

81. Waarom publieke opinie er (juist nu) toe doet voor het strafrecht

Publieke opinie oefent invloed uit op het reilen en zeilen van het strafrecht en de strafrechtspleging. Deze invloed neemt toe – mede door een veranderde dynamiek van publieke opinie zelf, maar ook door een toegenomen ontvankelijkheid voor publieke opinie aan de zijde van politiek en strafrechtprofessionals. Het doel van deze bijdrage is te beargumenteren waarom het van belang is de interactie tussen publieke opinie en de strafrechtspleging (strafrecht)wetenschappelijk te bestuderen.

1. Inleiding

Het doel van deze bijdrage is om te beargumenteren waarom publieke opinie onderwerp van onderzoek zou moeten zijn voor de strafrechtjurist. Dat is een gedachte die niet uit de lucht is komen vallen, maar onderwerp is van lopend promotieonderzoek. De aanleiding voor dit onderzoek was de combinatie van enkele geruchtmakende internationale publicaties, waarin gepleit wordt voor een tamelijk rigoureuze herinrichting van het (Amerikaans) strafrecht door meer aansluiting te zoeken bij de opvattingen van de burger,¹ en de indruk dat dit geluid ook Nederland niet onberoerd liet. Bij aanvang van het onderzoek ontplooidde het OM namelijk tal van initiatieven om de publieke opinie te meten, waar ten minste de suggestie van uitging dat hier ook iets mee gedaan zou worden.

Tijdens het schrijven van deze bijdrage ontspoon zich echter een gebeurtenis die direct verband houdt met de hier te bespreken thematiek: de Nederlandse publieke opinie raakte in de greep van aangrijpende feiten ten aanzien waarvan inmiddels Michael P. als verdachte is aangemerkt. De begrijpelijke emotie richtte zich in een petitie die door ruim vierhonderdduizend mensen werd ondertekend onder meer op ‘het falen van het systeem’ en in diezelfde petitie werd nieuwe wetgeving geëist.² In het publieke debat dat zich

ontspoon, werd de rechterlijke macht ter verantwoording geroepen: de voormalig president van de Hoge Raad mocht uitleg geven bij ‘Buitenhof’,³ in *NRC Handelsblad* stond een scherpe – maar later grotendeels gerectificeerde – column van Youp van ’t Hek waarin de magistraten die in een eerdere strafzaak over de verdachte hadden geoordeeld naar het Pieter Baan Centrum werden verwezen en in de minder gevestigde media werden zij zelfs met naam en toenaam aan de schandpaal genageld.⁴ In de haastige berichtgeving slopen tal van onjuistheden, waaronder dat verdachte P. op ‘proefverlof’ zou zijn, dat rechters geen tbs kunnen opleggen indien een verdachte weigert mee te werken aan het opmaken van een pro Justitia-rapportage en dat het OM in de eerdere strafzaak in hoger beroep zou zijn gegaan omdat het de door de rechtbank opgelegde straf te hoog vond. Hoe tragisch de aanleiding van dit alles ook is, ze biedt een goed voorbeeld van wat in het aan deze bijdrage ten grondslag liggende onderzoek als ‘dialogue’ tussen het publiek en strafrechtelijke actoren wordt aangeduid. Temeer daar in het kielzog van de aanvankelijke boosheid ook de maatschappelijke belangstelling opleefde; zeker in kwaliteitsmedia was opeens veel aandacht voor de strafexecutie van veroordeelden van wie een gevaar uitgaat.

op het laatste moment van raadplegen (6 november 2017) 414.888 keer zijn ondertekend.

3 ‘Buitenhof’ van 15 oktober 2017.

4 Voor de genoemde column, getiteld ‘Vraagteken’, zie *NRC Handelsblad* 14 oktober 2017, p. 36. Wanneer op internet gezocht wordt naar informatie over Michael P., bevinden zich onder de zoekresultaten de nodige voorbeelden van minder gevestigde nieuwswebsites waarop m.n. de raadsheren van het behandelend hof het moeten ontgelden.

1 Zie S. Bibas, *The machinery of criminal justice*, Oxford: Oxford University Press 2012; A. Dzur, *Punishment, participatory democracy & the jury*, New York: Oxford University Press 2012 en P.H. Robinson, *Intuitions of justice and the utility of desert*, Oxford: Oxford University Press 2013.

2 De petitie is te raadplegen op www.petitions24.com/annefaber en zou

Om die reden wordt in deze bijdrage een aantal keer naar die casus verwezen.

De opbouw is grofweg als volgt: eerst volgt een korte probleemschets (paragraaf 2). Dan wordt kort gedefinieerd wat in deze bijdrage en het onderliggende onderzoek wordt verstaan onder het begrip ‘publieke opinie’ (paragraaf 3). Vervolgens worden enkele voorbeelden van een ‘dialogoog’ besproken, waarbij het terugkerende thema is dat via die dialoog de publieke opinie invloed uitoefent op de inrichting van het straf(proces)recht en sanctierecht (paragraaf 4). Daarna wordt deze dialoog geïntegreerd (paragraaf 5) en tot besluit worden enkele hieruit voortvloeiende aandachtspunten voor het lopende onderzoek aangestipt (paragraaf 6).

