

Punitief populisme en de rol van de strafrechtswetenschap

Naar aanleiding van een uitnodiging tot debat²

DD 2018/3

In dit artikel wordt beoogd om, in aansluiting op een eerder editorial van Groenhuijsen, een bijdrage te leveren aan ‘nadere gedachtevorming’ over de dialoog tussen strafrechtspolitik en de strafrechtswetenschap. Hiertoe wordt beargumenteerd dat het niet zozeer de partijpolitieke aard van het huidige politiek systeem is, als wel de opkomst van een nieuw politiek ethos – het ‘punitief populisme’ – dat leidt tot structureel ondermijnende ingrepen. Dit punitief populisme wordt in deze bijdrage eerst gedefinieerd. Vervolgens wordt een ontwikkeling in repertoire beschreven. Aanvankelijk concentreerde het zich op meer en langere vrijheidsstraffen, inmiddels is het arsenaal uitgebreid met o.a. voorstellen tot allerlei (toezichts)maatregelen en ingrepen in het procesrecht. Uit deze verbreding volgen andere conflicten met lang gekoesterde straf(proces)rechtelijke beginselen. Deze nieuwe spanningen worden in deze bijdrage verkend, waarna wordt geconcludeerd dat naast investeren in evidence based-onderzoek, de strafrechtswetenschap ook moet zoeken naar nieuwe manieren om ‘value based’ argumenten voor het (politieke) voetlicht te brengen.

1. Inleiding

In het laatste septembernummer van dit tijdschrift riep Groenhuijsen op tot hernieuwde aandacht voor de dialoog tussen strafrechtswetenschap en strafrechtspolitik.³ Zijn bijdrage is alleen al waardevol omdat hij twee publicaties van wereld(lijke)leiders onder de aandacht brengt die het verdienen om ook in Nederland gelezen te worden.⁴ Beide bijdragen hebben een duidelijk gidsende strekking en zijn – met name de door hem eerst besproken bijdrage van toen nog Amerikaans president Obama – opvallend concreet over waar het heen moet met het strafrecht. Maar meer nog dan door de inhoud lijkt Groenhuijsen gecharmeerd van de toon, een toon die in beide gevallen tot kalme en beredeneerde strafrechtspleging aanspoort.

Het doel van zijn bijdrage lijkt met name om bij de lezer de hoop te revitaliseren dat het met de strafwetgever niet altijd kwaad kersen eten hoeft te zijn. Maar daarnaast roept Groenhuijsen op om de ‘intellectuele uitdaging’ die beide artikelen bieden aan te grijpen om te komen tot een ‘nadere gedachtevorming omtrent een brug tussen politiek, praktijk en wetenschap’.⁵ Hiermee raakt hij aan de grotere vraag wat de taak is van de strafrechtswetenschap in tijden van politisering van het strafrecht. Deze vraag is natuurlijk al zo oud

1 L. Noyon is als promovendus verbonden aan de afdeling strafrecht van de Universiteit Leiden en doet onderzoek naar de interactie tussen publieke opinie en het straf(proces)recht.

2 Citeerwijze: L. Noyon, ‘Punitief populisme en de rol van de strafrechtswetenschap. Naar aanleiding van een uitnodiging tot debat’, DD 2018/3.

3 M.S. Groenhuijsen, ‘Over strafrecht en politiek – over intrinsieke spanning en potentiële cohabitatie’, DD 2017/46.

4 Het gaat om B. Obama, ‘The president’s role in advancing criminal justice reform’, *Harvard Law Review* (130) 2017, afl. 3, p. 811-866; en een tekst uitgesproken door Paus Franciscus die is afgedrukt in het boek *For a real human justice*, Vaticaanstad: Èrès 2014, p. 21-25.

5 Groenhuijsen 2017, a.w., p. 488.

als de weg naar Rome,⁶ maar nu zowel uit Rome als uit de Nieuwe Wereld nieuwe geluiden klinken biedt dat naast hoop wellicht ook aanknopingspunten voor zo'n nieuwe overdenking. Als strafwetgeving immers moet worden begrepen als een voortdurende dialoog tussen politiek en – onder anderen – wetenschap, vragen nieuwe politieke vergezichten ook om een nieuw weerwoord.⁷

Een belangrijke reden om deze dialoog juist nu in Nederland weer op te pakken is dat er momenteel veel op het spel staat door de op stapel staande modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Wie de Amerikaanse aantallen en aangrijpende voorbeelden die Obama noemt op zich laat inwerken krijgt wellicht de indruk dat zijn problemen niet de onze zijn: het duizelingwekkend aantal gedetineerden, de barre detentieomstandigheden, de structurele (re)productie van etnische ongelijkheid en de deplorabele situatie waarin generaties jongeren opgroeien en criminaliteit overgaat van generatie op generatie – de Amerikaanse stafwetgever is niet te benijden en ziet zich voor deels andere problemen gesteld dan in Nederland aan de orde zijn. Niettemin lijkt een aantal van de onderliggende pathologieën, in het bijzonder een in punitieve zin gederailde politiek met een overwegende oriëntatie op de korte termijn, ook in Nederland vaste voet aan de grond te hebben gekregen. Het moderniseringsproject betreft echter een project gericht op de lange termijn. Daarbij is het, hoewel natuurlijk ook ten dele een politieke aangelegenheid, te groot voor de politiek alleen en wordt ook een beroep gedaan op de inbreng van de strafrechtswetenschap.

2. Een verdieping van de diagnose: het punitief populisme

Een eerste vraag die beantwoord moet worden is of en in hoeverre er een probleem is in de huidige verhouding tussen strafrecht(wetenschap) en strafrechtpolitiek.⁸ Groenhuijsen schetst het probleem als volgt: 'substantiële inhoudelijke bemoeienis van de politiek met de inhoudelijke details van het strafrecht [leidt] met een vrij grote mate van zekerheid (...) tot ontwrichting van de coherentie en de systematische samenhang binnen het systeem van strafrechtsbedeling.'⁹ Dat hiervan in de praktijk sprake is, leidt hij vervolgens af uit enkele door incidenten ingegeven ingrepen in het stelsel. Zo noemt hij als voorbeelden de terrorismewetgeving, de ontstaansgeschiedenis van het taakstrafverbod van artikel 22b Sr en hervormingen van het verlofstelsel na onregelmatige verlofbewegingen in de tbs.¹⁰ Een blik over de grens laat zien dat het om meer gaat dan Nederlandse toevalligheden: daar zijn nog veel meer gevallen te zien van ad hoc-strafwetgeving die valt terug te voeren

6 Zie bijvoorbeeld: A.C. 't Hart, 'Politisering van de strafrechtspleging, *DD* 1997, afl. 3, p. 207-212; en J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij en G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag: Bju 2004.

