterk het gevoel hebben dat hun verhaal en hun belang in het voortraject te weinig wordt meegenomen, en dat zij niet of nauwelijks de gelegenheid krijgen hun verhaal te doen'.⁴²

De toenemende aandacht voor het slachtoffer had zijn intrede gedaan in de jaren '60, maar had toen nog een sterk machtskritische lading: het was een gemeenschappelijk kenmerk van emanciperende groepen die zich slachtoffer voelden van achterstelling en onrecht.⁴³ Het ideaal van procedurele rechtvaardigheid kwam voort vanuit het vraagstuk hoe de juridische garanties te scheppen om deze emancipatie mogelijk te maken. Het zou niet zozeer van belang zijn welke beslissing werd genomen, maar hoe deze tot stand kwam.⁴⁴ Met de toenemende aandacht voor veiligheid veranderde ook het slachtofferbegrip: omdat iedereen in potentie slachtoffer kon zijn, leek men de mening te zijn toegedaan dat er een individueel recht op bescherming was tegen al het potentiële gevaar dat vanuit de samenleving kwam.⁴⁵ Deze geluiden vanuit de samenleving vonden hun politieke vertaling in de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde die repressiever werd. Hoewel hiermee inderdaad het gevaar van een 'emotiestrafrecht' ontstaat, moet niet vergeten worden dat het ook hier een legitimitetskwestie betrof waaraan moest worden toegekomen. De vermaatschappelijking van de rechtsorde leidde ertoe dat het strafrecht 'een zaak van het volk werd'.⁴⁶ Aangejaagd door de mediabelangstelling voor criminaliteit en strafzaken, wordt het optreden van het justitiële apparaat nauwlettend in de gaten gehouden door het publiek. De democratisering van de rechtsorde had tot gevolg dat het Openbaar Ministerie zich meer dan ooit bewust dient te zijn van zijn nieuwe maatschappelijke positie. Het vroeg daarom om een cultuuromslag van het systeem van beslissingsmacht dat van oorsprong wantrouwend tegen het slachtoffer met zijn 'wraakgevoelens' aankeek, teneinde de verdachte te beschermen. Waar artikel 4 RO (oud) ooit vermeldde dat 'de handhaving der wetten' de kerntaak van het OM betrof, is dit sinds de inwerkingtreding van de vernieuwde Wet op de rechterlijke organisatie 'de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en andere bij de wet vastgestelde taken'.⁴⁷ Dit betekent dat het Openbaar Ministerie zich moet richten op alle betrokken belangen die rechtens te respecteren zijn.

40 Van Lent, Boone & Van den Bos 2016, p. 94.

41 Van Lent, Boone & Van den Bos 2016, p. 12.

42 Van Lent, Boone & Van den Bos 2016, p. 6 en 38.

43 Buruma 2020, p. 6.

44 Vgl. Luhmann 1978.

45 Buruma 2020, p. 6.

46 Boutellier 2005b, p. 112.

47 *Stb.* 1999, 194.

Vandaag de dag heeft ook het slachtoffer zijn plaats gekregen in het strafproces, waardoor ook diens belangen door het Openbaar Ministerie moeten worden meegenomen.

2.4 DE BEKLAGPROCEDURE ALS VENTIELFUNCTIE VOOR MAATSCHAPPELIJK ONGENOEGEN

De wetgever van 1926 had met de in de vorige paragraaf beschreven democratiseringsbeweging geen rekening gehouden, waardoor het algemeen belang op rechtsstatelijke wijze slechts negatief werd afgebakend. Individuele belangen mochten hoogstens van invloed zijn op de vervolgingsbeslissing, wanneer zij met het algemeen belang samen zouden vallen.⁴⁸ Uiteraard geldt ook vandaag de dag nog dat voor zwaardere delicten het algemeen belang in de praktijk vrijwel altijd blijkt mee te brengen dat vervolging moet worden ingesteld. Bij delicten die het rechtsgevoel het meest schokken, kan het evenwicht tussen het belang van de gemeenschap en het individuele belang van de leden van die gemeenschap op brede consensus rekenen. De veiligheidsagenda van 2019-2022 vermeldt bijvoorbeeld de thema's georganiseerde misdaad, de bestrijding van mensenhandel, cybercrime en online seksueel misbruik.⁴⁹ Hoewel het beleid uitzonderingen toelaat en niet uitputtend is, betekent het wel dat de strafzaken die aan de strafrechter worden voorgelegd in de praktijk betrekking hebben op een beperkt gedeelte van het brede spectrum van mogelijke strafbare feiten.⁵⁰

De beklagprocedure vormt een mogelijke correctie op deze criminele politiek van het Openbaar Ministerie. Het gaat hier dus meestal om zaken waar een duidelijk slachtoffer is aan te wijzen, waarbij de private belangen van klagers centraal staan. Collectieve rechtsgoederen – te denken valt bijvoorbeeld aan het milieu of de integriteit van financiële merken – zijn daarentegen kwetsbaarder. Vaak is er geen concreet slachtoffer of is er, in het geval van rechtspersonen, geen duidelijke verantwoordelijke aan te wijzen. Toch blijft het Openbaar Ministerie met zijn discretionaire beslissingsbevoegdheid verantwoordelijk voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, waarbij de leden van die samenleving telkens de vraag naar de strafrechtelijk te beschermen belangen kunnen opwerpen. Of deze vraag voorwerp van discussie in de beklagprocedure wordt, hangt samen met de vraag of er sprake is van een directe belanghebbende bij de beslissing tot niet-vervolgen. In ieder geval valt hier het slachtoffer met zijn private belang tot rechtsbescherming onder. Voor de beklagprocedure betekent dit vaak dat de rechter het algemeen belang bij toewijzing van het beklag kan reduceren tot het private belang van het slacht-

48 *Handelingen I* 1920/21, 63.

49 Ministerie van Justitie en Veiligheid 2019, p. 3-12.

50 De Lange 2010, p. 180.

offer, welke vervolgens met het gemeenschapsbelang van veiligheid kan samenvallen. Het begrip belanghebbende is echter breder en strekt tot eenieder 'die door het achterwege blijven van een strafvervolging is getroffen in een belang dat hem bepaaldelijk aangaat'.⁵¹ Zo kunnen op grond van artikel 12 lid 2 Sv bijvoorbeeld ook non-gouvernementele organisaties ontvankelijk worden verklaard in een artikel 12-procedure, wanneer hun belang tot vervolging te rijmen is met de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

De democratiseringsbeweging kan daarom ook een andere vorm aannemen, omdat het vandaag de dag niet alleen het private belang van het slachtoffer (en 'het volk' dat zich ermee identificeert) is waar het Openbaar Ministerie steeds meer rekening mee dient te houden, maar ook kritische burgers die, vaak verenigd in belangengroepen, in hun roep om strafrechtelijke vervolging menen de (algemene) belangen van de samenleving waar te nemen. In deze bijzondere categorie beklagzaken proberen klagers een maatschappelijk conflict te transformeren tot strafrechtelijk conflict. Naast de Tabakszaak, waarmee klagers een 'rookvrije generatie' hoopten te creëren, kan ook gedacht worden aan de klacht tegen niet-vervolging van de pedofielenvereniging Martijn en de kritiek van klagers op de schikkingenpraktijk en (het gebrek aan) bestuurdersaansprakelijkheid naar aanleiding van het LIBOR-schandaal.⁵² Dit probleem van bestuurdersaansprakelijkheid werd onlangs succesvol aangekaart in de ING/Hamers-zaak, terwijl de vraag of de drie agenten die betrokken waren bij de dood van Mitch Henriquez net als de andere twee voor de strafrechter zouden moeten verschijnen de discussie over de verantwoordelijkheden van politieagenten bij geweldsuitoefening op scherp zette.⁵³ Misschien kan het eerste Wilders-proces wel gezien worden als de meest spraakmakende artikel 12-zaak, waarbij de wenselijkheid van de vervolging van politici omwille van hun uitlatingen ter discussie stond.⁵⁴

Waar de eerste twee hoofdstukken van de artikel 12-procedure respectievelijk draaiden om het voorkomen van willekeur en het toekomen aan private belangen van klagers/slachtoffers via de procedure, kan daar daarom een derde hoofdstuk aan toegevoegd worden. Vanwege het onderliggende maatschappelijk conflict verschijnt in dit derde hoofdstuk naast het klassieke begrippenpaar staat-verdachte, en later het slachtoffer, ook het volk als conflictueuze samenleving op het strafrechtelijke toneel. Nu in deze maatschappelijk

51 HR 7 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB4014, NJ 1973, 35.

52 Hof Den Haag 6 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3334; Hof Leeuwarden 21 november 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU4940; Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204.

53 Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347; Hof Den Haag 30 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:840.

54 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma.

gevoelige zaken conflicterende belangen in het geding zijn, zullen andere leden van de samenleving de door klagers beoogde transformatie proberen tegen te houden. In deze maatschappelijk gevoelige zaken is het voor het Openbaar Ministerie niet makkelijk om op democratische wijze een keuze te maken te midden van alle conflicterende belangen. Uiteraard is het vertrouwen in het Openbaar Ministerie afhankelijk van een brede consensus ten aanzien van zijn vervolgingstaak. Uit de eerste Wilders-zaak bleek al dat het Openbaar Ministerie daarom niet altijd staat te springen om het voortouw in dergelijke controversiële zaken te nemen.⁵⁵ Houdt het Openbaar Ministerie zich echter doelbewust afzijdig – al dan niet met een beroep op het primaat van de politiek – dan kunnen de maatschappelijk gevoelige zaken via de artikel 12-procedure op het bord van de rechter komen. Volgens de wetgever van 1926 dient deze dan als ‘onpartijdig en onafhankelijk orgaan’ de controversiële beslissing tot niet-vervolgung te toetsen aan het algemeen belang, waarvan we vandaag de dag inzien dat het hooguit een afgewogen abstractie is van verschillende deelbelangen die niet alleen met elkaar concurreren, maar ook politiek geladen kunnen zijn.

De vraag welke belangen strafrechtelijk dienen te worden beschermd, kan daarom niet zomaar op een ‘neutrale’ wijze beantwoord worden. Wanneer aan het haalbaarheidsvereiste is voldaan, vormt namelijk ook het besluit tot niet-vervolgung een politieke beslissing die raakt aan de vraag naar de collectieve inrichting van de samenleving. In die zin vormt de artikel 12-procedure een belangrijke les om naar het karakter van het strafrecht te kijken. Uit het eerste en tweede hoofdstuk blijkt dat ons strafrecht aanvankelijk vooral werd gekarakteriseerd door het klassiek liberale idee van terughoudendheid en het beschermen van de individuele vrijheid. Het toekomen aan private belangen via de procedure vormde vervolgens een bescheiden antwoord op de legitimiteitsproblemen die ons ‘ondemocratisch’ strafrecht met zich mee had gebracht. Het derde hoofdstuk verschilt echter op belangrijke punten van de vorige twee. Klagers verwachten in deze maatschappelijk gevoelige zaken geen terughoudende, maar een positieve, maatschappelijke bijdrage van het strafrecht. Het gaat deze klagers dus niet alleen om het gezien en erkend worden als slachtoffer, maar vooral menen zij te spreken namens de samenleving die belang zou hebben bij de strafrechtelijke bescherming van bijvoorbeeld ‘het maatschappelijk klimaat’ (Wilders) of ‘de rechtsorde en voor de financiële markt en alle deelnemers zo noodzakelijke rust en vertrouwen’ (Libor).⁵⁶ Ook de ouders van een misbruikt kind in de zaak-Martijn meenden op te komen voor boven-individuele belangen: ‘Zo’n vereniging mag én kan niet bestaan. We deden

⁵⁵ Schalken 2009, p. 494.

⁵⁶ Groen & Meijer, ‘Grote frustratie bij benadeelden in zaak Wilders’, *de Volkskrant* 19 oktober 2010; Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204, r.o. 10.5.

het voor onze dochter en álle andere kinderen die we voor misbruik willen behoeden.⁵⁷

Klagers lijken zichzelf in de zaken die het derde hoofdstuk karakteriseren daarom niet in de eerste plaats als hulpbehoevend slachtoffer te zien, maar als kritische burgers die anders dan het Openbaar Ministerie menen dat ‘de samenleving’ wél gediend is bij strafrechtelijke vervolging. Het blijkt voor klagers echter niet makkelijk te zijn om aan het strafrecht een positieve en meer maatschappelijke functie toe te kennen, omdat ook het eerste en tweede hoofdstuk nog het karakter van het strafrecht bepalen. Waar de boven-individuele belangen in de zaak-Martijn geen uitweg in het strafrecht konden vinden, omdat de zaak simpelweg niet haalbaar zou zijn, wordt het ingewikkelder wanneer de vraag naar het algemeen belang van de vervolging in het geding is. Zo lukte het klagers in de Libor-zaak niet om de beschikkingsrechter te overtuigen van het standpunt dat strafrechtelijke vervolging in het belang van de samenleving zou zijn. In principe was deze zaak inderdaad geschikt voor het strafrecht, zo overwoog het gerechtshof, maar een strafzaak zou geen toegevoegde waarde meer hebben: wat betreft de rechtspersoon zou de strafrechter ook niet veel meer kunnen doen dan het opleggen van een boete. Bovendien werd ten aanzien van de vervolging van de medewerkers overwogen dat het niet meer goed mogelijk leek om na een intern onderzoek waar volledige medewerking was vereist, opnieuw een strafrechtelijk onderzoek op te zetten waar wél alle strafrechtelijke waarborgen in acht zouden worden genomen.⁵⁸ Het gerechtshof ging daarom mee met de argumentatie van het Openbaar Ministerie die betoogde dat ‘de samenleving’ gebaat zou zijn bij deze ‘meest effectieve en passende afdoening’.⁵⁹

In de Libor-zaak werd het strafrecht duidelijk als *ultimum remedium* gekarakteriseerd. Ook in de eerste Wilders-zaak, die door een artikel 12-procedure aan het rollen was gebracht, werd klagers tegengeworpen dat het strafrecht maar een bescheiden rol zou moeten hebben in het maatschappelijk gebeuren. In deze zaak betoogden klagers dat het hen vooral ging om de normbevestiging inzake aanzetten tot haat en de bescherming van ‘het maatschappelijk klimaat’ dat door Wilders verpest zou zijn.⁶⁰ De beschikkingsrechter rechtvaardigde de vervolging aan de hand van de Rechtspraak van het EHRM en het algemene belang van de rechtszekerheid.⁶¹ Hoewel over haatzaaien nog weinig jurisprudentie bestond en het EHRM ruimte liet voor vervolging, werd door het OM en het merendeel van de samenleving betoogd dat het strafrecht een *ultimum remedium* is en dat Wilders via het maatschappelijk debat bestreden moest

57 ‘Pedoclub hielp onze dochter te misbruiken’, *Algemeen Dagblad* 28 juni 2012.

58 Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204, r.o. 10.5.

59 70 miljoen een passende afdoening’, *Opportuum* juni 2015, p. 20-21.

60 Groen & Meijer, ‘Grote frustratie bij benadeelden in zaak Wilders’, *de Volkskrant* 19 oktober 2010.

61 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma, r.o. 13.2.

worden.⁶² De zaak werd een krachtmeting tussen recht en politiek. Ook de verwachtingen van het strafrecht die het tweede hoofdstuk karakteriseren, bleken klagers' beoogde transformatie te delegitimeren. Klagers zouden geen slachtoffers zijn – ze zouden immers slechts 'beledigd' zijn – zodat hen geen strafrechtelijke bescherming zou moeten toekomen.⁶³ Bovendien was de overmatige aandacht voor de procedure geenszins in het belang van de klagers (later benadeelden). Sterker nog, tijdens de behandeling van de zaak ten gronde leidden processuele schermutselingen ertoe dat eigenlijk helemaal niet meer aan de vaststelling van de norm werd toegekomen.

Hoewel de machtskritische functie van de artikel 12-procedure door klagers opnieuw wordt aangewend, lijkt deze moeilijk te verenigen met de oorspronkelijke negatieve variant waarin juist de afzijdigheid van de overheid centraal stond. Niet het voorkomen van willekeur en machtsmisbruik lijkt voor belanghebbenden in het derde hoofdstuk voorop te staan, maar het boven-individuele karakter van de procedure die (deels) gevoerd lijkt te worden met het doel een maatschappelijke of politieke verandering te brengen. De vragen die gesteld worden raken aan de collectieve inrichting van de samenleving, waar klagers een alternatieve voorstelling van de (algemene) belangen van deze samenleving geven dan het Openbaar Ministerie die ook de samenleving meent te vertegenwoordigen. In deze bijzondere categorie artikel 12-zaken verschijnt de vraag naar het algemeen belang van de vervolging daarom weer voorzichtig aan de oppervlakte – niet in negatieve zin en ook niet als verkapt individueel belang, maar in de omstreden positieve zin. Het algemeen belang is namelijk het belang van de gemeenschap als gemeenschap. Die gemeenschap kan ons niet zelf vertellen waaruit dat algemeen belang bestaat, maar zal altijd aangewezen zijn op particuliere sprekers die menen namens de gemeenschap het woord te doen. Hoogstwaarschijnlijk had de wetgever van 1926 niet voorzien dat de vraag naar de strafrechtelijk te beschermen belangen zo complex zou worden. Naast het slachtoffer met zijn veronderstelde wraakgevoelens, wilde de wetgever namelijk ook aan verenigingen met een duidelijk omschreven maatschappelijk doel geen vervolgingsinitiatief toekennen: de eenzijdige gedachte waardoor deze verenigingen geleid werden, zou het evenwichtige beleid van het Openbaar Ministerie doorkruisen dat op het algemene belang gericht moest zijn.⁶⁴ Anders dan in het tweede hoofdstuk kan aan de roep om democratisering in het derde hoofdstuk niet worden toegekomen door rekening te houden met 'dé gevoelens' van 'hét volk' waarin elk individu in potentie slachtoffer is. De ingewikkelde vraag naar het algemeen belang kan niet altijd gereduceerd worden tot 'het veiligheidsbelang van allen'.⁶⁵ De vraag of de vervolging in het algemeen belang is, staat in maatschappelijk gevoelige

62 Lawson 2008.

63 'Recht om te beledigen', *NRC* 1 juli 2008.

64 *Kamerstukken II*, 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

65 Braeckman 2012.

artikel 12-zaken juist ter discussie, zodat bij de positieve invulling van het algemeen belang rechtspolitieke keuzes moeten worden gemaakt die democratisch gelegitimeerd dienen te worden.

2.5 NIEUWE DEMOCRATISCHE LEGITIMATIEPROBLEMEN

De democratische rechtsorde als mensenwerk, en de rechtspolitieke keuzes die hierin worden gemaakt, betekent dat de legitimiteit van die keuzes telkens geproblematiseerd kan worden. De drie besproken hoofdstukken zijn dan wel chronologisch in de tijd te plaatsen, maar ze dienen toch vooral gezien te worden als conceptueel kader waarmee in kaart kan worden gebracht hoe verschillende maatschappelijke verwachtingen van het strafrecht zich tot elkaar verhouden en wat dat betekent voor het karakter van het strafrecht en de legitimiteit van de strafrechtspleging. De karakterisering van het strafrecht in het derde hoofdstuk verschilt namelijk op belangrijke punten van de vorige twee en brengt nieuwe democratische legitimiteitsproblemen aan het licht. Hoewel toegepast op het bestuursrecht, waar zich een vergelijkbare tendens voordoet in de vorm van algemeen belang-acties, schreef Jurgen de Poorter dat wat betreft de toenemende rechtsvormende taak van de rechter een dubbel democratisch legitimatieprobleem wordt geconstateerd.⁶⁶ Enerzijds heeft deze betrekking op de democratische legitimatie van de belangenorganisaties die met een beroep op het algemeen belang de verantwoordelijkheden van de overheid waarnemen, terwijl een formele democratische legitimatie ontbreekt. Anderzijds dreigt het gevaar van een politisering van de rechtspraak. Het is echter de vraag of dit klassieke juridische kader, waar het parlement het exclusieve domein van de democratie is en de democratische legitimiteit van de rechter slechts op indirecte wijze van de wetgever is afgeleid, wel een voldoende antwoord biedt op de nieuwe democratische verwachtingen die de samenleving en rechtszoekenden van het strafrecht hebben.

Naast het voorkomen van willekeur (de oorspronkelijke machtskritische functie) en de bescherming van private belangen (de beklagprocedure als 'laatste redmiddel' voor slachtoffers) is het nu namelijk ook de rechtszaal als maatschappelijke arena waar burgers aanspraak op maken om het strafrecht zijn kritische functie tegenover de feitelijke machtsrelaties te laten vervullen. Het derde hoofdstuk van de beklagprocedure laat de problematiek van het hierboven beschreven juridische kader duidelijker zien dan het tweede hoofdstuk waarin de private belangen van klagers centraal stonden. Daar is namelijk weinig reden om dit kritische anti-totalitaire vocabulaire van de jurist, waarin gewaakt wordt voor een integrale politisering van het individuele leven, toe te passen. Wanneer slechts op procedurele wijze toegekomen wordt aan het private belang van klagers worden controversiële vragen over de collectieve

66 De Poorter 2020, p. 107.

vormgeving van de samenleving niet gesteld. Dat is wel het geval wanneer bijvoorbeeld de vervolging van politici om hun uitlatingen in het geding is. Het empirische concept van procedurele rechtvaardigheid schiet daarom tekort om het legitimitetsvraagstuk in maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken te benaderen.⁶⁷ Legitimitet is in deze zaken ook altijd een politiek vraagstuk: het is de wijze van institutionalisering van een maatschappelijk conflict waarover onenigheid bestaat. Nu is het strafrecht onderdeel van het grotere instituut van de democratische rechtsstaat waar het recht gekenmerkt wordt door een gedepolitiseerde conflictbeslechting door onafhankelijke en onpartijdige rechters, terwijl politiek ruimte biedt voor partijdigheid. In die zin zijn recht en (partij)politiek inderdaad onafhankelijke domeinen en kunnen we ons inderdaad afvragen of het strafrecht wel ruimte zou moeten bieden voor de institutionalisering van maatschappelijke conflicten.

Vandaag de dag halen critici dit apolitieke ideaal van het recht echter niet aan tegen de achtergrond van de rechtsstaat en de individuele vrijheid, maar met een beroep op de democratie. Vanuit verschillende hoeken klinkt het verwijt dat niet politiek machtsmisbruik het gevaar zou vormen, maar de rechterlijke macht.⁶⁸ Deze toenemende rechtsvormende taak van de rechter wordt vervolgens met een beroep op de trias politica en het primaat van de wetgever als ondemocratisch afgedaan. Ook de in de vorige paragraaf besproken maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken zijn vatbaar voor dit verwijt. Het zijn namelijk vaak groepen individuen, veelal in de vorm van belangenorganisaties, die menen op te komen voor het algemeen belang. Niet het Openbaar Ministerie, maar de rechter zou volgens deze tegenstanders de te beteugelen macht zijn. Als het recht volgens het klassieke juridische kader alleen lijnrecht tegenover de democratie wordt geplaatst – welk kritisch kader van het recht nu in naam van de democratie geëkaapt wordt door de critici van de huidige rechtspleging – dan kan de Rechtspraak zich maar moeilijk wapenen tegenover deze geluiden waarvan in verschillende Europese landen blijkt dat ze de onafhankelijkheid van het rechterlijke instituut bedreigen.⁶⁹ Daarnaast wordt ook de strafrechter nu eenmaal geconfronteerd met zaken die een boven-individueel karakter hebben. Deze ontwikkeling moet niet zomaar genegeerd worden, wil het strafrecht de aansluiting bij de samenleving niet verliezen. De nieuwe maatschappelijke verwachtingen zoals die tot uitdrukking komen in het derde hoofdstuk van de artikel 12-procedure vereisen daarom een ander kritisch vocabulaire die nog niet helemaal lijkt te zijn

67 Het politieke karakter van legitimitet wordt daarom steeds meer benadrukt, zie Fossen 2013.

68 Baudet & Cliteur, 'Baudet en Cliteur: wat is er mis met onze oproep tot bezinning over de staatsmachten?', *de Volkskrant* 8 maart 2020.

69 Een tekenend voorbeeld is de tuchtkamer die Poolse rechters disciplineert en bestraft omdat ze, aldus het ministerie van justitie in Warschau, 'een kaste vormen die losstaat van de samenleving', zie Overbeek, 'Europees Hof tikt Polen hard op de vingers vanwege de rechtsstaat', *Trouw* 8 april 2020.

uitgekristalliseerd. In ieder geval moeten recht en democratie hierbij in hun onderlinge verband kunnen worden bestudeerd. De nieuwe aanspraken op de beklagprocedure wijzen namelijk ook op een ander democratisch legitimiteitsprobleem: binnen de geëigende democratische kanalen lijken de maatschappelijke conflicten geen uitweg te kunnen vinden.

Is er een alternatief democratisch vocabulaire mogelijk, zodat de beschikkingsrechter de maatschappelijke onvrede op democratisch gelegitimeerde wijze kan institutionaliseren? Het eerste democratische legitimatieprobleem dat het hierboven beschreven juridische kader opleverde, betrof die van de klagers die met hun deelbelangen het algemeen belang zouden waarnemen, terwijl formele democratische legitimatie ontbreekt. In tegenstelling tot deze klassieke democratie-opvatting heeft de Franse historicus Pierre Rosanvallon een bredere opvatting van democratische vertegenwoordiging beschreven die hij 'tegendemocratie' (*contre-démocratie*) heeft genoemd.⁷⁰ In plaats van de opvatting dat democratie exclusief als parlementaire democratie moet worden gezien, stelt Rosanvallon dat democratie een andere vorm aanneemt onder druk van de grote maatschappelijke verdeeldheid en het vermeende disfunctioneren van het parlement. Deze tegendemocratie vindt zijn oorsprong in de samenleving die zich steeds meer organiseert als een vorm van georganiseerd wantrouwen.⁷¹ Rosanvallon beschrijft hoe het democratische zelfbeschikkingsrecht van het volk is veranderd: 'People effectively assert their sovereignty not by proposing coherent projects, but by periodically rejecting those in power. It is not about the future direction of society, but voters are nay-sayers, increasingly exercise veto power of social regulation.'⁷² De soevereiniteit van het volk manifesteert zich vandaag de dag vaak als hindermacht; als de tegenstem die zich vooral richt op deelbelangen en daarom partijdig is. Volgens Rosanvallon reikt het democratisch leven dus veel verder dan alleen de verkiezingen en het parlementaire debat. Gedacht kan worden aan actiegroepen, media als GeenStijl, maar ook de juridisering van maatschappelijke vraagstukken. De tegendemocratie kan daarbij leiden tot politiek relevante agendasetting, waarbij het volk als waakhond een verdergaande verantwoordingsplicht van politici eist.⁷³ Hoewel klagers in maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken volgens Rosanvallon daarom ook deel zouden kunnen zijn van de democratische representatie, moet deze onvrede nog wel geïnstitutionaliseerd worden. Rosanvallon's bredere begrip van democratische representatie, gebaseerd op feitelijke ontwikkelingen, hoeft namelijk op zichzelf nog niet tot optimisme over de staat van de democratie te leiden. Er wordt vooral maatschappelijke onvrede geuit in plaats van dat deze kritiek gericht is op een gezamenlijk gedragen politiek project. Problemen in de democratie ontstaan dan ook vooral

70 Rosanvallon 2008.

71 Rosanvallon 2008, p. 9.

72 Rosanvallon 2008, p. 122-123.

73 Rosanvallon 2008, p. 40 en 118.

wanneer deze maatschappelijke onvrede onvoldoende wordt gekanaliseerd en geïnstitutionaliseerd in het politieke debat. Dan zullen burgers proberen hun onvrede over het gebrek aan verantwoording via een andere weg tot uitdrukking te brengen zoals we dat recentelijk zagen bij de klacht die gedupeerde ouders naar aanleiding van de toeslagenaffaire hebben ingediend bij het gerechtshof. Vasco Groeneveld, advocaat van de gedupeerde ouders, stelde in de Volkskrant dat het 'niet zo kan zijn dat het OM ook nog eens de deur dichtdoet voor deze mensen'.⁷⁴ Het OM had namelijk besloten de belastingdienst en de betrokken ambtenaren niet te vervolgen voor knevelarij en etnische profilering: 'Het correctiemechanisme voor beleid dat achteraf als "verkeerd" is beoordeeld, ligt in deze zaak niet in het strafrecht.'⁷⁵

Vanuit Rosanvallons bredere opvatting van democratische representatie zouden we de 'ventielfunctie' van de artikel 12-procedure daarom kunnen begrijpen als een symptoom van het gebrek aan institutionalisering van de tegendemocratie. De machtskritische functie die door klagers in het derde hoofdstuk van de beklagprocedure wordt aangewend, is in die zin dus niet alleen een controle op het Openbaar Ministerie, maar ook op (het gebrek aan) politieke besluitvorming. Met de institutionalisering van het maatschappelijke conflict via de artikel 12-procedure stuiten we echter op het tweede democratische legitimatieprobleem: het gevaar van de politisering van de Rechtspraak. Nu de strafrechter steeds meer boven-individuele zaken behandelt, is het van belang om in plaats van de eenzijdige aandacht voor het verschil tussen recht en (partij)politiek, ook juist de mogelijkheid tot een positieve bijdrage van de strafrechter aan de democratie als gezamenlijk politiek project te onderzoeken. Hoewel Rosanvallon het proces van juridisering van maatschappelijke conflicten vanuit het perspectief van de veranderde samenleving en het disfunctioneren van het parlement verklaarde, geeft ons dat nog geen antwoord op de vraag of en in welke gevallen nu juist het strafrecht ruimte zou moeten bieden voor de institutionalisering van maatschappelijke onvrede. Het strafrecht is immers als instituut niet alleen deel van het grotere normatieve systeem van de democratische rechtsstaat, maar heeft hierin ook zijn eigen plaats en rationaliteit. Niet geheel verrassend heeft Rosanvallon zich niet specifiek over het karakter van ons strafrecht en de legitimiteit van de strafrechtspleging uitgelaten. Wel werpt hij in zijn werk over democratische legitimiteit een interessante these op die ook in deze context van belang zou kunnen zijn. Volgens Rosanvallon zijn er verschillende fora die oorspronkelijk niet als 'democratisch' zijn gedacht, maar die wel een belangrijk democratisch potentieel zouden kunnen hebben.⁷⁶ Net als zijn mentor Lefort begrijpt Rosanvallon de democratie als het regime waar de samenleving zichzelf institutionaliseert. Maar waar Lefort

74 Misérus, 'Ouders naar rechter om vervolging in toeslagenaffaire kinderopvang', *de Volkskrant* 8 januari 2021.

75 'Geen strafrechtelijk onderzoek naar Belastingdienst', *om.nl*, 7 januari 2021.

76 Rosanvallon 2011a, p. 119-121.

toch vooral de parlementaire democratie verdedigde tegenover totalitaire systemen, wil Rosanvallon de democratie buiten het (niet-functionerende) parlement denken: 'there are multiple ways of acting or speaking on "behalf of the society" and of being representative.'⁷⁷ Rosanvallon betoogt daarom dat er meerdere instituties dan het parlement zijn waar de samenleving gesymboliseerd wordt en de politieke gemeenschap vorm krijgt. Het is daarom de vraag of de maatschappelijk gevoelige beklagzaken niet alleen een symptoom zijn voor het gebrek aan institutionalisering van de tegendemocratie, maar ook één van de mogelijke oplossingen zouden kunnen vormen voor het democratisch tekort waar 'de plaats van de macht' niet slechts symbolisch, maar daadwerkelijk leeg aan de samenleving lijkt te verschijnen, omdat het primaat van de politiek niet lijkt te worden waargemaakt.

2.6 DE PLAATS VAN DE BEKLAGPROCEDURE IN DE DEMOCRATISCHE RECHTSORDE

Rosanvallon benadrukt het belang van het zichtbaar maken van maatschappelijke conflicten en de 'mediërende instituties' waar deze conflicten op democratische wijze een uitweg zouden kunnen vinden. Ons strafrecht is echter van oudsher maar weinig democratisch en de 'participatie' van het slachtoffer heeft daar weinig verandering in gebracht. Aan private belangen lijken we nog wel te willen toekomen, maar slachtoffers worden toch vooral gezien als emotioneel en hulpbehoevend in plaats van kritische burgers die zich mogen uitlaten over de collectieve vormgeving van de samenleving. Hoe zou zo'n 'democratisch' strafrecht eruit kunnen zien? Het werk van strafrechtgeleerde A.A.G. Peters zou ons handvatten kunnen bieden om ons op kritische, maar constructieve wijze te bezinnen over de vraag wat de rol van het strafrecht zou kunnen zijn bij de institutionalisering van maatschappelijke conflicten. Tegenover de opvatting van het recht als maatschappelijke controle, waarbij toegekomen wordt aan de menselijke hang naar zekerheid en regelmaat, plaatst Peters het recht als kritische discussie.⁷⁸ In deze tweede opvatting van recht komt het open karakter van de rechtsorde naar voren, waarbij controverses over vorm en inhoud van het recht maatschappijkritiek mogelijk maken. Concrete politieke en juridische instellingen dienen dit 'ter-discussie-stellen' mogelijk te maken en te beschermen. Dit open karakter maakt een rechtsorde emancipatoir, maar draagt ook het risico in zich dat deze als dikastocratie kan worden weggezet.⁷⁹ Het is volgens Peters echter verkeerd te denken dat de kritische discussie zich alleen op parlementaire wijze zou moeten voltrekken: 'Als het heersende

⁷⁷ Rosanvallon 2011a, p. 119.

⁷⁸ Peters 1993e.

⁷⁹ Bekend is de verdedigingstactiek in de Wilders-processen, waarbij het juridische debat over vrijheid van meningsuiting werd omgevormd tot een politiek proces waarin rechters Wilders als oppositie de mond zouden willen snoeren.

discours de parlementaire omgangsvorm heeft gemonopoliseerd en als deze vorm belangrijke vragen niet toelaat, dan kan echte discussie alleen elders en op andere wijze worden gevoerd.⁸⁰

Nu ziet Peters in het recht een bijzondere eigenschap: 'Het recht ontwortelt, voordat het verstevigt, maakt los voordat het vastmaakt'.⁸¹ Juridisering verandert in zekere zin de maatschappelijke werkelijkheid. Aan de feitelijke, verdeelde werkelijkheid wordt in het proces van juridisering een 'kritisch-reflectieve, normatieve dimensie' toegevoegd.⁸² Keuzes die hierbij worden gemaakt, zullen kritiek oproepen en moeten daarom gerechtvaardigd worden. Er kunnen bij deze keuzes belangentegenstellingen aan het licht treden, waar tot dan toe nog maar weinig aandacht voor was. De belangenafweging is dan ook altijd een politieke keuze, iets wat ook in de beklagprocedure duidelijk kan worden. Soms is er in maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken inderdaad geen enkel strafrechtelijk aanknopingspunt om te vervolgen. In die gevallen kan de beklagprocedure slechts maatschappelijke conflicten aan het licht brengen die vervolgens elders een uitweg zullen moeten vinden. De Tabakszaak en de zaak over de pedofielenvereniging Martijn zijn hier voorbeelden van. Dergelijke zaken kunnen met juridische argumentaties worden afgedaan. De machtskritische functie die in de artikel 12-procedure besloten ligt, en de hierop volgende discussie over de juridische haalbaarheid en het algemeen belang, kan echter ook laten zien dat er nog speelruimte is, zodat de beslissing van het Openbaar Ministerie op legitieme gronden bevestigd kan worden. Zo is het bijvoorbeeld niet vanzelfsprekend dat schikkingen worden getroffen na beschuldigingen van financiële malversaties of dat betrokken bestuurders door het 'mee-schikken' zich altijd achter grote organisaties kunnen verschuilen in plaats van dat zij zich via een openbare terechtzitting dienen te verantwoorden. Zowel het Openbaar Ministerie als de beschikkingsrechter maakt in deze zaken een politieke keuze die op democratische wijze gerechtvaardigd dient te worden. Met Peters kunnen we daarom stellen dat het van belang is dat de kritische discussie over de haalbaarheid en het algemeen belang van de vervolging geïnstitutionaliseerd wordt, waarbij de rechtszaal als forum kan dienen. In deze publieke ruimte kunnen vragen omtrent de machtsuitoefening los van feitelijke machtsaanspraken en wetten van de economische noodzaak bij een onafhankelijke en onpartijdige rechter aan de orde worden gesteld. Hier zal het keuze-aspect niet ontkend kunnen worden, omdat nu net deze keuze – in ons geval om niet te vervolgen – voorwerp van discussie is. Conflicten over de legitimiteit van deze beslissing kunnen in de rechtszaal dan ook niet zomaar op technische wijze worden gladgestreken met het beroep op een efficiënt beleid (Libor) of op basis van dogmatische juridische principes als de trias politica (Wilders) bij voorbaat de kop in

80 Peters 1993e, p. 223.

81 Peters 1993e, p. 213.

82 Peters 1993e, p. 214.

worden gedrukt. De normatieve, maar niet strikt afgebakende, grenzen van de juridische haalbaarheid en het algemeen belang maken het conflict via de artikel 12-procedure daarom mogelijk in die gevallen waar het elders geen uitweg lijkt te vinden.

Waar de machtskritische functie van de beklagprocedure het conflict mogelijk maakt, heeft deze procedure ook een belangrijke symbolische functie die kan bijdragen aan de hanteerbaarheid ervan en daarmee aan de stabiliteit van de democratische rechtsorde. Wanneer aan het haalbaarheidsvereiste is voldaan, zal het algemeen belang hoe dan ook positieve invulling moeten krijgen, waarover de beschikkingsrechter zich via een procedure op tegenspraak misschien wel beter dan het Openbaar Ministerie kan laten informeren. Op basis van de gedeelde taal die het recht kenmerkt, leiden de verschillende perspectieven omtrent de legitimatievraag ertoe dat de samenleving in al haar belangentegenstellingen voor zichzelf zichtbaar wordt.⁸³ In de rechtszaal als publieke ruimte ontstaat zo een nieuw bewustzijn van de maatschappelijke werkelijkheid die tot dan toe nog niet bestond en die ingekaderd moet worden in het gezamenlijke normatieve project van de democratische rechtsorde. Geïnformeerd door deze verschillende perspectieven over de strafrechtelijk te beschermen belangen dient de beschikkingsrechter vervolgens een finale beslissing te nemen over het met de vervolging te dienen algemeen belang.

Deze beslissing raakt het partijgeschil, maar heeft ook betrekking op zowel de inrichting als de afgrenzing van het publieke domein waar het algemeen belang een positieve invulling krijgt. Zo overwoog het gerechtshof in de eerste Wilders-zaak dat het algemeen belang van de rechtszekerheid een strafrechtelijke vervolging rechtvaardigde en dat ook het strafrechtelijk forum als onderdeel van het maatschappelijk debat valt aan te merken.⁸⁴ Zowel juristen als de samenleving interpreteerden deze frase echter als een oproep tot het bedrijven van (partij)politiek in de rechtszaal.⁸⁵ Dat de strafrechter, naast het parlement, als belangrijk forum kan dienen om vragen te stellen over de collectieve vormgeving van de samenleving werd door het hof onlangs echter weer benadrukt in de ING/Hamers-beschikking. Klagers betoogden in deze zaak dat de top van ING op de hoogte was geweest van de tekortkomingen van het ING compliance-beleid, waardoor Ralph Hamers, als voormalig voorzitter van de raad van bestuur van de ING, alsnog vervolgd zou moeten worden. Het hof sloot de beschikking af met de volgende woorden:

‘Het hof is zich ervan bewust dat de berechting van deze beklagde tijdrovend zal zijn en een aanzienlijke belasting zal opleveren voor de rechterlijke macht. Toch mag dit niet doorslaggevend zijn. Berechting heeft ook normbevestiging tot doel.

83 Peters 1993e, p. 212.

84 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma, r.o. 13.2.

85 Zie o.a. ‘Heel, héél erg dom’, *Trouw* 2 januari 2010.

Dat staat weer in verband met samenleven, met maatschappelijke solidariteit, met laten zien wat van belang is in onze samenleving en met wat wij niet willen als samenleving.⁸⁶

In deze ING/Hamers-beschikking brengt het gerechtshof duidelijk tot uiting dat het strafrecht, meer dan andere rechtsgebieden, een belangrijke morele en communicatieve functie heeft. Ook in de literatuur wordt het strafrecht niet alleen negatief gewaardeerd, omdat het een inbreuk zou maken op de individuele vrijheid, of slechts als een noodzakelijk kwaad gezien teneinde eigenrichting te voorkomen. Het strafrecht is inderdaad zowel een machtsmiddel als een gegeven, maar vervult ook een belangrijke positieve, maatschappelijke functie in een politieke gemeenschap. Zo is De Hullu van mening dat strafbaarstelling vanuit het oogpunt van normdemonstratie ook juist gewenst kan zijn, vooral wanneer andere rechtsgebieden geen bescherming bieden.⁸⁷ Ook Anthony Duff heeft het strafrecht als ‘communicative enterprise’ gekarakteriseerd: wanneer het strafrecht bepaald gedrag als ‘criminal’ definieert, definieert het ‘public wrongs’, zodat het strafrecht meent te spreken in naam van de politieke gemeenschap.⁸⁸ De strafrechter houdt de overtreders van deze normen die deze gemeenschap definiëren via een openbare terechtzitting verantwoordelijk, maar geeft daarmee ook een belangrijk signaal af naar de samenleving. Volgens Duff heeft het strafrecht daarmee niet slechts een instrumentele, maar vooral een constitutieve functie: worden deze strafrechtelijke normen niet gehandhaafd, dan ondermijnt deze gemeenschap zijn eigen identiteit.⁸⁹ Niet alleen kunnen maatschappelijk gevoelige beklagzaken vanwege het gebrek aan duidelijke schade vaak geen uitweg vinden bij de civiele rechter, misschien kan juist de strafrechter wel het aangewezen forum zijn in die gevallen waar in de samenleving onduidelijkheid heerst over toelaatbaar en ontoelaatbaar gedrag, terwijl het primaat van de politiek niet wordt waargemaakt. Want wanneer de maatschappelijke conflicten geen enkele uitweg vinden binnen de instituties die het algemeen belang behartigen, dan dreigt het gevaar te ontstaan dat burgers zich deze instituties als geheel keren.

2.7 CONCLUSIE

Waar het eerste en tweede ‘hoofdstuk’ van de artikel 12-procedure respectievelijk toekwamen aan de bescherming tegen willekeurige vervolgingsbeslissingen van het Openbaar Ministerie en de private belangen van klagers, illustreert het derde hoofdstuk de behoefte van groepen individuen aan een publieke

86 Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347, r.o. 8.2.

87 De Hullu 2015, p. 19-20.

88 Duff 2018, p. 109-110.

89 Duff 2018, p. 182.

ruimte waarin plaats is voor een kritische discussie omtrent de strafrechtelijk te beschermen belangen. Hoewel de machtskritische functie van de artikel 12-procedure lange tijd op de achtergrond was geraakt, zodat de procedure vooral private belangen van klagers/slachtoffers diende, treedt deze machtskritische functie nu op andere wijze opnieuw op de voorgrond. Daarbij lijkt de procedure niet alleen een kritiek op de machtspositie van het Openbaar Ministerie te zijn, maar ook meer in het algemeen gezien te worden als een ventiel voor maatschappelijke onvrede die onvoldoende uitweg vindt via de politiek. De drie hoofdstukken illustreren dat de aanspraken die op de artikel 12-procedure worden gemaakt, telkens een belangrijke les vormen om naar het karakter van het strafrecht te kijken. Waar de *ultimum remedium*gedachte tot uitdrukking bracht dat toch vooral terughoudend met het strafrecht moest worden omgegaan en slachtoffers vervolgens hoogstens via de procedure 'gezien en erkend' werden, verwachten kritische burgers nu een positieve, maatschappelijke bijdrage van de strafrechter. Hoewel betoogd kan worden dat het strafrecht inderdaad een belangrijke maatschappelijke functie heeft, staat de beschikkingsrechter hierbij voor een lastige opdracht, omdat ook het eerste en tweede hoofdstuk nog het karakter van het strafrecht bepalen.

Het derde hoofdstuk van de beklagprocedure roept dan ook nieuwe democratische legitimatieproblemen op, omdat van de beschikkingsrechter wordt verwacht dat deze spreekt in naam van de samenleving die in feite conflicterende verwachtingen van het strafrecht heeft. Het kritische vocabulaire van de jurist, waarbij recht en democratie tegenover elkaar staan, schiet echter tekort wanneer we de normatieve implicaties van deze ontwikkeling op kritische wijze willen evalueren. Het biedt onvoldoende weerwoord tegenover de dikastocratie-aantijgingen, maar ontkent ook dat de samenleving allerlei nieuwe verwachtingen van het strafrecht heeft waar de rechter, omwille van diens legitimiteit, op dient te reageren. Waar de normatieve grens van de juridische haalbaarheid nog met juridische argumenten kan worden afgedaan, is dat niet zo bij de vraag naar het algemeen belang. In de artikel 12-procedure moet de positieve inhoud van dit begrip op andere wijze democratisch gelegitimeerd worden. In paragraaf 5 en 6 is daarom een eerste aanzet gegeven tot een alternatief democratisch vocabulaire in reactie op het dubbele democratische legitimatieprobleem: de klagers die met hun deelbelangen het algemeen belang zouden waarnemen en de Rechtspraak die steeds meer gepolitiseerd zou raken. Aan de hand van de bredere democratieconceptie van Rosanvallon zouden we kunnen stellen dat ook de klagers in het derde hoofdstuk deel uitmaken van de democratische representatie en dat er meerdere fora zijn dan het parlement waar 'de samenleving' geïnstitutionaliseerd wordt. Het derde hoofdstuk illustreert dat ook de beklagprocedure in die zin een belangrijk democratisch potentieel heeft, vooral in die gevallen waarin het primaat van de politiek niet wordt waargemaakt. In een nieuwe boven-individuele variant kan de machtskritische functie van de beklagprocedure namelijk niet alleen tot nu toe onzichtbare, of genegeerde, conflicten zichtbaar maken; ook zou

de procedure een belangrijke constructieve bijdrage kunnen leveren aan de democratie als gezamenlijk politiek project. Juist het strafrecht heeft een belangrijke morele en communicatieve functie welke het gerechtshof duidelijk tot uiting bracht in de ING/Hamers-beschikking: door de bevestiging of demonstratie van gemeenschappelijke normen wordt de identiteit van de politieke gemeenschap (opnieuw) geconstitueerd.

Hoewel de artikel 12-procedure in theorie misschien een democratisch potentieel heeft, is het maar de vraag of de procedure deze belofte in de praktijk ook kan waarmaken. Dat is een belangrijke vraag. De laatste jaren beoogt de Rechtspraak steeds meer toe te komen aan de feitelijke belangen van rechtszoekenden en de samenleving, zodat de waargenomen legitimiteit vergroot wordt.⁹⁰ Die feitelijke verwachtingen van rechtszoekenden en de samenleving ten aanzien van het strafrecht zijn in bovenstaande analyse slechts in algemene termen geschetst. Wel biedt de analyse een bruikbaar kader voor verder onderzoek naar de wisselwerking tussen normatieve en empirische vragen betreffende de legitimiteit van de Rechtspraak in het geval van klachten tegen niet-vervolgging in maatschappelijk gevoelige zaken. Want wat zijn precies die verwachtingen van zowel klagers als het grotere publiek in artikel 12-procedures? En hoe zijn die verwachtingen te verenigen met de normatieve vraag naar de plaats van het strafrecht in de democratische rechtsorde? Die plaats is misschien telkens aan verandering onderhevig, maar kan nooit volledig met de feitelijke verwachtingen van de samenleving samenvallen. Verder empirisch en normatief onderzoek zou dat samenspel, in het licht van een meer dynamische en bredere democratieconceptie, verhelderen.

90 Hartendorp 2020b.

3 | Democratische legitimiteit als dialoog¹

3.1 INLEIDING

Wetenschappers die zich richten op de democratische samenleving en haar instituties beginnen hun analyses veelal vanuit de veronderstelling dat de hedendaagse democratie in een staat van crisis verkeert.² Wat betreft ‘onze’ democratie zit daar misschien wel iets in: de Nederlandse samenleving lijkt steeds meer gepolariseerd te zijn – of wordt in ieder geval als zodanig ervaren – terwijl het vertrouwen in de politiek historisch laag is.³ Dit (ervaren) gebrek aan responsiviteit vanuit het parlement leidt ertoe dat burgers een alternatieve uitweg voor maatschappelijke conflicten zoeken via de Rechtspraak; een ontwikkeling die niet alleen hier te lande, maar wereldwijd valt waar te nemen.⁴ Hoewel het vertrouwen in de Nederlandse rechter altijd relatief hoog is geweest, brengen deze maatschappelijk gevoelige zaken onvermijdelijk een hoop controverse met zich mee.⁵ Want waar de Rechtspraak voor sommige burgers misschien de oplossing vormt voor een ervaren democratisch tekort zien andere burgers juist nieuwe democratische legitimiteitsproblemen ontstaan. Volgens deze critici manifesteren deze legitimiteitsproblemen zich niet alleen op een empirisch niveau (een tekort aan maatschappelijke *acceptatie* van rechterlijke beslissingen), maar ook op een normatief niveau (een gebrek aan *rechtvaardiging* van staatsmacht).⁶ Ongekozen rechters worden beschuldigd van het maken van politieke keuzes, in de afwezigheid van een duidelijke grondslag in de wet, zodat de door hen op te lossen conflicten eigenlijk in het parlement zouden moeten worden beslecht.⁷

1 Dit hoofdstuk is de Nederlandse vertaling van een reeds gepubliceerd artikel, zie Koning 2023.

2 Rosanvallon 2008; Della Porta 2013; Levitsky & Ziblatt 2019.

3 ‘Enquete, vertrouwen in de Nederlandse politiek is enorm laag’, nos.nl, 20 September 2022; ‘Driekwart van de Nederlanders denkt dat polarisatie toeneemt’, scp.nl, 29 december 2022.

4 Zo worden wereldwijd door Urgenda geïnspireerde klimaatzaken aangespannen, voor een recent overzicht, zie Burger & Tigre 2023.

5 Dit wordt geïllustreerd door de controverse rondom de Urgenda-zaken, zie Roy 2019; wat betreft het vertrouwen in de rechterlijke macht, deze was in 2023 het hoogst van alle instituties (78%), zie ‘Nederland heeft meer vertrouwen in de EU dan in de Tweede Kamer’, cbs.nl, 14 mei 2024..

6 Over legitimiteit als empirisch en normatief concept, zie Hinsch 2010, p. 39-42.

7 Over de democratische legitimiteitsproblemen van algemeenbelangacties, zie o.a. De Poorter 2020.

Het debat rondom de legitimiteit van de rechterlijke macht in het geval van maatschappelijk gevoelige conflicten lijkt echter weinig baat te hebben bij loutere beschuldigingen van ‘juridisch activisme’ en het nemen van ‘anti-democratische’ beslissingen. Rechters kunnen niet afzien van hun beslissing op grond van normatieve principes zoals de scheiding der machten. Ze móeten beslissen, hoe gepolariseerd het thema van de zaak ook is. Deze bijdrage start daarom vanuit een ander uitgangspunt: democratische legitimiteit wordt vanuit een meer *bottom up*-perspectief geconceptualiseerd, zodat bij de normatieve theorievorming die daarna volgt niet van de politiek-maatschappelijke werkelijkheid wordt geabstraheerd. Zowel de dominante (psychologische) empirische benadering van ervaren legitimiteit als de (filosofische) normatieve benaderingen schieten in die zin tekort, zo zal worden betoogd, nu de politiek-maatschappelijke dynamiek waarin de legitimatieprocessen plaatsvinden niet bij de analyse wordt betrokken. Aan de hand van recente theoretische debatten rondom het concept legitimiteit zal worden geïllustreerd dat maatschappelijk gevoelige zaken begrepen én geëvalueerd dienen te worden middels een derde conceptie van legitimiteit, die noch puur normatief is, noch puur empirisch. Volgens deze derde opvatting dient *democratische* legitimiteit altijd geconstrueerd te worden in een constante dialoog tussen meerdere ‘publieken’ en machthebbers die de concurrerende politieke verwachtingen van deze publieken moeten institutionaliseren binnen de normatieve kaders waarbinnen zij opereren.⁸

Het belang van deze derde benadering van legitimiteit zal worden geïllustreerd aan de hand van de maatschappelijke aanspraken die gemaakt worden op de strafrechtspiegeling via de zogeheten artikel 12 Sv-procedure. Artikel 12 Sv geeft (rechtstreeks belanghebbende) burgers de mogelijkheid te klagen over een besluit tot niet-vervolgning en is daarom een belangrijk correctiemechanisme op het vervolgingsmonopolie van het Nederlandse Openbaar Ministerie. Deze procedure, ook wel de beklagprocedure genoemd, wordt over het algemeen aangewend voor conflicten die de individuele belangen van de klager en beklaagde (degene van wie de vervolging wordt beoogd) niet overstijgen. Denk bijvoorbeeld aan een klacht over niet-vervolgning in het geval van een eenvoudige diefstal of belediging door de buurman. De procedure wordt echter ook aangewend in maatschappelijk gevoelige zaken waar klagers slechts een deel zijn van een verdeelde democratische samenleving waar vanwege de concurrerende maatschappelijke belangen verschillende opvattingen bestaan over de vraag of deze conflicten een uitweg via het strafrecht dienen te vinden. Twee bekende voorbeelden van dit bijzondere type beklagzaken zijn degenen die leidden tot de vervolging van Geert Wilders vanwege zijn anti-islam uitlatingen

8 Over deze dialogische benadering van democratische legitimiteit, zie Rosanvallon 2011b; Loader & Sparks 2013.

en de zaak-Hamers vanwege zijn rol in de ING-witwasaffaire.⁹ Dergelijke juridisch op te lossen conflicten kunnen nooit helemaal losgezien worden van hun onderliggende maatschappelijke conflicten en roepen daarom onvermijdelijk legitimiteitsproblemen op. Hoewel klagers namelijk van mening zijn dat een strafprocedure het aangewezen forum is om deze conflicten te beslechten, hebben andere burgers en machthebbers kritiek op de beoogde conflictoplossende rol van de Rechtspraak: deze maatschappelijke conflicten zouden niet in een strafproces, maar elders een uitweg moeten vinden.¹⁰

De door maatschappelijk gevoelige zaken veroorzaakte empirische legitimiteitsproblemen dienen zichtbaar te worden gemaakt en in al hun complexiteit te worden begrepen, alvorens daarop vanuit een normatief perspectief te reflecteren. Het verdere verloop van deze bijdrage is dan ook opgebouwd vanuit het uitgangspunt dat de uiteindelijke normatieve theorievorming over de democratische legitimiteit van de Rechtspraak in dit type zaken empirisch gefundeerd dient te zijn. Paragraaf 3.2 bevat een korte bespreking van de ratio van de beklagprocedure en illustreert dat de veelgebruikte empirische en normatieve benaderingen van legitimiteit ontoereikend zijn om de legitimiteitsproblemen in maatschappelijk gevoelige beklagzaken in al hun complexiteit te begrijpen. Een in de recente wetenschappelijke literatuur naar voren gebrachte dialogische benadering van legitimiteit lijkt in deze context een vruchtbaardere benadering te zijn. Anders dan de twee dominante opvattingen van legitimiteit heeft deze dialogische benadering namelijk niet alleen aandacht voor de maatschappelijke en de politieke dimensie van legitimiteit, ook wordt hiermee erkend dat deze empirische en normatieve dimensie met elkaar interacteren. In paragraaf 3.3 wordt voorgesteld het empirisch potentieel van een legitimiteitsconcept als dialoog te onderzoeken aan de hand van een media-analyse waarin de politiek-maatschappelijke interactieprocessen van *framing* en *counter framing* op systematische wijze zullen worden bestudeerd. Paragraaf 3.4 bespreekt de resultaten van deze media-analyse die zich richt op de berichtgeving rondom vier maatschappelijk gevoelige beklagzaken. De media-analyse illustreert het empirisch potentieel van een dialogische benadering van legitimiteit: de conflicten die de rechterlijke macht dient te beslechten worden door de samenleving en andere machthebbers bediscussieerd binnen concurrerende interpretatieve kaders, die van invloed zijn op het oordeel over de conflict-oplossende taak van de Rechtspraak in deze zaken. De normatieve analyse in paragraaf 3.5 bouwt voort op deze empirische bevindingen aan de hand van de democratietheorie van Pierre Rosanvallon en (diens leermeester) Claude

9 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma; Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347.

10 Voor de ophef rondom de eerste Wilders-zaak, die onder andere politici (niet alleen Wilders) ertoe aanzette tijdens het proces te suggereren de wet te zullen wijzigen, zie 'Pijnlijk om te zien hoe Rutte vrijheid opvat', *Trouw* 27 januari 2009; voor een verdere uitwerking van dit punt, zie par. 3.4.

Lefort. Wat leren deze democratietheorieën ons over het normatieve potentieel van een legitimiteitsconcept als dialoog? En meer concreet, ten aanzien van welke interpretatieve kaders, zoals die naar voren zijn gekomen vanuit de media-analyse, dient de Rechtspraak in een *democratische* samenleving dan responsief te zijn? Paragraaf 3.6, ten slotte, vat de empirische en normatieve bevindingen kort samen en bevat enkele aanbevelingen voor het doen van verder onderzoek naar het legitimiteitsvraagstuk in maatschappelijk gevoelige (beklag)zaken.

3.2 STRAFRECHT EN LEGITIMITEIT: HET BELANG VAN EEN DIALOGISCHE BENADE- RING

De Nederlandse strafrechtspleging is van oudsher professioneel ingericht, welk uitgangspunt duidelijk tot uitdrukking komt in ons vervolgingssysteem. De wetgever vond het vanuit rechtsstatelijk oogpunt van belang dat de vervolgingsbeslissing zou worden beslist op gronden van het algemeen belang. De geschiedenis zou hebben uitgewezen dat die taak bij het magistratelijke Openbaar Ministerie in goede handen was. Van de mogelijkheid tot private vervolging werd daarentegen afgezien: slachtoffers zouden al snel handelen vanuit 'wraakgevoelens', terwijl belangengroepen zouden worden gestuurd door hun deelbelangen.¹¹ Desalniettemin erkende de wetgever de noodzaak van een correctiemechanisme op de machtspositie van het Openbaar Ministerie: via de beklagprocedure werden burgers in staat gesteld de vervolgingsbeslissing bij een onafhankelijke raadkamer in vraag te stellen.¹² Wil deze klacht succesvol zijn, dan moet aan drie voorwaarden voldaan zijn. Ten eerste moeten deze klagers als 'rechtstreeks belanghebbende(n)' kunnen worden aangemerkt. Beklagzaken worden daarom veelal geïnitieerd door burgers die zichzelf als slachtoffer beschouwen, maar ook door belangengroepen die beogen de belangen te beschermen die door het besluit tot niet-vervolging geraakt zouden zijn. In ieder geval dienen klagers aan te tonen dat de niet-vervolging hun specifieke belangen raakt, zodat de beklagprocedure burgers geen algemeen recht aan burgers geeft om te klagen over het optreden van het Openbaar Ministerie in een specifieke zaak. Het tweede en derde criterium betreffen de haalbaarheid en opportuniteit van de vervolging. Niet alleen heeft de wetgever vooropgesteld dat voorkomen moet worden dat burgers in een voor hen ingrijpende strafprocedure terechtkomen zonder dat daarvoor een duidelijk strafrechtelijk aanknopingspunt bestaat – vandaar het criterium van de haalbaarheid – ook volgt uit het opportuniteitsbeginsel dat de vervolging in het algemeen belang dient te zijn. Het opportuniteitsbeginsel stelt daarom hogere

11 *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 55.

12 *Kamerstukken II 1917/18*, 77, nr. 1, p. 44; voor een korte historische schets over de ontwikkeling van de beklagprocedure, zie Koning 2022.

eisen aan het instellen van een vervolging dan het legaliteitsbeginsel dat een juridische basis als noodzakelijke én voldoende voor een vervolging beschouwt. Nu de haalbaarheid van de vervolging en het algemeen belang daarvan voor discussie vatbaar zijn, vormt de beklagprocedure een belangrijke check op het vervolgingsmonopolie en de discretionaire bevoegdheid van het Openbaar Ministerie. Dat geldt temeer omdat het tweede correctiemiddel daarop – de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie en Veiligheid – niet zonder controverse is.¹³

Zoals reeds aangekondigd in de inleiding kunnen twee typen beklagzaken worden onderscheiden: 1) degene waar private belangen van klagers centraal staan; en 2) degene waar burgers proberen een maatschappelijk conflict om te vormen tot een strafrechtelijk op te lossen conflict. In de tweede categorie beklagzaken leidt het onderliggende maatschappelijke conflict ertoe dat de vervolging ook de belangen van andere (niet bij de procedure betrokken) leden van de samenleving raakt. Hoewel beide categorieën op één zaak van toepassing kunnen zijn, is het ten aanzien van het legitimiteitsvraagstuk van belang de categorieën *conceptueel* te onderscheiden: ze brengen namelijk verschillende empirische en normatieve legitimiteitsproblemen met zich mee, die op verschillende manieren onderzocht en beantwoord dienen te worden.¹⁴ De legitimiteitsvraag in de eerste categorie zaken kan worden bestudeerd aan de hand van de (inmiddels welbekende) sociaal-psychologische theorie van procedurele rechtvaardigheid. Deze theorie werd in 1975 voor het eerst naar voren gebracht door Thibaut en Walker en heeft ertoe geleid dat er inmiddels een brede wetenschappelijke consensus bestaat over de bevinding dat ervaren legitimiteit sterk afhankelijk is van een door burgers waargenomen eerlijke en rechtvaardige procedure.¹⁵ Psychologisch vervolgonderzoek heeft onder meer aangetoond dat een als eerlijk en rechtvaardig ervaren procedure niet alleen moet worden beschouwd als een relevante factor voor ervaren legitimiteit (welke overtuiging tot uiting komt in bijvoorbeeld de acceptatie van een vonnis of het vertrouwen in instituties), maar ook dat deze daarop een grotere invloed heeft dan de ervaren eerlijkheid van de *uitkomst* van de procedure.¹⁶ In de context van de artikel 12 Sv-procedure is reeds een kwalitatief onderzoek uitgevoerd dat uitwees dat (het gebrek aan) ervaren procedurele rechtvaardigheid een belangrijke reden is waarom de geïnterviewde burgers ontevreden waren met het besluit tot niet-vervolging: zowel de wijze waarop hun aangiften werden afgehandeld als de communicatie door politie en OM over het sepot

13 Crijns e.a. 2022.

14 Koning 2022, p. 96-100.

15 De ervaring van procedurele rechtvaardigheid zou leiden tot een grotere acceptatie van een vonnis en meer vertrouwen in de autoriteiten, zie Thibaut & Walker 1975; Tyler & Lind 2001; ook in Nederland heeft de theorie tot veel onderzoek geleid en is het in verband gebracht met allerlei actuele maatschappelijke thema's, zoals complotdenken. Voor een overzicht, zie Van den Bos 2023.

16 Lind & Tyler 1988.

leidden ertoe dat zij het gevoel kregen door deze autoriteiten te worden miskend. De artikel 12 Sv-procedure krijgt daardoor een belangrijke maatschappelijke functie in de zin dat burgers verwachten dat zij hier wél ‘gezien en erkend worden’ door de raadsheren.¹⁷ Soortgelijk onderzoek in het strafrechtelijke domein, bijvoorbeeld die over de ervaringen van slachtoffers tijdens het strafproces, worden echter op normatieve gronden bekritiseerd: de louter empirische inslag zou geen recht doen aan de rechten van de verdachte en meer in het algemeen onvoldoende rekenschap geven van de normatieve kaders waarbinnen machthebbers in de juridische context moeten opereren.¹⁸

Het lijkt daarom alsof deze empirische en normatieve benaderingen van legitimiteit er altijd toe zullen leiden dat wetenschappers vanuit hun verschillende paradigma’s langs elkaar heen praten. Recente wetenschappelijke literatuur over legitimiteit heeft echter een nieuwe impuls aan het debat gegeven door niet alleen op de tekortkomingen van *beide* dominante benaderingen te wijzen, maar ze ook van een alternatief te voorzien. Kort gezegd betogen deze auteurs dat het bestuderen van legitimiteit vanuit een puur empirisch (vaak: psychologisch), dan wel puur normatief perspectief ertoe leidt dat het politieke en dynamische karakter van legitimiteit onvoldoende in de analyse wordt meegenomen.¹⁹ Legitimiteit zou namelijk noch gelokaliseerd zijn in objectieve, rationeel vast te stellen kwaliteiten van machthebbers (zoals de normatieve benaderingen dat doen), noch in de subjectieve overtuigingen van het publiek (zoals voorgestaan door de empirische benaderingen). In plaats daarvan krijgt legitimiteit pas vorm in het *publieke domein* waar burgers en machthebbers met elkaar interacteren: legitimiteitsclaims van machthebbers zullen telkens worden bevestigd door burgers, waarna het legitimatieproces weer opnieuw begint (en zo verder). Het waren de criminologen Bottoms en Tankabe die deze ‘dialogische benadering’ van legitimiteit in de context van de strafrechtspleging voor het eerst naar voren brachten en het legitimiteitsconcept herformuleerde als ‘een voortdurende discussie’ tussen ‘machthebbers’ en ‘het publiek’.²⁰ Dit legitimiteitsconcept impliceert dat legitimiteit nooit volledig zal worden bereikt en telkens zal moeten worden ge(re)construeerd in een constant interactieproces tussen machthebbers en burgers. Bovendien impliceert het dat de brug zal moeten worden geslagen tussen empirisch en normatief onderzoek: de (normatieve) legitimiteitsclaims van machthebbers vormen een antwoord op de geluiden vanuit de samenleving, maar zullen daar nooit volledig mee kunnen samenvallen. Onderzoek naar democratische legitimiteit vereist daarom zowel

17 Over deze private (maatschappelijke) functie van de beklagprocedure, zie Van Lent, Boone & Van den Bos 2016.

18 Voor een normatieve kritiek op empirisch onderzoek naar ervaren procedurele rechtvaardigheid, zie o.a. Geeraets & Veraart 2017.

19 Over legitimiteit als politiek concept in het algemeen, zie Fossen 2013; voor een overzicht van het bredere debat over legitimiteit in de context van de strafrechtspleging, zie Tankebe & Liebling 2013.

20 Bottoms & Tankebe 2012.

empirisch onderzoek naar de politiek-maatschappelijke interactieprocessen, als normatief onderzoek naar de vraag hoe deze binnen de normatieve kaders te institutionaliseren.

De tweede categorie artikel 12 Sv-zaken – de ‘maatschappelijk gevoelige zaken’ – illustreren dat legitimiteitsopvattingen, die exclusief empirisch of normatief van aard zijn, onvoldoende in staat zijn om de legitimiteitsproblemen die deze zaken veroorzaken in al hun complexiteit te begrijpen en dus van een normatief antwoord te voorzien. Dat de in de criminologische literatuur naar voren gebrachte derde legitimiteitsopvatting als dialoog in de context van maatschappelijk gevoelige zaken vruchtbaarder is, kan geïllustreerd worden aan de hand van de beklagzaak die leidde tot de vervolging van Geert Wilders. De (eerste) Wilders-zaak speelde zich af in een tijd waar het debat rondom de multiculturele samenleving hevig werd gevoerd. Omdat politici ‘de ogen zouden sluiten’ voor de uitdagingen die deze samenlevingsvorm met zich meebracht, kreeg Wilders’ PVV steeds meer aanhangers. Nadat Wilders in 2008 de film *Fitna* uitbracht en in de media verschillende (kritische) uitlatingen over moslims en de islam deed, vonden andere burgers dat de strafrechtelijke grens van Wilders’ vrijheid van meningsuiting inmiddels was bereikt.²¹ Na verschillende aangiftes en een uiteindelijk besluit tot niet-vervolgning vanuit de zijde van het Openbaar Ministerie – de vervolging zou juridisch niet haalbaar zijn omdat Wilders slechts een religie zou bekritisieren en zijn uitlatingen in de context van het maatschappelijk debat deed – besloten verschillende burgers en organisaties een artikel 12 Sv-procedure te starten. Tijdens deze procedure moest het Gerechtshof Amsterdam beslissen of een vervolging op grond van groepsbelediging en/of aanzetten tot haat en discriminatie (zoals neergelegd in de artikelen 137 c en d van het Wetboek van Strafrecht) haalbaar en in het algemeen belang zou zijn. Voor veel burgers kon de conflictoplossende taak van de Rechtspraak echter niet los worden gezien van het maatschappelijke conflict dat aan de zaak ten grondslag lag: de zaak zou bijvoorbeeld gaan om het monddood maken van een politicus en zijn aanhang, de problemen rondom de multiculturele samenleving of de toenemende polarisatie. En die conflicten, zo werd betoogd, zouden via het parlement of het publieke debat een uitweg moeten vinden en niet via het strafrecht.²²

De legitimiteit van de Rechtspraak in het eerste Wilders-proces kan gemakkelijk worden ontkend met een beroep op opiniepanels, waaruit bleek dat veel (ondervraagde) burgers de zaak opvatte als een politiek proces dat er nooit had moeten zijn.²³ Zonder aandacht voor de concurrerende interpretatieve kaders waarbinnen het conflict werd begrepen zou de Rechtspraak echter niet

21 Ten Hoove & Du Pré, ‘De paus heeft volkomen gelijk’, *de Volkskrant* 7 oktober 2006.

22 Voor een bespreking van het publieke debat rondom deze zaak, zie paragraaf 3.4 en hoofdstuk 4 van dit onderzoek.

23 ‘Zaak Wilders showproces; meerderheid stemmers verwacht donderdag vrijspraak PVV-leider’, *De Telegraaf* 21 juni 2011.

kunnen begrijpen waar dergelijke empirische legitimitietsproblemen in deze zaak vandaan kwamen en hoe ze van een normatief antwoord te voorzien. Legitimitietsopvattingen die uitsluitend empirisch of normatief zijn, zijn ten aanzien van de legitimitietsproblemen die in maatschappelijk gevoelige zaken ontstaan daarom niet erg informatief: ze laten na aandacht te besteden aan de wisselwerking tussen deze interactieprocessen en de daaruit voortvloeiende normatieve vragen waar machthebbers zich in deze zaken mee geconfronteerd zien. Ten eerste reduceren empirische benaderingen van legitimiteit het domein van het maatschappelijke tot een optelsom van individuen met bepaalde (psychologische) overtuigingen. Dat geldt voor het hiervoor besproken omvattende onderzoek naar ervaren procedurele rechtvaardigheid, maar ook voor onderzoek naar legitimiteit dat zich richt op de abstracte waarden die burgers aanhangen wanneer ze een legitimiteitsoordeel vellen.²⁴ Het domein van 'het maatschappelijke' kan echter niet zomaar worden gereduceerd tot een optelsom van individuen: burgers hebben niet alleen bepaalde individuele overtuigingen, maar geven ook *gezamenlijk* betekenis aan handelingen en gebeurtenissen. De ophef rondom de Wilders-zaak illustreert dat burgers telkens nieuwe en conflicterende interpretatieve kaders construeren waarbinnen zij een maatschappelijk gevoelige zaak begrijpen. Op deze manier construeren zij samen de maatschappelijke werkelijkheid.²⁵ De Rechtspraak dient deze concurrerende interpretaties van de zaak – die haar conflictoplossende taak kunnen legitimeren of juist de-legitimeren – vervolgens van een normatief antwoord te voorzien. Legitimitietsopvattingen die uitsluitend normatief zijn richten zich op dit normatieve niveau door de empirische werkelijkheid af te zetten tegen objectief gedefinieerde normatieve principes die richting zouden moeten geven aan de uitoefening van staatsmacht. Het probleem is echter dat deze normatieve principes vaak geen definitief antwoord op de vraag naar legitieme machtsuitoefening geven, zelfs wanneer alleen juridische relevante vragen overblijven. Wanneer burgers als rechtstreeks belanghebbende kunnen worden aangemerkt, kunnen de normatieve criteria die richting dienen te geven aan de vervolgingsbeslissing (de haalbaarheid en het algemeen belang) nog steeds voor interpretatie vatbaar zijn. Dat geldt temeer in maatschappelijk gevoelige zaken als de Wilders-zaak: over de haalbaarheid kon (juridisch) verschillend worden gedacht en het algemeen belang van de vervolging kan nooit ondubbelzinnig worden vastgesteld in het geval van een verdeelde democratische samenleving met concurrerende maatschappelijke belangen.²⁶ In dergelijke zaken kan de vervolgingsbeslissing van het gerechtshof daarom onmogelijk een *definitieve*

24 Voor deze laatste benadering, zie Beetham 2013.

25 Voor een (kritisch) commentaar op het sociaal constructivisme, zie Hacking 1999.

26 Uit de tegenstrijdige adviezen van de drie door het Openbaar Ministerie ingeroepen juridische experts bleek dat Lawson de vervolging haalbaar achtte, terwijl Sackers en De Roos zowel de haalbaarheid als de opportuniteit van de vervolging in twijfel trokken, zie Lawson 2008; 'Deze vervolging past niet bij een beschaafd land', *De Pers* 22 september 2010.

legitimatie vinden in 'objectieve' normatieve principes, zoals neutraliteit of onafhankelijkheid.