2. Probleemstelling

‘Publieke opinie verdient het net zozeer om *geacht* te worden als *veracht*’, aldus Hegel in 1821.⁵ Voor de hedendaagse strafrechtprofessional ligt dat niet anders. *Geacht* moet publieke opinie worden omdat het aan de basis ligt van het strafrecht, in die zin dat de legitimering van de strafmacht van de overheid doorgaans wordt gezocht in een sociaal contract waarin het publiek zelf met de toedeling van die strafmacht heeft ingestemd. Dit geldt zowel abstract, omdat het geweldsmonopolie in zo’n denkbeeldig contract is overgedragen aan de overheid, als meer concreet, omdat in het strafrecht de (deels) cultureel bepaalde normen hun weerslag vinden die *grosso modo* door de leden van onze rechtsgemeenschap worden onderschreven. Het strafrecht ontleent zijn bestaansrecht dus aan het bestaan van een publiek met een opinie. *Veracht* kan publieke opinie worden omdat het zich doorgaans niet houdt aan de (impliciete) spelregels van het contract dat het met de overheid heeft gesloten: publieke opinie is zelden rationeel, raakt gemakkelijk bevangen door hartstochten, is wispelturig en bovendien vaak maar matig geïnformeerd over hoe het er in het strafrecht werkelijk aan toegaat. De regels waaronder het sociaal contract is gesloten en bij de gratie waarvan het kan bestaan, worden door de dagelijkse verschijningsvorm van publieke opinie dus voortdurend geloochend. Kortom:

doordat het strafrecht zich oriënteert op de abstracte, geprojecteerde opvattingen van de gemeenschap in plaats van op de feitelijke, van dag tot dag gearticuleerde publieke opinie, is het strafrecht zowel de expressie als de negatie van publieke opinie – nu het doelbewust is ontdaan van alle eigenschappen die haar tot een volatiele en instabiele basis voor overheidsmacht maken.⁶

Het is niet zo verwonderlijk dat de publieke opinie en de strafrechtspraktijk van oudsher een relatie onderhouden die gekenmerkt lijkt te worden door wederzijdse achterdocht.

Het is om deze reden niet zo verwonderlijk dat de publieke opinie en de strafrechtspraktijk van oudsher een relatie onderhouden die gekenmerkt lijkt te worden door wederzijdse achterdocht. De maatschappelijke onrust die regelmatig ontstaat indien een reactie van het strafrechtelijk systeem onvoldoende aansluit bij de hartstochten van het moment is bekend en ook veel beschreven.⁷ Het gaat dan bijvoorbeeld om uitspraken dat te licht zou worden gestraft, te *veel* gewicht zou worden toegekend aan vormverzuimen, of op niet te rechtvaardigen gronden de belangen van een verdachte voorrang zouden krijgen boven die van een slachtoffer. Door de hierna te bespreken dynamiek van de publieke opinie kunnen incidenten gemakkelijk worden uitvergroot en lijken soms bij segmenten van het publiek, ook indien het om uitzonderlijke situaties gaat, de conclusie te wettigen dat het ‘systeem’ zou falen. De gang van zaken rond de petitie ‘Anne Faber dood door schuld rechtssysteem’, waarbij de initiatiefnemer expliciet overwoog dat ‘emotie een goede raadgever is’, is in zekere zin een klassiek voorbeeld van een geëmotionaaliseerde publieke opinie die zich niet begrepen voelt door de logica van het systeem.

Andersom is het zo dat in de strafrechtelijke literatuur doorgaans met scepsis wordt gereageerd op ondernemingen om het strafrecht beter te laten aansluiten bij de feitelijke pu-

5 G.W.F. Hegel, *Hoofddlijnen van de rechtsfilosofie*, Amsterdam: Boom 2014, p. 305 (citaat: originele cursivering). Door deze bijdrage met dit citaat te beginnen, sla ik de opdracht die ik ooit meekreeg van een hoogleraar wetenschapsfilosofie in de wind, een opdracht die kort gezegd inhield dat het werk van Hegel te moeilijk was om te begrijpen voor mensen die van de studie van zijn werk niet hun levenswerk hadden gemaakt en daarom de keuze voorlag er ofwel het levenswerk van te maken, ofwel nooit de hoogmoed te hebben vrijelijk uit zijn werk te citeren. Omdat ik niet voor de eerste optie heb gekozen, is de kans levensgroot dat door dit citaat uit zijn context te lichten, de beoogde betekenis geweld wordt aangedaan.

6 Zie hierover uitgebreider L. Noyon, ‘Visies op legitimiteit’, in: P. van Berlo et al. (red.), *Over de grenzen van de discipline. Interactions between and within criminal law and criminology*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 147-167.

7 Zie voor enkele interessante bijdragen over dit thema bijv. *Strafblad* 2013, afl. 5.

blieke opinie.⁸ Toen het OM opschreef dat het meende zich 'niet [te kunnen; *LN*] permitteren om zich te ver te verwijderen van wat de burgers redelijk achten, door systematisch te licht of te zwaar te reageren op bepaalde vormen van criminaliteit', en om die reden het voornemen uitsprak publieke opinie over strafhoogtes te gaan meten en te verwerken in strafvorderlijk beleid,⁹ wist het zich direct het middelpunt van beschimpingen. Zo meende Knigge dat, als het OM dan zo nodig iets wilde doen met de opvattingen van het publiek, het nog altijd meer voor de hand lag om dit in spiegelbeeld in de strafvorderingsrichtlijnen te verwerken. Als bijvoorbeeld uit die metingen zou blijken dat het publiek voor sommige delicten meende dat te zwaar werd gestraft, dan moest er nog maar een schepje bovenop worden gedaan 'om zo de burger de ernst van het vergrijp in te scherpen'.¹⁰ Dit is overigens een gedachte die ook al in veel oudere publicaties valt terug te vinden.¹¹

Er is een maatschappelijke grondhouding ontstaan dat het maar eens uit moet zijn met het paternalisme van gezagsdragers.