7 Zie over wetgeving als proces van onderhandelen Groenhuijsen 2017, p. 482 alsmede enkele verwijzingen aldaar. De metafoer van een dialoog is ook gangbaar in de literatuur over de interactie tussen publieke opinie en strafrechtelijke actoren. Zie bijvoorbeeld A. Bottoms en J. Tankebe, 'Beyond procedural justice: A dialogic approach to legitimacy in criminal justice', *Journal of criminal law and criminology*, (102) 2012, afl. 1, p. 119-170.

8 In deze bijdrage gebruik ik afwisselend de termen strafwetgever en strafrechtpolitiek. De laatste term heeft een iets andere betekenis, nu politiek ook kan worden bedreven door mensen die (nog) niet tot de strafwetgever gerekend kunnen worden, zoals het geval is bij politici die juist een plek in het parlement willen verdienen door hun strafrechtpolitieke opvattingen voor het publiek voetlicht te brengen.

9 Groenhuijsen 2017, a.w., p. 482.

10 Zie over dit laatste uitgebreider M.J.F. van der Wolf, *TBS. Veroordeeld tot vooroordeel. Een visie na analyse van historische fundamentele van recente knelpunten, het systeem en buitenlandse alternatieven* (diss. Rotterdam), Oosterwijk: WLP 2012.

op een enkele aangrijpende gebeurtenis.¹¹ Naast bovengenoemde voorbeelden is ook vaak sprake van ‘substantiële bemoeienis’ door de politiek zonder dat een directe aanleiding kan worden gevonden in een aanwijsbaar incident. Bij veel ingrepen die zich in de afgelopen jaren hebben voltrokken lijkt de oorzaak eerder te moeten worden gezocht in opgeblazen punitieve aspiraties. Voorbeelden uit deze tweede groep zijn voorstellen voor minimumstraffen,¹² de invoering van herziening ten nadele,¹³ langdurig toezicht¹⁴ en de voortdurende aanscherping en verlenging van tbs.¹⁵

Een logische vervolgvraag is hoe de opkomst van de ontwrichtende substantiële bemoeienis verklaard kan worden. Groenhuijsen wijst hiertoe op het feit ‘dat “politiek” per definitie in ons land “partijpolitiek” is’,¹⁶ hetgeen volgens hem impliceert dat politici geneigd zijn keuzes te laten domineren door hetgeen electoraal opportuun geacht wordt. Uit de door hem aangehaalde bijdrage van Obama komt inderdaad een beeld naar voren van een sterk langs partijlijnen lopende en gepolariseerde politiek die in een eerder stadium in punitieve zin is ontspoord en die nu in de weg staat aan pogingen om het vastgelopen systeem weer vlot te trekken. Maar in Nederland is de politieke situatie wezenlijk anders, nu hier geen sprake is van twee partijen die elkaar in een verstarrende houdgreep houden. Deze verklaring lijkt bovendien iets te grof omdat de bovengenoemde voorbeelden van politieke bemoeienis van betrekkelijk recente datum zijn en partijpolitiek al veel langer bestaat. Kennelijk is er dus iets veranderd in de werking van de partijpolitiek, althans in de wijze waarop zij zich geroepen voelt in te grijpen in het stelsel van strafrechtspleging. Het lijkt daarom meer voor de hand te liggen om de diagnose te zoeken in een verandering van politiek ethos die de bestaande partijpolitiek in toenemende mate in zijn greep heeft gekregen. In dit verband wordt in de literatuur vaak de term ‘punitief populisme’ gebruikt.¹⁷ Het is ook deze pathologie van electorale politiek die in de tweede door Groenhuijsen besproken

11 Zo kent het artikel 22b Sr enkele buitenlandse equivalenten. Zie J.V. Roberts, ‘Sentencing policy and practice: the evolving role of public opinion’, in: A. Freiberg en K. Gelb (red.), *Penal populism, sentencing councils and sentencing policy*, Londen / New York: Routledge 2008, p. 15-30. Het meest beruchte voorbeeld is wellicht *Megan’s Law*. Deze wet, officieel een onderdeel van de *Jacob Wetterling Act*, heeft tot doel dat bewoners van een gemeenschap het kunnen weten als er een zedendelinquent in hun buurt komt wonen. Het verplicht Amerikaanse staten onder meer om te voorzien in wetgeving waarin de wijze van informatievoorziening wordt geregeld. De wet is een voorbeeld van een Amerikaanse traditie om ingrepen in de strafwetgeving te vernoemen naar slachtoffers wier slachtofferschap hiervoor de aanleiding vormde, zie bijvoorbeeld ook *Jenna’s Law* en *Katie’s Law*.

12 Van het Kamerlid Eerdmans: *Kamerstukken II 2005/06*, 30659, 2; van het Kamerlid De Roon: *Kamerstukken II 2008/09*, 31938, 2; en het voorstel van het kabinet-Rutte I: *Kamerstukken II 2011/12*, 33151, 2.

13 *Stb.* 2013, 138.

14 *Stb.* 2015, 460.

15 Zie over de voortdurende aanpassingen bijvoorbeeld P.A.M. Mevis, ‘Opnieuw de TBS: laat svp tijd en ruimte voor rustige en bestendige ontwikkeling in de goede richting’, *DD* 2011/26.