Maatschappelijk gevoelige beklagzaken laten daarom ruimte voor discussie op zowel het maatschappelijke niveau (moet dit maatschappelijke conflict als strafrechtelijk worden gedefinieerd?) als het normatieve niveau (hoe het conflict binnen de (voor interpretatie vatbare) juridische kaders op te lossen?). Die ruimte voor discussie heeft belangrijke consequenties voor ons legitimiteitsconcept: die zal zich niet alleen rekenschap moeten geven van beide niveaus, maar ook van de interactie daartussen. In die zin zijn de theoretische verhandelingen van de criminologen Loader en Sparks over het concept *democratische legitimiteit* veelbelovend.²⁷ Hoewel zij stellen voort te bouwen op Bottoms en Tankabe's legitimiteitsopvatting als 'voortdurende discussie' herinneren zij ons aan het gegeven dat 'dialogen' tussen burgers en machthebbers in democratische samenlevingen niet altijd 'in situ' worden gehouden.²⁸ Wanneer we het ideaal van legitimiteit als dialoog alleen toe zouden passen op procedures zou weinig tot niets gezegd kunnen worden over hoe legitimiteit tot stand komt in het geval van *meerdere* publieken, die als *burgers* veelal alleen op indirecte wijze kennisnemen van de strafrechtspleging via 'plaatselijke geruchten of roddels, of mediaberichtgeving'.²⁹ Loader en Sparks nodigen ons daarom uit om in het kader van het legitimiteitsvraagstuk na te denken over 'waar macht zich bevindt'; 'welke publieken erdoor geraakt worden'; en over de 'deliberatieve fora waar inclusieve dialogen kunnen worden geënceneerd'.³⁰

Loader en Sparks beogen hun legitimiteitsconcept te laten aansluiten bij democratische idealen en benadrukken dat het probleem van 'meerdere publieken' er altijd toe zal leiden dat de legitimatieprocessen in een *democratische* samenleving 'onvoltooid' blijven.³¹ Legitimiteit zal in deze samenlevingen daarom altijd moeten worden beschouwd als een dynamisch en interactief concept dat meer te maken heeft met 'verandering en transformatie' dan met 'orde en stabiliteit' of 'naleving en gehoorzaamheid', zoals aanhangers van de dominante, statische empirische en normatieve benaderingen dat lijken te doen.³² De analyse van Loader en Sparks is sterk beïnvloed door het werk van de Franse historicus en socioloog Rosanvallon, die democratische legitimiteit definieert als 'een onzichtbare institutie' en een "gevoelige indicator" van de politieke verwachtingen van de samenleving en van de manier hoe men daarop reageert'.³³ Wanneer we democratische legitimiteit met Rosanvallon beschouwen als een relationeel en politiek concept dat niet schuilt in de

27 Loader & Sparks 2013.

28 Loader & Sparks 2013.

29 Loader & Sparks 2013, p. 110.

30 Loader & Sparks 2013, p. 122.

31 Loader & Sparks 2013, p. 121.

32 Loader & Sparks 2013, p. 114; Bottoms & Tankebe 2012, p. 139.

33 Loader & Sparks 2013, p. 105.

menselijke psyche of objectieve principes, maar in verhoudingen en instituties, dan zou dat volgens Loader en Sparks kunnen leiden tot 'een meer democratische en deliberatieve criminele politiek en de organisatie daarvan'.³⁴ Hoewel de twee criminologen erkennen dat deze conceptualisering van democratische legitimiteit zich (in de context van de strafrechtspleging) nog in een vroeg stadium bevindt en daarom nog onvoldoende theoretisch is uitgedacht en empirisch is onderzocht, zijn ze wel van mening dat het een 'even formidabele als spannende agenda' oplevert.³⁵

Voor de uitvoering van die agenda doen ze alvast een voorzet. Wanneer we democratische legitimiteit conceptualiseren als dialoog, tussen wie dient die dialoog dan plaats te vinden; op grond van welke voorwaarden; en in welke fora?³⁶ Het vervolg van deze bijdrage bouwt voort op deze vragen die onvermijdelijk voortvloeien uit de hierboven besproken theoretische conceptualisering van democratische legitimiteit als dialoog. Paragraaf 3.3 stelt voor de 'dialogen' tussen machthebbers en verschillende publieken via een media-analyse op empirische wijze te onderzoeken. De resultaten van deze media-analyse in paragraaf 3.4 illustreren het empirisch potentieel van een legitimiteitsconcept als dialoog in maatschappelijk gevoelige beklagzaken. Deze zaken leiden er namelijk toe dat de dialogen die op grond van legitimiteitsclaims ontstaan niet alleen plaatsvinden in de rechtszaal, maar ook via media-berichtengeving vanuit verschillende interpretatieve kaders vorm krijgen. De maatschappelijke conflicten die aan de juridisch op te lossen conflicten ten grondslag liggen zullen daarom steeds dialogen over legitimiteitsclaims teweegbrengen die 'incommensurabel' zijn.³⁷ Vooral buiten de gecontroleerde, geïnstitutionaliseerde setting van de rechtszaal is er onenigheid over zowel het kader waarbinnen de dialoog over het conflict moet worden gevoerd, alsook de setting waar deze zou moeten plaatsvinden. Wanneer een legitimiteitsconcept als dialoog zich rekenschap wil geven van dit samenspel tussen de politiek-maatschappelijke interactieprocessen en de normatieve, juridische context waarbinnen deze in het geval van maatschappelijk gevoelige beklagzaken geïnstitutionaliseerd zullen moeten worden, dan zullen deze politiek-maatschappelijke interactieprocessen eerst empirisch moeten worden bestudeerd. Van daaruit kan pas worden nagedacht over de vraag hoe de reactie van de Rechtspraak daarop meer 'democratisch' te maken mét aandacht voor

34 Loader & Sparks 2013, p. 112.

35 Loader & Sparks 2013, p. 122.

36 Loader & Sparks 2013, p. 111.

37 Deze term is ontleend aan het werk van Kuhn 1962; hoewel hij het in de context van wetenschappelijke vooruitgang besprak: het ontbreken van een gedeelde, neutrale maatstaf om te kiezen tussen paradigma's met zulke verschillende uitgangspunten, waardoor communicatie tussen deze paradigma's eigenlijk onmogelijk is; een soortgelijke 'incommensurabiliteit' zien we bijvoorbeeld wanneer het ene 'kamp' gebruikmaakt van het 'vocabulaire' van de politiek en de andere van het recht wanneer over de institutionalisering van een maatschappelijk gevoelig conflict wordt gesproken.

normatieve begrenzingen die de specifieke juridische context aan dit instituut oplegt. Paragraaf 3.5 verkennt daarom het normatieve, democratische potentieel van legitimiteit als dialoog aan de hand van de democratietheorieën van Lefort en Rosanvallon. Eerst zal in de volgende paragraaf worden ingegaan op het belang van *competitive framing* om democratische legitimiteit in de context van maatschappelijk gevoelige zaken op empirische wijze te bestuderen.

3.3 THEORETISCH KADER EN METHODE

3.3.1 Theoretisch kader: *competitive framing*

In maatschappelijk gevoelige beklagzaken beogen klagers maatschappelijke conflicten te transformeren tot strafrechtelijk op te lossen conflicten middels het gebruik van wat in de (rechts)sociologische literatuur *legal framing* wordt genoemd.³⁸ Via deze techniek kaderen burgers hun conflict in als juridisch conflict, zonder welke strategie het onmogelijk is deze een uitweg via het recht (hier: het strafrecht) te laten vinden. In principe, zo zou kunnen worden betoogd, vindt dit transformatieproces plaats bij elke beklagprocedure (en dus ook bij de categorie zaken die de private belangen van klager en beklagde niet overstijgen). Zij krijgt echter een andere betekenis in de context van politiek-maatschappelijke verdeeldheid die eigen is aan de bijzondere categorie maatschappelijk gevoelige beklagzaken. De deelnemers aan de dialoog over de legitimiteitsclaims in deze zaken betreffen immers niet alleen het Openbaar Ministerie en de procesdeelnemers, maar ook andere machthebbers en leden van de verdeelde democratische samenleving. De hierboven aangehaalde Wilders-zaak illustreerde al dat niet iedereen de door klagers beoogde ‘criminalisering’ zal toejuichen. Het kan in het belang van deze niet bij de procedure betrokken burgers en machthebbers zijn om de door klagers beoogde transformatie van het maatschappelijke naar het strafrechtelijke conflict te herdefiniëren. Via de techniek van *counter framing* zullen degenen met conflicterende belangen proberen de beoogde conflictdefinitie ‘weg te redeneren’ en daarmee de door klagers voorgestane strafrechtelijke oplossing daarvan. Daarmee wordt tegelijkertijd de conflictoplossende taak van de Rechtspraak gedelegeerd. Dergelijke interactieprocessen van *framing* en *counter framing* kunnen er zelfs toe leiden dat deelnemers aan deze ‘dialoog’ het conflict veranderen om zo hun eigen *issue* op de agenda te plaatsen. Kortom, de politiek-maatschappelijke dynamiek van *competitive framing* zal verschillende dialogen tussen burgers en machthebbers voortbrengen waarbij concurrerende conflictdefinities en oplossingen daarvoor naar voren zullen worden gebracht.³⁹

38 Leachman 2013.

39 Over *competitive framing*, zie Chong & Druckman 2007.

Het is van belang op te merken dat de media-analyse die hieronder zal worden toegelicht niet pretendeert iets te zeggen over de (psychologische) *effecten* van deze dynamiek op de individuele percepties van burgers die van de berichtgeving kennisnemen. Het voornaamste empirische doel was het doen van een systematische analyse van concurrerende dialogen tussen machthebbers en meerdere publieken, die ons kunnen helpen om de maatschappelijke strijd over de conflictdefinities waarover de Rechtspraak in maatschappelijk gevoelige zaken zou beslissen beter te begrijpen. Daartoe werd gebruikgemaakt van bestaande wetenschappelijke *framing*-literatuur waaruit blijkt dat politiek gevoelige kwesties doorgaans binnen vijf frames worden bediscussieerd: een *conflictframe*, een *verantwoordelijkheidsframe*, een *human-interest frame*, een *economisch gevolgenframe* en een *moraliteitsframe*.⁴⁰ Na een steekproef uit de media-berichtgeving rondom vier maatschappelijk gevoelige beklagzaken werd het duidelijk dat de *frames* een kleine aanpassing behoeften, omdat de zaken bleken te worden geïnterpreteerd binnen kaders die aan de strafrechtelijke context eigen zijn. De media-analyse was daarom deels deductief (vanwege het gebruik van *frames* die uit de wetenschappelijke literatuur voortkwamen) en deels inductief (omdat de empirie aanleiding gaf niet strikt aan deze bestaande frames vast te houden). De volgende vijf *frames* werden uiteindelijk geschikt bevonden voor het doen van een systematische analyse naar de legitimatieprocessen in maatschappelijk gevoelige beklagzaken.

Conflict frame: dit frame benadrukt het conflict tussen individuen, groepen en instituties. Vanwege de concurrerende maatschappelijke belangen werd verwacht dat de dynamiek van *competitive framing* in maatschappelijk gevoelige beklagzaken verschillende conflictdefinities aan het licht zou brengen.

Slachtoffer frame: dit frame is een variatie op het human-interest frame dat een 'menselijk gezicht' aan gebeurtenissen geeft. Aangezien strafrecht vaak geassocieerd wordt met slachtoffers en hun emoties – en de beklagprocedure voor slachtoffers bovendien een laatste redmiddel tot rechtsbescherming vormt – werd verwacht ook dit *frame* in de mediaberichtgeving te herkennen.

Maatschappelijke gevolgen frame: dit frame is een variatie op het economisch gevolgenframe, zodat ook discussies over de bredere maatschappelijke effecten van de rechtsgang en de juridische beslissing zouden kunnen worden meegenomen. Het opportuniteitsbeginsel vereist dat een strafrechtelijke vervolging in het belang van de samenleving is, iets wat ook door klagers in een beklagprocedure dient te worden aangetoond. Deze naar voren gebrachte positieve effecten kunnen door de media ondersteund of juist tegengesproken worden.

Normframe: dit frame is een variatie op het moraliteitsframe, zodat het ook de normstelling door een juridische beslissing omvat. Naast het toekomen aan de belangen van slachtoffers en het teweegbrengen van positieve maatschappelijke effecten heeft het strafrecht een belangrijke morele dimensie: het omschrijft

40 Semetko & Valkenburg 2000.

een set aan publieke normen en houdt degenen die deze overtreden verantwoordelijk.⁴¹ Het strafrecht heeft echter geen monopolie op het definiëren van normen en normen die voortkomen uit andere domeinen (bijvoorbeeld professionele of morele) kunnen gebruikt worden om te ontkennen dat gedragingen als ‘crimineel’ moeten worden geclassificeerd.

Verantwoordelijkheidsframe: dit frame kent de verantwoordelijkheid toe aan bijvoorbeeld burgers, groepen, een sector of overheidsautoriteiten om een specifiek probleem of conflict op te lossen.

Om de dialogen tussen meerdere publieke en machthebbers in de context van maatschappelijk gevoelige beklagzaken op een systematische manier te onderzoeken, werden vier maatschappelijk gevoelige beklagzaken geselecteerd aan de hand waarvan het empirische potentieel van een conceptualisering van democratische legitimiteit als dialoog onderzocht kon worden. De casestudies richtten zich op twee empirische vragen: 1) de manier waarop meerdere *publieken* gebruikmaakten van *framing*-technieken om de door klagers beoogde transformatie van het maatschappelijke naar het strafrechtelijke conflict te (de)legitimeren; en 2) de manieren waarop *machthebbers* (andere dan de rechterlijke macht die de ‘laatste legitimiteitsclaim’ maakt) op deze conflicterende politieke verwachtingen van de samenleving reageerden.

3.3.2 Methode

De media-analyse startte vanuit een thematische analyse van nieuwsartikelen die betrekking hadden op vier maatschappelijk gevoelige beklagzaken: de Wilders-zaak, de Martijn-zaak, de Libor-zaak en de zaak-Henriquez.⁴² De dynamiek van *framing* en *counter framing* was in de berichtgeving rondom elke zaak terug te vinden. De pogingen van klagers om maatschappelijke conflicten te transformeren tot strafrechtelijke conflicten werden namelijk door zowel burgers als machthebbers beantwoord aan de hand van concurrerende discourses. Die discourses, of vocabulaires, volgden bijvoorbeeld een politieke, morele, professionele of economische logica, aan de hand waarvan kon worden betoogd dat de conflicten niet in het strafrecht maar elders een uitweg zouden moeten vinden. De vier beklagzaken – en hun politiek-maatschappelijke context – worden hieronder kort toegelicht.

Zoals al is besproken in paragraaf 3.2 kon de vraag naar de vervolging van Geert Wilders niet los worden gezien van een hevig maatschappelijk debat

41 Over deze ‘expressieve functie’ van het strafrecht, zie Duff 2018.

42 Over thematische analyses, zie Braun & Clarke, 2006; voor de vier geselecteerde zaken, zie Hof Amsterdam 9 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496; Hof Leeuwarden 21 november 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU4940; Gerechtshof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204; Hof Den Haag 30 Maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:840; Hof Den Haag 30 Maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:841.

over de Nederlandse multiculturele samenleving. Ten tijde van de aangiften en de beklagzaak (2008-2009) moest een beroep op antidiscriminatiewetgeving het veelal afleggen tegenover de opvatting dat in Nederland een vrijwel onbegrensde vrijheid van meningsuiting zou moeten bestaan. Hoewel Wilders' opvattingen niet per se inhoudelijk werden ondersteund, vatte de partij daarom duidelijk de tijdsgeest: het tijdperk van 'politieke correctheid' was voorbij en elk onderwerp, hoe gevoelig ook, zou onderwerp moeten kunnen zijn van politiek-maatschappelijk debat.⁴³

De politiek-maatschappelijke dynamiek was in het geval van de behandeling van de klacht tegen niet-vervolgving van de pedofielenvereniging Martijn in 2011 eigenlijk precies het tegenovergestelde. Hoewel de maatschappelijke acceptatie van pedofilie in het algemeen en een pedofielenvereniging in het bijzonder ooit als het toppunt van Nederlandse tolerantie werd gezien, leek pedofilie voor een groot deel van de samenleving inmiddels één van de weinige overgebleven taboes te zijn.⁴⁴ Het was dan ook te verwachten dat de klacht van de ouders van een misbruikt kind over dat de dader 'tips en tricks' van de vereniging zou hebben ontvangen, bediscussieerd zou worden binnen het bredere debat over de gewenste plaats van pedofielen in de Nederlandse samenleving.

De zaak-Henriquez betrof de mogelijke vervolging van vijf politieagenten die betrokken waren bij de fatale arrestatie van de uit Aruba afkomstige Mitch Henriquez in 2015. Tijdens een bezoek aan het muziekfestival Night at the Park in Den Haag riep Henriquez een wapen te bezitten en wees daarbij naar zijn kruis. Als gevolg daarvan werd hij gearresteerd, waarna hij overleed aan de gevolgen van een door één van de agenten aangelegde nekklem. Het officiële persbericht op de website van het Openbaar Ministerie vermeldde dat Henriquez zijn bewustzijn pas verloor tijdens het transport naar het politiebureau. Die weergave van de feiten werd al snel tegengesproken door omstanders die de arrestatie hadden gefilmd: uit de beelden die op sociale media verschenen bleek dat Henriquez al op het festivalterrein onwel was geworden. Het persbericht werd aangepast, maar de geest was uit de fles. Het incident kreeg veel media-aandacht en er ontstond een levendig publiek debat over politiegeweld en etnische profilering. Bovendien braken er rellen uit in de Haagse Schilderswijk, omdat de bewoners de gebeurtenis relateerden aan hun eigen ervaringen met de politie.⁴⁵ Nadat het Openbaar Ministerie besloot twee van de vijf agenten te vervolgen – één legde de nekklem aan en de andere

43 Zo maakte Wilders' PVV van september 2010 tot april 2012 deel uit van de gedoogcoalitie samen met de VVD en het CDA; over de zaak in zijn politiek-maatschappelijke context, zie Prakken 2012.

44 Bessems, 'Hoe het archief van Pedoclub Martijn de veranderende tijdsgeest weerspiegelt', *de Volkskrant* 26 november 2019.

45 Voor een reportage over de sentimenten in de Schilderswijk naar aanleiding van het betreffende incident, zie Wismans & Bos, 'We zijn niet blank, dáárom moet de politie ons hebben', *NRC* 1 juli 2015.

smeerde pepperspray in Henriquez' gezicht – besloot de familie van Henriquez een artikel 12 Sv-procedure te starten met het doel alle vijf agenten voor de strafrechter te brengen en de twee al vervolgd agenten voor een zwaarder strafbaar feit terecht te laten staan.

De Libor-zaak draaide om de vraag naar de vervolging van de Rabobank, haar bestuurders en enkele medewerkers. Naar aanleiding van een grootschalige fraude met de Libor-rentetarieven – die in 2013 aan het licht kwam – had de Rabobank al eerder een transactie gesloten met het Openbaar Ministerie. Deze transactie werd voorwerp van politiek-maatschappelijk debat, onder andere omdat het een clause bevatte waarin stond dat individuele bankiers niet vervolgd zouden worden.⁴⁶ Wel had de Rabobank enkele medewerkers onderworpen aan disciplinaire straffen en in het algemeen verbetering van de bedrijfscultuur beloofd. De transactie impliceert in juridische zin echter geen oordeel over de schuldvraag, iets wat ook nog expliciet door de ceo van de bank werd benadrukt.⁴⁷ Deze gang van zaken leidde ertoe dat ook deze zaak bediscussieerd werd binnen een breder publiek debat over klassenjustitie en het gebrek aan verantwoordelijkheid in de bancaire sector, zoals die was opgelaaid sinds de financiële crisis van 2008.

De krantenartikelen werden verzameld via de database Nexisuni en betroffen artikelen van de vijf Nederlandse kranten met de hoogste oplage (*Trouw*, *de Volkskrant*, *NRC Handelsblad*, *Telegraaf* en *Algemeen Dagblad*). Omdat de media-analyse tot doel had dialogen over de legitimatieprocessen in maatschappelijk gevoelige beklagzaken op systematische wijze te onderzoeken, startte de dataverzameling vanaf het moment dat dergelijke processen duidelijk vorm kregen in de media. Wat betreft de zaken Wilders, Martijn en Libor was het startpunt het besluit tot niet-vervolging. In de zaak-Henriquez vormde het incident zelf het startpunt van de dataverzameling, omdat de politiek-maatschappelijke interactieprocessen van *framing* en *counter framing* vanaf dat moment al alomtegenwoordig waren. In elke zaak vormde de juridische beslissing het eindpunt van de dataverzameling. Vervolgens werd via de zoektermen 'Wilders', 'Libor', 'pedofielenvereniging Martijn' en 'Henriquez' bepaald welke artikelen geschikt zouden zijn voor verdere analyse. Nu de dialogen over de vraag naar de institutionalisering van maatschappelijk gevoelige conflicten via het strafrecht het voorwerp van onderzoek waren, werden de artikelen die hiermee op geen enkele manier verband hielden van de analyse uitgesloten. Zo domineerde Geert Wilders het nieuws in de periode waarop de dataverzameling betrekking op had, maar zagen veel krantenartike-

46 Dat debat kwam met name op gang na: *Zembla – 'De Libor-affaire'*, BNNVARA 23 januari 2014.

47 De schikking bevatte de zin: 'Rabobank erkent geen schuld aan ook maar enig strafbaar feit.', zie *Zembla – 'De Libor-affaire'*, BNNVARA 23 januari 2014; bij zijn aftreden benadrukte voorman Piet Moerman dit nogmaals in een videoboodschap, tot ergernis van de media, zie Hudig, 'Leiders, buit die crisis uit voor een sterke speech', *NRC* 23 november 2013.

len in wezen op zijn algemene activiteiten als politicus. De rechtszaak werd dan slechts terloops genoemd. Van de 1100 artikelen bleven er uiteindelijk 56 artikelen over die geschikt waren voor verdere codering. De zoekterm 'Libor' leverde 524 artikelen op. Daarvan bleven er 236 artikelen over omdat veel artikelen betrekking hadden op nieuwe frauduleuze praktijken die met de Libor-affaire werden vergeleken (zoals de fraude rondom Euribor) of op andere banken en rechtszaken die in het buitenland werden aangespannen. De zaken Martijn en Henriquez hadden weinig filtering nodig: er bleven respectievelijk 349 van de 354 en 61 van de 61 artikelen over voor systematische analyse.

Vervolgens werden de artikelen bestudeerd door de lens van de vijf *frames*, die gecodeerd werden wanneer ze werden herkend. Sommige artikelen bevatten meerdere *framing*technieken. Deze werden dan alle gecodeerd. Bovendien werd genoteerd wie deze technieken toepaste (bijvoorbeeld het Openbaar Ministerie, de politie, politici (en daarom 'machthebbers'); of bijvoorbeeld journalisten, experts of 'gewone burgers' (die gezien werden als 'publieken'). Nu dit een grotendeels interpretatief proces betrof, werden de artikelen handmatig gecodeerd zodat zo min mogelijk betekenis verloren zou gaan. Om dezelfde reden werd gekozen voor een kwalitatieve in plaats van een kwantitatieve benadering: het voornaamste doel was niet de aantallen van bepaalde frames in kaart te brengen, maar de (vaak concurrerende) kwalitatieve invullingen ervan en hun onderlinge relaties. Zo kreeg het slachtofferframe invulling aan de hand van een (apolitieke) verwijzing naar private gevoelens van klagers, maar werd het door anderen juist gebruikt om te betogen dat het klagers zou gaan om publieke erkenning van hun slachtofferschap en daarmee het bedrijven van identiteitspolitiek. Omdat het beoogde (deel)onderzoek naar het empirisch potentieel van legitimiteit als dialoog aandacht vereiste voor de politiek-maatschappelijke *interactieprocessen* tussen machthebbers en meerdere publieken, werden de artikelen en de daarin gebruikte *framing*technieken vervolgens in onderling verband bestudeerd. Deze laatste analyseslag had tot doel uiteindelijk in kaart te kunnen brengen hoe de *framing*technieken werden gebruikt om de conflicten waarmee de beklagrechtter geconfronteerd zou worden te (her)definiëren, en hoe deze technieken van invloed waren op de (in de media naar voren gebrachte) opvattingen over vraag naar de conflictoplossende taak van de Rechtspraak. Waar *conflict frames*, *slachtofferframes*, *normframes* en maatschappelijke *gevolgenframes* gebruikt kunnen worden voor de constructie van (concurrerende) interpretatieve kaders waarbinnen de zaken kunnen worden begrepen (de *conflictdefinities*), vormen verantwoordelijkheidsframes logischerwijze de meest directe route tot legitimiteitsoordelen over de conflictoplossende taak van de Rechtspraak. Het belang van de andere vier frames moet wat betreft het hier te onderzoeken legitimiteitsvraagstuk echter niet onderschat worden: onenigheid over de interpretatie van de conflictdefinitie leidt immers onvermijdelijk tot onenigheid over de oplossing daarvan.

3.4 RESULTATEN: LEGITIMITEIT ALS DIALOOG EMPIRISCH GETOETST

De bevindingen van de media-analyse zullen hieronder gepresenteerd worden vanuit een dialogisch perspectief. Na een weergave van de aanvankelijke dialoog tussen het Openbaar Ministerie en de klagers, die beide *framing*technieken toepasten om te betogen dat de conflicten al dan niet via het strafrecht een uitweg zouden moeten vinden, worden de reacties van andere publieken en machthebbers ten aanzien van deze kwestie besproken.

3.4.1 Het starten van een dialoog: de reactie van klagers op de legitimiteitsclaim van het Openbaar Ministerie

3.4.1.1 *Framingtechnieken van het Openbaar Ministerie*

Net als andere actoren in de strafrechtspleging probeert het Openbaar Ministerie responsief te zijn ten aanzien van de feitelijke behoeften vanuit de samenleving om op die manier legitimiteit te verwerven en te behouden.⁴⁸

Wat betreft het besluit tot niet-vervolging in de vier onderzochte maatschappelijk gevoelige beklagzaken koos het Openbaar Ministerie juist voor een meer klassiek juridische benadering, die in alle zaken via persberichten werd toegelicht en in de mediaberichtgeving werd overgenomen. In drie zaken werd het besluit tot niet-vervolging gelegitimeerd aan de hand van de onhaalbaarheid van de vervolging. Wilders' uitspraken zouden betrekking hebben op een religie en niet op de aanhangers daarvan, zodat dit een kwestie voor het politiek-maatschappelijk debat zou zijn; de misdaden die door enkele leden van vereniging Martijn waren gepleegd zouden niet aan de vereniging zelf kunnen worden toegerekend; en maar twee van de vijf agenten zouden handelingen hebben uitgevoerd die hadden geleid tot de dood van Mitch Henriquez.

Alleen de transactie met de Rabobank had een verdere rechtvaardiging nodig via het opportuniteitsbeginsel, nu het strafrechtelijk aanknopingspunt in deze maatschappelijk gevoelige kwestie duidelijk aanwezig was. Het Openbaar Ministerie stelde dat de transactie vanuit het oogpunt van effectiviteit en efficiëntie de voorkeur verdiende boven een strafrechtelijke vervolging. Het vervolgen van de Rabobank zou namelijk weinig toegevoegde waarde hebben, nu de rechterlijke macht deze bank slechts een boete kan opleggen. Bovendien waren er al disciplinaire straffen opgelegd. In deze zaak kaderde het Openbaar Ministerie het conflict dus niet alleen in termen van normen, zoals in de andere drie zaken, maar ook in termen van maatschappelijke gevolgen: de financiële sector zou gebaat zijn bij rust en een transactie zou een passende oplossing voor de samenleving zijn.

48 Over legitimiteit en publieke opinie, met speciale aandacht voor het OM, zie Noyon 2021.

3.4.1.2 Framingtechnieken door klagers

De mediaberichtgeving rondom alle vier de maatschappelijk gevoelige beklagzaken bevatte enkele artikelen van waaruit de lezer een indruk kon krijgen van de interpretatie die klagers van het conflict hadden waarvoor zij een artikel 12 Sv-procedure waren gestart. In tegenstelling tot het Openbaar Ministerie waren de klagers van mening dat de strafrechter verantwoordelijk zou moeten zijn voor de oplossing van deze conflicten, nu andere machthebbers – politici, de politie of het Openbaar Ministerie – er onvoldoende op gereageerd zouden hebben. Interessanter voor ons onderzoek naar de democratische legitimiteitsclaims in maatschappelijk gevoelige beklagzaken en de politieke verwachtingen van de samenleving daaromtrent is dat de klagers uiteenlopende verwachtingen van het strafrecht bleken te hebben en dat deze, in tegenstelling tot de aannames die ten grondslag liggen aan *penal populism*, niet per se zagen op (zware) straffen.⁴⁹

Het zijn van een direct belanghebbende is een voorwaarde om in de beklagprocedure ontvankelijk te worden verklaard. Uit de mediaberichtgeving kwam naar voren dat dergelijke juridische begrippen vaak ver afstaan van de ervaringen van ‘gewone burgers’: uit de berichtgeving bleek dat alle klagers gebruikmaakten van een slachtofferframe om zichzelf te representeren, hoewel op een verschillende manier. Een duidelijk voorbeeld van het gebruik van het slachtofferframe werd gevonden in mediaberichtgeving rondom de zaak-Henriquez. De familie van Henriquez verkeerde in ‘diepe rouw’ en verwachtte van de strafrechter dat deze zou bijdragen aan gerechtigheid voor Mitch, die het slachtoffer was geworden van excessief en zinloos politiegeweld.⁵⁰ Ze corrigeerden geruchten dat Mitch drugs zou hebben gebruikt en lieten zich tegenover journalisten uit over de impact van de gebeurtenis op hun leven. Naast het gebruik van het slachtofferframe om individueel lijden tot uiting te brengen, lieten de andere drie zaken zien dat dit frame ook als politieke categorie kan worden gebruikt. De klagers uit de Martijn-zaak stelden dat het conflict niet alleen ging over hun misbruikte dochter en hun ervaringen als ouders daarmee, maar dat zij de beklagprocedure hadden aangewend voor alle kinderen die door de vereniging en haar denkbelden gevaar zouden lopen. Ook de Libor- en Wilders-zaak illustreerden dat het slachtofferframe als politieke categorie breder kan worden ingezet. De klagers in de Libor-zaak beargumenteerden dat niet alleen de klanten van de Rabobank, maar alle leden van de samenleving gevangen zouden zitten in een financieel systeem dat nog nauwelijks vertrouwd zou worden. Hun advocaat voegde daaraan toe dat iederéén te veel zou hebben betaald. Een klager in de Wilders-zaak gebruikte een soortgelijk argument: Wilders richt zich niet alleen op de islam, maar op

⁴⁹ Over *penal populism*, zie Garland 2021.

⁵⁰ Markus, ‘Neef Mitch Henriquez: ik heb geen vertrouwen meer in politie en justitie’, *Trouw* 23 september 2015.

iedereen 'die afwijkt'.⁵¹ Slachtofferframes bleken daarom niet alleen te worden ingezet door klagers om zichzelf als rechtstreeks belanghebbende of slachtoffer te representeren, maar ook als 'identificatiemiddel': zij (de klagers) zouden meer als een van *ons* moeten worden gezien. Met andere woorden, de klagers leken te beargumenteren dat hún conflict met het Openbaar Ministerie ook óns conflict was of dat in ieder geval kon zijn, waarbij de kring van 'ons' zo groot mogelijk werd gemaakt. Tegen die achtergrond merkten enkele klagers en advocaten die betrokken waren bij de Wilders-zaak ook op dat de gang naar de rechter ook voor moslims openstaat, net zoals dat voor elke democratische burger geldt.

Volgens de klagers zou het conflict niet alleen gekenmerkt worden door (mogelijk) gedeeld lijden, zoals dat door de beklagde zou zijn veroorzaakt, ook zou het gekarakteriseerd moeten worden door de schending van gedeelde normen. Bepaalde publieke normen, zoals neergelegd in het Wetboek van Strafrecht zouden door andere machthebbers en de samenleving onvoldoende bevestigd worden, zodat de verantwoordelijkheid daarvoor aan de rechterlijke macht moest worden toevertrouwd. Maar net als de juridische categorie 'rechtstreeks belanghebbende' bleek ook de haalbaarheid van de vervolging niet altijd in juridische termen te worden gedefinieerd. Zo lieten de klagers in de Martijn-zaak aan de media weten dat een vereniging die seks met kinderen propageerde toch niet zou kunnen en mogen bestaan, zodat de kwestie vooral een morele inkadering kreeg. Naast verwijzingen naar morele normen, leken ook professionele normen niet altijd te worden onderscheiden van degene in het Wetboek van Strafrecht. Nadat intern politieonderzoek uitwees dat het *hele* politieoptreden disproportioneel, onmatig en ondeskundig was geweest, lieten de advocaat en de familie van Henriquez de media bijvoorbeeld weten dat de samenwerking nu duidelijk was en dat dus alle vijf de agenten vervolgd moesten worden. De klagers en hun advocaat in de Libor-zaak spraken van klassenjustitie op grond van de informatie die bekend was vanuit het onderzoek van de toezichthouders dat de professionele normen binnen de bancaire sector als maatstaf nam. Klagers in de Wilders-zaak stelden echter vooral de *juridische* argumentatie van het Openbaar Ministerie in vraag. Ze lieten via de media weten dat zij het juridische onderscheid tussen religie en gelovigen gekunsteld vonden: de grens wil je toch niet sluiten voor een boek, maar voor mensen?

Naast bovenstaande klassieke functie van het strafrecht – de bevestiging van publieke normen en het verantwoordelijk houden van degenen die deze overtreden – gebruikten de klagers een maatschappelijk gevolgenframe om hun conflict te definiëren. De positieve maatschappelijke gevolgen die zij aan de beoogde strafprocedure toeschreven, zouden hun private belangen overstijgen. Zo liet de neef van Henriquez weten via de media, in reactie op de rellen

51 'Onbegrip bij klagers over besluit OM. Niet-vervolgen van Wilders PVV-leider kan er nog niet helemaal gerust op zijn', *de Volkskrant* 1 juli 2008.

die naar aanleiding van het incident uitbraken, dat ook hij wilde weten waarom de politie zo veel geweld had gebruikt. Deze uitspraak ging echter niet over verwachtingen ten aanzien van de traditionele functie van het strafproces – de strafrechtelijke waarheidsvinding – maar over ‘waarheidsvinding’ in het politiek-maatschappelijke debat: ‘was het machogedrag of toch racisme’?⁵² De klagers in de Martijn-zaak hoopten de ogen van de samenleving te openen voor het maatschappelijke probleem van kindermisbruik en de vertegenwoordigende organisatie in de Libor-zaak hoopte dat de strafrechtelijke veroordeling ertoe zou leiden dat ook andere benadeelden sterker zouden staan (en minder financieel risico zouden lopen) wanneer zij zouden proberen hun schade via de civiele route te verhalen, zodat ook het vertrouwen in het financiële systeem weer kon herstellen. De klagers in de Wilders-zaak benadrukten met name de functie van de rechtszaal als forum voor maatschappelijk debat. Ten aanzien van het standpunt van het Openbaar Ministerie dat het strafproces niet het forum zou zijn voor een politiek-maatschappelijk debat over de plaats van de islam in de samenleving, reageerden ze dat dit niet het debat was dat ze in de rechtszaal wilden voeren. Ze hoopten daarentegen op grond van wetenschappelijk en anekdotisch bewijs in de rechtszaal Wilders’ negatieve invloed op het maatschappelijk klimaat aan te tonen. Bovendien werd opgemerkt dat Wilders zijn uitspraken bij de rechter zou moeten nuanceren en verduidelijken. Hoewel het Openbaar Ministerie stelde dat dit alles onderwerp zou moeten zijn van politiek-maatschappelijk debat, werd opgemerkt dat Wilders nog nooit met hén in debat was gegaan. Dat debat zou door Wilders – door moslims ‘een plaag’ te noemen – sowieso zijn ‘verziekt’, omdat er een hele groep van wordt uitgesloten.⁵³ Tegen de achtergrond van deze politiek-maatschappelijke context zou het nog belangrijker zijn dat de rechtsgang voor moslims open zou staan. Vanuit dezelfde gedachte werd opgemerkt dat deze strafprocedure (en de mogelijke veroordeling) de integratie ten goede zou komen.

3.4.2 De (her)definiëring van conflicten: het probleem van meerdere publieken en meerdere machthebbers.

Hoewel klagers inderdaad gebruikmaakten van *framing*technieken om het maatschappelijke conflict om te kunnen vormen tot een strafrechtelijk op te lossen conflict bleken hun conflictdefinities nooit helemaal van de politiek-maatschappelijke context losgetrokken te worden. Niet alleen deden klagers een beroep op de klassieke verantwoordelijkheid van de rechterlijke macht om een uitspraak te doen over (wat zij zagen als) de toe te passen strafrechtelij-

52 Markus, ‘Neef Mitch Henriquez: ik heb geen vertrouwen meer in politie en justitie’, *Trouw* 23 september 2015.

53 ‘Onbegrip bij klagers over besluit OM; Niet-vervolgen van Wilders PVV-leider kan er nog niet helemaal gerust op zijn’, *de Volkskrant* 1 juli 2008.

ke normen, ook werden er in het licht van de politiek-maatschappelijk gevoelige context allerlei positieve maatschappelijke effecten aan de strafvervolgung toegeschreven. Zo zou de Rechtspraak bij moeten dragen aan de oplossing van kindermisbruik (Martijn-zaak) en een antwoord geven op de controversiële vraag of de fatale arrestatie een uiting zou zijn van racisme (zaak-Henriquez). Bovendien zou de Rechtspraak een alternatief forum voor debat mogelijk moeten maken waar de reguliere democratische kanalen tekort in zouden hebben geschoten (Wilders-zaak) en burgers via het strafrecht van een grond voor schadeclaims via het civiele recht dienen te voorzien (Libor-zaak). De mediaberichtgeving rondom de vier maatschappelijk gevoelige zaken illustreerde dat het ambigue karakter van deze conflictdefinities ertoe leidde dat ze kwetsbaar waren voor technieken van *counter framing* door andere publieken en machthebbers. Deze strijd om de conflictdefinities bleek vaak een negatieve invloed te hebben op de door klagers aan de Rechtspraak toegekende verantwoordelijkheid om deze maatschappelijk gevoelige conflicten via het strafrecht op te lossen.

Afgezien van de Henriquez-zaak leek het slachtofferframe door klagers (mede) te worden ingezet als politieke categorie, waarbij de kring van 'ons', verenigd door gedeeld (mogelijk) slachtofferschap, zo groot mogelijk werd gemaakt. Het slachtofferframe bleek echter niet in elke zaak te kunnen fungeren als bindmiddel, nu het door andere machthebbers en leden van de samenleving werd ingezet om een strijd om slachtofferschap te ontketenen. Dat gold echter niet voor de Martijn-zaak: klagers leken weinig moeite te hebben om andere burgers en machthebbers van hun claim te overtuigen dat zij via de rechtsgang de samenleving in het algemeen en haar kinderen in het bijzonder zou vertegenwoordigen. Tegen de tijd dat de ouders de beklagprocedure initieerden had het maatschappelijke conflict al twee andere mogelijke uitwegen: de politiek (via een parlementair debat en de voorbereiding van nieuwe wetgeving) en de minister van Veiligheid en Justitie die onder grote politieke en maatschappelijke druk stond om aan het OM een aanwijzing te geven een strafrechtelijke vervolging in te stellen of een civiele procedure te starten. Een aantal kranten sprak met (bestuurs)leden van vereniging Martijn en (veelal) journalisten en schrijvers betoogden dat de échte slachtoffers deze gedehumaniseerde en verguisde leden zouden zijn (wiens huizen bijvoorbeeld werden beklad). Die beeldvorming kon echter niet voorkomen dat deze leden werden uitgesloten van 'wij, de gewone Nederlander', met welke frase een populair burgerinitiatief werd afgesloten. Het duurde slechts vijftien dagen voordat het initiatief genoeg handtekeningen bevatte, zodat daarmee een parlementair debat over de vraag naar het verbieden van de vereniging in rechte kon worden afgedwongen.

In de zaak-Henriquez sympathiseerde het publiek eveneens met de klagers, hoewel de primair apolitieke conflictdefinitie van klagers door andere leden van de samenleving nogal eens 'gekaapt' werd om het bredere slachtofferschap van grotere maatschappelijke problemen aan het licht te brengen. Tot ergernis

van de familie van Henriquez – die expliciet opriep van een georganiseerde stille tocht geen politieke manifestatie te maken – braken rellen uit in de Schilderswijk en waren veel burgers er al van overtuigd dat Henriquez' dood een kwestie van etnische profilering was geweest. Die kwestie werd niet alleen bediscussieerd in de media, maar ook door machthebbers. Hoewel burgers overwegend verenigd leken te zijn in hun afkeuring van het optreden van de vijf agenten, reageerden de burgemeester van Den Haag, woordvoerders van de politie en verschillende politici op de beschuldigingen van racisme ofwel door het te ontkennen, ofwel door maatregelen voor te stellen om de kwestie aan te pakken. Andere burgers en machthebbers (vaak agenten of woordvoerders van de politie) reageerden dat hier slechts sprake was van een incident en dat Henriquez niet had moeten roepen dat hij een wapen had. Daarop reageerde de familie van Henriquez in de media dat er nog steeds geen gepaste reactie was gekomen op dit 'incident': de vijf politieagenten waren nog steeds op vrije voeten en zouden later van toenmalige korpschef Bouman een garantie krijgen hun baan te behouden.

In bovenstaande zaken werd het slachtoffer*frame* ingezet om gedeelde identiteiten via een gedeelde 'vijand' te creëren. Het vormen van dergelijke gedeelde maatschappelijke identiteiten leek minder succesvol te zijn in de Wilders-zaak. In deze zaak werden klagers bespot als 'Don Quichot', in plaats van dat hun conflict als 'een strijd' werd gekarakteriseerd, zoals dat bij de Martijn-zaak gebeurde. In plaats van democratische burgers die opstaan voor het politiek-maatschappelijk klimaat, zoals klagers zichzelf probeerden te representeren, werd hen tegengeworpen dat zij alleen hun eigen belangen zouden representeren en dat het niet de verantwoordelijkheid van de strafrechter was om toe te komen aan hun private gevoelens door Wilders' uitspraken beledigd te zijn. Bovendien, zouden moslims weer in de slachtofferrol kruipen en zich tot de overheid richten voor hulp, terwijl ze niet eens 'echt' slachtoffer waren. Dit argument werd ook door moslims gebruikt om de conflictoplossende rol van de rechter te delegitimeren. Ze zouden namelijk door actieve participatie in het maatschappelijk leven net hun plek in de samenleving hebben gevonden en die reputatie zou door de rechtsgang al weer snel op zijn retour zijn. In de Wilders-zaak leidde het gebruik van het slachtoffer*frame* er daarom toe dat de beoogde transformatie van het maatschappelijke naar een strafrechtelijk op te lossen conflict werd gedelegitimeerd. Hoewel het slachtoffer*frame* nauwelijks terug te vinden was in de berichtgeving rondom de Libor-zaak illustreert ook deze zaak dat het slachtofferschap een maatschappelijke categorie is die moet worden verdiend. Experts benadrukten dat de door de fraude veroorzaakte individuele schade verwaarloosbaar was en soms zelf onbestaand: het Libor-tarief was zowel naar boven als beneden bijgesteld, zodat sommigen zelfs aan de fraude zouden hebben 'verdiend'.

Wanneer het conflict uitsluitend in termen van normen werd ingekaderd, bleek het oordeel over de verantwoordelijkheid van de Rechtspraak ten aanzien van de conflictoplossing redelijk stabiel te zijn. Zelfs wanneer de beoogde

strafvervolging niet werd ondersteund, kwam uit de media-berichtgeving naar voren dat het de verantwoordelijkheid van de rechter zou zijn om te verduidelijken of het strafrecht op de maatschappelijk gevoelige kwestie van toepassing zou zijn. De Wilders-zaak leek de enige uitzondering te zijn: burgers, journalisten, politici en juristen betoogden vaak dat het politieke karakter van het conflict de Rechtspraak ongeschikt zou maken om een uitspraak te doen over de vraag of deze kwestie via het strafrecht een uitweg moet vinden, laat staan om de strafrechtelijke normen uiteindelijk ook daadwerkelijk toe te passen. Naast het standpunt dat dit conflict op grond van de in de politiek geldende normen moet worden beslecht, meenden anderen dat het hier slechts ging om een morele vraag naar fatsoen. Hoewel politieke vragen en concurrerende normatieve discoursen, namelijk morele en professionele, ook in de andere drie zaken aanwezig waren, leken deze weinig invloed te hebben op de toegekende verantwoordelijkheid aan de rechter om conflicten via het recht op te lossen. Zowel machthebbers als het publiek leek deze conflictoplossende rol te ondersteunen of in ieder geval te accepteren: het zou waarden als rechtszekerheid, onafhankelijkheid, rechtsgelijkheid en transparantie beschermen.

Legitimiteitsproblemen ontstonden met name wanneer het normframe afwezig was en het conflict uitsluitend in termen van het maatschappelijk gevolgenframe werd bediscussieerd. In dat geval volgde elke zaak hetzelfde patroon. Nadat de klagers een beklagprocedure startten, werd het conflict als maatschappelijk probleem gedefinieerd. Er bestond echter geen overeenstemming over de exacte aard van dit probleem: de arrestatie van Henriquez werd geïnterpreteerd als etnische profilering of buitensporig politiegeweld en de Wilders-zaak zou gaan over politieke correctheid, problemen met de multiculturele samenleving of een steeds verder toegenomen polarisatie. Afhankelijk van de interpretatie van de conflicten werd vervolgens gesteld dat een strafproces deze maatschappelijke problemen niet zou oplossen. Hoe breder de definitie van het maatschappelijk probleem – de Libor-fraude zou een product zijn van het kapitalistisch systeem en Henriquez' opstelling één van een algehele gezagscrisis – hoe minder waarschijnlijk het werd dat de strafrechter de verantwoordelijkheid kreeg toebedeeld de kwestie op te lossen. Daarentegen brachten machthebbers en experts maatregelen naar voren die daarvoor effectiever zouden zijn (bijvoorbeeld het gebruik van *bodycams* bij de politie of cultuurprogramma's binnen de financiële sector).

Naast dat de conflicten in termen van maatschappelijke problemen werden bediscussieerd, werd zij door machthebbers en burgers ook ingekaderd als maatschappelijke conflicten: de zaken zouden een uiting zijn van verzuurde relaties tussen burgers en groepen in de samenleving. Deze definitie van het conflict kwam duidelijk naar voren in artikelen die de Martijn-zaak in verband brachten met de heksenjacht op pedofielen of degene die de Wilders-zaak relateerden aan het gepolariseerde debat over de multiculturele samenleving. Vervolgens werd gesteld dat een eventuele strafvervolging geen enkele bijdrage zou leveren aan de oplossing van deze maatschappelijke conflicten: een straf-

procedure stigmatiseert de verdachte en degenen die zich daarmee identificeren als 'crimineel' en zou de relaties in de samenleving daarom alleen maar nóg meer op scherp zetten. Naast het argument dat een strafprocedure ineffectief zou zijn om maatschappelijke problemen of conflicten op te lossen en dat die ze zelfs alleen maar erger zou maken, werd door politici en experts betoogd dat deze door klagers beoogde strafprocedures ook nog eens nieuwe maatschappelijke conflicten en problemen zouden ontstaan: politieagenten zouden met een mogelijke strafvervolging in het vooruitzicht te voorzichtig worden om onze veiligheid te kunnen garanderen (Henriquez); de rechtspraak zou gepolitiseerd worden en zijn gezag verliezen (Wilders); en de reputatie en het vertrouwen in de financiële sector, net weer enigszins op peil na de crisis in 2008, zou niet opnieuw beschadigd moeten worden want dat zou ons allen raken (Libor). De berichtgeving rondom de Martijn-zaak volgde een wat andere logica: alleen de leden, gesteund door enkele schrijvers, journalisten en experts, beargumenteerden dat de vereniging voor hen een belangrijke uitlaatklep voor hun gevoelens was. Bovendien lieten ze aan de media weten dat de inzet van het strafrecht weinig effectief zou zijn als oplossing van het probleem van kindermisbruik: de vereniging had ten tijde van de klacht nog maar zo'n 60 leden. Anderen zouden er echter geen moeite mee hebben wanneer de vereniging zou verdwijnen, net zoals – afgaande op ingezonden lezersbrieven – haar (potentiële) leden.

3.5 NORMATIEVE IMPLICATIES VAN LEGITIMITEIT ALS DIALOOG: DE RECHTZAAL ALS DEMOCRATISCH FORUM?

Bovenstaande dynamiek van *competitive framing* bracht een kakofonie aan legitimiteitsclaims en reacties teweeg, nu de conflicten waarover de rechter zou moeten beslissen door zowel burgers als machthebbers op verschillende manieren werden gedefinieerd en geïnterpreteerd. Als gevolg daarvan ontstond zowel discussie als verwarring over de vraag welk conflict de Rechtspraak nu eigenlijk zou moeten oplossen. Waar klagers probeerden om het maatschappelijk conflict via de beklagprocedure om te vormen tot een strafrechtelijk op te lossen conflict, bleken andere burgers hen zowel te ondersteunen als te bekritisieren door middel van *framing*technieken waarmee de conflictoplossende taak van de Rechtspraak kon worden ge(de)legitimeerd. Machthebbers gebruikten juist *framing*technieken om hun eigen legitimiteitsclaims te kunnen rechtvaardigen. Als gevolg van deze politiek-maatschappelijke interactieprocessen van *framing* en *counter framing* zouden de conflicten gaan over private gevoelens, maatschappelijke identiteiten, concurrerende normstelsels, maatschappelijke problemen en maatschappelijke conflicten. Wanneer we deze feitelijke dynamiek afzetten tegen het democratisch ideaal van legitimiteit als dialoog, dan zouden we moeten concluderen dat er van échte dialogen tussen machthebbers en de verdeelde democratische samenleving maar weinig sprake was:

via de constante herdefiniëring van de conflicten spraken machthebbers en burgers vooral langs elkaar heen.

Een belangrijke normatieve vraag is echter nog onbeantwoord: hoe zou de *Rechtspraak* in dialoog moeten treden met deze verdeelde democratische samenleving? Die vraag vereist dat wij een stap terugnemen, nu democratie, net als legitimiteit, beschouwd moet worden als een *essentially contested concept*.⁵⁴ Rechtswetenschappers die beargumenteren dat de beslissing van de rechter in maatschappelijk gevoelige zaken 'ondemocratisch' is, lijken de democratische legitimiteit van de *Rechtspraak* uitsluitend van de wet af te leiden. Democratie is voor hen daarom het exclusieve domein van het parlement. Het is de vraag of dit concept van democratie nog wel bruikbaar is in de hedendaagse politiek-maatschappelijke context: de inactiviteit van de politiek lijkt voor burgers juist een belangrijke reden te zijn waarom zij maatschappelijke conflicten aan de *Rechtspraak* overlaten en de beslissingen die daar worden genomen zullen ook zélf democratisch gelegitimeerd moeten worden. Wat betreft de artikel 12 Sv-procedure in het bijzonder maskeert deze (formele) democratie-opvatting bovendien legitieme conflicten over de vraag waar politieke macht zich in feite bevindt en waar deze zich in een democratische samenleving zou moeten bevinden. Het was namelijk niet de beklagrechtster, maar het Openbaar Ministerie die de juridische criteria van de haalbaarheid van de vervolging en het algemeen belang daarvan voor het eerst toepaste. Deze normen zijn voor interpretatie vatbaar en kunnen daarom niet zomaar worden toegepast met een beroep op de wet, zodat een andere vorm van democratische controle vereist is. Los van onze conflicterende opvattingen over hoe de democratie moet worden gedacht, kunnen we het er in ieder geval over eens zijn dat in een democratie geen enkele machthebber ongecontroleerd mag blijven. Maar wanneer burgers een beklagprocedure instellen om deze controle mogelijk te maken, wordt deze controversiële beslissing doorgeschoven naar de *Rechtspraak*. Het is daarom ook onvoldoende het vraagstuk naar democratische legitimiteit af te doen met het voorstel dat de *Rechtspraak* inclusieve dialogen met burgers mogelijk moet maken. De rechtszaal is immers niet alleen een forum voor participatie en contestatie; de beslissingen die er worden genomen impliceren ook een *machtswoord*. Met name wanneer de normen open zijn en de samenleving verdeeld is, heeft dat machtswoord een politiek karakter, in de zin dat er ook binnen de kaders van het recht kan moeten worden gesproken namens een verdeelde samenleving.

Loader and Sparks hielden zich niet zozeer bezig met het probleem dat de *Rechtspraak* een dergelijke vorm van politieke macht zou uitoefenen. Zij schreven meer in het algemeen over het belang van 'een betere strafrechtspolitiek', die meer 'inclusief en deliberatief' zou moeten zijn.⁵⁵ Hun voornaamste aandacht ging daarom uit naar een conceptie van de democratie als zijnde

54 Gallie 1955.

55 Loader & Sparks 2013, p. 120.

altijd 'onaf' en het potentieel van het concept legitimiteit om bestaande machtsrelaties ter discussie te stellen en op te schudden. Die overwegingen over het machtskritische potentieel van de strafrechtspleging kunnen er in de context van dit onderzoek echter toe leiden dat vergeten wordt dat de rechtszaal meer dan een forum voor contestatie en participatie is en dat de beslissingen van de Rechtspraak ook zélf democratisch gelegitimeerd dienen te zijn. Interessant genoeg stellen Loader en Sparks voort te bouwen op de ideeën van Rosanvallon, wiens project niet alleen *deconstructivistisch* is (via het vergroten van de mogelijkheden voor burgers om de machtsrelaties in vraag te stellen), maar ook (en vooral) *constructief*: hoe een verdeelde samenleving op democratische wijze te institutionaliseren? Rosanvallon stelt vast dat het democratisch leven zich steeds meer buiten het parlement afspeelt en probeert tegen de achtergrond van politiek wantrouwen en maatschappelijke verdeeldheid democratie buiten het parlement te denken.⁵⁶ Dat doet hij aan de hand van een door de geschiedenis geïnformeerd vocabulaire dat ons daarvoor het conceptuele gereedschap zou verschaffen. Het is daarom nuttig dieper in te gaan op Rosanvallon's project, zodat wij ons normatieve begrip van democratische legitimiteit als dialoog kunnen verdiepen, waarna wij terug kunnen komen op de vraag wat dit legitimiteitsconcept in het geval van maatschappelijk gevoelige beklagzaken dan voor de Rechtspraak zou kunnen betekenen.

Volgens Rosanvallon is de moderne democratie inherent dialogisch: het is een samenlevingsvorm waarin een constante interactie plaatsvindt tussen een feitelijke verdeelde samenleving en 'mediërende instituties' die van daaruit een symbolische politieke gemeenschap pogen te creëren. Net zoals zijn mentor Lefort begrijpt Rosanvallon de *moderne* democratie als een politiek regime waar de samenleving zichzelf institutionaliseert.⁵⁷ Voor beiden is de essentie van de moderniteit namelijk de teloorgang van een objectieve (goddelijke) ordening van de werkelijkheid.⁵⁸ Dat betekent dat het moderne individu geen vaststaande plaats heeft in de samenleving en nu zijn eigen keuzes dient te maken. Deze aanname van historiciteit heeft echter niet alleen belangrijke gevolgen voor de vrijheid van het individu, maar ook voor de politieke vraag naar hoe de samenleving te organiseren: verwijzingen naar een (super)natuurlijke bron van legitimiteit – bijvoorbeeld God of het natuurrecht – hebben immers geen plaats in het moderne vocabulaire. Nu moderne samenlevingen zullen moeten compenseren voor hun gebrek aan natuurlijke orde, zullen er altijd 'mediërende instituties' nodig zijn die de feitelijke verdeelde samenleving omvormen tot symbolische politieke gemeenschap. Deze mediërende instituties kunnen daarom nooit pretenderen dat deze symbolische gemeenschap samenvalt met de daadwerkelijke bevolking van een samenleving: alleen totalitaire samenlevingen claimen 'het volk' volledig te kunnen representeren, en menen daar-

56 Rosanvallon 2008, p. 1-28.

57 Rosanvallon 2019a, p. 33; voor een overzicht van Leforts democratietheorie, zie Lefort 2016.

58 Vgl. Lefort 2016, p. 98.

mee het gat tussen de feitelijke verdeelde samenleving en de symbolische politieke gemeenschap te kunnen opvullen.⁵⁹

Vanuit zijn historische benadering verzet Rosanvallon zich tegen normatieve analytische denkers die hun democratieconcepties baseren op zekere a priori-principes waartegen feitelijke politieke tendensen vervolgens worden afgezet.⁶⁰ Dergelijke 'objectieve' principes kunnen *moderne* democratieën immers niet van normatieve funderingen voorzien: 'het volk' is in deze democratieën de enige bron van legitimiteit, maar dat symbolische construct zal steeds onvolkomen blijven omdat het nooit volledig een altijd verdeelde samenleving zal kunnen vatten. Dat betekent ook dat de politieke vrijheid, die inherent is aan moderne democratieën, altijd het gevaar van een totalitaire samenleving met zich meebrengt.⁶¹ In werkelijkheid zullen burgers namelijk toch zoeken naar orde en zekerheid in welke zoektocht ze snel verleid kunnen worden de altijd aanwezige maatschappelijke conflicten te ontkennen onder het mom van een harmonieuze samenleving. Hoewel Rosanvallon daarom erkent dat totalitarisme de inherente pathologie is van de moderne democratie, benadrukt hij dat de openheid van de democratie niet alleen individuele vrijheid garandeert, maar ook de constructieve en verbindende kracht van democratische samenlevingen vormt. Nieuwe maatschappelijke conflicten zullen telkens oplaaien, waarna zowel machthebbers als burgers steeds opnieuw dienen te reflecteren op wie wij als *symbolische* politieke gemeenschap zijn en willen zijn, tegen de achtergrond van *feitelijke* politiek-maatschappelijke verdeeldheid.⁶² Rosanvallon karakteriseert de moderne democratie daarom als een 'society working upon itself'⁶³: via de constante institutionalisering van de feitelijke maatschappelijke conflicten in een democratische samenleving wordt telkens de symbolische identiteit van deze samenleving bevraagd door burgers en uiteindelijk via mediërende instituties (voorlopig) vastgesteld.

Rosanvallon benadrukt dus dat de moderne democratie samenvalt met de institutionalisering en beslechting van conflicten. Met andere woorden, het impliceert een voortdurende dialoog tussen een verdeelde samenleving en machthebbers die tegen die achtergrond steeds pogen een symbolische politieke gemeenschap te creëren, maar daarin nooit volledig zullen slagen. Een democratische reactie op maatschappelijke conflicten houdt dus niet in dat slechts a priori-principes ter rechtvaardiging van machtsuitoefening worden ingeroepen, maar ook niet dat leden van de samenleving alleen 'gehoord' moeten worden of dat machthebbers op pragmatische wijze problemen en conflicten

59 Lefort 2016, p. 94-100; Rosanvallon 2019b, p. 98.

60 Rosanvallon pleit immers voor een *open universalism* om *academic democratic theory* en *civic conversation* met elkaar te verbinden, zie Rosanvallon 2019a, p. 37-38.

61 Rosanvallon 2019a, p. 35.

62 Om dezelfde reden acht Rosanvallon populisme moeilijk te verenigen met democratie, omdat het het volk uitsluitend reduceert tot een maatschappelijke identiteit, zie Rosanvallon 2019a, p. 27.

63 Rosanvallon 1988, p. 211.

oplossen. Inderdaad, de uitoefening van macht zal altijd geïnformeerd moeten worden door de feitelijke problemen en conflicten in een samenleving, maar het spreken namens een politieke gemeenschap zal ook altijd een symbolische uiting van machtsuitoefening moeten zijn die onvermijdelijk zal leiden tot teleurstellingen in een samenleving waarin burgers altijd concurrerende politieke verwachtingen hebben.

Dit gedachtegoed over de moderne democratie lijkt misschien wat abstract, maar zou ons kunnen helpen ons normatieve begrip van democratische legitimiteit als dialoog – uitgedacht binnen de context van maatschappelijk gevoelige beklagzaken – te verdiepen. In tegenstelling tot Lefort, die het parlement aanwees als forum om maatschappelijke conflicten te institutionaliseren en te beslechten, probeert Rosanvallon ons democratisch vocabulaire uit te breiden voorbij de verkiezingen en het parlement, nu deze blijkbaar onvoldoende in staat zijn een antwoord te bieden op de politieke verwachtingen waarvoor burgers nu (onder andere) naar de rechter stappen.⁶⁴ Om democratie buiten het parlement (en binnen de rechtszaal) te kunnen denken, moet in herinnering worden geroepen dat in een moderne democratie zowel het domein van het maatschappelijke (zoals geïllustreerd door de strijd om conflictdefinities) als dat van ‘het politieke’ (zoals geïllustreerd door vraag naar de constructie van een symbolische gemeenschap binnen de kaders van het recht) voorwerp kunnen worden van discussie. Waar zich op het eerste niveau een maatschappelijke strijd om (de legitimiteit van) conflictdefinities afspeelt, wordt op een hoger institutioneel niveau een symbolische strijd beslecht over wie wij zijn en willen zijn als politieke gemeenschap. Rosanvallon benadrukt dat het van belang is dat burgers via verschillende democratische instituties de mogelijkheid wordt gegeven om legitimiteitsclaims van machthebbers die de openheid van één van beide niveaus ontkennen in vraag te stellen. Er is volgens Rosanvallon geen reden te veronderstellen dat dergelijke vormen van ‘tegenmacht’ alleen via het parlement een uitweg zouden kunnen vinden. Er zijn misschien wel andere instituties die het democratisch potentieel hebben maatschappelijke conflicten te esceneren; ze te institutionaliseren binnen de gegeven normatieve kaders; en die bij de beslechting ervan, via de constructie van ‘algemeenheden’, een politieke gemeenschap zouden kunnen creëren.⁶⁵ Dat geldt ook voor instituties zoals de Rechtspraak, die van oudsher misschien niet als ‘democratisch forum’ zijn gedacht.⁶⁶ Dus, zo betoogt Rosanvallon, gaat het denken van de moderne democratie gepaard met twee belangrijke opdrachten: 1) het zoveel mogelijk zichtbaar maken van conflicten (onder andere via de sociale

64 Rosanvallon 2011b, p. 10-11.

65 Rosanvallon 2011b, p. 10.

66 Rosanvallon's werk over tegendemocratie onderzoekt democratie als maatschappelijk verschijnsel en bespreekt diverse manieren waarop burgers ‘tegenmacht’ kunnen uitoefenen, naast stemmen. Daarentegen richt zijn werk over legitimiteit zich op het democratisch potentieel van instituties om nieuwe vormen van algemeenheid te creëren; zie Rosanvallon 2008; Rosanvallon 2011b.

wetenschappen); en 2) het nadenken over de vraag hoe verschillende democratische instituties kunnen bijdragen aan de creatie van 'nieuwe vormen van algemeenheid' die zouden kunnen helpen een politieke gemeenschap te creëren in een tijd van politiek wantrouwen en maatschappelijke verdeeldheid.⁶⁷

De media-analyse beoogde een bijdrage te leveren aan de eerste taak: het maakte maatschappelijke conflicten en de dynamiek daaromtrent zichtbaar en illustreerde dat door burgers naar voren gebrachte conflicten via herdefineringen van zowel andere burgers als machthebbers de kop in kunnen worden gedrukt. Het is echter minder duidelijk hoe de Rechtspraak kan bijdragen aan de tweede taak. Toch zouden de empirische bevindingen in verband kunnen worden gebracht met Rosanvallons democratisch project. De vervolgingsbeslissing dient namelijk plaats te vinden aan de hand van drie criteria: 1) gaat het hier om rechtstreeks belanghebbende(n); 2) is de vervolging haalbaar; en 3) is deze in het algemeen belang? Dat betekent dat de reactie van de Rechtspraak op de concurrerende politieke verwachtingen van de samenleving veelal een symbolische *reframing* zal moeten inhouden van de feitelijke conflictdefinities zoals die uit de media-analyse naar voren kwamen. Wanneer de Rechtspraak de conflicten zou *framen* als conflicten over private gevoelens, maatschappelijke normen, maatschappelijke identiteiten of maatschappelijke problemen of conflicten, dan zou de dialoog het feitelijke domein van het maatschappelijke niet overstijgen. Daarmee zou miskend worden dat de drie juridische criteria die het besluit tot niet-vervolgung dienen te informeren ook symbolische, *politieke* categorieën zijn: het zijn categorieën die raken aan de wijze van de collectieve inrichting van onze samenleving en wie daarover mag meepraten. Die symbolische transformatie van een feitelijke verdeelde samenleving naar een politieke gemeenschap is met name van belang in maatschappelijk gevoelige beklagzaken waar legitieme conflicten rondom machtsuitoefening door andere burgers en machthebbers worden gedelegeerd. In de Wilders-zaak, bijvoorbeeld, hóefden burgers niet te worden aangemerkt als 'slachtoffers die weer hulp nodig hadden van de overheid'; ook kritische democratische burgers kunnen worden beschouwd als rechtstreeks belanghebbenden. Bovendien konden deze burgers op steun rekenen van rechtswetenschappers die aan de hand van de Rechtspraak van het EHRM betoogden dat de vervolging haalbaar was.⁶⁸ Ook wat betreft de toepassing van het opportuniteitsbeginsel kan het politieke karakter van het conflict niet ontkend worden: de wet zegt niets over hoe het algemeen belang in een verdeelde samenleving te bepalen. Hetzelfde probleem ontstaat bij de *strafrechter* die het conflict na een besluit tot vervolging aan de hand van de artikelen 137c en d Sr moest oplossen, terwijl rechtswetenschappers en de samenleving verschillende kanten op wijzen. In de kern was de rechtbank daarom verantwoordelijk voor een oplossing van een legitiem politiek conflict – binnen de

67 Rosanvallon 2019c, p. 151.

68 Lawson 2008, p. 469.

kaders van het recht – over de collectieve vormgeving van onze samenleving. Zo impliceerde de uitspraak dat in de Nederlandse samenleving, naar Amerikaans model, ruim baan wordt gegeven aan de vrijheid van meningsuiting, terwijl een veroordeling eerder zou benadrukken dat ook politici deel uitmaken van een politieke gemeenschap waarin de leden worden verbonden door het non-discriminatiebeginsel (zoals tot uitdrukking gebracht in de relevante strafbepalingen). De twee opties zijn daarom geen keuze tussen rechtsstaat of democratie, zoals in de media veelal gesteld werd, maar beide een mogelijke uitkomst van een democratisch proces dat zich ook buiten het parlement kan afspelen: de rechtbank zou als mediërende institutie, linksom of rechtsom, onvermijdelijk een uitspraak doen over de identiteit van een politieke gemeenschap en de normen die daarin de verhoudingen bepalen.

Dergelijke onvermijdelijke ‘politieke’ reacties van de Rechtspraak op de door hen geïnstitutionaliseerde maatschappelijke conflicten hoeven daarom niet per se als ‘ondemocratisch’ te worden begrepen: via de beklagprocedure wordt ongecontroleerde macht van het Openbaar Ministerie gecontroleerd, waarna het een samenleving in staat stelt diens politieke identiteit te bevragen, te (her)bevestigen of juist te corrigeren tegen de achtergrond van maatschappelijke verdeeldheid. Natuurlijk zullen ook sommige burgers teleurgesteld worden, omdat hun conflict nu eenmaal géén uitweg binnen de kaders van het strafrecht kon vinden. Denk bijvoorbeeld aan de conflictdefinitie van de neef van Henriquez die hoopte via het strafrecht te weten te komen of er sprake was geweest van racisme. In die gevallen zou de ophef rondom maatschappelijk gevoelige beklagzaken aanleiding moeten geven voor andere machthebbers om ten aanzien van die conflictdefinitie in dialoog te treden. Wanneer de beklagrechter echter wél vaststelt dat de zaak haalbaar is, dan zou de opportuniteit van de vervolging op democratische wijze kunnen worden gelegitimeerd met de overweging dat een strafprocedure – en de daarin door de strafrechter vastgestelde geldende publieke normen – (opnieuw) zou kunnen bijdragen aan de constructie van een gemeenschappelijke wereld. Net als het parlement kan een strafprocedure daarom gezien worden als één van de democratische fora waar de regels, die vormgeven aan ons samenleven, door burgers in het openbaar kunnen worden bediscussieerd en kunnen worden geïnterpreteerd door de Rechtspraak die als mediërende institutie verantwoordelijk is voor de constructie van een symbolische politieke gemeenschap vanuit een feitelijke verdeelde samenleving. Dit laatste ‘politieke moment’ maakt het mogelijk dat deze verdeelde samenleving zich als symbolische eenheid begrijpt: het raakt aan de vraag hoe wij – als politieke gemeenschap – onze samenleving collectief organiseren. Het feit dat burgers een andere opvatting hebben van de identiteit van onze politieke gemeenschap betekent niet dat deze dialoog tussen de Rechtspraak en de verdeelde democratische samenleving in normatieve zin als illegitiem moet worden beschouwd: de democratische dialoog kan worden voortgezet in het publieke debat en de

verschillende democratische (mediërende) instituties, waarna het voortdurende legitimatieproces weer opnieuw begint.

3.6 CONCLUSIE

Maatschappelijk gevoelige beklagzaken illustreren dat ons legitimiteitsconcept zich rekenschap dient te geven van de interactieprocessen tussen het domein van 'het maatschappelijke' en dat van 'het politieke', welke domeinen beide voor interpretatie en discussie vatbaar zijn. Een conceptualisering van democratische legitimiteit als dialoog zou daarom een vruchtbaar alternatief kunnen zijn voor de dominante empirische en normatieve benadering van legitimiteit die de interactie tussen beide domeinen niet bij de analyse betrekken. Aan de hand van de theoretische verhandelingen van Loader en Sparks werd in deze bijdrage betoogd dat democratische legitimiteit zich daarom niet bevindt in het hoofd van de burger en ook niet in objectieve, rationeel vast te stellen kwaliteiten van machthebbers. Daarentegen zal het altijd moeten worden *geconstrueerd* in de publieke ruimte waar zich een constante dialoog afspeelt tussen meerdere publieken, die hun verschillende conflictdefinities naar voren brengen, en machthebbers die deze moeten institutionaliseren binnen de normatieve kaders waarbinnen zij opereren. De media-analyse illustreerde dat democratische legitimiteit als dialoog een belangrijk empirisch potentieel heeft, omdat het ons hielp beter te begrijpen waar de controverse rondom de conflictoplossende taak van de Rechtspraak in maatschappelijk gevoelige zaken vandaan komt: onenigheid over de conflictdefinitie bleek onvermijdelijk tot onenigheid over de oplossing ervan te leiden. Bovendien leerde Rosanvallon ons dat democratische legitimiteit als dialoog ook een belangrijk normatief potentieel heeft, omdat het de essentie vat van onze moderne democratie; een regime en samenlevingsvorm waarin een constante wisselwerking plaatsvindt tussen een feitelijke verdeelde samenleving en mediërende instituties die pogen van daaruit een symbolische politieke gemeenschap te creëren. Met Rosanvallon kunnen we democratische legitimiteit daarom als volgt karakteriseren: "Een onzichtbare institutie" en een "gevoelige indicator" van de politieke verwachtingen van de samenleving en van de manier waarop men erop reageert.'

Dit legitimiteitsconcept beoogt niet alleen de brug te slaan tussen empirisch en normatief onderzoek, maar maakt het ook mogelijk om democratie buiten 'de politiek' te denken. In de context van het strafrecht zou Rosanvallon's democratieconceptie ons kunnen helpen ons liberale perspectief daarop – de niet altijd reële angst voor wraakgevoelens vanuit 'het volk' – kritisch tegen het licht te houden. In plaats daarvan zou het strafrecht vanuit een meer 'democratische geest' kunnen worden gedacht: burgers worden in principe gezien als politieke subjecten die, in constructieve dialogen met hun machthebbers, uitgenodigd worden om zich uit te laten over zaken van algemeen belang

en, meer in het algemeen, over de collectieve inrichting van onze samenleving. Wat dat betreft zou de beklagprocedure een belangrijk democratisch potentieel kunnen hebben: het vormt een correctie op ongecontroleerde machtsuitoefening van het Openbaar Ministerie en geeft burgers de mogelijkheid zich kritisch over deze machtsuitoefening uit te laten. Wanneer de klacht vervolgens wordt goedgekeurd, start een nieuwe dialoog tijdens de strafprocedure over de feiten en de in deze zaak toe te passen normen. Vervolgens volgt een (voorlopige) laatste claim tot democratische legitimiteit: de strafrechter spreekt met de juridische beslissing in naam van de politieke gemeenschap.

Natuurlijk betreft dit slechts een democratisch *potentieel* van de beklagprocedure en zal er zowel empirisch als theoretisch vervolgonderzoek nodig zijn. Zo zal de Rechtspraak effectieve manieren moeten vinden om het conflict dat binnen de gegeven normatieve kaders zal moeten worden opgelost af te bakenen. Dat is geen gemakkelijke opgave wanneer een verdeelde samenleving allerlei andere conflictdefinities naar voren brengt en andere machthebbers daar ook nog eens hun éigen legitimiteitsclaims op baseren. Een meer fundamentele (normatieve) vraag is in hoeverre kan worden toegekomen aan het hierboven besproken dialogische ideaal wanneer de klachten worden goedgekeurd. Daarmee wordt de verantwoordelijkheid tot conflictoplossing immers doorgeschoven naar de strafrechter. Hoe beïnvloedt de inrichting van het strafproces het hiervoor beschreven democratisch potentieel van de Rechtspraak? Verdachten kunnen zich beroepen op hun zwijgrecht en hun advocaten kunnen proberen de Rechtspraak te politiseren. Bovendien kan het Openbaar Ministerie vrijspraak eisen, zodat zowel de betrokken rechtbank als de advocaten en de voormalige klagers moeite kunnen hebben het conflict (opnieuw) te herdefiniëren als een strafrechtelijk conflict over de geldende publieke normen in onze samenleving. Dit scenario, waarin de speelruimte voor bepaalde burgers om aan de dialoog deel te nemen wordt ingeperkt, is het tragische verhaal van de strafprocedure tegen Geert Wilders die volgde na een succesvolle beklagprocedure. De Wilders-zaak illustreert daarom dat het normatieve potentieel van democratische legitimiteit als dialoog nog niet zo gemakkelijk binnen de context van de strafrechtspiegeling is te implementeren. Legitimiteit als dialoog biedt ons, in de woorden van Loader en Sparks, daarom inderdaad een 'spannende agenda'. Het was dan ook mijn bedoeling daar met dit onderzoek een bijdrage aan te leveren en de lezer uit te nodigen deel te nemen aan de dialoog over de hedendaagse democratie. Die staat wereldwijd onder druk en heeft constant onderhoud nodig. Want, zo stelt ook Rosanvallon, de moderne democratie heeft niet alleen een geschiedenis, maar is ook een geschiedenis.⁶⁹

69 Rosanvallon 2019a, p. 37.

4 | Democratische legitimiteit als dialoog getest Het eerste Wilders-proces

4.1 INLEIDING

Spraakmakende rechtszaken als Urgenda en Milieudefensie tegen Shell illustreren dat ten minste een deel van de samenleving verwacht dat de rechter zich uitlaat over geschillen waar een maatschappelijk conflict aan ten grondslag ligt. Hoewel het Openbaar Ministerie het vervolgingsmonopolie toekomt, worden via de artikel 12 Sv-procedure soortgelijke maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging gemaakt. Toch is het maar de vraag wat dit op zichzelf belangrijke correctiemechanisme op het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie in dergelijke zaken kan betekenen. Zo kregen klagers die de tabaksindustrie vervolgd wilden zien, ‘om een rookvrije generatie te creëren’, te horen dat ze aan het verkeerde adres waren.¹ Hetzelfde gold voor de klagers die de vervolging van pedofielenvereniging Martijn verzochten en voor degenen die opkwamen tegen de schikkingenpraktijk en (het gebrek aan) bestuurdersaansprakelijkheid naar aanleiding van het Libor-schandaal.² In alle gevallen oordeelde de beklagkamer dat de door klagers beoogde transformatie van het maatschappelijke naar het strafrechtelijke conflict niet kon plaatsvinden, omdat klagers onvoldoende konden aantonen dat voldaan was aan de vereisten van de haalbaarheid van de vervolging en/of het algemeen belang daarvan. In enkele maatschappelijk gevoelige zaken hadden klagers meer succes. Naast de vervolging van Geert Wilders in 2009, besloot het hof in 2020 dat Ralph Hamers, voormalig ceo van de ING, vervolgd diende te worden voor zijn rol in de witwasaffaire naar aanleiding waarvan het OM met de ING reeds een hoge transactie was overeengekomen.³

In hoeverre kan de rechtszaal fungeren als maatschappelijke arena? In zijn laatste nieuwjaarstoespraak toonde Henk Naves, voorzitter van de Raad van de Rechtspraak, zich sceptisch: ‘De gang naar de rechter lijkt soms geen middel meer om recht te halen, maar een poging om de eigen mening tot norm te maken.’ En: ‘niet zelden gaat het dan om het uitvechten van wat in de kern een maatschappelijke discussie is’. Volgens Naves zou de juridisering van

1 Hof Den Haag 6 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3334.

2 Hof Leeuwarden 21 november 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU4940; Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204.