Er bestaat echter een tamelijk brede consensus onder sociologen dat er een fundamentele verandering heeft plaatsgehadt in de wijze waarop gezag in de huidige maatschappij gevestigd dan wel bestendigd kan worden. Van een 'bevelshuishouding' naar een 'onderhandelingshuishouding',¹² of van een 'Weber 2.0' naar een 'Weber 3.0'.¹³ Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om diepgaand op de transformatie van gezagsverhoudingen in te gaan, maar kenmerkend is in elk geval een maatschappelijke grondhouding dat het maar eens uit moet zijn met het paternalisme van gezagsdragers, of, anders gezegd, met gezag dat slechts boogt op juridische legaliteit. In plaats van zich met een gerust gemoed te verlaten op experts, wil het publiek dat de eigen mening ertoe doet en

meent het er bovendien recht op te hebben dat autoriteiten voortdurend verantwoording afleggen over het eigen doen en laten.¹⁴ Het is inmiddels geen vraag meer dat deze veranderde maatschappelijke verwachtingen ook het strafrecht niet onberoerd laten. De publieke opinie heeft op allerlei manieren invloed op de strafrechtspleging, verzet zich er nadrukkelijker tegen als misplaatst ervaren paternalisme en drukt desgewenst – op onder andere de hierna te bespreken manieren – de eigen mening tegen de professionele denkrichting erin door. Diverse relevante actoren in de strafrechtspleging zijn zich bovendien naar dit maatschappelijke verwachtingsspatroon gaan gedragen.

Bovenstaande probleemschets maakt het relevant om de vraag te stellen wat de strafrechtswetenschap aan moet met de zojuist kort geschetste veranderingen. Bij het tegemoet treden van die vraag wordt in deze bijdrage vooropgesteld dat de oriëntatie op een abstracte publieke opinie haar redenen heeft: er valt veel te zeggen voor het buiten de deur houden van hartstochten en irrationaliteit. Tegelijkertijd – of misschien juist daarom – is het schrikbeeld dat het zo zorgvuldig op abstracties gefundeerde bouwwerk een speelbal wordt van de bemoeizuchtige buitenwereld die deze fundamenteen maar in beperkte mate doorgrondt. Aan het eind van deze bijdrage is het hopelijk gelukt om de relevantie van deze vraag iets verder te hebben uitgediept, maar ook te hebben aangetoond dat geen makkelijke antwoorden voorhanden zijn.

3. Het begrip 'publieke opinie'

In de context van dit onderzoek is de feitelijke publieke opinie van belang,¹⁵ het gaat dus om publieke opinie als een

8 Zie al voor een oudere discussie bijv. J. ter Heide, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Een functioneel-analytische beschouwing* (oratie Rotterdam), Amsterdam/Brussel: Agon Elsevier 1970 en G.E. Langemeijer, 'De onafhankelijke rechter op de schopstoel', *NJB* 1971, p. 801-813.

9 *Perspectief op 2010*, Den Haag: Openbaar Ministerie, p. 22.

10 G. Knigge, 'De stem van het volk', *RMThemis* 2006, p. 236.

11 Zie bijv. N. Muller, 'De straf in het strafrecht (taak en schoonheid van de onvoorwaardelijke straf)', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1934, p. 15-55.

12 Ontleend aan A. de Swaan, *De mens is de mens een zorg. Opstellen 1971-1981*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, p. 81-115.

13 Zie het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Vertrouwen in burgers*, Den Haag/Amsterdam: Amsterdam University Press 2012 p. 191.

14 Zie De Swaan, *a.w.*, p. 102: 'Telkens weer dienen chefs, bazen, superieuren meer rekening te houden met meer verlangens van ondergeschikten en zelfs de hier gebruikte termen met hun betekenis van "meerdere" en "mindere" zijn in snel tempo pijnlijk aan het worden en onuitsprekelijk. Deze ontwikkelingen leggen de partijen steeds de eis op om andermans strevingen vaker en ernstiger in aanmerking te nemen, maar ook om eigen strevingen openhartig te verwoorden en tot gelding te brengen.'

15 Voor de duidelijkheid: ik sluit dus niet aan bij de normatief-geladen opvattingen die in de literatuur circuleren en vaak worden toegeschreven aan Habermas. Door hem is een onderscheid voorgesteld tussen *mere opinion*, waaronder hij de simpele ongepolijste opinie van individuele burgers verstaat, en 'publieke opinie', hetgeen in zijn optiek het resultaat is van de 'evolutie' van die opinies als gevolg van een rationeel deliberatief proces tussen burgers. Hiermee leunt hij – expliciet, zie J. Habermas, *The structural transformation of the public sphere an inquiry into a category of bourgeois society*, Cambridge (MA): MIT Press 1991, p. 96-97 – aan tegen het Roussaiaanse onderscheid tussen de *volonté général* en de *volonté de tous*. De eis om de term 'publieke opinie' te reserveren voor een in enige mate gekwalificeerde opinie maakt hiervan echter een (deels) normatief construct, terwijl het in dit onderzoek juist gaat om de