16 Groenhuijsen 2017, a.w., p. 482.

17 Deze greep is voor het eerst beschreven door A. Bottoms, ‘The politics of sentencing reform’, in: C.M.V. Clarkson en R. Morgan, *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon Press 1995, p. 17-50. Zie voor een Nederlandstalige publicatie bijvoorbeeld B.A.M. van Stokkom, ‘Mediaschandalen en punitief populisme’, *Strafblad* 2013, p. 371-380. In de Nederlandstalige literatuur komt verder nog af en toe de term ‘poenaal populisme’ voor, zie bijvoorbeeld R. van Swaaningen, ‘Making sense of penal change: Punishment, victimization & society’ (boekrecensie), *TvC*, (53)2011, afl. 3, p. 277-280. Ook wordt nog wel ‘strafrechtelijk populisme’ gebezigd, zie J.W. de Keijser, F.M. Weerman en W. Huisman, ‘Het mysterie van het wetsvoorstel minimumstraffen’, *DD* 2012/6 (p. 61-68). De termen poenaal en punitief populisme lijken mij inwisselbaar, met dien verstande dat het woord ‘punitief’ een richting suggereert. De term ‘strafrechtelijk’ populisme lijkt minder adequaat, omdat deze te beperkt voorkomt. Een kenmerk van het punitief populisme is immers dat aan het rechtskarakter van de verlangde punitieve ingrepen geen overwegend belang wordt toegekend, dit is veeleer een hinderpaal voor het verwezenlijken van de veronderstelde volkswil met betrekking tot misdaad en bestraffing.

publicatie – van de hand van Paus Franciscus – als boosdoener wordt aangemerkt.¹⁸ Ten-einde te kunnen komen tot een zinvolle dialoog tussen politiek en strafrechtswetenschap lijkt het dan ook belangrijk om de dynamiek van dit politiek ethos te begrijpen.

Hoewel de aanduiding ‘punitief populisme’ in wezen niet meer is dan een typologie van een bepaald (politiek) discours, staat de term in het dagelijks spraakgebruik in een kwade reuk en wordt het ook in de literatuur beschouwd als een pejoratief,¹⁹ hetgeen met zich brengt dat met de term zorgvuldig moet worden omgesprongen. Toch is geen algemeen aanvaarde definitie voorhanden. Van het genus ‘populisme’ bestaat zo’n definitie wel. In de politieke wetenschappen wordt dit begrip algemeen gedefinieerd als een politiek – of ideologie, waarover hieronder meer – waarin (i) een antagonistische verhouding wordt voorgespiegeld tussen (ii) een homogeen volk en (iii) een slechte elite.²⁰ Hierop voortbouwend kan het punitief populisme worden gedefinieerd als het populisme voor zover dit inhoudelijk betrekking heeft op misdaad en straf. Aldus ontstaat een centrale overtuiging die vermoedelijk ongeveer als volgt kan worden samengevat: er manifesteert zich een antagonistische relatie doordat een elite – een groep die in een strafrechtelijke context onder meer kan bestaan uit politici, academici, de rechtsprekende macht en andere gevestigde actoren binnen de strafrechtspleging en gevestigde media – de legitieme belangen van een homogeen volk, in het bijzonder hun belang bij veiligheid, systematisch opoffert aan de belangen van verdachten, veroordeelden of anderszins als crimineel geoordeelde kwaadwillenden.

In de literatuur wordt een groot aantal politieke ingrepen en uitspraken getypeerd als punitief populistisch, die geheel of ten dele aansluiten op bovenstaande centrale overtuiging. Zo wordt door vertolkers van het punitief populistisch discours typisch ingespeeld op de morele intuïties van het vermeend-homogene volk, als ware die eenduidig, en geldt bovendien als vanzelfsprekend dat deze geprivilegieerd dienen te worden boven de specifieke deskundigheid van een ongeloofwaardige elite.²¹ Axiomata zijn dat rechters te licht straffen, teveel gewicht toekennen aan de belangen van de verdachte en zich te weinig bekommeren om slachtoffers en maatschappelijke veiligheid.²² De oorzaak wordt typisch gezocht in het gegeven dat een geïsoleerde, van het volk losgezongen elite op ongerecht-

18 Zie het hoofdstuk *Address of Pope Francis* (p. 21-25), genoemd in voetnoot 4. De term ‘pathologie van electorale politiek’ ontleen ik aan P. Rosanvallon, *Counter-Democracy. Politics in an age of distrust*, New York: Cambridge University Press 2008, p. 265 e.v.

19 Vgl. J.V. Roberts, L.J. Stalans, D. Indermaur, M. Hough, *Penal populism and public opinion. Lessons from five countries*. Oxford: Oxford University Press, die het hebben over een ‘value-laden term’ (p. 4).

20 Ontleend aan M. Rooduijn, *A populist Zeitgeist?: the impact of populism on parties, media and the public in Western Europe* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam 2014, p. 203. Vergelijk ook de definitie van C. Mudde, ‘The populist Zeitgeist’, *Government and Opposition*, (39)2004, afl. 4, 542-563, op p. 543: ‘an ideology that considers society to be ultimately separated into two homogeneous and antagonistic groups, “the pure people” versus “the corrupt elite”, and which argues that politics should be an expression of the *volonté générale* (general will) of the people.’ Of de definitie van M. Canovan, ‘Trust the people! Populism and the two faces of democracy’, *Political studies*, (48)1999, afl. 1, p. 2-16, op p. 3: ‘Populism in modern democratic societies is best seen as an appeal to “the people” against both the established structure of power and the dominant ideas and values of the society. This structural feature in turn dictates populism’s characteristic legitimating framework, political style and mood.’

21 Vergelijk bijvoorbeeld de ingrediënten van punitief populisme die worden genoemd door J. Pratt, *Penal populism*, Londen: Routledge 2007.