3 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma; Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347.

maatschappelijke conflicten daarom vooral bijdragen aan de ‘verharding en polarisatie van de samenleving’, terwijl het doel van rechtspraak juist zou moeten zijn dat die ‘het samenleven mogelijk maakt’.⁴ Toegepast op de artikel 12-procedure in het bijzonder, maar ook meer op de strafrechtspleging in het algemeen, leek de eerste Wilders-zaak een duidelijke illustratie te zijn van de door Naves beschreven dynamiek. De zaak onttaarde in een mediacircus en de poging van de rechtbank om responsief ten aanzien van een gepolariseerde samenleving te zijn, kon niet verhelfen dat deze de regie over het op te lossen juridische conflict verloor. Van de optimistische boodschap van het hof dat ‘de strafrechter [...] met beide benen in de samenleving [behoort] te staan’ en ‘ook het strafrechtelijk forum een onderdeel [vormt] van het maatschappelijk debat’ kwam in deze zaak daarom weinig terecht.⁵

Hoewel de eerste Wilders-zaak inmiddels meer dan tien jaar geleden plaatsvond en reeds uitgebreid becommentarieerd werd vanuit zowel juridisch als meer (rechts)filosofisch perspectief, biedt de zaak nog steeds een interessante casestudie om meer systematisch te onderzoeken volgens welke maatschappelijke dynamiek deze zaak zich heeft ontvouwd en hoe die zich vertaalde naar de dynamiek in de rechtszaal.⁶ Deze maatschappelijke dynamiek lijkt namelijk niet gevat te kunnen worden aan de hand van de kaders waarbinnen de strafrechtspleging overwegend begrepen en geëvalueerd wordt. Tegenover het terughoudende strafrecht als *ultimum remedium* teneinde de verdachte tegen staatsmacht te beschermen en het via procedurele waarborgen ‘zien en erkennen’ van de individuele behoeften van het slachtoffer, waren klagers (later: benadeelden) maar een deel van een verdeelde samenleving waarin verschillende perspectieven bestonden op de vraag wie wij als samenleving zijn en willen zijn; en hoe de strafrechtspleging daar uitdrukking aan zou moeten geven.⁷ Aan de hand van een media-analyse illustreert deze bijdrage dat een systematische analyse van deze ‘democratische strijd’ via het strafrecht ons nieuwe perspectieven biedt om nog eens kritisch te evalueren in hoeverre het strafrechtelijk forum kan fungeren als maatschappelijke arena.

In paragraaf 4.2 zal eerst kort aandacht worden besteed aan de dynamiek van de artikel 12 sv-procedure die de eerste Wilders-zaak aan het rollen heeft gebracht. Paragraaf 4.3 geeft het theoretisch kader van de media-analyse weer, waarbij het theoretische perspectief *competitive framing* centraal staat. Vervolgens zal de methode van de media-analyse nader worden toegelicht. De resultaten worden in paragraaf 4.4 uiteengezet, waarna de vraag naar de

4 ‘Nieuwjaarsrede Henk Naves’, rechtspraak.nl.

5 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma, r.o. 13.2.

6 Voor een juridische analyse van de zaak, zie Janssen & Nieuwenhuis 2012; voor diverse staatsrechtelijke, strafrechtelijke en rechtsfilosofische reflecties, zie Ellian, Molier & Zwart 2011.

7 Over deze drie ‘hoofdstukken’ van de artikel 12 Sv-procedure en bijbehorende legitimiteitsproblemen, zie Koning 2022.

rechtszaal als maatschappelijke arena in paragraaf 4.5 vanuit een normatief perspectief zal worden gezien.

4.2 DE RECHTZAAL ALS FORUM VOOR MAATSCHAPPELIJK DEBAT?

Het eerste Wilders-proces, dat vanaf de eerste aangiften in 2007 ongeveer vier en half jaar heeft geduurd, vond plaats in een politiek-maatschappelijk klimaat waarin het debat over de problemen rondom de 'multiculturele samenleving' hevig werd gevoerd.⁸ Volgens Wilders zou de politieke elite de ogen sluiten voor de islam en de problemen die deze 'politieke ideologie' veroorzaakt: 'De demografische samenstelling van de bevolking is het grootste probleem van Nederland. Ik heb het over wat er naar Nederland komt en wat zich hier voortplant. [...] We moeten de tsunami van islamisering stoppen', zo viel te lezen in een interview in *de Volkskrant*. Soortgelijke uitlatingen verschenen in *De Pers*: 'er is een strijd gaande en we moeten ons verdedigen'. Dergelijke uitspraken, tezamen met de film *Fitna*, waarin alle moslims gelijk leken te worden gesteld met terroristen, vormden voor diverse individuen en organisaties aanleiding om aangifte tegen Wilders te doen.⁹

Het OM riep ten aanzien van de vervolgingsbeslissing de hulp in van drie externe deskundigen die het niet met elkaar eens bleken te zijn. Rick Lawson overwoog dat de jurisprudentie van het EHRM een vervolging voldoende rechtvaardiging kon geven.¹⁰ Henny Sackers raadde de vervolging op juridische gronden af en Theo de Roos trok vooral de opportuniteit in twijfel.¹¹ Het afzien van vervolging op grond van het opportuniteitsargument moest echter met zwaarwegende redenen omkleed zijn. Er gold namelijk een aanwijzing, naar aanleiding van de gevoelde maatschappelijke onvrede over het gebrek aan optreden in geval van discriminatie, die voorschreef dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden kon worden afgezien van dagvaarding in geval van discriminatiefeiten. Daaruit bleek dat een eventueel gebruik van het strafproces als politiek forum in ieder geval niet als zo'n uitzonderlijke omstandigheid kon worden aangemerkt: 'In geen geval is eventueel martelaarschap of uitbuiting van de forumfunctie een argument om dagvaarding achterwege te laten.'¹² Uiteindelijk besloot het OM af te zien van vervolging voor de artikelen 137c (groepsbelediging) en 137d (aanzetten tot haat en discriminatie) van het Wetboek van Strafrecht: Wilders bekritiseerde een religie en deed zijn uitlatingen in de context van het publieke debat.¹³

8 Over de tijdsgeest en de aanleiding van het proces, zie Prakken 2012.

9 Voor een overzicht van de gewraakte uitlatingen, zie Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI: NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma., r.o. 3.

10 Lawson 2008.

11 'Deze vervolging past niet bij een beschaafd land', *De Pers* 22 september 2010.

12 Aanwijzing discriminatie (*Stcr.* 2007, 233), p. 10.

13 'Wilders niet vervolgd voor 'Fitna' en uitlatingen in krant', om.nl.

Tegen deze beslissing werd vervolgens een artikel 12-procedure ingesteld. Afgaande op de beschikking leek deze procedure, waar het hof zowel de haalbaarheid als de opportuniteit van de vervolging toetst, voor klagers een belangrijk correctiemechanisme te zijn tegenover de machtspositie van het OM.¹⁴ Met een verwijzing naar een artikel van Rick Lawson werd betoogd dat de Europees- en internationaalrechtelijke context de vervolging in ieder geval haalbaar zou maken.¹⁵ Het standpunt dat niet het OM het laatste woord zou moeten hebben in een belangrijke kwestie als deze, maar de onafhankelijke rechter, vormde een belangrijk argument ter rechtvaardiging van het algemeen belang van de vervolging.¹⁶

Het hof wees de klacht toe en besloot dat het OM Wilders moest vervolgen voor aanzetten tot haat en discriminatie (art. 137d Sr) en voor groepsbelediging (art. 137c Sr) voor zover het vergelijkingen van de islam met het nazisme betrof. De haalbaarheid werd voor een belangrijk deel beargumenteerd aan de hand van jurisprudentie van het EHRM die een vervolging in stand zou houden, terwijl de opportuniteit werd gevonden in het algemene belang van de rechtszekerheid. Het maatschappelijk gevoelige karakter van de zaak zou bovendien geen belemmering vormen voor vervolging, nu 'ook het strafrechtelijk forum [...] een onderdeel van het maatschappelijk debat [vormt]'. Daarbij verwees het hof naar het belang van de responsieve houding van de strafrechter: 'indien hij daartoe wordt geroepen, behoort hij, eventueel tot in hoogste instantie, de uiterste normatieve grenzen aan te geven waarbinnen een maatschappelijk debat op aanvaardbare wijze kan plaatsvinden'. Het is immers de strafrechter, zo overwoog het hof, 'die met beide benen in de samenleving behoort te staan'.¹⁷

Het was echter niet de samenleving als geheel, maar klagers als deel van die verdeelde samenleving die de hulp van de strafrechter hadden ingeroepen. In de samenleving bestonden meerdere perspectieven op het aan de orde zijnde conflict die het verloop van de zaak zouden beïnvloeden. Zowel het door klagers en het hof beoogde transformatie van het maatschappelijke naar het strafrechtelijke conflict als de alternatieve conflictdefinities die deze transformatie niet erkennen zijn vormen van *framing* op welke techniek hieronder dieper zal worden ingegaan.

14 Over de toetsingsomvang in artikel 12 Sv-zaken, zie Duker 2009.

15 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma, r.o. 4c.

16 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma, r.o. 4c.

17 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma, r.o. 13.2.

4.3 THEORETISCH KADER EN METHODE

4.3.1 Theoretisch kader: *competitive framing*

Hoewel alle maatschappelijk gevoelige rechtszaken relatief veel media-aandacht krijgen, gold dat zeker voor de eerste Wilders-zaak. Door middel van *framing* werd in de mediaberichtgeving duiding gegeven aan het conflict zoals dat zich in de rechtszaal zou voordoen. Frames kunnen gezien worden als een plek waar media en publiek onderhandelen over de betekenis van een gebeurtenis of onderwerp.¹⁸ Ze schetsen de kaders waarbinnen burgers dat onderwerp bediscussiëren, maar zorgen er ook voor dat alternatieve kaders worden uitgesloten of ondergesneeuwd kunnen raken.¹⁹

De rol van de strafrechter in maatschappelijk gevoelige zaken is omstreden, waardoor deze zaken niet vanuit een duidelijk frame worden begrepen en bediscussieerd. *Frames* kunnen niet alleen de gehanteerde (begrippen)kaders beïnvloeden, maar kunnen ook een legitimerende of delegitimerende rol hebben. Wanneer het conflict, zoals zich dat bij de strafrechter zou voordoen, opnieuw gedefinieerd wordt – bijvoorbeeld als politiek conflict – dan kan de legitimiteit van het proces en de rechter als conflictoplosser immers ter discussie worden gesteld. Onderzoek naar *competitive framing* houdt rekening met het feit dat in het publieke debat wordt gestreden om de dominantie van een frame.²⁰ Hoewel frames in sommige gevallen naast elkaar kunnen bestaan, wordt hierbij vaak de strategie van *counter framing* toegepast die juist gericht is op de ontkrachting van een frame.²¹ Dat kan ervoor zorgen dat het oorspronkelijke strafrechtelijke conflict, bijvoorbeeld zoals klagers en het Hof dat voor ogen hadden, via de media gereduceerd of veranderd wordt, waardoor het door andere leden van de samenleving in het uiterste geval zelfs als illegitiem terzijde kan worden geschoven.

In de literatuur worden vijf klassieke frames onderscheiden die op vrijwel alle (vooral politiek geladen) nieuwsberichten van toepassing zijn en kunnen fungeren als instrument tot (*counter*) *framing*: het conflictframe, het verantwoordelijkheidsframe, het human-interestframe, het economisch gevolgenframe en het moraliteitsframe.²² Na een eerste oppervlakkige analyse bleek dat sommige frames, vanwege de strafrechtelijke context, op kleine punten dienden te worden aangepast. De volgende frames werden uiteindelijk geschikt bevonden om te analyseren welke concurrerende perspectieven op de zaak in de media naar voren kwamen en hoe deze maatschappelijke dynamiek zich vertaalde naar de dynamiek in de rechtszaal.

18 Neuman, Just & Crigler 1992, p. 60.

19 Tuchman 1978, p. IV en 156.

20 Chong & Druckman 2007.

21 Chong & Druckman 2013.

22 Zie de aangehaalde studies in Semetko & Valkenburg 2000, p. 95.

Conflictframe: dit frame benadrukt het conflict tussen individuen, groepen en instituties.²³ Nu het juridische conflict ook een onderliggend politiek-maatschappelijk conflict kent, werd verwacht dat de berichtgeving hierover verschillende conflictdefinities aan het licht zou brengen.

Slachtofferframe: dit frame is een aanpassing van het human interestframe dat een persoonlijk en emotioneel gezicht geeft aan het gepresenteerde conflict. Nu de artikel 12-procedure voor slachtoffers ook een laatste redmiddel is, werd verwacht ook dit frame te herkennen in de berichtgeving.²⁴ Het is echter de vraag in hoeverre klagers door de media als slachtoffer werden erkend.

Maatschappelijke gevolgenframe: dit frame is een aanpassing van het economische gevolgenframe, zodat ook berichtgeving over bredere maatschappelijke gevolgen van de zaak kan worden meegenomen. Belanghebbenden zullen hun belang, met een boven-individueel karakter, daadwerkelijk behartigd willen zien en ook de vervolging zal door de beschikkingsrechter in het algemeen belang moeten worden gerechtvaardigd. De vraag die hier centraal staat, is daarom in hoeverre de media het algemeen belang van de vervolging ondersteunen.

Normframe: dit frame is een aanpassing van het moraliteitsframe, zodat het ook de juridische normstelling door de rechter omvat. Hoewel onfatsoenlijkheid geen rechtvaardiging vormt voor strafrechtelijk ingrijpen, heeft het strafrecht wel een belangrijke morele dimensie. Zo wordt normbekrachtiging, naast preventie en vergelding, als belangrijk strafdoel erkend en door sommigen zelfs als onderscheidend aspect van het strafrecht aangemerkt.²⁵ Het is de vraag in hoeverre de media deze 'expressieve functie' van het strafrecht ondersteunen.

Verantwoordelijkheidsframe: dit frame kent aan burgers, groepen, een sector of de overheid verantwoordelijkheid toe voor de oplossing van een bepaald probleem of conflict. Is bijvoorbeeld de rechter, de politiek of de individuele burger verantwoordelijk voor de oplossing hiervan?

In de media-analyse die betrekking had op de eerste Wilders-zaak werd daarom onderzocht binnen welke kaders de zaak werd bediscussieerd in de media; hoe deze kaders elkaar beconcurrerden en op elkaar inwerkten; en welke gevolgen dit maatschappelijke debat had voor het 'debat' in de rechtszaal.

23 Neuman, Just & Crigler 1992, p. 61-62.

24 Deze functie van de artikel 12-procedure werd nog eens benadrukt bij de Memorie van Antwoord bij het Wetboek van Strafvordering uit 1926, zie *Kamerstukken II* 1917/18, 77, nr. 1, 22.

25 Duff 2018, p. 109-110.

4.3.2 Methode

De media-analyse bestond uit een thematische analyse van artikelen van de vijf grootste Nederlandse kranten (*Trouw*, *de Volkskrant*, *NRC Handelsblad*, *Telegraaf* en *Algemeen Dagblad*).²⁶ De krantenartikelen werden verzameld via de database NexisUni. Hierbij werd de tijdsperiode gevolgd vanaf het moment van niet-vervolgving (30 juni 2008) tot de reacties die verschenen in de week volgend op de uiteindelijke uitspraak van de rechtbank (1 juli 2011). Vervolgens werden artikelen over het Wilders-proces verzameld op basis van de zoekterm 'Wilders'. Artikelen waarin niet werd ingegaan op het proces werden daarom van analyse uitgesloten.²⁷ Wel werden bijvoorbeeld artikelen meegenomen die Mark Ruttes pleidooi over de uitbreiding van de vrijheid van meningsuiting becommentarieerden, nu dit voorstel direct naar aanleiding van het Wilders-proces werd gedaan en invloed bleek te hebben op hoe het proces werd begrepen en bediscussieerd.²⁸ In totaal verschenen 12102 artikelen, waarvan 671 artikelen geschikt waren voor verdere analyse. Nu de te onderzoeken artikelen en frames vrij complex waren, werd na de dataverzameling gekozen voor een handmatige analyse, zodat de nuance zo min mogelijk verloren ging. Het bleek namelijk niet mogelijk te zijn de in de artikelen gevonden frames aan de hand van vaste zoektermen te classificeren. Zo waren 'muilkorfbrigade', 'gnomen', 'radicaal linkse mafketels' en 'warhoofden met rare beschuldigingen' allen invullingen van het slachtofferframe.²⁹

Na de dataverzameling werd elk artikel door de lens van de hierboven genoemde vijf frames bekeken. Het conflictframe vormde daarbij telkens het 'hoofdframe', waarna genoteerd werd of en hoe deze verschillende percepties op het conflict samenhangen met het slachtofferframe, het maatschappelijke gevolgenframe, het normframe en het verantwoordelijkheidsframe. Wanneer artikelen meerdere frames bevatten, werden deze allen genoteerd. Na het coderen werden de frames met elkaar in verband gebracht om systematisch in kaart te brengen binnen welke kaders deze zaak werd bediscussieerd en hoe deze maatschappelijke dynamiek zich vertaalde naar de dynamiek in de rechtszaal.

26 Over deze methode, oorspronkelijk ontworpen voor de psychologie, maar inmiddels breed toegepast in andere wetenschapsgebieden, zie Braun & Clarke 2006, p. 77–101.

27 Dergelijke artikelen behandelden bijvoorbeeld Wilders' standpunten als gedoogpartner en zijn ontzegging van toegang tot het VK, zie o.a. 'Wilders: klopt niet bij ons aan voor steun aan Griekenland', *de Volkskrant* 19 mei 2011; 'Rechter: Wilders mocht land in', *NRC* 14 oktober 2009.

28 Van Rijswijk, 'Pijnlijk om te zien hoe Rutte vrijheid opvat', *Trouw* 27 januari 2009.

29 Marbe, 'De muilkorfbrigades aan zet', *de Volkskrant* 8 oktober 2010; 'Horror', *De Telegraaf* 20 oktober 2010; 'Troost u', *De Telegraaf* 8 februari 2011; 'Taboe', *De Telegraaf* 12 november 2010; over deze manier van coderen, zie Manning 2017.

4.4 RESULTATEN

De media-analyse bracht vier verschillende conflicten aan het licht zoals die zich in de zaak zouden voordoen. Het eerste conflict had betrekking op de mogelijkheid tot juridisering van het onderliggende maatschappelijke conflict over de kritiek op de ‘multiculturele samenleving’ enerzijds en de vrees voor ‘polarisatie’ anderzijds. Het tweede conflict betrof de politisering van de rechterlijke macht, terwijl het derde conflict pogingen van benadeelden en hun advocaten omvatte om de legitimiteit van het door hen beoogde juridische conflict in de rechtszaal erkend te krijgen. De eerste drie invullingen van het conflictframe hadden daarom betrekking op de vraag of het perspectief van klagers en het hof al dan niet in de rechtszaal mogelijk moest worden gemaakt. Uiteindelijk was het echter aan de rechtbank om te midden van deze concurrerende perspectieven op het conflict een gedeelde conflictdefinitie mogelijk te maken, zodat het op juridische wijze kon worden opgelost. Het vierde perspectief op de zaak draaide daarom om de vraag naar de juiste toepassing van de artikelen 137c en 137d van het Wetboek van Strafrecht. De weergave van deze vier typen conflictframes in de media, en de rol die het slachtofferframe, maatschappelijk gevolgenframe, normframe en verantwoordelijkheidsframe hierin speelden, zullen hieronder achtereenvolgens uiteen worden gezet en met voorbeelden worden geïllustreerd.

4.4.1 Van maatschappelijk naar strafrechtelijk conflict

Het hof zag zich geplaatst voor ‘het klassieke probleem inzake de botsing van grondrechten’, terwijl deze bij de behandeling van dit juridische probleem ‘met beide benen in de samenleving behoort te staan’.³⁰ Artikelen die verwezen naar het onderliggende maatschappelijke conflict erkenden inderdaad dat de juridische normstelling plaats zou moeten vinden in het licht van de oprukkende islam enerzijds en de angst voor verdere polarisatie anderzijds. De rechtspraak zou daarom ‘iets’ moeten waarmaken tegen de achtergrond van dit maatschappelijke conflict.³¹ Er bestond in de samenleving echter geen overeenstemming over de aard van dit conflict, en daarmee, over wat die bijdrage van de rechter aan de oplossing van dat conflict nu precies moest zijn. In die zin hing het verantwoordelijkheidsframe telkens samen met het conflictframe die weer nader invulling kreeg door het slachtofferframe, het normframe en het maatschappelijk gevolgenframe. Volgens een eerste opvatting zou de rechter zich afzijdig moeten houden van het politieke conflict over de problemen rondom de multiculturele samenleving. Een tweede opvatting stelde

30 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma, r.o. 10 en 13.2.

31 Noordergraaf, ‘De rechter moet op zijn woorden letten’, NRC 9 oktober 2010.

dat moest worden voorkomen dat de maatschappelijke tegenstellingen verder werden aangescherpt, terwijl in een derde categorie berichten de nadruk lag op de erkenning van de ander als (ook) een volwaardig lid van onze politieke gemeenschap.

Wilders was de eerste opvatting toegedaan: niet alleen zijn vrijheid van meningsuiting zou terecht staan, maar ook die van al zijn 1,6 miljoen kiezers of eigenlijk van iedere Nederlander. In een echte democratie zou iedereen in staat moeten zijn religiekritiek te uiten, vooral wanneer een gevaarlijke ideologie ervoor zorgt 'dat overal in Europa de lichten uitgaan'.³² Het betoog van de verdediging hield daarom aanvankelijk in dat Wilders deze waarheid moest kunnen spreken, waarop verzocht werd achttien getuigendeskundigen in het openbaar te horen die Wilders' boodschap konden bevestigen. Volgens deze conflictdefinitie zou vervolging en veroordeling daarom niet in het belang van de samenleving zijn, nu de ogen niet moesten worden gesloten voor het gevaar dat de islam met zich mee zou brengen. Daarnaast zou het stellen van een gemeenschappelijke norm door de strafrechter onmogelijk zijn: wat waar is, kan immers niet strafbaar zijn.³³ Bovendien was Wilders, de politicus die zijn vrijheid had opgegeven om voor de goede zaak te strijden, het enige slachtoffer van dit politieke proces waarin hij de mond werd gesnoerd. Hoewel hij zich op zijn zwijgrecht beriep, benutte hij tijdens het proces af en toe de mogelijkheid om Amerikaanse presidenten te citeren en zichzelf als dissident gelijk te stellen met historische figuren als Galilei, Johan de Witt en Johan van Oldenbarnevelt die net als hij stonden voor de vrijheid van meningsuiting.³⁴

Deze perceptie op het conflict als politiek conflict kwam vooral naar voren wanneer de media Wilders of zijn advocaat Moszkowicz aan het woord lieten. Gezien de demonstraties die buiten de rechtszaal plaatsvonden, bleek het frame ook effectief te zijn onder Wilders' aanhangers. Berichtgeving waaruit bleek dat Wilders' inhoudelijke standpunten werden ondersteund, omschreef het proces als een teken van 'verdere islamisering', terwijl 'zij' overal mee weg zouden komen.³⁵ Opgemerkt moet worden dat dit overwegend ingezonden lezersbrieven waren. Anderen, vooral juristen, (ex-)politici en columnisten, wezen de vervolging veelal op principiële gronden af: de vrijheid van meningsuiting van politici is van het grootste belang in een democratie waar hevige discussies de waarheidsvinding dienen en die discussie zou in ieder geval niet in de rechtszaal plaats moeten vinden. Zo stelde voormalig VVD-politicus Bolkestein dat Wilders via het publieke debat zou moeten worden bestreden 'met feiten en argumenten' in plaats van dat men met 'verdachtmakingen'

32 'Wilders: waarheid moet gezegd', *De Telegraaf* 8 februari 2011.

33 Kranenberg & Meijer, 'Wat waar is kan niet strafbaar zijn', *de Volkskrant* 21 januari 2010.

34 'Ik sprak, ik spreek, en ik zal blijven spreken', *de Volkskrant* 3 juni 2011.

35 'Moslims krijgen weer gelijk', *De Telegraaf* 23 januari 2009.

kwam.³⁶ Strafrechtelijk ingrijpen kon daarom ook voor deze groep niet overtuigend gerechtvaardigd worden met een beroep op het normframe. Daartegenover diende het maatschappelijke gevolgenframe om te beargumenteren dat het politiek-maatschappelijke debat de meest effectieve manier zou zijn om Wilders' opvattingen over de multiculturele samenleving te bestrijden. Anderen die de zaak bekeken door de lens van de politiek-maatschappelijke discussie over de multiculturele samenleving zetten het slachtofferframe in om het proces als illegitiem terzijde te schuiven. De artikel 12 Sv-procedure zou zijn aangespannen door moslims die weer in de slachtofferrol kropen en in plaats van het aangaan van een debat opnieuw 'speciale bescherming' van de overheid nodig zouden hebben.³⁷ Het strafrecht zou er echter niet zijn voor gekwetste gevoelens. Anderen stelden juist de 'wraakgevoelens' van klagers centraal: ze zouden Wilders 'de mond willen snoeren' uit angst voor winst tijdens de verkiezingen en hem het liefst achter de tralies zien verdwijnen.³⁸ Soms werd het slachtofferschap wel gezien als iets wat strafrechtelijke bescherming zou rechtvaardigen, maar werd gesteld dat moslims dit slachtofferschap niet verdienen: ze hadden immers geen duidelijke schade en hun positie in de samenleving was toch niet zó zwak?³⁹ Klagers zouden van racisme en discriminatie 'holle woorden' hebben gemaakt.⁴⁰

De tweede categorie berichten beschreef het onderliggende maatschappelijke conflict in termen van polarisatie. Het strafproces werd daarbij vooral negatief gewaardeerd op basis van de maatschappelijke gevolgen. Er leek namelijk de indruk te zijn ontstaan dat de rechtszaak draaide om de verzoening van de maatschappelijke tegenstellingen die door het hevige debat over de multiculturele samenleving waren veroorzaakt. De strafrechter zou echter helemaal niet over het instrumentarium beschikken om het wij-zij-denken een halt toe te roepen, maar eerder de maatschappelijke onvrede die een uitweg zoekt onderdrukken. Het proces zou daarom niet alleen zinloos zijn, maar de polarisatie ook nog eens verscherpen. Die vrees bestond ook binnen de moslimgemeenschap. Zo schreef Fouad el Haji, PvdA-gemeenteraadslid in Rotterdam dat, net nu moslims een betere reputatie begonnen te krijgen, het beeld van 'moslims tegen de rest' weer werd aangewakkerd; 'en dat is geen beeld waar we de samenleving mee dienen'.⁴¹ Wilders zou moslims daarentegen weerbaar maken en moest daarom niet via de rechtszaal worden bestreden, maar via het publieke debat. Hetzelfde argument werd aangehaald door Mark Rutte die, zich storend aan het 'linksige debat', voorstelde de vrijheid van menings-

36 Bolkestein, 'Rob Riemen, schaamt u zich voor zo veel onzin', *de Volkskrant* 13 november 2010.

37 Molier, 'Waar staat dan dan?', *Trouw* 7 februari 2009.

38 'Geert Wilders gaat winnen, daarom moet hij achter de tralies', *Algemeen Dagblad* 8 februari 2010.

39 'Recht om te beledigen', *NRC* 1 juli 2008.

40 'De muilkorfbrigades aan zet', *de Volkskrant* 8 oktober 2010.

41 'Rabbae heeft niets te winnen in zaak tegen Wilders', *Trouw* 25 november 2010.

uiting naar het Amerikaanse model te verruimen, zodat enkel het oproepen tot geweld strafbaar werd: 'moslims zijn niet zielig, ze proberen gewoon hun plek te vinden in de samenleving'.⁴²

Bovenstaande perspectieven op de zaak illustreren dat de door klagers en het hof beoogde transformatie van het maatschappelijke naar het strafrechtelijke conflict niet werd ondersteund. Het maatschappelijk gevolgenframe diende om de conflictoplossende taak van de rechter in deze zaak te de-legitimeren: het proces zou een belangrijke maatschappelijke discussie over de multiculturele samenleving doorkruisen en de hierdoor ontstane polarisatie niet oplossen of zelfs laten toenemen. Door middel van het slachtofferframe werd het beoogde strafrechtelijke conflict als illegitiem terzijde geschoven: het strafrecht zou er slechts voor échte slachtoffers moeten zijn. Deze perspectieven waren vormen van *counter framing*, die tegenover een derde opvatting stond die de transformatie van het maatschappelijke naar het strafrechtelijke conflict wel erkende. De erkenning van de legitimiteit van het proces werd daarbij niet gevonden in het slachtofferschap, maar vooral in de interpretatie van de artikelen 137c en 137d van het Wetboek van Strafrecht, waarin ook de maatschappelijke bijdrage van het proces zou zijn gelegen. In deze derde categorie berichten werd gesteld dat menselijke waardigheid en respect de normatieve grenzen zouden vormen waarbinnen het publieke debat gevoerd moet worden. Het zou niet aan het Openbaar Ministerie zijn, maar aan de rechter om hier een oordeel over te vellen. Rechtsgelijkheid ('niemand staat boven de wet') bleek een belangrijk argument om de vervolging te ondersteunen.⁴³ Zo vroeg journalist Marcel Haenen zich af waarom het 'fascinerende Openbaar Ministerie' het wel nodig had gevonden cartoonist Nekschot op te pakken, een huiszoeking uit te voeren en hem anderhalve dag vast te houden op verdenking van opzettelijke belediging: 'Is er soms sprake van nieuwe juridische schijtbroekerij?'⁴⁴ Niet alleen het Openbaar Ministerie, maar ook de politiek werd verweten dit conflict over de normatieve grenzen van het publieke debat onmogelijk te maken. In de rechtszaal kon daarentegen een écht debat op tegenspraak plaatsvinden waarin de tegenstander niet zomaar zou kunnen worden gediskwalificeerd. Klagers werden in deze berichtgeving weergegeven als kritische burgers die gewoon gebruikmaakten van hun democratische rechten, waarbij vaak werd opgemerkt dat de mogelijkheid om met Wilders in debat te gaan zich nog nooit had voorgedaan. De rechter zou daarom niet verantwoordelijk zijn voor de oplossing van een politiek-maatschappelijk conflict, maar een proces op tegenspraak mogelijk moeten maken waarin verschillende juridische perspectieven op de juiste toepassing van de strafwet aan de orde konden komen. Daarmee zou het 'signaal' kunnen worden gegeven dat klagers, net als ieder ander, deel uitmaken van de politieke gemeen-

42 'Weg met die wet', *De Telegraaf* 25 januari 2009.

43 'Niemand staat boven de wet, ook Wilders niet', *Algemeen Dagblad* 22 januari 2009.

44 Haenen, 'Aan alle kanten al aan de tering liggen', *NRC* 1 juli 2008.

schap. In die zin werd juist gehoopt dat het proces moslims uit de slachtofferrol kon krijgen. De beslissing van het hof zou bijvoorbeeld laten zien [...] dat het zin heeft de democratische regels na te leven. Dat het recht er ook voor jou is.⁴⁵ Volgens deze visie is de rol van het recht in het maatschappelijk gebeuren geen verzoening van de maatschappelijke tegenstellingen, zoals de eerste twee perspectieven op het conflict veronderstelden, maar was het juridische conflict juist een middel tot erkenning van de ander als een volwaardig burger. Vanwege deze relatief autonome logica van het recht zou het debat dan ook zowel in de politieke arena als in de rechtszaal kunnen plaatsvinden: 'het een sluit het ander toch niet uit?'⁴⁶

4.4.2 Gepolitiseerde rechtspraak

Niet alleen zorgde de juridisering van een hevig maatschappelijk conflict ervoor dat politieke vragen de rechtszaal onvermijdelijk binnendrongen; ook leidde dit ertoe dat de rechtspraak zelf werd gepolitiseerd. De hierboven beschreven drie kaders waarbinnen de vraag naar de mogelijke transformatie van het maatschappelijke naar strafrechtelijke conflict bediscussieerd werd, waren nog steeds sluimerend in de media aanwezig toen het proces een andere wending kreeg en de rechterlijke macht zelf in de verdachtenbank belandde. Een bijdrage van filosoof Ankersmit in de *NRC* vatte dit samenspel en het hieruit voortvloeiende legitimatieprobleem goed samen:

'Maar het is niet de taak van de rechter om een nieuw, door hem gewenst regime te scheppen in hoe Nederlandse burgers zich tot elkaar verhouden. (...) Het past hem niet om op eigen houtje het rechterlijke apparaat in te zetten voor de verwezenlijking van een maatschappelijke orde waarin hij toevallig zelf aardigheid vindt.'⁴⁷

Door Wilders was het proces vanaf het begin een politiek proces genoemd. De media namen die kwalificatie vaak over, maar legden nauwelijks uit wat hier nu precies onder verstaan moest worden. Wilders zelf verwees naar Noord-Koreaanse toestanden waar de oppositie de mond wordt gesnoerd en de omstandigheden in de rechtszaal 'erger zijn dan in de Goelag Archipel'.⁴⁸ Al snel nadat de beschikking van het hof verscheen, werd dit beeld van een vooringenomen rechterlijke macht door de media bevestigd: het hof zou deze onterecht te uitgebreid gemotiveerd hebben. Fred Teeven, toen nog staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, meende dat het hof te veel op de stoel van het Openbaar Ministerie was gaan zitten: 'Het OM dacht er een jaar over na

45 'Moslimsdebat wacht nieuwe testcase', *Trouw* 22 januari 2009.

46 De Fijter, 'Ties Prakken: Wilders-proces was geen onzinnig circus', *Trouw* 25 juni 2011.

47 Ankersmit, 'Heel, héél erg dom', *Trouw* 2 januari 2010.

48 Groen & Kranenberg, 'Openbaar Ministerie mag Wilders vervolgen', *de Volkskrant* 14 januari 2010.

of ze wel of niet moesten vervolgen. En dan zal het hof eventjes anders oordelen?⁴⁹ Volgens Afshin Ellian was het hof door de uitgebreide motivering daarentegen al op de stoel van de strafrechter gaan zitten, waarmee het hof het fair trial-beginsel met voeten zou hebben getreden.⁵⁰ Anderen noemden het hof 'activistisch' en het vervolgingsbevel 'hysterisch'.⁵¹ Rick Lawson merkte echter op dat de artikel 12 Sv-procedure een volle toetsing vereist, waardoor het hof dus onvermijdelijk op de stoel van het OM was gaan zitten, en dat een minder uitgebreide motivering ook tot kritiek had geleid: het hof was dan verweten zich geen rekenschap te geven van de gevoelige context.⁵² Toch kwam kritiek op de motivering van de beschikking vaak naar voren, omdat ook Moskowicz op deze grond de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie bepleitte.

In de loop van het proces werd een aantal incidenten breed uitgemeten in de media, waardoor het beeld van een vooringenomen, blunderende rechterlijke macht verder werd aangewakkerd. Het leidde ertoe dat Wilders' opvatting over een politiek en oneerlijk proces telkens bevestigd leek te worden. Al snel maakten de media duidelijk dat de rechtbank in deze maatschappelijk gevoelige zaak op eieren moest lopen, terwijl het proces de rechterlijke macht vervolgen in een gezagscrisis zou hebben gestort. Tijdens de eerste inhoudelijke zittingsdag suggereerde voorzitter Jan Moors dat Wilders, die zich op zijn zwijgrecht beriep, discussies ontweek: 'U wordt nog wel eens verweten dat u goed bent in het poneren van een stelling, maar de discussie uit de weg gaat. En het lijkt erop dat u dat nu ook weer doet.' Het hierop volgende wrakingsverzoek wordt afgewezen. Toen één van de benadeelden de film *Fitna* niet wilde zien, reageerde Moors dat hij zich dat kan voorstellen. De verdediging maakte opnieuw bezwaar vanwege de vermeende vooringenomenheid van de rechtbank, maar wraakte niet. De tweede wraking vond plaats nadat de rechtbank besloot niet in te gaan op het verzoek van de verdediging om getuige-deskundige Jansen te horen naar aanleiding van 'het diner' van eetclub *Vertigo*. Raadsheer Tom Schalken, betrokken bij de beschikking van het hof, zou volgens de verdediging tijdens dit etentje geprobeerd hebben Jansen te beïnvloeden. De wraking werd goedgekeurd, waarbij ook de 'eerdere voorvallen' werden meegenomen. Wilders sprak van 'maffiapraktijken', terwijl het voor de media opnieuw een aanleiding leek te zijn om de onafhankelijkheid en professionaliteit van de rechterlijke macht te betwijfelen: de rechtbank zou de jurisprudentie niet kennen en Schalken zou Wilders een oneerlijk proces hebben bezorgd. In het gunstigste geval zouden alle incidenten een teken zijn geweest dat de rechterlijke macht het vanzelfsprekende gezag was verloren

49 'Overtuigen of de mond snoeren', *NRC* 22 januari 2009.

50 'Wilders mag niet wat Hofstadgroep wel mag', *de Volkskrant* 26 januari 2009.

51 'Nuchter', *De Telegraaf* 13 oktober 2010; 'Politiek proces: de straat op', *de Volkskrant* 15 januari 2010.

52 Lawson, 'Veroordeling Wilders staat nog niet vast', *Trouw* 24 januari 2009.

en dat het zich opnieuw moest bezinnen op de verhouding met de samenleving.

Een gehavende rechterlijke macht zou het enige zijn wat het proces tot nu toe had opgeleverd. Tijdens het verhoor van Schalken, dat door de verdediging was verzocht, werd dit beeld door de rechtbank zelf nog eens versterkt. Juridisch gezien had Schalken niets verkeerd gedaan, zo stelde de rechtbank, maar dat neemt niet weg dat in de beeldvorming de schijn van vooringenomenheid was ontstaan. Theo de Roos noemde de toewijzing van het wrakingsverzoek dan ook 'puur damagecontrol'.⁵³ Toen het proces opnieuw moest, was de overheersende teneur in de media dat er snel een einde aan moest komen. Deze perceptie op de zaak heeft de media lange tijd in zijn greep gehad en kwam niet alleen de legitimiteit van de rechterlijke macht niet ten goede, maar ook die van het proces zelf. De materiële rechtsvraag (het normframe) verdween lange tijd uit het zicht en Wilders zelf werd veelal als slachtoffer gezien van een juridisch circus waaraan ook nog eens een hoop belastinggeld verspild werd. Waar het slachtofferframe tijdens het begin van het proces nog diende om de transformatie van het maatschappelijke naar het juridische conflict tegen te houden, verdwenen de benadeelden in deze periode vrijwel uit beeld. Hen werd slechts in enkele artikelen verweten deze 'poppenkast' veroorzaakt te hebben.⁵⁴ Het maatschappelijk gevolgenframe stond daarom centraal en diende daarbij ter de-legitimatie van het conflict: de reputatie van de rechterlijke macht stond op het spel en het was onduidelijk welk maatschappelijk nut het proces nog diende.

4.4.3 De pogingen van klagers tot erkenning van een legitiem strafrechtelijke conflict

Het perspectief dat het minste aandacht kreeg in de media was het conflict van de benadeelden en hun advocaten tegenover het Openbaar Ministerie. Waar klagers in de artikel 12 Sv-procedure als procespartij konden betogen dat het Openbaar Ministerie de strafrechtelijk te beschermen belangen met het besluit tot niet-vervolgning onvoldoende had beschermd, staat in het strafproces het conflict tussen het Openbaar Ministerie, die het algemeen belang van de samenleving vertegenwoordigt, en de verdachte (in dit geval Wilders) centraal. De benadeelden mochten als procesdeelnemer alleen hun schade onderbouwen. Uit de berichtgeving bleek dat zij zich aanvankelijk gesteund voelden toen het Openbaar Ministerie had besloten de dagvaarding tegen Wilders uit te breiden met haatzaaien tegen Marokkanen en niet-westerse allochtonen. Ze waren 'tevreden' over het feit dat het Openbaar Ministerie

53 'Richten op godsdienst mag, op mensen niet', *Trouw* 25 oktober 2010.

54 'Proces', *de Volkskrant* 8 februari 2011.

op eigen initiatief discriminatie zou aanpakken.⁵⁵ In het vervolg van de zaak eiste het Openbaar Ministerie echter vrijspraak met dezelfde motivering als het sepot. Volgens de benadeelden en hun advocaten was er daarom nauwelijks een proces op tegenspraak: 'Het OM is gaan functioneren als tweede advocaat van de heer Wilders.'⁵⁶ Daarmee zou het OM haar eigen richtlijn om discriminatie actief te vervolgen hebben ontdoken.⁵⁷

Het gebrek aan erkenning van dit conflict in de media leek samen te hangen met de beeldvorming van de klagers, later benadeelden, zoals die in paragraaf 4.4.1 is weergegeven. Het slachtofferschap, of eigenlijk het gebrek daaraan, diende nog steeds ter de-legitimatie van het proces: door de media werden de individuen en minderhedenorganisaties vaak aangeduid als 'vermeend' benadeelden. Hoewel alleen in de *Telegraaf* gesproken werd in termen van 'gnomen' en 'onverlichte Middeleeuwers', kwam in alle media naar voren dat ze bezig waren met 'een kansloze missie', zodat ze hun 'Don Quichoterie' maar beter konden staken.⁵⁸ Een uitspraak van Folkert Jensma in *NRC* maakte duidelijk dat ook het maatschappelijk gevolgenframe en normframe hen niet kon helpen de transformatie van het maatschappelijke naar strafrechtelijke conflict publiekelijk erkend te krijgen: 'Als de rechtbank oordeelt, zal zwaar meewegen dat het OM het algemeen belang behartigt. De klagers staan alleen voor hun eigen belang; zij willen hun eigen opvattingen en normen via het strafrecht laten zegevieren.'⁵⁹

'Ze' (de benadeelden) waren immers 'beledigd', zo stelden de media vaak. Toch bleek uit enkele artikelen waarin niet *over*, maar *met* benadeelden werd gesproken, dat het hen voornamelijk ging om de juridische normstelling inzake haatzaaien, waardoor het hele maatschappelijke klimaat zou worden vergiftigd.⁶⁰ Volgens klagers zou de vervolging daarom wel in het algemeen belang zijn. Benadeelden waren in hun eigen ogen daarom geen slachtoffer, maar kritische burgers die vonden dat discriminatiefeiten moesten worden aangepakt. Deze strategie van *counter framing* had weinig succes, wat hoogstwaarschijnlijk te maken had met wat er in de rechtszaal plaatsvond. Tot onbegrip van de benadeelden werden ze namelijk telkens onderbroken door de rechter, die niet van plan leek te zijn het proces weer uit de hand te laten lopen. Mohamed Rabbae vatte de positie van de benadeelden samen: 'Deze opmerkingen', zei hij over zijn eigen betoog, 'zijn belangrijker dan de kleur van de wijn

55 'Dagvaarding Wilders uitgebreid', *de Volkskrant* 13 januari 2010.

56 'Benadeelde partijen Wilders eisen vervanging aanklagers', *Trouw* 16 november 2010.

57 'Aanklagers Wilders eisen nieuwe officieren van justitie', *de Volkskrant* 16 november 2010.

58 'PROCES', *De Telegraaf* 24 januari 2009; 'Horror', *De Telegraaf* 20 oktober 2010 'Rabbae heeft niets te winnen in zaak tegen Wilders', *Trouw* 25 november 2010.

59 'Allemaal in het beklaagdenbankje', *NRC* 18 april 2011.

60 Groen & Meijer, 'Grote frustratie bij benadeelden in zaak Wilders', *de Volkskrant* 19 oktober 2010.

bij een etentje dat hier uitvoerig is behandeld.⁶¹ Ook de advocaten die de juridische relevantie van de ervaringen van de benadeelden probeerden duidelijk te maken, werden telkens teruggefloten. Met hun juridische verhaal namen ze immers de taak van het Openbaar Ministerie over, terwijl ze zelf alleen iets mochten zeggen over de vordering van hun cliënten. De media berichtten vervolgens dat de advocaten 'buiten hun boekje traden', waardoor in plaats van de inhoudelijke boodschap over haatzaaien en de gevolgen daarvan voor de maatschappij hun professionaliteit in twijfel werd getrokken.⁶² Het optreden van een deel van de benadeelden en hun advocaten hielp daarbij ook niet mee: Mohammed Enait noemde Wilders bijvoorbeeld 'kleine Hitler' en Jeroen de Kreek, veroordeeld voor het stalken van Jan Peter Balkenende, liet weten dat hij Wilders als 'imposante misdadiger' achter de tralies wilde zien.⁶³ Het argument van de benadeelden dat een deel van het juridische debat door de vrijspraak van het Openbaar Ministerie en de marginale rechtspositie van de benadeelden volledig buiten beeld bleef, vond daarom ook in de media nauwelijks doorgang.

Toch werden in de media een aantal processtrategieën weergegeven, waarmee door de advocaten van de benadeelden geprobeerd werd een proces op tegenspraak mogelijk te maken. Zo werd gepoogd de officieren van justitie via een kort geding te laten vervangen. Nu het OM 'één en ondeelbaar' is, werd dat verzoek echter afgewezen. Volgens Moszcwicz toonde het verzoek aan dat de advocaten 'juridisch de weg kwijt' waren.⁶⁴ Vervolgens verzocht advocaat Henri Sarolea het proces uit te stellen, omdat hij van het gerechtshof in Amsterdam wilde weten of deze vond dat de eigen vervolgingsopdracht voldoende is uitgevoerd. Waar de zorg om de vooringenomen rechterlijke macht nog gepaard ging met uitgebreide analyses, kreeg dit legitimiteitsprobleem in de media nauwelijks aandacht. Wel opperden Ybo Buruma en Tom Schalken respectievelijk 'dat het Openbaar Ministerie wel wat beter zijn best had kunnen doen' en dat 'de spirit ontbreekt om zaken te vervolgen'.⁶⁵ Naast de enkele artikelen waarin benadeelden en advocaten zelf hun zorg uitten over het gebrek aan tegenspraak, verschenen slechts twee artikelen waarin de vrijspraak van het Openbaar Ministerie expliciet werd geïnterpreteerd. Folkert Jensma haalde in de NRC een stuk van advocaat en hoogleraar Egbert Dommering aan dat eerder in *De Groene Amsterdammer* was verschenen: 'De slachtoffers zijn door de feitelijke weigering van het OM om te vervolgen in de kou gezet – en journalistiek overigens genegeerd'.⁶⁶ Daarnaast verscheen

61 Heijmans, 'Redelijken en gekken op zoek naar luisteraars in de zaak Wilders', *de Volkskrant* 19 oktober 2010.

62 'Advocaten benadeelden gaan volgens rechter buiten hun boekje', *Trouw* 19 oktober 2010.

63 'Intuïtief voelde ik aan dat Wilders zou zijn veroordeeld', *de Volkskrant* 27 december 2010.

64 'Ik wraakte met recht', *de Volkskrant* 4 februari 2011.

65 'Dinertje valt verkeerd', *De Telegraaf* 23 oktober 2010; 'Ik wraakte met recht', *de Volkskrant* 4 februari 2011.

66 'Was Wilders onnodig buitensporig?', *NRC* 11 juni 2011.

één commentaar in *de Volkskrant* waarin benadeelden geadviseerd werd om dit proces stop te zetten: ze zouden terecht bezorgd zijn, maar konden toch nooit een eerlijk proces krijgen.⁶⁷ De overige media berichtten slechts dat benadeelden er in de loop van het proces nog alleen voor stonden en 'er een beetje bij bungelden'.⁶⁸

4.4.4 Het juridische conflict: de juiste toepassing van de artikelen 137c en 137d Sr

Op 23 juni 2011 volgde de uitspraak. Hoewel de materiële rechtsvraag lange tijd uit het zicht was verdwenen, verzochten de media dat er eindelijk een einde zou komen aan het proces. Ook zou het nu eens over de inhoud gaan. Naast de vele artikelen over de legitimiteit van het door klagers en het hof beoogde strafrechtelijke conflict, verschenen in de loop van het proces enkele artikelen over de mogelijke oplossing hiervan. Deze gingen ten eerste over het zogenaamde 'gezwel-arrest', waarin de Hoge Raad bepaalde dat artikel 137c (groepsbelediging) niet ziet op religiekritiek.⁶⁹ Waar het hof het door het Openbaar Ministerie gemaakte onderscheid tussen kritiek op religie en de aanhangers daarvan nog gekunsteld vond, maakten de media nu duidelijk dat een veroordeling voor groepsbelediging erg onwaarschijnlijk zou worden.⁷⁰ Het Openbaar Ministerie eiste inderdaad vrijspraak voor groepsbelediging, maar ook voor aanzetten tot haat en discriminatie. Dat oordeel werd door de media met instemming ontvangen. Bovendien zou iedereen het al aan hebben kunnen zien komen. Zo vermeldde *De Telegraaf*: 'Eigenlijk mag het geen verrassing zijn, [...] want hoe kan het dat Wilders door het hof werd verweten de grenzen van het politieke debat te hebben overschreden, terwijl het OM op basis van dezelfde uitspraken in het licht van dezelfde jurisprudentie tot een volledige vrijspraak komt?'⁷¹

Een enkeling, waaronder *NRC*-columnist Folkert Jensma, benadrukte dat vrijspraak juist daarom helemaal niet zo vanzelfsprekend was.⁷² Er kon beide kanten op worden beargumenteerd en het zou uiteindelijk aan de rechter zijn om over Wilders' uitlatingen te beslissen. Michiel Pestman, advocaat van de benadeelden, hield de mogelijkheid van een veroordeling voor aanzetten tot

67 'Trek alle aanklachten tegen Wilders in', *de Volkskrant* 27 oktober 2010.

68 Heijmans, 'Redelijken en gekken op zoek naar luisteraars in de zaak Wilders', *de Volkskrant* 28 mei 2011.

69 HR 10 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF0655, *NJ* 2010, 19, m.nt. Mevis.

70 Zie o.a. Jensma, 'Onnodig grievend of was het gewoon heldere taal?; Rechtbank moet in strafzaak Wilders uitingsvrijheid afwegen tegen de bescherming immigranten', *NRC* 12 januari 2010.

71 'Vrijspraak', *De Telegraaf* 16 oktober 2010.

72 'Was Wilders onnodig buitensporig?', *NRC* 11 juni 2011.

haat en discriminatie nog open: 'We hebben het Europese recht aan onze zijde'.⁷³ Volgens deze jurisprudentie hebben politici in het publieke debat aan de ene kant meer vrijheid 'to shock, offend and disturb', maar hebben zij aan de andere kant ook een speciale verantwoordelijkheid om de sociale vrede te bewaren. De positie van politici in het publieke debat vormde daarom een van de belangrijkste twistpunten in de zaak, hoewel de media het deed lijken alsof de rechtbank geen keuze had. Waar het gezwel-arrest in alle kranten veelvuldig benoemd en bediscussieerd werd, verschenen vanuit *NRC* en *de Volkskrant* slechts twee artikelen over de zaak Féret waar een Waalse politicus die ageerde tegen 'de islamisering van België' zich tevergeefs op de vrijheid van meningsuiting had beroepen nadat hij door de nationale rechter een taakstraf opgelegd had gekregen en tien jaar uit zijn kiesrecht was ontzet.⁷⁴ Féret 'ondermijnde het vertrouwen in de democratische instellingen' en zorgde voor 'sociale spanningen'.⁷⁵ Er zou 'een maatschappelijke noodzaak' hebben bestaan de belangen van de immigrantengemeenschap te beschermen. In dezelfde artikelen werd vermeld dat het EHRM ook de veroordeling van le Pen in stand had gelaten.⁷⁶

Het EHRM toetst de strafrechtelijke vervolging van uitingsdelicten op eisen van legaliteit en proportionaliteit en verplicht daarom niet tot vervolging of veroordeling. Het was daarom aan de rechtbank zich uit te laten over de positie van politici in het publieke debat. Die verantwoordelijkheid om zich niet achter Straatsburg te verschuilen, werd door Rick Lawson al in 2008 benadrukt: 'We moeten in dit land zelf een knoop doorhakken.'⁷⁷ Uiteindelijk besloot de rechtbank tot vrijspraak, en volgde daarbij dezelfde argumentatie als het Openbaar Ministerie: Wilders bekritiseerde een religie en deed zijn uitlatingen in de context van het publieke debat. Zijn uitspraken zouden 'grof en denigrerend' zijn, en daarmee onfatsoenlijk, maar niet strafbaar.⁷⁸

Nu de rechtbank geen enkele overweging wijdde aan de bijzondere verantwoordelijkheid van politici – en dit perspectief in het publieke debat ook nauwelijks voet aan de grond had gekregen – was het niet geheel verrassend dat de uiteindelijk normstelling veelal werd begrepen als een onvermijdelijke overwinning van 'de democratie en de vrijheid van meningsuiting'.⁷⁹ Er werd gelachen om de 'kansloze poging' van benadeelden om toch nog naar het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties te stappen.⁸⁰ Volgens Wilders

73 'OM: Wilders vrijuit', *Algemeen Dagblad* 16 oktober 2010.

74 Groen & Kranenberg, 'Hij spint hier altijd de garen bij', *de Volkskrant* 16 januari 2010; 'Radical politicus die de 'sociale vrede' bedreigt kan strafbaar zijn', *NRC* 28 juli 2009.

75 EHRM 16 juli 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0716JUD001561507 (*Féret/België*).

76 EHRM 20 april 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0420DEC001878809 (*Le Pen/Frankrijk*).

77 'OM laat zaak-Wilders te gemakkelijk lopen', *Trouw* 8 juli 2008.

78 Rb. Amsterdam 23 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001.

79 Zie o.a. Ellian, 'Voor vrijheid is al een hoge prijs betaald', *de Volkskrant* 24 juni 2011.

80 'Kruis met Wilders de degens in debat', *Algemeen Dagblad* 24 juni 2011.

was het nu tijd de wet naar Amerikaans model aan te passen.⁸¹ De Roos vond dat er nu 'belangwekkende jurisprudentie' lag op het terrein van haatzaaien.⁸² Toch verschenen ook enkele kritische artikelen en lezersbrieven die betrekking hadden op de normstelling. Zo werden zorgen geuit over het feit dat Wilders' woorden nu de 'glans van juridische rechtvaardiging' zouden hebben.⁸³ Ook bleek uit de berichtgeving dat de normstelling niet helemaal werd begrepen. Was de uitspraak nu een vrijbrief voor racisme of voor verhuftering?⁸⁴ En hoe kunnen moslims los worden gezien van hun religie: Wilders wil toch geen Korans uit het land hebben?⁸⁵ Anderen stelden dat de uitspraak niet alleen een onduidelijke norm had opgeleverd, maar dat die normstelling door de rechter eigenlijk ontbrak: Wilders kreeg volgens de rechtbank meer ruimte vanwege een hevig debat, maar het was toch Wilders zélf die dit debat zo fel had gemaakt? Is hier geen sprake van een cirkelredenering?⁸⁶ Deze interpretatie van de uitspraak werd door Wilders, met enige trots, in een interview bevestigd: 'Ik mocht dat dus zeggen, omdat er op dat moment een levendig debat was. Die had ik zelf geïnitieerd!'.⁸⁷ De NRC kwam met artikelen waaruit bleek dat andere Europese media niet begrepen dat de rechtbank het primaat van de politiek boven de rechtsbescherming had geplaatst.⁸⁸ *De Telegraaf* beperkte zich daarentegen tot het enthousiaste commentaar van Filip de Winter van Vlaams Belang die de uitspraak met instemming had ontvangen.⁸⁹

4.5 CONCLUSIE: EEN DEMOCRATISCHE STRIJD VIA HET STRAFRECHT?

Bovenstaande analyse van de eerste Wilders-zaak laat inderdaad geen optimistisch beeld zien wanneer we ons de vraag stellen of de rechtszaal kan fungeren als maatschappelijke arena. In een gepolariseerde samenleving leidde de concurrerende perspectieven op de zaak ertoe dat de rechter de regie over het op te lossen juridische conflict verloor en ten slotte zelf werd gepolitiseerd. Hoewel klagers en de artikel 12 raadsheren een debat over 'de normatieve grenzen van het publieke debat' voor ogen hadden, werd de zaak daarom niet altijd binnen die kaders begrepen en bediscussieerd, met de nodige gevolgen voor de toegekende legitimiteit van zowel het strafproces als die van de rechterlijke macht zelf.

81 'Wilders viert vrijspraak', *De Telegraaf* 24 juni 2011.

82 Van Dongen, 'Grenzen van het vrije woord zijn afgebakend', *de Volkskrant* 24 juni 2011.

83 'Wilders woorden hebben nu juridische rechtvaardiging', *Algemeen Dagblad* 24 juni 2011.

84 Van Meteren, 'Is deze uitspraak een vrijbrief voor verhuftering?', *Trouw* 24 juni 2011; 'Brieven over vrijspraak' NRC 24 juni 2011.

85 Staal, 'Nu ontloopt Wilders het martelaarschap', NRC 24 juni 2011.

86 Brieven over vrijspraak', NRC 24 juni 2011.

87 'Op het randje, maar er niet overheen', *De Telegraaf* 24 juni 2011.

88 'In buitenland is vrijspraak 'einde aan de tolerantie'', NRC 24 juni 2011.

89 'Vlaams Belang jubelt na vonnis', *De Telegraaf* 24 juni 2011.

Het zou echter te makkelijk zijn om de discussie over de juridisering van maatschappelijke conflicten via het (straf)recht slechts in termen van polarisatie en gepercipieerde legitimiteit te voeren. Het kritisch-normatieve karakter van het recht verhoudt zich slecht tot de roep om een harmonieuze samenleving en de gehoorzaamheid aan een staatsmacht. In tijden van ‘polarisatiepaniek’ is het daarom misschien goed om nog eens te benadrukken wat ‘t Hart ‘de compatibiliserende functie’ van het recht noemde: ‘Die bemiddeling komt eigenlijk hierop neer dat diversiteit niet wordt ‘gladgestreken’ en vervangen door uniformiteit, maar ‘compatibel’ wordt gemaakt binnen een coherent en omvattend geheel.’⁹⁰ Wanneer burgers een democratische strijd via het strafrecht voeren, is het daarom van belang om de concurrerende perspectieven op het conflict niet gelijk glad te strijken, maar eerst op empirische wijze zichtbaar te maken, om ons vervolgens – en dat is een normatieve vraag – af te vragen of ze compatibel kunnen worden gemaakt binnen de rationaliteit van het strafrecht.

De media-analyse bracht deze empirische voorvraag naar de verschillende conflictdefinities op grote lijnen naar voren. Het is echter de vraag of deze (vaak) concurrerende perspectieven in normatieve zin ‘compatibel’ kunnen worden gemaakt binnen de rationaliteit van het strafrecht die toch vooral in termen van de verdachte en het slachtoffer begrepen wordt. De eerste Wilders-zaak illustreerde namelijk dat maatschappelijk gevoelige artikel 12-procedures nieuwe vragen oproepen over de relatie tussen de strafrechtspleging en democratisch burgerschap: tegenover het Openbaar Ministerie en een deel van de samenleving, meenden klagers in het algemeen belang te spreken. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat deze democratische burger niet het mensbeeld is dat aan ons strafrecht ten grondslag ligt. Het Openbaar Ministerie werd geacht in het algemeen belang op te treden, terwijl slachtoffers vooral geleid zouden worden door hun ‘wraakgevoelens’ en belangengroepen door hun ‘deelbelangen’.⁹¹ Uit de media-analyse bleek dat de strafrechtspleging en de legitimiteit daarvan inderdaad veelal in deze termen wordt bediscussieerd. Waar het slachtoffer in het strafproces steeds meer aandacht heeft gekregen en voor de samenleving normaliter een ‘bindmiddel’ is, mochten klagers in de eerste Wilders-zaak geen slachtoffers zijn omdat ze ‘slechts beledigd’ waren.⁹² Ze mochten ook niet in het algemeen belang spreken, omdat ze enkel deelbelangen zouden vertegenwoordigen en negatieve maatschappelijke effecten teweeg zouden brengen. Ten slotte zou de normstelling waar zij om vroegen slechts een roep om fatsoenlijkheid zijn. Het Openbaar Ministerie zou daarom met het sepot en het requisitoir strekkende tot vrijpraak aan het algemeen belang uitdrukking geven, welk perspectief vervol-

90 ‘t Hart 1997, p. 55; de term ‘polarisatiepaniek’ ontleen ik aan een essay van de historicus Ros, zie Ros 2023.

91 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

92 Over solidariteit en slachtofferschap, zie Boutellier 2005a.

gens door de rechtbank werd overgenomen. Tegenover deze perspectieven op het conflict betoogden klagers, het hof en een deel van de samenleving dat de liberale democratie en haar instituties er voor alle burgers zijn; ook en vooral wanneer bepaalde burgers van deze politieke gemeenschap lijken te worden uitgesloten.

De maatschappelijke dynamiek die zich naar de rechtszaal vertaalde, leidde ertoe dat dit laatste perspectief op de zaak nauwelijks aandacht kreeg. Maar wie bepaalt in een verdeelde samenleving eigenlijk welk strafrechtelijk optreden in het algemeen belang is? Daar biedt noch het recht, noch de wetenschap een antwoord op. 't Hart bestempelde het criterium van het algemeen belang daarom als een hoge hoed van de goochelaar waar hij uit kan halen wat hij er eerst zelf heeft ingestopt.⁹³ De Lange noemde het een 'uitermate vaag criterium' dat 'content moet krijgen' en moedigt ngo's daarom aan om in naam van collectieve rechtsgoederen het algemeen belang van de vervolging via de artikel 12 procedure in vraag te stellen.⁹⁴ De eerste Wilders-zaak liet zien dat de rechterlijke macht zich daarna geconfronteerd kan zien met twee tegenover elkaar gestelde 'algemene belangen': die van het OM die de samenleving meent te vertegenwoordigen en die van klagers (later: benadeelden) die datzelfde menen te doen.

Wat betekent dat voor de in de inleiding gestelde vraag of de rechtszaal kan fungeren als maatschappelijke arena? In ieder geval vereist een antwoord op deze vraag een normatieve discussie, voorbij de zorgen over gepercipieerde legitimiteit van de rechterlijke macht en de toegenomen polarisatie in de zittingszaal. Maar deze normatieve discussie zal ook niet slechts moeten worden gevoerd binnen het liberale kader dat zich richt op de 'juiste' verhouding tussen staatsmachten en die tussen de individuele rechten van de verdachte en het slachtoffer, terwijl dat zowel de werkelijkheid als de machtskritische functie van het recht geweld zou aandoen. Juridische begrippen bieden nu juist ruimte voor andere verhalen die tegen het dominante weten in gaan, zo zou 't Hart later met Foqué betogen.⁹⁵ De media-analyse illustreerde dat de democratische strijd die in de eerste Wilders-zaak via het strafrecht werd gevoerd niet in al zijn complexiteit begrepen en geëvalueerd kan worden binnen de bekende liberale kaders die de verdachte tegenover het slachtoffer plaatsen en de rechtsstaat tegenover de 'democratie', respectievelijk opgevat als domein voor individuele rechtsbescherming en het exclusieve domein van het parlement. Tegenover het verhaal van het Openbaar Ministerie brachten klagers in de eerste Wilders-zaak een 'ontregelend verhaal' over wie wij zijn als politieke gemeenschap en hoe de strafrechtspleging daar uitdrukking aan zou moeten geven. Het is een voorbeeld van een zaak waarin geprobeerd wordt democratisch burgerschap uit te oefenen via strafrechtelijke begrippen

93 't Hart 1996, p. 89.

94 De Lange 2009, p. 480; De Lange 2021.

95 Foqué & 't Hart 1990, p. 362.

die daar in principe ruimte voor boden, maar waar de strafrechtspleging in de praktijk weinig op bleek te zijn toegerust en voorbereid. Met de eerste Wilders-zaak is de discussie naar de rechtszaal als forum voor maatschappelijk debat daarom nog niet gesloten. Eerder vormt het de aanleiding voor een veel fundamenteeler debat in een rechtsgebied waar een democratische strijd kan worden gevoerd, terwijl democratisch burgerschap niet het uitgangspunt lijkt te zijn: hoe een democratisch strafrecht te denken en te organiseren?

5 | Dialoogpartners aan zet 1: klagers¹

5.1 INLEIDING

Hoewel het Openbaar Ministerie van oudsher het vervolgingsmonopolie toekomt, biedt de artikel 12 Sv-procedure direct belanghebbende burgers de mogelijkheid een negatieve vervolgingsbeslissing bij een onafhankelijke raadkamer te laten toetsen. Eerder onderzoek heeft uitgewezen dat deze procedure met name wordt aangewend door burgers die aangeven dat ‘hun verhaal en hun belang’ in het voortraject te weinig zou zijn meegenomen en dat zij daarom door de raadsheren wensen te worden ‘gezien en erkend’.² Naast de oorspronkelijke publieke (rechtsstatelijke) controlefunctie – het voorkomen van willekeur en machtsmisbruik vanuit de zijde van het OM – heeft de artikel 12 Sv-procedure daarom een belangrijke maatschappelijke functie gekregen: het staat steeds meer in dienst van de private belangen van klagers.³ Toch worden er ook maatschappelijke aanspraken op de artikel 12 Sv-procedure gemaakt die de individuele belangen van klagers overstijgen. Voorbeelden van dergelijke zaken zijn degenen die leidden tot de vervolgingen van Geert Wilders in 2009 en van voormalig ING CEO Ralph Hamers in 2020 vanwege zijn rol in de witwasaffaire, waarvoor het OM reeds in 2018 met de ING een hoge transactie was overeengekomen.⁴ Anders dan ‘gewone’ beklagzaken – die veelal zien op burenruzies, mishandelingen en beledigingen – worden deze zaken al snel voorwerp van politiek-maatschappelijk debat.⁵ Klagers zijn in deze bijzondere categorie maatschappelijk gevoelige zaken namelijk maar een deel van een verdeelde samenleving, omdat aan de zaken maatschappelijke conflicten ten grondslag liggen. De concurrerende maatschappelijke belangen leiden er nogal eens toe dat de door klagers voorgestane conflictoplossende rol van de Rechtspraak wordt gedelegeerd door andere (niet bij de proce-

1 Dit hoofdstuk is reeds gepubliceerd als artikel, zie Koning 2024a.

2 Van Lent, Boone & Van den Bos 2016.

3 Voor de oorspronkelijke publieke functie, zie *Kamerstukken II 1917/18, 77, nr. 1, 44*; over de hedendaagse maatschappelijke functie, zie Van Lent, Boone & Van den Bos 2016.

4 Hof Den Haag, 9 december 2020, ECLI:NL:GHDA:2020:2347; Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Buruma.

5 Recent onderzoek toont aan dat ook artikel 12 Sv-raadsheren een onderscheid maken (conceptueel en qua taakopvatting) tussen deze twee categorieën beklagzaken, zie Koning 2024.

dure betrokken) burgers en machthebbers die betogen dat het strafrecht niet voor dit type zaken bedoeld is.⁶

Dat maatschappelijk gevoelige beklagzaken gepaard kunnen gaan met delegitimatiestrategieën werd duidelijk in de eerste Wilders-zaak. Volgens de media zou het strafrecht er alleen voor ‘echte slachtoffers’ moeten zijn, welke maatschappelijke identiteit de klagers, die met succes de vervolging van Wilders hadden weten af te dwingen, niet zouden verdienen.⁷ Bovendien zou een strafproces de onderliggende maatschappelijke problemen en conflicten, zoals de toenemende polarisatie, niet oplossen en zelfs laten toenemen.⁸ Naast deze ‘strijd om slachtofferschap’⁹ en ingeroepen effectiviteitsargumenten, werd de trias politica (al dan niet expliciet) aangehaald om de vraag naar de wenselijkheid van de inzet van het strafrecht in deze zaak negatief te kunnen beantwoorden: een dergelijk politiek-maatschappelijk conflict zou geen uitweg moeten vinden in het strafrecht, maar in de politieke arena.¹⁰

De eerste Wilders-zaak illustreert dat het strafrecht een maatschappelijk fenomeen is waaraan de leden van de samenleving verschillende functies toekennen. Volgens de tegenstanders van het proces moest het strafrecht (‘echte’) slachtoffers dienen, positieve maatschappelijke effecten teweegbrengen en zich niet inmengen met politieke vraagstukken. Omdat het strafproces aan geen enkele van deze functies zou kunnen toekomen, zou deze zaak daarvoor niet geschikt zijn. Waarom rekenden klagers dan wél op het strafrecht? Welke functie kennen zij aan het strafrecht toe wanneer ze maatschappelijk gevoelige conflicten voor de strafrechter proberen te brengen? In deze bijdrage staat de vraag centraal hoe de relatief nieuwe aanspraken op de strafrechtspleging in maatschappelijk gevoelige beklagzaken te begrijpen en te conceptualiseren. Hoewel niet moet worden uitgesloten dat klagers ook in deze bijzondere categorie beklagzaken individuele belangen bij een vervolging hebben, vereist onderzoek naar de maatschappelijke aanspraken van deze klagers óók aandacht voor bovenstaande politiek-maatschappelijke interactieprocessen: de (de)legitimatieprocessen in een verdeelde democratische samenleving aan de hand van concurrerende betekenisgevingen (of toegekende functies) van de strafrechtspleging. Het is vanwege deze politiek-maatschappelijke context van belang ons niet alleen te richten op de (sociaalpsychologische) theorie van ‘ervaren procedurele rechtvaardigheid’ – waarbinnen de individuele aanspraken in reguliere beklagzaken doorgaans worden begrepen – maar (ook) een meer

6 Over de verschillende (de)legitimatiestrategieën in maatschappelijk gevoelige artikel 12 Sv-zaken, zie Koning 2023.

7 Zie o.a. ‘Recht om te beledigen’, *NRC* 1 juli 2008.

8 Zie o.a. ‘Moslims krijgen weer gelijk’, *De Telegraaf* 23 januari 2009.

9 Deams, Pemberton & Van Stokkom 2022.

10 Zie o.a. de ingezonden lezersbrieven in ‘Geert Wilders gaat winnen, daarom moet hij achter de tralies’, *Algemeen Dagblad* 8 februari 2010.

sociologisch perspectief aan te nemen.¹¹ Want ging het de klagers in de Wilders-zaak wel om de erkenning van slachtofferschap, een effectieve oplossing van maatschappelijke problemen en conflicten of het naar voren brengen van een louter politieke kwestie, zoals dat door machthebbers en andere leden van de samenleving gesteld werd? Of werden zij eerder tot emotioneel slachtoffer of politieke activisten *gemaakt*, terwijl ze in werkelijkheid een andere functie aan de strafrechtspleging probeerden toe te kennen?

Om te voorkomen dat een nieuwe functie van de beklagprocedure zou worden gemist, vormde het startpunt van deze bijdrage het perspectief op de strafrechtspleging van burgers en hun advocaten zelf.¹² Aan de hand van vier casestudies – de artikel 12-zaak tegen Geert Wilders, die tegen de Pedofielenvereniging Martijn, en de zaken naar aanleiding van de Libor-affaire en de fatale arrestatie van Mitch Henriquez – wordt een eerste aanzet gegeven deze (relatief nieuwe) maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging van nadere conceptuele duiding voorzien. De resultaten van de case-studies illustreren dat maatschappelijk gevoelige beklagzaken aanleiding geven de dominante betekenisgeving van de strafrechtspleging kritisch tegen het licht te houden: tegenover het *liberale* verdachte-slachtofferparadigma waarbinnen de Nederlandse strafrechtspleging van oudsher begrepen wordt, blijken burgers en advocaten (ook) een *democratische* functie aan de strafrechtspleging toe te kennen die tot nu toe nog niet als zodanig lijkt te zijn geconceptualiseerd.

Alvorens dit ‘democratisch vocabulaire’ in paragraaf 5.5 vanuit de case-studies te reconstrueren, zal in paragraaf 5.2 de plaats van de artikel 12-procedure in de Nederlandse strafrechtspleging uiteen worden gezet. De ratio van de beklagprocedure past binnen het liberale kader waarbinnen de normatieve functie van de strafrechtspleging en de maatschappelijke aanspraken die daarop worden gemaakt doorgaans worden begrepen. Omdat dit liberale kader de hier te onderzoeken aanspraken niet in al zijn complexiteit lijkt te kunnen vatten, bespreekt paragraaf 5.3 de gehanteerde (inductieve) methode van het onderzoek. Paragraaf 5.4 geeft de resultaten van de casestudies weer, waarna paragraaf 5.5 een eerste aanzet doet tot nieuwe theorievorming waarmee de verhouding tussen ons van oudsher professioneel ingerichte strafrechtspleging en de democratische samenleving op een kritische, maar constructieve wijze kan worden gedacht.

5.2 HET DOMINANTE LIBERALE PERSPECTIEF OP DE STRAFRECHTSPLEGING

De verschillende maatschappelijke betekenissen die aan het strafrecht worden gegeven, zullen altijd moeten worden ingepast in de onderliggende normatieve

11 Over het belang van sociologische perspectieven op de maatschappelijke functies van de strafrechtspleging, zie Garland 1991.

12 Het onderzoek is daarom meer inductief van aard, zie paragraaf 5.3.

uitgangspunten daarvan. Die normatieve grondslag van het Nederlandse strafrecht is van oudsher het liberalisme met als uitgangspunt de bescherming van individuele vrijheden.¹³ Deze liberale karakterisering van de strafrechtspleging veronderstelt dat het strafrecht de normatieve functie heeft verdachten te beschermen *tegen* machtsmisbruik vanuit de overheid, maar ook dat slachtoffers via handhaving van het recht *door* die overheid beschermd worden.¹⁴ Als uiterst machtsmiddel is de inzet van ons strafrecht toevertrouwd aan publieke autoriteiten die uitsluitend het algemeen belang dienen te behartigen, zodat de individuele vrijheid van burgers gewaarborgd wordt.¹⁵

Ook ons vervolgingsstelsel is rondom deze liberale logica ingericht. Omwille van de individuele rechtsbescherming van de verdachte was de wetgever bij de totstandkoming van ons huidige Wetboek van Strafvordering nogal huiverig tegenover directe participatie van burgers in de strafrechtspleging: slachtoffers zouden toch vooral door hun ‘particuliere wraakgevoelens’ en belangengroepen door hun ‘deelbelangen’ geleid worden.¹⁶ De definiëring van het algemeen belang werd daarom via het vervolgingsmonopolie en het opportuniteitsbeginsel toevertrouwd aan het Openbaar Ministerie. Omdat eveneens voorkomen moest worden dat het Openbaar Ministerie zélf een willekeurig of politiek gebruik van het opportuniteitsbeginsel zou maken, vormde de artikel 12 Sv-procedure een belangrijk correctiemiddel. Tijdens deze procedure mogen de raadsheren de eerdere vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie volledig toetsen aan de hand van de criteria van de haalbaarheid van de vervolging en de opportuniteit daarvan.¹⁷ Ook de beklagprocedure heeft van oudsher twee rechtsbeschermende functies die vanuit bovenstaand liberaal kader kunnen worden begrepen: het moet willekeur en machtsmisbruik vanuit de zijde van het Openbaar Ministerie tegengaan en biedt slachtoffers een *last resort* om aanspraak te kunnen maken op hun individuele rechtsbescherming.¹⁸ Bovendien waarborgt artikel 12 Sv de individuele rechtsbescherming van de beklagde: burgers kunnen niet in een ingrijpende strafprocedure belanden zonder wettelijke grondslag (vanwege het haalbaarheids criterium) en het strafrecht blijft als uiterst machtsmiddel een *ultimum remedium* (vanwege de extra eis van de opportuniteit).