empirisch begrip. In dergelijke noties van publieke opinie wordt het bijvoorbeeld gedefinieerd als de ‘manifestatie van publiek bewustzijn’.¹⁶ Of, ingewikkelder, als het geheel aan observeerbare opinies met betrekking tot waardegeladen onderwerpen, waarvan een kracht uitgaat die inwerkt op overheden.¹⁷ Het gaat dus om een verzameling opinies die zich mobiliseert en van waaruit druk wordt uitgeoefend op – in dit verband relevant – overheidsorganen die voor het strafrecht van betekenis zijn. Uit de keuze voor een dergelijke notie van publieke opinie volgt dat publieke opinie meer is dan slechts ‘de optelsom van alle individuele meningen’.¹⁸ Het gaat immers om de kracht die door de interactie van die meningen wordt voortgestuwd.

Alleen al omdat publieke opinie zich typisch manifesteert via beschikbare infrastructuur, zoals de (massa)media, of optreedt in groepen, is de mate waarin een bepaalde ‘publieke opinie’ daadwerkelijk druk uitoefent ook afhankelijk van het sociaal, cultureel of economisch kapitaal dat ten dienste staat.¹⁹ Sommige meningen klinken hierdoor luider dan andere. Bovendien kent de publieke arena een eigen dynamiek, die zich onder meer kenmerkt door een beperkte ruimte: op dagen dat er al over veel of zwaarwegende onderwerpen maatschappelijke discussie is, is de ruimte voor nieuwe – bijvoorbeeld strafrechtelijk relevante – discussie beperkt. Simpel gezegd: als er al veel ander ‘nieuws’ is, kan dit eventuele onrust over strafrechtelijke kwesties verdringen. De eigen logica van de publieke arena lijkt bovendien met zich te brengen dat spannende, zich met de dag ontwikkelende gebeurtenissen een grotere belangstelling genieten dan gebeurtenissen die direct opgehelderd lijken. Zo kan een vermissing van een meisje of een zich langzaam ontrafelende toedracht van een gebeurtenis op een duikboot in de publieke arena langer

boeien dan zaken waar op de eerste dag de spanning al van af is. De kans dat die onrust culmineert in pogingen tot beïnvloeding lijkt in het eerste geval dan ook groter. Voor de huidige tijd is verder van belang dat door de opkomst van digitale en sociale media een nieuw type infrastructuur is ontstaan met weer een eigen dynamiek. Digitale petitities kunnen veel sneller worden verspreid en ondertekend dan voorheen mogelijk was. Internetsites van nieuwe (nieuws)media kunnen gemakkelijk berichten – waarin bijvoorbeeld de rechters van Michael P. door het slijk worden gehaald – verspreiden onder een grote groep mensen. De invloed die sociale media hebben op de informatieluchtbel (of meer ingeburgerd: *filter bubble*) en daarmee op de diversiteit aan berichtgeving die mensen krijgen aangereikt, is daarbij een thema dat tot de nodige zorg aanleiding heeft gegeven.²⁰

4. Voorbeelden van een dialoog tussen publieke opinie en de strafrechtspraktijk

Er valt een aantal wegen te onderscheiden waarop publieke opinie invloed uitoefent op het strafrechtelijk systeem. De eerste en meest voor de hand liggende is via de geëigende democratische weg. Verkiezingen zijn in ons stelsel bij uitstek het forum waar publieke opinie tot uitdrukking komt. Politieke partijen hebben elk hun eigen opvattingen over welk gedrag strafwaardig is en welke keuzes er op sanctie- en procesrechtelijk gebied gemaakt moeten worden. Hier is *a priori* natuurlijk niets mee mis. Wel wordt breed signaleerd dat er iets is veranderd in de wijze waarop politieke partijen hun strafrechtelijk relevante standpunten vormen en hoe zij hierover met het electoraat communiceren. Politieke partijen lijken zich meer dan voorheen te oriënteren op beleid dat goed valt bij de burgers en als gevolg daarvan wordt de publieke opinie meer naar de mond gepraat dan dat pogingen worden ondernomen haar te verheffen door haar te onderwijzen.²¹ Vanwege de geneigdheid volkswijsheden te privilegeren ten koste van opvattingen van experts, wordt deze ontwikkeling over het algemeen binnen de strafrechtswetenschap met lede ogen aangezien.²²

Een tweede spoor van duidelijk observeerbare beïnvloeding zijn vormen van (pseudo)democratische volksraadplegingen buiten de gebruikelijke formeel-democratische structuren om. Deze kunnen moeilijk los worden gezien van de ogen-

empirische werkelijkheid van een publieke opinie die zich in de reële maatschappij manifesteert.

- 16 Vgl. N. Bergasse, *Sur la manière dont il convient de limiter le pouvoir législatif & le pouvoir exécutif dans une monarchie*, http://vufind.carli.illinois.edu/vf-nby/Record/nby_830150 (oorspronkelijk werk gepubliceerd 1789): ‘l’opinion publique [...] est véritablement le produit de toutes les intelligences et de toutes les volontés; on peut la regarder, en quelque sorte, comme la conscience manifestée d’une nation entière, et vous voyez bien qu’il est impossible qu’elle se montre sans forcer.’
- 17 E. Noelle-Neumann, ‘The theory of public opinion. The concept of the spiral of silence’, *Annals of the International Communication Association* 1991, p. 256-287.
- 18 Deze opvatting is in de literatuur ook wel verdedigd, bijv. door A. van Dixhoorn, *De stem des volks. Publieke opinie, opinieonderzoek en democratie*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2006, p. 12. Zie voor een vergelijkbare opvatting F.H. Allport, ‘Toward a science of public opinion’, *Public Opinion Quarterly* 1937, p. 7-23.
- 19 Zie voor een diepgravende analyse H. Blumer, ‘Public opinion and public opinion polling’, *American Sociological Review* 1948, p. 542-549.