22 Hiermee wordt in belangrijke mate aangesloten bij hetgeen blijkt uit eenvoudig publieke-opinie-onderzoek. Zie bijvoorbeeld J.V. Roberts en M. Hough, *Understanding public attitudes to criminal justice*, New York: Open University Press 2005, i.h.b. p. 9, p. 70-71. In Nederland vindt grofweg tussen de 60 en 80 procent van de bevolking dat te licht wordt gestraft. Dit wordt tweejaarlijks gemeten door het SCP en is min of meer constant. Zie het datasheet *Culturele Veranderingen in Nederland*.

vaardigde gronden de exclusieve beschikkingsmacht heeft over de koers en inrichting van het strafprocesrecht. De repeterende consequentie die hieraan wordt verbonden is dat het tijd wordt dat het volk die beschikkingsmacht terug opeist.²³ Kenmerkend is voorts een identificatie met het slachtoffer, zij het dat hierbij doorgaans een archetypisch slachtofferbeeld wordt gehanteerd dat niet correspondeert met de werkelijkheid.²⁴ Moeilijk te verteren praktijkvoorbeelden van het 'falen van het systeem' worden moedwillig gezocht en uitvergroot, vaak met een electoraal motief.²⁵ In de literatuur is – wellicht mede door het vooralsnog ontbreken van een duidelijke definitie – minder aandacht voor de mate waarin werkelijk een *antagonistische* relatie tussen volk en elite wordt voorgespiegeld. Dit lijkt ook een kwestie van gradatie te zijn. Soms is dit antagonisme virulent en expliciet. Een betrekkelijk extreem voorbeeld hiervan is een van overheidswege ingevoerd register in Ontario, in welk register bij iedere rechter elke door hem opgelegde straf wordt bijgehouden, samen met het wettelijk maximum. De gedachte hierachter is dat het voor het publiek zo mogelijk is om lankmoedige rechters te identificeren.²⁶ Uit eigen land kennen we de beruchte uitspraak dat Nederlanders 'terecht geen vertrouwen hebben in de rechtspraak.' Het antagonisme kan ook besloten liggen in een redenering waarin niet alleen een kloof tussen de volkswijsheid en de uitkomsten van een door de elite gekaapt strafprocesrecht wordt geconstateerd, maar ook zonder veel schroom wordt overgegaan tot schuldvaststelling.²⁷

Uit het bovenstaande volgt dat het punitief populisme niet een politieke strategie is van enkele partijen uit de politieke periferie, maar het veeleer moet worden opgevat als een discours waar elke partij of politicus zich in meer of mindere mate van kan bedienen. In de literatuur wordt ook aangenomen dat partijen uit het politieke midden zich in toenemende mate bedienen van het (punitief) populistisch discours.²⁸ Bovendien is punitief populisme niet uitsluitend voorbehouden aan politieke actoren. Onderzoek laat zien dat populistische argumenten, die hun oorsprong vinden in argumentatie van politieke partijen, doorsijpelen in het publieke debat en hierin worden gereproduceerd.²⁹ Punitief populisme wordt hiermee ook een retoriek die onderdeel is van en generatief is voor het publieke discours. Algemeen wordt aangenomen dat populaire massamedia een voorname rol spelen in de (re)productie van het punitief populistisch vertoog. Met name in de Angelsaksische *tabloid*-cultuur doen

23 Vgl. Pratt 2007, a.w., p. 15 voor enkele praktijkvoorbeelden.

24 Zie Pratt 2007, a.w., i.h.b. p. 18; J.C.J. Boutellier, *De improvisatiemaatschappij. Over sociale ordening van een onbegrensde wereld*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, i.h.b. p. 32; en ook Van Stokkom 2013, a.w., p. 372.

25 Bottoms 1995, a.w., p. 40, omschrijft *populist punitiveness* als 'the notion of politicians tapping into, and using for their own purposes, what they believe to be the public's generally punitive stance.' Vergelijk ook de algemene opmerkingen van Canovan 1999, a.w. Zij noemt als algemeen kenmerk van populistische politiek dat ze parasiteert op de discrepanties tussen de veronderstelde volkswijsheid ('the redemptive face of democracy') en de uitkomsten van geformaliseerde democratie ('the pragmatic face of democracy').

26 Roberts 2008, a.w., p. 23.

27 Die schuld wordt dan bijvoorbeeld toegeschreven aan incompetente, want lankmoedige of anderszins incompetente actoren binnen de strafrechtspleging, of aan door toedoen van de elite – bijvoorbeeld politieke tegenstanders – tekortschietende wet- en regelgeving.

28 Zie voor specifiek het punitief populisme Pratt 2007, a.w., p. 14 e.v., voor het populisme in het algemeen Rooduijn 2013 a.w., i.h.b. p. 8.

29 Rooduijn 2013, a.w.

zich vileine voorbeelden voor.³⁰ Al met al ontstaat zo een middelpuntvliedende dynamiek waar ook ‘hoogbegaafde en gewetensvolle ministers’ niet immuun voor zijn.³¹

3. Het beloop van het punitief populisme

Het punitief populisme is geen nieuw fenomeen. Wel lijkt Nederland er wat later mee in aanraking te zijn gekomen dan Angelsaksische landen.³² Daar wordt de opkomst gesitueerd aan het begin van de jaren 90, met name op basis van uitspraken van gezagsdragers waarin zij zich openlijk bekeren tot de wijsheid van het volk in plaats van die van de experts.³³ Illustratief hiervoor is een opinieartikel in *The Sun* van toenmalig oppositieleider Tony Blair in 1993:

“[w]e can debate crime rate statistics until the cows come home. The Home Office says crime is falling. Others say it isn’t. I say crime, like economic recovery, is something that politicians can’t persuade people about one way or another. People know because they experience it. They don’t need to be told. And they know crime is rising.”³⁴

In dit citaat wordt niet alleen de mening van het volk boven die van de experts geplaatst, het voedt ook het antagonisme jegens die experts omdat zij (in dit geval: Home Office) voor ongelooftwaardig worden versleten.

In de loop der jaren is een ontwikkeling zichtbaar in de inhoudelijke strekking van voorstellen die uit de koker van het punitief populisme komen. Aanvankelijk kenmerkten deze zich vooral door het verabsoluteren van de vrijheidsstraf. In een rechtsvergelijkende studie

30 Zie hierover bijvoorbeeld Van Stokkom 2013, a.w.; en D.A. Green, ‘Public Opinion Versus Public Judgment About Crime: Correcting the ‘Comedy of Errors’, *British journal of criminology*, (46)2005, afl. 1, p. 131-154. Een illustratief voorbeeld is de *name and shame*-campagne van het tabloid *News of the World*, dat als doel had lankmoedige rechters te identificeren en beschimpen. Zie hierover Roberts 2008, a.w., p. 23. Recentelijk ontketende de *Daily Mail* iets vergelijkbaars na een onwelgevallige uitspraak van het *High Court* van Engeland en Wales over de noodzaak van parlementaire goedkeuring in de afwikkeling van de *Brexit*. In Nederland is dit evenmin onbekend: zo werden in de nasleep van de aanhouding van Michael P. wegens mogelijke betrokkenheid bij de dood van Anne Faber, de behandelend raadsheren die hem in een eerdere strafzaak hadden veroordeeld met naam en toenaam genoemd en door het slijk gehaald op diverse (nieuws)websites.