13 Over de basisaannames van het liberalisme als politieke filosofie, zie Heywood 2017; over strafrecht en liberalisme, zie Foqué & ‘t Hart 1990; Mackor 2012.

14 Voor een uitgebreide beschouwing over de rechtsbeschermende functies van het strafrecht, zie Foqué & ‘t Hart 1990.

15 Het publiekrechtelijk karakter van het strafrecht werd recentelijk weer benadrukt in een redactioneel van *Strafblad* over de rol van de burger in de strafrechtspleging, zie Crijns & Hirsch Ballin 2023.

16 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr 3, p. 54-55.

17 De volle toetsing van de OM-vervolgingsbeslissing blijft behouden in het nieuwe Wetboek van Strafvordering, zie *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr 3, p. 842-843.

18 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr 3, p. 66.

Alle *maatschappelijke* aanspraken die via de beklagprocedure op de strafrechtspleging worden gemaakt, worden daarom (al dan niet impliciet via het positieve recht) aan het bovenstaande *normatieve* liberale kader getoetst. Het is echter de vraag of dit kader waarbinnen het strafrecht van oudsher wordt begrepen niet bepaalde perspectieven op de strafrechtspleging buiten beeld houdt. Het liberalisme geeft ons namelijk niet alleen een normatief kader, maar heeft ook bepaalde empirische vooronderstellingen over mens en maatschappij. Voor het liberalisme zijn burgers namelijk ofwel vrije, rationele rechtssubjecten tegenover de staat in de publieke sfeer, ofwel hebben zij individuele behoeften in de private sfeer.¹⁹ Die normatieve en empirische vooronderstellingen zien we ook terug in de context van de strafrechtspleging: burgers worden beschouwd als (potentiële) verdachten, die bij de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde beschermd moeten worden tegen staatsmacht, en (potentiële) slachtoffers die naast het publieke belang van individuele rechtsbescherming ook persoonlijke behoeften als genoegdoening, erkenning en veiligheid zouden hebben. Normatieve discussies over de inzet van het strafrecht zien inderdaad veelal op de vraag in hoeverre toe te komen aan maatschappelijke aanspraken die betrekking hebben op private behoeften van burgers (bijvoorbeeld om als slachtoffer erkend te worden) of de punitieve aanspraken van ‘het volk’ dat zich in ‘gewone’ strafzaken veelal met de emoties van het slachtoffer lijkt te identificeren. Zo spreken juristen over het ‘publiek met een punitieve inborst’ of ‘een repressieve samenleving’, waarna daartegenover liberale (rechtsstatelijke) waarden ter bescherming van de verdachte in herinnering worden geroepen.²⁰ Meer in het bijzonder wordt het spreekrecht vanuit zowel juridische als criminologische hoek bekritiseerd als een ongewenste privatisering of horizontalisering van een publiekrechtelijke aangelegenheid waar juist het algemeen belang centraal zou moeten staan.²¹ Ook in de context van de beklagprocedure wordt de vraag opgeworpen hoe te zorgen voor een ‘gepaste insluiting’ van het slachtoffer in een systeem dat van oorsprong gebouwd is op ‘het traditionele enkelspoor van de verdachte versus de overheid’.²²

Dat de tot nu toe onderzochte maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging binnen het bovenstaande liberale ‘verdachte-slachtofferparadigma’ kunnen worden begrepen en kunnen worden genormeerd wil echter niet zeggen dat we niet open dienen te staan voor de mogelijkheid dat er ook maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging worden gemaakt die niet binnen dit kader passen. De hierboven beschreven liberale karakterisering van het strafrecht kent bijvoorbeeld geen plaats toe aan de *verdeelde* democratische samenleving waarin burgers (niet zijnde slachtoffer of verdachte) met elkaar discussiëren over de collectieve inrichting van de samenleving. Klagers

19 Over de kennistheoretische grondslagen van het liberalisme, zie Unger 1975.

20 Barkhuysen e.a. 2022; Crijns & Hirsch Ballin 2023.

21 Daems 2007; Veraart 2013; Van Stokkom 2019; Van Stokkom 2022.

22 Kool 2018.

dienen in maatschappelijk gevoelige beklagzaken echter juist in d'e context van maatschappelijke verdeeldheid aan te voeren dat een vervolging in het algemeen belang is. Nu het liberalisme slechts de verhoudingen tussen (atomistische) individuen en de staat regelt, wordt geabstraheerd van de politiek-maatschappelijke interactieprocessen die juist de democratische samenleving kenmerken.²³ Er waren daarom goede redenen te veronderstellen dat klagers het strafrecht in de politiek-maatschappelijke context van maatschappelijke verdeeldheid mogelijk van een andere betekenis zouden voorzien, die vanuit de dominante liberale karakterisering van het strafrecht gemist zou worden. Het empirisch onderzoek naar klagers' betekenisgeving van de strafrechtspiegeling in maatschappelijk gevoelige beklagzaken was daarom meer inductief van aard en zal in de volgende paragraaf worden toegelicht.

5.3 METHODOLOGISCHE VERANTWOORDING

De casestudies startten met een media-analyse, zodat aan de specifieke politiek-maatschappelijke context van de vier te onderzoeken zaken recht kon worden gedaan.²⁴ Hoewel de media veelal óver de vermeende intenties van klagers sprak in plaats van dat mét hen werd gesproken, gaf de media-analyse aanleiding enkele *sensitizing concepts* vanuit de literatuur te onderscheiden die richting gaven aan het onderzoek.²⁵ Zo kon berichtgeving over vermeende 'wraakgevoelens' van klagers gekoppeld worden aan sociologisch onderzoek over 'de tijd van het slachtoffer' en *the culture of control* waarin de betekenisgeving van het strafrecht gekenmerkt wordt door private belangen als erkenning en risicobeheersing.²⁶ Berichtgeving over de (in)effectiviteit van het strafrecht om maatschappelijke problemen en conflicten op te lossen kon bijvoorbeeld in verband worden gebracht met (rechtssociologische) literatuur rondom 'strategisch procederen' en *legal framing*, maar ook met meer politiek-filosofische literatuur over de democratische samenleving (en haar instituties) in tijden van (gepercipieerde) politieke inactiviteit en maatschappelijke verdeeldheid.²⁷ Vervolgens volgden semi-gestructureerde diepte-interviews met klagers en hun advocaten. Naarmate het onderzoek vorderde leidden de

23 Dat het liberale vocabulaire maatschappelijke conflicten 'maskeert' is een bekende kritiek vanuit democratiëdenkers, zie o.a. Mouffe 2000.

24 Voor de bespreking van de resultaten van deze media-analyse, zie Koning 2023; ook in deze bijdrage wordt gebruikgemaakt van de dataset en de daarin opgenomen krantenartikelen.

25 Over inductief onderzoek (*Grounded Theory Approach*) en de rol van richtinggevende concepten (*sensitizing concepts*), zie Glaser & Strauss 1967.

26 Garland 2001; Boutellier 2005a; Boutellier 2021.

27 Over het fenomeen strategisch procederen, zie Van der Pas 2021; over *legal framing*, zie Leachman 2013; over de 'legitimiteitscrisis' in de hedendaagse democratie, zie Rosanvallon 2008; Rosanvallon 2011.

richtinggevende concepten steeds tot het lezen van nieuwe literatuur en het terugkeren bij de data om de tot dan toe gevormde conceptuele onderscheidingen te toetsen en/of aan te vullen.

Het doel van de interviews was tweeledig: 1) achterhalen welke betekenis deze burgers en advocaten in het licht van de politiek-maatschappelijke context aan de strafrechtspleging gaven; en 2) hoe juridische en niet-juridische factoren, zoals die ook deels terug waren te vinden in de media en de reeds gewezen juridische uitspraken, in hun ogen het succes daarvan beïnvloedden. Het perspectief van de burgers was het primaire doel van het onderzoek, terwijl de gesprekken met de advocaten met name dienden voor extra (juridische) context. Hoewel het specifieke verloop van de interviews om deze reden per zaak en respondent verschilde, werden alle respondenten de volgende algemene vragen voorgelegd:

- 1) Waarom meende u dat het maatschappelijk gevoelige conflict een uitweg moest vinden in het strafrecht en niet, bijvoorbeeld, overgelaten moest worden aan de politiek of de samenleving zelf?
- 2) Waarom besloot het Openbaar Ministerie in uw ogen tot niet-vervolging?
- 3) Welke juridische en niet-juridische strategieën gebruikte u om deze vervolging toch mogelijk te maken en waarom lukte dat wel/niet?
- 4) Bent u van mening dat deze rechtsgang de oplossing van het conflict dichterbij heeft gebracht, dan wel andere voordelen voor de samenleving heeft gehad?

Niet alle betrokken klagers en advocaten konden worden getraceerd of waren bereid tot een interview. Toch kon naar aanleiding van de eerder uitgevoerde media-analyse uiteindelijk voor alle vier de zaken een representatieve selectie van klagers en advocaten worden gemaakt. In de Martijn-zaak klaagden twee ouders vanwege hun misbruikte dochter, waarna in overleg met één van deze ouders en hun advocaat werd gesproken. Ten aanzien van de Wilders-zaak werden drie advocaten en vier klagers geïnterviewd. Deze klagers betroffen twee particulieren en twee voorzitters van respectievelijk de stichtingen Nederland Bekent Kleur en Landelijk Beraad Marokkanen. De laatste voorzitter was ten tijde van het eerste Wilders-proces secretaris-penningmeester en woordvoerder van de stichting, in welke positie hij nauw betrokken was bij de zaak en de overwegingen om die te starten.²⁸ Wat betreft de Libor-zaak waren de twee betrokken advocaten beiden bereid tot een interview, net als de voormalig voorzitter van Stichting Justitia Distributiva, die in deze zaak als enige klager optrad. Ten aanzien van de zaak-Henriquez was één van de twee betrokken advocaten bereid tot een interview. Vanwege de gevoeligheid van het incident en de negatieve ervaringen van de klagers (enkele familieleden van Henriquez) met de Nederlandse strafrechtspleging werd samen met de

28 De toenmalige voorzitter Mohamed Rabbae is in 2022 overleden.

advocaat besloten de door deze advocaat vertegenwoordigde klagers niet opnieuw met een interview te belasten.

De interviews vonden fysiek plaats, hadden een duur van 60 tot 90 minuten en werden met toestemming van de respondenten opgenomen. De onderzoeker legde de respondenten uit dat volledige anonimisering niet altijd mogelijk zou zijn, omdat de resultaten vanwege de media-aandacht terug te leiden zouden kunnen zijn tot hun persoon. Na transcriptie en analyse werd hen daarom de mogelijkheid geboden het uiteindelijk stuk in te zien en te voorzien van commentaar. Op een paar feitelijke nuances na leidde dat niet tot aanpassingen.

5.4 RESULTATEN CASESTUDIES

5.4.1 De Martijn-zaak: 'We hadden in ieder geval weer aandacht voor de problematiek'

Waar VVD-minister Korthuis Altes in 1985 nog voorstelde om seksueel contact met jongeren vanaf 12 jaar te legaliseren, illustreert het verbod op de Vereniging Martijn in 2014 en de daaropvolgende veroordelingen van enkele oud-leden vanwege het voortzetten van de vereniging dat de tijdsgeest inmiddels is veranderd: voor een vereniging met als officiële doelstelling 'het bespreekbaar maken van en het streven naar acceptatie van ouderen-jongerenrelaties' is in Nederland geen plaats meer.²⁹ Na een burgerinitiatief dat door 'volksheld' Henk Bres geïnitieerd werd; een daaropvolgend verhit Kamerdebat; en demonstraties voor het huis van de bestuurders die belaagd werden door zogenaamde pedojagers kon niet gezegd worden dat er onvoldoende maatschappelijke steun bestond om de vereniging uiteindelijk via het civiele recht te laten ontbinden.

Het verbod had een lange aanloop: al in 2010 deden de ouders van een misbruikt kind aangifte tegen de vereniging, omdat zij als benadeelde partij tijdens het strafproces tegen Geert B. hadden gehoord van het bestaan daarvan. Toen deze aangifte niet in behandeling werd genomen – de ouders waren geen belanghebbende – schreef de advocaat een brief aan het OM die uiteindelijk mededeelde Martijn niet te vervolgen: er konden geen strafbare feiten aan de vereniging worden toegerekend.³⁰ De kwestie ontketende een maatschappelijke discussie waarin door de voor- en tegenstanders veelal de volgende argumenten werden aangevoerd. Volgens de tegenstanders was Martijn een uitlaatklep voor pedofiele gevoelens, waardoor de vereniging een preventieve werking zou hebben, en zou een verbod in strijd zijn met de vrijheid van menings-

²⁹ HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:948; zie ook Bessems 2019.

³⁰ Toonen & Thie, 'OM: snel een zaak over pedoclub; Justitie steun Yme Drost, die procedure begint tegen vereniging Martijn', *NRC* 18 juli 2011.

uiting en vereniging.³¹ In de voorstanders van een verbod zagen deze tegenstanders vooral leden van een 'onzekere samenleving' voor wie de pedofiel als zondebok nu een moreel ijkpunt vormde.³² Uit het Kamerdebat dat op het burgerinitiatief volgde, bleek dat verschillende Kamerleden betreurden dat de wet op dat moment geen verbod leek te kunnen rechtvaardigen: 'De vereniging Martijn is een vereniging van vieze mannetjes, met gore standpunten die walging en weerzin opwekken (...) Mijn onderbuik zegt: sluit ze op en gooi de sleutel weg', stelde bijvoorbeeld Groenlinks-Kamerlid Tofik Dibi.³³

Desgevraagd geven de betrokken advocaat en klager aan dat zij door de media vaak onder deze laatste groep 'emotionele burgers' werden geschaard, maar dat zij zich altijd hebben gedistantieerd van pedojagers; dat degenen die pedofiele gevoelens hebben, moeten worden onderscheiden van degenen die ernaar handelen, en dat zij altijd de democratische kanalen zullen bewandelen. Toch wordt opgemerkt dat alle aandacht, in welke vorm dan ook, hen wel geholpen heeft:

'We hadden in ieder geval weer aandacht voor de problematiek. Wij vonden het van belang dat deze vereniging verboden werd. Puur het belang dat zij geen tips en tricks meer zouden geven aan pedofielen. Dat was onze doelstelling.'

Hoewel de klager aangeeft zich 'natuurlijk ook slachtoffer te voelen', wordt daarom tegelijkertijd het bovenindividuele karakter van de kwestie benadrukt, tezamen met een visie op de Nederlandse samenleving: voor zowel pedojagers als het faciliteren van *tips* en *tricks* is daarin geen plaats. Na contact met verschillende Kamerleden en een vergeefse poging de minister van Justitie te bewegen tot het geven van een aanwijzing aan het Openbaar Ministerie werd uiteindelijk een artikel 12-procedure ingesteld. Daarbij kregen de ouders en hun advocaat steun van het Openbaar Ministerie die met klem benadrukte niet op het sepot terug te komen, maar wel verzocht de artikel 12-procedure 'met spoed' te starten: 'Nu heeft de juridische route nog een open einde, en dat leidt tot veel vragen en initiatieven in het land.'³⁴

De advocaat merkt op dat hij ook wel wist dat de ouders bij de artikel 12-procedure problemen met de ontvankelijkheid zouden ervaren omdat zij waarschijnlijk niet als 'direct belanghebbenden' zouden worden aangemerkt. Daarvoor moest namelijk worden aangetoond dat Geert B. tips van Martijn had gekregen, 'maar daar was lastig de vinger achter te krijgen'. De procedure zou echter wel kunnen dienen om het OM ervan te overtuigen dat de maat-

31 Dautzenberg, 'Henk Bres jaagt pedofiel ondergronds', *de Volkskrant* 6 augustus 2011; 'Het gevaar van de geïsoleerde pedoseksueel', *NRC* 23 juli 2011.

32 'Volksvijand', *de Volkskrant* 14 juni 2012.

33 'Debat over vervolgen, verbieden of laten ontbinden van pedofielenvereniging Martijn', *tweedekamer.nl*, 29 november 2011.

34 Toonen & Thie, 'OM: snel een zaak over pedoclub; Justitie steun Yme Drost, die procedure begint tegen vereniging Martijn', *NRC* 18 juli 2011.

schappelijk gevoelige kwestie ook een duidelijk strafrechtelijk aanknopingspunt had:

‘Het OM had ons uitgenodigd die procedure te doen en ik dacht wie weet wat dat in beweging zet. Misschien dat het OM tot de conclusie kwam: ‘ja jongens ze zijn misschien geen direct belanghebbenden, maar als ik het dossier zo lees, dan zie ik dat er kinderpornografische afbeeldingen op die site stonden’. We dachten, dan schieten we hem er maar in in een formeel kansloze procedure.’

Volgens de advocaat en de ouders zouden er daarom wél strafbare feiten zijn gepleegd bij Martijn: ‘Het Openbaar Ministerie heeft gewoon niet serieus naar deze zaak gekeken’. Zo zou het besloten gedeelte van de website van Martijn niet zijn meegenomen en werd tegen het standpunt van klagers in door het Openbaar Ministerie ontkend dat eerder kinderpornografisch materiaal op de website had gestaan. Volgens de advocaat zou deze passieve opstelling van het OM in strijd zijn met het Verdrag van Lanzarote dat de Nederlandse staat verplicht op te treden tegen misbruik van kinderen en maatregelen te treffen om deze criminele activiteiten te voorkomen.³⁵

De klagers werden inderdaad voor een groot deel van de klacht niet-ontvankelijk verklaard, omdat de vraag of en in welke omvang strafvervolging plaats dient te vinden, toevertrouwd is aan het Openbaar Ministerie, voor welk beleid de minister van Justitie politieke verantwoordelijkheid draagt.³⁶ Met andere woorden, de artikel 12-procedure staat niet open voor iedere burger die in zijn algemeenheid wil klagen over de wijze van opsporing en vervolging door het Openbaar Ministerie. Wat betreft het deel dat wel inhoudelijk werd behandeld – de medeplichtigheid en het uitlokken van Martijn ten aanzien van het misbruik van klagers’ dochter – overwoog het Hof dat het OM redelijkerwijze tot deze beslissing had kunnen komen: er waren onvoldoende aanwijzingen te veronderstellen dat ‘voorlichting van de Stichting Martijn over het wissen (...) van sporen’ zou hebben geleid tot het handelen van Geert B.

Toen in het huis van Ad den der Berg – oud-bestuurslid van Martijn – kinderpornografisch materiaal werd aangetroffen, zette het OM een civiele procedure in gang om Martijn op grond van artikel 2:20 BW alsnog te verbieden. De zaak bereikte de Hoge Raad die overwoog dat Martijn ‘de gevaren van seksueel contact met jonge kinderen bagatelliseert, dergelijke contacten zelfs verheerlijkt en haar opvattingen ook propageert’.³⁷ Daarmee zouden de werkzaamheden van de vereniging in strijd zijn met de openbare orde. Deze uitspraak werd overwegend met instemming ontvangen, maar leidde ook tot kritiek onder juristen en journalisten. Want als Martijn geen strafbare

35 Verdrag van de raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik.

36 Hof Leeuwarden 21 november 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU4940.

37 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:948.

feiten had gepleegd, wat rechtvaardigt dan een dusdanige vergaande inperking van individuele vrijheden?³⁸ Hoewel klager en diens advocaat aangeven blij te zijn dat hun klacht vanwege de maatschappelijke druk uiteindelijk toch uitmondde in een verbod, merkt de advocaat op dat deze civiele uitspraak niet nodig zou zijn geweest als het OM het onderzoek ten tijde van hun klacht serieuzer had genomen:

‘De politie heeft na het verbod een inval gedaan bij een bestuurslid van Martijn thuis. Wat men daar aantrof was het hele archief van de vereniging Martijn. En dat huis, dat was eigenlijk [...] één groot pedofielenmuseum. Dat gaf ons gelijk dat Martijn wel degelijk bezig was geweest met strafbare feiten. Ik heb toen gevraagd aan de officier: waarom gaan jullie Marthijn Uittenboogaard niet persoonlijk vervolgen voor datgene wat daar werd aangetroffen? Ik heb daar nooit een antwoord op gekregen. Ik denk dat ze dan toch wel met het verleden in conflict zouden zijn gekomen.’

De inval vond plaats in 2020 naar aanleiding van meerdere aangiften tegen Martijn vanwege verdenkingen van het illegaal voortzetten van de vereniging.³⁹ Één van die aangevers was de door klager later opgerichte Stichting Strijd tegen Misbruik. In 2018 deed deze stichting opnieuw aangifte vanwege de ‘pedohandboeken’ die op het internet circuleren: ‘Het OM zegt ‘we zitten er bovenop’, nou dat is dus niet zo’. Ook die aangifte bracht iets in beweging: op het verspreiden, verwerven of in bezit hebben van een handleiding met tips en trucs voor het seksueel misbruiken van kinderen staat per 1 juli 2023 maximaal 4 jaar gevangenisstraf.⁴⁰

5.4.2 Het Wilders-proces: de rechtszaal als forum voor maatschappelijk debat

Het eerste Wilders-proces vond plaats in een tijd waarin het debat over ‘de multiculturele samenleving’ hevig werd gevoerd. Met uitlatingen als ‘De demografische samenstelling van de bevolking is het grootste probleem van Nederland. Ik heb het over wat er naar Nederland komt en wat zich hier voortplant’,⁴¹ was het met name Geert Wilders die in het kader van dit debat prominent in de media aanwezig was. Dergelijke uitspraken, tezamen met de film *Fitna*, vormden voor diverse individuen en organisaties aanleiding om een artikel 12-procedure te starten. Hoewel het OM de zaak seponeerde – Wilders bekritiseerde een religie en deed zijn uitlatingen in de context van

38 Februari, ‘Zelfbeheersing is nodig en echt niet alleen voor pedo’s’, *NRC* 28 april 2015.

39 Plantinga, ‘Kinderkamer en seksspullen gevonden bij pedoverdachte, voorarrest verlengd’, *Algemeen Dagblad* 17 april 2020.

40 Bartels, ‘Pedohandboeken per 1 juli verboden, maximaal vier jaar cel voor bezit’, *De Telegraaf* 26 juni 2023.

41 Ten Hoove & Du Pré, ‘De paus heeft volkomen gelijk’, *de Volkskrant* 7 oktober 2006.

het maatschappelijke debat – zagen de artikel 12-raadsheren op grond van de rechtspraak van het EHRM en het algemene belang van de rechtszekerheid voldoende aanleiding voor een vervolging op grond van artikel 137c (groepsbelediging) en 137d (aanzetten tot haat en discriminatie) van het Wetboek van Strafrecht. Het zou namelijk aan de strafrechter zijn, zo overwoog het hof, ‘om de uiterste normatieve grenzen aan te geven waarbinnen het maatschappelijk debat op aanvaardbare wijze kan plaatsvinden’.⁴²

Die strafrechtelijke kwestie kwam in de media en het strafproces maar in beperkte mate naar voren. In plaats daarvan bleek het proces een voortzetting van een cultuurstrijd te zijn die al langer gevoerd werd. Volgens Wilders zou het ‘politieke proces’ gaan over de waarheid over de islam, welke ‘politieke ideologie’ ervoor zou zorgen ‘dat overal in Nederland de lichten uitgaan’.⁴³ Anderen betoogden dat het proces niet zou passen bij een ‘beschaafd land’⁴⁴ waar men in het publieke debat beargumenteert op basis van feiten en argumenten ‘en niet met verdachtmakingen komt’.⁴⁵ In dat licht stelde Mark Rutte voor de artikelen over groepsbelediging en aanzetten tot haat te schrappen, zodat naar Amerikaans model alleen de uitlatingen die oproepen tot geweld strafbaar zouden zijn.⁴⁶ Moslims vreesden juist dat het proces ertoe zou leiden dat het beeld van ‘moslims tegen de rest’ weer werd aangewakkerd; ‘en dat is geen beeld waar we de samenleving mee dienen’.⁴⁷

De geïnterviewde klagers en betrokken advocaten merkten op dat ze de publieke opinie niet aan hun zijde hadden en dat dat mede kwam omdat het politieke debat ‘gefaald’ had om Wilders van adequate repliek te voorzien:

‘En het werd ook doodgezwegen hè. Hij werd niet benoemd als racistisch. Dan werd gezegd ‘het is onfatsoenlijk’. Nee, het is niet onfatsoenlijk, het is racistisch. Het was in een tijd dat Rita Verdonk zei: discriminatie, dat doen we niet in Nederland.’

Een andere klager, die emigreerde vanwege het maatschappelijke klimaat dat door Wilders gecreëerd zou zijn, maakte zich vooral zorgen over de ‘ontmensenlijking’ die in Wilders’ uitlatingen doorschemerde. Met uitlatingen als ‘het’ zou Wilders mensen gelijk hebben gesteld met ‘kwaadaardige dieren, insecten en ongedierte’. De advocaat van deze klager betoogde daarom al tijdens de artikel 12 Sv-procedure dat Wilders alleen voor aanzetten tot haat en niet voor groepsbelediging zou moeten worden vervolgd: waar de strafbaarstelling van

42 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma.

43 ‘Wilders: waarheid moet gezegd’, *De Telegraaf* 8 februari 2011.

44 ‘Deze vervolging past niet bij een beschaafd land’, *De Pers* 22 september 2010.

45 Bolkestein, ‘Rob Riemen, schaamt u zich voor zoveel onzin’, *de Volkskrant* 13 november 2010.

46 ‘Rutte alleen in debat over vrije woord’, *NRC* 28 januari 2009.

47 ‘Rabbae heeft niets te winnen in zaak tegen Wilders’, *Trouw* 25 november 2010.

aanzetten tot haat tegen de achtergrond van de scheldpartijen en haatcampagnes in de jaren '30 tot stand kwam, roept een vervolging voor groepsbelediging toch al snel associaties op met subjectieve gevoelens van moslims en hun incasservermogen. Een volgende klager laat in dit verband weten dat het haar 'helemaal niet ging om de moslims, maar om de rechtsstaat die geweld werd aangedaan'. Ook voor de voorzitter van Landelijk Beraad Marokkanen stond niet het in de media bekritiseerde 'slachtofferschap' van de moslimgemeenschap centraal in de zaak, maar het burgerschap dat ieder lid van onze samenleving toekomt:

'Wat wij zeggen, wij zijn Nederlandse staatsburgers, of je het nou leuk vindt of niet. Die discussie voer ik al lang niet meer. Ook niet met Marokkanen: 'ja maar zij!' Ik zeg niks zij. Wij zijn wij. Wij zoeken niet de confrontatie, maar de conversatie. Heel veel mensen begrijpen dat niet. Die zeggen, ja jij vecht toch tegen de blanken? Nee het is geen strijd tegen de blanken hier. Daar gaat het helemaal niet om.'

Alle klagers merkten desgevraagd op dat de straf voor hen niet belangrijk was, maar dat het hen vooral om de publieke verantwoording van Geert Wilders te doen was – die hun uitnodigingen tot debat telkens had afgeslagen – en de normstelling door de rechter. De klagers hoopten daarom dat de rechter uiteindelijk via het strafproces een ander verhaal over de Nederlandse samenleving naar voren zou brengen: 'Ik vind dat je als overheid het fatsoen moet hebben om het verhaal goed te vertellen aan je burgers. En dat je ook het lef moet hebben om te zeggen: nee.', merkt een klager op.

In het licht van de maatschappelijke discussie werd een Arubaanse belangenvereniging bij de zaak betrokken ('om de zaak breder te trekken dan Marokkanen'). Ondanks deze strategie, de voorbereide pleidooien en de toewijzing van de klacht hadden de advocaten moeite om hun verhaal over de Nederlandse samenleving in het strafproces naar voren te brengen. Toen het OM een requisitoir strekkende tot vrijspraak hield, Wilders zich op zijn zwijgrecht beriep, en diens advocaat betoogde dat Wilders in dit politieke proces de mond werd gesnoerd, probeerden de advocaten de taak van het OM over te nemen. Als vertegenwoordigers van de benadeelden (eerder: klagers) mochten de advocaten echter alleen de geleden schade onderbouwen, zodat ze telkens konden worden teruggeroepen wanneer zij probeerden te betogen waarom Wilders' uitlatingen wel strafbaar zouden zijn. 'We hadden heel interessante vergelijkingen: "tsunami van islamisering", dus natuurrampen, en dat moslims werden vergeleken met dieren. Maar dat verzandde helemaal', vertelt een advocaat. Wat ook mee speelde was dat de rechterlijke macht, na een succesvolle wraking, 'veel te inschikkelijk' zou zijn geweest: 'Bij grote criminelen zeggen ze trek even uw mond open. En bij Wilders was het: nou, vind u het goed dat we u nu even het woord geven?' De klagers en hun advocaten konden daarom niet verhelpen dat niet het gesprek over de verhouding tussen discriminatie en de vrijheid van meningsuiting in ons

land, maar de in de media geuite zorgen over de politieke vooringenomenheid van de rechtbank, en de daaropvolgende ‘gezagscrisis’ van de rechtelijke macht het proces beheerste.⁴⁸ Ook via de media lukte het klagers niet dit dominante narratief van een alternatief te voorzien: ingezonden artikelen werden niet geplaatst en bovendien ‘werd hen niets gevraagd’.

Wilders werd uiteindelijk door de rechtbank vrijgesproken die daarbij de argumentatie van het Openbaar Ministerie volgde: Wilders bekritiseerde een religie en deed zijn uitlatingen in de context van het maatschappelijke debat. Een aantal klagers merkt op dat in de uitspraak helemaal niet was ingegaan op hun argumenten over de gevolgen van Wilders’ uitspraken voor de samenleving en de bijzondere verantwoordelijkheid van politici in het maatschappelijke debat zoals die in de rechtspraak van het EHRM tot uitdrukking komt. Één advocaat laat weten dat hij inmiddels inziet dat het strafproces nooit de juiste uitweg voor het maatschappelijke conflict is geweest: ‘Zo’n zaak is olie op het vuur.’ Toch menen de andere klagers en advocaten dat het proces ondanks ‘het gebrek aan rechtsbescherming’ en een ‘ineffectief signaal naar politici’ toch bewustwording en een belangrijke maatschappelijke discussie heeft opgeleverd. Volgens de voorzitter van Landelijk Beraad Marokkanen komt dat omdat de belangenvereniging – ‘net zoals in het tweede Wilders-proces’ – altijd de waarde van de rechtsstaat heeft benadrukt:

‘Dat Nederlanders, mensen met verstand, mensen die het land besturen zeggen “maar ze hebben wel een punt met die rechtsstaat”. Niet van “oh, daar heb je ze weer, die kutmarokkanen”.’

5.4.3 De Libor-zaak: artikel 12 Sv als ‘tegenmacht tegenover de banken en de neoliberale ideologie’

In oktober 2013 maakte de Rabobank bekend dat uit onderzoek is gebleken dat ten minste 30 medewerkers van de bank tussen 2005 en 2011 betrokken zijn geweest bij het manipuleren van het interbancaire rentetarief ‘London Interbank Offered Rate’ (Libor) ten gunste van de eigen handelspositie. De Libor-rente vormde dagelijks de financiële maatstaf voor de rente die banken vroegen voor onder ander hypotheek, persoonlijke leningen en kredieten aan bedrijven en overheden. Als gevolg van de fraude kwam de Rabobank met meerdere (internationale) partijen schikkingen overeen ter waarde van circa 774 miljoen euro om strafvervolgung te voorkomen. Daarvan ontving het Nederlandse OM 70 miljoen euro.⁴⁹ De fraude leidde tot grote maatschap-

48 Zie o.a. ‘Opmerking rechter tegen Wilders alleen ‘ongelukkig geformuleerd’’, *de Volkskrant* 6 oktober 2010.

49 ‘Rabobank betaalt €70 miljoen ter afwikkeling van LIBOR-onderzoek’, *om.nl*, 29 november 2013.

pelijke verontwaardiging: niet alleen was er financiële schade geleden, ook was het toch al lage maatschappelijke vertrouwen in de financiële sector na de financiële crisis in 2008 inmiddels tot een nieuw dieptepunt gedaald.⁵⁰ Het standpunt van het OM dat met deze internationaal gecoördineerde hoge transactie en de door de Rabobank opgelegde disciplinaire straffen 'passend' en voor de samenleving op de 'meest effectieve' manier op de fraude zou zijn gereageerd⁵¹, werd in de media bekritiseerd: waarom worden de medewerkers in de Verenigde Staten wel vervolgd en hoe veel zin heeft zo'n transactie wanneer de Rabobank expliciet stelt geen schuld te erkennen?⁵²

Ook Stichting Justitia Distributiva was niet overtuigd van deze volgens het OM passende en meest effectieve afdoening en besloot de rechter via een artikel 12-procedure om de vervolging van de bank, de bestuurders en de betrokken medewerkers te verzoeken. Volgens de toenmalige voorzitter van de – inmiddels opgeheven – stichting was het voornaamste doel daarvan om 'een tegenmacht te vormen tegenover de banken', zodat 'de zeggenschap weer terugkomt waar die hoort: bij de mensen zelf in onze samenleving.' De artikel 12-procedure zou een manier zijn om die discussie over de 'neoliberale ideologie' op gang te brengen en 'te laten zien dat we niet machteloos zijn als we ons verenigen'. Naast deze zorgen over de 'bedreiging van onze rechtsstaat en democratie als zodanig' door de 'ongelijkheid van macht tussen banken en de rest van de samenleving', werd de procedure ingesteld voor een groot aantal burgers die zich bij de stichting hadden gemeld, omdat zij door de fraude financiële schade zouden hebben geleden. Het OM zou over het hoofd hebben gezien dat een uiteindelijke formele erkenning van schuld en onrechtmatigheid door de strafrechter ertoe zou kunnen leiden dat de schadeclaims van deze burgers in een civiele procedure kansrijker zouden zijn.

Vanwege een beperkt vertrouwen in de politiek – 'De Rabobank was gewend zijn gang te kunnen gaan en als het fout ging, gingen ze naar Den Haag tot het weer goed ging' – deed de stichting een beroep op de rechter die een tegenwicht zou kunnen bieden tegenover het OM die volgens de voormalig voorzitter 'een opdracht rechtstreeks van het ministerie had' en 'dus zeker niet onafhankelijk' was. Pogingen van de stichting om het maatschappelijke conflict zelf op te lossen hadden weinig succes gehad. Zo bleef de brief aan het bestuur van de Rabobank waarin een alomvattende schikking werd voorgesteld om de geleden schade van burgers te vergoeden 'om verdere escalatie en een strafvervolging te voorkomen' onbeantwoord. Bovendien werd via georganiseerde bijeenkomsten in diverse debatcentra gepoogd een aanzienlijk deel van de cliënten van de Rabobank als drukmiddel mee te krijgen, maar 'die bleken er uiteindelijk toch niet zo'n last van te hebben'.

50 Zie o.a. Hensen, 'Rabo knakt eigen reputatie', *NRC* 30 oktober 2013.

51 '70 miljoen een passende afdoening', *Opportuum* 2015/2, p. 20-21.

52 Zie o.a. De Waard, 'Rabobank-leden willen raad van bestuur voor de rechter om Libor', *de Volkskrant* 13 januari 2014; 'Schatplichting', *De Telegraaf* 30 oktober 2013.

Met zo'n 2500 machtigingen – waaronder enkele certificaathouders van de Rabobank – had de stichting voor de artikel 12-procedure de 'beste advocaten' in de arm genomen. Beide advocaten geven aan dat het hen niet zozeer om de maatschappijkritiek van de stichting te doen was, maar dat er 'gewoon strafrechtelijke stront aan de knikker was' (advocaat 1) en dat een zaak met zulke grote maatschappelijke belangen niet in 'de achterkamertjes' geregeld moet worden, maar in een openbaar strafproces op tegenspraak waar alle informatie op tafel komt (advocaat 2). Wel delen de advocaten de kritiek op de opstelling van de politiek en het OM: de politiek had gefaald, de DNB had als toezichthouder liggen slapen en het OM had gewoon geen zin in deze ingewikkelde zaak. Ook zou het zogeheten 'Tafelbergdossier' dat bij het gerechtshof mocht worden ingezien, aantonen dat de door de Rabobank opgelegde disciplinaire straffen een 'wassen neus' waren: de betrokken bankiers hadden in het gunstigste geval een stevig gesprek met hun leidinggevende gevoerd en in het slechtste geval zouden zij in het volgende jaar hun bonus niet terugzien.

De stichting en de advocaten beoogden daarom niet alleen de vervolgingsbeslissing van het OM via de artikel 12-procedure van kritiek te voorzien, maar ook de politiek in beweging te krijgen. Zo geven de advocaten aan dat zij tijdens de procedure inzicht probeerden te verkrijgen in de communicatie tussen het OM en het ministerie van Justitie over de transactie, in de hoop 'dat daar iets specifieks in zou zitten waardoor de maatschappelijke druk nog meer zou oplopen.' Toen deze documenten niet mochten worden ingezien, bleef alleen nog de artikel 12-procedure over om de transactie open te breken. Waar de advocaten er, mede vanwege de kritische opstelling van de raadsheeren, vertrouwen in hadden dat dat zou lukken, was de voormalig voorzitter was stichting Justitia Distributiva sceptischer: 'juridisch hadden we gelijk, maar je kon van tevoren ook wel weten dat je niet kon winnen'.

De klacht werd uiteindelijk afgewezen, nu de strafrechter ook slechts een boete aan de Rabobank zou kunnen opleggen en er geen aanleiding was te veronderstellen dat de bestuurders wetenschap hadden van de fraude. Het argument van de stichting dat de Libor-desk als criminele organisatie zou zijn te kwalificeren – een strafbaar feit waarop meer dan 6 jaar staat, terwijl transacties slechts mogelijk zijn in geval van feiten ónder de 6 jaar – werd door het hof afgedaan met de overweging:

'Er is geen concrete aanwijzing dat onjuiste submissions zijn gedaan in een zodanige samenwerking dat sprake is van een organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft, zodat het in artikel 140 Sr bedoelde deelnemen aan een criminele organisatie niet aan de orde is.'⁵³

53 Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204, r.o. 10.2.

‘Een doelredenering en totaal niet ingegaan op onze argumenten’, merkt een van de advocaten op, ‘Het is geen criminele organisatie, want het is geen criminele organisatie’. Wel overwoog het hof dat de betrokken medewerkers die nog werkzaam waren bij de Rabobank vervolgd hadden moeten worden, maar omdat deze medewerkers al eerder onderwerp van een privaat onderzoek zonder strafrechtelijke waarborgen waren, leek het het hof ‘niet goed denkbaar’ opnieuw een onderzoek op te zetten waar die strafrechtelijke waarborgen wél in acht zouden worden genomen.⁵⁴ ‘Dat steekt mij nog het meest’, aldus dezelfde advocaat, ‘Niemand had dat aangevoerd. Het kwam compleet uit de lucht vallen’. Daarnaast zou er ook zonder verklaringen van de medewerkers nog voldoende wilsonafhankelijk materiaal overblijven – waaronder e-mails – waar een veroordeling op gestoeld zou kunnen worden.

Ondanks dit gebrek aan responsiviteit zijn de advocaten van mening dat de procedure de samenleving iets gebracht heeft. Zo zou de Libor-zaak als opstapje hebben gediend voor de zaak-Hamers en mede hebben bijgedragen aan de veranderde opstelling van het OM die nu een uitgebreid feitenrelaas in geval van hoge transacties publiceert en vereist dat banken in die gevallen schuld erkennen. Ook ligt er een wetsvoorstel dat hoge transacties inmiddels door de rechter moeten worden getoetst. De voorzitter is wat minder optimistisch: ‘Zonder die zaak was dat misschien ook wel gebeurd. Uiteindelijk heeft die zaak misschien half geholpen, maar niet voor de mensen waar het om ging.’ Het huidige institutionele wantrouwen zou dan ook vooral daaraan moeten worden toegeschreven: ‘[...] dat mensen echt helemaal het idee hebben dat zij er in hun uppie voor staan en dat als zij iets willen aanspannen, ze geen schijn van kans maken.’

5.4.4 De zaak-Henriquez: een ongewenste vermaatschappelijking van een strafrechtelijke kwestie

Op 27 juni 2015 overleed de Arubaan Mitch Henriquez na een gewelddadige aanhouding tijdens het Haagse muziekfestival Night at the Park. Henriquez riep, onder invloed van alcohol, meerdere malen een wapen te hebben, waarbij hij naar zijn kruis wees. Toen hij zich hevig tegen zijn aanhouding verzette, voelde een aantal agenten zich genoodzaakt geweld te gebruiken, waaronder het aanleggen van een nekklem. Klassieke media wijdden aanvankelijk slechts enkele regels aan het incident, terwijl de video’s van omstanders nog op dezelfde dag massaal werden gedeeld op sociale media.⁵⁵ De ophef die de video’s veroorzaakten dwongen het OM het initiële persbericht aan te passen: uit de beelden en getuigenissen van omstanders bleek dat Henriquez al onwel was toen hij door de agenten in het politiebusje werd gesleept en niet pas,

54 Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204, r.o. 10.1.

55 De Jong, ‘Mitch Henriquez: van acht zinnen naar de voorpagina’, NRC 4 juli 2015

zoals het eerdere persbericht vermeldde, tijdens zijn vervoer naar het politiebureau. Waar het OM zich 'bedonderd' voelde door de politie die deze informatie verkeerd zou hebben doorgegeven, vormde het voor andere leden van de samenleving aanleiding de onafhankelijkheid van het OM in het verdere onderzoek in vraag te stellen.⁵⁶

Het incident leidde tot avondlange rellen in de Schilderswijk, bedreigingen van verschillende agenten die niets met de zaak te maken hadden, en een maatschappelijke discussie over etnische profilering en politiegeweld.⁵⁷ Vanuit de politie toonde een woordvoester van politievakbond ACP zich solidair met de agenten 'die dit ook niet gewild hebben', terwijl de voorzitter van de Centrale Ondernemingsraad opmerkte het incident 'razend vervelend' te vinden, maar er 'allergisch van wordt' dat de politie van discriminatie wordt beschuldigd.⁵⁸

Ondertussen wachtten de nabestaanden op een vervolgingsbeslissing: het OM wilde in 'een zaak als deze, die zo gevoelig ligt, [...] echt alle informatie compleet hebben'.⁵⁹ Terugblikkend merkt de advocaat op dat de feiten bekend waren en dat de nabestaanden zich altijd gedistantieerd hebben van de rellen, de eigenrichting en de politisering van het incident: 'ze wilden gewoon dat dit waardig en beschaafd werd opgelost'. De nabestaanden erkenden dan wel dat er grote maatschappelijke belangen in het geding waren, maar beschouwden de zaak toch vooral als strafrechtelijke kwestie. Zo riepen de ze expliciet op geen politieke manifestatie te maken van de stille tocht die ter nagedachtenis van Henriquez werd georganiseerd en was de familie volgens de advocaat 'niet blij' toen de neef in de media enkele opmerkingen over racisme maakte:

'Het incident zelf, daar werd door de familie niet direct een link gelegd met racisme, maar de manier waarop de familie werd en wordt behandeld en hoe er naar die zaak wordt gekeken wel.'

Deze negatieve ervaringen met de strafrechtspleging begonnen met het foute persbericht en de onduidelijkheid over waarom de vervolgingsbeslissing zo lang duurde. Vervolgens volgde de toezegging van politiechef Bouman dat de vijf betrokken agenten, ongeacht de uitspraak van de rechter, hun baan zouden behouden.⁶⁰ 'Het was alleen maar toedekken van de agenten', aldus de advocaat, die opmerkt daardoor weinig vertrouwen te hebben in de instituties:

56 Zie o.a. Haenen, 'Compassie voor politie bij de politie', *NRC* 2 juli 2015; Danen, 'Doorbreek het zwijgen over racistisch gedrag van politie', *Trouw* 18 juli 2015.

57 Zie o.a. Wismans & Bos, 'We zijn niet blank, dáárom moet de politie ons hebben', *NRC* 1 juli 2015.

58 Haenen, 'Compassie voor politie bij de politie', *NRC* 2 juli 2015.

59 Schraevesande, 'Zo'n gevoelige zaak laat het OM nog even rijpen', *NRC* 7 november 2015.

60 'Verkeerd begrepen loyaliteit zorgt voor uitglijder korpschef', *NRC* 10 oktober 2016.

'[...] En daar gaat het in dit land verkeerd. Het is hier allemaal niet bespreekbaar. Mensen gaan vechten, er is rommel in de kamer, mensen lopen boos weg. Maar een gewoon gesprek is niet of nauwelijks mogelijk. Nu nog niet'.

Hoewel het OM uiteindelijk mededeelde twee agenten te gaan vervolgen – de eerste agent legde de nekklem aan en de tweede smeerde pepperspray in Henriquez' gezicht – probeerden de nabestaanden via de artikel 12-procedure ook de andere drie agenten vervolgd te krijgen. Waar het OM betoogde dat deze drie agenten geen geweldshandelingen hadden verricht die tot de dood van Henriquez hadden geleid, voerde de advocaat aan dat er sprake was van een georganiseerd verband en dat alle agenten hadden nagelaten adequate hulp in te schakelen toen ze Henriquez bewusteloos naar het politiebusje brachten. De nabestaanden hoopten via de rechter de volgens hen tot nu toe uitgebleven gepaste reactie op het incident te krijgen. Omdat de advocaat gezien de eerdere afwikkeling van de zaak weinig vertrouwen had in een goede afloop, werd hen duidelijk gemaakt dat ze hoogstwaarschijnlijk ook in deze procedure 'de machinaties van de overheid in werking zouden zien treden om haar eigen belang te dienen'.

De klacht werd afgewezen, maar de advocaat en de nabestaanden hadden vooral kritiek op de procedurele gang van zaken. Zo werd vanwege de vele bedreigingen een scherm tussen hen en de agenten geplaatst en mochten de nabestaanden en de advocaat op de tribune plaatsnemen. 'Ik zou staatsgevaarlijk zijn', vertelt de advocaat, 'terwijl ik juist de cliënten heb gesteund in het idee dat het allemaal kalm moest blijven en nauwelijks in de media heb opgetreden, omdat ik dat schadelijk voor de zaak vond'. Bovendien waren de rechters – de voorzitter van de artikel 12-kamer zou een vriend van korpschef Bouman zijn geweest – 'niet onafhankelijk, zeer vooringenomen en zeer laatdunkend'. De advocaat merkt op dat hij de artikel 12-procedure vanwege de grote maatschappelijke belangen zo opnieuw zou zijn gestart, maar dat de procedure zijn controlefunctie niet kan waarmaken zolang zaken waar dergelijke maatschappelijke kwesties spelen niet in het openbaar worden afgedaan:

'De artikel 12-procedure zou het visitekaartje van het rechtssysteem moeten zijn. Het is de noodrem, daar zou de rode loper voor moeten worden uitgerold. Maar het meest fundamentele ding dat je hebt, om je bezwaren in te stellen tegen onwettige beslissingen van de staat, dat is een soort krakkemikkige achteraf-procedure [...].'

In de uiteindelijke beschikking overweegt het gerechtshof dat de kwestie, buiten de vervolging van de twee agenten, dan wel geen verdere uitweg zal vinden in een strafproces, maar dat de klagers eventueel kunnen proberen de staat via de civiele weg aansprakelijk te stellen. De advocaat merkt op dat zij dat misschien inderdaad wel zullen doen, omdat de nabestaanden pro deo worden bijgestaan en voor het strafproces tegen de twee vervolgte agenten

onder andere detectives, pathologen en spraakafzienaers zijn ingeschakeld ter correctie op het optreden van het OM. Zo bevatte het dossier onduidelijke beelden van de arrestatie, waar het OM geen duidelijke verklaring voor kon geven toen de advocaat met scherpere beelden aankwam die wel duidelijk aantoonde dat er een nekklem en geen hoofdklem was gebruikt, zoals aangevoerd door de advocaten van de agenten.⁶¹ Ondanks de negatieve ervaringen met het rechtssysteem dienden de advocaat en de nabestaanden een (nog lopende) klacht in bij het EHRM naar aanleiding van de artikel 12-procedure: 'Het gaat gewoon niet gebeuren dat deze mensen hier zo mee weggkomen.'

5.5 DISCUSSIE EN CONCLUSIE

Waar de artikel 12 Sv-procedure van oorsprong een belangrijke rechtsstatelijke functie heeft als correctiemiddel op de machtspositie van het Openbaar Ministerie, staat de procedure de laatste jaren steeds meer in dienst van de private belangen van klagers. In maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken worden echter nieuwe maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging gemaakt die niet uitsluitend in termen van individuele belangen kunnen worden begrepen. In deze bijzondere categorie beklagzaken zijn klagers immers maar een deel van een verdeelde democratische samenleving waarin verschillende visies bestaan op wie wij zijn en willen zijn als samenleving, en hoe de strafrechtspleging daar uitdrukking aan zou moeten geven. Als gevolg daarvan brengen niet alleen klagers, maar ook niet bij de procedure betrokken burgers en machthebbers concurrerende betekenisgevingen van de strafrechtspleging naar voren, waarmee de conflictoplossende taak van de Rechtspraak in dit type zaken kan worden ge(de)legitimeerd. Omdat de media vaak óver klagers en hun vermeende intenties bleken te spreken, onderzocht deze bijdrage deze (relatief) nieuwe maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging aan de hand van gesprekken mét deze klagers en hun advocaten. Welke functie kennen zij aan het strafrecht toe wanneer ze maatschappelijk gevoelige conflicten voor de strafrechter proberen te brengen? De geïnterviewde burgers bleken de artikel 12-procedure vooral aan te wenden om een maatschappelijk gevoelig conflict dat in hun ogen nergens anders een adequate uitweg vond via het strafrecht toch mogelijk te maken. Deze maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging zouden we *democratische* aanspraken kunnen noemen: een democratie biedt immers ruimte voor maatschappelijke conflicten die vervolgens worden gekanaliseerd en geïnstitutionaliseerd.⁶² Hoewel de in paragraaf 5.2 uiteengezette dominante liberale betekenisgeving van de strafrechtspleging geen plaats geeft aan dit democratische proces – die verondersteld wordt uitsluitend in het parlement plaats te vinden – kan aan de hand van de vier

61 'Advocaat Korver scoort maximaal', NRC, 18 November 2017.

62 Rosanvallon 2008; Rosanvallon 2011; Koning 2023.

casestudies een eerste aanzet worden gegeven om de hier onderzochte maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging middels een alternatief 'democratisch vocabulaire' te conceptualiseren.

Ten eerste illustreren de casestudies dat de democratische strijd over wie wij zijn en willen zijn als samenleving (ook) via het strafrecht kan worden gevoerd. Voor de geïnterviewde burgers en advocaten vormde het strafrecht immers vooral een 'culturele betekenisgever'; niet het strafrecht als punitief machtsmiddel, probleemoplosser of instrument tot verzoening, zoals in de media werd betoogd, maar de specifieke *normatieve* betekenis die het strafrecht als institutie geeft aan een verdeelde democratische samenleving leidde ertoe dat klagers het conflict uiteindelijk niet overlieten aan andere instituties of aan de samenleving zelf.⁶³ Zo probeerden de klagers in de Martijn-zaak via het strafrecht een middenweg te vinden tussen de pedojagers en het faciliteren van *tips* en *tricks*; en probeerden de klagers in de Wilders-zaak de rechters te bewegen tot het vertellen van een alternatief verhaal over de Nederlandse samenleving dan die waar discriminatie en racisme niet zouden bestaan. De klager in de LIBOR-zaak zag in het strafrecht een middel om in verweer te komen tegen de neoliberale samenleving en in de zaak-Henriquez werd de artikel 12-procedure aangewend als laatste middel om een gesprek mogelijk te maken over het volgens hen afkeurenswaardige optreden van de vijf agenten, welk gesprek in de maatschappelijke discussie geïntercepteerd was door het toedekken van de agenten, de rellen en bedreigingen, en de maatschappelijke discussie over racisme bij de politie. Het democratisch leven speelt zich daarom ook buiten het parlement (in de rechtszaal) af en er zijn meerdere democratische instituties dan het parlement waar de politieke gemeenschap vanuit een verdeelde samenleving vorm kan krijgen. De *case studies* illustreren dat de zoektocht naar een constructieve relatie tussen de strafrechtspleging en de democratische samenleving daarom gebaat zou zijn bij een bredere democratieopvatting die aandacht heeft voor de democratische potentie van het instituut Rechtspraak waar maatschappelijke conflicten kunnen worden gekanaliseerd en geïnstitutionaliseerd.⁶⁴

Ten tweede heeft de artikel 12-procedure met het mogelijk maken van conflicten die elders geen uitweg vinden, en de kanalisering en institutionalisering daarvan, een belangrijk machtskritisch potentieel: het biedt burgers de mogelijkheid om tegenover het OM en andere instituties die ook 'de samen-

63 Over het recht als culturele betekenisgever in het algemeen, en het strafrecht in het bijzonder, zie Kleinfeld 2017, p. 1399; Leachman 2013.

64 Deze bredere democratieopvatting (voorbij het parlement) is met name bepleit door Rosanvallon; in het kader van de 'strafrechtspolitiek' (*politics of crime*) is zij naar voren gebracht door Loader en Sparks, die op Rosanvallon's democratietheorie voortbouwen in hun verhandeling over de democratische legitimiteit van de strafrechtspleging, zie Rosanvallon 2008; Rosanvallon 2011; Loader & Sparks 2013; daarop voortbouwend kan het democratisch potentieel van de beklagprocedure in gevoelige zaken onderzocht worden, zie daarover Koning 2023.

leving' menen te vertegenwoordigen via het strafrecht kritiek te leveren op deze heersende discoursen en de rechterlijke macht te verzoeken om via de handhaving van strafrechtelijke normen een uitspraak te doen over de identiteit van onze politieke gemeenschap. De geïnterviewde burgers en advocaten verzetten zich dan ook tegen het uitgangspunt dat uitsluitend het Openbaar Ministerie in het algemeen belang zou kunnen spreken. Zowel de juridische en bewijstechnische haalbaarheid van de vervolging als het algemeen belang daarvan zijn namelijk voor interpretatie en discussie vatbaar en bieden de mogelijkheid democratisch burgerschap binnen het strafrecht uit te oefenen. Met andere woorden, het bevragen van deze *positieve* uitoefening van macht door het OM via de invulling van de open normen van de haalbaarheid en het algemeen belang geeft burgers een alternatief kritisch vocabulaire voorbij het *negatieve* liberale uitgangspunt dat 'slechts' willekeur en machtsmisbruik door het OM moet worden voorkomen.

Ten derde kunnen deze democratische aanspraken (het bevragen van positieve macht over de collectieve inrichting van de samenleving en het naar voren brengen van een alternatieve uitoefening daarvan) alleen doorgang vinden wanneer participatie, deliberatie en responsiviteit in de procedure centraal staan. Dat vereist wel participatie als *democratisch burger* (en niet als 'emotioneel' slachtoffer); en deliberatie en responsiviteit ten aanzien van het *strafrechtelijke* (en niet het maatschappelijke) conflict. De strafrechtelijke autoriteiten dienen dan ook open te staan voor het feit dat niet iedere burger die de artikel 12 Sv-procedure aanwendt slechts persoonlijke behoeften heeft om als slachtoffer 'gezien en erkend' te worden, het slachtofferschap inzet als identificatiemiddel ter versterking van een maatschappelijke identiteit, of alleen een effectieve oplossing zoekt voor maatschappelijke conflicten en problemen. Tegenover dergelijke 'vermaatschappelijkingen' van het conflict in de media werd door de respondenten in dit onderzoek immers juist op de 'tegenfeitelijkheid' van het strafrecht gerekend: de klagers probeerden via de normen van het strafrecht een kritische waardendiscussie te voeren op een hoger *symbolisch* niveau dat het niveau van de politiek-maatschappelijke werkelijkheid juist overstijgt.⁶⁵

Ten vierde heeft de artikel 12 Sv-procedure als ventiefunctie voor maatschappelijk ongenoegen ook een belangrijke maatschappelijke waarde, los van de hierboven beschreven symbolische waarde waar de procedure zélf aan zou kunnen toekomen. Klagers en hun advocaten merkten vaak op dat de zaken belangrijke maatschappelijke discussies teweeg hadden gebracht, die ertoe leidde dat de bredere maatschappelijke onvrede (verder) opgepikt werd door andere democratische instituties. Ook op de lange termijn kan de artikel 12 Sv-procedure zijn weerslag hebben op de maatschappelijke en politieke opvattingen. Zo werd het tweede Wilders-proces – waar Wilders werd veroordeeld

65 Over deze tegenfeitelijkheid ('contrafacticiteit') van het recht, zie Foqué & 't Hart 1990, p. 344-369.

voor zijn 'Minder Marokkanen'-uitspraak – in de media en de politiek veelal besproken in relatie tot het eerste Wilders-proces: het ging nu duidelijk om mensen en niet om religiekritiek.⁶⁶

De beklagprocedure lijkt daarom een nieuwe democratische functie te krijgen, die niet binnen het dominante liberale kader met haar empirische en normatieve vooronderstellingen kan worden begrepen. De empirische bevindingen hebben daarom ook belangrijke normatieve consequenties: hoe dienen de hierboven geformuleerde bouwstenen voor een meer democratische strafrechtspleging zich te verhouden tot het dominante liberale verdachte-slachtofferparadigma zoals dat in paragraaf 5.2 uiteen is gezet? Natuurlijk blijft het van belang dat de strafrechtspleging zich rekenschap blijft geven van rechtsstatelijke waarden, maar we moeten niet vergeten dat ook dit kader een cultuurproduct is en dat de hedendaagse politiek-maatschappelijke context van (gepercipieerde) politieke inactiviteit en maatschappelijke verdeeldheid aanleiding geeft na te denken over aanvullende theoretische kaders om andere maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging te kunnen begrijpen en te normeren.⁶⁷ Het dominante liberale kader waarbinnen de strafrechtspleging doorgaans begrepen wordt, lijkt er echter toe te hebben geleid dat de verdeelde *democratische* samenleving – zowel in het kader van de artikel 12 Sv-procedure als in het kader van de strafrechtspleging in het algemeen – onder strafrechtjuristen nauwelijks aandacht heeft gehad. Dat is op zich niet heel verwonderlijk, omdat 'het publiek' in 'gewone' strafzaken veelal eensgezind lijkt door zich met (de emoties van) het slachtoffer te identificeren.⁶⁸ Deze empirische blinde vlek is niet alleen juristen aan te rekenen, waarvan nog gezegd kan worden dat ze zich 'slechts' normatief uitlaten over een politiek-maatschappelijke werkelijkheid waarin de strafrechtspleging inderdaad veelal in termen van risicobeheersing, veiligheid en slachtofferschap begrepen wordt.⁶⁹ Volgens recente internationale criminologische literatuur is echter ook de criminologie als sociaal-wetenschappelijk vakgebied debet aan de verdwijning van de democratische samenleving uit hun vocabulaire: 'The ambition is to "cool" things down, to "depoliticize" the criminal question, to make public safety safe from democracy'.⁷⁰ Met andere woorden, het wijdverbreide wantrouwen tegenover de *demos* heeft ertoe geleid dat criminologen het rationele en technocratische *penal elitism* (het 'oplossen' van *the criminal question* door experts) telkens als het enige antwoord hebben gegeven op het emotionele en punitieve *penal populism*.⁷¹ Daarmee zou een belangrijk alterna-

66 Zie o.a. De Fijter, 'Dit is een heel andere zaak Wilders', *Trouw* 10 oktober 2014.

67 Over de strafrechtelijke ideeëngeschiedenis en het strafrecht als product van een vroegliberale filosofie, zie Foqué & 't Hart 1990.

68 Boutellier 2005a; Van Stokkom 2022.

69 Zie bijvoorbeeld de repressieve retoriek in het hoofdlijnenakkoord, zie 'HOOP, LEF EN TROTS', tweedekamer.nl, 16 mei 2024.

70 Loader 2021, p. 46.

71 Dzur, Loader & Sparks 2016, p. 1-10; Kleinfeld 2017; Loader & Sparks 2022.

tief voor deze twee ‘pathologieën’ van een democratisch strafrechtssysteem onderbelicht blijven: de democratische potentie van deliberatieve en inclusieve instituties waar burgers machtsuitoefening op grond van argumenten en publieke redenen in vraag kunnen stellen.⁷²

Bovenstaand criminologisch debat vindt vooral plaats tegen de achtergrond van het fenomeen *penal populism* dat ten aanzien van de maatschappelijke verwachtingen van het strafrecht een (door politici voorgesteld) homogeen en door emoties geleid ‘volk’ veronderstelt. De casestudies geven aanleiding dat beeld van de democratische samenleving te nuanceren en de mogelijkheid van een democratische ‘derde weg’ ook in de context van ons van oudsher professioneel ingerichte strafrechtspleging verder te onderzoeken. Hoewel dit onderzoek zich richtte op vier (uitzonderlijke) zaken, staan deze maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging niet op zichzelf.⁷³ Zo illustreren ook de aangiftes naar aanleiding van het handelen van bedrijven als Tata Steel en Chemours dat burgers en belangengroepen het strafproces als geschikte uitweg voor maatschappelijke conflicten beschouwen wanneer deze in hun ogen onvoldoende uitweg vinden in de politiek.⁷⁴ Met de reductie van de democratische samenleving tot (potentiële) verdachten en slachtoffers, en een democratie-opvatting die niet verder dan het parlement reikt, lopen we echter het risico dit fenomeen niet in al zijn complexiteit te kunnen begrijpen en daarmee te normeren. Wil zowel de criminologie als de strafrechtwetenschap die valkuil voorkomen, dan vereist dat aandacht voor sociologische én normatieve vragen, welke wetenschappelijke houding als ‘democratic under-labourer’ door de criminologen Loader en Sparks recentelijk weer naar voren werd gebracht: ‘criminology is committed both to participating within, and to facilitating and extending, institutional spaces that supplement representative politics with inclusive public deliberation about crime and justice matters’.⁷⁵ In navolging van dit emancipatoire wetenschapsideaal roept ook deze bijdrage op tot een doordenking van het hierboven geconstrueerde democratische vocabulaire dat niet alleen een tegenwicht biedt tegen *penal populism*, maar ook zou kunnen helpen om de verhouding tussen ons van oudsher professioneel ingerichte strafrechtspleging en de democratische samenleving op een kritische, maar constructieve manier te denken.

72 Loader & Sparks 2010, p. 115-147; Loader & Sparks 2013; Loader & Sparks 2022.

73 Voor een recente oproep tot nader onderzoek hieromtrent, zie ook Becker & Van Lent 2023.

74 ‘Aangifte tegen ambtenaren Belastingdienst vanwege toeslagenschandaal’, nu.nl, 7 februari 2022; Mol & Polman, ‘Topadvocaat Ficq: ‘De ceo van Tata Steel moet de gevangenis in’, fd.nl, 9 juni 2023; ‘Aangifte Ficq tegen Chemours-top om pfas namens ruim 2000 mensen’, fd.nl, 14 augustus 2023.

75 Loader & Sparks 2022, p. 109.

6 | Dialoogpartners aan zet 2: raadsheren¹

6.1 INLEIDING

De artikel 12 Sv-procedure biedt rechtstreeks belanghebbende burgers de mogelijkheid te klagen over het besluit tot niet-vervolgning van het Openbaar Ministerie. Hoewel de procedure van oudsher een belangrijke publieke functie heeft – de risico's van willekeur en misbruik die in het vervolgingsmonopolie en het opportuniteitsbeginsel besloten liggen, moesten via een onafhankelijke rechterlijke toetsing worden tegengegaan – zijn de individuele belangen van klagers in de loop der jaren steeds meer centraal komen te staan.² Deze accentverschuiving van een publieke naar een private functie heeft ertoe geleid dat de artikel 12 Sv-procedure een meer 'persoonlijk' karakter heeft gekregen, welke ontwikkeling zou bijdragen aan de legitimiteit van overheidsbeslissingen: een responsieve rechterlijke macht beslecht immers niet alleen juridische geschillen, maar komt met aandacht voor procedurele rechtvaardigheid ook toe aan de feitelijke behoeften van rechtszoekenden.³ Ook normatief onderzoek naar de artikel 12 Sv-procedure richtte zich op deze toegenomen aandacht voor de persoonlijke belangen van klagers. Hoe bijvoorbeeld te zorgen voor een 'gepaste insluiting' van het slachtoffer in een systeem dat van oorsprong gebouwd is op 'het traditionele enkelspoor van de verdachte versus de overheid'?⁴

Deze bijdrage ziet echter op een bijzondere categorie artikel 12-zaken die tot nu toe als zodanig nog weinig aandacht heeft gekregen. Burgers en belangengroepen wenden de artikel 12-procedure namelijk ook aan voor zaken die hun persoonlijke belangen overstijgen. Voorbeelden van dergelijke artikel 12-zaken zijn de vervolgingen van Geert Wilders in 2009 en die van voormalig ING-CEO Ralph Hamers in 2020 vanwege zijn rol in de witwasaffaire naar

1 Dit hoofdstuk is reeds gepubliceerd als artikel, zie Koning 2024b.

2 Voor de oorspronkelijke publieke functie, zie *Kamerstukken II 1917/18, 77*, nr. 1, 44; over de hedendaagse functie, zie Van Lent, Boone & Van den Bos 2016.

3 De auteurs benadrukken dat die ontwikkeling niet zozeer betekent dat het publieke belang door private belangen verdrongen is, maar dat de artikel 12 Sv-procedure een forum biedt voor uitleg en verantwoording van de vervolgingsbeslissing *tegenover* de individuele klager en diens individuele belang bij vervolging, anders gezegd, het publieke belang van controle is meer verbonden geraakt met erkenning van private belangen van individuele klagers, zie Van Lent, Boone & Van den Bos 2016, p. 55 en 169.

4 Kool 2018.

aanleiding waarvan het Openbaar Ministerie met de ING reeds in 2018 een hoge transactie was overeengekomen.⁵ Te denken valt ook aan de klacht van de Groninger Bodem Beweging tegen het niet-vervolgen van de Nederlandse Aardolie Maatschappij wegens het beschadigen en vernielen van gebouwen, voor zover daarvan levensgevaar te duchten is.⁶ In deze zaak gelastte het hof Arnhem-Leeuwarden het Openbaar Ministerie (nader) onderzoek te doen.⁷ In andere gevallen lukte het klagers niet om maatschappelijke problematiek via het strafrecht te adresseren. Zo werd aan klagers in de mediagenieke tabakszaak medegedeeld dat zij een goede strijd voerden voor de volksgezondheid, maar daarvoor vanwege het ontbreken van een strafrechtelijk aanknopingspunt een verkeerd podium hadden gekozen.⁸ De verkoop van sigaretten met schadelijke ‘ventilatiegaatjes’ was volgens het hof daarom een kwestie die niet via het strafrecht, maar via de politiek een uitweg zou moeten vinden.

Voorgaande voorbeelden illustreren dat aan de artikel 12 Sv-procedure zowel conflicten op microniveau (tussen twee partijen) als conflicten op macroniveau ten grondslag kunnen liggen. De laatste categorie ‘maatschappelijk gevoelige’ artikel 12-zaken brengen om deze reden ook andere legitimiteitsproblemen met zich mee.⁹ Het maatschappelijk conflict en het debat dat daarover gevoerd wordt, lijkt zich namelijk naar de rechtszaal te verplaatsen, waardoor de rechterlijke beslissing al snel het risico loopt als ‘politiek’ te worden aangemerkt. Dergelijke legitimiteitsproblemen, die we *democratische* legitimiteitsproblemen zouden kunnen noemen, zijn ook bij de Raad voor de Rechtspraak niet onopgemerkt gebleven: in 2022 verscheen de Rechtstreeks-uitgave ‘Hoe politiek is de rechter?’ en vorig jaar stelde Henk Naves, voorzitter van de Raad, tijdens zijn nieuwjaarsrede dat de zittingszaal niet de plek is om ‘de eigen mening tot norm te maken’ en uit te vechten ‘wat in de kern een maatschappelijke discussie is’.¹⁰

De uitgave ‘Hoe politiek is de rechter’ ziet op de vraag naar de legitimiteit van algemeenbelangacties bij de burgerlijke rechter die daarbij al snel verweten wordt ‘op de stoel van de wetgever te gaan zitten’. De hoofdbijdrage bespreekt verschillende legitimiteitsconcepties, voorbij de trias politica, aan de hand waarvan deze vraag beantwoord kan worden.¹¹ Maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken illustreren dat een soortgelijke problematiek ook in het strafrecht kan spelen, hoewel de aard en omvang daarvan in de praktijk onbekend

5 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Buruma; Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347.

6 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3248.

7 De status van dit onderzoek is onbekend; in 2022 stemde het hof deels in met het verzoek van het OM om niet verder te vervolgen, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3826.

8 Hof Den Haag 6 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3334.

9 Koning 2022.

10 ‘Nieuwjaarsrede Henk Naves’, rechtspraak.nl.

11 Van Gestel & Loth 2022.

is en in wetenschappelijk opzicht nog relatief onderbelicht is gebleven.¹² Deze bijdrage start daarom vanuit het perspectief van de artikel 12-raadsheren zélf, alvorens toe te komen aan legitimiteitsvragen. Herkennen zij deze bijzondere categorie maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken? En beïnvloedt die hun taak- en legitimiteitsopvatting? Na een korte toelichting van de gehanteerde methode in paragraaf 6.2 zullen de resultaten van de gesprekken die met deze raadsheren zijn gehouden in paragraaf 6.3 worden weergegeven. Paragraaf 6.4 vat de empirische bevindingen kort samen en gaat in op de vraag naar de (democratische) legitimiteit van de raadsheren in maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken.

6.2 METHODE

Na goedkeuring vanuit de Raad voor de Rechtspraak om 12 raadsheren te interviewen in drie focusgroepen heeft het *Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht* (LOVS) uiteindelijk 8 raadsheren bereid gevonden om aan de focusgroepen deel te nemen. Deze raadsheren werden door de onderzoeker per email geïnformeerd over aard en doel van het onderzoek, evenals de voorwaarden die daaraan door de Raad voor de Rechtspraak werden verbonden (het anonimiseren van personen en het respecteren van het geheim van de raadkamer). De focusgroepen vonden plaats bij drie van de vijf gerechtshoven. Bij elke focusgroep was ten minste de voorzitter en één of meerdere leden van de vaste artikel 12-formatie van dat gerechtshof aanwezig. Voorafgaand aan de focusgroep werden de raadsheren nogmaals geïnformeerd over het onderzoek en werd hen uitgelegd dat de stellingen die aan hen zouden worden voorgelegd voortkwamen uit reeds gehouden interviews met klagers en hun advocaten in artikel 12 Sv-zaken met onderliggende maatschappelijke conflicten. De volgende vijf stellingen dienden om te onderzoeken in hoeverre de raadsheren een onderscheid maken – conceptueel en qua taak- en legitimiteitsopvatting – tussen de bijzondere categorie ‘maatschappelijk gevoelige’ artikel 12-zaken en de zaken die de persoonlijke belangen van klager en beklagden niet overstijgen:

1. In artikel 12 Sv-procedures kunnen maatschappelijk gevoelige kwesties spelen.
2. Belanghebbenden stellen een artikel 12 Sv-procedure in omdat ze zich door andere instituties te weinig gehoord voelen.
3. De artikel 12 Sv-procedure biedt ruimte om maatschappelijk gevoelige kwesties te adresseren.
4. Maatschappelijk gevoelige artikel 12 Sv-procedures vereisen een andere aanpak.

12 Voor een recente oproep tot nader onderzoek hieromtrent, zie Becker & Van Lent 2023.

5. Maatschappelijk gevoelige artikel 12 Sv-zaken kunnen ten koste gaan van de legitimiteit van de rechter.

Alle gesprekken duurden ongeveer 1.5 uur en werden met toestemming van de raadsheren opgenomen. Met uitzondering van één focusgroep waren daarbij telkens twee onderzoekers aanwezig. Vanwege het beperkt aantal deelnemers werden alle deelnemers door de onderzoekers aangemoedigd met elkaar in gesprek te gaan teneinde de dynamiek van een focusgroep te creëren. Hoewel het risico op sociaal wenselijke antwoorden nooit kan worden uitgesloten, wekten de hieropvolgende gesprekken bij de onderzoekers de indruk dat de raadsheren zich voldoende vrij voelden om te spreken. Na transcriptie en analyse werd zowel aan de individuele raadsheren als de Raad voor de Rechtspraak de mogelijkheid geboden het toegezonden eindproduct van het onderzoek van commentaar te voorzien. Dat commentaar is in het onderhavige artikel verwerkt, maar leidde niet tot inhoudelijke aanpassingen.

Bovenstaande stellingen leverden drie algemene thema's op die inzicht bieden in de percepties van de raadsheren op de artikel 12 Sv-procedure in maatschappelijk gevoelige zaken: het conceptuele onderscheid tussen onderliggende conflicten op micro- en macroniveau (naar aanleiding van stelling 1 en 2); de gevolgen van deze verschillende conflict diagnoses voor de rechterlijke taakopvatting (naar aanleiding van stelling 3 en 4); en de percepties van de raadsheren ten aanzien van de legitimiteitsproblemen die maatschappelijk gevoelige artikel 12 -zaken met zich mee zouden kunnen brengen (naar aanleiding van stelling 5). Deze thema's zullen in de volgende drie paragrafen achtereenvolgens worden uitgewerkt.

6.3 ONDERLIGGENDE CONFLICTEN OP MICRO- EN OP MACRONIVEAU: EEN CONCEPTUEEL ONDERSCHIED

Alle raadsheren geven aan de in de inleiding beschreven 'persoonlijke benadering' te onderschrijven. Hoewel de haalbaarheid van de vervolging en het algemeen belang daarvan noodzakelijk te vervullen juridische voorwaarden voor een succesvolle klacht zijn, wordt (ook) altijd op zoek gegaan naar onderliggende problemen en conflicten van de individuele klager. Zo merkt een raadsheer op:

'Ik stel altijd de vraag: wat wilt u nou eigenlijk bereiken met een eventuele vervolging? En dan noem ik maar wat trefwoorden op: schadevergoeding of is het rechtvaardigheidsgevoel?'