- 20 Zie bijv. E. Pariser, *The filter bubble. What the internet is hiding from you*, New York: Penguin Press 2011.
- 21 Zie voor een eerste signalering C.M.V. Clarkson & R. Morgan, *The politics of sentencing reform*, Oxford: Clarendon Press 1995.
- 22 Zie bijv. M.S. Groenhuijsen, ‘Over strafrecht en politiek. Over intrinsieke spanning en potentiële cohabitatie’, *DD* 2017/46.

schijnlijk alom levende overtuiging dat de publieke opinie wil en verwacht dat er naar haar geluisterd wordt en, nog sterker, dat overheidsorganisaties het zich eigenlijk niet meer kunnen veroorloven om de man van de straat te negeren. In diverse landen om ons heen hebben strafrechtelijke actoren zich bijvoorbeeld genoodzaakt gezien te experimenteren met *sentencing councils* waarin burgers plaatsnemen, om zo publieke opinie te betrekken bij de straftoemeting.²³ In Nederland heeft het Openbaar Ministerie de handschoen opgepakt door het organiseren van burgerfora, het afnemen van *surveys* en het 'consulteren van het maatschappelijk middenveld'.²⁴ Deze initiatieven genieten de steun van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid omdat ze zouden aansluiten bij de hedendaagse maatschappelijke verwachtingen en de wijze waarop gezag in de huidige maatschappij gevestigd kan worden.²⁵ In de Richtlijn voor strafvordering verkrachting geeft het OM expliciet aan dat de requireernormen mede zijn veranderd op basis van hetgeen door burgers naar voren is gebracht.²⁶ Dergelijke vormen van burgerconsultatie zijn door de zittende magistratuur ook overwogen, maar hebben met het oog op de rechterlijke onafhankelijkheid uiteindelijk niet plaatsgevonden.²⁷

Er valt een aantal wegen te onderscheiden waarop publieke opinie invloed uitoefent op het strafrechtelijk systeem.

Tot slot is natuurlijk goed voorstelbaar dat publieke opinie op allerlei minder directe en daardoor ook minder zichtbare manieren van invloed is. Een wel erg kras voorbeeld is de *name and shame*-campagne van de *tabloid*-krant *News of the World* uit 2006, waarin rechters die naar de mening van de redactie 'schuldig' waren aan het opleggen van te lichte straf-

fen met naam en toenaam in de krant werden genoemd.²⁸ Dat van deze campagne een druk moet zijn uitgegaan op rechters laat zich raden. De link met de harde toon die de behandelend rechters van Michael P. ten deel viel is hier makkelijk te leggen. Hoewel een dergelijk virulente campagne niettemin meer uitzondering dan regel is, staat zij wel voor een bredere ontwikkeling waarin rechters en andere professionals uit de strafrechtelijke keten onder een publiek vergrootglas lijken te liggen en dus de druk voelen om geen beslissingen te nemen die het publiek tegen de haren in zouden kunnen strijken. De Doelder heeft in dit verband verzucht dat van de rechter bijna 'bovenmenselijke' eigenschappen gevraagd worden om gepast resistent te zijn.²⁹ Ondanks dat het gemakkelijk is te beargumenteren dat er een druk uitgaat van publieke opinie, is het bijzonder lastig te 'meten' hoe groot de daadwerkelijke invloed van dit maatschappelijke vergrootglas werkelijk is. Voor zover rechters, officieren van justitie of andere relevante actoren zich laten beïnvloeden, zullen zij dit – als zij zich er al van bewust zijn – over het algemeen niet zo opschrijven. Daar komt nog bij dat het maar de vraag is in hoeverre het altijd erg is. Een zekere responsiviteit ten aanzien van wat leeft in de samenleving is, bijvoorbeeld bij het bepalen van de strafmaat, niet problematisch.³⁰ Dit lijkt in elk geval anders te liggen indien deze responsiviteit wordt afgedwongen, contrecoeur, door de publieke opinie. In dat verband kan een onderscheid gemaakt worden tussen endogene, dus zelfgekozen, responsiviteit en exogene responsiviteit, een gedragsaanpassing die door druk van buitenaf wordt teweeggebracht.

5. Het probleem van de regie: als het niet goedschiks kan ...

Voorgaande drie manieren waarop publieke opinie invloed heeft op het strafrechtelijk systeem staan natuurlijk niet volledig los van elkaar, maar grijpen – voortdurend – op elkaar in. Een typisch voorbeeld is de neiging van politici om (te dreigen) de discretionaire ruimte van professionals in te perken, om zo af te dwingen dat beter geluisterd wordt naar de publieke opinie. Er zijn hiervan voorbeelden te over. Een tamelijk willekeurige illustratie is de dreigende taal van een

23 Zie voor diverse voorbeelden de bundel van A. Freiberg & K. Gelb (eds.), *Penal populism, sentencing councils and sentencing policy*, London/New York: Routledge 2008.