31 Vgl. Groenhuijsen 2017, a.w., p. 482.

32 Het is moeilijk om – zonder uitgebreid onderzoek – een duidelijk ‘startpunt’ voor Nederland aan te wijzen. Interessant is in elk geval dat ’t Hart in 1997 spreekt over ‘de beginnende politisering van de strafrechtspleging in Nederland’, zie ’t Hart 1997 a.w., p. 210. In de schets van ’t Hart lijken enkele grondtrekken te ontwaren: ‘Het lijkt wel of politisering van de strafrechtspleging (...) die in andere landen tot zulke debakels heeft geleid, hier gepresenteerd wordt als de vanzelfsprekende remedie voor alle kwalen van de gehele rechterlijke macht. Daarbij wordt bovendien de politieke legitimatie door democratische verkiezing opgevat als de enige vorm van legitimatie, alsof er daarnaast geen andere legitimatievormen zouden zijn, zoals een rechtsstatelijke legitimatie die gebaseerd is op de functie van het recht in een rechtsstaat.’ (p. 211-212). Het conflict tussen de wil van het volk (zij het niet nog in een formele opvatting: ‘democratische verkiezing’) en hetgeen geleverd wordt door een elite (‘alle kwalen van de rechterlijke macht’) is hierin al aanwezig. In de tussentijd lijkt zich een populisme te hebben ontwikkeld waarin een opvatting van het volk vigeert die niet meer beperkt blijft – of zelfs diametraal kan afwijken van – de opvatting van het parlement. Het punitief populisme lijkt dit resultaat van representatieve democratie net zo gemakkelijk tot de elite te rekenen.

33 Pratt 2007, a.w., i.h.b. p. 25, plaatst de opkomst van het punitief populisme in deze periode, met name door de bekende *three strike laws*, een fenomeen waar Obama in zijn bijdrage ook veelvuldig naar verwijst. Zie voor een eerste signalering. C.M.V. Clarkson en R. Morgan, *The politics of sentencing reform*, Oxford: Clarendon Press 1995. Loader noemt het jaartal 1992. Zie I. Loader, ‘Fall of the “Platonic Guardians”: Liberalism, Criminology and Political Responses to Crime in England and Wales’, *British journal of criminology*, (46)2005, afl. 4, p. 561-586, op p. 578.

34 Aangehaald in Green 2005, a.w., p. 137.

uit 2003 staat ook nog dat ‘the central tool of penal populism is imprisonment.’³⁵ ‘Prison works’ werd het mantra van de regerende Conservatieven in het Verenigd Koninkrijk, waarmee afscheid werd genomen van de voorheen dominante gedachte dat een laag aantal gedetineerden een indicatie was van beheersbare criminaliteit.³⁶ De opkomst van *three strike laws* en andere vormen van verplichte minimumstraffen wordt eveneens op het conto van het punitief populistisch discours geschreven, hoofdzakelijk doordat een expliciet doel hiervan is de discretionaire ruimte van professionals te verkleinen en zo afwijking van de veronderstelde volkswil te verhinderen, oftewel de beschikkingsmacht over de straftoemeting terug te geven aan het soevereine volk.³⁷ Het is met name deze invloed waartegen in beide door Groenhuijsen besproken bijdragen wordt geageerd. Obama is kritisch op beperkingen van de discretionaire ruimte bij de straftoemeting, juist vanwege het niet zo verrassende effect dat hiermee disproportionele straffen in de hand worden gewerkt.³⁸ Ook in Nederland bestaan de nodige voorbeelden van hoge verwachtingen van vrijheidsstraf die lijken te zijn ingegeven door als punitief populistisch te typeren overwegingen. Het meest voor de hand liggend om te noemen zijn de voorstellen strekkende tot de invoering van minimumstraffen,³⁹ en de uitsluiting van taakstraffen voor situaties als bedoeld in het huidige artikel 22b Sr. Beide kenmerken zich door een beperking van de discretionaire ruimte voor strafrechtprofessionals en zijn in de literatuur ontvangen als een motie van wantrouwen jegens die professionals.⁴⁰

Toch lijkt het te kort door de bocht om het punitief populisme te reduceren tot een fixatie op lange en automatische vrijheidsstraffen. Paus Franciscus stelt zich dan wel op het standpunt dat discussies over alternatieven voor gevangenisstraf niet meer worden gevoerd – en aan hem moet worden toegegeven dat kritiek op de overspannen verwachtingen van vrijheidsstraf lang aan dovemansoren besteed is geweest.⁴¹ Maar het (huidig) punitief populisme heeft beslist meer noten op zijn zang. Zo wordt internationaal een toename gesignaleerd van controle- en beheersingsmaatregelen na afloop van de initiële straf, allerlei bestuurs- en civielrechtelijke (pseudo)punitieve maatregelen, ingrepen in de executie van de straf alsmede van correctiemechanismen voor maatschappelijk onwelgevallige vrijspraken.⁴² Een voorbeeld van het eerste is *Megan’s Law* en daaraan verwante wetgeving.⁴³ Kenmerkend hieraan is dat de wil van het volk om niet in een buurt te wonen met veroordeelde zedendelinquenten wordt geprivilegieerd boven alles wat deskundigen daarover te zeggen

35 Roberts e.a. 2003, a.w., p. 5. De onderzochte landen betroffen de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Canada, Nieuw-Zeeland en Australië.

36 Zie Loader 2005, a.w., p. 578.

37 Zie bijvoorbeeld Pratt 2007, a.w., i.h.b. op p. 30, en Roberts e.a. 2003, a.w., op p. 3.

38 Obama 2017, a.w., p. 824-825.

39 Zie eerder in voetnoot 11. Het voorstel van het kabinet Rutte-I werd in publieke optredens ook beargumenteerd met de aanname dat zwaarder straffen zou ‘helpen’, zie Van Stokkom 2013, a.w., p. 378.