Na deze conflictdiagnose moeten de raadsheren vaak constateren dat klagers eerder behoefte hebben aan schadevergoeding, excuses van de beklagde of een luisterend oor van de raadsheren dan aan een strafrechtelijke vervolging

die nog jaren kan duren en die in de ogen van de raadsheren voor klagers niets (of weinig) zal oplossen. Hoewel de raadsheren opmerken dat een groot deel van de artikel 12-zaken mishandelingen en beledigingen betreft, waarbij klagers zich ‘te weinig gehoord voelen bij politie en het OM’, herkennen zij ook de bijzondere categorie maatschappelijk gevoelige zaken die de belangen van klager en beklagde overstijgen. Wanneer hen de stelling wordt voorgelegd of in de artikel 12 Sv-procedure maatschappelijk gevoelige kwesties kunnen spelen, geeft één raadsheer meteen een duidelijke definitie op basis waarvan deze bijzondere categorie zaken zou moeten worden gekenmerkt:

‘Zaken waar een veel bredere belangstelling is dan een marktplaatsfraude of een burenruzie, waar bovenindividuele belangen spelen. Dat is denk ik wel een beetje de definitie van maatschappelijk gevoelig.’

Andere raadsheren worstelen met de terminologie (‘voor de klager is alles maatschappelijk gevoelig; hoe breed moeten we dat zien?’). Toch illustreren de volgende voorbeelden die naar aanleiding van de stelling worden genoemd dat ook zij deze bijzondere categorie artikel 12-zaken herkennen. Die categorie omvat volgens hen ‘grote’ zaken zoals die tegen Geert Wilders, Ralph Hamers en degene naar aanleiding van de toeslagenaffaire, maar ook zaken waarin het gaat om uitingsdelicten van politici, zaken naar aanleiding van politiegeweld en zaken die door uiteenlopende belangenverenigingen worden ingesteld, zoals milieubewegingen, dierenbeschermingsbewegingen of anti-discriminatiebewegingen.

Door sommige raadsheren wordt een trend waargenomen dat de klachten de belangen van klager en beklagde overstijgen. Deze trend zou volgens hen, naast het geen gehoor krijgen bij politie en het OM, mede moeten worden toegeschreven aan de toegenomen mondigheid van burgers in combinatie met politieke inactiviteit. Met name de artikel 12-zaak naar aanleiding van de toeslagenaffaire wordt meerdere malen genoemd ter illustratie van die gevallen waarin de overheid ‘onvoldoende heeft geleverd’. Bovendien wordt het toegenomen geweld dat deze raadsheren zien tegen overheidsdienaren (waaronder politieagenten, ambulancemedewerkers, wethouders, ministers, officieren van justitie en rechters) beschouwd als uitdrukking van maatschappelijke onvrede over het ‘voor zich uitschuiven van de problematiek die momenteel speelt’. Ten slotte merken een aantal raadsheren op dat de artikel 12-procedure kan worden aangewend als politiek forum. Zo werden klachten ontvangen over het ‘criminele coronabeleid’, werden in het verleden ‘juridisch kansloze arbeids-uitbuitingszaken’ gevoerd in de hoop statushouders via een officiële aanmerking als slachtoffer aan een verblijfsvergunning te helpen, en werden raadsheren naar aanleiding van een vermeende stembusfraude verzocht hun politieke opvattingen bekend te maken en de besloten zitting te *livestreamen*, waarna de raadkamer werd gewraakt toen besloten werd om voor beide verzoeken geen toestemming te geven.

De raadsheren merken op dat de laagdrempeligheid van de artikel 12-procedure – een advocaat is niet vereist en er zijn geen griffiekosten – ertoe leidt dat veel verschillende aanspraken op de strafrechtspleging worden gemaakt die vaak beter elders een uitweg kunnen vinden. Toch zijn er, naast de hierboven genoemde verschillende onderliggende conflicten op micro- en macroniveau, ook voldoende klagers die daadwerkelijk een strafrechtelijke vervolging beogen voor een zaak met een duidelijke strafrechtelijke dimensie. Dat geldt voor de zaken met onderliggende conflicten op microniveau, maar ook voor die op macroniveau. In deze laatste context worden bijvoorbeeld de ING/Hamers-zaak genoemd en degene die betrekking had op de vijf agenten die betrokken waren bij de fatale arrestatie van Mitch Henriquez.¹³ Waar de onderliggende maatschappelijke conflicten ook elders een uitweg hadden kunnen vinden – de zaken Henriquez en ING/Hamers leidden respectievelijk tot maatschappelijke discussies over etnische profilering en politiegeweld; en ‘de graaicultuur’ in de financiële sector – benadrukken verschillende raadsheren dat door klagers in deze zaken aan het strafrecht een eigenstandige rol werd toegekend die het politieke debat, disciplinaire straffen of cultuurprogramma’s niet hadden kunnen vervullen:

‘[...] dan vindt men dat iemand verantwoordelijk is voor witwasbeleid, die mag de dans niet ontspringen. OM zegt, ja we hebben onvoldoende bewijs, we vinden het niet nodig. Zij vinden dat dat goed moet worden uitgezocht. Artikel 12 was dan natuurlijk de enige weg die door die stichting kon worden bewandeld. Voor politiegeweld geldt ook zoiets, bij Henriquez bijvoorbeeld. Daar was een vervolging, maar van maar twee agenten en het civiele recht bood waarschijnlijk geen mogelijkheden.’

6.4 DE RECHTERLIJKE TAAKOPVATTING IN MAATSCHAPPELIJK GEVOELIGE ARTIKEL 12-ZAKEN

Aan de hand van de conflict diagnose kunnen de raadsheren daarom constateren dat aan de artikel 12-procedure conflicten op micro- en macroniveau ten grondslag liggen. In hoeverre werken deze verschillende conflict diagnoses door in hun taakopvatting? De raadsheren benadrukken dat burgers de artikel 12 Sv dan wel als spreekkamer of politiek forum kunnen beschouwen, maar dat zij zelf maar beperkte mogelijkheden zien om aan alle maatschappelijke verwachtingen toe te komen: ‘uiteindelijk zitten wij er toch voor het strafrecht’, is de dominante opvatting. Wanneer de raadsheren de stelling wordt voorgedragen of de artikel 12-ruimte biedt om maatschappelijk gevoelige kwesties

13 Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDA:2020:234; Hof Den Haag 30 maart 2017, ECLI:NL:GHDA:2017:840.

te adresseren, merkt een aantal raadsheren daarom meteen op dat zij dat in ieder geval niet zélf doen:

‘Als daarin te lezen valt dat de rechter de gelegenheid neemt om de maatschappij te gaan veranderen, om actief politiek te gaan bedrijven, dan is dat wat mij betreft niet het geval. Wij toetsen juridisch: het feit aan de wet en dan de opportuniteit.’

En:

‘Als wij zien dat een hele groep over de jeugdzorg klaagt, dan kunnen wij dus niet zeggen van goh, uit al deze klachten tezamen blijkt dat jeugdzorg niet functioneert, politiek doe er wat aan, jeugdzorg doe er wat aan. Daar gaan wij niet over.’

Naast het nemen van de juridische beslissing op grond van de criteria van de haalbaarheid en het algemeen belang van de vervolging zien de raadsheren voor zichzelf daarom vooral een rol weggelegd om bij te dragen aan een oplossing van onderliggende conflicten op microniveau. Dat gebeurt meer indirect, bijvoorbeeld via een verwijzing naar het civiele recht of naar de in de gerechtshoven gelegen *mediation*bureaus, maar in enkele gevallen ook in het kader van de artikel 12 Sv-procedure zelf. Hoewel artikel 12c Sv de mogelijkheid geeft tot schriftelijke afdoening wanneer de zaak kennelijk niet-ontvankelijk of ongegrond is wordt soms besloten de klager op te roepen, zélf als bij voorbaat al duidelijk is dat de klacht geen enkele kans van slagen heeft. ‘Sociaal horen noemen we dat’, geeft een raadsheer aan, ‘als je ziet in het dossier dat zo iemand overal tegenaan loopt. Dan zeggen wij, laten we toch maar die persoon oproepen. Laat hem maar even stoom afblazen.’ Een andere raadsheer merkt op dat dat ‘natuurlijk juridisch volstrekt irrelevant is, maar dan voelen ze zich als mens ook erkend.’ Dat de raadsheren een beperkte bijdrage menen te kunnen leveren aan onderliggende conflicten op macroniveau, maar dat dat anders ligt voor die op microniveau, blijkt ook uit de opmerking van een raadsheer over de functie van de artikel 12-procedure:

‘Artikel 12 heeft de functie om waarborg aan de buitenwereld te bieden dat het OM niet zomaar iets kan beslissen, maar ook om de justitiabelen vertrouwen te laten houden in de instituties, dan worden ze gehoord.’

Toch blijkt dat de raadsheren erkennen dat maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken een andere aanpak vereisen dan de zaken die het belang van klager en beklagde niet overstijgen, en dat deze aanpak verder gaat dan het enkel nemen van de juridische beslissing over de vervolging. Hoewel de raadsheren benadrukken dat de behandeling van de klacht inhoudelijk hetzelfde blijft, kwamen uit de gesprekken drie verschillende typen artikel 12-zaken met onderliggende conflicten op macroniveau naar voren, waarin door de raadsheren voor verschillende opstellingen wordt gekozen die allen een verschijningsvorm zijn van dezelfde apolitieke taakopvatting.

De eerste categorie omvat de gevallen waar (in eerste instantie) geen duidelijk strafrechtelijk aanknopingspunt is, waar klagers de democratische instituties wantrouwen en waar de artikel 12-procedure wordt aangewend als politiek forum. Waar klachten over het ‘criminele corona- of regeringsbeleid’ schriftelijk en met een standaardformulering worden afgedaan – en de raadsheren het hieraan ten grondslag liggende institutionele wantrouwen daarmee laten voor wat het is – werd in het geval van de vermeende stembusfraude (zie par 3.1) toch besloten om de klagers op te roepen:

‘We zien dat er waarschijnlijk onvoldoende aanwijzingen zijn, [...] maar de integriteit van de verkiezingen is een belangrijk thema dat het individuele belang overstijgt, dus kom maar op. Die andere behandeling zit dan niet zo in de inhoud, maar in de bejegening en de presentatie ter zitting. Want je kunt er vanuit gaan dat ieder verkeerd woord wordt aangegrepen om ergens een punt van te maken, dus je moet voorzichtiger zijn dan met bijvoorbeeld mensen na een echtscheiding met een omgangsregeling waarin je met die mensen in gesprek wil gaan en dat ze zich ook gehoord moeten voelen. Dat zijn echt andere grootheden: die mensen zijn er om hun probleem op te lossen en andere mensen zijn er om hun politieke overtuigingen uit te dragen.’

Een tweede opstelling zien we in zaken waar de maatschappelijk gevoelige conflicten kunnen worden teruggebracht tot conflicten op microniveau middels het bij elkaar brengen van de betrokken partijen. Zo was er in de artikel 12-zaak naar aanleiding van de toeslagenaffaire eveneens sprake van institutioneel wantrouwen bij de klagers en had de zaak een duidelijke politieke dimensie die door het OM in het besluit tot niet-vervolging al tot uitdrukking was gebracht: ‘het correctiemechanisme voor het beleid dat achteraf als “verkeerd” is beoordeeld, ligt in deze zaak niet in het strafrecht’.¹⁴ De advocaat van de klagers liet in de media weten dat zijn cliënten daarop ‘boos, teleurgesteld en gelaten’¹⁵ hadden gereageerd en dat het ‘niet zo kon zijn dat het OM ook nog eens de deur dichtdoet voor deze mensen’.¹⁶ Daarentegen lieten zij zich positief uit over de beslissing van het Hof Den-Haag om de zaak op zitting te brengen en daarbij vijf van de 152 klagers uit te nodigen in de raadkamer: ‘Het hof had ons verzoek in deze fase ook al kunnen afwijzen. Nu ligt alles nog open en dat is zeker hoopgevend.’¹⁷ Meerdere raadsheren benadrukken het belang van deze opstelling, die bijvoorbeeld ook wordt toegepast bij ‘brandzaken’ waar de gemeente als beklagde bij betrokken is:

14 ‘Geen strafrechtelijk onderzoek naar Belastingdienst’, om.nl, 28 mei 2021.

15 ‘Ouders toeslagenaffaire willen vervolging van de Belastingdienst afdwingen’, nos.nl, 8 januari 2021.

16 Misérus, ‘Ouders naar rechter om vervolging in toeslagenaffaire kinderopvang’, *de Volkskrant* 8 januari 2021.

17 ‘Top Belastingdienst in april gehoord door hof over toeslagenaffaire’, nos.nl, 14 december 2021.

‘We proberen in die maatschappelijk gevoelige zaken die in de publiciteit komen om partijen bij elkaar te brengen in de rechtszaal. Dat iedereen elkaar hoort, dat je niet van die gesloten kanalen hebt.’

De raadsheren benadrukken echter dat deze poging om betrokkenen bij elkaar te brengen, kan conflicteren met zowel de belangen van de beklagde als met de waarheidsvinding als kerntaak van de strafvordering. Zo kan het zijn dat de klager die één of meerdere agenten wegens politiegeweld vervolgd wil zien deze agent(en) graag in de ogen zou willen kijken, maar dat dit verzoek moet worden afgewezen omdat de veiligheid van deze beklagde(n) prioriteit krijgt. Bovendien kan het tegelijkertijd oproepen van meerdere beklagden een smet op de ondervraging werpen: ‘dan weet de ene wat de andere zegt’, merkt een raadsheer op.

Een derde opstelling zien we in het type zaken waar klagers rekenen op de rechtspraak als tegenmacht, waar het hof ook een duidelijk strafrechtelijk aanknopingspunt ziet, maar waar het opportuniteitsoordeel controversieel is omdat de rechtszoekenden slechts een deel van een verdeelde samenleving zijn. Voorbeelden van deze maatschappelijk gevoelige zaken zijn de zaken die leidden tot de vervolging van Geert Wilders en die van Ralph Hamers. Dergelijke zaken roepen de vraag op wiens ‘conflictdiagnose’ de raadsheren zouden moeten overnemen: die van de klagers of die van andere leden van de samenleving die ook belang hebben bij de vervolgingsbeslissing. Waar de burgers en belangenorganisaties die om de vervolging van Geert Wilders verzochten van mening waren dat een onafhankelijke rechter zich moest uitlaten over de normatieve grenzen van het publieke debat, en ook het hof in deze zaak ‘een botsing tussen grondrechten zag’,¹⁸ werd hen door de media tegengeworpen dat het strafrecht er niet is voor de oplossing van ‘maatschappelijke problemen’ en dat de rechtsgang het onderliggende ‘maatschappelijke conflict’ alleen maar zou verscherpen.¹⁹ Desgevraagd geven de raadsheren aan dat deze maatschappelijke strijd er ‘niet zelf bij gezocht wordt’, maar hoogstens een rol speelt bij de opportuniteitsvraag. De vervolgvraag hoe de raadsheren dan beslissen in de zaken waar het opportuniteitsvraagstuk vanwege de conflicterende maatschappelijke belangen beide kanten op kan vallen, leidt tot verdeeldheid. Waar één raadsheer ‘maar wij maken geen keuze!’ uitroept, geeft een andere raadsheer toe dat ‘dat een beetje een schimmig wereldje is’. Weer een andere raadsheer benadrukt dat bijvoorbeeld de keuze om een bank of bestuurder te vervolgen inderdaad negatieve maatschappelijke neveneffecten kan hebben, maar dat die keuze een ‘oordeel’ is waar strafrechtelijke en maatschappelijke belangen tegen elkaar worden afgewogen:

18 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Buruma., r.o. 13.2.

19 Koning 2023.

‘Natuurlijk wordt dan meegewogen dat het gevoelig is voor de aandelen. Maar goed wij zitten er voor het strafrecht en wij mogen die opportuniteit gewoon wegeen. Daar wordt heel veel aandacht aan besteed. Ook het tijdstip dat die beslissing de ether wordt ingestuurd en de consequenties daarvan.’

De feitelijke belangen van ‘de samenleving’ (waaronder bijvoorbeeld die van de aandeelhouders of het voorkomen van verdere polarisatie) worden in maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken daarom niet genegeerd, maar kunnen in het vervolgingsbevel ondergeschikt worden geacht aan de autonome functie van het strafrecht die óók van belang wordt geacht voor de samenleving. Die opvatting zien we inderdaad duidelijk terug in de ING/Hamersbeschikking, die werd afgesloten met de volgende woorden:

‘Het hof is zich ervan bewust dat de berechting van deze beklaagde tijdrovend zal zijn en een aanzienlijke belasting zal opleveren voor de rechterlijke macht. Toch mag dit niet doorslaggevend zijn. Berechting heeft ook normbevestiging tot doel. Dat staat weer in verband met samenleven, met maatschappelijke solidariteit, met laten zien wat van belang is in onze samenleving en met wat wij niet willen als samenleving.’²⁰

6.5 VISIES OP LEGITIMITEIT: HOE POLITIEK IS DE RECHTER?

Waar de raadsheren bij onderliggende conflicten op microniveau voor een responsieve, persoonlijke benadering kiezen, stellen zij zich autonoom op naarmate het geconstateerde conflict maatschappelijk gevoeliger wordt. Wanneer de raadsheren gevraagd wordt hoe zij hun legitimiteit menen te behouden, noemen zij echter waarborgen die voor beide categorieën artikel 12-zaken gelden: de bejegening ter zitting en het goed motiveren van de beslissing. Ten aanzien van rechtszoekenden blijkt dat meestal tot acceptatie van de beslissing te leiden. Een andere vraag is echter hoe zich te verhouden tot het verwijt van niet-procesdeelnemers dat de raadsheren in gevallen van onderliggende maatschappelijke conflicten, open normen of opportuniteitswegingen die beide kanten op kunnen vallen subjectieve of politieke beslissingen zouden nemen. Door de overgrote meerderheid van de raadsheren wordt geantwoord dat zij in die gevallen inderdaad wel eens horen ‘volledig buiten de maatschappij te staan’, maar daar, buiten het (al dan niet via een persbericht) goed uitleggen van de beslissing, ‘niets mee kunnen’. Allereerst hebben ze geen invloed op welke conflicten aan hen worden voorgelegd, terwijl in alle gevallen een keuze zal moeten worden gemaakt:

20 Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347, r.o. 8.2.

‘Wij worden ook gevoed door het OM, door de A-G, door partijen, we lezen de krant. We komen niet uit een ei, maar wij moeten een afweging maken. Dat is af en toe best wel lastig. Dan denk je ja ik kan de ene kant uit, de andere. Er is altijd iemand boos.’

Naast de constatering dat de raadsheren nu eenmaal moeten kiezen en dat niet iedereen tevreden kan worden gehouden, benadrukken sommige raadsheren de relatie tussen recht en politiek. In die zin heeft het legitimitieitsconcept voor de raadsheren niet alleen een empirische component (de *acceptatie* van staatsmacht), maar ook een belangrijke normatieve dimensie (de *rechtvaardiging* van staatsmacht).²¹ Zo merkt een raadsheer op dat er in de artikel 12 Sv-procedure geen plaats is voor ‘stikstof en Urgenda-achtige zaken’, nu er altijd een strafbaar feit nodig is: ‘ik trek toch wel regelmatig mijn wenkbrauwen op als bepaalde milieuorganisaties weer van alles willen van de bestuursrechter. Dan denk ik ga nou eerst eens even met dat beleid aan tafel.’ Ook een andere raadsheer beroept zich op de trias politica: ‘Ik zeg altijd: ik moet het uit kunnen leggen aan mijn voetbalvereniging. Net als die stikstofdiscussie. Dat was natuurlijk gewoon democratisch en nu is het aan de politiek.’ Toch blijkt uit een opmerking van één raadsheer dat erkend wordt dat politieke vragen ook in de artikel 12-aan de orde kunnen komen: ‘Dan zeggen we liever onvoldoende bewijs, want dat komt toch eerst. Dan hoeft je niet over de opportuniteit te praten.’ De meerderheid van de raadsheren lijkt zich echter maar tot op beperkte hoogte druk te maken over de hoofdvraag in de *Rechtstreeks*-uitgave ‘Hoe politiek is de rechter?’:

‘Nee we gaan gewoon door met ons werk. Daar kan je helemaal niets mee. We zijn een aparte staatsmacht die een apart, en wat mij betreft een heel belangrijk deel, van de conflictoplossing ter hand neemt. En als mensen dat politiek vinden dan doen ze dat maar.’

6.6 CONCLUSIE

Waar de artikel 12 Sv-procedure van oudsher een belangrijke publieke, rechtsstatelijke functie vervult als correctiemiddel op het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie, zijn later de individuele belangen van klagers meer centraal komen te staan. Met deze persoonlijke benadering zou een bijdrage worden geleverd aan de legitimiteit van overheidsbeslissingen. Deze bijdrage richtte zich op een bijzondere categorie maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken die de individuele belangen van klager en beklagde overstijgen, en waarmee nieuwe legitimitieitsproblemen kunnen ontstaan die niet zomaar via de bekende persoonlijke benadering het hoofd lijken te kunnen worden gebo-

21 Over legitimiteit als empirisch en normatief concept, zie Hinsch 2010, p. 39-42.

den. Deze *democratische* legitimitieitsproblemen zijn ook bij de Raad voor de Rechtspraak niet onopgemerkt gebleven: wanneer het maatschappelijke debat zich steeds meer naar de rechtszaal lijkt te verplaatsen, wordt de rechterlijke macht al snel verweten politieke beslissingen te nemen. Tegen de achtergrond van deze door de Raad geuite legitimitieitsproblemen werden de percepties van individuele artikel 12-raadsheren op de artikel 12 Sv-procedure in maatschappelijk gevoelige zaken in deze bijdrage langs drie thema's besproken: 1) herkennen zij deze bijzondere categorie?; 2) in hoeverre beïnvloedt die hun taakopvatting?; en 3) wat zijn de percepties van de raadsheren ten aanzien van de legitimitieitsproblemen die deze zaken met zich mee zouden brengen?

Uit de focusgroepen bleek dat de raadsheren een duidelijk onderscheid maken – conceptueel en qua taakopvatting – tussen zaken met onderliggende conflicten op microniveau (conflicten tussen twee partijen) en die op macroniveau (waar de onderliggende conflicten maatschappelijk gevoelig liggen): hoe politieker het geconstateerde conflict, hoe autonomer de rechterlijke taakopvatting wordt. Zo zien we responsiviteit en maatwerk in conflicten op microniveau – het sociale horen en het verwijzen naar de *mediation*bureaus of het civiele recht – waarmee op directe en indirecte wijze kan worden bijgedragen aan de oplossing daarvan. Bij onderliggende conflicten op macroniveau wordt voor een andere taakopvatting gekozen: de raadsheren willen vooral geen politiek bedrijven. Deze apolitieke houding schemert door in de zaak rondom de vermeende stembusfraude, de zaak naar aanleiding van de toeslagenaffaire, en de zaak-Hamers die als archetypen kunnen dienen om deze taakopvatting in maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken inzichtelijk te maken. De zaak over de stembusfraude illustreert dat voor het gebruik van de artikel 12-procedure als politiek forum geen plaats is; in de zaak naar aanleiding van de toeslagenaffaire werd via procedurele waarborgen (het terugbrengen tot een conflict op microniveau via het bij elkaar brengen van de procesdeelnemers) de politieke angel uit de zaak gehaald; en hoewel in de zaak-Hamers wel rekening wordt gehouden met de conflicterende feitelijke belangen van de samenleving wordt in de beschikking benadrukt dat het strafrecht ook een belangrijke autonome, symbolische functie voor deze samenleving heeft. Het is bovendien deze autonome functie van het recht die maakt dat de raadsheren zich niet zo'n zorgen lijken te maken over hun legitimiteit in zaken waarbij het maatschappelijk debat zich naar de rechtszaal lijkt te verplaatsen.

Wat kunnen deze bevindingen betekenen voor de legitimitieitsproblemen waar de Raad voor de Rechtspraak zich wél zorgen over maakt? Met name dient ten aanzien van het legitimitieitsvraagstuk niet alleen een onderscheid te worden gemaakt tussen zaken met onderliggende conflicten op micro- en op macroniveau, maar is ten aanzien van deze laatste categorie ook een meer genuanceerde algemene visie vanuit de Raad nodig dan de opvatting dat dergelijke maatschappelijk gevoelige zaken eigenlijk niet in de rechtszaal thuishoren. De verschillende opstellingen van de artikel 12-raadsheren, die

zich onvermijdelijk tot deze zaken dienen te verhouden, zouden daarbij als inspiratie kunnen dienen. De raadsheren maken immers een duidelijk onderscheid tussen de maatschappelijk gevoelige zaken waarin sprake is van een strafrechtelijk aanknopingspunt en die waarin de rechtszaal louter als politiek forum wordt aangewend. Het is zaak dat onderscheid ook over te blijven brengen bij het grotere publiek. Zo werd de vervolging van Geert Wilders in 2009 gerechtvaardigd aan de hand van de jurisprudentie van het EVRM en het algemeen belang van de rechtszekerheid.²² Die autonome rechterlijke taakopvatting kon in het strafproces niet worden waargemaakt: de zaak onttaarde in een media-circus en een gepolitiseerde rechterlijke macht, terwijl de rechtsvraag binnen en buiten de rechtszaal maar zeer beperkte aandacht kreeg. Als gevolg daarvan werden zowel klagers als het hof verweten een ‘poppenkast’ teweeg te hebben gebracht.²³

De rechterlijke macht hoeft zich natuurlijk niet over te leveren aan dergelijke ‘de-legitimatie strategieën’ die haar vandaag de dag in verschillende ‘illiberale democratieën’ tandeloos dreigen te maken.²⁴ In die zin stemt het hoopvol dat Naves in zijn nieuwjaarsrede voorstelde om tegenover ‘institutioneel wantrouwen’ en de ‘verharding en polarisatie’ in de zittingszaal vaker ‘het geluid van de rechtsstaat [te] laten horen’. Het is echter wel de vraag hoe dat geluid er ten aanzien van de derde categorie maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken uit zou moeten zien. Waar de raadsheren zich bij de eerste twee categorieën respectievelijk kunnen beroepen op het gebrek aan een strafrechtelijk aanknopingspunt of het depolitiseren van de zaak via procedurele waarborgen, treedt de democratie in de derde categorie zaken onvermijdelijk de rechtszaal binnen. In deze zaken – waarvan de Hamers- en Wilders-zaak verschijningsvormen zijn – moet immers de opportuniteitsvraag worden beantwoord, terwijl zowel het Openbaar Ministerie als de klagers in het algemeen belang menen te spreken en daarmee ‘de samenleving’ menen te vertegenwoordigen. Die samenleving is echter zelf ook weer verdeeld over deze vraag, waardoor wel degelijk (normatieve) democratische legitimiteitsproblemen ontstaan. Deze problematiek rondom de invulling van het algemeen belang is inherent aan het opportuniteitsbeginsel, iets wat De Lange al eerder opmerkte: als ‘uitermate vaag criterium’ moet het algemeen belang namelijk ‘content’ krijgen, terwijl het in onze moderne samenleving hooguit een ‘afgewogen abstractie’ is van verschillende feitelijke deelbelangen.²⁵ Hoewel dit niet de plek is dit politiek-filosofisch probleem nader uit te werken, kan wel gesteld worden dat het ‘geluid van de rechtsstaat’ in deze derde categorie maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken ook *democratische* elementen nodig

22 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Buruma.

23 ‘Proces’, *de Volkskrant* 8 februari 2011.

24 Over de rol van de rechterlijke macht in mondiale processen van *democratic backsliding*, zie o.a. Ginsburg 2018.

25 De Lange 2009, p. 480; De Lange 2021.

heeft, voorbij de (uitleg van de) wetstoepassing en de persoonlijke benadering van de klagers waarop de raadsheren hun legitimiteit nu stoelen.

Verder onderzoek zou zich kunnen richten op de vraag welke gevolgen dit onvermijdelijke democratische legitimatieprobleem zou (moeten) hebben voor de inrichting van de artikel 12 Sv-procedure in dit type zaken. Ook de wetgever zou zich daarom in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering moeten bezinnen op deze bijzondere categorie beklagzaken en de democratische legitimiteitsproblemen die zij veroorzaken. Tot op heden lijkt dat echter niet te gebeuren. De voorgestelde wijzigingen – de invoering van termijnen, de invoering van nieuwe beslismodaliteiten en het verbreden van het object van beklag (ook tegen niet-opsporen) – zijn vooral ingegeven door de private belangen van klagers. De Raad van State moest de wetgever er zelfs op wijzen dat de beklagprocedure niet alleen in dienst staat van individuele belangen van klagers, maar dat de procedure ook een belangrijk publieke functie heeft.²⁶ Die publieke functie werd vervolgens in de memorie van toelichting wel benoemd: ‘De regeling van het beklag over niet-vervolgning is een correctiemechanisme ter voorkoming van onredelijk gebruik van het vervolgingsmonopolie en het opportuniteitsbeginsel door het Openbaar Ministerie’.²⁷ Hoewel marginale toetsing daarom het uitgangspunt is, zou volle toetsing aangewezen zijn in ‘ernstige zaken’.²⁸ Van dit type ‘ernstige zaken’ worden geen voorbeelden gegeven, maar duidelijk is dat daarmee niet de bijzondere categorie maatschappelijk gevoelige beklagzaken wordt bedoeld. Uit de frase dat volledige toetsing in deze gevallen aangewezen is ‘om de betrokken individuele en maatschappelijke belangen op effectieve wijze te kunnen beschermen’ kunnen we namelijk afleiden dat de wetgever veronderstelt dat individuele en maatschappelijke belangen in ‘ernstige’ zaken samenvallen. Dat de individuele belangen van de nabestaanden van een slachtoffer van bijvoorbeeld moord of doodslag samenvallen met de belangen van ‘de maatschappij’ valt te begrijpen. Ingewikkelder wordt het wanneer de beklagprocedure wordt aangewend voor maatschappelijke gevoelige kwesties waar *concurrerende* maatschappelijke belangen ertoe leiden dat maatschappelijke verdeeldheid ontstaat over de vraag of deze kwesties een uitweg dienen te vinden binnen het strafrecht. Nu de wetgever ook zelf maatschappelijke problematiek zoals ecocide steeds meer via het strafrecht adresseert, roept deze bijdrage op om ook in het kader van de moderniseringsoperatie aandacht te besteden aan deze bijzondere categorie beklagzaken en de daardoor veroorzaakte strijd om het algemeen belang.²⁹ Deze onvermijdelijke ontwikkeling en de daardoor veroorzaakte democratische legitimiteitsproblemen kunnen met het oog op een moderne strafrechtspleging immers niet onbesproken

26 *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr 4, p. 82.

27 *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr 3, p. 842-843.

28 *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr 3, p. 842-843.

29 Wetsvoorstel strafbaarstelling ecocide (*Kamerstukken II 2023/24*, 36475, nr. 3).

blijven. De recente aangiften tegen de vervuilende bedrijven Tata Steel en Chemours en de al lopende strafrechtelijke onderzoeken naar (de leidinggevendenden van) deze bedrijven geven daar in ieder geval opnieuw alle aanleiding toe.³⁰

30 Op 4 maart 2024 deed Greenpeace aangifte om 'steun te betuigen' aan de omwonenden en hun advocaat Ficq, zie Karst, 'Greenpeace doet aangifte tegen Chemours en Tata Steel', [greenpeace.org](https://www.greenpeace.org) 4 maart 2024; voor eerdere aangiften van Ficq en de omwonenden, zie Mol & Polman, 'Topadvocaat Ficq: 'De ceo van Tata Steel moet de gevangenis in'', fd.nl 9 juni 2023; 'Aangifte Ficq tegen Chemours-top om pfas namens ruim 2000 mensen', fd.nl, 14 augustus 2023.

7 | Democratie, conflict en strafrecht

Het democratisch legitimeitspotentieel van artikel 12 Sv gewogen

7.1 HET ALGEMEEN BELANG IS DOOD, LEVE HET ALGEMEEN BELANG!

‘De tijdsgeest is omgeklapt’, aldus Arjen van Veelen in *De Groene Amsterdammer*, ‘van Narcissus, die met zichzelf bezig is, naar Atlas, die de wereld torst’.¹ Die omslag van de tijdsgeest lijkt ook zijn weerslag te hebben op hoe het recht door de samenleving begrepen wordt. Van stikstof, naar klimaat, tot het asielvraagstuk; het fenomeen dat (groepen) burgers de rechter bewegen om in het algemeen belang een uitspraak te doen in zaken waar maatschappelijke conflicten aan ten grondslag liggen, strekt zich uit over een veelheid aan rechtsgebieden.² Dit proefschrift onderzocht een soortgelijke ontwikkeling in de strafrechtelijke context. Hoewel de beklagprocedure lange tijd in dienst stond van de individuele belangen van klagers/slachtoffers worden via deze procedure namelijk (ook) maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging gemaakt die de individuele belangen van klagers overstijgen, terwijl de samenleving verdeeld is over de vraag of deze maatschappelijk gevoelige conflicten een uitweg via het strafrecht moeten vinden.³

Van Veelens betoog lijkt daarom ook op te gaan voor de juridische context, hoezeer bepaalde politici en andere leden van de samenleving ook proberen te betogen dat aan deze zaken slechts eigen- of deelbelangen ten grondslag liggen en dat het niet aan de rechtspraak maar aan de politiek is om de invulling van het algemeen belang te bepalen.⁴ In wezen versterkt deze politieke en maatschappelijke dynamiek juist het punt dat er een strijd om het algemeen

1 Van Veelen 2022.

2 Over strategisch procederen in het bestuursrecht, zie Stolk 2024; over de trend dat overheden en bedrijven (wereldwijd) worden aangesproken op hun emissie van broeikasgassen, zie o.a. Engelhard e.a. 2024; over strategisch procederen in het asielrecht, zie Van der Pas 2024.

3 Hoofdstuk 3 in dit onderzoek is daarom breder dan het strategisch procederen waar de inzet van de procedure om maatschappelijke en politieke verandering teweeg te brengen centraal staat; over de (on)mogelijkheden van de artikel 12 Sv-procedure als forum voor strategisch procederen, zie Becker & Van Lent 2023.

4 Gedoeld wordt op de door de Tweede Kamer aangenomen motie over het aanscherpen van de representativiteitseisen voor algemeenbelangacties, zie *Kamerstukken II 2023/24*, 36169, nr. 37; ‘HOOP, LEF EN TROTS’, tweedekamer.nl, 16 mei 2024; ook in de media komen regelmatig artikelen met een soortgelijke strekking voorbij, zie o.a. Sommer 2024; Bessems 2024.

belang gaande is, evenals wie daarover mag spreken.⁵ Deze strijd om het algemeen belang roept nieuwe vragen op over het feitelijke en normatieve conflictoplossende vermogen van de Rechtspraak als conflictoplossende institutie. In dit laatste hoofdstuk worden de verschillende empirische en normatieve perspectieven zoals die in de vorige hoofdstukken aan bod zijn gekomen samengebracht. Van daaruit zal de hoofdvraag naar het feitelijke en normatieve conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure in het geval van maatschappelijk gevoelige zaken worden beantwoord. Zoals uiteengezet in de inleiding zal dit normatieve conflictoplossende vermogen worden gezien vanuit de uitgangspunten van rechtsstatelijke en democratische legitimiteit. Hoewel deze normatieve begrippen kunnen worden beschouwd als *essentially contested concepts*, is in dit proefschrift betoogd dat ze moeten worden uitgewerkt op zo'n manier dat de normatieve theorievorming empirisch geïnformeerd is.⁶ Theorie moet namelijk, om met David Garland te spreken, dynamisch adaptief en pragmatisch zijn; het moet responsief zijn ten aanzien van de fenomenen die men wil bestuderen.⁷ Dat methodologische uitgangspunt betekent dat het debat rondom de legitimiteit van de rechterlijke beslissing in maatschappelijk gevoelige zaken niet eenzijdig moet worden gevoerd aan de hand van het (voor juristen welbekende) normatieve vocabulaire dat waarschuwt voor het schrikbeeld van politieke rechtspraak in totalitaire regimes.⁸ Een responsieve normatieve theorie in het kader van de probleemstelling van dit proefschrift zal zich daarentegen (ook) moeten verhouden tot een politiek-maatschappelijke werkelijkheid waarin burgers vanwege het zeer lage vertrouwen in het probleem en conflictoplossende vermogen van politiek via het recht een alternatieve uitweg voor maatschappelijke problematiek en de daaruit voortvloeiende conflicten zoeken.⁹ Anders dan normatieve betogen die alleen de scheiding tussen recht en politiek benadrukken, zijn recht en politiek in deze politiek-maatschappelijke context onlosmakelijk met elkaar verbonden. Wanneer we de maatschappelijke aanspraken op het recht binnen *deze* politiek-maatschappelijke werkelijkheid begrijpen – en niet vanuit een mogelijke totalitaire dystopie – wordt ook duidelijk dat burgers specifieke normatieve verwachtingen van het recht hebben *ten opzichte van* de politiek. Zo merkte klimaatadvocaat Roger Cox op dat hij en zijn team de Urgenda-zaak en de zaak Milieudefensie/Shell

5 In dat kader sprak De Poorter over een 'dubbel legitimatieprobleem'; enerzijds betreffende de belangenorganisaties waarvan het omstreden is of zij wel 'echt' het algemeen belang behartigen en anderzijds betreffende de rechter die wordt verweten 'politieke beslissingen' te nemen, zie De Poorter 2020.

6 Gallie 1955.

7 Garland 2007, p. 166: 'If I have revised my way of framing the issues, and the theoretical tools that I bring to bear upon them, it is in response to the nature of the phenomena being studied, and not as a result of some arbitrary change in theoretical taste.'

8 Voor een dergelijke argumentatie, zie o.a. Soeharno 2023.

9 Voor het SCP-onderzoek naar laag vertrouwen door beperkt probleemoplossend vermogen van de politiek, zie Den Ridder, Van 't Hul & Van den Broek 2023.

aanspannen, omdat alleen in de rechtszaal nog een echt debat plaats zou kunnen vinden: 'Al die flauwekul houdt in een rechtszaal geen stand, want dan moet je met feiten komen. Een klimatrechtszaak is een filter voor bullshit.'¹⁰ Met 'flauwekul' doelt Cox op de 'framingtechnieken' van Shell die bij de rechter en in de media aanvoerde dat zij slechts voorzien in de vraag van de klant, het bij verlies van de zaak zou afleggen tegen de (internationale) concurrentie en op dit moment reeds de grootste duurzame investeerder zou zijn. 'Zo zetten ze de samenleving continu op het verkeerde been', aldus Cox.

Uit de interviews die in het kader van dit onderzoek met de klagers en hun advocaten in de vier casestudies zijn gehouden, kwamen soortgelijke normatieve verwachtingen van de beklagprocedure en het strafrecht naar voren. Deze maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging kunnen alleen binnen eenzelfde soort politiek-maatschappelijk context van (gepercipieerde) politieke inactiviteit en de door de maatschappelijke verdeeldheid veroorzaakte dynamiek van *framing* en *counter framing* in al hun complexiteit worden begrepen. Hoewel klagers specifieke verwachtingen hadden van de artikel 12 Sv-procedure in het bijzonder (namelijk, het uitoefenen van democratisch burgerschap) en het strafrecht als rechtsgebied in het algemeen (niet zozeer de straf, maar met name het belang van verantwoording en normbevestiging) kon deze betekenis die zij aan het strafrecht gaven namelijk niet los worden gezien van het feit dat het politieke en maatschappelijke debat in hun ogen had gefaald om de (in hun ogen) juiste conflictdefinitie en -oplossing te bieden. In de rechtszaal zou daarentegen door middel van feiten en argumenten 'het echte verhaal' kunnen en moeten worden verteld, zo merkte bijvoorbeeld een klager in de Wilders-zaak op. Dat gold ook voor de klager en advocaten in de Libor-zaak: niet alleen was er 'strafrechtelijke stont aan de knikker', ook zou de rechterlijke macht door politieke en economische machtsspelletjes heen prikken en op onafhankelijke wijze de democratische rechtsstaat tegenover 'de neoliberale ideologie' moeten beschermen.

Maatschappelijk gevoelige beklagzaken raken echter de belangen van verschillende 'publieken', welk gegeven de legitimiteitsvraag compliceert: als we legitimiteit tegen de achtergrond van de politiek-maatschappelijke interactieprocessen van *framing*- en *counter framing* begrijpen als een dialoog tussen machthebbers en verschillende publieken, tegenover welk publiek en middels welk 'vocabulaire' dient de beklagrechter dan responsief te zijn?¹¹ Van oudsher worstelt de rechterlijke macht in de strafrechtelijke context met de vraag hoe de bescherming van de verdachte te verenigen met de (emotionele) behoeften van slachtoffers en 'het publiek' dat zich daar doorgaans mee identificeert.¹² In de strafrechtelijke literatuur is daarom benadrukt dat de strafrechtelijke actoren zich telkens binnen twee registers dienen te bewegen: tussen ratio

10 De Jong 2023.

11 Zoals ook werd opworpen in de conclusie van hoofdstuk 3 van dit onderzoek.

12 Over publieke punitiviteit en de legitimiteit van strafrechtelijke actoren, zie Noyon 2021.

en emotie.¹³ In maatschappelijk gevoelige beklagzaken komen daar nog de concurrerende belangen van een verdeelde democratische samenleving bij, zodat een derde (democratisch) vocabulaire nodig is. In deze zaken kan het debat namelijk niet gereduceerd worden tot ratio of emotie, maar zien we eerder concurrerende *rationaliteiten* (de politiek-maatschappelijke strijd om de conflictdefinitie en -oplossing), welk fenomeen kenmerkend is aan elk politiek-maatschappelijk debat. Waar sommige burgers namelijk, tegen de achtergrond van een politiek-maatschappelijke context van politieke inactiviteit en de door de maatschappelijke verdeeldheid veroorzaakte framingtechnieken rekenen op het bijzondere conflictoplossende vermogen van de rechtspraak, wordt de rol en legitimiteit van de rechtspraak in dit type maatschappelijk gevoelige zaken door anderen juist kritisch bevraagd: het strafrecht zou een ineffectief middel zijn om maatschappelijke problematiek op te lossen, negatieve maatschappelijke neveneffecten veroorzaken, er alleen voor ‘echte slachtoffers’ moeten zijn en bovendien tot ‘politieke rechtspraak’ leiden.¹⁴ Tegen de achtergrond van deze legitimiteitsproblemen, die zich inmiddels over meerdere rechtsgebieden uitstrekken, is het daarom van belang dat de rechterlijke macht zich bezint op de vraag hoe zich te verhouden tot deze politiek-maatschappelijke context van politiek wantrouwen en maatschappelijke verdeeldheid.¹⁵ Dat geldt temeer omdat verschillende Europese en nationale ontwikkelingen uitwijzen dat de liberale democratie – waarin de rechterlijke macht een belangrijke zelfstandige, machtskritische rol heeft – niet altijd meer als het vanzelfsprekende samenlevingsmodel wordt gezien. In Orbán’s ‘illiberale democratie’ zijn rechters immers niets meer dan een verlengstuk van de politiek, met welke samenlevingsvorm ook Geert Wilders – op het moment van schrijven de leider van de grootste partij van ons land – sympathiseert.¹⁶

In dat verband is het opvallend dat de Raad voor de Rechtspraak tot nu toe nog geen duidelijk en overtuigend antwoord heeft geformuleerd op de democratische legitimiteitsproblemen die maatschappelijk gevoelige zaken met zich meebrengen. Via het ideaal van Maatschappelijke Effectieve Rechtspraak (MER) heeft de rechtspraak dan wel een ‘vermaatschappelijking’ doorgemaakt, MER heeft geen pretenties ten aanzien van de oplossing van maatschappelijke conflicten. Althans, dat moeten we constateren wanneer we

13 Cleiren & Hol 2013.

14 Zie de media-analyse uit hoofdstuk 3.

15 Ook in de context van algemeenbelangacties is naast het verwijt van politieke rechtspraak de (vermeende) ineffectiviteit van deze acties en het onvoldoende meewegen van de belangen van derden in het publieke debat een punt van zorg. Zie o.a. Timmer, ‘Rechter vergeet burger in klimaatzaak Shell. Meer partijen eisen toegang tot hoger beroep’, *Algemeen Dagblad* 15 maart 2023; ‘Een rechter kan de aarde niet koelen’, *NRC* 12 april 2024.

16 Voor een recent overzicht van wetswijzigingen die de Hongaarse aanval op de rechterlijke macht illustreren, zie ‘Hongaarse democratie en rechtsstaat onder druk’, eumonitor.eu; over een soortgelijke ‘populistische visie’ van de PVV op de rechtsstaat, zie Voerman & Mazzoleni 2019.

afgaan op de kritische uitspraken vanuit de Raad voor de Rechtspraak over de ontwikkeling dat allerhande maatschappelijke conflicten op het bord van de rechter terechtkomen. De rechtspraak zou geen forum voor maatschappelijk debat zijn en dat burgers het recht aanwenden om ‘van hun eigen mening de norm te maken’, daar heeft de rechtspraak last van, zo viel te lezen in Naves’ nieuwjaarslezing van 2023.¹⁷ In een visiedocument uit datzelfde jaar, gericht aan de Staatscommissie Rechtsstaat, wijst de Raad van de Rechtspraak de politiek ‘die belangrijke maatschappelijke vraagstukken laat liggen’ op haar verantwoordelijkheid.¹⁸ Dat zou ook de legitimiteit van de rechterlijke macht in dit type zaken ten goede komen: het is van belang dat de Rechtspraak niet als ‘hindermacht’ wordt gezien, maar als ‘noodzakelijke tegenmacht’. Gebeurt dat niet, dan ‘verstoort dit de balans tussen de staatsmachten’.¹⁹

Los van de vraag hoe deze uitspraken in normatieve zin beoordeeld moeten worden, zal ook de rechtspraak zich omwille van diens legitimiteit tot deze maatschappelijk gevoelige zaken moeten verhouden en niet slechts kunnen constateren dat dit type zaken eigenlijk niet thuishoort in de rechtszaal. Rechters móeten beslissen, hoe gepolariseerd het thema van de zaak ook is. En als een beslissing onvermijdelijk is, dan zullen de daaruit voortvloeiende legitimiteitsproblemen niet worden opgelost door een verwijzing naar de verantwoordelijkheid van de politiek.²⁰ Anders gezegd, de rechterlijke beslissingen dienen ook zélf voldoende rechtsstatelijk en democratisch gelegitimeerd te zijn. Dat was dan ook het uitgangspunt van dit proefschrift: maatschappelijk gevoelige beklagzaken zijn er nu eenmaal, zodat het zinniger is na te nadenken over de vraag hoe deze bijzondere categorie in al hun complexiteit te begrijpen en binnen de normatieve kaders van de liberale democratie te institutionaliseren. Zo wordt bij de normatieve theorievorming niet alleen de maatschappelijke werkelijkheid, maar ook de politieke werkelijkheid serieus genomen. Maatschappelijke problematiek, zoals ‘ecocide’, wordt door de wetgever immers steeds meer binnen het strafrecht geadresseerd.²¹ Deze vermaatschappelijking van het strafrecht – die anders dan MER niet gereduceerd kan worden tot individuele problemen en conflicten tussen twee partijen – zal er hoogstwaarschijnlijk toe leiden dat de beklagrechtter in de toekomst alleen maar meer geconfronteerd zal worden met betrokken burgers en ngo’s die deze collectieve rechtsgoederen ook daadwerkelijk strafrechtelijk beschermd willen zien. Aan de andere kant zal een eventuele strafrechtelijke vervolging voor andere burgers weer negatieve maatschappelijke neveneffecten kunnen hebben (denk bijvoorbeeld aan de gevolgen voor werknemers of aandeelhouders van een

17 ‘Nieuwjaarsrede Henk Naves’, rechtspraak.nl.

18 Rvdr 2023.

19 Rvdr 2023.

20 Hoewel die terechtwijzingen, gezien het recente hoofdlijnenakkoord, volkomen begrijpelijk zijn.

21 Wetsvoorstel strafbaarstelling ecocide (*Kamerstukken II 2023/24*, 36475, nr. 3).

vervuilend bedrijf). Misschien leiden deze concurrerende maatschappelijke belangen er inderdaad toe dat een maatschappelijk debat de rechtszaal wordt binnengehaald, zoals dat heel duidelijk gebeurde in de eerste Wilders-zaak, maar dat debat mag niet bij voorbaat worden gladgestreken met een beroep op 'politieke rechtspraak' of verwachte negatieve gevolgen voor de (empirische) legitimiteit van de rechterlijke macht. In het strafrecht is het algemeen belang namelijk ook een in de wet neergelegd *normatief* criterium waarover inhoudelijke discussie dient te worden gevoerd, alvorens op grond daarvan tot vervolging kan worden besloten.

Dit conclusiehoofdstuk over het feitelijke en normatieve conflictoplossende vermogen van de artikel 12 Sv-procedure in maatschappelijk gevoelige zaken moet daarom aan de ene kant begrepen worden tegen de achtergrond van het meer algemene fenomeen dat burgers via de rechtspraak een uitweg zoeken voor maatschappelijke conflicten en de legitimiteitsproblemen die dat voor de rechterlijke macht oplevert. Aan de andere kant zal echter aandacht moeten zijn voor het specifieke karakter van de strafrechtspleging. Algemeenbelangacties, zoals de Urgenda-zaak, verschillen namelijk op een belangrijk punt van maatschappelijk gevoelige artikel 12 Sv-zaken: alleen de laatste fungeren ook als een correctiemiddel op de machtspositie van het Openbaar Ministerie aan wie de definitiemacht rondom het algemeen belang in de Nederlandse strafrechtspleging in beginsel is toebedeeld. Nu de vraag naar legitimiteit in de kern betrekking heeft op de wijze van machtsuitoefening, verdient de legitimiteitsvraag in de strafrechtelijke context daarom een aparte behandeling. De democratische legitimiteitsproblemen die vervolgingsbeslissingen in maatschappelijk gevoelige beklagzaken kunnen veroorzaken, hebben natuurlijk niet alleen betrekking op de relatie tussen de rechterlijke macht en de wetgever, maar ook op de relatie tussen het OM en de rechterlijke macht. Het is de vraag of ons van oudsher professioneel ingerichte strafrechtspleging, waar de democratische legitimiteit van het Openbaar Ministerie afgeleid wordt van het parlement, nog wel een overtuigend antwoord biedt op een politiek-maatschappelijke werkelijkheid waar burgers met deze vorm van democratische legitimatie geen genoegen nemen en het algemeen belang via de gang naar de rechter voorwerp maken van democratische strijd. Doorheen de voorgaande hoofdstukken werd het algemeen belang, dat inherent is aan het opportuniteitsbeginsel, al meerdere malen geproblematiseerd: het is niet hetzelfde als het belang van allen²² en, om met De Lange te spreken, eigenlijk gewoon een 'uitermate vaag criterium'.²³ De (normatieve) democratische legitimiteitsproblemen spelen daarom vooral in maatschappelijk gevoelige zaken waar de opportuniteitsvraag beantwoord moet worden: wie bepaalt uiteindelijk, en op welke grond, wanneer een vervolging in het belang is van een democratische samenleving met concurrerende maatschappelijke belangen? In deze zaken is de opportuniteits-

22 Braeckman 2012.

23 De Lange 2009, p. 480; De Lange 2021.

vraag in de kern een politieke vraag over de wijze van de institutionalisering van een maatschappelijk conflict, zoals we dat duidelijk zagen in de Wilderszaak. Waar het hof en een deel van de samenleving de strafprocedure de geëigende uitweg voor dit conflict vond, zagen het OM en andere leden van deze samenleving meer heil in het maatschappelijke en politieke debat. Een van de hoofdbevindingen van dit proefschrift is daarom dat maatschappelijk gevoelige beklagzaken aanleiding geven opnieuw na te denken over de (wijze van) bepaling van het algemeen belang bij de vervolgingsbeslissing en daarmee, over de vraag hoe deze vervolgingsbeslissingen in ons van oudsher professioneel ingerichte strafrechtspleging in deze tijd op overtuigende wijze democratisch te legitimeren.

7.2 BEANTWOORDING CENTRALE ONDERZOEKSVRAAG: PLAN VAN AANPAK

De hierboven besproken strijd om het algemeen belang via het strafrecht en de daaruit voortvloeiende democratische legitimiteitsproblemen voor de rechterlijke macht betekenen natuurlijk niet dat individuele belangen hierin niet nog steeds (feitelijk) een belangrijke rol spelen of dat er in normatieve zin niet voor moet worden gewaakt dat voldoende gewicht wordt toegekend aan het individuele belang van de beklaagde (of later: de verdachte) tot rechtsbescherming. Dit belang van *rechtsstatelijke* legitimatie van vervolgingsbeslissingen geldt uiteraard ook voor het type zaken dat in dit proefschrift is onderzocht. Ook is het zeker niet zo dat wordt betoogd dat bekende algemene sociologische analyses over 'de tijd van het slachtoffer' of *the culture of control* geen enkele gelding meer hebben: in voorgaande hoofdstukken is namelijk telkens het *bijzondere* karakter van de onderzochte beklagzaken benadrukt, Wél betekent het dat we niet alle maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging *uitsluitend* moeten begrijpen (of herdefiniëren) in termen van individuele belangen, om ze vervolgens slechts in die hoedanigheid te normeren. Om deze empirische en normatieve blinde vlekken te vermijden, onderzocht dit proefschrift het conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure vanuit empirisch en normatief perspectief. Daarbij stond de volgende vraag centraal:

Welke bijdrage levert en zou de artikel 12-Sv-procedure, gezien vanuit de normatieve uitgangspunten van rechtsstatelijke en democratische legitimiteit, moeten leveren aan de oplossing van maatschappelijk gevoelige conflicten?

Deze vraag naar het feitelijke en normatieve conflictoplossende vermogen van de artikel 12 Sv-procedure in maatschappelijk gevoelige zaken bestaat uit een empirische en een normatieve component (respectievelijk: 'levert' en 'zou moeten leveren'). Het empirisch onderzoek heeft echter uitgewezen dat nog een derde component uit de vraagstelling van belang is voor zowel de beant-

woording van het empirische als het normatieve gedeelte daarvan. Namelijk, 'de oplossing van maatschappelijk gevoelige conflicten'. Want over welk en wiens conflict hebben we het eigenlijk? En wie zou dat moeten bepalen? Zijn maatschappelijk gevoelige zaken te karakteriseren als een strijd om slachtoffer-schap, als te hooggespannen verwachtingen rondom maatschappelijke conflicten en probleemoplossing of gaat het gewoon om een juridisch op te lossen rechtsvraag die toevallig een politieke dimensie heeft? Vanwege de maatschappelijke definitiestrijd die maatschappelijk gevoelige beklagzaken met zich meebrengen zijn klassieke en recente rechtsfilosofische theorieën en positivistische sociaalwetenschappelijke perspectieven hier niet als uitgangspunt gekozen. Zowel de rechtsfilosofische vraag naar de rechtvaardiging van straffen (het eeuwenoude debat over strafdoelen) als de meer instrumentele vraag naar effectieve conflictoplossing in het strafrecht gaat immers voorbij aan het gegeven dat niet alleen de gewenste oplossing, maar ook de omvang en definitie van het op te lossen conflict voorwerp kunnen zijn van maatschappelijke strijd.

Voor het empirische gedeelte van dit onderzoek is daarom gekozen voor een meer sociologische invalshoek, die ons met aandacht voor de politiek-maatschappelijke interactieprocessen in staat stelt om deze relatief nieuwe maatschappelijke functie van de artikel 12 Sv-procedure in al zijn complexiteit te kunnen begrijpen.²⁴ Aan de hand van deze empirische analyse kan vervolgens de normatieve vraag beantwoord worden in hoeverre deze maatschappelijke aanspraken een uitweg kunnen vinden, op zo'n manier dat de vervolgingsbeslissing van de raadsheren zowel rechtsstatelijk als democratisch gelegitimeerd is. Deze aanpak – eerst empirische analyse, daarna normatieve evaluatie – wil natuurlijk niet zeggen dat de empirische analyse, zoals die in voorgaande hoofdstukken is uitgevoerd, niet werd ingegeven door normatieve theorieën, zonder welke het onmogelijk zou zijn relevante empirische vragen te stellen in de strafrechtelijke context waarbinnen de artikel 12 Sv-procedure opereert. Zo werd in het tweede (theoretische) hoofdstuk al duidelijk dat maatschappelijk gevoelige artikel 12 Sv-zaken vanwege de onderliggende maatschappelijke conflicten democratische legitimiteitsproblemen kunnen oproepen, omdat de samenleving verdeeld is over de wijze van institutionalisering van deze maatschappelijke conflicten. Om deze democratische legitimiteitsproblemen beter te kunnen begrijpen en daarmee uiteindelijk van een overtuigender normatief antwoord te kunnen voorzien, werd inspiratie geput uit Rosanvallon's democratietheorie, waarin gepoogd wordt de democratie en democratische legitimiteit zo te conceptualiseren dat deze ook buiten het parlement kunnen worden gedacht. De in hoofdstuk 3 besproken media-analyse bouwde vervolgens weer voort op deze democratietheorie die het

24 Over het belang van de *maatschappelijke betekenis* van de strafrechtspleging en het probleem dat de strafrechtsfilosofie en de positivistische sociaalwetenschappelijke benadering daaraan voorbijgaan, zie Garland 1991.

belang van zowel empirisch als normatief onderzoek benadrukt: maatschappelijke conflicten dienen eerst op empirische wijze zichtbaar te worden gemaakt, alvorens ze op normatieve wijze kunnen worden geïnstitutionaliseerd. Uit de media-analyse bleek dat deze benadering ons inderdaad hielp de uit de geselecteerde maatschappelijk gevoelige beklagzaken voortkomende democratische legitimiteitsproblemen beter te begrijpen en te normeren dan de statische empirische en normatieve opvattingen van legitimiteit. Ook andere besproken theorieën – bijvoorbeeld die over procedurele rechtvaardigheid, over *legal framing* en over *penal populism* en *penal elitism* – dienden steeds als *sensitizing concepts* om de hier onderzochte ventiefunctie vanuit een meer *bottom up*-perspectief te kunnen begrijpen, en daarmee in normatieve zin uiteindelijk ook beter te kunnen evalueren. De normatieve theorievorming zal dan immers empirisch gefundeerd zijn.

Doorheen alle voorgaande hoofdstukken vond omwille van een responsieve normatieve theorievorming dus steeds een wisselwerking plaats tussen empirische vragen over de maatschappelijke betekenis van de strafrechtspleging en de normatieve vraag naar een rechtsstatelijke en democratische legitimatie van de vervolgingsbeslissing. Nu de hoofdvraag alle tot nu toe gevormde empirische en normatieve gezichtspunten beoogt samen te brengen, maar uit meerdere lagen bestaat, zal deze stapsgewijs worden beantwoord. Paragraaf 7.3 vat achtereenvolgens de belangrijkste empirische en normatieve bevindingen uit voorgaande hoofdstukken samen, waarna een synthese volgt om daarmee de hoofdvraag over het feitelijke en normatieve conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure te kunnen beantwoorden. Daarbij moet alvast worden opgemerkt dat het antwoord daarop op dat punt nog niet gegeven is. Hoewel in paragraaf 7.4 duidelijk zal worden dat het feitelijke conflictoplossende vermogen van de artikel 12 Sv-procedure in maatschappelijk gevoelige zaken afhankelijk is van drie factoren, zullen de normatieve grenzen van rechtsstatelijke en democratische legitimatie waarbinnen de verschillende maatschappelijke aanspraken een uitweg moeten vinden in dit hoofdstuk nog verder moeten worden uitgewerkt. Die verdiepende normatieve analyse is het onderwerp van paragraaf 7.5. Daarin worden drie normatieve perspectieven onderscheiden die alle van belang zijn voor beantwoording van het normatieve gedeelte van de hoofdvraag, hoewel ze, zo zal duidelijk worden, niet in alle typen maatschappelijk gevoelige artikel 12- Sv-zaken hoeven te worden langsgelopen.

Het eerste normatieve perspectief onderzoekt de hier onderzochte maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging vanuit een klassiek constitutioneel/institutioneel perspectief, dat onder strafrechtswetenschappers vaak gebruikt wordt als uitgangspunt om legitimiteitsvragen te onderzoeken en te beantwoorden. Het legitimiteitsvraagstuk wordt volgens dit eerste normatieve perspectief gezien vanuit de functies van de artikel 12 Sv-procedure en de bevoegdheidsverdelingen tussen staatsmachten die daaraan ten grondslag liggen. Het tweede en derde perspectief beschouwt het legitimiteitsvraagstuk

vanuit rechts- en politiekfilosofisch perspectief: de maatschappelijke aanspraken op de beklagprocedure zullen worden afgezet tegen respectievelijk de normatieve idealen van een liberale en een democratische handhaving van de rechtsorde. Deze analyse richt zich daarom op de filosofische grondslagen van de 'hoofdbevoegdheid' van het OM tot de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, welke taak in de beklagprocedure ook aan de raadsheren toekomt. Uit deze normatieve analyse zal blijken dat de vervolgingsbeslissing in het geval van maatschappelijk gevoelige beklagzaken middels een liberaal en democratisch vocabulaire zowel op rechtsstatelijke als democratische wijze gelegitimeerd kan worden. Hoewel er spanningen tussen beide vormen van legitimatie kunnen bestaan, komen zij beide toe aan belangrijke maatschappelijke behoeften én normatieve uitgangpunten in een liberale democratie, die hier zullen worden aangeduid als private en publieke autonomie. Daarvoor is echter wel nodig een aanvullend democratisch vocabulaire te formuleren, nu de Nederlandse strafrechtspleging – en daarmee de bevoegdheid tot 'de handhaving van de rechtsorde' – van oudsher vooral in liberale termen is begrepen. Paragraaf 7.6 sluit af met de vraag wat deze synthese van de empirische en normatieve bevindingen meer concreet zou kunnen betekenen voor de praktijk. Daarbij wordt aandacht besteed aan de wetgever (die blijkens de verhandelingen voorafgaand aan het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering geen aandacht lijkt te hebben gehad voor het in dit proefschrift onderzochte 'derde hoofdstuk'), de Raad voor de Rechtspraak (die zich met name gedetailleerd heeft uitgelaten over conflictoplossing op microniveau, maar een minder uitgedachte en genuanceerde visie lijkt te hebben wat betreft conflicten op macroniveau), de opstelling van individuele raadsheren (die zich onvermijdelijk tot maatschappelijk gevoelige artikel 12 Sv-zaken dienen te verhouden, maar nog niet ten aanzien van alle type zaken een overtuigend antwoord klaar lijken te hebben), en de opstelling van het Openbaar Ministerie (waarvan het de vraag is of die het algemeen belang niet dreigt te 'verstenen').

7.3 SYNTHESE HOOFDSTUKKEN

7.3.1 Hoofdstuk 2. De ventielfunctie van de beklagprocedure. Het democratisch potentieel van artikel 12 Sv

Het eerste theoretische hoofdstuk introduceerde een conceptueel onderscheid tussen drie hoofdstukken van de artikel 12 Sv-procedure. Daarmee werd de te bestuderen ventielfunctie in grove lijnen geschetst met het doel deze te onderscheiden van de andere twee functies (de oorspronkelijke publieke en private functie). Aan de hand van deze conceptuele analyse konden in het vervolgonderzoek relevante empirische en normatieve vragen worden gesteld. Waar het eerste en tweede hoofdstuk van de artikel 12-procedure respectievelijk toekwamen aan de bescherming tegen willekeurige vervolgingsbeslissingen

van het Openbaar Ministerie en de private belangen van klagers, illustreert het derde hoofdstuk de behoefte van burgers aan een publieke ruimte waarin plaats is voor een 'kritische discussie' omtrent de strafrechtelijk te beschermen belangen. Hoewel de machtskritische functie van de artikel 12-procedure lange tijd op de achtergrond was geraakt, zodat de procedure vooral private belangen van klagers/slachtoffers diende, treedt deze machtskritische functie nu op andere wijze opnieuw op de voorgrond. Daarbij lijkt de procedure niet alleen een kritiek op de machtspositie van het Openbaar Ministerie te zijn, maar ook meer in het algemeen gezien te worden als een ventiel voor maatschappelijke onvrede die onvoldoende uitweg vindt via de politiek. De drie hoofdstukken illustreren dat de aanspraken die op de artikel 12-procedure worden gemaakt telkens een belangrijke les vormen om naar het karakter en de legitimiteit van de strafrechtspiegeling te kijken. Waar de *ultimum remedium*-gedachte tot uitdrukking bracht dat toch vooral terughoudend met het strafrecht moest worden omgegaan en slachtoffers vervolgens hoogstens via de procedure 'gezien en erkend' werden, verwachten kritische burgers nu een positieve, maatschappelijke bijdrage van de strafrechter. Hoewel betoogd kan worden dat de artikel 12 Sv-procedure via het mogelijk maken en institutionaliseren van maatschappelijke conflicten een belangrijk democratisch potentieel heeft, staat de beklagrecht hierbij voor een lastige opdracht, omdat ook het eerste en tweede hoofdstuk nog het karakter van het strafrecht bepalen. Het derde hoofdstuk van de beklagprocedure roept dan ook nieuwe democratische legitimatieproblemen op, omdat van de beklagrecht wordt verwacht dat deze spreekt in naam van de samenleving die in feite conflicterende verwachtingen van het strafrecht heeft.

Deze analyse is een bruikbaar kader gebleken voor verder onderzoek naar de wisselwerking tussen normatieve en empirische vragen betreffende de legitimiteit van de rechtspraak in het geval van klachten tegen niet-vervolgging in maatschappelijk gevoelige zaken. Want, wat zijn precies die maatschappelijke aanspraken van zowel klagers als het grotere publiek in artikel maatschappelijk gevoelige 12 Sv-procedures? En hoe zijn die maatschappelijke aanspraken te verenigen met de normatieve vraag naar de plaats van het strafrecht in de democratische rechtsorde? Die plaats is misschien telkens aan verandering onderhevig, maar kan nooit volledig met de feitelijke aanspraken van de samenleving samenvallen. Het hoofdstuk eindigt daarom met de oproep tot het doen van verder empirisch en normatief onderzoek dat het samenspel tussen deze empirische en normatieve vragen, in het licht van een meer dynamische en bredere democratieconceptie, zou kunnen verhelderen.

7.3.2 Hoofdstuk 3. Democratische legitimiteit als dialoog

Nadat de empirische en normatieve focus van het onderzoek werd bepaald, richtte het derde hoofdstuk zich op het concept democratische legitimiteit,

uitgedacht binnen de context van maatschappelijk gevoelige artikel 12 Sv-zaken. Aan de hand van een media-analyse werd dit concept vanuit een meer *bottom up*-perspectief geconstrueerd, waarbij recente theoretische debatten rondom het thema legitimiteit richting gaven. Legitimiteit wordt veelal benaderd vanuit ofwel een empirisch ofwel een normatief perspectief. De empirische benadering richt zich op de acceptatie van staatsmacht, waarmee het concept legitimiteit in wezen in de psyche van de individuele burger wordt geplaatst. Normatieve theorieën richten zich niet op het perspectief van de burger en diens subjectieve ervaringen, maar op de rechtvaardiging van staatsmacht via rationeel vast te stellen funderende principes (bijvoorbeeld de trias politica). Het probleem met beide theorieën is dat zij abstraheren van de politiek-maatschappelijke context: de empirische benadering plaatst legitimiteit in het hoofd van de burger en de normatieve benadering in objectieve a priori-criteria. Tegenover deze twee statische benaderingen van legitimiteit, die ofwel een uitsluitend empirisch ofwel een uitsluitend normatief perspectief innemen, werd in dit hoofdstuk betoogd dat een in de literatuur opgeworpen derde benadering (legitimiteit als dialoog) in de context van dit onderzoek het meest vruchtbaar is. Volgens deze benadering is legitimiteit een historisch en politiek construct waarbij de constante dialoog tussen meerdere ‘publieken’ en machthebbers centraal staat. Dat betekent dat legitimiteit geen statisch begrip is en steeds afhankelijk zal zijn van de specifieke politiek-maatschappelijke context, die dan ook op empirische wijze bestudeerd zal moeten worden alvorens over te gaan tot normatieve vragen. Alleen op die manier kunnen de legitimiteitsproblemen in maatschappelijk gevoelige zaken in al hun complexiteit worden begrepen, waarna ze van een overtuigender normatief antwoord kunnen worden voorzien.

De media-analyse – die zich richtte op de Martijn-zaak, de Libor-zaak, de Wilders-zaak en de zaak-Henriquez – illustreerde het belang van deze dialogische benadering: uit een systematische analyse van de maatschappelijke definitiestrijd die de vier onderzochte maatschappelijk gevoelige artikel 12 Sv-zaken met zich meebrachten bleek dat deze van invloed kan zijn op zowel het empirische als normatieve oordeel over democratische legitimiteit. Wat betreft de empirische component werden vijf categorieën conflictdefinities onderscheiden, die alle als de-legitimatiestrategieën konden dienen. Die vijf categorieën (of *frames*) herdefinieerden de door klagers beoogde strafrechtelijk op te lossen conflicten in termen van private gevoelens, maatschappelijke identiteiten, alternatieve normatieve kaders (zoals ethische of beroepsmatige), maatschappelijke conflicten en maatschappelijke problemen. De media-analyse ondersteunde daarom het belang van de in de literatuur opgeworpen legitimiteitsopvatting als dialoog, waarin zowel de maatschappelijke interactieprocessen tussen verschillende ‘publieken’ als de institutionalisering daarvan door verschillende machthebbers een plaats hebben.

Na de vaststelling dat de conceptualisering van democratische legitimiteit als dialoog tussen de verdeelde democratische samenleving en machthebbers

ons in staat stelde legitimitieitsproblemen in maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken beter te begrijpen, werd vervolgens de normatieve vraag behandeld welke conflictdefinities op democratische wijze een uitweg zouden kunnen vinden binnen de normatieve kaders van de strafrechtspleging. Daarbij werd opnieuw inspiratie geput uit de democratietheorieën van Rosanvallon en Lefort, welke denkers de moderne democratie als de institutionalisering van maatschappelijke conflicten begrijpen. Of anders gezegd, als de samenleving die zichzelf institutionaliseert. Waar Lefort zich richtte op het parlement als mediërende institutie, heeft Rosanvallon betoogd dat de transformatie van een feitelijk verdeelde samenleving naar een symbolische politieke gemeenschap ook door andere instituties, zoals de rechtspraak, kan plaatsvinden. Aan de hand van deze inzichten kon vervolgens de normatieve vraag naar democratische legitimiteit in het geval van de institutionalisering van maatschappelijke conflicten door de raadsheren en (uiteindelijk) de strafrechter behandeld worden. Daarbij werd duidelijk dat de rechterlijke macht zich ook ten aanzien van de oplossing van het *strafrechtelijke* conflict onvermijdelijk geconfronteerd kan zien met politieke vragen, omdat deze zich bij de interpretatie van het recht kan moeten uitlaten over de politieke identiteit van een gemeenschap.²⁵ Dat zagen we duidelijk in de eerste Wilders-zaak, die in dit hoofdstuk dan ook als voorbeeld werd aangehaald. Het hoofdstuk eindigt met het mogelijke democratisch potentieel van de artikel 12 Sv-procedure. Rosanvallon en Lefort benadrukken immers dat de samenleving zichzelf in een democratie middels 'mediërende instituties' institutionaliseert. Die mediërende instituties zijn niet beperkt tot het parlement; het zou bijvoorbeeld ook de rechter kunnen zijn die binnen de gegeven normatieve kaders de feitelijke verdeelde samenleving tot politieke gemeenschap transformeert. Maar willen deze mediërende instituties democratisch gelegitimeerd zijn, dan is het wel van belang dat alle legitieme conflicten daarin zichtbaar worden, voordat de institutionalisering daarvan plaatsvindt. Het hoofdstuk eindigt dan ook met de vraag of het in dit hoofdstuk besproken legitimitieitsconcept als dialoog tussen machthebbers en de verdeelde samenleving in de praktijk in de rechtszaal kan worden waargemaakt.

7.3.3 Hoofdstuk 4. Wilders 1: democratische legitimiteit als dialoog getest

Op deze vraag naar de mogelijkheid van het in hoofdstuk 3 naar voren gebrachte legitimitieitsconcept als dialoog bouwt de media-analyse over de eerste Wilders-zaak voort. De op de artikel 12 Sv-procedure volgende strafzaak was in het voorgaande hoofdstuk immers nog geen onderwerp van de media-analyse, terwijl die natuurlijk wel relevant is voor een studie naar het conflict-

25 Zie over het inherent politieke karakter van rechtspraak ook Helmich 2022.

oplossende vermogen van de beklagprocedure: de raadsheren en klagers beogen namelijk bij toewijzing van de klacht een conflict met een bepaalde omvang 'door te geven' aan de strafrechter. De eerste Wilders-zaak illustreerde echter dat de gang van zaken in de strafzaak het conflictoplossende vermogen van de artikel 12 Sv-procedure teniet kan doen. In deze zaak drong het maatschappelijk debat de rechtszaal binnen en werd de 'definiërmacht' van klagers (juridisch) onmogelijk gemaakt, zodat de door hen en het hof beoogde transformatie van het maatschappelijke naar het strafrechtelijke conflict niet kon plaatsvinden, of althans, niet op de manier zoals zij die zich hadden voorgesteld. In plaats van de oplossing van het door hen gedefinieerde strafrechtelijke conflict, bleek de rechtbank geen regie te kunnen houden en kregen klagers binnen en buiten de rechtszaal weinig ruimte hun conflictdefinitie naar voren te brengen. In de mediaberichtgeving zagen we dezelfde dynamiek van *framing* en *counter framing* zoals deze in hoofdstuk 3 naar voren kwam: klagers zouden zich in emotioneel slachtofferschap wentelen (private gevoelens); het beeld van moslims tegenover de 'autochtone Nederlander' zou weer worden aangewakkerd (maatschappelijke identiteiten); Wilders' uitspraken zouden slechts onfatsoenlijk zijn (alternatieve normatieve kaders); de inzet van het strafrecht zou de polarisatie alleen maar versterken (maatschappelijke conflicten); en zou de problemen met de multiculturele samenleving niet oplossen, net als de door deze zaak veroorzaakte 'gezagscrisis' van de rechterlijke macht (maatschappelijke problemen). Als gevolg van deze maatschappelijke dynamiek bleef het in de media vaak onduidelijk waar deze zaak toe diende. Maar omdat de maatschappelijke dynamiek van *framing* en *counter framing* ook de rechtszaal binnendrong, raakte het strafrechtelijk op te lossen conflict niet alleen buiten, maar ook binnen de rechtszaal ondergesneeuwd: Wilders beriep zich op zijn zwijgrecht en kreeg daarbij weinig tegengas van de rechtbank, het OM vroeg om vrijspraak en klagers kregen nauwelijks ruimte om daartegenover het strafrechtelijke conflict in al zijn complexiteit naar voren te brengen.