24 Zie bijv. K. Lünemann, 'Burgerpanels en het strafvorderingsbeleid van het OM. Het experiment in 2007', *Trema strafvoemingsbulletin* 2013, p. 18-22.

25 WRR, a.w., p. 209-210.

26 *Stcr.* 2012, 24714, p. 3. Deze richtlijn verhoogde de requireernorm voor het 'basisdelict' van 24 naar 36 maanden.

27 R.G.A. Beaujean, 'De rechter, de burger en het straftoemingsinstrumentarium. Een overzicht van initiatieven van de rechtspraak om de stem van de burger in het straftoemingsinstrumentarium te laten doorklinken', *Trema* 2007, afl. 2, p. 9-13.

28 Zie hierover J.V. Roberts, 'Sentencing policy and practice. The evolving role of public opinion', in: Freiberg & Gelb, a.w., p. 15-30, aldaar p. 23.

29 H. de Doelder, 'Bovenmenselijke rechters?', in: J.W. de Keijser & H. Elffers, *Het maatschappelijk oordeel van de strafrechter. De wisselwerking tussen rechter en samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 185-198.

30 De term 'responsiviteit' is ontleend aan Ph. Nonet & Ph. Selznick, *Law and society in transition. Toward responsive law*, New York: Harper Colophon Books 1978.

Nieuw-Zeelands Minister van Justitie aan het adres van de rechtspraak in zijn land:³¹

‘Public opinion does not take kindly being ignored, particularly when there is suspicion it is being dismissed arrogantly [...] Yet, to public dismay, judges do not seem to use the full range of their sentencing powers, in terms of length of sentence and use of minimum periods of imprisonment when the criminals are brought before the court.’

De boodschap is duidelijk: straf harder, of we stellen je onder curatele. Deze politieke Pavlov-reactie, ingrijpen in de discretionaire ruimte als reactie op onwelgevallige reacties op misdaad door de professionele actoren binnen het stelsel van strafrechtspleging, is ook in Nederland niet onbekend. Het lijkt niet vergezocht om te vermoeden dat de in de praktijk ontwikkelde vormen van burgerraadpleging van het OM (mede) moeten worden begrepen tegen de achtergrond van de wens om zelf de regie te houden en, door nadrukkelijk zelf de democratische legitimatie te zoeken, de wind uit de zeilen van de politiek te nemen.

Ditzelfde geldt wellicht voor de toegenomen bereidheid van het OM om met die publieke opinie in dialoog te treden. Het mediabeleid is in de afgelopen jaren meermaals verruimd.³² Tegenwoordig wordt de rechtvaardiging van het opzoeken van de media niet meer alleen in de eigenheden van een zaak zelf gezocht, maar kan deze ook gelegen zijn in het voor het maatschappelijk voetlicht brengen van OM-beleid.³³ Het werken aan ‘reputatiemanagement’ wordt ook door de Raad voor de rechtspraak niet geschuwd.³⁴ Voorts wordt voortdurend onderzoek gedaan naar hoe (PROMIS-) motivering van strafvonnissen kan bijdragen aan ‘maatschappelijke acceptatie’.³⁵ Ook door de rechtspraak worden persrichtlijnen ontwikkeld en geëvalueerd – waarbij centraal staat in hoeverre het aansluit bij de verwachtingen van de huidige maatschappij.³⁶ Televisieprogramma’s die de recht-

spraak een gezicht moeten geven, worden onderzocht op hoe zij bijdragen aan kennis van en houding tegenover de rechtspraak door burgers.³⁷ Bovendien lijkt meer dan voorheen de dialoog gezocht te worden met het publiek over de uitleg van allerlei strafrechtelijke leerstukken. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan noodweer en roekeloosheid. Bij de uitleg van laatstgenoemd leerstuk, een onderwerp dat maatschappelijk gevoelig lijkt te liggen, heeft zelfs de Hoge Raad uitdrukking willen geven aan het feit dat de juridische uitleg van dit begrip niet noodzakelijkerwijs samenvalt met hetgeen daar in het ‘normale spraakgebruik’ onder wordt verstaan.³⁸

6. Tot besluit

In internationale literatuur wordt nog wel eens de uitspraak van het Court of Appeal van Engeland en Wales aangehaald, waarin het expliciteerde dat: ‘the main duty of the courts is to lead public opinion’.³⁹ Uit hetgeen hiervoor is besproken wordt duidelijk dat deze opvatting voor velen achterhaald lijkt. Eerder wordt het tegenovergestelde gepostuleerd: publieke opinie leidt en dient ook te leiden, de praktijk van het strafrecht mag daar vervolgens niet te ver van verwijderd raken.⁴⁰ Vermoedelijk mede ingegeven door deze vooronderstelling heeft zich een praktijk ontwikkeld waarin langs twee sporen getracht wordt publieke opinie en de praktijk van het strafrecht bij elkaar te brengen: door voor sommige beslissin-

medialandschap. Een evaluatie van de Persrichtlijn 2008, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

31 De toespraak, van Labour-minister Phil Goff (25 februari 2000), is te raadplegen op www.beehive.govt.nz/speech/public-opinion-and-judiciary-does-it-matter.

32 Zie hierover bijv. J.M.W. Lindeman, *Officieren van justitie in de 21e eeuw. Een verslag van participerend observatieonderzoek naar de taakopvatting en taakinfilling van officieren van justitie* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 88-93.