40 Zie bijvoorbeeld M.M. Boone, ‘Ongefundeerd wantrouwen in de rechterlijke macht. De empirische onderbouwing van het concept-wetsvoorstel minimumstraffen bij recidive van zware delicten’, *AA* 2011, afl. 8, p. 620-624 en M.S. Groenhuijsen, ‘Sluipende uitholling van strafrechtelijke uitgangspunten. De bijzondere plaats van de taakstraf?’, *DD* 2009/31 (p. 419-427).

41 Opnieuw kan het woord worden gegeven aan Tony Blair, nu dertien jaar later en inmiddels minister president: ‘There are more prison places, sentences are longer and sentences are tougher but if you look where the public stands on this issue, the gap between what they expect and what they get is bigger in this service than anywhere else and we have got to bridge it.’ Aangehaald in J. Ryberg en J.V. Roberts, ‘Introduction: Exploring the Normative significance of public opinion for state punishment’, in: J. Ryberg en J.V. Roberts (red.), *Popular punishment. On the normative significance of public opinion*, New York: Oxford University Press 2014, p. 1-13, op p. 5.

42 Pratt 2007, a.w., p. 29 e.v.

43 Zie eerder, in voetnoot 8.

hebben. In dit verband is in de literatuur wel opgemerkt dat na eerdere conflicten met beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, oftewel evenredigheid, de voornaamste vijand van het punitief populisme nu het verbod van dubbele bestraffing is. In diverse landen zijn overigens ook voorstellen gedaan om wettelijke beletselen tegen *double jeopardy* uit de weg te ruimen.⁴⁴ Dit conflict is ook in Nederland niet onbekend. Zowel de invoering van herziening ten nadele, als de Wet langdurig toezicht en aanscherping en verlenging van tbs kregen te maken met de kritiek dat zij op gespannen voet stonden met het *ne bis in idem*-beginsel.⁴⁵ Hier komt nog bij dat diverse van de punitief populistische toevoegingen aan of alternatieven voor de gevangenisstraf een vernederend element bevatten. Voorbeelden van vernederende (taak)straffen doen zich binnen de westerse wereld vooralsnog weliswaar vooral in Angelsaksische landen voor,⁴⁶ maar het debat over de rentree van 'de schandpaal' is in ons land onlangs geopend door de Rotterdamse wethouder Eerdmans. In zijn argumentatie valt teleurstelling te lezen over wat hogere gevangenisstraf gebracht heeft: 'De huidige methode werkt klaarblijkelijk niet (...) als het niet kan, dan moeten we op een andere manier straffen. Natuurlijk blijft een gevangenisstraf goed, maar we moeten over naar een moderne variant van het dorpsplein waar gestraften werden getoond.'⁴⁷

Daarnaast lijkt het punitief populisme zich ook op het procesrecht te hebben gericht. De wereldwijde emancipatie van het slachtoffer zou in die sleutel geplaatst kunnen worden,⁴⁸ al vallen hier uiteraard ook andere aanleidingen voor aan te wijzen. Op procesrechtelijk gebied is Japan waarschijnlijk het meest in het oog springende voorbeeld. Hier heeft niet alleen het slachtoffer een zeer prominente rol gekregen, maar zijn ook lekencommissies ingesteld om sepotbeslissingen te reviseren en zijn quasi-burgerjury's in het leven geroepen, deels ter vervanging van professionele rechtspraak. Dit alles stond sterk onder invloed van een terrein winnend punitief populisme.⁴⁹ In hoeverre deze zonder meer zeer ingrijpende aanpassingen leiden tot ontwrichting van het stelsel hangt waarschijnlijk af van de zorg waarmee ze worden ingevoerd. Serieuzere stabiliteitsproblemen ontstaan in elk geval indien het punitief populisme twijfels plaatst bij de relevantie van de onschuldpresumptie, de hoogte van bewijsstandaarden, verdedigingsrechten waaronder het recht op rechtsbijstand, of de noodzaak van het zwijgrecht. Er bestaat bij sommige auteurs gerede twijfel over de vraag of dergelijke beginselen bij politici met een sterke hang naar het punitief populisme

44 Zie opnieuw Pratt 2007, a.w., p. 29.

45 *Stb.* 2013, 138 (Wet herziening ten nadele) en *Stb.* 2015, 460 (Wet langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking). Beide verhouden zich slecht tot het *ne bis in idem*-beginsel (art. 68 Sr), als in de literatuur veelvuldig gesignaleerd. Voor wat betreft herziening ten nadele wordt dit enerzijds opgelost door het eerste zinsdeel van artikel 68 Sr ('behoudens de gevallen waarin rechterlijke uitspraken voor herziening vatbaar zijn') en anderzijds door het feit dat Nederland het zevende protocol bij het EHRM niet heeft geratificeerd waardoor het niet gebonden is aan het vierde artikel van dat protocol. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 32044, 3. Voor wat betreft het langdurig toezicht is dit opgelost door toezichtsmaatregelen al bij het initiële vonnis op te leggen – opdat van *ne bis in idem* geen sprake kan zijn – waarna pas later wordt beslist of deze maatregelen daadwerkelijk voor executie in aanmerking komen.

46 Amerikaanse voorbeelden zijn o.m. het verplicht publiekelijk dragen van kleding of publiekelijk aan de woning bevestigen van opschriften waaruit het criminele verleden blijkt. Zie J. Pratt, 'Penal scandal in New Zealand', in: A. Freiberg & K. Gelb (red.), *Penal populism, sentencing councils and sentencing policy*, Londen/New York: Routledge 2008, p. 31-44, op p. 34.

47 Zie www.leefbaarrotterdam.nl/index.php/lr/comments/veroordeelde_ook_aan_schandpaal/, geraadpleegd op 27 november 2011.