Deze gang van zaken plaatste het in het voorgaande hoofdstuk geïntroduceerde legitimiteitsconcept als dialoog in perspectief: van een dialoog tussen klagers en de strafrechtelijke autoriteiten was maar beperkt sprake, terwijl de strafrechtelijke autoriteiten vooral in dialoog met andere publieken leken te treden (bijvoorbeeld via de wraking van de rechtbank, diens opstelling tegenover Wilders en de klagers, en de vrijspraak van het OM). De strijd om conflictdefinities en definiërmacht, die ook kan doorwerken in de rechtszaal, is daarom relevant gebleken voor de vraag welke bijdrage de artikel 12 Sv-procedure *levert* aan de oplossing van maatschappelijk gevoelige conflicten: want over wélk conflict en wiens conflict hebben we het dan? Wanneer de eerste Wilders-zaak namelijk besproken wordt in termen van maatschappelijke conflict- of probleemoplossing, dan zou men de opvatting kunnen zijn toegedaan dat deze zaak geen enkele zin heeft gehad en slechts escalatie, maatschappelijke verdeeldheid en nodeloze reputatieschade voor de rechterlijke macht heeft opgeleverd. Dat was (en is) dan ook een veel gehoorde opvatting,

die ook bij de tweede Wilders-zaak weer veelvuldig in de media en literatuur werd geuit. Toch is het van belang open te staan voor alternatieve perspectieven op de strafrechtspleging, die in de media en de literatuur misschien geen of weinig aandacht hebben gehad, zodat voorkomen wordt dat in de normatieve evaluatie legitieme conflicten over machtsuitoefening buiten beeld blijven.

7.3.4 Hoofdstuk 5. Dialoogpartners aan zet 1: klagers

Omdat de media en de literatuur vooral óver klagers en hun vermeende maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging spraken, richtte dit hoofdstuk zich op de gesprekken die mét deze klagers en hun advocaten zijn gehouden. Het hoofdstuk conceptualiseert de maatschappelijke aanspraken van klagers op de strafrechtspleging – die middels framing-technieken veelal werden gedelegeerd door ze te herdefiniëren – als democratische aanspraken. Die democratische aanspraken kunnen we categoriseren langs vier elementen die als bouwstenen kunnen fungeren voor een alternatief democratisch vocabulaire om de in de vorige hoofdstukken besproken democratische legitimiteitsproblemen in een nieuw perspectief te plaatsen: 1) de democratische strijd over wie wij zijn en willen zijn als samenleving kan ook via het strafrecht worden gevoerd (het bevragen van politieke macht); 2) deze controle op de macht van het Openbaar Ministerie vereist kritische discussie in de rechtszaal (het naar voren brengen van een alternatieve uitoefening van deze politieke macht); 3) bovendien vereist die controle participatie als burger (niet als emotioneel slachtoffer), en deliberatie en responsiviteit ten aanzien van het strafrechtelijke (en niet het maatschappelijke) conflict (de mogelijkheidsvoorwaarden voor de uitoefening van democratisch burgerschap via de rechtszaal; 4) door het oppikken van de maatschappelijk gevoelige zaken door andere machthebbers en leden van de samenleving heeft de artikel 12 Sv-procedure ook een belangrijke *maatschappelijke* functie voor de democratische samenleving.

Uit de casestudies blijkt dat deze democratische aanspraken op de strafrechtspleging niet alleen door de media en de literatuur niet als zodanig zijn geconceptualiseerd, maar dat zij ook in de rechtszaal niet als zodanig werden erkend, terwijl daar in normatieve zin wel ruimte voor zou zijn. In navolging van het door Loader en Sparks naar voren gebrachte emancipatoire wetenschapsideaal van de *democratic underlabourer* roept dit hoofdstuk op tot een doordenking van het hierboven geconstrueerde democratische vocabulaire. De empirische bevindingen zouden ons namelijk kunnen helpen niet alleen een tegenwicht te bieden tegen *penal populism* – tegen welke achtergrond het internationale debat met name plaatsvindt – maar ook om de verhouding tussen onze van oudsher professioneel ingerichte strafrechtspleging en de democratische samenleving op een kritische, maar constructieve manier te denken. De maatschappelijke aanspraken van de klagers in de onderzochte casestudies zouden daarom aanleiding kunnen geven om na te denken over

een meer democratisch alternatief voor een strafrechtspleging waar men in Nederland van oudsher erg zuinig is geweest met het inbrengen van democratische elementen. Dat kwam voort uit de erkenning van het gevaar van het anti-rechtsstatelijke *penal populism*, maar dreigt om te slaan naar het anti-democratische *penal elitism*. Het hoofdstuk sluit daarom af met de normatieve vraag hoe dit democratische vocabulaire zich verhoudt en zou moeten verhouden tot het liberale vocabulaire waarbinnen de normatieve grondslagen van de strafrechtspleging van oudsher zijn gedacht.

7.3.5 Hoofdstuk 6. Dialoogpartners aan zet 2: raadsheren

Het laatste hoofdstuk richt zich op de taak- en legitimiteitsopvattingen van de raadsheren, welk perspectief eveneens relevant is voor de empirische vraag welke bijdrage de artikel 12 Sv-procedure levert aan de oplossing van maatschappelijk gevoelige conflicten. Het zijn immers de raadsheren die uiteindelijk de omvang van het op te lossen conflict bepalen en deze institutionaliseren binnen de normatieve kaders waarbinnen zij (denken te) opereren. Uit de focusgroepen bleek dat de raadsheren de bijzondere categorie maatschappelijk gevoelige zaken erkennen en deze conflictdefinitie laten doorwerken in hun taakopvatting: bij conflicten op microniveau (tussen twee partijen) kiezen ze voor een responsieve opstelling, terwijl ze zich autonoom opstellen naarmate het conflict politieker wordt. Wanneer hen echter gevraagd werd naar legitimiteitsopvattingen noemden zij waarborgen die voor beide categorieën zaken gelden: het goed uitleggen van de beslissing en de bejegening ter zitting. Uit de opmerkingen over de gevolgen van deze waarborgen voor de acceptatie en rechtvaardiging van staatsmacht blijkt dat de raadsheren in ieder geval niet de in hoofdstuk 2 geïntroduceerde legitimiteitsopvatting als dialoog hanteren. Eerder hanteren ze de meer statische empirische en normatieve opvattingen waarvoor in dit onderzoek juist een alternatief naar voren werd gebracht om de legitimiteitsproblemen in maatschappelijk gevoelige zaken beter te kunnen begrijpen, en daarmee van een overtuigender normatief antwoord te kunnen voorzien. De verdeeldheid in de samenleving is voor de raadsheren immers slechts in zoverre relevant dat de beslissing via een persbericht (nog) beter moet worden uitgelegd. Dat bij die beslissing soms keuzes moeten worden gemaakt wordt wel erkend, maar niet (of nauwelijks) dat ook binnen de ruimte van het recht *politieke* keuzes aan de orde kunnen komen over hoe een maatschappelijk gevoelig conflict moet worden geïnstitutionaliseerd. Anders gezegd, politieke keuzes worden als juridische keuzes gezien zonder het politieke conflict te willen betrekken in het oordeel. Ook blijkt uit deze taak- en legitimiteitsopvattingen dat de raadsheren aan de strafrechtspleging niet dezelfde democratische betekenisgeving toekennen als de klagers die in de casestudies naar voren kwamen. In plaats van zorgen over de verdeelde democratische samenleving en de politieke vragen die de institutional-

sering daarvan voor de rechterlijke macht met zich mee kunnen brengen, definiëren ze hun taak- en legitimiteitsopvatting binnen liberale kaders waarbinnen zij zich als neutrale staatsmacht tegenover individuen verhouden: de raadsheren leggen de wet goed uit, hechten belang aan procedurele rechtvaardigheid en verschillende vormen van conflictoplossing op microniveau (de verwijzing naar de *mediation*bureaus of het civiele recht). De artikel 12 Sv-procedure wordt door de raadsheren daarom vooral in liberale termen gevat (respecteren van procedurele waarborgen en een neutrale uitleg van de wet) zodat ze de in het vorige hoofdstuk besproken democratisch tekort van de strafrechtspleging in dit type zaken (het spreken in naam van een verdeelde samenleving via de rechterlijke beslissing) niet problematiseren.

7.4 BEANTWOORDING EMPIRISCHE DEELVRAAG

Hoewel de democratische legitimiteitsproblemen door de raadsheren vanwege hun liberale karakterisering van de strafrechtspleging niet worden geproblematiseerd, kwamen uit de gesprekken drie typen maatschappelijk gevoelige artikel 12 Sv-zaken naar voren die deze legitimiteitsproblemen van nuance voorzien. De drie type maatschappelijk gevoelige zaken zijn de volgende:

- 1) zaken waar geen strafrechtelijk aanknopingspunt is, maar waar de artikel 12 Sv-procedure (uitsluitend) als politiek forum wordt gebruikt;
- 2) zaken die kunnen worden gereduceerd tot een conflict op microniveau; en
- 3) zaken waar wat betreft de haalbaarheid en opportuniteit discussie mogelijk is, maar waar de samenleving vanwege conflicterende belangen verdeeld is over de vraag of dit conflict in het strafrecht een uitweg moet vinden.

De door de raadsheren gebezigde legitimiteitsopvatting biedt via hun liberale karakterisering van de strafrechtspleging wel een antwoord op de eerste twee categorieën (via de wet en de bejegening), maar niet op de democratische legitimiteitsproblemen in de zaken waar dit onderzoek zich met name op richtte. Deze democratische legitimiteitsproblemen – van deze pas in hoofdstuk 6 geïntroduceerde *subcategorie* van de meer algemene categorie maatschappelijk gevoelige artikel 12 Sv-zaken – vereisen een alternatief democratisch vocabulaire waarnaar doorheen alle hoofdstukken werd gezocht, maar die in de normatieve analyse verder zal moeten worden uitgewerkt. Wel kan met behulp van de voorgaande analyse een antwoord worden gegeven op de empirische deelvraag. Uit het empirisch onderzoek komen immers drie factoren naar voren die beïnvloeden welke bijdrage art 12 *levert* aan de oplossingen van maatschappelijk gevoelige conflicten:

- 1) De maatschappelijke definitiestrijd en hoe dit maatschappelijk debat doorwerkt in de rechtszaal en de opstelling van de strafrechtelijke autoriteiten (zoals besproken in hoofdstuk 3 en 4).
- 2) De democratische aanspraken van de in de casestudies onderzochte klagers en hun advocaten op de strafrechtspleging, welke aanspraken binnen en buiten de rechtszaal niet als 'democratisch' zijn geconceptualiseerd (zoals besproken in hoofdstuk 5).
- 3) De liberale taak- en legitimiteitsopvatting van de raadsheren, waardoor democratische legitimiteitsproblemen in de derde subcategorie van maatschappelijk gevoelige beklagzaken niet worden gezien en daarom onvoldoende overtuigend worden beantwoord (zoals besproken in hoofdstuk 6).

7.5 NORMATIEVE PERSPECTIEVEN: EEN LIBERALE ÉN DEMOCRATISCHE STRAFRECHTSPLEGING?

Nadat deze empirische bevindingen ons in staat stelden het feitelijke conflict-oplossende vermogen van de beklagprocedure in het geval van maatschappelijk gevoelige zaken beter te begrijpen, zal nu het normatieve conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure onderzocht moeten worden. Zoals gezegd beoogt deze normatieve analyse een antwoord te geven op de vraag welke bijdrage de artikel 12-Sv-procedure, bezien vanuit de normatieve uitgangspunten van rechtsstatelijke en democratische legitimiteit, *zou moeten leveren* aan de oplossing van maatschappelijk gevoelige conflicten. Deze normatieve analyse zal voortbouwen op de drie subcategorieën die op grond van de focusgroepen binnen de meer algemene categorie 'maatschappelijk gevoelige beklagzaken' zijn onderscheiden: 1) de zaken waarin geen strafrechtelijk aanknopingspunt is en de klagers de procedure als politiek forum gebruiken (bijvoorbeeld de klachten tegen het 'criminele coronabeleid'); 2) de zaken waar de raadsheren kunnen toekomen aan onderliggende conflicten op microniveau (bijvoorbeeld de zaak naar aanleiding van toeslagenaffaire); en 3) de zaken waarin wat betreft de haalbaarheid en het algemeen belang discussie mogelijk is, maar waar de samenleving verdeeld is over de vraag of dit conflict een uitweg dient te vinden in het strafrecht (de onderzochte casestudies).

Wat betreft de eerste twee categorieën beklagzaken is de normatieve vraag naar rechtsstatelijke en democratische legitimiteit van de vervolgingsbeslissing snel beantwoord: bij een gebrek aan een strafrechtelijk aanknopingspunt kunnen conflicten, hoe maatschappelijk relevant ook, geen uitweg via het strafrecht vinden. De strategie in de tweede categorie zaken vindt louter plaats via procedurele waarborgen (de bejegening en het bij elkaar brengen van partijen), zodat die gemakkelijk binnen de bestaande normatieve kaders van

rechtsstatelijke en democratische legitimiteit is in te passen.²⁶ De normatieve analyse wordt echter gecompliceerder wanneer we ons richten op de vraag naar rechtsstatelijke en democratische legitimiteit in de derde (sub)categorie maatschappelijk gevoelige beklagzaken waar discussie over de haalbaarheid en het algemeen belang van de vervolging mogelijk is. In de voorgaande hoofdstukken werd er omwille van de conceptuele helderheid een tegenstelling geschetst tussen een liberale en een democratische strafrechtspleging. Daardoor lijkt het misschien alsof deze twee perspectieven in maatschappelijk gevoelige beklagzaken maar moeilijk samen de twee pilaren van een rechtsstatelijk én democratisch gelegitimeerde vervolgingsbeslissing kunnen vormen. Moet het OM bijvoorbeeld vanuit rechtsstatelijk oogpunt omwille van de individuele rechtsbescherming het algemeen belang bepalen of is dat vanuit democratisch oogpunt juist hoogst problematisch? Moet de beklagde, óók in maatschappelijk gevoelige beklagzaken, vanuit rechtsstatelijk oogpunt beschermd worden tegen open normen of vereist die openheid, juist in zaken die maatschappelijk gevoelig liggen, vanuit democratisch oogpunt een kritische discussie in een openbare strafprocedure? En moeten we vanuit rechtsstatelijk oogpunt niet waken voor de inzet van het machtigste staatsapparaat omwille van grotere maatschappelijke doeleinden of zou een moderne, democratische strafrechtspleging juist meer aandacht moeten hebben voor het belang van verantwoording en normbevestiging waar een openbare strafprocedure bij uitstek het geëigende forum voor is?

Maatschappelijke aanspraken op de beklagprocedure, zoals reeds betoogd in het eerste hoofdstuk, vormen telkens een les om naar de legitimiteit van de strafrechtspleging te kijken. Deze vraag naar de rechtsstatelijke en democratische legitimiteit van de vervolgingsbeslissing in maatschappelijk gevoelige beklagzaken zal in de normatieve analyse nader moeten worden onderzocht. Het is daarbij de vraag of de rechtsstatelijke en democratische legitimatie inderdaad zo scherp tegenover elkaar moeten worden gesteld zoals dat zojuist is gedaan. De vraag naar het normatieve conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure, bezien vanuit de uitgangspunten van rechtsstatelijke en democratische legitimiteit, zal worden beantwoord vanuit drie perspectieven: een klassiek constitutioneel/institutioneel perspectief, liberale perspectieven op de handhaving van de rechtsorde en democratische perspectieven daarop. Het eerste perspectief lijkt dominant te zijn onder juristen en beschouwt democratie en rechtsstaat vanuit instituties en bevoegdheidsverdelingen, om van daaruit legitimiteitsvragen te beantwoorden. Dit institutionele/constitutionele perspectief is niet onbelangrijk, maar gaat voorbij aan diepere politiek-filosofische reflecties die aan deze bevoegdheidsverdelingen in een liberale

26 Behoudens enkele uitzonderingen, zoals besproken in hoofdstuk 6 van dit onderzoek, zoals de zaken waarin dergelijke strategieën bijvoorbeeld conflicteren met het rechtsstatelijke uitgangspunt dat de beklagde dient te worden beschermd of het tegelijkertijd oproepen een smet zou werpen op de ondervraging.

democratie als *samenlevingsmodel* ten grondslag liggen. Het tweede perspectief richt zich daarom op de liberale grondslagen van onze strafrechtspleging die haar van *rechtsstatelijke* legitimiteit voorzien. Het derde perspectief ziet op verschillende democratie-opvattingen in de strafrechtelijke literatuur en de daaruit voortvloeiende opvattingen over democratische legitimiteit. Vanuit deze normatieve analyse zal duidelijk worden dat er in de Nederlandse strafrechtelijke literatuur vanwege het dominante liberale perspectief onvoldoende aandacht is geweest voor de definitiemacht van het Openbaar Ministerie omtrent het algemeen belang, de concurrerende aanspraken van de verdeelde democratische samenleving daarop en daarmee de vraag hoe deze strijd om het algemeen belang op democratische wijze zou moeten worden geïstitutionaliseerd. Voor de zoektocht naar een rechtsstatelijke én democratisch gelegitimeerde vervolgingsbeslissing dienen we onze aandacht daarom niet alleen op de rechtstheorie te vestigen, wat al veel en uitvoerig is gedaan, maar ook op de democratietheorie, waar de Nederlandse strafrechtswetenschap tot nu nog maar weinig aandacht voor lijkt te hebben gehad. In reactie op dit democratisch tekort zal daarom worden voortgebouwd op het alternatieve democratische perspectief op de strafrechtspleging dat in de voorgaande hoofdstukken naar voren werd gebracht, waar anders dan een uitsluitend liberaal perspectief óók aandacht is voor ‘het maatschappelijke’ (als meer dan een optelsom van individuen) en ‘het politieke’ (dat, zo zal duidelijk worden, niet hetzelfde is als ‘de politiek’). Daarmee wordt het mogelijk, zo zal worden betoogd, de vervolgingsbeslissing zo te denken, dat deze via de erkenning van zowel private als publieke autonomie ook in deze bijzondere categorie beklagzaken toekomt aan respectievelijk de eisen van rechtsstatelijke en democratische legitimiteit.

7.5.1 De beklagprocedure vanuit klassiek constitutioneel/institutioneel perspectief: bevoegdheidsverdelingen in een democratische rechtsstaat

Normatieve verhandelingen over de legitimiteit van de beklagprocedure en de daarin te nemen vervolgingsbeslissing beginnen veelal vanuit een institutioneel of klassiek constitutioneel perspectief. Dat wil zeggen dat de normatieve analyse wordt afgeleid vanuit de publieke en private functie van de procedure die op hun beurt weer voortkomen vanuit de in de wet vastgelegde bevoegdheidsverdeling tussen het Openbaar Ministerie en de rechterlijke macht.²⁷ Een duidelijk voorbeeld van een dergelijke argumentatie vinden we in een invloedrijke bijdrage van Tineke Cleiren, getiteld ‘De procedure van het beklag tegen niet-vervolgving op de schop’ uit 2008.²⁸ In deze publicatie stelt Cleiren

27 Ze zien daarom vaak op het debat over volle versus marginale toetsing, zie o.a. Duker 2009, p. 432-445; Geelhoed 2020, p. 49-59.

28 Cleiren 2008.

de vraag 'of de beklagregeling van het WvSv en de realisering daarvan in de huidige rechtspraktijk voldoende past binnen de "constitutionele" verhouding tussen zittende en staande magistratuur en of deze in het licht van de huidige maatschappelijke opvattingen, de belangen van burgers, slachtoffers en belanghebbenden voldoende legitiem en adequaat is.'²⁹ Deze constitutionele verhouding, die als normatief kader voor de beklagprocedure fungeert, wordt door Cleiren als volgt geduid.

Hoewel het Openbaar Ministerie in de loop der jaren een steeds autonomere positie heeft gekregen wat betreft de vervolgingsbevoegdheid, is deze bevoegdheid stevig democratisch gelegitimeerd. Het Openbaar Ministerie weet zich namelijk gebonden aan de wet, zijn eigen beleid en de ongeschreven beginselen van een goede procesorde. De minister van Justitie en Veiligheid draagt politieke verantwoordelijkheid voor diens optreden, en kan daarom in de Tweede Kamer ter verantwoording worden geroepen. Tegelijkertijd zien we juist een tegengestelde beweging in de beklagprocedure: het hof richt zich in de hedendaagse rechtspraktijk niet op het algemeen belang, maar op het individuele belang van de klager tegenover wie verantwoording wordt afgelegd over de beslissing tot niet-vervolging. Deze ontwikkeling is in voorgaande hoofdstukken al meerdere malen besproken en heeft ertoe geleid dat de oorspronkelijke machtscontrolerende, publieke functie, die toezag op het algemeen belang, steeds meer met de private (maatschappelijke) functie van de procedure verbonden is geraakt.

Tegen de achtergrond van deze hedendaagse 'constitutionele/institutionele' verhouding – het OM behartigt het algemeen belang, het hof de individuele belangen van klagers – zou een volle toetsing door het hof volgens Cleiren een 'vreemde eend in de bijt zijn'.³⁰ Met deze volle toetsing treedt het hof namelijk in de vraag naar de bepaling van het algemeen belang van de vervolging, welke bepaling bij het Openbaar Ministerie wél stevig politiek verankerd is, omdat het past in een 'breder scala aan beleidskeuzen, richtlijnen en door politieke keuzen geïnspireerde prioriteiten'.³¹ Omdat het rechtsbeschermende aspect van de beklagprocedure, onder meer vanwege de lange doorlooptijden en het gebrek aan uniformiteit tussen de hoven, ook nog eens te wensen overlaat, zou de beklagprocedure 'op de schop moeten' door het een meer bestuursrechtelijk karakter te geven.³² Dat zou sowieso passender zijn, aldus Cleiren, nu er in de beklagprocedure een overheidsbesluit wordt aangevallen. Meer concreet denkt Cleiren aan een systeem waarbij burgers eerst bezwaar aantekenen bij de (hoofd)officier die verantwoordelijk was voor het initiële

29 Cleiren 2008, p. 535.

30 Cleiren 2008, p. 541.

31 Cleiren 2008, p. 540.

32 Cleiren 2008, p. 544-546; ook andere juridische auteurs hebben betoogd dat de beklagprocedure een bestuursrechtelijk karakter zou hebben, zie Corstens 1974, p. 71; Knigge 1980, p. 190-191; Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 648.

vervolgingsbesluit, waarna klagers vervolgens in administratief beroep kunnen gaan bij de ‘tamelijk onafhankelijke’ advocaat-generaal van het ressortparket waarbinnen die officier werkzaam is. Op deze manier zou zowel beter toegekomen worden aan de individuele belangen van de klagers als aan de ‘zuivere verhoudingen’ tussen de zittende en staande magistratuur. De procedure bij de beklagrechtter zou wel moeten blijven bestaan, maar voor een afgeroomde hoeveelheid zaken. Cleiren geeft aan in die procedure geen voorstander te zijn van volle toetsing: er zouden onvoldoende ‘legitieme gronden’ zijn om ‘aan de beslissing van het Openbaar Ministerie die past binnen een aanvaard en aan politieke controle onderhevig beleid een volle toets door de rechter te blijven toevoegen’.³³

In de kern komt Cleirens betoog erop neer dat volle toetsing tijdens de beklagprocedure onvoldoende democratisch gelegitimeerd is, terwijl de beklagprocedure ook maar weinig zou bijdragen aan de individuele rechtsbescherming. Bij deze normatieve analyse van de volgens Cleiren gebrekkige democratische en rechtsstatelijke legitimiteit van de beklagprocedure wordt aandacht besteed aan de historische context waarbinnen de beklagprocedure tot stand kwam en aan de veranderende maatschappelijke en institutionele context die ons aanleiding zouden moeten geven de beklagprocedure te herzien. Aan Cleirens normatieve analyse ligt echter een bepaalde vooronderstelling ten grondslag over de maatschappelijke functie van de beklagprocedure: die zou in de hedendaagse samenleving in dienst staan van de private belangen van klagers. Dat blijkt uit de overwegingen dat de beklagprocedure één van de weinige mogelijkheden voor de burgers is om ‘de behoefte aan genoegdoening vorm te geven’, dat de raadsheren zich richten op deze individuele belangen, en dat de door haar voorgestelde meer bestuursrechtelijk ingestoken procedure ertoe zou leiden dat klagers daarmee het gevoel krijgen dat ‘hen meer recht wordt gedaan’.³⁴

Het is inderdaad zo dat de raadsheren zich normaliter geconfronteerd zien met dit type zaken die de private belangen van klagers niet overstijgen en dat het OM daarin meestal handelt op basis van beleid, dat aan democratische controle is onderworpen omdat de minister van Justitie en Veiligheid daarvoor politieke verantwoordelijkheid draagt. De centrale vraag in Cleirens artikel – of de beklagprocedure in het licht van de maatschappelijke en institutionele/constitutionele context voldoende legitiem en adequaat is – richt zich dus op de specifieke maatschappelijke en institutionele context die in dit proefschrift het tweede hoofdstuk van de beklagprocedure is genoemd. Daarmee blijft buiten beeld dat de maatschappelijke aanspraken de individuele belangen van klagers kunnen overstijgen, welke nieuwe *maatschappelijke* context ook van invloed zou moeten zijn op de waardering van de hierboven beschreven *constitutionele* context die een democratisch tekort blootlegt: maatschappelijk

33 Cleiren 2008, p. 546.

34 Cleiren 2008, p. 534, 541 en 545.

gevoelige zaken zijn zo specifiek dat daarvoor vaak helemaal geen beleid is of van welk beleid in het licht van de maatschappelijke gevoeligheid wordt afgeweken, zoals dat leek te gebeuren in de Wilders- en Libor-zaak.³⁵ Bovendien kan de minister van Justitie en Veiligheid de daardoor ontstane democratische legitimiteitsproblemen niet zomaar opvangen. Ten aanzien van ons vervolgingssysteem en de controle daarop heeft het Hof van Justitie van de EU al meerdere malen benadrukt dat de positie van de minister spanningen met rechtsstatelijke uitgangspunten oplevert: vervolgende autoriteiten die (in potentie) blootstaan aan aansturing door de minister zouden zichzelf diskwalificeren als rechterlijke autoriteit.³⁶ Van Oven schreef in het kader van zijn werkzaamheden als raadsheer dat hij dan ook moeite heeft ons vervolgingssysteem uit te leggen aan zijn buitenlandse collega's.³⁷ De praktische overwegingen (het strafrechtelijk apparaat hoeft niet te worden ingezet voor elke bagatelzaak) kunnen zij nog wel volgen. Er ontstaat echter onbegrip wanneer de twee controlemogelijkheden – via de beklagprocedure en de minister – worden uitgelegd. Hoe verhoudt de verantwoordelijkheid van de minister zich tot de magistratelijke, en dus onafhankelijke, positie van een Openbaar Ministerie? En als je het Openbaar Ministerie dan toch de bevoegdheid geeft een haalbare zaak op rechtspolitieke gronden niet te vervolgen, hoe legitimeer je dan dat de rechter een beslissing tot vervolging neemt 'op grond van een rechtspolitiek waar die rechter niets mee te maken heeft'?³⁸

Van Ovens ervaringen illustreren dat Cleirens 'zuivere verhoudingen' sowieso al niet zo zuiver en overzichtelijk zijn als zij voor Nederlandse juristen mogen lijken. De vermenging van recht en politiek in de strafrechtspleging wordt nog zichtbaarder in maatschappelijk gevoelige zaken waar politieke vragen aan de orde kunnen komen, maar waarbij de beslissing tot niet-vervolgning niet gedragen wordt door beleid en/of de controle van de verantwoordelijke minister van Justitie en Veiligheid. Als gevolg daarvan zijn het de raadsheeren die zich tegen de achtergrond van een door Cleiren niet besproken veranderende maatschappelijke context in een dubbelzinnige constitutionele context staande dienen te houden: zij hebben hun bevoegdheid tot volle toetsing ooit verkregen vanuit rechtsstatelijke overwegingen, maar kunnen daarbij onvermijdelijk geconfronteerd worden met politieke vragen die niet alleen democratische legitimiteitsproblemen opleveren, maar ook hun (gepercipieerde) onafhankelijkheid op het spel zetten.

35 Verwezen wordt naar de aanwijzingen over vervolging van discriminatiefeiten (waaruit bleek dat martelaarschap en het uitbuiten van de forumfunctie geen reden mogen zijn om vervolging te laten), zie *Stcrt.* 2007, nr. 233; en de aanwijzing over hoge en bijzondere transacties (waaruit bleek dat zulke transacties bij maatschappelijke bezorgdheid of onrust niet gepast zijn), zie Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties.

36 Over de positie van het Nederlandse OM en de vraag of die meer onafhankelijk zou moeten worden, zie Crijns e.a 2022.

37 Van Oven 2009, p. 462-463.

38 Van Oven 2009, p. 463.

Vanwege die dubbelzinnige institutionele context zijn er vanuit constitutioneel perspectief meerdere antwoorden te geven op het probleem dat de beklagprocedure een vermenging van juridische en politieke vragen oplevert. Ofwel blijven de maatschappelijke aanspraken die in dit proefschrift zijn onderzocht onbesproken, zoals in het artikel van Cleiren, zodat er middels deze empirische blinde vlek ook niet hoeft te worden nagedacht over hoe om te gaan met politieke vragen in de strafrechtspleging.³⁹ Een tweede uitweg is om deze politieke vragen wél te (h)erkennen, maar vanuit de hierboven beschreven constitutionele verhoudingen te concluderen dat deze niet in het strafrecht thuishoren. Die optie werd bepleit door Enschedé, die in een klassieke tekst uit 1974 het voorbeeld bespreekt dat de minister van Justitie, ingevolge artikel 5 RO (oud), aan het OM een aanwijzing had gegeven zich te onthouden van vervolging van ‘artsen die buiten medische indicatie een abortus naar de regelen der kunst hebben verricht’.⁴⁰ ‘Een uiterst gelukkige daad’, aldus Enschedé, want het gezag van de rechterlijke macht zou vanwege een vraagstuk van ‘een zo groot politiek en maatschappelijk belang’ nodeloos in gevaar komen. Volgens Enschedé moeten recht en politiek daarom gescheiden blijven: politieke zaken moeten beslecht worden ‘langs de daarvoor aangewezen politieke procedures; het strafproces behoort daartoe niet’.

Dezelfde opvatting vinden we terug bij de Raad voor de Rechtspraak: de rechtszaal is geen forum voor maatschappelijk debat. Toch wordt vanuit de institutionele inbedding van de beklagprocedure – de functies en de bevoegdheidsverdelingen die eraan ten grondslag liggen – ook juist het tegenovergestelde bepleit. In de Wilders-beschikking verdedigden de raadsheren hun vervolgingsbevel op grond van de rechtszekerheid en de overweging dat ook de strafprocedure een forum voor maatschappelijk debat is.⁴¹ Die opvatting was (en is) controversieel, in de media en onder juristen, mogelijk omdat de beklagprocedure tot dan toe vooral het forum was voor klagers die via deze procedure hun individuele belangen beogen te behartigen en, getuige de publicatie van Cleiren, ook op deze wijze wetenschappelijk werd benaderd. Maar tijden zijn veranderd, want inmiddels is de beklagprocedure ‘ontdekt’ als forum voor maatschappelijk debat, en met die veranderende maatschappelijke context ook de kijk op de gewenste constitutionele verhoudingen in dit type zaken. Zo onderzochten Becker en Van Lent in hoeverre de beklagprocedure als forum kan fungeren voor strategisch procederen.⁴² Daarvoor zien zij, met een beroep op de publieke functie van de beklagprocedure, geen belemmering. Binnen de machtscontroleerende functie zou het ‘adresseren van verantwoordings-

39 Ook de twee wetenschappelijke bijdragen over de beklagprocedure op Platform Modernisering Strafvordering behandelen dit bovenindividuele gebruik van de procedure niet, zie Kool 2018; Geelhoed 2020.

40 Enschedé 1999, p. 379.

41 Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Buruma, r.o. 13.2.

42 Becker & Van Lent 2023.

kloven' gekwalificeerd kunnen worden als een 'natuurlijk onderdeel van de beklagprocedure, waarmee direct instrumentele impact bereikt kan worden in de sfeer van opsporings- en vervolgingsbeleid'.⁴³ Ook de positieve waardering van De Lange over de rol van ngo's in de beklagprocedure werd in voorgaande hoofdstukken reeds aangehaald: het OM zou volgens hem te snel naar een sepot grijpen, zodat het algemeen belang daarmee onvoldoende 'content vanuit de samenleving' zou krijgen.⁴⁴ Het fenomeen dat ngo's steeds meer de beklagprocedure aanwenden zou de rechtsorde in het algemeen en de bescherming van collectieve rechtsgoederen – zoals de volksgezondheid of de financiële markt – in het bijzonder alleen maar ten goede komen.

Inmiddels zien we dus ook in de strafrechtelijke literatuur de veranderende maatschappelijke en constitutionele context weerspiegeld. Dat neemt echter niet weg dat daarmee de controverse rondom volle en marginale toetsing en de vraag of de rechter of de politiek uiteindelijk het algemeen belang moet bepalen, is weggenomen. De 'zuivere verhoudingen' tussen recht en politiek schemeren nog steeds door de opvattingen van het beide 'kampen', alleen worden maatschappelijk gevoelige beklagzaken door het ene kamp in het 'natuurlijke' domein van het recht geplaatst, terwijl het andere kamp ze liever in de 'daarvoor aangewezen politieke procedures' beslecht ziet worden. De institutionele perspectieven van Becker, Van Lent en De Lange geven ons daarom alleen een rechtsstatelijke, maar niet een democratische legitimatie voor de beklagprocedure in het geval van maatschappelijk gevoelige kwesties. Becker en Van Lent beroepen zich namelijk op de oorspronkelijke publieke, machtscontrolerende functie die het algemeen belang op rechtsstatelijke wijze negatief afbakende, zodat de strijd om de positieve invulling van het algemeen belang onbesproken blijft. Ook De Lange houdt politieke vragen buiten beeld door de kwestie op het niveau van collectieve rechtsgoederen te bespreken, terwijl de controverse rondom de vraag waarom die rechtsgoederen in specifieke zaken dan door het strafrecht moeten worden beschermd niet aan bod komt.

Om uit deze patstelling te komen – een oneindig touwtrekken tussen recht en politiek, voortkomend vanuit tegenstrijdige opvattingen over bevoegdheidsverdelingen tussen OM en rechter – is het nuttig om met de normatieve analyse een niveau dieper te gaan. In de volgende twee paragrafen zal de normatieve analyse zich daarom richten op een grondslagentheoretisch onderzoek van deze omstreden bevoegdheidsverdelingen, om van daaruit de rechtsstatelijke en democratische legitimatie van de vervolgingsbeslissing in maatschappelijk gevoelige zaken te kunnen denken. Dat grondslagentheoretisch onderzoek zal gericht zijn op de in artikel 124 RO neergelegde 'hoofdbevoegdheid' van het Openbaar Ministerie: de handhaving van de rechtsorde. Deze taak komt in de beklagprocedure ook aan de raadsheren toe, omdat zij, ook volgens het voorgenomen nieuwe Wetboek van Strafvordering, middels een volle toetsing

43 Becker & Van Lent 2023, p. 303.

44 De Lange 2009, p. 478.

‘op de stoel’ van het Openbaar Ministerie mogen gaan zitten.⁴⁵ Welk rechtsbegrip ligt er ten grondslag aan deze bevoegdheid om de rechtsorde te handhaven waarop de legitimiteit van zowel het OM als die van de raadsheren gestoeld moet zijn? En is dat rechtsbegrip, zoals zij tot nu toe in de strafrechtelijke literatuur is begrepen, voldoende om de vervolgingsbeslissing rechtsstatelijk en democratisch te legitimeren in het type beklagzaken dat voorwerp is van de onderhavige normatieve analyse? In de volgende paragrafen zullen beide vormen van legitimatie aan bod komen middels een bespreking van respectievelijk liberale en democratische perspectieven op de handhaving van de rechtsorde. Daarbij zal duidelijk worden dat recht en politiek bij deze hoofdtaak van het OM en de raadsheren niet omwille van een ‘zuivere verhouding’ tussen staatsmachten moeten worden gescheiden zoals dat bij de auteurs hierboven gebeurde, maar in een empirisch gefundeerd normatief kader juist samen zullen moeten worden gedacht.

7.5.2 Rechtsstatelijk legitimiteit: een liberale handhaving van de rechtsorde

7.5.2.1 *Het liberale rechtsbegrip in het strafrecht*

Het liberalisme dat aan het rechtsbegrip in het strafrecht ten grondslag ligt, moet begrepen worden als een politiek-filosofische stroming met individuele vrijheid als hoogste waarde. Die individuele vrijheid behelst niet alleen negatieve vrijheid (afwezigheid van inmenging van staatsmacht), maar ook de erkenning van de autonomie van het individu dat verondersteld wordt zowel redelijke als onredelijke keuzes te kunnen maken.⁴⁶ Door het strafrecht wordt eenieder daarom aangesproken als burger: een vrij, rationeel rechtssubject. Van oudsher vormt dit liberale vocabulaire voor strafrechtjuristen het normatieve antwoord op een politiek-maatschappelijke werkelijkheid van instrumentalisering, moralisering en uitsluiting.⁴⁷ Een samenleving die het uitgangspunt van het vrije en rationele individu als uitgangspunt neemt, dient zich namelijk uit te spreken tegenover ontwikkelingen waarin deze individuen slechts een speelbal worden in handen van de staat omwille van de realisering van maatschappelijke doeleinden (instrumentalisering); tegenover van boven opgelegde invullingen op de eigen conceptie van het goede leven (moralisering); en tegenover ontwikkelingen die ertoe leiden dat individuen niet meer als mede-

45 Geelhoed 2020.

46 Hoewel er verschillende opvattingen zijn over liberalisme, wordt deze basisaanname gedeeld, zie Heywood 2017, p. 19; Waldron 1987; over positieve en negatieve vrijheid, zie Berlin 1958.

47 Deze driedeling wordt ontleend aan Mackor 2012.

burger worden aangesproken (uitsluiting).⁴⁸ Het liberale strafrechtelijke vocabulaire zorgt er daarom voor dat de individuele vrijheden van burgers telkens worden veiliggesteld tegen machtsmisbruik vanuit de staat en tegen een verstikkend gemeenschapsdenken. Zo keerde Simons zich al in 1879 tegen 'de nieuwe sociale politiek in naam van het zich ontwikkelend gemeenschapsgevoel', zodat hij met weemoed teruggacht aan 'het individualisme van vroeger, waaraan wij vele onzer duurgekochte rechten te danken hebben'.⁴⁹ Dezelfde retoriek kwam vanuit juridische hoek ten tijde van de Tweede Wereldoorlog en de aanloop daarnaartoe.⁵⁰ Ook in de roerige jaren '70 stonden individuele belangen centraal in de strafrechtspleging, hoewel nu in de vorm van de roep om meer private autonomie tegenover een 'moraliserende' staat: verdachten eisten via de rechtszaal het recht op abortus, op euthanasie en op kraken.⁵¹ Vanaf de jaren '90 kreeg het slachtoffer een steeds sterkere positie, en omdat 'de samenleving' zich daar doorgaans mee identificeerde, bleven juristen het publiek en de politiek wijzen op de rechten van de verdachte die we altijd als 'medeburger' moeten blijven zien.⁵² Vandaag de dag is daarin niet veel veranderd: de strafrechtswetenschap dient zich nog steeds te verhouden tot een 'veiligheidscultuur', 'risicosamenleving' of 'repressieve samenleving'.⁵³

Gezien bovenstaande historische ontwikkelingen is het niet zo verwonderlijk dat de maatschappelijke aanspraken op het strafrecht altijd zijn begrepen in termen van individuele belangen of juist die van 'de gemeenschap': de verdeelde democratische samenleving verscheen nooit echt duidelijk op het strafrechtelijke toneel of deze kon worden gereduceerd tot individuele belangen, zoals bij de euthanasie- of abortuszaken. Wel is het vreemd dat de normatieve discussie rondom de legitimiteit van de strafrechtspleging in maatschappelijk gevoelige beklagzaken (en van algemeenbelangacties in het algemeen) niet veel verder lijkt te komen dan een krachtmeting tussen recht en politiek, alsof dat twee strikt gescheiden domeinen zijn. Al in 1990 bepleitten Foqué en 't Hart in hun klassieke werk *Instrumentaliteit en Rechtsbescherming* dat deze twee domeinen in het (straf)recht samen moeten worden gedacht.⁵⁴ Ook toen was er sprake van een wetenschappelijke patstelling tussen recht en politiek, hoewel tegen de achtergrond van een andere politiek-maatschappelijke werke-

48 Mackor noemt bijvoorbeeld het boerkaverbod, dat slechts in dienst lijkt te staan van de subjectieve veiligheidsbeleving (instrumentalisering); het strafbaar stellen van ontuchtige handelingen met dieren, niet vanwege de schade (dat was al strafbaar) maar vanwege de bescherming van de zeden (moralisering); en de uitspraak van (toenmalige minister van Justitie) Teeven dat niet vanwege 'zieligheid' in gedetineerden wordt geïnvesteerd, maar vanwege preventie, waardoor aan het mensbeeld van de moreel verantwoordelijke medeburger voorbij wordt gegaan (uitsluiting), zie Mackor 2012, p. 6-11.

49 Simons 1999, p. 303.

50 Jansen 2020.

51 Voor een bespreking van deze 'justitiële crisis', zie 't Hart 1994, p. 15-57.

52 Zie o.a. Buruma 2004; Veraart 2005.

53 Barkhuysen e.a. 2022.

54 Foqué & 't Hart 1990.

lijkheid dan die in dit proefschrift centraal staat: het strafrecht werd namelijk, met ondersteuning van de empirische wetenschappen, steeds meer op instrumentele wijze ingezet teneinde beleidsdoelen te realiseren. In reactie op deze wetenschappelijke en politieke tendens bleven strafrechtjuristen het autonome, rechtsbeschermende karakter van hun rechtsgebied benadrukken. Als gevolg daarvan ontstonden twee tegenstrijdige visies op het karakter van het strafrecht en de waarden die daaraan ten grondslag zouden liggen: waar het ene kamp een grotere nadruk op instrumentaliteit passend vond, wezen anderen juist op het belang van rechtsbescherming.

De enige oplossing die tot dan toe vanuit de strafrechtswetenschap werd aangedragen was dat er naar 'een balans' tussen beide polen moest worden gezocht.⁵⁵ Foqué en 't Hart vonden dat de discussie een nieuwe impuls kon gebruiken en dat het strafrecht niet gedoemd was om zich op maar twee manieren – als beheersingstechniek of als autonoom systeem – te laten karakteriseren. In plaats van een 'afweging' op grond van losse waarden, dachten de auteurs tegen de achtergrond van deze politiek-maatschappelijke context een normatief kader uit om de hiervoor beschreven polariteit tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming te doorbreken. Want dat het strafrecht steeds maatschappelijker werd, was met name in het licht van het positieve opportuniteitsbeginsel en de opkomst van het slachtoffer onvermijdelijk. Anders gezegd, een terugkeer naar een autonoom strafrecht was sowieso geen optie meer. Om deze polen binnen een normatief kader samen te kunnen denken – vandaar de titel van het werk – moesten de rechtstheoretische grondslagen van het rechtsbegrip in het strafrecht opnieuw aan de orde worden gesteld.⁵⁶ Hoewel we de 'grondslagentheoretische analyse' van Foqué en 't Hart dus moeten begrijpen tegen de achtergrond van de toenmalige wetenschappelijke discussie en politiek-maatschappelijke werkelijkheid, is de analyse ook voor het normatieve gedeelte van dit onderzoek relevant. Het biedt namelijk handvatten voor een 'nieuw' perspectief op de rechtsstatelijke legitimatie van de strafrechtspleging, die ons verder brengt dan de (ogenschijnlijke) onoverkomelijke tweedeling tussen recht en politiek die de in de vorige paragraaf beschreven constitutionele perspectieven met zich meebrachten.

Volgens Foqué en 't Hart wordt via het strafrecht altijd een politieke orde (of samenlevingsmodel) geïnstitutionaliseerd, namelijk een maatschappelijke orde die tegelijkertijd rechtsorde is.⁵⁷ Hoe ziet die rechtsorde eruit? Vanuit de strafrechtelijke ideeëngeschiedenis concluderen Foqué en 't Hart dat het strafrecht een product is van een vroegliberale filosofie, waar individuele vrijheid als hoogste waarde geldt, maar waar recht en politiek niet los van elkaar kunnen worden gedacht.⁵⁸ Dit onvermijdelijke politieke karakter van

55 Foqué & 't Hart 1990, p. 2

56 Foqué & 't Hart 1990, p. 29.

57 Foqué & 't Hart 1990, p. 31-34.

58 Foqué & 't Hart 1990, p. 425.

het strafrecht waar Foqué en 't Hart op doelen, moeten we niet begrijpen als een strafrecht dat volledig in dienst staat van de politieke doeleinden van een bepaald regime, inclusief politieke processen waarin alle kritische tanden door de autoriteiten uit het strafrecht zijn getrokken. Integendeel, de politieke orde die het recht institutionaliseert, is juist een andere *symbolische* orde dan de feitelijke politieke en maatschappelijke werkelijkheid. Het is pas vanuit deze symbolische orde dat emancipatie van individuen en normatief oordelen over feitelijke machtsrelaties mogelijk wordt. Aan de hand van het rechtsbegrip van rechtsfilosoof Ricoeur benadrukken Foqué en 't Hart daarom het 'mediërende' karakter van het recht: 'het effectueert de ethische intentie in de sfeer van het politieke'.⁵⁹ Dat wil zeggen, via toepassing van het recht wordt de maatschappelijke orde steeds (ook) geïnstitutionaliseerd als rechtsorde, voor welke orde alle burgers rechtssubjecten zijn, in welke hoedanigheid zij zich van individuele rechtsbescherming verzekerd weten. Met dit mediërende karakter van het recht (van maatschappelijke orde naar rechtsorde) verzetten Foqué en 't Hart zich tegen liberalen zoals Locke die in de macht van de staat uitsluitend een noodzakelijke beperking van al van nature aanwezige individuele vrijheden zien.⁶⁰ Want het recht, zo betogen Foqué en 't Hart, moeten we niet begrijpen als beperking, maar juist als ruimte. Niet alleen is het recht als mediërende institutie noodzakelijk om rechtssubjectiviteit tot stand te brengen – toepassing van het recht 'effectueert' pas deze ethische intentie – ook hanteren deze liberalen een te beperkte opvatting van rechtsbescherming.⁶¹ Rechtsbescherming ziet in een rechtsorde namelijk niet alleen op bescherming van individuele rechten tegen de staat, maar ook dóór de staat. Een liberaal strafrecht is er, kort gezegd, voor alle burgers. Met deze eerste analyseslag benadrukken de auteurs dat slachtoffers dezelfde rechtsbeschermende aanspraken op de strafrechtspleging kunnen maken als verdachten. Daarnaast benadrukken Foqué en 't Hart dat het recht rechtsbescherming biedt op een hoger niveau. Namelijk, niet alleen binnen het systeem, maar ook tegen het dominante systeem dat nooit dogmatisch mag worden, willen we de kritische dimensie (of de 'ethische intentie') die van oudsher aan het recht ten grondslag ligt serieus nemen.⁶² Foqué en 't Hart duiden dit emancipatoire karakter van de rechtsorde aan als 'contrafacticiteit': de normatieve rechtsorde kan nooit volledig samenvallen met de feitelijke maatschappelijke orde.⁶³ Met deze contrafacticiteit, waarin de symbolische en machtskritische dimensie van

59 Foqué & 't Hart 1990, p. 31.

60 Over dat vrijheid een element is van cultuur, en daarom niet natuurlijk gegeven is, zie Foqué & 't Hart 1990, p. 82 en 274; ook wordt de kwestie besproken in verband met Habermas' omslag van het recht als 'systeem' naar het recht als emancipatoire ruimte, zie p. 146.

61 Foqué & 't Hart 1990, p. 325.

62 Het recht moet volgens Foqué en 't Hart daarom altijd ruimte overlaten voor andere 'narrativiteiten', ofwel alternatieve vormen van kennis tegenover het dominante weten, zie Foqué & 't Hart 1990, p. 325.

63 Foqué & 't Hart 1990, p. 405-427.

het recht gelegen is, wordt het dogmatische 'afbeeldingsdenken' (het samenvallen van de maatschappelijke orde en de rechtsorde) voorkomen.⁶⁴

7.5.2.2 Liberale perspectieven op de handhaving van de rechtsorde

De kern van het betoog van Foqué en 't Hart is daarom gelegen in de opvatting dat het aan het strafrecht ten grondslag liggende liberale rechtsbegrip zowel open als relationeel is.⁶⁵ De openheid voorkomt het afbeeldingsdenken, en daarmee een totalitair (gesloten) strafrecht, terwijl met het relationele karakter wordt erkend dat het recht *verhoudingen* tussen burgers en de staat en tussen burgers onderling regelt. Foqué en 't Hart verdedigen daarom een 'tweede versie' van liberalisme, om met Ricoeur te spreken, en verzetten zich tegen liberalen die de eerste versie daarvan voorstaan door het recht uitsluitend te begrijpen vanuit de machtsrelatie tussen de staat en het individu met natuurlijk gegeven vrijheden.⁶⁶ Aan Montesquieu, die eveneens de leer van het sociaal contract afwees, ontleen zij het idee dat concrete politieke vrijheid niet aan het recht voorafgaat, maar altijd het resultaat ervan is. Maar Foqué en 't Hart verzetten zich ook tegen het institutionele en constitutionele perspectief dat in paragraaf 7.4.1 is besproken. De rechtsstaat is namelijk niet alleen een regime met bevoegdheidsverdelingen tussen staatsmachten, maar ook een samenlevingsmodel: als mediërende institutie institutionaliseert het recht een rechtsgemeenschap, en dat telkens weer opnieuw. Zo levert toepassing van het recht door strafrechtelijke autoriteiten steeds 'het zelfbeeld' van de maatschappij op waarin de 'autonome, mondige evenmens' wordt erkend.⁶⁷

Omdat het Nederlandse Openbaar Ministerie vanwege het opportuniteitsbeginsel steeds betrokken dient te zijn op de samenleving, heeft 't Hart bovenstaande analyse uitgewerkt en toegepast op de legitimiteit van het optreden van het OM die, zoals gezegd, tot taak heeft 'de rechtsorde te handhaven'. In *Openbaar Ministerie en Rechtshandhaving*, uitgebracht in 1994, besprak 't Hart de legitimiteit van dit optreden vanuit het met Foqué ontwikkelde liberale rechtsbegrip dat aan die taak ten grondslag zou moeten liggen: het OM dient, wil het de taak om de *rechtsorde* te handhaven serieus nemen, de individuele rechtsbescherming op meerdere niveaus te waarborgen, zodat bij de uitvoering van die taak telkens een liberale orde wordt geïnstitutionaliseerd.⁶⁸ Dit normatieve kader kan daarom worden gezien als morele ondergrens of 'de kwaliteits-eisen' waar het OM bij diens vormgeving van de maatschappelijke ordening

64 Foqué & 't Hart 1990, p. 362 en noot 38 op p. 138-140.

65 Foqué & 't Hart 1990, p. 362.

66 Over deze twee versies van het liberalisme, zie Ricoeur 2000, p. 9-10; tegenover het liberalisme van de sociaal contractdenkers prefereert hij deze tweede versie: 'Without institutional mediation, individuals are only the initial drafts of human persons', zie Ricoeur 2000, p. 10.

67 Aldus ook 't Hart bij terugblik op zijn eerdere werk met Foqué, zie 't Hart 1994, p. 222.

68 't Hart 1994, p. 230.

aan dient te voldoen: in een democratische rechtsstaat moeten burgers telkens worden erkend als 'wetgever in eigen zaak'.⁶⁹

Waar het normatieve kader uit instrumentaliteit en rechtsbescherming tot stand kwam tegen de achtergrond van een politiek die neigde naar instrumentalisme, schreef 't Hart zijn analyse tegen de achtergrond dat het OM aan de ene kant steeds meer beleidsvrijheid kreeg, en daarmee een grotere discretionaire bevoegdheid, terwijl de moderne samenleving steeds minder ontzag had voor autoriteit. Dat probleem merkte 't Hart al op in de klassieke tekst 'Om het OM' uit 1976: legaliteit betekent in een ontvoogde samenleving immers nog geen legitimiteit, zodat opnieuw dient te worden nagedacht hoe het OM ook in deze nieuwe maatschappelijke context gezag kan verdienen. In de tekst uit 1976 was het normatieve kader rondom de handhaving van de rechtsorde echter nog niet zo scherp uitgedacht. Zo merkte 't Hart daar op dat voor die taak 'een veldgerichte attitude' nodig is, maar dat dat niet betekent 'konservering, bescherming van de status quo'.⁷⁰ Bovendien moet de handhaving van de rechtsorde ook niet gelijkgesteld worden met de enkele handhaving van de wet (dat stond nu net in het oude art. 4 RO). Wat het dienen van een rechtsorde dan wél inhoudt, blijkt niet duidelijk uit de tekst, hoewel wordt opgemerkt dat het gelijkstaat aan 'het algemeen belang', wat vervolgens ook niet verder wordt uitgewerkt.⁷¹

Het probleem rondom de vaagheid van het criterium van het algemeen belang is echter ook na *Instrumentaliteit en Rechtsbescherming* niet uit de wereld geholpen. Omdat Fouqué en 't Hart in dit werk in wezen een postmodern rechtsbegrip voorstaan dat individuele vrijheden beschermt tegen een dogmatisch geworden systeem – het recht moet steeds ruimte bieden voor 'herbeschrijvingen' en daarmee andere 'narrativiteiten' – hebben ze vanuit juridische hoek de nodige kritiek gehad.⁷² Niet alleen werd de filosofische analyse onnodig moeilijk bevonden, ook zou het te weinig praktische handvatten bieden.⁷³ Het recht, en met name het strafrecht, zou voor burgers juist rechtszekerheid moeten bieden en de strafrechtelijke autoriteiten, die het meest machtige staatsapparaat op grond daarvan moeten inzetten, richting moeten geven. Geelhoed besprak dit probleem dan ook in zijn proefschrift over de rol van het opportuniteitsbeginsel in de Europese Unie. Het rechtsbegrip van Fouqué en 't Hart is uitsluitend machtskritisch, zo stelde hij, maar voor de strafrechtelijke autoriteiten te weinig sturend.⁷⁴ Tegen de achtergrond van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel heeft het Openbaar

69 't Hart 1994, p. 217 en 331.

70 't Hart 1999, p. 345.

71 't Hart 1999, p. 346.

72 Na de uitgave van *Instrumentaliteit en rechtsbescherming* werd een symposium gehouden, gevolgd door een boek met kritische annotaties, zie Van Roermund, Groenhuijsen & Witteveen 1993.

73 Met name Melai noemde het werk zowel 'ontoegankelijk' als 'onpraktisch', zie Melai 1993.

74 Geelhoed 2013, p. 44.

Ministerie volgens Geelhoed namelijk ook behoefte aan praktische, maar rechtstheoretisch gefundeerde handvatten om het algemeen belang via beleid van *positieve* invulling te voorzien. Geelhoed stuit daarom op hetzelfde probleem dat in het tweede hoofdstuk van dit proefschrift werd besproken. Geelhoed wendde zich echter niet tot de democratietheorie, maar tot de analytische rechtstheorie van McCormick van waaruit het algemeen belang 'conceptueel uitgeklaard' wordt.⁷⁵ In reactie op het anti-systeemdenken van Foqué en 't Hart probeert Geelhoed daarmee opnieuw een systeem op te tuigen, op grond van een rechtstheorie waarmee rationeel gefundeerd 'praktisch handelen' voor het OM mogelijk wordt. Met McCormicks rechtstheorie zou het algemeen belang dat het vervolgingsbeleid moet informeren namelijk op rationalistische wijze, via objectieve principes, kunnen worden vormgegeven. Geelhoed meent niet dat daarvoor een 'calculus' beschikbaar zou zijn, maar wel dat het algemeen belang zou kunnen worden bepaald op grond van een categorisch imperatief: 'leef je in en handel op basis van wat allen zouden kunnen accepteren in een normatieve context'.⁷⁶ Op die manier zou een 'berekenende keuze' een tegenwicht bieden tegen 'particulieren grillen'.⁷⁷

Het is niet nodig hier verder uitgebreid in te gaan op McCormicks rechtstheorie en hoe deze door Geelhoed binnen de strafrechtelijke context wordt toegepast. Het volstaat voor het doel van de onderhavige normatieve analyse om te constateren dat Geelhoeds poging om het door Foqué en 't Hart geponeerde open rechtsbegrip opnieuw van stevige rationele funderingen te voorzien geen overtuigend antwoord biedt op het probleem dat de verdeelde democratische samenleving via de strafrechtspleging concurrerende aanspraken maakt op het algemeen belang. Met deze analytische en rationalistische rechtstheorie zouden de legitieme conflicten rondom machtsuitoefening in deze beklagzaken namelijk gladgestreken worden door te doen alsof we toch een rationele consensus zouden kunnen bereiken over de invulling van de open normen van de haalbaarheid en de opportuniteit van de vervolging. Maar om tot die consensus te komen moeten we wel volledig abstraheren van de aanwezigheid van maatschappelijke conflicten en de politieke vragen die rijzen bij de institutionalisering daarvan. Het is een bekende kritiek op het liberale consensusdenken vanuit democratiedenkers die het conflict benadrukken: het liberale gedachtegoed verbergt legitieme (maatschappelijk) conflicten over feitelijke machtsrelaties achter abstracte (rechts)categorieën die de beslechting van die conflicten 'machtsvrij' (want 'redelijk') doen lijken.⁷⁸ Waar Foqué en 't Hart stellen dat de strafrechtelijke autoriteiten steeds een liberale orde

75 Geelhoed 2013, 46-49.

76 Geelhoed 2013, p. 130-132.

77 Geelhoed 2013, p. 128.

78 Zo benadrukt politiek filosoof Mouffe het democratisch belang van erkenning van conflict en contestatie in de moderne democratie, zie Mouffe 2000, p. 113; dergelijke 'democratiedenkers van het conflict' benadrukken eveneens het belang van het debat over wat redelijk, onredelijk, legitiem of illegitiem is in politieke actie en taal, zie Schaap 2007, p. 61.

(van rechtssubjecten) dienen te institutionaliseren, en daarom in hun analyse de legitieme democratische strijd om de invulling van het algemeen belang slechts onbesproken laten, zou het toepassen van Geelhoeds kader op deze kwestie die democratische strijd om het algemeen belang helemaal niet bij de normatieve analyse betrekken.

7.5.2.3 Een liberale handhaving van de rechtsorde in maatschappelijk gevoelige beklagzaken

Wat brengt voorgaande analyse ons in de zoektocht naar het normatieve conflictoplossende vermogen van maatschappelijke gevoelige beklagzaken? Ten eerste moeten we de rechtsstatelijke legitimatie van de strafrechtspleging niet alleen vanuit een klassiek constitutioneel perspectief begrijpen, zoals dat gebeurde in paragraaf 7.4.1. Dat brengt immers slechts een tegenstelling tussen rechtsstaat en democratie met zich mee op grond van losse rechtsstatelijke waarden zoals rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en onafhankelijkheid die vervolgens tegenover andere losse democratische waarden als parlementaire controle, beleid en verantwoording worden geplaatst.⁷⁹ Niet alleen leidt dit constitutionele perspectief tot tegengestelde perspectieven over de legitimiteit van de institutionalisering van maatschappelijke conflicten via de beklagprocedure, en daarmee tot een oneindig touwtrekken tussen recht en politiek; ook komen die tegengestelde conclusies voort uit een gebrekkige (want oppervlakkige) normatieve analyse. Foqué en 't Hart leren ons namelijk dat een discussie op grond van het diepere niveau van een grondslagentheoretische analyse ons in staat stelt recht en politiek samen te denken. Anders dan het constitutionele perspectief veronderstelt, is de rechtsstaat namelijk niet alleen een regime met bevoegdheidsverdelingen tussen staatsmachten, maar ook een samenlevingsmodel dat de verhoudingen tussen burgers onderling, en tussen burgers en de staat regelt. Het recht institutionaliseert daarom altijd een bepaalde politieke ordening. 't Hart stelde al in 1974 dat een dergelijke relationele kijk op het recht ertoe leidt dat ook het begrip rechtsstaat anders moet worden begrepen dan doorgaans vanuit het constitutionele perspectief wordt gedaan: 'men kan binnen het kader van het begrip rechtsstaat, het recht herleiden tot de wet, de legitimiteit tot de legaliteit en het gezag tot de bevoegdheid. Dat is zeker historisch gezien een mogelijke opvatting; maar het is niet de enig mogelijke.'⁸⁰ In het liberalisme van Foqué en 't Hart, waarbij zij zich op Ricoeurs rechtstheorie baseren, wordt de rechtsstaat daarom niet in de eerste plaats begrepen als een negatieve *beperking* van staatsmacht, maar is het recht als mediërende institutie juist een emancipatoire, machtskritische *ruimte* van waaruit pas bescherming tegen het recht, bescherming door het recht en

79 Waldron noemt dit denken in de rechtsfilosofie, dat niet tot de fundamenteen doordringt 'laundry list-denken': een opsomming van losse principes, zie Waldron 2023, p. 14.

80 't Hart 1999, p. 348.

bescherming tegen het systeem als geheel mogelijk wordt. Een liberale handhaving van de rechtsorde – waar de rechtsstatelijke legitimiteit van het OM en de raadsheren op gestoeld zou moeten zijn – kunnen we aan de hand van de analyse in paragraaf 7.4.2.2. daarom als volgt karakteriseren. Met Foqué en 't Hart kan worden gesteld dat het liberalisme een emancipatoire of ethische dimensie heeft: de erkenning van rechtssubjectiviteit geldt als rechtsstatelijke ondergrens voor de handhaving van de rechtsorde door het OM en de raadsheren. Geelhoeds analyse is karakteriserend voor het machtsperspectief van het liberale strafrechtelijke vocabulaire waarmee deze private autonomie gewaarborgd wordt: met de uitoefening van *positieve* macht moet op redelijke wijze kunnen worden ingestemd.

In de context van dit onderzoek betekent bovenstaande karakterisering dat een liberale handhaving van de rechtsorde in maatschappelijk gevoelige beklagzaken vanuit het perspectief van de individuele rechtsbescherming dat zowel het OM als de raadsheren aandacht hebben voor de rechten van de beklagde die als rechtssubject wordt aangesproken (bescherming tegen het recht), de door het strafrecht te beschermen (collectieve) belangen (bescherming door het recht) en ervoor waken dat het karakter van het strafrecht uitsluitend wordt begrepen volgens het in hoofdstuk 4 besproken verdachte-slachtofferparadigma (bescherming tegen het systeem). Maatschappelijk gevoelige beklagzaken zoals degene die leidden tot de eerste Wilders-zaak zouden zich met het liberale kader van Foqué en 't Hart daarom niet per se problematisch verhouden tot het normatieve uitgangspunt van rechtsstatelijke legitimiteit, althans wanneer rechtsstaat wordt begrepen vanuit de door hen geformuleerde liberale grondslagen daarvan. De open begrippen in het strafrecht zijn er immers voor alle burgers, en dus ook voor burgers en belangengroepen niet zijnde slachtoffer of verdachte. Wanneer we de aandacht van de emancipatoire dimensie van het liberalisme verschuiven naar het liberale machtsperspectief, ontstaan er echter problemen. De vervolging van Wilders bood inderdaad individuele rechtsbescherming op de verschillende niveaus die Foqué en 't Hart beschreven, zodat de raadsheren daarmee op liberale wijze een rechtsorde institutionaliseerden. Maar daarmee is het probleem dat die vervolging ook op andere manieren een politiek karakter had niet van een overtuigend antwoord voorzien. Het maatschappelijk gevoelige conflict had immers niet via het strafrecht een uitweg hóeven te vinden. Deze opvatting, dat dit een zaak was voor politiek-maatschappelijk debat, kan niet op rechtsstatelijke gronden worden gelegitimeerd omdat het in de kern een democratisch legitimiteitsprobleem is. Ten aanzien van dit legitimiteitsprobleem kunnen we ook niet beroepen op Geelhoeds uitgangspunt dat de controversiële vaststelling van het algemeen belang in deze zaak op grond van rationele principes, waarover we het allemaal eens zouden kunnen worden, zou kunnen worden bepaald: omdat zowel de invulling van het haalbaarheids criterium als die van het algemeen belang niet alleen voorwerp was van maatschappelijke maar ook van een

juridische strijd, was de beslissing om Wilders niet te vervolgen even 'rationeel' als de beslissing om dat wel te doen.

7.5.2.4 *Het liberale rechtsbegrip als categoriefout*

Voor veel liberalen is 'de samenleving' een optelsom van rechtssubjecten, met 'de gemeenschap' als schrikbeeld. Het liberale denkkader zoals die in de strafrechtelijke literatuur dominant is, heeft ertoe geleid dat de strijd om het algemeen belang in een verdeelde democratische samenleving altijd onbesproken is gebleven; het werd niet gezien of in termen van individuele belangen gedefinieerd. Het hiervoor uiteengezette liberale vocabulaire, waar het strafrecht alleen een *rechtsgemeenschap* zou institutionaliseren, biedt daarom een onvoldoende empirisch gefundeerd normatief kader voor maatschappelijk gevoelige beklagzaken. Vanwege de politieke vragen die hier aan de orde kunnen komen, behelst de institutionalisering van een politieke gemeenschap door het OM en de raadsheren meer dan de institutionalisering van een optelsom van rechtssubjecten. Zo rechtvaardigde het OM de beslissing tot niet-vervolgning in de Libor-zaak met de overweging dat de schikking 'de meest passende' en 'meest effectieve afdoening' zou zijn voor 'de samenleving'.⁸¹ In plaats van een dergelijke 'technocratische' institutionalisering van de samenleving benadrukten de raadsheren in de ING/Hamers-beschikking juist weer dat effectiviteitsargumenten niets afdeden aan het feit dat het van belang is via het strafrecht een waardengemeenschap te institutionaliseren: het strafrecht diende in deze zaak te laten zien wat 'van belang is in onze samenleving' en wat wij 'niet willen als samenleving'.⁸² Zowel het OM als de raadsheren geven met dergelijke overwegingen daarom ook een positieve invulling aan het algemeen belang en oefenen daarmee onvermijdelijk politieke macht uit, omdat zij er met hun vervolgingsbeslissing voor kiezen een bepaalde samenleving te institutionaliseren. De invulling van deze onvermijdelijke machtsuitoefening kan in dit type zaken daarom nooit op neutrale, apolitieke wijze, via objectieve, rationele criteria, worden vormgegeven: in een democratische samenleving zal het algemeen belang steeds voorwerp zijn van maatschappelijke strijd, die ook binnen het strafrecht kan worden gevoerd. De normering van de strijd om het algemeen belang via het strafrecht vereist daarom niet alleen aandacht voor rechtstheorie, maar ook voor democratietheorie. Hoewel Foqué en 't Hart met een verwijzing naar Lefort wel parallellen zien tussen het rechts- en democratiebegrip – beiden hebben een maatschappelijk ordenende taak – valt het tegen de achtergrond van de politiek-maatschappelijke werkelijkheid van instrumentalisering te begrijpen dat zij hun normatieve

81 '70 miljoen een passende afdoening', *Opportuun* 2015/2, p. 20-21.

82 Hof Den Haag 9 december 2020: ECLI:NL:GHDHA:2020:2347, r.o. 8.2.

liberale kader niet hebben aangevuld met een grondslagentheoretische analyse van het democratiebegrip.⁸³

Toch lijkt het hierboven geformuleerde liberale denkkader vandaag de dag losgetrokken te worden van de politiek-maatschappelijke context van machts-misbruik en willekeur waarin het tot stand kwam en kritiekloos te worden toegepast op de hedendaagse maatschappelijke aanspraken op het recht. De strijd om het algemeen belang via het recht dreigt daarmee al snel begrepen te worden in termen van individuele of hoogstens in termen van deelbelangen die zich op oneigenlijke wijze van het 'neutrale' algemene belang meester zouden maken. Zo karakteriseerde rechtsfilosoof Jonathan Soeharno algemeenbelangacties niet alleen als 'gepolariseerde zaken', maar ook als 'moreel gevoelige zaken'.⁸⁴ De risico's die deze zaken met zich meebrengen bespreekt hij samen met de zorgen rondom ontwikkeling dat politieke machthebbers (zoals in Rusland of Hongarije) via de open normen van het recht invloed uitoefenen op het optreden van de rechterlijke macht of het OM, net zoals dat gebeurde in nazi-Duitsland. Wat nodig zou zijn in deze moreel gevoelige zaken is een rechter 'met geweten' die zichzelf steeds afvraagt of hij zichzelf nog in de spiegel zou kunnen aankijken wanneer hij de tegenovergestelde opvatting van rechtvaardigheid via zijn uitspraak doorgang had laten vinden.⁸⁵ Het 'objectieve, neutrale recht' moet als 'gedeelde werkelijkheid' namelijk niet in dienst komen te staan van wat hij noemt 'social justice-opvattingen' (ter linker- en rechterzijde). Soeharno reikt de rechters die deze zaken voor zich krijgen vervolgens een liberaal vocabulaire aan: hij benadrukt 'neutraliteit', het voorkomen van 'polarisatie', 'onafhankelijkheid' en 'onpartijdigheid'.⁸⁶ Maar beide fenomenen – de politisering van het recht door machthebbers en de juridisering van de politiek door burgers – zijn natuurlijk van een hele andere orde. In het eerste geval wordt het recht als politiek vehikel aangewend door machthebbers die inderdaad via het recht individuele vrijheden beogen te beperken. Een liberaal vocabulaire is dan passend als kritisch rechtsstatelijk antwoord om deze politisering van het individuele leven tegen te gaan. Het laatste fenomeen ziet daarentegen op algemeenbelangacties die geïnitieerd worden door (groepen) burgers zélf die via de open normen van het recht een visie op de inrichting van de samenleving naar voren te brengen, juist omdat de maatschappelijke conflicten in hun ogen onvoldoende uitweg vinden in andere instituties. Het gaat deze burgers in zaken rondom bijvoorbeeld klimaat, migratie en stikstof natuurlijk niet om het vrij zijn in het vormen van een particuliere conceptie van het goede leven (private autonomie), maar om het

83 Zowel het rechts- als democratiebegrip vormen het 'symbolische zelfbeeld' (Leforts 'social imaginair') van een samenleving, aldus ook 't Hart 1994, p. 250-251.

84 Voor deze aanduidingen, zie Soeharno 2023; Fogteloo & Thomas 2024.

85 Dit noemt Soeharno 'mob-testing', een term geïntroduceerd door Roiphe, zie Soeharno 2023, p. 3481-3482.

86 Soeharno 2023, p. 3481-3482; Soeharno 2022.

tot uitdrukking brengen van een visie op de collectieve inrichting van de samenleving (publieke autonomie). Het zou dan ook een categoriefout zijn het liberale vocabulaire – waarin burgers slechts *rechtssubjecten* zijn – als kritisch kader te gebruiken voor zaken waar burgers in het publieke domein juist *democratisch burgerschap* beogen uit te oefenen om maatschappelijke conflicten een uitweg te laten vinden via de open normen van het recht die daarvoor in principe óók ruimte bieden. Het liberale kader heeft daarom een aanvullend democratisch kader nodig dat wel responsief is ten aanzien van de politiek-maatschappelijke werkelijkheid. Dat kader zal in het derde normatieve perspectief worden uitgewerkt.

7.5.3 Democratische legitimiteit: een democratische handhaving van de rechtsorde

7.5.3.1 *Van rechtsbegrip naar democratiebegrip in het strafrecht*

Omdat in maatschappelijk gevoelige beklagzaken zowel het normatieve criterium van de haalbaarheid van de vervolging als de opportuniteit daarvan kan raken aan de omstrede vraag naar het algemeen belang van een democratische samenleving, vereist een empirisch gefundeerd normatief kader een aanvullend grondslagentheoretisch kader dat een overtuigend antwoord kan bieden op de in dit proefschrift onderzochte democratische aanspraken die vandaag de dag op de strafrechtspleging worden gemaakt. Dat is niet alleen nodig ten aanzien van de democratische legitimiteitsproblemen die maatschappelijk gevoelige beklagzaken met zich mee kunnen brengen, maar zou ook de discussie rondom de legitimiteit van de rechterlijke macht in algemeenbelangacties een nieuwe impuls kunnen geven. Die discussie voltrekt zich namelijk volgens dezelfde liberale logica, zoals die hierboven is weergegeven. Ofwel wordt gesteld dat de rechter ‘gewoon’ het recht vindt en deze op machtsvrije wijze toepast, ofwel zouden maatschappelijk gevoelige kwesties thuishoren in het parlement, dat opgevat wordt als het exclusieve domein van de democratie.⁸⁷ Beide dominante normatieve perspectieven miskennen daarom dat de democratische strijd over wie wij zijn en willen zijn als samenleving óók via het recht kan worden gevoerd, zodat niet alleen recht en politiek, maar ook recht en democratie in onderling verband dienen te worden bestudeerd. Na respectievelijk het institutionele/constitutionele perspectief (par. 7.5.1) en

87 Deze twee smaken kwamen ook terug in het debat over de aanscherping van de representativiteitseisen voor algemeenbelangacties. Op de vraag van JA21 of de rechter steeds ‘proactiever’ optreedt, antwoordde de minister van Rechtsbescherming: ‘De mogelijkheid voor een belangenorganisatie om een collectieve actie in te stellen wijzigt niet het materiële recht. Met die mogelijkheid kunnen belangenorganisaties dus alleen bestaande materiële rechten verwezenlijken’, zie *Kamerstukken II 2023/24*, 36196, nr 40, p. 26-27.

het liberale perspectief (par. 7.5.2) zal hieronder het normatieve conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure vanuit een analyse van het democratiebegrip in het strafrecht bestudeerd worden. Nadat in paragraaf 7.5.3.2 de dominante democratie-opvattingen in de strafrechtswetenschappen zullen worden besproken, zal in paragraaf 7.5.3.3 aan de hand van de democratietheorie van Rosanvallon een nieuw democratisch perspectief op de strafrechtspleging naar voren worden gebracht waarvan in de voorgaande hoofdstukken al enkele bouwstenen zijn gegeven. Deze democratietheorieën stellen ons in staat om de democratie ook buiten het parlement te kunnen denken en daarmee om de rechterlijke beslissing in maatschappelijk gevoelige zaken niet alleen op rechtsstatelijke, maar ook op democratische wijze overtuigender te kunnen legitimeren dan dat tot nu toe wordt gedaan.