33 *Stcr.* 2012, 8161, p. 3, zie hierover ook Lindeman, *a.w.*, p. 88-93.

34 Zoals blijkt uit door de Raad geëntameerd onderzoek, zie P. Frissen, P. 't Hart & S. Sieckelink, *Reputaties gewogen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

35 L. de Groot-van Leeuwen et al., *Het vonnis beter uitgelegd? Maatschappelijke effecten van beter motiveren in de strafrechtspraak*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2015.

36 Zie Ruigrok et al., *Rechtspraakverslaggeving in een veranderend*

37 Zie over de invloed van het programma ‘De Rechtbank’, *Mediatest, Effect ‘De rechtbank’ op kennis en houding*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2011.

38 HR 13 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:962, NJ 2014/26, m.nt. N. Keijzer. Deze overweging lijkt overvloedig, omdat de juridische betekenis van (subjectieve) leerstukken per definitie afwijkt van hetgeen er in het normale spraakgebruik onder wordt verstaan, alleen al omdat de juridische betekenis strak is afgebakend en in het normale spraakgebruik ieder er het zijne onder mag verstaan. Juist daarom lijkt deze overweging in de eerste plaats aan het publiek gericht te zijn.

39 Zie Roberts, *a.w.*, p. 21. Toegegeven moet worden dat het citaat door Roberts iets uit zijn verband lijkt te zijn gelicht. In de uitspraak zelf, Court of Appeal (Engeland en Wales) 10 en 17 oktober 1974, *Regina vs. Sargeant (2004)* 60 Cr App R 74, is het volledige citaat als volgt: ‘The courts do not have to reflect public opinion. On the other hand courts must not disregard it. Perhaps the main duty of the court is to lead public opinion’ (cursivering LN).

40 De vraag lijkt gerechtvaardigd of dit terecht is. Een voorbeeld: waar het publiek in België voorstander is van quasi-juryrechtspraak (Assisen) blijken Nederlanders steevast tegenstander. Hier zou men wellicht de conclusie aan kunnen verbinden dat er een verschil bestaat in maatschappelijke opvattingen tussen beide landen die weerspiegelt in de strafrechtspleging in beide jurisdicties. Wanneer de casus Japan hierbij wordt betrokken, gaat het beeld kantelen. Hier was men tot en met het moment van invoering ook tegenstander van juryrechtspraak. Enkele jaren na invoering verklaart een meerderheid voorstander te zijn. Misschien is het dus wel degelijk mogelijk om de praktijk van strafrechtspleging de publieke opinie te laten gidsen.

gen – hoofdzakelijk de straftoemeting – meer aansluiting te zoeken bij publieke opinie en door nadrukkelijker de dialoog met die publieke opinie te zoeken. Bij het meten van de publieke opinie teneinde dit te gebruiken bij de straftoemeting lijkt – in weerwil van Knigges suggestie – toch duidelijk voorop te staan dat de publieke opinie leidt en de praktijk volgt.⁴¹ Waarvoor die dialoog wordt gebruikt – om een wit voetje te halen bij het publiek, om publieke opinie te ‘leiden’ of om haar te informeren – lijkt niet op voorhand duidelijk en dit lijkt ook niet in alle gevallen grondig overdacht. Aldus is een praktijk ontstaan die vooruit is gaan lopen op een uitgebreide doordenking.

Het zal duidelijk zijn dat wanneer zo’n doordenking ter hand wordt genomen, tal van vragen opkomen, vragen die zowel normatief als empirisch van aard zijn. Wanneer publieke opinie ‘gemeten’ wordt, moeten al allerlei conceptuele en methodologische keuzes gemaakt worden die sterk van invloed zijn op de publieke opinie die gevonden wordt. Resultaten in dit onderzoeksveld lopen uiteen van een typisch hardvochtige, sterk punitieve ‘publieke opinie’ tot een publieke opinie die niet afwijkt van wat rechters in de praktijk al doen.⁴² Bovendien verschillen de opvattingen over welke straffen passend zijn sterk tussen burgers onderling.⁴³ Bedenken welke meetmethode nu de echte publieke opinie blootlegt, heeft al veel pennen in beweging gebracht en het is sterk de vraag of dit een begaanbare weg is.⁴⁴ Het is dus maar de vraag of er wel sprake is van een publieke opinie die voldoende eenduidig is om haar op enige manier te kunnen verwerken in aanpassingen in het straf(proces)recht of sanctierecht. Daar komt bij dat publieke opinie over straftoemetingkwesties misschien nog relatief goed te meten is, maar dit voor andere kwesties veel ingewikkelder ligt. Publieke opinie lijkt vaak ad hoc en afhankelijk van een toevallige aanleiding te ontstaan. Op het moment dat Michael P. als verdachte werd aangehouden, ontwikkelde zich prompt een publieke opinie over de vraag of tbs (gemakkelijker) zou moeten kunnen worden

opgelegd aan ‘weigerende observandi’, terwijl grote delen van het publiek kort tevoren waarschijnlijk nog niet wisten dat zij daaromtrent een opinie koesterden. Iets soortgelijks gold bijvoorbeeld voor de discussie over onderzoek aan een smartphone. Na uiteenlopende uitspraken van feitenrechters⁴⁵ ontstond een publiek debat over de wenselijkheid van nadere normering van dit onderzoek – terwijl de kans groot lijkt dat deze discussie zonder deze rechtspraak niet was ontbrand.