48 Zo doet bijvoorbeeld Van Stokkom 2013, a.w., p. 378.

49 Zie E. Herber, 'Juryleden, slachtoffers en het OM. Hervorming en continuïteit in het Japanse strafproces', *AA* 2016, afl. 10, p. 735-744. In Japan mogen slachtoffers ter zitting ook de verdachte ondervragen en een strafeis formuleren. Met de aanduiding 'quasi-jurystelsel' wordt bedoeld op het 'Saiban-in' stelsel, inhoudende dat jury's worden geformeerd door een meerderheid van leken en een minderheid van professionele rechters.

in goede handen zijn.⁵⁰ Over de vraag in hoeverre hierover in Nederland altijd klare wijn wordt geschonken zullen de meningen wel verdeeld zijn. Zij die daaraan twifelen zullen in de geruchtmakende reportage in *De Groene* in elk geval aanwijzingen hebben gevonden die de twijfel hebben gesterkt.⁵¹ Het lijkt soms, onder andere in deze rapportage, alsof wanneer ‘verstrenging’ niet afdoende linksom kan worden bereikt, bijvoorbeeld doordat onvoldoende steun kan worden gevonden voor ingrepen in het sanctierecht of voor uitbreidingen in strafrechtelijke aansprakelijkheid, dan maar een doorgang rechtsom wordt gezocht, waarbij het procesrecht uitkomst kan bieden. Sommige punitief populistische politici twifelen hardop aan het nut van de *Blackstone ratio*.⁵² De argumentatie die bij voorgestelde ingrepen in het procesrecht wordt gevoerd lijkt doorgaans niet veel raakvlakken te vertonen met de argumentatie die binnen de ‘elite’ – gemakshalve maar even: zij die beroepshalve deze thematiek overdenken – gebruikelijk is.⁵³

4. Tot besluit: evidence based alleen is onvoldoende

De slotvragen die Groenhuijsen in zijn *editorial* bespreekt, betreffen welke rol de strafrechtswetenschap heeft in de relatie tot de politiek en of er bij het zoeken naar een antwoord op die vraag reden is voor enig optimisme.⁵⁴ De hiervoor beargumenteerde veronderstelling is dat bij het nadenken over een adequate manier om met de strafwetgever in dialoog te gaan, als een gegeven moet worden beschouwd dat deze in de greep is geraakt van het punitief populisme. Hoewel er ook het nodige aan gedachtewisseling plaatsvindt hoe die invloed van het populisme op de electorale politiek geremd kan worden,⁵⁵ ligt het niet in de lijn der verwachting dat hier op korte termijn verandering in komt. In dat verband is het misschien ook een teken aan de wand dat Groenhuijsen zijn hoop juist moet baseren op bijdragen van auteurs die het zwaard van electorale afstraffing niet (meer) boven hun

50 Zie bijvoorbeeld R.L. Lippke, ‘Criminal prosecutors: Experts or elected officials?’, in: J. Ryberg & J.V. Roberts, *Popular punishment. On the normative significance of public opinion*, New York: Oxford University Press 2014, p. 163-182, op p. 173 e.v. In dit verband is ook *de joint partly dissenting and partly concurring opinion* van de rechters Sajó and Karakaş bij het arrest *Al-Khawaja & Tahery t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 15 december 2011 Appelnr’s 26766/05 en 22228/06 interessant, waarin zij stelling nemen tegen de trend dat verdedigingsrechten als bedoeld in artikel 6 EVRM onder druk staan van het populisme: ‘Populism (...) subject courts all around the world to pressure to disregard fundamental safeguards of criminal procedure. Sometimes the demands are legitimately grounded in practical difficulties, but this is not a good enough reason to disregard the protection of the rights of the accused, which are decisive for a fair trial and the fair administration of justice.’

51 Het gaat hier om het artikel ‘Onrust en botte bijlen’, het derde deel in een serie over de emotionalisering van het strafrecht, van Henri Beunders, voor welke bijdrage hij voormalig staatssecretaris Fred Teeven zo ver kreeg om toe te geven dat bezuinigingen op de advocatuur het doel hadden om ‘verdere verstrenging’ van het strafrecht te bewerkstelligen, immers, ‘[a]ls je aan een advocaat niet al te veel tijd geeft om aan een verdachte te besteden, dan wordt het ook niet zoveel, die verdediging.’ Verschenen in *De Groene Amsterdammer* van 18 mei 2017, p. 32-37, op p. 32.

52 Of misschien nog sterker: het *in dubio pro reo*-beginsel. Zie de opiniebijdrage ‘Voordeel van de twijfel is onverteerbaar’ van Joost Eerdmans en Marco Bouman (Burgercomité tegen onrecht) in de *Volkscrant* van 25 november 2016, op p. 22.

53 Een tamelijk curieus voorbeeld is de suggestie van Eerdmans en Bouman (zie vorige voetnoot) dat de invoering van herziening ten nadele zou kunnen leiden tot minder vrijspraken bij twijfel. Voor zover de herziening ten nadele al in die zin zijn schaduw vooruit zou kunnen werpen, lijkt een omgekeerd effect (meer vrijspraken) zelfs nog eerder te verwachten. De redenering die de auteurs lijken te volgen komt erop neer dat de rechter die naar later blijkt ‘onterecht’ heeft vrijgesproken, zich wel de ogen uit de kop zal schamen. Hier lijkt sprake van wat psychologen ‘projectie’ noemen (van de eigen gedachten op een ander).

54 Zie hierover ook Th.A. de Roos, ‘Er is hoop!’, in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij en G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag: Bju 2005, p. 119-124.

55 Zie bijvoorbeeld D. van Reybrouck, *Tegen verkiezingen*, Amsterdam: De bezige Bij 2013, en J. Cohen, *De vierde D* (oratie Leiden), of het rapport *Vertrouwen in Burgers* van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Amsterdam: AUP 2012.

hoofd voelen hangen. Het heeft niettemin niet veel zin om te blijven steken in *defaitisme*. De vraag die kortom onder ogen moet worden gezien is op welke manier onder deze omstandigheden een zinvolle dialoog tussen strafrechtpolitiek en strafrechtswetenschap mogelijk is.