7.5.3.2 *Democratieopvattingen in de strafrechtswetenschap*

7.5.3.2.1 *Formele en materiële democratieopvatting: een constitutioneel perspectief*

Hoewel het normatieve karakter van het strafrecht meestal vanuit een liberaal rechtsbegrip is begrepen, wordt ook erkend dat de strafrechtspleging democratisch dient te worden gelegitimeerd.⁸⁸ Een grondslagentheoretische analyse van het democratiebegrip is echter achterwege gebleven, mogelijk omdat er nooit echt aanleiding leek te zijn de democratische legitimiteit van de strafrechtspleging te problematiseren. Democratie in de strafrechtspleging is voor strafrechtjuristen immers vooral een schrikbeeld geweest: het werd en wordt al snel in verband gebracht met een anti-rechtsstatelijk gemeenschapsdenken. Als gevolg van dit liberale denkkader – rechtssubjectiviteit als dam tegen ‘het volk’ – is ook de theorievorming rondom de relatie tussen democratische samenleving en de strafrechtspleging nooit echt van de grond gekomen. In plaats daarvan circuleren er in de strafrechtelijke literatuur verschillende opvattingen van democratie, die democratie en democratische legitimiteit meestal terugbrengen tot enkele losse democratische waarden. Waar ‘t Hart bijvoorbeeld uitgebreid inging op het rechtsbegrip en de grondslagen daarvan, formuleerde hij de democratische legitimatie van de strafrechtspleging slechts in termen van de ‘democratische eis van controle en verantwoording’ en ‘de totstandkoming van regelgeving en besluiten’.⁸⁹ Datzelfde zien we in het proefschrift van Geelhoed, die twee vormen van democratische controle onderscheidt in onze strafrechtspleging: de wet en de mogelijkheid van controle van de volksvertegenwoordiging via de verantwoordelijkheid van de minister van Justitie en Veiligheid.⁹⁰ Deze democratieopvattingen zouden we een formele democratieopvatting kunnen noemen: het politieke besluitvormingsproces wordt geregeld naar vorm (de in de wet neergelegde bevoegdheden) en

88 Zie o.a. ‘t Hart 1994, p. 320.

89 ‘t Hart 1994, p. 324.

90 Geelhoed 2013, p. 111-112.

wordt niet begrensd door de inhoud. Met deze formele democratie-opvatting worden rechtsstaat en democratie dus strikt uit elkaar gehouden. Zo stelt 't Hart:

'De democratische rechtsstaat dient dan ook steeds zowel op democratisch niveau – namelijk vooral wat betreft de totstandkoming van regelgeving en besluiten – als op rechtsstatelijk niveau – namelijk vooral wat betreft de uiteindelijke aard van die regelgeving en besluiten en de uitvoering daarvan- gelegitimeerd te zijn'.⁹¹

Een materiële democratieopvatting, welke opvatting de democratieconceptie wél inhoudelijk begrenst op grond van een morele kern van de democratie (meestal mensenrechten), vinden we in de strafrechtelijke literatuur eigenlijk niet terug, mogelijk omdat het liberale rechtsbegrip in het strafrecht juist zo met de rechtsstaat verbonden is geraakt.⁹² Het zou volgens 't Hart dan ook onwenselijk zijn beide vormen van legitimatie 'in elkaar te schuiven': de rechtsstatelijke legitimatie is in een democratische rechtsstaat juist een heldere extra normatieve toets, zodat we niet kunnen volstaan met de vaststelling dat de legitimiteit van de strafrechtspleging gegeven is wanneer besluiten volgens de juiste procedures tot stand zijn gekomen.⁹³

In bovenstaande formele democratieopvatting wordt democratie daarom begrepen als het exclusieve domein van het parlement van welke institutie de democratische legitimiteit van de strafrechtelijke actoren worden afgeleid. Die dominante opvatting over de verhouding tussen democratie en rechtsstaat zien we ook terug in de bredere discussie rondom algemeenbelangacties: de rechter is er als 'tegenmacht' uitsluitend voor 'rechtsbescherming' en het is niet de bedoeling dat die zelf politieke macht uit gaat oefenen.⁹⁴ In maatschappelijk gevoelige zaken komt die taak onder druk te staan, zo uitte de Raad van de Rechtspraak in het eerder aangehaalde visiedocument gericht aan de staatscommissie Rechtsstaat: 'als de Rechtspraak niet meer als noodzakelijke tegenmacht maar als hindermacht wordt gezien, verstoort dit de balans tussen de staatsmachten'. Maar in maatschappelijk gevoelige beklagzaken is de rechter niet alleen tegenmacht of hindermacht tegenover de wetgever. De klachten kunnen er namelijk toe leiden dat de raadsheren via de positieve invulling van het algemeen belang tegenover het OM zélf politieke macht moeten uitoefenen. Bovendien ontkent deze constitutionele democratieopvatting de legitieme democratische strijd die binnen het strafrecht kan worden gevoerd, zodat een andere democratieopvatting is aangewezen om de democratische legitimiteit van de beslissing van de raadsheren in deze zaken te onderzoeken.

91 't Hart 1994, p. 218.

92 Ik ben het in ieder geval niet tegengekomen.

93 't Hart 1994, p. 218.

94 Voor een illustratie van deze opvatting, zie o.a. Hofhuis 2024, p. 886.

7.5.3.2.2 Democratie als democratisering: toekomen aan de individuele behoeften van concrete burgers

Democratie is door de strafrechtswetenschap niet alleen vanuit constitutioneel perspectief geconceptualiseerd, maar ook op meer maatschappelijk niveau begrepen als ‘democratisering’ of ‘privatisering’: het toekomen van de strafrechtspiegeling aan de feitelijke behoeften van rechtzoekenden en de samenleving.⁹⁵ Het ideaal dat de rechterlijke macht toekomt aan feitelijke behoeften ligt ook ten grondslag aan MER, welk initiatief de (empirische) legitimiteit van de rechterlijke macht zou vergroten. Dat geldt ook voor de theorie van ervaren procedurele rechtvaardigheid. Deze vormen van democratisering spelen in op het gevoel van burgers dat het onpersoonlijke rechtssysteem met zijn abstracte categorieën hun concrete noden onvoldoende zou erkennen.

Na de toeslagenaffaire is de aandacht voor ‘de menselijke maat’ steeds meer centraal komen te staan. Met bijvoorbeeld het uitnodigen van de Belastingdienst spelen ook de raadsheren hierop in. Datzelfde geldt voor het ‘sociaal horen’ – hoewel volgens de raadsheren ‘juridisch natuurlijk volstrekt irrelevant’ – en de verwijzingen naar de in de gerechtshoven gelegen *mediation*bureaus. Meer in het algemeen kan worden gedacht aan de erkenning van slachtoffers, van wie uit onderzoek blijkt dat zij het spreekrecht onder meer waardevol achten vanwege het gevoel van controle op het proces, het gezien en gehoord worden of vanwege een therapeutisch effect.⁹⁶ De toenemende vermaatschappelijking van het strafrecht, waarin de concrete burger en niet (alleen) het rechtssubject aan zijn trekken komt – kan echter ook op kritiek rekenen: het zou tot een ongewenste privatisering van een publiekrechtelijk rechtsgebied leiden.⁹⁷ In zijn oratie stelde De Jong daarom dat deze politiek-maatschappelijke ontwikkeling een nieuwe grondslagentheoretische analyse van het strafrecht zou vereisen: ‘het publieke karakter wordt in toenemende mate verdrukt door een geheel van particularistische narratieve relazen van de direct betrokkenen’.⁹⁸ Het ‘kwijnende bestaan van de publieke ruimte’ uit zich volgens De Jong bijvoorbeeld in de geringe zeggingskracht van het algemeen belang.⁹⁹ De analyse van Foqué en ‘t Hart – het gevaar van een strafrecht als dogmatisch geworden systeem waar andere narratieven en herbeschrijvingen de pas af worden gesneden – zou in de hedendaagse politiek-maatschappelijke context volgens De Jong daarom wel een update kunnen gebruiken. Foqué en ‘t Hart waarschuwen namelijk voor een spook dat niet meer bestaat in een postmoderne samenleving waar nu juist een overvloed aan particuliere narrativiteiten aanwezig zouden zijn.¹⁰⁰ Dat zou ook gevolgen moeten hebben voor de straf-

95 Zie o.a. Cleiren & De Roos 2002.

96 Kragting e.a. 2022.

97 Zie o.a. de kritische opmerkingen in Veraart 2005; Veraart 2013.

98 De Jong 2016, p. 32.

99 De Jong 2016, p. 25.

100 De Jong 2016, p. 32-33.

rechtswetenschap die in onze tijd niet langer de private autonomie zou moeten beschermen tegen de 'koloniserende staatsmacht', maar juist de publieke sfeer tegen de 'koloniserende macht van het private'.¹⁰¹ De belangrijkste vraag die door de strafrechtswetenschap beantwoord moet worden is daarom niet hoe private autonomie te beschermen, maar wat ons nog bindt. Daarom roept De Jong op om 'het symbolische' – de fenomenen die gemeenschap stichten – in de strafrechtspleging weer meer aandacht te geven tegenover de 'diabolische krachten', die de gemeenschap splijten. Waar de diabolische krachten in het hedendaagse strafrecht volgens De Jong vooral voortkomen uit 'een cultuur van angst en veiligheid in de laatmoderne beeldcultuur', kunnen de juridische begrippen uit het strafrecht deze onmiddellijke werkelijkheid juist op afstand zetten, omdat de samenleving daarmee als een nieuwe symbolisch geordende, specifiek juridische wereld verschijnt.¹⁰² Omdat het strafrecht in gijzeling is genomen door de diabolische krachten vanuit de samenleving (de angst), moet een nieuwe grondslagentheorie de angst daarom 'in cultuur brengen'. Hoewel De Jong (de contouren van) zijn nieuwe grondslagentheorie 'systeemtranscendent' noemt – tegenover Foqué en 't Harts 'systeemimmanente' theorie – bevestigt ook hij het dominante liberale denkkader: uiteindelijk staat het strafrecht als symbolische kracht 'gewoon' weer in dienst van de individuele rechtsbescherming en rechtssubjectiviteit.¹⁰³

Ook deze empirische en normatieve analyses rondom het thema 'democratisering van de strafrechtspleging' – opgevat als het toekomen aan individuele behoeften van concrete burgers in plaats van abstracte rechtssubjecten – brengen ons daarom niet veel verder in de zoektocht naar de democratische legitimiteit van vervolgingsbeslissingen in maatschappelijk gevoelige beklagzaken. Telkens hebben ze betrekking op maatschappelijke aanspraken op het strafrecht die in termen van individuele belangen of 'particuliere relazen' begrepen kunnen worden, terwijl de democratische strijd over de positieve invulling van het algemeen belang niet aan bod komt. De concurrerende invullingen van het algemeen belang in sommige maatschappelijk gevoelige beklagzaken wijzen namelijk eerder op concurrerende 'publieke relazen', omdat deze strijd zich afspeelt binnen de symbolische, geordende juridische werkelijkheid. De Jong baseerde zijn analyse voor een groot deel op de existentiële filosofie van Kierkegaard en Heidegger, van waaruit de individualistische inslag te verklaren is.¹⁰⁴ Het was echter niet voor niets dat Van Middelaar het (Franse) existentialisme van 'politicide' beschuldigde; het leidde tot de dood van het politieke subject.¹⁰⁵ Dat lijkt ook voor de strafrechtstheorie te gelden: de bur-

101 De Jong 2016, p. 35.

102 De Jong 2016, p. 35.

103 Dit blijkt eveneens uit eerdere overwegingen, zoals dat strafrecht bijdraagt aan de vorming van 'het reflecterend zelf' en de mogelijkheid biedt 'om in relatieve vrijheid het bestaan te ontwerpen', zie De Jong 2016, p. 9-10 en 29-31.

104 De Jong 2016, p. 15-19.

105 Van Middelaar 2011.

ger is of rechtssubject of hij heeft slechts individuele behoeften. Toch is er in de strafrechtelijke literatuur wel enige aandacht geweest voor democratietheorie, en daarmee voor de erkenning dat burgers misschien toch iets substantieels over de collectieve vormgeving van de samenleving te zeggen hebben. Het strafrecht wordt dan niet slechts gekarakteriseerd als ‘gekanaliseerde staatsmacht’ of een instituut dat moet ‘laveren tussen ratio en emotie’ (waar de ratio dan bij de staatslogica zou berusten en de emotie bij de burger).¹⁰⁶ Tegenover deze liberale karakterisering van het strafrecht was Peters de grondlegger van een meer democratische strafrechtspleging, mét erkenning van het belang van rechtsbescherming. Peters’ opvatting van het (straf)recht als kritische discussie is sterk geïnspireerd door Habermas’ democratietheorie. Daarin wordt niet het individuele *rationele denken* tegenover emoties of individuele behoeften geplaatst, maar juist de nadruk gelegd op *communicatieve rationaliteit*, die pas op intersubjectieve wijze tijdens democratische procedures (op tegenspraak) tot stand komt.¹⁰⁷

7.5.3.2.3 *Recht als kritische discussie; legitimiteit als Habermasiaanse dialoog*

Volgens Peters heerst er onder juristen en leken een dominante opvatting van het recht als maatschappelijke controle. Het is een opvatting waarin recht wordt geassocieerd met orde, eenduidigheid van betekenissen, slechting van geschillen en handhaving van regels. Dat is in het hedendaagse debat niet heel veel anders: wanneer de norm open is en de samenleving verdeeld, wordt omwille van individuele vrijheden al snel het belang van de rechtszekerheid ingeroepen, om daarmee de rechterlijke beslissing te de-legitimeren.¹⁰⁸ We zagen het ook terug in de in paragraaf 7.5.1 besproken constitutionele perspectieven op de legitimiteit van de beklagprocedure. Ook daar lag immers de nadruk op ‘machtswoorden’ van staatsmachten en een rechtvaardiging daarvan door ze in het kader te plaatsen van ‘een bestaande staatsinrichting, politieke machtsconstellatie, maatschappelijke belangenstructuur en ideologie’.¹⁰⁹

Tegen een dergelijke ordelijke opvatting van het recht – die leidt tot een statische opvatting van legitimiteit – verzet Peters’ kritische rechtstheorie zich. Deze rechtstheorie, die al kort besproken is in het tweede hoofdstuk, staat juist voor dat het recht kritische discussie mogelijk maakt en tegenstrijdigheden omarmt, zodat *feitelijke* machtsrelaties in een *juridische* orde genormeerd kunnen worden. Omdat het recht op verschillende manieren geïnterpreteerd en gebruikt kan worden, heeft het recht bij uitstek een maatschappijkritisch potentieel.¹¹⁰ Het bijzondere van een juridische orde is volgens Peters daarom niet

106 Cleiren & Hol 2013; Cleiren 2018.

107 Habermas noemt dit de *proceduralization of popular sovereignty*, zie Habermas (1992) 1996, p. 295-302 en 475-477.

108 Zie o.a. Schutgens 2021, p. 11-22.

109 Peters 1993e, p. 209.

110 Peters 1993e, p. 209.

de zekerheid die zij geeft, maar juist de veranderbaarheid en meerduidigheid 'van orde, wetten, officiële besluiten, rechterlijke uitspraken, contractsbepalingen en andere juridische vastigheden'.¹¹¹

Dit kritische rechtsbegrip zien we duidelijk terug in Peters' onderscheid tussen het proces en de procedure:

'Het proces past in een setting van ondergeschiktheid, afhankelijkheid, willekeur, uitgesloten zijn van conflict en tegenspraak, en eenzijdige dwangmatigheid, en het vertoont zelf deze kenmerken in versterkte, geconcentreerde vorm. Daarentegen wordt procedure gekenmerkt door gelijkheid, onafhankelijkheid, vormelijkheid, strijd en voluntarisme.'¹¹²

Voor Peters is de procedure op tegenspraak de 'vindicatie van vrijheid'; het proces slechts 'de realisatie van onvrijheid'.¹¹³ Dat de rechtszaal voor Peters daarom juist een forum voor maatschappelijk debat kan en moet zijn, werd in het tweede hoofdstuk van dit proefschrift al aangestipt: 'Als het heersende discours de parlementaire omgangsvorm heeft gemonopoliseerd en als deze vorm belangrijke vragen niet toelaat, dan kan echte discussie alleen elders en op andere wijze worden gevoerd.'¹¹⁴ Ook in Peters' denken worden recht en politiek aldus samen gedacht. Met de kritische discussie die in het recht besloten ligt en in de procedure wordt gerealiseerd, wordt immers vormgegeven aan de politieke dimensie van het samenleven.¹¹⁵ Peters' maatschappijkritische analyse (uit de jaren '70) was echter vooral bedoeld voor verdachten ('uit de onderste maatschappelijke lagen') wiens 'werkelijke vrijheid' niet door het onpersoonlijke en bureaucratische rechtssysteem werd gewaarborgd.¹¹⁶ Onder die 'empirische dwangsituatie' verwordt een procedure immers al snel tot een kafkaësk proces en het recht in plaats van een kritische reflectie op de feitelijke machtsrelaties een verlengstuk van de staat. Het is daarom juist in de contradictoire procedure dat de *jurist* zijn eigen specifieke bijdrage kan leveren aan de democratische rechtsorde. In de procedure op tegenspraak kunnen deze scheve machtsverhoudingen namelijk worden rechtgetrokken en de abstracte rechten van verdachten ook 'feitelijk geldend [...] worden gemaakt'.¹¹⁷

De kenner zal al snel de gelijkenis zien tussen Peters' waardering voor de procedure en Habermas' ideaal van een machtsvrije gesprekssituatie. Peters

111 Peters 1993e, p. 216.

112 Peters 1993b, p. 90.

113 Peters 1993b, p. 92.

114 Peters 1993e, p. 223

115 Peters 1993e, p. 217.

116 Peters 1993b, p. 86-87.

117 Peters 1993a, p. 34.

erkent dan ook dat zijn denken sterk door Habermas geïnspireerd is.¹¹⁸ Tegen die achtergrond is ook Peters' vrijheidsbegrip te begrijpen: de mogelijkheid om het verloop en de uitkomst van processen mee te bepalen.¹¹⁹ Natuurlijk, 'de maatschappij is geen dispuutgezelschap en het sociale leven zou tot stilstand komen' wanneer alle normatieve aanspraken eerst onderworpen zouden worden aan een kritische discussie. 'Waar het echter om gaat', aldus Peters, 'is dat zo'n discussie mogelijk is'.¹²⁰ Later zou Peters – door 'de Japanse ervaring' die hem die inzichten gaven – juist Habermas' 'kolonisering van de leefwereld' lenen om het formeel-juridische westerse rechtssysteem te karakteriseren.¹²¹ Zijn eerdere maatschappijkritische rechtstheorie werd vanaf midden jaren '80 steeds meer overschaduwd door rechtssociologische analyses en een meer communitaristische kijk op het recht, zoals hij dat in Japan zag: daar, anders dan bij ons, geen 'abstractie van de concrete mens', 'abstractie van het moreel besef van de leefwereld', 'en abstractie van het eigen handelen van de rechter'.¹²² Zo was de late Peters eigenlijk een soort vroege voorloper van MER: hij uitte kritiek op het liberale formeel-juridische ordeningsmodel en juist enthousiasme voor het Japanse morele ordeningsmodel waarin waarden van gemeenschap en menselijkheid centraal staan. Dat is ook niet zo vreemd, nu Selznick Peters' leermeester was en hij deze (mede)grondlegger van het begrip *responsive law* (de theoretische onderbouw van MER) zeer bewonderde.¹²³ Toch is de kritische rechtstheorie en de waardering voor de juridische procedure met zijn machtskritische dimensie, nooit helemaal verdwenen. In de tekst 'Naar een herwaardering van het juridische model van maatschappelijke orde' uit 1989 benadrukt Peters immers opnieuw dat de belangrijkste waarde van het juridisch model 'de procedurele regeling van besluitvorming' is: 'beperking van willekeur, controle van gezagsuitoefening, procedurele normering van de macht die het ene subject over het andere mag uitoefenen, dat zijn de ideële belangen waar een rechtsorde garant voor behoort te staan'.¹²⁴

Hoewel Peters geïnspireerd was door Habermas' democratietheorie waarin de machtsvrije gespreksituatie centraal staat, waren zijn beschouwingen over democratisch burgerschap uiteindelijk gericht op de verdachte. Altijd al – en dus ook vóór zijn 'Japanse wending' – leek de vrijheid van de verdachte als mens centraal te staan: eerst tegenover de staat in de procedure en later in zijn samenlevingsverbanden. Het recht is voor Peters dus zowel noodzakelijk

118 Peters stelt dat zijn idee van recht als kritische discussie aansluit bij Habermas' concept van 'herrschaftfreier Diskurs', zie Peters 1993e, p. 234-238.

119 Peters 1993b, p. 104.

120 Peters 1993e, p. 235.

121 Peters 1993g.

122 Peters 1993d, p. 203-204.

123 Peters noemt naast Habermas en Rawls, Selznick als zijn derde belangrijke inspiratiebron, Peters 1993e, p. 234.

124 Peters 1993f, p. 401.

voor de controle op staatsmacht, maar ook een bedreiging voor spontane en humane menselijke interacties. Toch zouden we Peters' analyse – zoals in het eerste hoofdstuk al werd voorgesteld – kunnen doortrekken naar het type zaken waar dit proefschrift betrekking op heeft. Ook de klagers in maatschappelijk gevoelige beklagzaken zouden natuurlijk aanspraak kunnen maken op de kritische dimensie van het recht, en de effectuering daarvan middels participatie aan een kritische discussie in de rechtszaal. Bovendien zou het onze zoektocht naar de democratische legitimiteit van de raadsheren in dit type zaken verder kunnen brengen. Volgens Peters is het recht als kritische discussie namelijk één van de mogelijke antwoorden (en volgens hem de beste) op 'het chronische legitimiteitsprobleem van de macht'.¹²⁵ Omdat legitimiteit voortdurend om onderhoud vraagt, staat Peters een dynamisch legitimiteitsconcept voor, die bovendien kritisch is: een beslissing is legitiem wanneer hij gerechtvaardigd is door rationele argumenten die in een kritische discussie naar voren zijn gebracht.¹²⁶ In die zin verschilt Peters' legitimiteitsopvatting op belangrijke punten van het empirische legitimiteitsconcept van de theorie van procedurele rechtvaardigheid, waar de moderne jurist na deze beschouwingen over het belang van de procedure misschien aan zou denken. Deze legitimiteitsopvatting noemt hij 'statisch' en 'conformistisch', omdat hij zich slechts richt op het 'creëren van acceptatie-bereidheid door involvering in processen'.¹²⁷

Bovenstaande analyse van Peters over recht als kritische discussie, burgerschap en legitimiteit doet bovendien sterk denken aan de bespiegelingen van Loader en Sparks, zoals die in hoofdstuk 3 van dit proefschrift naar voren zijn gebracht. Ook zij bekritiseerden de dominante statische empirische en normatieve concepties van legitimiteit en benadrukten daartegenover het kritische potentieel van een legitimiteitsopvatting als dialoog. 'Why not Habermas?', vroeg één van de anonieme *peer-reviewers* naar aanleiding van dit hoofdstuk dat ook als artikel werd gepubliceerd. De redactie droeg mij omwille van de leesbaarheid op hier niet over uit te wijden, maar de vraag zal op dit punt toch moeten worden beantwoord. Loader en Sparks stelden zich namelijk op Rosanvallon's democratietheorie te baseren, die juist géén Habermassiaanse dialoog voorstaat waar uiteindelijk na 'kritische discussie' de kracht van het beste argument de legitimiteit van de beslissing fundeert.¹²⁸ In tegenstelling tot Habermas, die een veronderstelde universele 'communicatieve rede' nodig heeft om beslissingen uiteindelijk te kunnen funderen in een rationele consensus, benadrukt Rosanvallon juist de openheid van de democratie, en daarmee het *gebrek* aan ultieme rationele funderende principes voor politieke beslissin-

125 Peters 1993e, p. 232.

126 Zie ook de tabel met vier legitimiteitsopvattingen langs de assen statisch-dynamisch en conformistisch-kritisch in Peters 1993e, p. 232.

127 Peters 1993e, p. 232.

128 Loader & Sparks 2013, p. 106.

gen.¹²⁹ Daarmee staat Habermas in de traditie van democratische consensusdenkers, terwijl Rosanvallon in die van de conflictdenkers moet worden geplaatst (daarover meer in de volgende paragraaf). Het is niet dat er volgens deze conflictdenkers in een democratie geen debat met argumenten kan en moet zijn, maar als het erop aankomt en er voor machthebbers meerdere 'redelijke beslissingen' overblijven, volgt uiteindelijk onvermijdelijk een politiek machtswoord over de collectieve inrichting van de samenleving.¹³⁰ Loader en Sparks lijken echter niet bekend te zijn met deze verschillende tradities in de politieke filosofie: waar zij zich aanvankelijk stellen te baseren op Rosanvallon's democratietheorie en diens concept van democratische legitimiteit, eindigt het artikel met voorstellen die juist zijn geïnspireerd door de deliberatieve democratie van Habermas. Zo moeten er fora worden gecreëerd, voorbij het parlement (tot daar de invloed van Rosanvallon), waardoor 'a more democratic and deliberative politics of crime' mogelijk wordt.¹³¹ Het is dit deliberatieve ideaal waar de uiteindelijke waarde van het legitimiteitsconcept voor Loader en Sparks in schuilt: alleen middels 'inclusive dialogues' kan macht telkens opnieuw worden bevraagd.

Met deze mengeling verdwijnt echter de nuance tussen beide democratietheorieën en de daaruit voortvloeiende opvattingen van democratische legitimiteit: Habermas benadrukt inclusieve en deliberatieve procedures en de mogelijkheid tot redelijke consensus, terwijl Rosanvallon juist het belang van maatschappelijk *conflict* en politieke *macht* centraal stelt. Beiden zien legitimiteit als dialoog, maar vullen die dialoog vervolgens anders in. De vraag is namelijk: wat voor dialoog, en tussen wie? Habermas en Peters staan een machtsvrije dialoog voor tussen rationele burgers die in een machtsvrije gespreksituatie (de procedure) redelijke consensus kunnen bereiken over de normatieve uitgangspunten waarop de inrichting van de samenleving gestoeld moet zijn: 'de enige dwang die is toegestaan is die van het betere argument.'¹³² Rosanvallon daarentegen benadrukt juist de democratische dialoog tussen mediërende instituties en meerdere publieken, waarbij de eerste uiteindelijk altijd politieke macht uitoefent omdat de politieke gemeenschap vanuit een feitelijk verdeelde samenleving moet worden *geconstrueerd* in de afwezigheid van rationeel funderende principes. Anders gezegd, we zouden in theorie wel alle vertegenwoordigers van deze verdeelde samenleving voor een kritische discussie kunnen uitnodigen tijdens de beklagprocedure – net zoals dat stichting Milieu en Mens mocht aanschrijven bij de zaak Milieudefensie tegen Shell – in het geval van de aanwezigheid van meerdere 'redelijke' oplossingen volgt

129 Voor Habermas' legitimiteitsopvatting, zie Habermas (1992) 1996, p. 304; over de openheid van democratie, zie Rosanvallon 2011b, p. 98.

130 Over macht en legitimiteit bij democratische conflict- en consensusdenkers, zie Rummens 2008.

131 Loader & Sparks 2013, p. 112.

132 Peters 1993e, p. 235.

uiteindelijk onvermijdelijk een politiek machtswoord over welke visie op het algemeen belang het strafrecht zal beschermen.¹³³

Het is de gemene deler van alle voorgaande besproken democratie- en rechtsopvattingen: de ontkenning van maatschappelijk conflict in een democratische samenleving en/of de politieke vragen die rijzen bij de institutionalisering daarvan via het (straf)recht. Telkens wordt de strijd om de positieve invulling van het algemeen belang 'gladgestreken' via theorieën die (uiteindelijk) van de verdeelde democratische samenleving en de democratische strijd via het strafrecht abstraheren. Het derde hoofdstuk eindigde dan ook met de normatieve vraag en een aantal eerste richtinggevende gedachten hoe de raadsheren een verdeelde democratische samenleving op democratische wijze zouden kunnen institutionaliseren, mét erkenning van de politiek-maatschappelijke interactieprocessen in een verdeelde democratische samenleving en de legitieme democratische strijd en de institutionalisering daarvan binnen de normatieve kaders van het recht die daaruit voortkomt. In de volgende paragraaf zal met de democratietheorie van Rosanvallon (en zijn leermeester Lefort) opnieuw aandacht zijn voor deze rol van 'het maatschappelijke' en 'het politieke' in de strafrechtspleging met welk democratisch vocabulaire de democratische legitimiteit van de vervolgingsbeslissing in het geval van de derde subcategorie van maatschappelijk gevoelige beklagzaken kan worden gedacht.

7.5.3.3 *Rosanvallons democratietheorie: democratische legitimiteit als dialoog in een post-totalitaire samenleving*

7.5.3.3.1 *Met Peters, voorbij Peters: participatie, deliberatie én responsiviteit in de moderne democratie*

Voorgaande normatieve analyse illustreerde dat theorievorming rondom de legitimiteit van de strafrechtspleging nooit los moet worden gezien van de politiek-maatschappelijke context waarbinnen deze tot stand kwam. Een normatief kader dat responsief beoogt te zijn ten aanzien van de politiek-maatschappelijke werkelijkheid vereist dan ook altijd een 'actualiteitsanalyse', zoals Foucault dat noemde: wat is er nu precies aan de hand, tegenover welke 'filosofische kwestie van het heden' wij beogen een kritische houding aan te nemen?¹³⁴ Het is om deze reden dat dit proefschrift drie (historisch geïnformeerde) conceptueel te onderscheiden 'hoofdstukken' van de beklagprocedure introduceerde. Deze hoofdstukken worden gekenmerkt door verschillende maatschappelijke aanspraken op (of karakterisering van) het strafrecht: een rechtsstatelijk eerste hoofdstuk waarin machtsmisbruik en willekeur de negatieve begrenzingen van het optreden van het OM vormen, een tweede hoofdstuk waarin de private belangen van klagers/slachtoffers een plek hebben, en een

133 Hof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:736.

134 Foucault 1984.

democratisch derde hoofdstuk waarin het conflict rondom de positieve invulling van het algemeen belang centraal staat. Omdat het onderscheid tussen de drie hoofdstukken een historisch geïnformeerd *conceptueel* onderscheid betreft, en niet zozeer een lineair-historische ontwikkeling, kan het strafrecht vandaag de dag door de samenleving in dezelfde zaak binnen drie verschillende vocabulaires worden begrepen. Dat zagen we duidelijk in de zaak-Henriquez: de beslissing van het OM om de drie andere agenten niet te vervolgen werd door andere leden van de samenleving niet onredelijk bevonden (hoofdstuk 1); de familie van Henriquez wilde de agenten graag in de ogen kijken (hoofdstuk 2); maar bovendien een kritische discussie voeren (en beslecht hebben) over de toe te passen strafrechtelijke normen die ons als samenleving definiëren (hoofdstuk 3). Deze drie verschillende vocabulaires zullen vanwege hun conflicterende logica in de praktijk vaak botsen, waarna onvermijdelijk legitimiteitsproblemen ontstaan. Zo wordt het strafrecht in het eerste hoofdstuk gekarakteriseerd als *ultimum remedium*, zodat de legitimiteitsvraag betrekking heeft op de relatie tussen de *individuele vrijheid* van rechtssubjecten en een repressieve staatsmacht die daarop inwerkt. Het democratische vocabulaire in het derde hoofdstuk komt juist voort uit de behoefte aan een kritische discussie tijdens een strafprocedure over de toe te passen normen die ons als *samenleving* definiëren. De legitimiteitsvraag heeft hier daarom geen betrekking op de rationele rechtvaardiging van een juridische (repressieve) staatsmacht, maar op de wijze van uitoefening van politieke macht (hier opgevat als de positieve invulling van het algemeen belang). Het is de spanning tussen de terughoudendheid uit het eerste hoofdstuk en de democratische betekenisgeving aan de strafrechtspleging in het derde hoofdstuk die wij in deze normatieve analyse aan het onderzoeken zijn: hoe de vervolgingsbeslissing op rechtsstatelijke én democratische wijze te legitimeren wanneer discussie over het algemeen belang van de vervolging bestaat, omdat klagers slechts een deel zijn van een verdeelde democratische samenleving?¹³⁵

Wat betreft de rechtsstatelijke legitimiteit van de vervolgingsbeslissing is aan de hand van het werk van Foqué en 't Hart inmiddels een alternatief liberaal vocabulaire naar voren gebracht, zodat de inzet van het strafrecht niet alleen in termen van de beperking van staatsmacht moet worden begrepen. Waar de oorspronkelijke *ultimum remedium*-gedachte uit het eerste hoofdstuk namelijk moet worden geplaatst binnen de 'eerste versie' van het liberalisme (het zoveel mogelijk beperken van staatsmacht tegenover natuurlijk gegeven individuele vrijheden), stelt Ricoeurs 'tweede versie' dat het recht als mediërende institutie onmisbaar is voor de erkenning van rechtssubjectiviteit, zodat

135 Het tweede hoofdstuk blijft in deze normatieve analyse buiten beeld, omdat het dergelijke democratische legitimiteitsproblemen niet oproept. Het gaat hier immers om zaken die de belangen van klager en beklagde niet overstijgen. De legitimiteitsproblemen zijn hier hoogstens van rechtsstatelijke aard, waarvoor, zoals we zagen, al een toereiken (liberaal) kritisch vocabulaire voorhanden is.

deze symbolische functie van het recht een mogelijkheidsvoorwaarde is voor individuele vrijheid. De vraag naar rechtsstatelijke legitimiteit is binnen dit tweede liberale vocabulaire geen keuze tussen het al dan niet inzetten van repressieve staatsmacht, maar de vraag naar de institutionalisering van deze samenleving als rechtsgemeenschap of een institutionalisering die daaraan voorbijgaat. Ook de inzet van het strafrecht in maatschappelijk gevoelige beklagzaken kan daarom zijn rechtsstatelijke legitimatie vinden in de verschillende niveaus van rechtsbescherming: rechtsbescherming tegen en door het recht; en rechtsbescherming tegen het systeem dat misschien momenteel binnen het verdachte-slachtofferparadigma wordt begrepen, maar waarvan betrokken burgers en ngo's proberen te voorkomen dat dat verwordt tot een vorm van 'afbeeldingsdenken'. Het waren bijvoorbeeld de klagers in de Wilders-zaak die als rechtssubject (in plaats van 'moslim' of 'slachtoffer') bescherming door het recht zochten. Dat zagen we ook bij de klagers in de Martijn-zaak die door de media nogal eens onder de categorie 'pedojagers' werden geschaard. Die rechtsbeschermende aanspraken van klagers hoeven overigens niets af te doen aan de bescherming van de beklagde tegen het recht door deze als burger aan te spreken. Toepassing van het strafrecht, zo zou kunnen worden betoogd, zou daarom ook in deze zaken een rechtsgemeenschap institutionaliseren en daarmee de ethische dimensie in de sfeer van het politieke erkennen.

Bovenstaand alternatief rechtsstatelijk vocabulaire biedt ook een weerwoord tegenover het *frame* van degenen die hun vervolgingen, net zoals Wilders dat deed, karakteriseren als een 'politiek proces' dat gestart zou zijn door een 'activistisch en partijdig' OM, waarna de rechterlijke macht op dezelfde 'totalitaire' wijze de rechtsstaat geweld aan zou doen.¹³⁶ De ethische dimensie in de sfeer van 'het politieke' – voor Foqué en 't Hart het onderscheidende kenmerk van een liberale samenleving – ziet namelijk op de manier waarop een liberale samenleving zich via het recht op symbolische wijze institutionaliseert (als rechtsgemeenschap), en niet op de feitelijke machtsstrijd van 'de politiek'. De vraag naar de democratische legitimiteit van de vervolgingsbeslissing vereist echter nog een aanvullend *democratisch* vocabulaire waarmee de beslechting van de strijd om de positieve invulling van het algemeen belang binnen de kaders van het recht gelegitimeerd kan worden. Voor de democratische legitimatie van de uitoefening van deze onvermijdelijke politieke macht via de vervolgingsbeslissing van de raadsheren is, zoals hierboven geïllustreerd, tot nu toe nog geen afdoende democratisch vocabulaire voorhanden. Het is daarom van belang deze 'olifant in de kamer' nader te bespreken vanuit een democratietheorie die wel aandacht heeft voor de institutionalisering van maatschappelijke conflicten en de democratische legitimiteitsproblemen die

136 Deze retoriek is overgenomen door FvD-Kamerlid Gideon van Meijeren en ex-ON-presentatrice Raisa Blommestijn (en haar volgers op X), zie 'Politiek proces tegen Gideon van Meijeren (FVD) – VOLLEDIGE REGIEZITTING', [fvd.nl](https://www.fvd.nl), 20 december 2023; Blommestijn 2024.

de beslechting van die conflicten oplevert. Met deze analyse kan niet alleen bovenstaand verwijt van 'activisme' van het OM of de rechterlijke macht in maatschappelijk gevoelige zaken van een overtuigender antwoord worden voorzien dan via theorieën die via filosofische abstracties een kunstmatige rationale consensus creëren (bijvoorbeeld via Habermas' communicatieve rede of McCormicks categorische imperatief). Een nieuw democratisch vocabulaire is ook van belang ten aanzien van de verwachtingen van rechtzoekenden die wél op het conflictoplossende vermogen van de rechtspraak rekenen in het geval van maatschappelijk gevoelige conflicten, maar daarin teleurgesteld werden. Zo klaagden de geïnterviewde respondenten die betrokken waren bij de Wilders-zaak niet alleen over het feit dat zij weinig ruimte kregen hun visie op het conflict naar voren te brengen (het belang van participatie) en dat de discussie in de zaak daarom meer over het maatschappelijke dan het strafrechtelijke conflict ging (het belang van deliberatie), maar ook dat de rechtbank uiteindelijk in diens uitspraak met wollige bewoordingen om de maatschappelijk gevoelige normstelling heen draaide, terwijl zij dat in het licht van de maatschappelijke dynamiek van *framing* en *counter framing* juist zo belangrijk vonden (het gebrek aan responsiviteit). Een soortgelijke klacht uitten de klagers en advocaten die betrokken waren bij de Libor-zaak. Het argument op basis waarvan de medewerkers niet werden vervolgd was door niemand aangevoerd, zodat de klagers en hun advocaten vanwege deze voor hen onbegrijpelijke overweging in de beschikking de indruk kregen dat er in het licht van de politiek-maatschappelijke context sprake was van een doelredenering en het bestendigen van bestaande machtsstructuren.¹³⁷

Om de rechterlijke macht tegen de achtergrond van deze politiek-maatschappelijke context niet alleen een rechtsstatelijk, maar ook een democratisch vocabulaire te kunnen bieden zal, zoals gezegd, inspiratie worden geput uit Rosanvallons democratietheorie. Deze theorie leent zich goed om de democratische legitimiteit van de vervolgingsbeslissing in maatschappelijk gevoelige zaken te onderzoeken. Het beschouwt de institutionalisering van maatschappelijke conflicten namelijk als kern van de democratie. Dat Rosanvallons democratisch vocabulaire ons ook kan helpen bij de vraag naar de democratische legitimiteit van vervolgingsbeslissingen in de derde subcategorie van maatschappelijk gevoelige beklagzaken, zal worden toegelicht aan de hand van drie kernideeën van Rosanvallons democratietheorie: historiciteit, de zichtbaarheid van conflicten en mediërende instituties. Van daaruit zal duidelijk worden dat het conflictoplossende vermogen van de strafrechtspleging met Foqué en 't Hart niet alleen in liberale termen kan worden gevat waarbij de nadruk ligt

137 Gedoeld wordt op het niet-vervolgen van de medewerkers vanwege eerder gedaan onderzoek zonder de inachtneming van strafrechtelijke waarborgen, waardoor het volgens het hof 'niet goed mogelijk leek' opnieuw een strafrechtelijk onderzoek op te zetten waarbij die strafrechtelijke waarborgen wel in acht zouden worden genomen. Volgens de advocaten zou er echter wilsonafhankelijk bewijs zijn, waaronder e-mails, voorhanden zijn.

op de institutionalisering van een rechtsgemeenschap, maar dat de roep van klagers om de interpretatie van gedeelde normen, zoals die zijn neergelegd in het Wetboek van Strafrecht, ons ook een democratisch vocabulaire biedt. De artikel 12 Sv-procedure kan vervolgens worden begrepen, op zo'n manier dat wij ons daarmee kritisch kunnen verhouden tot de twee pathologieën van een democratische strafrechtspleging; zowel het door juristen gevreesde *penal populism* als het door klagers' ervaren *penal elitism*.¹³⁸

7.5.3.3.2 Rosanvallons democratietheorie: het belang van historiciteit, zichtbare conflicten en mediërende instituties

Denken over de *moderne* democratie als samenlevingsmodel – waarin volgens Lefort 'de bakens van zekerheid verloren zijn gegaan' – vereist altijd het erkennen van de historiciteit daarvan.¹³⁹ 'God is dood', zodat in dit samenlevingsmodel de 'plaats van de macht' altijd symbolisch leeg zal zijn.¹⁴⁰ Dat wil zeggen, er is geen enkel definitief, objectief ankerpunt aan de hand waarvan de democratische samenleving op collectieve wijze kan worden vormgegeven. Die collectieve zelfbepaling zullen wij als samenleving, via instituties die daarvoor in het leven zijn geroepen, telkens opnieuw moeten bepalen. Op dit uitgangspunt van zijn leermeester bouwt Rosanvallon voort: democratie moet vanuit zijn historische totstandkoming worden geconceptualiseerd als de samenleving die zichzelf (steeds opnieuw) institutionaliseert.¹⁴¹ Het is via de institutionalisering van conflicten dat een feitelijke verdeelde samenleving diens 'zelfbeeld' als politieke gemeenschap op het spoor komt, iets wat we ook al zagen bij Foqué en 't Hart. Deze institutionalisering kunnen bijvoorbeeld plaatsvinden via nieuw beleid of nieuwe wetgeving, maar ook via de rechtspraak. Omdat in een democratische samenleving steeds nieuwe maatschappelijke conflicten rijzen – en daarmee nieuwe maatschappelijke aanspraken op de democratische instituties – dienen democratie en democratische legitimiteit telkens tegen de achtergrond van een specifieke politiek-maatschappelijke werkelijkheid te worden gedacht.¹⁴² Rosanvallon verwerpt daarom (analytische) democratietheorieën die essentialistisch en a-historisch zijn: de democratie *heeft* namelijk niet alleen een geschiedenis, maar *is* ook een geschiedenis. Waar Lefort in de jaren '70 vooral de nadruk legde op het gevaar van totalitaire verleidingen in de democratie – de democratische ondergrens – benadrukt Rosanvallon vanuit deze historische inslag de democratische uitdagingen in een post-totalitaire samenleving die bestaat uit een veelheid van minderheden, waardoor pogingen tot invulling van het algemeen belang door instituties steeds worden tegengesproken met het verwijt dat deelbelangen

138 Over *penal populism* en *penal elitism*, zie hoofdstuk 4.

139 Lefort 2016, p. 98.

140 Lefort 2016, p. 94-100.

141 Rosanvallon 2019a, p. 37.

142 Rosanvallon 2019a, p. 33.

zich daardoor op oneigenlijk wijze van het neutrale algemene belang meester zouden maken.¹⁴³ Deze nieuwe democratische uitdagingen gelden ook – en met name – voor de instituties die van oudsher niet als ‘democratisch forum’ zijn gedacht, maar waar maatschappelijke conflicten desalniettemin terechtkomen vanwege (gepercipieerde) politieke inactiviteit en maatschappelijke verdeeldheid. Rosanvallon haalt in deze context ook de bovenindividuele aanspraken op de rechterlijke macht aan. Deze classificeert hij aan de ene kant als nieuwe democratische aanspraken buiten het parlement (‘de tegendemocratie’), terwijl hij tegelijkertijd de nadelen ervan identificeert: ze leiden al snel tot het verwijt van politieke rechtspraak.¹⁴⁴

Ook Rosanvallon stelt dus dat het ‘oude liberale topos’ van de tirannie van de meerderheid binnen deze politiek-maatschappelijk context niet meer voldoet – de samenleving lijkt eerder een veelheid aan minderheden te zijn en daarmee een optelsom van deelbelangen – zodat een nieuw conceptueel kader dient te worden uitgedacht om democratie en democratische legitimiteit te denken.¹⁴⁵ Niet alleen legt Rosanvallon met dit democratisch vocabulaire de nadruk op het democratische belang van participatie en deliberatie – en dus het belang van een ‘kritische discussie’ in verschillende democratische instituties – ook dienen de woordvoerders van deze democratische instituties vandaag te dag omwille van hun (democratische) legitimiteit aandacht te hebben voor *responsiviteit* tegenover een verdeelde samenleving van waaruit uiteindelijk onvermijdelijk een politieke gemeenschap moet worden *geconstrueerd* in de afwezigheid van ultieme funderende principes. In die zin kan met Rosanvallons democratisch vocabulaire met Peters, voorbij Peters worden gegaan. Inderdaad, een democratische institutionalisering van conflicten vereist participatie en deliberatie, maar deze conflicten moeten ook nog beslecht worden waarna de ene oplossing even ‘redelijk’ kan zijn als de andere. Anders dan Peters en Habermas die de legitimiteit van beslissingen uiteindelijk funderen in een veronderstelde universele communicatieve rede die pas tijdens een deliberatieve procedure wordt geëffectueerd, plaatst Rosanvallon het legitimiteitsvraagstuk als politiek en historisch construct binnen de hedendaagse bredere politiek-maatschappelijke context. Niet alleen ligt het bereiken van een rationele consensus over maatschappelijk gevoelige vraagstukken vanwege de maatschappelijke verdeeldheid in feitelijke zin niet in de lijn der verwachting; Rosanvallons kritiek op dergelijke consensusdenkers is fundamenteeler: het streven naar een rationele, machtsvrije consensus is in strijd met de manier waarop *democratische* machtsuitoefening plaatsvindt, nu deze juist het (altijd aanwezige) maatschappelijke conflict dient te blijven erkennen en het via de

143 Zie het voorwoord in Rosanvallon 2011b.

144 Rosanvallon 2008, p. 16 en 240.

145 Dit liberale topos zou een verouderde tweedeling schetsen tussen *government by will* en *government by constitution*, zie Rosanvallon 2011b, p. 10.

beslechting in verschillende mediërende instituties van een nieuwe symbolische betekenis voorziet.¹⁴⁶

Het is om deze reden dat Rosanvallon de zichtbaarheid van conflicten – na historiciteit de tweede kernidee uit zijn democratisch vocabulaire – benadrukt: conflicten dienen zoveel mogelijk zichtbaar te worden gemaakt, zodat de democratische samenleving ‘leesbaar’ wordt en legitieme conflicten rondom machtsuitoefening niet bij voorbaat als illegitiem worden weggezet. Die democratische opdracht vereist dus aandacht voor ‘het maatschappelijke’ en de (de)legitimeringsprocessen die daarin plaatsvinden. Maatschappelijke conflicten zijn in een moderne democratie niet alleen onvermijdelijk (‘God is dood’), maar zijn voor een democratische samenleving ook productief, omdat naar aanleiding daarvan telkens haar zelfbepaling plaatsvindt. De jarenlange discussie rondom zwarte piet – en de veranderende kijk op hoe wij daar als samenleving tegenaan kijken – is daarvan een goed voorbeeld. Dergelijke maatschappelijke conflicten moeten daarom niet op voorhand gladgestreken worden door (filosofische) rationalistische theorieën die van de politiek-maatschappelijke werkelijkheid abstraheren. De maatschappelijke interactieprocessen zullen namelijk niet zichtbaar worden wanneer de samenleving wordt begrepen als de liberale optelsom van individuen, zodat een sociologisch perspectief is aangewezen. Rosanvallon kent om deze reden een belangrijke taak toe aan de sociale wetenschapper die legitieme conflicten over onze collectieve zelfbepaling aan het licht kan brengen, terwijl zij eerder misschien onterecht werden onderdrukt of verkeerd werden geïnterpreteerd. Bovendien is de sociale wetenschapper in staat nieuwe politieke categorieën te formuleren, waarmee eerder als illegitiem bestempelde conflicten nu als legitiem kunnen worden gezien, omdat ze niet alleen corresponderen met de maatschappelijke werkelijkheid, maar ook met onze normatieve, politieke categorieën (zoals democratie en rechtsstaat).¹⁴⁷ De democratische opdracht aan sociale wetenschappers om ‘epistemische onrechtvaardigheid’ door de ontkenning van legitieme conflicten te voorkomen, is ook in de context van dit onderzoek van belang.¹⁴⁸ Het OM spreekt misschien wel namens ‘de samenleving’, maar hoe kijken de leden van die samenleving daar zelf tegenaan? Zo stelde het OM naar aanleiding van de eerste Wilders-zaak de ‘gevoelens van moslims’ te begrijpen, maar de zaak ‘door een juridische bril te bekijken’, in welke context ‘die gevoelens er niet toe doen’.¹⁴⁹ Na in het kader van dit onderzoek gesproken te hebben met deze burgers, bleek echter dat het hen helemaal niet

146 Rosanvallon 2011b, p. 8: ‘For that reason I am also not satisfied with proceduralist approaches such as Habermas’s. [...] he remains within the confines of a monist vision of popular sovereignty. He merely shifts the locus of that sovereignty from a concrete social body to a diffuse space of communication.’

147 Weymans 2019, p. 105.

148 Fricker 2007.

149 ‘Gevoel gelovigen doet er niet toe; OM benadrukt uitspraken van Wilders enkel door juridische bril te bekijken’, *Trouw* 16 oktober 2010.

in de eerste plaats ging om gekwetste gevoelens, maar dat zij via het strafrecht de uitgangspunten van de rechtsstaat probeerden hoog te houden. In het licht van het in het publieke debat vaak aangevoerde argument dat deze aanspraken in strijd zouden komen met ‘de democratie’, kan een conceptualisering van deze aanspraken als ‘democratische aanspraken’ daarom een belangrijke democratische correctie vormen op deze epistemische rechtvaardigheid.¹⁵⁰ Dergelijk onderzoek van empirische wetenschappers die via nieuwe sociale en politieke categorieën beogen bij te dragen aan een ‘leesbare samenleving’ leidt er daarom toe dat democratisch burgerschap via participatie en deliberatie (of publieke autonomie) pas daadwerkelijk mogelijk wordt.¹⁵¹

Waar de kernideeën van historiciteit en het zichtbaar maken van conflicten de feitelijke maatschappelijke *verdeeldheid* in een moderne democratie erkennen, benadrukt Rosanvallon ten derde het belang van mediërende instituties die de kwaliteit hebben de feitelijke verdeelde samenleving te transformeren tot symbolische politieke *gemeenschap*. Het is deze kwaliteit die Peters niet bespreekt omdat instituties voor hem hoogstens een machtsvrij forum zijn om (in het ideale geval) via de universele communicatieve rede tot intersubjectieve consensus te komen over de wijze van machtsuitoefening.¹⁵² Foqué en ‘t Hart, daarentegen, benoemen wel het mediërende karakter van het recht, maar vatte deze slechts in rechtsstatelijke zin op. Met hun nadruk op private autonomie via de institutionalisering van een rechtsgemeenschap wordt daarom alleen de verdeeldheid van de democratische samenleving gegarandeerd, maar niet de publieke autonomie die juist de eenheid daarvan mogelijk maakt. Tegen de achtergrond van de democratische uitdagingen in een post-totalitaire samenleving – hoe op positieve wijze invulling te geven aan het algemeen belang? – gaat Rosanvallon's aandacht wél uit naar de vraag hoe eenheid te creëren zonder de aan de democratie eigen verdeeldheid te ontkennen. Meer in het bijzonder zijn voor ons zijn gedachten van belang over hoe de democratie als eenheid-in-verdeeldheid in andere instituties dan het parlement kan worden gedacht. Rosanvallon benadrukt namelijk dat er meer instituties zijn dan het parlement die een verdeelde samenleving omvormen tot politieke gemeenschap.¹⁵³ Deze instituties kunnen daarom als ‘democratisch’ worden aangemerkt, zelfs als ze van oudsher niet zo zijn gedacht. Een voorbeeld daarvan zijn constitutionele hoven die vaak opgericht en begrepen zijn vanuit een anti-totalitair vocabulaire (de beperking van staatsmacht), maar dat sinds-

150 Fricker maakt een onderscheidt tussen *testimonial injustice* (men wordt niet serieus genomen vanwege een vermeende status, bijvoorbeeld als ‘slachtoffer’) en *hermeneutical injustice* (men heeft niet het vocabulaire/de heuristiek om de legitimiteit van zijn of haar conflict overtuigend aan te tonen), zie Fricker 2007, p. 1.

151 Rosanvallon 2008, p. 313; over de sociale wetenschapper als *democratic underlabourer*, zie Loader 2021, p. 53-56; Loader & Sparks 2022, p. 109.

152 Peters 1993e, p. 236.

153 Rosanvallon 2011b, p. 1-14.

dien een belangrijke en eigen bron is geworden voor de (her)interpretatie van normen (en dus positieve macht uitoefenen).¹⁵⁴

Mediërende instituties zijn voor een democratische samenleving, die in het geval van maatschappelijke conflicten constant haar eigen zelfbepaling dient te bevragen, daarom onmisbaar. Voor die collectieve zelfbepaling kunnen woordvoerders van instituties zich niet alleen laten leiden door negatieve begrenzings van staatsmacht: een negatief principe kan geen samenleving definiëren.¹⁵⁵ In dat kader is het van belang op te merken dat ook Rosanvallon het eigen karakter van verschillende democratische instituties erkent en hun vermogen om deze 'algemeenheden' (collectieve zelfbepalingen) te creëren. Zo vermag de rechter wat dat betreft natuurlijk niet hetzelfde als het parlement. Het is noodzakelijk de instituties van het conflict te onderscheiden van die van de consensus: 'enerzijds de partijdige, subjectieve wereld van de electorale vertegenwoordigende sfeer, anderzijds de objectieve wereld van de instituties van de indirecte democratie'.¹⁵⁶ We hebben nu eenmaal afgesproken dat de primaire besluitvorming in het parlement plaatsvindt – het recht is in een democratie geen natuurlijk gegeven maar een cultuurproduct – en dat de rechter altijd binnen de kaders van de wet opereert. De rechtszaal is daarom geen plaats voor conflicten over de juridische kaders zelf, zo zal ook Rosanvallon erkennen. Dat is anders wanneer het, zoals bij het Duitse constitutionele hof, de omstreden positieve invulling van die kaders betreft. Daarover dient kritische discussie te worden gevoerd, zodat alle legitieme conflicten over positieve machtsuitoefening zichtbaar worden, waarna via de interpretatie en toepassing van mediërende juridische begrippen onvermijdelijk een politiek machtswoord volgt over het 'zelfbeeld van de samenleving'.

7.5.3.3 Democratische legitimiteit als dialoog in maatschappelijk gevoelige vervolgingsbeslissingen

Aan de hand van Rosanvallon's democratisch vocabulaire kan ook opnieuw de democratische legitimiteit van vervolgingsbeslissingen worden gedacht, op zo'n manier dat deze normatieve eis responsief is ten aanzien van de hedendaagse politiek-maatschappelijke werkelijkheid. Legitimiteit is een omstreden concept, maar betreft in de kern de vraag naar de wijze van machtsuitoefening; daarover is de literatuur rondom dit thema het eens. Lefort en Rosanvallon leerden ons dat die machtsuitoefening in een democratische samenleving op een specifieke wijze plaatsvindt. Ten eerste is de plaats van de macht, zoals Lefort dat in zijn werk beschreef, in een democratische samenleving symbolisch leeg: in een democratie institutionaliseert de samenleving zichzelf, zodat alle uitgangspunten waarop wij deze collectieve vormgeving van de samenleving stoelen uiteindelijk een cultuurproduct zijn. Rosanvallon

154 Rosanvallon 2011b, p. 10.

155 Rosanvallon 2019c, p. 151.

156 Rosanvallon 2019b, p. 107-108.

benadrukte tegen de achtergrond van politieke inactiviteit en maatschappelijke verdeeldheid dat dat niet betekent dat de plaats van de macht ook *daadwerkelijk* leeg is: in een democratie zijn altijd mediërende instituties nodig die de feitelijke verdeelde samenleving omvormen tot politieke gemeenschap. Met Rosanvallon kunnen daarom zowel het totalitaire afbeeldingsdenken als het neoliberale ongemedieerde zelfbestuur als twee pathologieën van de democratie worden beschouwd: beide ontkennen het belang van de zichtbaarheid, en beslechting van conflicten in mediërende instituties.¹⁵⁷ Een onderzoek naar democratische legitimiteit vereist daarom het stellen van de vraag waar positieve machtsuitoefening zich bevindt, en waar deze zich in een democratie zou moeten bevinden. Met Rosanvallon's democratietheorie kan in ieder geval gesteld worden dat de vervolgingsbeslissing van de raadsheren in het geval van (de derde subcategorie van) maatschappelijk gevoelige beklagzaken democratischer is dan die van het OM. Anders dan de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie komt deze vervolgingsbeslissing immers tot stand na een kritische discussie waarin democratisch burgerschap, en dus publieke autonomie, via de zichtbaarheid van (voor het strafrecht relevante) conflicten rondom machtsuitoefening mogelijk kan worden gemaakt. Hoewel het niet is gelukt het OM in het kader van dit onderzoek te kunnen spreken, illustreert de uitspraak over de vermeende gekwetste gevoelens van de klagers in de eerste Wilders-zaak dat deze instantie de conflicten over positieve machtsuitoefening niet altijd goed op het netvlies heeft, waardoor ze zelfs onterecht als illegitiem ter zijde kunnen worden geschoven. Wanneer we vervolgens met Rosanvallon democratische legitimiteit beschouwen als een dialoog tussen machthebbers (die vanuit een verdeelde samenleving een politieke gemeenschap dienen te construeren) en meerdere publieken (die vanwege de maatschappelijke gevoeligheid verschillende conflictdefinities naar voren zullen brengen) roept deze legitimiteitsconceptie misschien de vraag op ten aanzien van welke publieken de raadsheren dan responsief dienen te zijn. De artikel 12 sv-procedure zal in dit type zaken namelijk vaak een politiek en maatschappelijk debat ontketenen, zoals de media-analyse illustreerde. Door de politiek-maatschappelijke interactieprocessen van *framing* en *counter framing* zal in dat debat een hoop ruis ontstaan, waarna de rechterlijke macht de regie over het op te lossen conflict kan verliezen met alle (empirische) legitimiteitsproblemen van dien.

Het is inderdaad van belang dat de rechterlijke beslissing aandacht heeft voor deze politiek-maatschappelijke context waarbinnen de specifieke maatschappelijk gevoelige beklagzaak plaatsvindt. Ten aanzien van de vraag naar de *democratische* legitimiteit van deze beslissingen moet echter in herinnering worden geroepen dat in een democratie de instituties van het conflict moeten worden onderscheiden van die van de consensus. Hoewel de democratische

157 Aldus ook Flügel-Martinsen & Martinsen 2019, p. 72.

samenleving zichzelf via de beslechting van conflicten ook via andere instituties dan het parlement institutionaliseert, ligt de primaire besluitvorming bij het parlement. Met die filter zijn al veel (normatieve) democratische legitimiteitsproblemen weggenomen, omdat veel conflictdefinities van deze publieken binnen en buiten de rechtszaal helemaal niet raken aan het in de artikel 12 Sv-procedure te institutionaliseren en beslechten conflict rondom de positieve machtsuitoefening van het OM. Er hoeft geen serieus debat te worden gevoerd met bijvoorbeeld terugkerende klagers die het 'criminele coronabeleid' aan de kaak proberen te stellen of klagers die de beklagprocedure anderszins als louter politiek forum aanwenden. De geëigende 'institutie van het conflict' is hier het parlement, zodat het voor de raadsheren volstaat deze burgers aan de hand van de wet mede te delen dat het strafrecht voor deze conflicten nu eenmaal geen ruimte biedt. Om dezelfde reden hoeft de rechterlijke macht niet responsief te zijn ten aanzien van de delegitimerende conflictdefinities van leden van de samenleving die geen deelnemer zijn aan de procedure, en in het publieke debat betogen dat er in de rechtszaal een strijd om slachtoffer-schap wordt gevoerd, terwijl het strafrecht er alleen voor 'echte slachtoffers' zou moeten zijn.

Omwille van de democratische legitimiteit van de vervolgingsbeslissing is responsiviteit echter wel noodzakelijk ten aanzien van de conflictdefinities van klagers in de derde subcategorie van maatschappelijk gevoelige beklag-zaken waar discussie over de haalbaarheid en het algemeen belang van de vervolging mogelijk is. De beklagprocedure is namelijk wel in het leven geroepen om dát conflict tussen klagers en het OM – die beide namens 'de samenleving' menen te spreken – te institutionaliseren en te beslechten. Een democratische gelegitimeerde vervolgingsbeslissing in dit type zaken vereist zichtbaarheid van deze legitieme conflicten rondom positieve machtsuitoefening door participatie en deliberatie als democratisch burger en responsiviteit bij de institutionalisering en beslechting daarvan: elk argument dat voor deze strafrechtelijke context van belang is, dient serieus te worden genomen, waarna in de beslissing wordt beargumenteerd waarom deze argumenten al dan niet zijn gevolgd. In ieder geval dient te worden voorkomen dat aan dit legitimatieproces voorbij wordt gegaan door te doen alsof er geen andere keuze was, zoals dat bijvoorbeeld gebeurde in de Libor-zaak. Daar stelde het hof: 'een nieuw zuiver strafrechtelijk onderzoek is niet goed denkbaar nu zoveel essentiële gegevens en verklaringen al zijn vastgelegd en in brede kring bekend'. Niet alleen kwam dit argument uit de lucht vallen – niemand had het aangevoerd – ook kregen klagers daardoor geen mogelijkheid om tegen te werpen dat zo'n onderzoek hen wél heel goed denkbaar leek, vanwege de aanwezigheid van wilsonafhankelijk materiaal zoals e-mails. Dit argument zou weer een nieuw legitimatieproces vereisen, maar daar werd nu aan voorbijgegaan door 'het niet goed denkbare' onderzoek als noodzakelijkheid voor te stellen. Eenzelfde soort ervaring hadden de klagers en diens advocaat in de Martijn-zaak, waar zij betoogden dat het OM niet op het besloten gedeelte van de

website had gekeken. Ook hier kan de kritische vraag worden gesteld of het OM de zaak daarmee ten onrechte voorstelde als 'gewoon niet haalbaar' en op die manier de discussie afsneed. 'Hoezo niet haalbaar?', vroegen ook de advocaten en klagers in de Wilders-zaak zich af. Zij wezen op de drie experts, waarvan er één (Rick Lawson) betoogde dat de zaak wel degelijk juridisch haalbaar zou zijn. Één klager stuurde zelfs een voorbeeldargumentatie naar het OM: 'Nou doe het dan zo'. Toch besloot het OM – die bovendien over hen sprak in termen van 'gekwetste gevoelens' – na het vervolgingsbevel waarin inderdaad de haalbaarheid van de zaak werd benadrukt, bij de rechtbank tot vrijspraak. Daar werd de argumentatie van het OM overgenomen, terwijl die voor klagers (en getuige de media-analyse niet voor hen alleen) volkomen onbegrijpelijk was. Ook in de zaak Henriquez werd het democratisch burgerschap van klagers feitelijk ontkend, omdat de strafrechtelijke actoren vast leken te houden aan het denkkader waarin de emoties van slachtoffers moesten worden afgezet tegenover de normatieve lat van de redelijkheid van de strafrechtelijke actoren. De advocaat van de familieleden vertelde dat deze houding door één van hen als betuttelend was ervaren. 'Wat goed dat u zo rustig bent gebleven'; 'Alsof we apen waren van een vreemd eiland'. Een dergelijke ervaring had ook hun advocaat die liet weten als slachtofferadvocaat tijdens het proces tegen de twee agenten telkens het verwijt gekregen te hebben olie op het vuur te gooien, terwijl hij in werkelijkheid het OM beoogde te controleren en daar, gezien de onverklaarbare vage beelden in het dossier, alle redenen toe had.

Een democratische strafrechtspleging dient er dus voor te waken dat legitieme conflicten worden gladgestreken. Dat kan alleen wanneer de uitgangspunten van participatie, deliberatie en responsiviteit voorop worden gesteld. Dat lijkt misschien niets meer dan een klassieke procedure op tegenpraak of het bevorderen van procedurele rechtvaardigheid, en daarom niets nieuws. Het gaat hier echter om participatie en deliberatie als democratisch burger en niet (alleen) als rechtssubject dat zich tegen en door het recht beschermd wil zien of als slachtoffer dat erkenning zoekt voor zijn of haar leed. Bovendien krijgen deze democratische uitgangspunten een nieuwe betekenis in de huidige politiek-maatschappelijke context waarin processen van *framing* en *counter framing* niet alleen de legitimiteit van conflicten zelf, maar ook de conflictoplossende taak van de strafrechtelijke actoren uitdagen. In die maatschappelijk gevoelige context blijken deze strafrechtelijke actoren, getuige de casestudies, deze democratische uitgangspunten van participatie en deliberatie (die deze conflicten mogelijk maken); en responsiviteit (waardoor ze daadwerkelijk beslecht worden) niet altijd voldoende in de praktijk te brengen. Eerder kwam juist een gebrek aan responsiviteit ten aanzien van het *strafrechtelijke* conflict naar voren en een geworstel met de daaraan ten grondslag liggende maatschappelijke conflicten en de daaruit voortvloeiende legitimiteitsproblemen.

Het is om deze reden belangrijk dat de raadsheren (en overigens ook het OM) met hun vervolgingsbeslissing een ander *frame* tegenover de verschillende de-legitimatiestrategieën te plaatsen die de transformatie van het maatschappelijke naar het strafrechtelijke conflict ongedaan beogen te maken. Bij de beslechting van de *rechtsstrijd* in maatschappelijk gevoelige beklagzaken – die in het licht van de politiek-maatschappelijke context tegelijkertijd een *democratische* strijd is – dient dan ook aandacht te worden besteed aan wat het *strafrecht* binnen deze politiek-maatschappelijke context van politieke inactiviteit en maatschappelijke verdeeldheid in het bijzonder kan bieden. In onze liberale democratie heeft het strafrecht namelijk, ondanks de vermaatschappelijking die zij heeft doorgemaakt, nog steeds een relatief eigen logica, zodat niet in het *frame* hoeft te worden gestapt van degenen die het strafrechtelijk relevante conflict middels herdefiniëringen proberen te politiseren: het rechtsstatelijke belang van de erkenning van rechtssubjectiviteit en het democratisch belang van de interpretatie van de normen die ons als politieke gemeenschap definiëren. Het strafrecht geeft daarom een belangrijke *symbolische* betekenis aan de feitelijke verdeelde samenleving, waardoor deze samenleving via de institutionalisering en beslechting van conflicten zichzelf telkens als liberale democratie begrijpt. Het is dit mediërende karakter van democratische instituties waaraan de raadsheren met een vervolgingsbevel de derde subcategorie van maatschappelijk gevoelige zaken hun democratische legitimiteit kunnen ontleenen. De democratische aanspraken van de klagers worden daarmee serieus genomen, net als de democratische legitimiteitsproblemen die deze zaken in het licht van de politiek-maatschappelijke context veroorzaken. Een *democratische* karakterisering van de strafrechtspleging stelt daarom niet zozeer de straf en daarmee de uitoefening van repressieve staatsmacht tegenover individuen centraal, zoals dat doorgaans wordt gedaan, maar haar mediërende karakter waarmee niet alleen het totalitaire afbeeldingsdenken wordt voorkomen, maar ook een politieke gemeenschap en dus een gemeenschappelijke wereld kan worden geconstrueerd.¹⁵⁸ Een dergelijke democratische karakterisering, hoewel misschien nog niet zo begrepen, zagen we vanuit de raadsheren bijvoorbeeld al in de Wilders- en de ING/Hamers-beschikking waarin duidelijk tot uitdrukking werd gebracht dat het strafrecht in onze samenleving een belangrijke symbolische functie heeft vanwege de institutionalisering van een waardengemeenschap. Het is in een democratische samenleving van belang dat de raadsheren dit symbolische karakter van het strafrecht blijven benadrukken,

158 Ook Anthony Duff heeft iets soortgelijks betoogd over het karakteristieke van het strafrecht, hoewel niet in democratische maar in morele termen: niet de straf, maar 'defining public wrongs' en 'holding wrongdoers to account' zou aan het rechtsgebied kenmerkend zijn, waardoor ook een belangrijk (expressief) signaal naar de samenleving wordt gegeven. Daartoe kwam Duff vanuit de a-historische (a priori analytische) methode van *rational reconstruction*, zie Duff 2018, p. 36; ook Schalken stelde, naar aanleiding van het eerste Wilders-proces, dat een modern strafproces zich meer moet richten op verantwoording en normbevestiging dan op straf, zie Schalken 2009.

omdat juist daarin haar kritische potentie ligt tegenover de feitelijke politiek-maatschappelijke werkelijkheid waarin legitieme pogingen tot het uitoefenen van democratisch burgerschap via het strafrecht ten onrechte als illegitiem kunnen worden bestempeld. Nu kan het natuurlijk zo zijn dat de raadsheren besluiten dat een vervolging in het licht van de maatschappelijke gevoeligheid juist niet in het algemeen belang is, bijvoorbeeld omdat een strafprocedure te veel maatschappelijke negatieve neveneffecten zou opleveren. De aanwezigheid van legitieme conflicten rondom positieve machtsuitoefening vereist echter ook dan de erkenning dat bij de beslechting daarvan een politieke beslissing over de institutionalisering van de verdeelde samenleving wordt genomen. Die zal eveneens goed dienen te worden beargumenteerd in plaats van dat deze, zoals dat gebeurde in de beklagzaak naar aanleiding van de Libor-affaire, met voor deze samenleving onbegrijpelijke argumenten of wollige bewoordingen wordt weggemasseerd.

Een vervolgingsbeslissing kan daarom nog steeds een politiek karakter hebben, zelfs nadat 'het recht als filter voor bullshit' ertoe heeft geleid dat alleen legitieme conflicten rondom de machtsuitoefening van het OM in de beklagprocedure worden geïnstitutionaliseerd en beslecht. Het politieke karakter van dergelijke vervolgingsbeslissingen moet, zo is op dit punt hopelijk duidelijk, worden onderscheiden van de polariserende wij/zij-logica van de dagelijkse politiek dat het feitelijke domein van 'het maatschappelijke' niet overstijgt. Eerder ziet het op de wijze waarop een samenleving zichzelf op *symbolische* wijze als politieke gemeenschap institutionaliseert, waarbij het strafrecht een eigenstandige rol kan spelen via de interpretatie van de normen die ons als samenleving definiëren. Het zou daarom goed zijn wanneer (straf)rechtswetenschappers, net zoals Rosanvallon en Lefort, zouden pleiten voor een herwaardering van 'het politieke' waarbinnen recht en democratie samen kunnen worden gedacht; de symbolische wijze waarop een samenleving, bij ons nog steeds een liberale democratie, door institutionalisering en beslechtingen van conflicten steeds haar zelfbeeld op het spoor komt.¹⁵⁹

Dit normatieve conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure als mediërende institutie is daarom niet alleen onmisbaar in een rechtsstaat – via de erkenning van rechtssubjectiviteit – maar ook in een democratie: via de beklagprocedure (en uiteindelijk de strafprocedure) wordt ongecontroleerde positieve machtsuitoefening van het OM gecontroleerd en kan een feitelijk verdeelde samenleving worden geïnstitutionaliseerd als symbolische politieke gemeenschap. Dit politieke karakter van juridische beslissingen moet daarom niet negatief worden opgevat: net als in het parlement, zorgt de institutionalisering van (maatschappelijk gevoelige) conflicten via het recht ervoor dat de altijd verdeelde democratische samenleving zichzelf via deze institutionalisering als politieke gemeenschap voor kan stellen, waarna deze (eventueel in

159 Voor hun begrip van 'het politieke', zie Rosanvallon 2006, p. 36; Lefort 2016, p. 87.

het parlement) opnieuw kritisch kan worden bevraagd. Rosanvallon leerde ons niet alleen dat democratie om deze reden ook buiten het parlement moet worden gedacht. Zijn democratietheorie impliceert ook dat democratische legitimiteit nooit volledig zal zijn bereikt. Dat geldt zowel voor het parlement als voor de rechterlijke macht. Het is immers eigen aan een democratie dat de poging van machthebbers om via institutionalisering en beslechtingen van conflicten een politieke gemeenschap vanuit een verdeelde democratische samenleving te creëren nooit volledig zal slagen. Voor de strafrechtelijke context betekent dat dat een rechtsstatelijke én democratische handhaving van de rechtsorde het midden houdt tussen het ongedieerde *penal populism* en *penal elitism*. Waar woordvoerders van de eerste democratische pathologie menen rechtstreeks namens 'het volk' te kunnen spreken, ontkennen de woordvoerders van de tweede dat (niet rationeel op te lossen) waardendiscussies ook een essentieel onderdeel uitmaken van een democratische samenleving. Ten slotte moet in meer algemene zin in het achterhoofd worden gehouden dat eenieder die het zonder de rechtspraak als mediërende institutie meent te kunnen stellen geen redder van de democratie is, maar eerder de vijand daarvan.

7.6 BESLUIT: IMPLICATIES EN VOORUITBLIK

Dit proefschrift illustreert dat het democratisch leven zich ook voorbij de verkiezingen en het parlement afspeelt: ook in de rechtszaal kan een democratische strijd worden gevoerd. Ondanks dit empirische en normatieve gegeven lijkt er in het juridisch en politieke denken een gedachtecronkel te zijn ontstaan dat de democratie het exclusieve domein is van het parlement en dat de rechter er als tegenmacht uitsluitend is om de rechtsstaat tegen 'de democratie' te verdedigen. Net zoals dat sommige politieke partijen het recht uit de politieke besluitvorming denken te kunnen houden, wordt daarom in juridische kringen gedacht dat rechterlijke beslissingen gevrijwaard kunnen blijven van politieke vragen. En dat wanneer dat niet lukt, deze conflicten dan in ieder geval niet via het recht een uitweg moeten vinden.

Tegenover dit bekende liberale vocabulaire werd tegen de achtergrond van bovenindividuele maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging een aanvullend democratisch vocabulaire geformuleerd, zodat niet alleen het belang van private autonomie maar ook van publieke autonomie in een liberale democratie erkend wordt. Daarmee worden de *democratische* aanspraken van burgers op de strafrechtspleging serieus genomen, net zoals de legitimiteitsproblemen die zij veroorzaken. Zolang recht, politiek en democratie niet samen worden gedacht, zijn we namelijk onvoldoende in staat deze democratische aanspraken van burgers op het recht te begrijpen en te normeren. Niet alleen lijkt dit vocabulaire in het wetenschappelijk debat weinig aandacht te krijgen; ook in het politieke en maatschappelijke debat lijkt het afwezig te zijn. Waar

in ons land (via de welbekende ‘gemeenschappelijke basislijn’) misschien wel een (formele) overeenstemming bestaat over dat de politiek en de rechter sámen de *rechtsstaat* moeten verdedigen, is er ten aanzien van het gezamenlijk hooghouden van de *democratie* minder enthousiasme. Vanuit politieke hoek wordt betoogd dat de representativiteitseisen voor algemeenbelangacties aangescherpt zouden moeten worden en ook de Raad voor de Rechtspraak heeft zich kritisch uitgelaten over burgers die via het recht ‘de eigen mening tot norm’ denken te kunnen maken. Bij de ledenvergadering van de VVD werd zelfs opgeworpen te gaan onderzoeken hoe de subsidies stop te zetten voor ‘subsidieslurpende activistische clubs’ die tegen de overheid procederen.¹⁶⁰

Wanneer legitieme conflicten bij de rechter niet eens meer via herdefiniëringen worden gedelegitimeerd, maar men de mening is toegedaan dat ze al bij voorbaat buiten de rechtszaal moeten worden gehouden, is het van belang het anti-democratische en anti-rechtsstatelijke karakter van dergelijke retoriek te blijven benadrukken. Hoewel de wetgever – getuige de Memorie van Toelichting – in het kader van de moderniseringsoperatie tot nu toe nog nauwelijks aandacht lijkt te hebben gehad voor het in dit proefschrift onderzochte derde hoofdstuk (zie daarover het slot van hoofdstuk 5) is het slechts een kwestie van tijd voordat deze retoriek zich ook op (mogelijk legitieme) maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging zal richten. Voor een democratische (straf)rechtspleging moet daarom niet alleen onze *sociologische* verbeeldingskracht worden aangewend – hoe worden deze legitieme conflicten voor de wetgever en de Raad voor de Rechtspraak anders zichtbaar? – maar ook onze *institutionele* verbeeldingskracht: hoe zou zo’n democratische strafrechtspleging er dan wél uit kunnen zien? Ik sluit daarom af met enkele gedachten over de vraag wat de bevindingen in dit proefschrift zouden kunnen betekenen voor de opstelling van de raadsheren en het OM wanneer zij zich geconfronteerd zien met een verdeelde democratische samenleving waarvan de leden conflicterende verwachtingen van het strafrecht hebben. Hoe zouden zij in die gevallen recht kunnen doen aan het hierboven beschreven feitelijke en normatieve conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure?