Stel dat veel van de hiervoor genoemde empirische bezwaren op enige manier ondervangen kunnen worden en het zou mogelijk zijn tot een coherente gedachtewisseling met het publiek te komen, dan is duidelijk dat er diverse concurrerende normatieve gezichtspunten kunnen spelen. In andere landen is al enige ervaring opgedaan met het inpassen van publieke opinie in de straftoemeting zonder dat daarbij beginselen van evenredigheid – te zeer – worden opgeofferd. Ingewikkelder wordt het indien de publieke opinie zich zou verzetten tegen procesrechtelijke beginselen. Uit landen om ons heen zijn voorbeelden bekend van publiek verzet tegen – onder andere – het zwijgrecht, het (medisch) verschoningsrecht, het *in dubio pro reo*-beginsel of de *Blackstone*-ratio,⁴⁶ alsook beperkingen omtrent het voorarrest. Het gaat vaak om langgekoesterde beginselen die tot het moment dat de publieke opinie zich erop stortte een relatief rustig bestaan leidden.

Iets soortgelijks geldt voor het aangaan van een dialoog met het publiek door het betrachten van transparantie. Openbaarheid is natuurlijk ook een normatief beginsel, maar hier wordt het doorgaans in de sleutel van het recht op een eerlijk proces geplaatst en doelstellingen als het voor het voetlicht brengen van OM-beleid en reputatiemanagement van de rechtspraak zijn hier ver van verwijderd. Bijgevolg staat een aldus ingestoken openheid eerder op gespannen voet met concurrerende rechten, zoals de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Ook empirisch is de meerwaarde van zo’n dialoog bepaald niet zonneklaar. Tegenover de breed gedeelde

41 Al moet gezegd dat het OM de burgerfora ook zegt te hebben gebruikt om burgers te informeren over het strafproces.

42 Vgl. in dit verband het onderzoek van J.W. de Keijser, P.J. van Koppen & H. Eijffers, *Op de stoel van de rechter. Oordeelt het publiek net zoals de strafrechter?*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2006 en W.A. Wagenaar, *Strafrechtelijke oordelen van rechters en leken*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2008. Uit buitenlands onderzoek komt een vergelijkbaar beeld naar voren.

43 S. Ruiter et al., *De burger als rechter. Een onderzoek naar geprefereerde sancties voor misdrijven in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011.

44 Zie hierover bijv. J.W. de Keijser, ‘Penal theory and popular opinion. The deficiencies of direct engagement’, in: J. Ryberg & J.V. Roberts (eds.), *Popular punishment. On the normative significance of public opinion*, New York: Oxford University Press 2014, p. 101-118.

45 Zie bijv. het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 22 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2954 en het arrest van het Hof Amsterdam van 22 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2411.

46 Met het eerste wordt bedoeld op het uitgangspunt dat bij twijfel in het voordeel van de verdachte moet worden besloten, zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers (bew.), *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 758; B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 484 en J.F. Nijboer/P.A.M. Mevis, J.S. Nan & J.H.J. Verbaan (bew.), *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, op (m.n.) p. 18. De *Blackstone*-ratio wordt typisch vertaald als het uitgangspunt dat het beter is tien (of honderd) schuldigen vrij te spreken dan één onschuldige te veroordelen, zie Corstens/Borgers, *a.w.*, p. 8 en E. van Sliedregt, *Tien tegen één* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

opvatting dat transparantie en voortdurende verantwoording hetgeen is wat het publiek wil, staat de theorie dat juist door alle ramen open te gooien de sociale norm dat het volk recht heeft op snelle en volledige informatie wordt (her)bevestigd en de spiraal van bemoeizucht wordt versterkt in plaats van geremd.⁴⁷

Daar komt de grotere vraag achteraan van het waarom. In de sociale wetenschappen wordt vaak geschermd met de term '(gepercipieerde) legitimiteit'. Het ultieme doel van de dialoog tussen publieke opinie en strafrechtelijke actoren is, volgens die redenering, ervoor te zorgen dat het publiek het strafrecht en strafrechtelijke actoren als legitiem ervaart. De pragmatisch-consequentialistische redenering is dan vaak dat als deze gepercipieerde legitimiteit wordt geoptimaliseerd,

dit leidt tot allerlei nuttig gedrag, zoals een grotere bereidheid om de strafwet na te leven en om mee te werken met strafvorderlijke autoriteiten. De berichten van bedreigingen aan het adres van de kliniek waar Michael P. tijdens het slot van zijn gevangenisstraf zou hebben verbleven, zijn wat dat betreft wellicht een teken aan de wand. Maar hoe nuttig het ook is als bij het publiek normconform en coöperatief gedrag kan worden bevorderd, het lijkt niet ondenkbaar dat hier af en toe een veer moet worden gelaten om lang gekoesterde normatieve uitgangspunten te beschermen. Consequentialistische doelen kunnen niet altijd prevaleren. Maar op de achtergrond hangt het zwaard van politieke interventie: wanneer niet goedschiks, dan maar kwaadschiks. Alleen al daarom kan de strafrechtswetenschap het zich niet permitteren om de publieke opinie links te laten liggen.

47 Aldus theoretiseert bijv. J.B. Terpstra, 'Mediatisering van opsporing en vervolging. Nieuwe kwetsbaarheden van politie en justitie', *Strafblad* 2013, p. 360-370.