Een eerste vraag is dan hoe de politiek ontvankelijk gemaakt kan worden voor hetgeen de strafrechtswetenschap te zeggen heeft. In de literatuur zijn diverse strategieën voorgesteld. Uitgangspunt is vaak de hoge gevoeligheid van het punitief populisme voor alles dat zich afspeelt in de publieke arena en de overmatige interesse in schandaal. Pratt heeft om die reden wel eens geopperd om nadrukkelijker de uitwassen van punitieve politiek als schandaal uit te spelen, bijvoorbeeld door meer te tamboereren op gerechtelijke dwalingen of op exorbitante straffen die door toedoen van minimumstraffen verplicht zouden zijn opgelegd.⁵⁶ De vraag is natuurlijk of hiermee niet als onbedoeld neveneffect langs een andere flank afbreuk wordt gedaan aan de maatschappelijke acceptatie van de strafrechtspleging. Zinniger lijkt het om uit de overmatige aandacht voor hetgeen zich in de publieke arena afspeelt de les te trekken dat zolang wetgevingsoperaties in de relatieve luwte plaatsvinden, in de regel veel minder politieke interesse zal zijn en daardoor ook minder snel sprake van de dialoog-overschreeuwende politieke logica, zeker indien de bewindspersonen van het moment de logica van het punitief populistisch discours niet te zeer hebben geïnternaliseerd. Het ligt in dat verband voor de hand de moderniseringsoperatie als een kans voor een relatief ongestoorde dialoog te zien.

Een volgend en belangrijker punt is wat dan de inbreng van de strafrechtswetenschap in de dialoog zou moeten zijn. Groenhuijsen pleit, in navolging van de door hem besproken auteurs, met name voor een duidelijke oriëntatie op *evidence based* strafrechtwetenschappelijk onderzoek.⁵⁷ De Roos heeft in een eerder essay met een vergelijkbare strekking – wat moet de strafrechtswetenschap aan met punitief-politieke bemoeienis – al eens gepleit voor veel meer onderzoek naar *what works*.⁵⁸ Deze reactie is begrijpelijk in het licht van de (aanvankelijke) focus van het punitief populisme op vrijheidsstraffen. Empirisch onderzoek lijkt goed geschikt om overmatige verwachtingen in de speciaal- en generaal preventieve effecten van de vrijheidsstraf te ontzenuwen. In dat licht is het grote vertrouwen van zowel Obama als de Paus in de rem die empirische wetenschappen kunnen zetten op (hoge verwachtingen van) verdere ‘verstrenging’ een stap in de goede richting, omdat hiermee afstand wordt genomen van de vaak feitenvrije punitief populistische retoriek. Ook indien de overtuiging dat verstrenging niet wenselijk is normatief of ideëel is ingegeven, kan zij met een *evidence based*-argumentatie pragmatisch worden geschraagd; het kan een nuttig instrument zijn om overtrokken punitieve ambities te temperen.

Maar de oriëntatie op empirie over misdaad en straf is ook onvolledig, en dat geldt in het bijzonder voor de hiervoor geschetste tweede stroom aan punitief populistische ingrepen en voornemens. Deze stroom beperkt zich immers niet meer tot de vrijheidsstraf als middel tegen alle kwalen, maar produceert voorstellen die een andere strekking hebben en hun pijlen bijvoorbeeld richten op *ne bis in idem*, het verbod op vernederende behandeling, de *Blackstone ratio* of het recht op adequate rechtsbijstand. Dit roept hele andere bezwaren op die niet zonder meer met een *evidence based*- of *what works*-argumentatie kunnen

56 Zie Pratt 2008, a.w.

57 Groenhuijsen 2017, a.w., p. 482-483.

58 Th.A. de Roos 2005, a.w., p. 123.

worden ondersteund. Dit geldt ook voor de ontdekking van het maatregelenstrafrecht. Dit spoor biedt naar zijn aard al minder waarborgen tegen onevenredig overheidsingrijpen. Bovendien kan de inzet van *evidence based*-onderzoek hier net zo makkelijk averechts uitpakken. Empirische wetenschappen kunnen in toenemende mate informeren over het gevaar dat van iemand te duchten is, maar deze kennis kan zonder normatieve begrenzingen evengoed leiden tot verdere uitdijing van het maatregelenstrafrecht. Stel dat uit (neuro) wetenschappelijke risicotaxaties blijkt dat de kans dat iemand ooit nog op het rechte pad komt gering is, dan dringt zich de normatieve vraag op wanneer iemand toch de kans moet worden geboden om in weerwil van alle inschattingen te bewijzen dat hij het wel degelijk kan. Deze vraag kan door *evidence based*-onderzoek niet worden beantwoord.

Voor een vruchtbare dialoog met de strafrechtpolitiek is het dus nodig om naast het nadenken over *evidence based* repliek, ook te investeren in een *value based*-argumentatie die de juiste snaar weet te raken.⁵⁹ Het is niet eenvoudig te bedenken hoe dit het beste kan worden aangepakt, maar ook hierbij lijkt het goed om de eigenaardigheden van het punitief populisme in het achterhoofd te houden. Bijvoorbeeld voor de wijze waarop de ter zake relevante *values* worden uitgelegd. Verwijzingen naar een autoriteit die voor de geverseerde jurist vanzelfsprekend is – zoals het EVRM, EU of andere inter- of supranationale verplichtingen – zijn voor de punitief populist op zijn best hol en op zijn slechtst een bevestiging van het eigen gelijk. Hetgeen naar wordt verwezen is dan voor hem immers juist een onderdeel van de elite tot wie hij toch al een slechte relatie onderhield. Het uitleggen van de intrinsieke waarde van normatieve uitgangspunten is lastiger, maar misschien moet dat dan de volgende stap zijn die bij het tegemoet treden van de ‘intellectuele uitdaging’ in het verschieft ligt.

59 Zie in een andere context al eerder V. Geeraerts en W. Veraart, ‘Het beperkte belang van evidence-based onderzoek naar slachtoffers’, *TvH* (17)2017, afl. 1, p. 3-5. Uiteraard wordt zowel de bijdrage van Groenhuijsen als de achterliggende teksten tekort gedaan als zou worden gesuggereerd dat hier in het geheel geen waardengedreven argumentatie een rol in speelt. Obama bekommert zich bijvoorbeeld om de mogelijkheden voor gedetineerden om weer ten volle geaccepteerd te worden in de maatschappij na ommekomst van de straf – zonder dat hij dit afhankelijk stelt van een gunstige risicotaxatie, en hij heeft ruim aandacht voor gelijke behandeling van mensen van verschillende etnische komaf. Argumenten met betrekking tot het anders benaderen van drugsgebruik – als ziekte in plaats van misdaad – of het humaan bestraffen van jongeren en ouderen zijn eveneens meer ideëel dan pragmatisch beargumenteerd.