Ten eerste is het van belang dat de raadsheren in hun opstelling een onderscheid blijven maken tussen de drie verschillende typen maatschappelijk gevoelige beklagzaken, zodat ze niet (zoals de Raad voor de Rechtspraak) in het delegitimerende *frame* stappen waarin alle conflicten op macroniveau op één hoop worden gegooid.¹⁶¹ Om recht te doen aan het feitelijke en normatieve conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure volstaat het in de eerste categorie zaken aan te geven dat de wet nu eenmaal voorkomt dat deze conflicten een uitweg via het strafrecht kunnen vinden. Wat betreft het type

160 Joosten, ‘VVD wil af van subsidieslurpende activisten die procederen tegen de staat’, ew.nl, 28 mei 2024.

161 De nieuwjaarslezing werd immers door de VVD-fractie al aangegrepen als argument om de representativiteitseisen aan te scherpen, zie Kamerstukken II 2023/24, 36169, 40, p. 5.

conflicten in de tweede categorie maatschappelijk gevoelige zaken kan de rechter gebruikmaken van een ander conflictoplossend potentieel dat in de beklagprocedure besloten ligt: via het bij elkaar brengen van partijen kunnen de conflicten worden teruggebracht tot conflicten op microniveau. In zaken zoals degene naar aanleiding van de toeslagenaffaire of de gemeentelijke brandzaken kan op die wijze toch een maatschappelijke bijdrage worden geleverd aan de oplossing daarvan, zelfs als er juridisch gezien niets mogelijk blijkt te zijn.

Uit de casestudies en de interviews kwam echter naar voren dat het conflictoplossend potentieel ten aanzien van de derde categorie zaken – waar discussie mogelijk is over de haalbaarheid en het algemeen belang – nog onvoldoende benut wordt. De democratische aanspraken van klagers worden vaak niet als zodanig erkend en bovendien is er weinig aandacht voor de politiek-maatschappelijke interactieprocessen van *framing* en *counter framing* die de legitimiteit van deze conflicten rondom positieve machtsuitoefening van het OM en, daarmee, de uiteindelijke vervolgingsbeslissing ondergraven. In dit type zaken is het van belang dat de raadsheren erkennen dat er soms legitieme democratische aanspraken op het strafrecht worden gemaakt, waarbij burgers niet als emotioneel slachtoffer of autonoom rechtssubject, maar als democratisch burger via *participatie* en *deliberatie* aan de procedure beogen deel te nemen. Naast participatie en deliberatie als democratisch burger vereist dit type zaken *responsiviteit* ten aanzien van het strafrechtelijke (en niet maatschappelijke) conflict. Het is in het licht van de politiek-maatschappelijke interactieprocessen bovendien van belang deze conflictdefinitie helder af te bakenen. Omdat de haalbaarheid en het algemeen belang van de vervolging voor discussie vatbaar zijn, zullen de raadsheren desondanks dienen te erkennen dat de *beslechting* van dat conflict niet zal kunnen berusten op één rationeel of objectief ankerpunt, welke gedachtegang in die context al snel tot een vorm van *penal elitism* leidt. Daarentegen zou een democratische strafrechtspleging erkennen dat er in dit type zaken concurrerende publieke rationaliteiten spelen (bijvoorbeeld de doelrationaliteit van de aandelenmarkt of de waardenrationaliteit van het strafrecht) van waaruit de raadsheren uiteindelijk een politieke keuze maken over de collectieve inrichting van de samenleving.¹⁶² Die keuze wordt in een tijd van maatschappelijke verdeeldheid vaak als problematisch (want ‘anti-democratisch’) gezien, maar hoeft dat in het licht van een democratische conflictoplossing niet te zijn. De verdeelde democratische samenleving wordt via dergelijke institutionalisering van maatschappelijke conflicten namelijk ‘leesbaar’, waarna dit zelfbeeld eventueel in andere democratische

162 Een beoordelingskader of afstemming tussen de hoven is voor dit type zaken nog minder waarschijnlijk. De Raad van State adviseerde wel een terughoudende toetsing en een verduidelijking van het beoordelingskader voor de klacht, zie *Kamerstukken II 2022/23, 36327*, nr 4, p. 50. De wetgever heeft dit echter niet uitgewerkt: er is geen beoordelingskader uitgewerkt – de hoven blijven zelf afstemmen – en volle toetsing blijft mogelijk.

instituties in vraag kan worden gesteld. In ieder geval dient te worden voorkomen dat bij de beslechting van deze conflicten toch gedaan wordt alsof er een rationeel, neutraal ankerpunt aanwezig is door de conflicten te herdefiniëren (bijvoorbeeld in termen van private gevoelens) of een technisch-juridische redenering op te tuigen die het doet lijken alsof er maar één oplossing mogelijk was. Het verdient vanuit democratisch oogpunt de voorkeur de dilemma's openlijk te erkennen. Er zou in dat licht, zoals verschillende advocaten tijdens de interviews opmerkten, ook kunnen worden betoogd dat bepaalde maatschappelijk gevoelige zaken – die toch al in de publiciteit zijn geweest – aanleiding geven na te denken over het bevelen van de openbare behandeling daarvan.¹⁶³ Een democratische strafrechtspleging dient legitieme conflicten immers zichtbaar te maken, te institutionaliseren en ze te beslechten in plaats van ze op technocratische wijze in beslotenheid glad te strijken.

Ten slotte rijst de vraag naar de opstelling van het OM, welke instantie als eerste bepaalt of de maatschappelijke aanspraken op de strafrechtspleging al dan niet een uitweg zullen vinden. Het is helaas niet gelukt het OM in het kader van dit onderzoek te spreken: vanwege de maatschappelijke gevoeligheid werd geadviseerd diens opvattingen rondom dit thema te destilleren vanuit de persberichten en de online gepubliceerde beschikkingen. Hoewel in dit proefschrift daarom is geprobeerd de houding van het OM via deze wegen te 'reconstrueren', zijn er toch een hoop vragen blijven liggen. Naar analogie met de focusgroepen die met de raadsheren zijn gehouden, zou bijvoorbeeld ook de taak- en legitimiteitsopvatting van het OM ten aanzien van dit type zaken in kaart kunnen worden gebracht. Het is immers deze taak- en legitimiteitsopvatting die een belangrijke rol speelt bij het ontstaan van de in dit proefschrift onderzochte maatschappelijke aanspraken op de beklagprocedure en de legitimiteitsproblemen die rijzen bij de beslechting van maatschappelijk gevoelige conflicten door de raadsheren. Deze legitimiteitsproblemen beginnen al vóór het besluit tot niet-vervolgning. Zo werd in de afwijzing van de onderzoeksaanvraag gesteld dat geen inzicht kon worden gegeven in de reflectieverslagen die worden gemaakt naar aanleiding van interne beraadslagingen: die zijn geheim en openbaarheid ervan zou het 'vrij spreken' van OM-medewerkers over strafzaken in gevaar brengen. Die redenering is in principe begrijpelijk, hoewel die geheime beraadslagingen mogelijk toch wel wat legitimiteitsproblemen oproepen. Want wiens inbreng wordt daar gevraagd? Gaat het om experts of worden er ook leden van de samenleving uitgenodigd? En als alleen dat eerste geldt, hoe er dan voor te zorgen dat het OM zicht heeft op wat speelt in 'de samenleving' van waaruit 'het algemeen belang' wordt bepaald? Anders gezegd, hoe meent het OM op democratische wijze diens vervolgingsbeslissingen in maatschappelijk gevoelige zaken vorm te geven? Vereist dat een correctie via de beklagprocedure of had deze correctie al in een eerder stadium (via

163 Zie ook Becker & Van Lent 2023, p. 300.

het OM) kunnen plaatsvinden? En wat is überhaupt de rol van maatschappelijke onrust bij het nemen van een vervolgingsbeslissing? Waarom werd de advocaat van de ouders die de vervolging van Martijn verlangden, aangespoord om in het licht van de maatschappelijke onrust 'spoedig' een artikel 12 Sv-procedure te starten, terwijl op de klacht van de familie van Henriquez over het uitblijven van de vervolgingsbeslissing werd geantwoord dat het in deze maatschappelijk gevoelige zaak van belang was 'echt alle informatie compleet te hebben'?¹⁶⁴ Het lijkt tot nu toe niet goed mogelijk uit dergelijke overwegingen een algemene taakopvatting van het OM ten aanzien van conflictoplossing in de context van maatschappelijke onrust te construeren. Dat leidt er voor het grotere publiek al snel toe dat maatschappelijke ophef ontstaat over de democratische legitimiteit van beslissingen in maatschappelijk gevoelige zaken: want waarom wordt Akwasi niet vervolgd, maar Wilders wel?¹⁶⁵ Zijn die vervolgingen dan politiek ingegeven?¹⁶⁶ Legitimiteitsproblemen ontstaan ook nádat een beklagprocedure is ingesteld met als resultaat dat een vervolging door de raadsheren is bevolen. Waarom werd in de Wilders-zaak, ondanks een volgens juristen duidelijk strafrechtelijk aanknopingspunt, toch besloten tot vrijspraak? Niet alleen rijst hier de vraag hoe deze vrijspraak zich verhoudt tot de taak de rechtsorde te handhaven, ook is het de vraag welke waarde het OM toekent aan het vervolgingsbevel vanuit de raadsheren. Is het niet problematisch dat het conflictoplossende vermogen van de beklagprocedure door deze opstelling feitelijk teniet wordt gedaan? En als we dat willen voorkomen vereist deze opstelling dan niet, zoals meerdere advocaten tijdens de interviews opmerkten, een sterkere positie van de advocaat van slachtoffers/benadeelden die nu geen 'olie op het vuur gooit' maar met beperkte mogelijkheden het OM beoogt te controleren 'die er nog steeds geen zin in lijkt te hebben'?¹⁶⁷ Tegen de achtergrond van deze legitimiteitsproblemen is het daarom van belang dat ook het OM reflecteert op diens taak- en legitimiteitsopvatting in dit type zaken. Want de beklagprocedure mag dan wel een belangrijk feitelijk en normatief conflictoplossend potentieel hebben, dat potentieel zal toch staan of vallen bij de opstelling van het OM

164 Toonen & Thie, 'OM: snel een zaak over pedoclub', *NRC* 18 juli 2011; Schraevesande, 'Zo'n gevoelige zaak laat het OM nog even rijpen', *NRC* 7 november 2015.

165 In de beklagprocedure naar aanleiding van de uitlatingen van Akwasi werd verwezen naar het argument van klagers dat Wilders en de blokkeerfriezen wél vervolgd werden, wat zij in strijd achten met het gelijkheidsbeginsel, zie Hof Amsterdam 16 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1051, ro. 5.3.3.1.

166 Zie o.a. Van der Galien, 'De politieke vervolging van Raisa Blommestijn', *dagelijksestandaard.nl* 2024.

167 Ook Pieter Lakeman, voorzitter van stichting SOBI, beklagde zich over de trage uitvoering van het vervolgingsbevel in de ING/Hamers-zaak en spande daarom een kort geding aan om het OM te dwingen Hamers 'daadwerkelijk' aan te klagen, zie Smal, 'Lakeman eist dat OM nu toch echt snel overgaat tot vervolging oud-topman ING', *NRC* 10 september 2024.

die ten aanzien van de opsporing en vervolging in ons systeem uiteindelijk alleen zichzelf kan corrigeren.

Summary

THE VALVE FUNCTION OF THE ARTICLE 12-PROCEDURE

Complaints about non-prosecution in socially sensitive cases

Originally the article 12-procedure (or complaint procedure) served an important public (constitutional) function as a control mechanism over the monopoly and the discretionary power of the Public Prosecution Service. In recent years, it has increasingly acquired an important societal function that serves the private interests of complainants who feel 'seen and heard' against the background of a perceived lack of communication surrounding the non-prosecution of their case. However, citizens have also begun to utilize the complaint procedure for socially sensitive issues that extend beyond their individual interests. This suggests that the procedure acquires a new societal function: a 'valve function' for public discontent.

Examples of socially sensitive cases that fall into this category include complaints regarding the decision not to prosecute Geert Wilders for group defamation and incitement to hatred and discrimination, the decision not to prosecute Rabobank and its involved executives and employees for their role in the LIBOR scandal, and the decision not to prosecute the Dutch Oil Company (NAM) for causing damage and destruction to buildings – where such damage posed a potential threat to human life – in the province of Groningen due to natural gas extraction. Another example is the prosecution of former ING CEO Ralph Hamers, initiated through a complaint procedure by the SOBI foundation.

This dissertation examines the interplay between empirical and normative questions raised by socially sensitive article 12-cases. How should this particular category of societal claims to criminal law be understood and evaluated in light of the normative principles that govern our criminal justice system? And do these normative principles – as they have traditionally been understood – still provide a convincing response to a social reality in which the public is deeply divided on numerous social issues and increasingly distrusts the political system's ability to address these concerns? The valve function, representing a 'third chapter' in the development of the complaint procedure, thus raises new empirical and normative questions that this dissertation seeks to address.

The underlying premise of this research is that this distinct category of article 12 cases exists and that these special claims to criminal law should be studied in all their complexity before addressing the normative question how they should be institutionalized. The central research question is therefore as follows:

What contribution does and should the Article 12-procedure make – viewed from the perspective of the rule of law and democratic legitimacy – to the resolution of socially sensitive conflicts?

Thus, this study examines both the factual conflict-resolution capacity of the Article 12 Sv procedure ('does contribute') and its normative conflict-resolution capacity ('should contribute'). This question is addressed across six chapters.

The second chapter introduces a conceptual distinction between three (historically informed) 'chapters' of the Article 12-procedure: one originated from rule-of-law safeguards; one accommodating the private needs of complainants/victims; and one in which the divided democratic society appears on the criminal justice stage. Whereas the first chapter in the development of the article 12-procedure is characterized by a prudent use of criminal law in order to protect citizens from state power, in the second chapter citizens (often victims) are seen and heard through the procedural justice-paradigm, through which the procedure accommodates their private interests. The third chapter is marked by *positive* societal expectations of criminal law and interests that transcend the ones of the complainants: whereas citizens, oftentimes united in interest groups, aim to transform a societal conflict into a legal one, society is divided on the question whether these interests should be protected through the criminal justice system. These three conceptually distinct chapters illustrate that the societal claims made on the article 12-procedure provide an important lens through which we can assess the characterization of our criminal justice system and its legitimacy. The societal claims in the third chapter of the complaint procedure, which are central to this dissertation, give rise to new problems of democratic legitimacy. These democratic legitimacy problems will be broadly discussed at the end of this chapter (and will be more elaborated on in the next chapters). While it can be argued that the Article 12 Sv procedure holds an important democratic potential by enabling and institutionalizing societal conflicts that do not find an outlet elsewhere, the judiciary faces a challenging task, as the first and second chapters continue to shape the nature of criminal law. Consequently, the third chapter of the complaint procedure raises new democratic legitimacy issues, as the article 12-judge is expected to speak on behalf of a society that holds conflicting expectations of criminal law. This conceptual analysis serves as the starting point for the subsequent chapters in which the interplay between normative and empirical questions concerning the legitimacy of the judiciary in socially sensitive article 12-cases

will be examined. After all, what precisely are the societal claims of both complainants and the broader public in socially sensitive Article 12 Sv procedures? And how can these societal claims be reconciled with the normative question concerning the role of criminal law in our liberal democracy?

After defining the empirical and normative focus of this dissertation, *the third chapter* turns to the concept of democratic legitimacy, studied within the context of socially sensitive Article 12-cases. Through a media analysis, this concept is constructed from a more bottom-up perspective against the background of recent theoretical debates on legitimacy. In contrast to the two dominant empirical (psychological) and normative (philosophical) conceptions of legitimacy, this chapter argues that a third approach – legitimacy as dialogue – is most fruitful in the context of socially sensitive cases. According to this approach, proposed by criminologists Bottoms and Tankabe and later developed by Loader and Sparks - legitimacy is a historical and political construct in which the ongoing dialogue between multiple ‘publics’ and powerholders is central. This means that legitimacy is not a static concept but is continuously shaped by the specific political and societal context, which must be empirically studied before normative questions can be addressed. Only in this way can democratic legitimacy problems in socially sensitive cases be understood in all their complexity, allowing for a more convincing normative response.

The empirical part of the chapter studies the dialogues between citizens and powerholders through a media analysis. The media analysis examines four socially sensitive article 12-cases – the Wilders case, the Libor case, the Martijn case, and the Henriquez case – and systematizes the social dynamics of framing and counterframing. A systematic analysis of the four cases illustrated the importance of conflict definitions for assessing the court’s legitimacy in these cases. Whereas complainants aimed to transform a societal conflict into a legal one, other powerholders and members of society redefined their conflict in order to delegitimize the complainants’ proposed solution to resolve this conflict through criminal law. Through the media analysis, five categories of conflict definitions were identified, each serving as a delegitimization strategy. These five categories (or frames) redefined complainants’ legal conflicts in terms of private emotions, societal identities, alternative normative frameworks (such as ethical or professional), societal conflicts, and societal problems.

After the empirical analysis, the chapter turns to an important normative question: which of these conflict definitions should find an outlet in criminal law, so that the criminal justice system can account for its democratic legitimacy? In other words, what is the normative potential of the concept of legitimacy as dialogue in the context of socially sensitive article 12 cases? This question is addressed through two contemporary democratic thinkers: Claude Lefort and Pierre Rosanvallon. Both emphasize the importance of ‘dialogues’ between powerholders and citizens in a democratic society through ‘mediating

institutions' that institutionalize and resolve societal conflicts. Since in a democratic society conflicts will always arise, this society will always need such mediating institutions that transform a factual divided society into a symbolic political community. Although Lefort focused on parliament as a mediating institution, Rosanvallon emphasizes that these mediating institutions need not be limited to parliaments; for instance, also the judiciary could also serve this function, albeit within established normative frameworks. However, for such a mediating institution to institutionalize conflicts in a democratically legitimate way, it is crucial that all legitimate conflicts are made visible before they are institutionalized and resolved. The chapter therefore ends with the question of whether the concept of legitimacy as dialogue can, in practice, be realized in the court room.

Chapter Four takes up this question and focuses on the highly debated (first) Wilders trial: a case that, according to numerous legal scholars, politicians, and media articles, should never have taken place. Through a media analysis of the entire trial, the concept of legitimacy as dialogue is 'tested' and placed into perspective. The first Wilders case illustrated that the struggle over conflict definitions can undermine the conflict-resolving function of the complaint procedure. When the complaint is approved, both the judiciary and the complainants intend to 'transfer' a certain (legal) conflict definition to the criminal court. However, in this case, the heated societal debate entered the courtroom, rendering the complainants' attempts to define their conflict as a legal one practically impossible. As a result, the resolution of the legal conflict, as envisioned by both the complainants and the article 12-judges, could not take place – or at least not in the way they had anticipated. Instead of resolving the legal conflict as defined by the complainants and the article 12-court criminal, the court struggled to maintain control, and the complainants were given little space to present their conflict definition both inside and outside the courtroom.

Instead, the media coverage of the case reflected similar dynamics of framing and counter-framing that were identified in chapter 3: the societal struggle over conflict definitions affected the assigned role of the criminal court to resolve the conflict. However, this chapter illustrates that these dynamics of framing and counter-framing do not just affect the public debate, but can also enter the courtroom: Wilders invoked his right to remain silent and faced little opposition from the court, the Public Prosecution Service called for acquittal, and complainants were given hardly any opportunity to articulate their view on the legal conflict.

This course of events illustrates that in socially sensitive cases it is not easy for courts to put the concept of legitimacy as a dialogue in practice: when society is deeply divided, with whom should the court enter into dialogue? In the Wilders-case, there was only limited dialogue between complainants and the criminal justice actors, while these authorities seemed to engage more

extensively in dialogue with other audiences. The struggle over conflict definitions and definitional power, both in public debates and the courtroom, has therefore proven to be crucial in assessing the factual and normative conflict resolving capacity of the article 12 procedure in socially sensitive cases: which and whose conflict *is* addressed in court, and which ones *should* be addressed in a liberal democracy?

Chapter Five revisits the four socially sensitive cases that were studied in the media-analyses and focuses on the interviews conducted with complainants and their lawyers. What expectations did *they* have of the article 12 procedure in its specific political and societal context and to what extent where these expectations met? The chapter conceptualizes these special claims to criminal law – claims that were often delegitimized through framing techniques by redefining them – as democratic expectations. These democratic expectations can be categorized along four key elements, which serve as building blocks for an alternative democratic vocabulary (beyond elections) in response to the democratic legitimacy problems that were examined in the previous chapters:

1. The democratic struggle over who we are and who we aspire to be as a society can also be discussed through the open norms of criminal law (the questioning of the public prosecution services' political power to decide in the public interest);
2. This oversight of the monopoly position and discretionary power of the public prosecution service requires critical discussion within the courtroom (the articulation of an alternative exercise of political power through the norms of criminal law);
3. This democratic oversight (questioning and proposing alternative forms of political power in the criminal justice system) requires participation as a democratic citizen (not as an emotional victim with mere private interests) and deliberation and responsiveness to the *criminal* rather than the *societal* conflict;
4. As other powerholders (than the judiciary) and members of society engage with these socially sensitive cases, the Article 12 procedure also fulfils an important societal (agenda-setting) function in a democratic society.

The case studies reveal that these democratic claims on the criminal justice system were not only overlooked in the media and academic discourse but were also not recognized as such within the courtroom (despite the normative space for such recognition). Drawing on the ideal of the social scientist as a *democratic underlabourer*, an ideal advanced by Loader and Sparks, the end of this chapter calls for a critical reflection on the relationship between a democratic society and its criminal justice system. The empirical findings of this chapter may not only help to counter the revengeful *penal populism* which has been the dominant concern in international debates; it also helps to critically and constructively assess tendencies of *penal elitism*: a rationalization and

depoliticization of legitimate conflicts by powerholders. The (normatively relevant) societal claims made by complainants in the examined case studies could serve as a starting point for a discussion about our criminal justice system in which democratic elements have traditionally been sparingly incorporated. This restraint was historically motivated by concerns over the anti-rule-of-law dangers of penal populism, yet remain silent about elements of penal elitism that are normatively problematic when dealing with socially sensitive conflicts such as the ones studied in this chapter. The chapter therefore concludes with the normative question of how this democratic vocabulary relates – and ought to relate – to the liberal vocabulary that has historically shaped the normative foundations of the Dutch criminal justice system, but is not responsive to legitimate democratic expectations of the criminal justice system.

Chapter Six explores the perspective of Article 12 judges. Through three focus groups, it addresses the question what their perceptions are regarding the conflict-resolving capacity of the article 12-procedure in socially sensitive cases. The judges were presented with five key statements which were based on the interviews with the complainants and their lawyers. The findings from these discussions are structured around five questions: (1) do they recognize the special category of article 12 cases? If so; (2) to what extent does this influence their role?; and (3) what are their perceptions regarding the legitimacy challenges associated with these cases? The focus groups revealed that three types of socially sensitive Article 12 cases need to be distinguished in order to adequately address different types of legitimacy questions: (1) cases where there is no legal basis for prosecution, but where the Article 12 procedure is (exclusively) used as a political forum; (2) cases that can be reduced to a micro-level conflict; and (3) cases where feasibility and prosecutorial discretion are debatable, but where society remains divided over whether the conflict should be addressed through criminal law.

The legitimacy framework employed by the judges provides a (normatively) convincing answer to the first two categories – respectively through the law and procedural justice and responsive law-approaches – but does not adequately address the democratic legitimacy issues that were discussed in the previous chapters. The three types of socially sensitive cases therefore provide nuance to the democratic legitimacy issues examined in this dissertation: they only apply to the third category. It is therefore this category that requires more attention in the concluding chapter in order to answer the main research question.

Chapter Seven synthesizes all previous empirical and normative perspectives to answer this dissertation's main research question. Based on the empirical research, this concluding chapter identifies three key factors that influence the *factual* conflict-resolving capacity of the complaint procedure in socially sensitive cases:

1. The societal struggle over conflict definitions and how these dynamics not only influences broader public debates, but could also enter the court room (see chapters three and four).
2. The democratic claims made by the complainants and their lawyers which were not conceptualized as 'democratic' both within and outside the courtroom (see chapter five).
3. The liberal interpretation of the judicial self-understanding regarding their role and legitimacy, which leads to an insufficiently convincing response to the democratic legitimacy problems in the third category of socially sensitive complaint cases (see chapter six).

Regarding the normative conflict-resolving capacity – i.e. evaluating the societal claims to criminal law in light of both the rule of law and democratic legitimacy – a further reflection is needed. In this concluding chapter, this question of the normative conflict-resolving capacity of the complaint procedure is addressed from three perspectives: a constitutional/institutional perspective, a liberal perspective, and a democratic perspective. The first perspective, which appears to be dominant among criminal law scholars, approaches democracy and the rule of law through institutions and the distribution of powers, and uses this framework to assess questions of legitimacy. While this institutional/constitutional perspective is certainly important, it overlooks deeper political-philosophical reflections underlying these distributions of power, since liberal democracy is not just about divisions of power, but also a societal model.

The second perspective therefore focuses on the (historically informed) liberal foundations of our criminal justice system, which provide its rule-of-law legitimacy. The third perspective examines various conceptions of democracy within criminal law scholarship and the corresponding views on democratic legitimacy. From this normative analysis it becomes clear that criminal law is predominantly understood in liberal terms, both in academia and in practice. Consequently, there is no sufficient conceptual vocabulary to fully grasp and evaluate the societal claims examined in this dissertation through the lens of both the rule of law *and* democratic legitimacy. In the search for a legal decision that is both rule-of-law-based and democratically legitimate, we must therefore not only focus on legal theory – an area that has already been extensively explored – but also on democratic theory, which thus far has received only little attention in Dutch criminal law scholarship. For this reason, the end of the chapter draws on both the empirical research and Rosanvallon's democratic theory and proposes an alternative democratic vocabulary. Central to this vocabulary is the court as a 'mediating institution', which is a necessary condition for every liberal democracy. Drawing on Rosanvallon, the chapter concludes that as a 'mediating institution' the complaint procedure is not only indispensable to the rule of law – through the recognition of legal subjectivity – but also to democracy: through the complaint procedure (and ultimately, the criminal trial), the unchecked exercise of the public prosecution service's

political power is subjected to oversight, and a factually divided society can be institutionalized as a symbolic political community. In other words, especially in times of political distrust, courts have an important democratic potential as it provides a factually divided society its 'self-image'. This vocabulary acknowledges that democratic life extends beyond parliament and is responsive to the normative democratic legitimacy problems that new democratic expectations of courts bring about. This dissertation thus proposes an empirically grounded normative approach to the question of democratic legitimacy in socially sensitive article 12 cases, while simultaneously accounting for the rule of law nature of our criminal justice system.

Literatuurlijst

WETENSCHAPPELIJKE LITERATUUR

Ansems 2023

L.F.M. Ansems, 'De overheid van (in)effectieve probleemoplosser: mogelijke implicaties voor ervaren legitimiteit', *RdW* 2023/3, p. 3-13.

Barkhuysen e.a. 2022

T. Barkhuysen e.a., *De repressieve samenleving. Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Becker & Van Lent 2023

T.R. Becker & L. van Lent, 'Strategische procesvoering in de beklagprocedure van artikel 12 Sv', *TBS&H* 2023/6, p. 291-304.

Beetham 2013

D. Beetham, *The Legitimation of Power*, Londen: Palgrave Macmillan 2013.

Berlin 1958

I. Berlin, *Two Concepts of Liberty*, Oxford: Clarendon Press 1958.

Van den Bos 2023

K. van den Bos, *Elkaar eerlijk behandelen: Wantrouwen, polarisatie en complotdenken voor zijn*, Den Haag: Boom Juridisch 2023.

Bottoms & Tankebe 2012

A. Bottoms & J. Tankebe, 'Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice', *The Journal of Criminal Law and Criminology* (102) 2012, afl. 1, p. 119-170.

Boutellier 2005a

J.C.J. Boutellier, *De veiligheidsutopie. Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag: Boom Juridisch 2005.

Boutellier 2005b

J.C.J. Boutellier, 'Uitdijend strafrecht', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridisch 2005, p. 109-116.

Boutellier 2021

H. Boutellier, *Het nieuwe Westen: De identitaire strijd om de sociale verbeelding*, Amsterdam: Uitgeverij van Gennep 2021.

Bowen 2006

G.A. Bowen, 'Grounded Theory and Sensitizing Concepts', *International Journal of Qualitative Methods* (5) 2006, afl. 3, p. 12-23.

Braeckman 2012

A. Braeckman, 'Over het verbleken van het algemeen belang en de opmars van het belang van allen', *Christen Democratische Verkenningen* 2012/4, p. 119-125.

- Braun & Clarke 2006
V. Braun & V. Clarke, 'Using thematic analysis in psychology', *Qualitative Research in Psychology* (3) 2006, afl. 2, p. 77-101.
- Brouwer 2010
H.N. Brouwer, 'Met inachtneming van het opportuniteitsbeginsel: de politiek en de vrije beleidsruimte voor het Openbaar Ministerie', *Strafblad* 2010, p. 207-216.
- Burger & Tigre 2023
M. Burger & M.A. Tigre, *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School & United Nations Environment Programme 2023.
- Buruma 1999
Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht: Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999.
- Buruma 2004
Y. Buruma, 'Doubts on the Upsurge of the Victim's Role in Criminal Law', in: H. Kaptein & M. Malsch (red.), *Crime, Victims and Justice: Essays on Principles and Practice*, Hampshire (VK): Ashgate Publishing Limited 2004, p. 1- 15.
- Buruma 2020
Y. Buruma, 'Een mentaliteitsgeschiedenis van slachtofferemancipatie', *NTS* 2020/1, p. 3-10.
- Child & Rogers 2024
J. Child & J. Rogers, 'Why the Post Office was able to bring private prosecutions in the Horizon IT-scandal', *theconversation.com*, 16 januari 2024.
- Chong & Druckman 2007
D. Chong & J.N. Druckman, 'A theory of Framing and Opinion Formation in Competitive Elite Environments', *Journal of Communication* (57) 2007, afl. 1, p. 99-118.
- Chong & Druckman 2013
D. Chong & J.N. Druckman, 'Counter-framing Effects', *The Journal of Politics* (75) 2013/1, p. 1-16.
- Cleiren 2008
C.P.M. Cleiren, 'De procedure van het beklag tegen niet-vervolgving op de schop', *Strafblad* 2008, p. 534-546.
- Cleiren 2018
C.P.M. Cleiren, 'Strafrecht biedt geen pleisters voor de emotionele wonden van slachtoffer', *socialevraagstukken.nl*, 23 oktober 2018.
- Cleiren & Hol 2013
C.P.M. Cleiren & A.M. Hol, *Strafrecht: Tussen ratio en emotie*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013.
- Cleiren & De Roos 2002
C.P.M. Cleiren & T.A. de Roos, 'Democratisering van de strafrechtspleging?', in: K. Boonen, R. Fokué & T.A. de Roos (red.), *De weging van 't Hart: idealen, waarden en taken van het strafrecht: liber amicorum voor prof.mr. A.C. 't Hart*, Deventer: Wolters Kluwer 2002, p. 171-188.

- Coenraad e.a. 2022
L.M. Coenraad e.a. (red.), 'Rechtspraak in beweging: Leren van maatschappelijk effectieve rechtspraak in de praktijk', *Rechtstreeks* 2022/3.
- Corstens 1974
G.J.M. Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid*, IJmuiden: Vermande Zonen Uitgevers 1974.
- Corstens, Borgers & Kooijmans 2018
G.J.M. Corstens, M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.
- Crijns & Hirsch Ballin 2023
J.H. Crijns & M.F.H. Hirsch Ballin, 'Burger en strafrecht: een multidimensionale en onlosmakelijke verbintenis', *BSb* 2023/2, p. 53-55.
- Crijns e.a. 2022
J.H. Crijns e.a., 'Het OM uit positie? De institutionele positionering van het Openbaar Ministerie ter discussie', *BSb* 2022/2, p. 45-54.
- Daems 2007
T. Daems, 'De slachtofferdimensie van herstelrechtelijke interventies: Een sluimerende therapeutisering?', *TvH* 2007/1, p. 7-21.
- Daems, Pemberton & Van Stokkom 2022
T. Daems, A. Pemberton & B. van Stokkom, 'De strijd om slachtofferschap: Een inleidende beschouwing', *TCC* 2022/1, p. 3-18.
- Della Porta 2013
D. Della Porta, *Can Democracy Be Saved?*, Cambridge: Polity Press 2013.
- De Doelder & De Meijer 2006
H. de Doelder & M.E. de Meijer, 'Het Openbaar Ministerie als magistraat', in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke macht: Studies over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2006, p. 265-284.
- Duff 2018
R.A. Duff, *The Realm of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2018.
- Duker 2009
M.J.A. Duker, 'De toetsingsruimte van het hof in beklagzaken ex artikel 12 Sv', *DD* 2009/32, p. 428-453.
- Dzur, Loader & Sparks 2016
A.W. Dzur, I. Loader & R. Sparks, 'Punishment and Democratic Theory: Resources for a Better Penal Politics', in: A.W. Dzur, I. Loader & R. Sparks (red.), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 1-17.
- Ellian, Molier & Zwart 2011
A. Ellian, G. Molier & T. Zwart (red.), *Mag ik dit zeggen? Beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting*, Den Haag: Boom Juridisch 2011.
- Engelhard e.a. 2024
E.F.D. Engelhard e.a., 'Urgenda, Milieudefensie/Shell and beyond: Over de invloed van klimaatzaken', *NTBR* 2024/5, p. 28-39.

Enschedé 1999

C.J. Enschedé, 'Wetten en rechters', in: Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 363-382.

Fermon & Prakken 2010

J. Fermon & T. Prakken, *Politieke verdediging: Een analyse van historische en actuele politieke strafzaken en de strategie van de verdediging*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.

Flügel-Martinsen & Martinsen 2019

O. Flügel-Martinsen & F. Martinsen, 'Rather Topics than Disciplines: Pierre Rosanvallon's Interdisciplinary Political Thought', in: Flügel-Martinsen e.a (red.), *Pierre Rosanvallon's political thought: Interdisciplinary approaches*, Bielefeld: Bielefeld University Press 2019, p. 61-74.

Flügel-Martinsen e.a. 2019

O. Flügel-Martinsen e.a. (red.), *Pierre Rosanvallon's Political Thought: Interdisciplinary Approaches*, Bielefeld: Bielefeld University Press 2019.

Foqué 1992

R.M.G.E. Foqué, *De ruimte van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Foqué 1995

R.M.G.E. Foqué, 'De autonomie van de rechtstaal', *AA* 1995/44, p. 675-677.

Foqué & 't Hart 1990

R.M.G.E. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en Rechtsbescherming: Grondslagen van een strafrechtelijke Waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Foqué e.a. 2009

R.M.G.E. Foqué e.a., 'Debat: de scheiding der machten', *Ethische Perspectieven* 2009/4, p. 346-373.

Fossen 2013

T. Fossen, 'Taking stances, Contesting Commitments: Political Legitimacy and the Pragmatic Turn', *The Journal of Political Philosophy* (21) 2013/4, p. 426-450.

Foucault 1984

M. Foucault, 'What Is Enlightenment', in: P. Rabinow (red.), *The Foucault Reader*, New York: Pantheon Books 1984, p. 32-50.

Fricker 2007

M. Fricker, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, New York: Oxford University Press 2007.

Gallie 1955

W.B. Gallie, 'Essentially Contested Concepts', *Proceedings of the Aristotelian Society* (56) 1955, p. 167-198.

Garland 1985

D. Garland, *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*, Aldershot (VK): Gower 1985.

Garland 1991

D. Garland, 'Sociological Perspectives on Punishment', *Crime and Justice* (14) 1991, p. 115-165.

- Garland 2001
D. Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press 2001.
- Garland 2007
D. Garland, 'Beyond the Culture of Control', *Critical Review of International Social and Political Philosophy* (7) 2004/2, p. 160-189.
- Garland 2021
D. Garland, 'What's Wrong with Penal Populism? Politics, the Public, and Criminological Expertise', *Asian Journal of Criminology* (16) 2021/3, p. 257-277.
- Geelhoed 2013
W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2013.
- Geelhoed 2020
W. Geelhoed, 'De eeuwige discussie over de toetsingsomvang bij beklag tegen niet-vervolgving', *TMSv* 2020, p. 49-59.
- Geeraets & Veraart 2017
V. Geeraets & W. Veraart, 'Over verplichte excuses en spreekrecht', *NJLP* 2017/2, p. 137-159.
- Van Gestel & Loth 2022
R. van Gestel & M. Loth, 'Het beleid van de rechter in public interest zaken', *Rechtstreeks* 2022/1, p. 16-32.
- Ginsburg 2018
T. Ginsburg, 'Democratic Backsliding and the Rule of Law', *Ohio Northern University Law Review* (44) 2018/3, p. 351-369.
- Glaser & Strauss 1967
B.G. Glaser & A.L. Strauss, *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*, Chicago: Aldine Publishing Company 1967.
- Groenhuijsen 2002
M.S. Groenhuijsen, 'De dreigende verdachtmaking van het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse strafprocesrecht', *DD* 2002, p. 437-445.
- Gunning, Kelk & Schuyt 1993
M.J. Gunning, C. Kelk & C.J.M. Schuyt (red.), *Recht als kritische discussie: Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
- Habermas (1981) 1984
J. Habermas, *The Theory of Communicative Action, Volume 1: Reason and the Rationalization of Society*, Boston: Beacon Press 1984 (*Theorie des kommunikativen Handelns, Band I: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung* 1981, vertaald door T. McCarthy).
- Habermas (1981) 1985
J. Habermas, *The Theory of Communicative Action, Volume 2: Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason*, Boston: Beacon Press 1985 (*Theorie des kommunikativen Handelns, Band II: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft* 1981, vertaald door T. McCarthy).
- Habermas (1992) 1996
J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press 1996 (*Faktizität und Geltung. Beiträge zur*

- Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* 1992, vertaald door W. Rehg).
- Hacking 1999
I. Hacking, *The Social Construction of What?*, Cambridge: Harvard University Press 1999.
- Van Harinxma thoe Slooten 2019
L.R. van Harinxma thoe Slooten e.a. (red.), 'Innovatie in de rechtspraak: naar een meer maatschappelijk effectieve rechtspleging', *Rechtstreeks* 2019/1.
- 't Hart 1994
A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving: Een verkenning*, Arnhem: Gouda Quint 1994.
- 't Hart 1996
A.C. 't Hart, 'Algemeen belang en opportuniteit als rechtsoordelen', in: T.M. Schalken e.a. (red.), *De inhoud van het gezag*, Den Haag: Openbaar Ministerie 1996, p. 87-112.
- 't Hart 1997
A.C. 't Hart, *De meerwaarde van het strafrecht. Essays en annotaties*, Den Haag: Sdu 1997.
- 't Hart 1999
A.C. 't Hart, 'Om het OM', in: Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 343-362.
- 't Hart 2001
A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001.
- Hartendorp 2020a
R.C. Hartendorp, *Naar m(e)er rechtspraak? (oratie Leiden)*, Leiden: Universiteit Leiden 2020.
- Hartendorp 2020b
R.C. Hartendorp, 'Maatschappelijk effectieve rechtspraak: een synthese', *RdW* 2020/2, p. 61-66.
- Helmich 2022
M. Helmich, *Using law to depoliticize adjudication. A skeptical thesis*. (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam)
- Heywood 2017
A. Heywood, *Political Ideologies: An Introduction*, Londen: Palgrave 2017.
- Hinsch 2010
W. Hinsch, 'Justice, legitimacy, and constitutional rights', *Critical Review of International Social and Political Philosophy* (13) 2010/1, p. 39-54.
- Hofhuis 2024
H. Hofhuis, 'Bundeling van civiele vorderingen: representativiteit en de verhouding tussen staatsmachten', *NJB* 2024/775, p. 880-886.
- Hol 2003
T. Hol, 'Hannah Arendt: Publiek domein, recht en rechtspraak', *NJLP* 2003/3, p. 207-228.

De Hullu 2015

J. de Hullu, *Materieel strafrecht: Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Jansen 2020

C.J.H. Jansen, 'Verzet onder juristen tegen 'onrechtvaardig recht' in de Tweede Wereldoorlog, in het bijzonder tegen de antisemitische maatregelen van de bezetter', *BSb* 2020/2, p. 76-83.

Janssen & Nieuwenhuis 2012

E. Janssen & A. Nieuwenhuis, 'De verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en discriminatie in het Wilders-proces: een analyse van 'het proces van de eeuw'', *NJCM-bulletin* 2012, p. 177-207.

De Jong 2016

F. de Jong, *Symbolic and diabolic forces in criminal law (oratie Utrecht)*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.

De Jong 2023

T. de Jong, 'Klimaatadvocaat Roger Cox: 'Een klimaatrechtszaak is een filter voor bullshit'', *VN* 30 maart 2023.

Kempe 1975

G.T. Kempe, 'De publieke opinie en de strafrechter in de laatste halve eeuw: Enkele inleidende opmerkingen', in: G.T. Kempe e.a. (red.), *Dilemma's in het hedendaagse strafrecht*, Utrecht: Stichting Ars Aequi 1975, p. 5-22.

Kleinfeld 2017

J. Kleinfeld, 'Manifesto of Democratic Criminal Justice', *Northwestern University Law Review* (111) 2017, p. 1367-1412.

Knigge 1980

G. Knigge, 'Het beklag over niet of niet verder vervolgen: Kanttekeningen bij wetsontwerp 15 831', *DD* 1980, p. 185-204.

Koning 2022

S.D. Koning, 'De ventiefunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?', *NJLP* 2022/2, p. 84-105.

Koning 2023

S.D. Koning, '(Re)defining Conflicts: Democratic legitimacy in Socially Sensitive Court Cases', *Utrecht Law Review* 2023/2, p. 58-74.

Koning 2024a

S.D. Koning, 'Democratische verwachtingen in maatschappelijk gevoelige klacht-procedures tegen niet-vervolg', *RdW* 2024/2, p. 41-64.

Koning 2024b

S.D. Koning, 'De artikel 12 Sv-procedure als forum voor maatschappelijk debat? Percepties van raadsheren ten aanzien van maatschappelijk gevoelige artikel 12 Sv-zaken', *BSb*, 2024/5, p. 72-79.

Kool 2018

R.S.B. Kool, 'Modernisering van de beklagregeling ex artikel 12 Sv: 'Full dress' voor het slachtoffer?', *Platform Modernisering Strafoordering*, moderniseringstrafvoording.nl oktober 2018.

- Kragting e.a. 2022
Kragting e.a., 'Evaluatie wet uitbreiding spreekrecht: slachtoffers en nabestaanden in het strafproces', *Nederlands Studiecentrum Criminaliteit en Rechtshandhaving*, nscr.nl, december 2022.
- Kuhn 1962
T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: The University of Chicago Press 1962.
- De Lange 2009
A. de Lange, 'De beklagprocedure en criminele politiek', *Strafblad* 2009, p. 477-492.
- De Lange 2010
A. de Lange, 'De strategische terugtocht van een monopolist: In het belang van een beheerste en evenwichtige toepassing van het strafrecht', *Strafblad* 2010, p. 176-193.
- De Lange 2021
A. de Lange, 'De vijfde macht: De ontdekkingstocht naar de (on)mogelijkheden van artikel 12 Sv', in: J. Altena e.a. (red.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 911-924.
- Lawson 2008
R.A. Lawson, 'WILD, WILDERS, WILDST: Over de ruimte die het EVRM laat voor de vervolging van kwetsende politici', *NJCM-Bulletin* 2008, p. 469-484.
- Lawson 2009
R.A. Lawson, 'Veroordeling Wilders staat nog niet vast', *Trouw* 24 januari 2009.
- Leachman 2013
G. Leachman, 'Legal Framing', *Studies in Law, Politics, and Society* (61) 2013, p. 25-59.
- Lefort 2016
C. Lefort, *Wat Is Politiek?*, Amsterdam: Boom Klassiek 2016.
- Van der Leij 2008
J.B.J. van der Leij, 'Beklag over het niet-vervolgen van strafbare feiten: artikelen 12-13a Sv', in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (online).
- Van Lent, Boone & Van den Bos 2016
L. van Lent, M.M. Boone & K. van den Bos, *Klachten tegen niet-vervolging (artikel 12 Sv-procedure): Doorlooptijden, instroom, verwachtingen van klagers en het belang van procedurele rechtvaardigheid*, Utrecht: Montaigne Centrum 2016.
- Levitsky & Ziblatt 2019
S. Levitsky & D. Ziblatt, *How Democracies Die: What History Reveals About Our Future*, Londen: Penguin Books 2019.
- Lind & Tyler 1988
E.A. Lind & T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum Press 1988.
- Loader 2021
I. Loader, 'Criminology's plausible worlds: Ideologies, crime control, and the practice of democratic under-labouring', in: T. Daems & S. Pleysier, *Criminology and Democratic Politics*, Londen: Routledge 2021, p. 42-58.

- Loader & Sparks 2010
I. Loader & R. Sparks, *Public Criminology?*, Londen: Routledge 2010.
- Loader & Sparks 2013
I. Loader & R. Sparks, 'Unfinished Business: Legitimacy, crime control, and democratic politics', in: J. Tankebe & A. Liebling (red.), *Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 105-126.
- Loader & Sparks 2022
I. Loader & R. Sparks, 'Reasonable Hopes: Social Theory, Critique and Reconstruction in Contemporary Criminology', in: A. Liebling e.a. (red.), *Crime, Justice, and Social Order*, Oxford: Oxford University Press 2022, p. 100-125.
- Loth 2005
M.A. Loth, 'Oordelen op tegenspraak: Over de rationaliteit van het rechterlijk oordeel', *NJLP* 2005/1, p. 57-80.
- Luhmann 1978
N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt: Luchterhand 1978.
- Mackor 2012
A.R. Mackor, 'Strafrecht en liberalisme: Ontwikkelingen rond strafrecht waarover liberalen zich zorgen zouden moeten maken', *NJLP* 2012/1, p. 5-11.
- Manning 2017
J. Manning, 'In vivo coding', in: J. Matthes (red.), *The International Encyclopedia of Communication Research Methods*, New York: Wiley-Blackwell 2017, p. 1-2.
- Melai 1993
A.L. Melai, 'Doel en Middelen: Instrumentaliteit als Archimedisches punt in het recht', in: G.C.G.J. van Roermund, M.S. Groenhuijsen & W.J. Witteveen (red.), *Symposium strafrecht: Vervolg van een grondslagendebat*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 165-192.
- Van Middelaar 2011
L. van Middelaar, *Politicide: De moord op de politiek in de Franse filosofie*, Groningen: Historische Uitgeverij 2011.
- Mills 1959
C.W. Mills, *The Sociological Imagination*, New York: Oxford University Press 1959.
- Ministerie van Justitie en Veiligheid 2019
Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Uitwerking Veiligheidsagenda 2019-2022: Vastgesteld in het LOVP van 3 december 2018*, Publicatie-nr. 118843, januari 2019.
- Mol & Polman 2023
J. Mol & J. Polman, 'Topadvocaat Ficq: 'De ceo van Tata Steel moet de gevangenis in'', *fd.nl*, 9 juni 2023.
- Moons 1969
J.M.A.V. Moons, 'Het opportuniteitsbeginsel: Enige notities over zijn inhoud en omvang', *NJB* 1969, p. 485-490 en 521-529.
- Mouffe 2000
C. Mouffe, *The Democratic Paradox*, Londen: Verso 2000.

Neuman, Just & Crigler 1992

W.R. Neuman, M.R. Just & A.N. Crigler, *Common Knowledge: News and the Construction of Political Meaning*, Chicago: The University of Chicago Press 1992.

Noyon 2021

L. Noyon, *Strafrecht en publieke opinie: Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtspleging en het publiek, met bijzondere aandacht voor het Openbaar Ministerie* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2021.

Van Oven 2009

G.J.W. van Oven, 'De klacht', *Strafblad* 2009, p. 462-463.

Van Oven 2010

G.J.W. van Oven, 'De politieke verantwoordelijkheid voor het vervolgingsbeleid', *Strafblad* 2010, p. 217-224.

Van der Pas 2021

K. van der Pas, 'Conceptualizing strategic litigation', *O-ati Socio-Legal Series* (11) 2021/6, p. 116-145.

Van der Pas 2024

K. van der Pas, 'Strategisch procederen in het asielrecht binnen de rechtsstaat', nederlandrechtsstaat.nl, 29 april 2024.

Peters 1993a

A.A.G. Peters, 'Het rechtskarakter van het strafrecht', in: Gunning, Kelk & Schuyt (red.), *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 15-34.

Peters 1993b

A.A.G. Peters, 'Individuele vrijheid en de positie van verdachten in het strafproces', in: Gunning, Kelk & Schuyt (red.), *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 79-106.

Peters 1993c

A.A.G. Peters, 'Gezag in de Nederlandse strafrechtspleging', in: Gunning, Kelk & Schuyt (red.), *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 107-143.

Peters 1993d

A.A.G. Peters, 'Strafrechtelijke toerekening in vergelijkend cultureel perspectief: de Japanse benadering', in: Gunning, Kelk & Schuyt (red.), *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 173-205.

Peters 1993e

A.A.G. Peters, 'Recht als kritische discussie', in: Gunning, Kelk & Schuyt (red.), *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 209-238.

Peters 1993f

A.A.G. Peters, 'Naar een herwaardering van het juridisch model van maatschappelijke orde', in: Gunning, Kelk & Schuyt (red.), *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 369-412.

Peters 1993g

A.A.G. Peters, 'Recht en Samenleving in Japan', in: Gunning, Kelk & Schuyt (red.), *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 413-436.

De Poorter 2020

J.C.A. de Poorter, 'Is Nederland verworden tot een dikastocratie? Over rechterlijke rechtsvorming en strategisch procederende belangenorganisaties', *NTB* 2020/49, p. 105-113.

Prakken 2012

T. Prakken, *Grondrechten op de helling: De rol van het Wildersproces in de afbraak van de rechtsstaat*, Amsterdam: Atlas Contact 2012.

Ricoeur 2000

P. Ricoeur, 'Who is the subject of rights', in: P. Ricoeur, *The Just*, Chicago: The University of Chicago Press 2000 (*Le Juste* 1995, vertaald door D. Pellauer), p. 1-10.

Den Ridder, Van 't Hul & Van den Broek 2023

J. den Ridder, L. van 't Hul & A. van den Broek, 'Burgerperspectieven: Bericht 1 2023', *Sociaal en Cultureel Planbureau*, scp.nl, 20 april 2023.

Van Roermund, Groenhuijsen & Witteveen 1993

G.C.G.J. van Roermund, M.S. Groenhuijsen & W.J. Witteveen (red.), *Symposium strafrecht: Vervolg van een grondslagende debat*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

Rosanvallon 1988

P. Rosanvallon, 'The Decline of Social Visibility', in: J. Keane (red.), *Civil Society and the State: New European Perspectives*, Londen: Verso 1988, p. 199-220.

Rosanvallon 2006

P. Rosanvallon, 'Inaugural Lecture, Collège de France', in: S. Moyn (red.), *Democracy Past and Future*, New York: Columbia University Press 2006, p. 31-58.

Rosanvallon 2008

P. Rosanvallon, *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust*, Cambridge: Cambridge University Press 2008.

Rosanvallon 2011a

P. Rosanvallon, 'The Metamorphoses of Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity', *Constellations* (18) 2011/2, p. 114-123.

Rosanvallon 2011b

P. Rosanvallon, *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity*, Princeton (VS): Princeton University Press 2011.

Rosanvallon 2019a

P. Rosanvallon, 'The Political Theory of Democracy', in: Flügel-Martinsen e.a. (red.) in: Flügel-Martinsen e.a. (red.), *Pierre Rosanvallon's political thought: Interdisciplinary approaches*, Bielefeld: Bielefeld University Press 2019, p. 23-38.

Rosanvallon 2019b

P. Rosanvallon, 'De decentrerend van democratieën', in: P. van de Wiel & C. Lansink (red.), *Pierre Rosanvallon: De democratie denken*, Nijmegen: Uitgeverij Vantilt 2019, p. 91-110.

- Rosanvallon 2019c
P. Rosanvallon, 'Het populisme denken', in: P. van de Wiel & C. Lansink (red.), *Pierre Rosanvallon: De democratie denken*, Nijmegen: Uitgeverij Vantilt 2019, p. 145-158.
- Roy 2019
S. Roy, 'Urgenda II and its Discontents', *Carbon & Climate Law Review* (13) 2019/2, p. 130-141.
- Rummens 2008
S. Rummens, 'Deliberation interrupted: Confronting Jürgen Habermas with Claude Lefort', *Philosophy and Social Criticism* (34) 2008/4, p. 383-408.
- Rvdr 2023
Rvdr, *Brief Raad voor de Rechtspraak (Rvdr) aan de Staatscommissie rechtsstaat*, staatscommissierechtsstaat.nl, 12 juli 2023.
- Schaap 2007
A. Schaap, 'Political Theory and the Agony of Politics', *Political Studies Review* (5) 2007, p. 56-74.
- Schalken 2009
T.M. Schalken, 'Naar een modern strafproces: minder bestraffing, meer publieke verantwoording', *Strafblad* 2009, p. 493-494.
- Schönfeld 1979
K. Schönfeld, *Montesquieu en 'la bouche de la loi'* (diss. Leiden), Leiden: New Rhine Publishers 1979.
- Schutgens 2015
R.J.B. Schutgens, 'Urgenda en de trias: Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het gerucht makende klimaatvonnis van de Haagse rechter', *NJB* 2015/1675, p. 2270-2277.
- Schutgens 2021
R.J.B. Schutgens, 'Dikastocratie of uitholling van de rechtsstaat? Twee dimensies van rechterlijke oordelen', in: D.M. de Knijff, M. Kuijer & R.J.B. Schutgens (red.), *De staat van de rechtspraak*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 11-22.
- Semetko & Valkenburg 2000
H.A. Semetko & P.M. Valkenburg, 'Framing European Politics: A Content Analysis of Press and Television News', *Journal of Communication* (50) 2000/2, p. 93-109.
- Simons 1999
D. Simons, 'De verdediging in het strafproces', in: Buruma (red.) *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 301-320.
- Soeharno 2022
J. Soeharno, 'Over de nederigheid van juristen', *Rechtstreeks* 2022/1, p. 12-15.
- Soeharno 2023
J. Soeharno, 'Gezocht: een rechter die rechtspreekt vanuit karakter en geweten: Over rechtspraak in gepolariseerde zaken', *NJB* 2023/2888, p. 3475-3483.
- Spek 2010
W.J.V. Spek, 'Het opportuniteitsbeginsel en de ultimum remedium-gedachte', *Strafblad* 2010, p. 225-232.

Van Stokkom 2019

B. van Stokkom, 'Genoegdoening: Tussen punitieve verlangens en publieke redelijkheid', in: B. van Stokkom (red.), *Genoegdoening & redelijkheid: Over de grenzen van slachtofferemancipatie*, Den Haag: Boom Criminologie 2019, p. 135-161.

Van Stokkom 2022

B. van Stokkom, 'Slachtofferschap als rancuneus fantasieland', *TCC* 2022/1, p. 85-95.

Stolk 2024

R. Stolk, *Procederende belangenorganisaties in de polder: Een interdisciplinair perspectief op de toegang tot de rechter* (diss. Leiden), Zutphen: Uitgeverij Paris 2024.

Tankebe & Liebling 2013

J. Tankebe & A. Liebling, 'Legitimacy and Criminal Justice: An introduction', in: J. Tankebe & A. Liebling (red.), *Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 1-6.

Thibaut & Walker 1975

J. Thibaut & L. Walker, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, Hillsdale (VS): Lawrence Erlbaum Associates 1975.

Tuchman 1978

G. Tuchman, *Making News: A Study in the Construction of Reality*, New York: The Free Press 1978.

Tyler & Lind 2001

T.R. Tyler & E.A. Lind, 'Procedural justice', in: J. Sanders & V. Lee Hamilton (red.), *Handbook of Justice Research in Law*, New York: Kluwer Academic Publishers 2001, p. 65-92.

Unger 1975

R.M. Unger, *Knowledge and Politics*, New York: The Free Press 1975.

Veraart 2005

W.J. Veraart, 'De vervaging van het rechtssubject: de opmars van het slachtoffer', *AA* 2005, p. 246-251.

Veraart 2013

W.J. Veraart, 'Ik lijd dus ik heb rechten: de juridische emancipatie van het slachtoffer', *AA* 2013, p. 582-590.

Verrest & Mevis 2018

P.A.M. Verrest & P.A.M. Mevis (red.), *Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafoordering*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Voerman & Mazzoleni 2019

G. Voerman & O. Mazzoleni, 'Het soevereine volk: de PVV en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht', in: G. Voerman & K. Vossen (red.), *Wilders gewogen: 15 jaar reuring in de Nederlandse politiek*, Amsterdam: Boom 2019, p. 129-151.

Ten Voorde 2008

J.M. ten Voorde, 'Strafrechtstheoretische bespiegelingen over afschrikking en generale preventie', *JV* 2008/2, p. 57-69.

Waldron 1987

J. Waldron, 'Theoretical Foundations of Liberalism', *The Philosophical Quarterly* (37) 1987, p. 127-150.

Waldron 2023

J. Waldron, *Thoughtfulness and the Rule of Law*, Cambridge: Harvard University Press 2023.

Weymans 2019

W. Weymans, 'On the Critical Potential of Rosanvallon's Wide Definition of Democracy', in: Flügel-Martinsen e.a. (red.), *Pierre Rosanvallon's political thought: Interdisciplinary approaches*, Bielefeld: Bielefeld University Press 2019, p. 99-118.

Witteveen 1996

W.J. Witteveen, *De geordende wereld van het recht: Een inleiding*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1996.

POPULARISEREND

Ankersmit 2010

F. Ankersmit, 'Heel, héél erg dom', *Trouw* 2 januari 2010.

Bartels 2023

V. Bartels, 'Pedohandboeken per 1 juli verboden, maximaal vier jaar cel voor bezit', *De Telegraaf* 26 juni 2023.

Baudet & Cliteur 2020

T. Baudet & P. Cliteur, 'Baudet en Cliteur: wat is er mis met onze oproep tot bezinning over de staatsmachten?', *de Volkskrant* 8 maart 2020.

Bessems 2019

K. Bessems, 'Hoe het archief van pedoclub martijn de veranderde tijdgeest weerspiegelt', *de Volkskrant* 26 november 2019.

Bessems 2024

K. Bessems, 'Rechters gaan te ver met hun klimaatpolitiek en je bent geen Orbán als je dat vindt', *de Volkskrant* 12 april 2024.

Blommestijn 2024

R. Blommestijn, 'Het zwaard van Damocles is gevallen: op 19 augustus van dit jaar moet ik voor de meervoudige strafkamer verschijnen voor "groepsbelediging"', *@rblommestijn*, x.com, 21 mei 2024.

Bolkestein 2010

F. Bolkestein, 'Rob Riemen, schaamt u zich voor zoveel onzin', *de Volkskrant* 13 november 2010.

Bouma 2018

J. Bouma, 'Hoofdofficier Tabakszaak: Ik doe een juridische toets geen maatschappelijke', *Trouw* 22 februari 2018.

Danen 2015

R. Danen, 'Doorbreek het zwijgen over racistisch gedrag van politie', *Trouw* 18 juli 2015.

Dautzenberg 2011

A. Dautzenberg, 'Henk Bres jaagt pedofiel ondergronds', *de Volkskrant* 6 augustus 2011.

Van Dongen 2010

M. van Dongen, 'Politici moeten vertrouwen in rechtsstaat niet ondermijnen', *de Volkskrant* 23 oktober 2010.

Van Dongen 2011

M. van Dongen, 'Grenzen van het vrije woord zijn afgebakend', *de Volkskrant* 24 juni 2011.

Duyvendak 2015

J.W. Duyvendak, 'We leven in 'on-sociologische tijden'', *socialevraagstukken.nl*, 4 juli 2015.

Ellian 2011

A. Ellian, 'Voor vrijheid is al een hoge prijs betaald', *de Volkskrant* 24 juni 2011.

Februari 2015

M. Februari, 'Zelfbeheersing is nodig en echt niet alleen voor pedo's', *NRC* 28 april 2015.

De Fijter 2011

N. de Fijter, 'Ties Prakken: Wilders-proces was geen onzinnig circus', *Trouw* 25 juni 2011.

De Fijter 2014

N. de Fijter, 'Dit is een heel andere zaak Wilders', *Trouw* 10 oktober 2014.

Fogteloo & Thomas 2024

M. Fogteloo & C. Thomas, 'Interview: democratie onder druk: Jonathan Soeharno. 'We hebben te weinig waarborgen'', *De Groene Amsterdammer* 24 januari 2024.

Van der Galien 2024

M. van der Galien, 'Interview met Paul Cliteur: De politieke vervolging van Raisa Blommestijn', *dagelijksestandaard.nl*, 27 mei 2024.

Groen & Kranenberg 2010a

J. Groen & A. Kranenberg, 'Openbaar Ministerie mag Wilders vervolgen', *de Volkskrant* 14 januari 2010.

Groen & Kranenberg 2010b

J. Groen & A. Kranenberg, 'Hij spint hier altijd garen bij', *de Volkskrant* 16 januari 2010.

Groen & Meijer 2010

J. Groen & R. Meijer, 'Grote frustratie bij benadeelden in zaak Wilders', *de Volkskrant* 18 oktober 2010.

Haenen 2008

M. Haenen, 'Aan alle kanten al 'aan de tering liggen'', *NRC* 1 juli 2008.

Haenen 2015

M. Haenen, 'Compassie voor politie bij de politie', *NRC* 2 juli 2015.

Heijmans 2011

T. Heijmans, 'Redelijken en gekken op zoek naar luisteraars in de zaak-Wilders', *de Volkskrant* 28 mei 2011.

Hensen 2013

C. Hensen, 'Rabo knakt eigen reputatie', *NRC* 30 oktober 2013.

Ten Hoove & Du Pré 2006

S. ten Hoove & R. du Pré, 'De paus heeft volkomen gelijk', *de Volkskrant* 7 oktober 2006.

Hudig 2013

H. Hudig, 'Leiders, buit die crisis uit voor een sterke speech', *NRC* 23 november 2013.

Inja 2010

C. Inja, 'Trek alle aanklachten tegen Wilders in', *de Volkskrant* 27 oktober 2010.

Jensma 2010

F. Jensma, 'Onnodig grievend of was het gewoon heldere taal?', *NRC* 12 januari 2010.

Jensma 2011

F. Jensma, 'De rechters en getuigen zitten in het beklagdenbankje', *NRC* 18 april 2011.

De Jong 2015

S. de Jong, 'Mitch Henriquez: van acht zinnen naar de voorpagina', *NRC* 4 juli 2015.

De Jong 2023

T. de Jong, 'Klimaatadvocaat Roger Cox: 'Een klimaatrechtszaak is een filter voor bullshit'', *VN* 30 maart 2023.

Joosten 2024

C. Joosten, 'VVD wil af van subsidieslurpende activisten die procederen tegen de staat', *EW*, ewmagazine.nl, 28 mei 2024.

Kranenberg & Meijer 2010

A. Kranenberg & R. Meijer, 'Wat waar is, kan niet strafbaar zijn', *de Volkskrant* 21 januari 2010.

Kreulen 2018

E. Kreulen, 'Hoop is nu gevestigd op gerechtshof', *Trouw* 23 februari 2018.

Marbe 2010

N. Marbe, 'De muilkorfbrigades aan zet', *de Volkskrant* 8 oktober 2010.

Markus 2015

N. Markus, 'Neef Mitch Henriquez: Ik heb geen vertrouwen meer in politie en justitie', *Trouw* 23 december 2015.

Van Meteren 2011

W. van Meteren, 'Is deze uitspraak een vrijbrief voor verhuffering', *Trouw* 24 juni 2011.

Misérus 2021

M. Misérus, 'Ouders naar rechter om vervolging in toeslagenaffaire kinderopvang', *de Volkskrant* 8 januari 2021.

Mol & Polman 2023

J. Mol & J. Polman, 'Topadvocaat Ficq: 'De ceo van Tata Steel moet de gevangenis in'', *fd.nl*, 9 juni 2023.

Molier 2009

G. Molier, 'Waar staat dat dan?', *Trouw* 7 februari 2009.

Noordegraaf 2010

M. Noordegraaf, 'De rechter moet op zijn woorden letten', *NRC* 9 oktober 2010.

Overbeek 2020

E. Overbeek, 'Europees Hof tikt Polen hard op de vingers vanwege de rechtsstaat', *Trouw* 8 april 2020.

Van der Pas 2024

K. van der Pas, 'Strategisch procederen in het asielrecht binnen de rechtsstaat', *nederlandrechtsstaat.nl*, 29 april 2024.

Plantinga 2020

R. Plantinga, 'Kinderkamer en seksspullen gevonden bij pedoverdachte, voorarrest verlengd', *Tubantia* 17 april 2020.

Van Rijswijk 2009

J. van Rijswijk, 'Pijnlijk om te zien hoe Rutte vrijheid opvat', *Trouw* 27 januari 2009

Ros 2023

R. Ros, 'Polarisatiepaniek', *De Groene Amsterdammer* 21 februari 2023.

Schildkamp 2018

V. Schildkamp, 'Gerechtshof: geen strafzaak tegen de tabaksindustrie om 'zware mishandeling'', *Algemeen Dagblad* 6 december 2018.

Schraevesande 2015

F. Schraevesande, 'Zo'n gevoelige zaak laat het OM nog even rijpen', *NRC* 7 november 2015.

Schraevesande 2017

F. Schraevesande, 'Advocaat Korver scoort maximaal', *NRC* 18 November 2017.

Smal 2024

E. Smal, 'Lakeman eist dat OM nu toch echt snel overgaat tot vervolging oud-topman ING', *NRC* 10 september 2024.

Sommer 2024

M. Sommer, 'Denken in risico's is een machtig wapen', *EW*, *ewmagazine.nl*, 25 februari 2024.

Staal 2011

H. Staal, 'Nu ontloopt Wilders het martelaarschap', *NRC* 24 juni 2011.

Timmer 2023

E. Timmer, 'Rechter vergeet burger in klimaatzaak Shell': Meer partijen eisen toegang tot hoger beroep', *Algemeen Dagblad* 15 maart 2023.

Toonen & Thie En 2011

A. Toonen & M. Thie En, 'OM: Begin 'n zaak over Martijn, maar wel snel', *NRC* 18 juli 2011.

Van Veelen 2022

A. van Veelen, 'De wereld wint weer van het ik: Troost op een zinkend schip', *De Groene Amsterdammer* 21 december 2022.

De Waard 2014

P. de Waard, 'Rabobank-leden willen raad van bestuur voor de rechter om Libor', *de Volkskrant* 13 januari 2014.

De Waard 2023

P. de Waard, 'Van Tata tot Chemours: geen multinational is te groot voor Bénédicte Ficq, de vrouw die boeven gewend is', *de Volkskrant* 24 oktober 2023.

Wismans & Bos 2015

L. Wismans & K. Bos, 'We zijn niet blank, dáárom moet de politie ons hebben', *NRC* 1 juli 2015.

Jurisprudentielijst

EHRM 16 juli 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0716JUD001561507 (*Féret/België*).
EHRM 20 april 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0420DEC001878809 (*Le Pen/Frankrijk*).

HR 7 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB4014, *NJ* 1973, 35.
HR 10 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF0655, *NJ* 2010, 19, m.nt. Mevis.
HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:948.

Hof Amsterdam 5 april 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA2373.
Hof Amsterdam 9 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496.
Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, *NJ* 2009/191,
m.nt. Y. Buruma.
Hof Leeuwarden 21 november 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU4940.
Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204.
Hof Den Haag 30 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:840.
Hof Den Haag 30 Maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:841.
Hof Arnhem-Leeuwarden 20 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3248.
Hof Den Haag 6 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3334.
Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347.
Hof Amsterdam 16 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1051.
Hof Arnhem-Leeuwarden 17 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3826.
Hof Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:736.

Rb. Amsterdam 23 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001.

Curriculum vitae

Sophie Koning (Edam, 1994) behaalde de bachelor Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit van Amsterdam en de bachelor Filosofie aan de Katholieke Universiteit Leuven. Tijdens haar studie gaf zij tentamentrainingen bij StudySquare en deed zij een onderzoeksstage bij de Kennisgroep Europees Strafrecht en Mensenrechten (Rechtbank Amsterdam). In 2019 sloot zij haar studietijd af met de master Encyclopedie en Filosofie van het Recht aan de Universiteit Leiden. Vanaf augustus 2024 is Sophie als docent verbonden aan de afdeling Criminologie van de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2024 en 2025 verschenen:

- MI-414 E. Hutten, *Belastingprofessionals onder maatschappelijke druk. Een Nederlandse casestudie naar reacties op BEPS*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-415 R. Stolk, *Procederende belangenorganisatie in de polder. Een interdisciplinair perspectief op de toegang tot de rechter*, (diss. Leiden), Zutphen: Uitgeverij Paris 2024
- MI-416 A. Sarris, *International law and governance of the Arctic in an era of climate change*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024, ISBN 978 94 6473 382 2
- MI-417 F. Heitmüller, *Combatting tax avoidance, the OECD way? The impact of the BEPS Project on developing and emerging countries' approach to international tax avoidance*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-418 F.I. Kartikasari, *Mining and environmental protection in Indonesia: Regulatory pitfalls*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024, ISBN 978 94 6473 462 1
- MI-419 S.H. Starrenburg, *Striking a balance between local and global interests. Communities and cultural heritage protection in public international law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-420 D. Stefoudi, *Legal and policy aspects of space big data. Legal implications of the use of large amounts of space data – Regulatory solutions and policy recommendations* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024, ISBN 978 94 6473 479 9
- MI-421 S. Pouloupoulou, *Towards the establishment of a new International Humanitarian Law compliance mechanism. Lessons learned from monitoring systems within the International Humanitarian and Human Rights Law frameworks*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-422 M. Aalbers, *De werking van algemene belangenafwegingen in het Europese staatssteunrecht. Tussen verbod en verenigbaarheid?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-423 J.M. Elbers, *Reward Systems in Prison*, (diss. Leiden), Alblasterdam: Ridderprint 2024
- MI-424 Z. Tian, *Legal Aspects of Active Debris Removal (ADR): Regulation of ADR under International Space Law and the Way Forward for Legal Development*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-425 J.P. Cnossen, *Wisselwerking tussen gemeen en bijzonder materieel strafrecht. Een analyse en waardering in het licht van de beginselen van codificatie, schuld en legaliteit*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2024, ISBN 978 94 6212 967 2, ISBN 978 94 0011 466 1 (e-book)
- MI-426 L.B. Louis, *Towards Better Policing. Achieving Norm Internalization and Compliance with Persuasively Designed Technology*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024, ISBN 978 94 6473 559 8
- MI-427 J.P. Loof & R.A. Lawson (red.), *Diverse mensen en gelijke rechten anno 2024. Essays ter gelegenheid van het emeritaat van prof. Titia Loenen als hoogleraar Mensenrechten en diversiteit*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2024, ISBN 978 90 6750 070 8
- MI-428 Y. Shi, *Labour Regulation of International Aviation. A Crawl-Walk-Run Approach in International Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024, ISBN 978 94 6473 588 8
- MI-429 I.S. Ouweland, *Toetsing van deskundigenadviezen door de bestuursrechter*, (diss. Leiden), Zutphen: Uitgeverij Paris 2024, ISBN 978 94 6251 362 4
- MI-430 P.L. Koopmans, *Essays on the Economics of Household Finance and Social Insurance*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-431 N.U. van Capelleveen, *Radicalisering bij minderjarigen en overheidsingrijpen. Over de interactie van rechtsgebieden en een kinder- en mensenrechtenconforme inzet van juridische instrumenten*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom 2024, ISBN 978 94 6212 009 9, ISBN 978 94 0011 504 0 (e-book)
- MI-432 A.B. Muñoz Mosquera, *The North Atlantic Treaty Organization. An International Institutional Law Perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2024
- MI-433 S. Vandenbroucke, *Navigating Corporate Responsibility in Global Supply Chains using Codes of Conduct*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2025

- MI-434 B.N. van Ganzen, *Dynamism and Democracy. Essays on the Fiscal Social Contract in a Globalised World*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2025
- MI-435 M. Michels, *Meerouderschap en het erfrecht. Een onderzoek naar de erfrechtelijke positie van het kind en zijn ouders in een intentioneel meeroudergezin*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2025
- MI-436 D.K. Jongkind, *Netwerksubsidies. Een onderzoek naar de wijze waarop samenwerking in subsidierelaties binnen het bestuursrecht kan worden vormgegeven*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2025, ISBN 978 90 1318 051 0
- MI-437 G. Boffi, *Socio-Economic Integration and Social Citizenship of Migrants: Empirical Analyses*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2025
- MI-438 A. Kaviani Johnson, *From concept to application: A critical reflection on child safeguarding from a children's rights perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2025 ISBN 978 94 6473 734 9
- MI-439 J. Choi, *Criminal Liability of Pilots in Aviation Accident Cases*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2025
- MI-440 K. Sharma, *The Assembly of States Parties to the International Criminal Court – A Good Governance Approach*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2025
- MI-441 B. Budinská, *The European Central Bank's centralised application of national law under the Single Supervisory Mechanism. A rule of law analysis*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2025
- MI-442 H. Bliersbach, *Becoming and Belonging? Lived Experiences of Naturalization and Implementation of Citizenship Law in Germany and Canada*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2025
- MI-443 D.P.L. van Thiel, *Fundamental Labour Standards and the Shift from International to Transnational Labour Law. Countervailing Power in the Globalised World of Work*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2025, ISBN 978 94 6473 757 8
- MI-444 L.M.J. van Doorn, *From Risks to Public Opinion. How Structural Economic Changes Shape Political Attitudes and Policy Preferences*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2025
- MI-445 S.D. Koning, *De ventiefunctie van de artikel 12 Sv-procedure. Klachten tegen niet-vervolgning in maatschappelijk gevoelige kwesties*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2025, ISBN 978 94 6473 796 7