

OPINIE

Strafrecht en liberalisme

Ontwikkelingen rond strafrecht waarover liberalen zich zorgen zouden moeten maken

Anne Ruth Mackor

1 Liberalisme

Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw zijn we getuige van een omslag in het denken over strafrecht. Deze omslag, zo is de stelling die ik zal verdedigen, zou liberalen zorgen moeten baren. Het is uiteraard altijd een enigszins willekeurige kwestie hoeveel verschillende zorgen men wil onderscheiden. Ik heb hiervoor een driedeling gekozen die ik aanduid met de termen instrumentalisering, moralisering en uitsluiting.

Voor het doel van deze bijdrage kunnen we volstaan met een korte uiteenzetting van het liberalisme. Alle varianten van het liberalisme delen de opvatting dat de vrijheid van het individu een fundamentele waarde is. Voor deze opvatting kunnen, in navolging van John Stuart Mill, utilistische argumenten worden aangevoerd, namelijk dat het zo veel mogelijk vrij laten van burgers om hun eigen leven te bepalen uiteindelijk leidt tot het grootste geluk voor het grootste aantal mensen. Het liberale uitgangspunt kan echter ook worden onderbouwd vanuit een deontologisch, meer specifiek kantiaans perspectief, waarin niet zozeer de handlingsvrijheid als wel de autonomie van de mens centraal staat. Respect voor de mens als redelijk wezen vraagt van de overheid dat deze de autonome keuzes en de daaruit voortvloeiende handelingen van burgers zo veel mogelijk respecteert, ongeacht of dat tot het meeste geluk leidt. Met de term 'liberalisme' doel ik hier dus op een bepaalde politiek-filosofische stroming en niet op één of meer specifieke politieke partijen.

Liberalisme heeft dus niet alleen vrijheid, begrepen als afwezigheid van inmenging door anderen, hoog in het vaandel, maar ook autonomie, begrepen als het vermogen en de mogelijkheid om redelijke (en dus ook onredelijke) keuzes te maken. Vrijheid en autonomie brengen onder meer met zich dat lichamelijke integriteit en privacy fundamentele waarden zijn, terwijl vooral autonomie impliceert dat ook waardenpluralisme een groot goed is.

Uit het voorgaande vloeit voort dat een overheid in een liberale samenleving de vrijheid en autonomie van burgers moet respecteren en dat diezelfde overheid inbreuken op de vrijheid en autonomie van haar burgers zo veel mogelijk moet voorkomen, opsporen, vervolgen en berechten. Daarnaast moet de overheid,

Anne Ruth Mackor

indien zij zelf de vrijheid of autonomie van burgers inperkt, deze inperkingen rechtvaardigen en met waarborgen omkleden. In het algemeen geldt als stelregel dat hoe dieper de overheid in het leven van burgers ingrijpt, hoe sterker de rechtvaardiging én de waarborgen moeten zijn. De overheid mag dieper en ook meer preventief ingrijpen bij een acute en ernstige bedreiging van de objectieve veiligheid dan bij een mogelijke nadelige invloed op het gevoel van veiligheid.

Soms wordt door elkaar gesproken over liberale, democratische of beschaafde samenlevingen. Het is echter van belang deze te onderscheiden. Een beschaafde samenleving is niet noodzakelijk democratisch en een democratische samenleving is niet noodzakelijk liberaal. Een democratische samenleving hoeft liberale waarden niet centraal te stellen, maar kan bijvoorbeeld solidariteit, gedeelde moraal of bepaalde religieuze voorschriften als meest fundamenteel aanmerken.

2 Instrumentalisering

De eerste zorg voor liberalen is dat strafrecht verandert van een relatief autonoom stelsel met een eigen aard, los van de doelen die het mogelijk kan helpen realiseren, in een instrument in handen van de overheid, meer in het bijzonder om veiligheidsrisico's te verkleinen. Deze instrumentaliseringstendens zien we niet alleen in het strafrecht, maar in het gehele rechtssysteem. Hij lijkt het strafrecht echter het meest te raken, onder andere omdat strafrecht het meest nadrukkelijk terugkijkt naar de normovertreding en niet geacht wordt alleen of zelfs maar primair toekomstgericht te zijn. Daar komt bij dat, voor zover strafrecht wel aan preventie beoogt bij te dragen, het doel van oudsher was om strafbare feiten te voorkomen. Het concept 'strafbaar feit' impliceert een nauw verband met verwijtbaarheid. Als gevolg van instrumentalisering lijkt het doel steeds meer te verschuiven naar het verkleinen van (het gevoel van) onveiligheid en het inperken van veiligheidsrisico's en lijken de strafwaardigheid van de feiten en de verwijtbaarheid van de dader minder belangrijk te worden. Deze verschuiving van *normovertreding, strafbare feiten en verwijtbaarheid* naar *veiligheid en risicobeheersing* zet de grondslagen van het strafrecht op losse schroeven.

Een van de gevolgen van de instrumentalisering is dat de afweging tussen recht als instrument van de overheid en recht als waarborg voor de burger tegen diezelfde overheid sneller ten gunste van de instrumentele functie zal worden gemaakt. Een ander gevolg is dat de deur op een kier wordt gezet om gedrag dat niet schadelijk, maar alleen hinderlijk is of een gevoel van onveiligheid kan oproepen, strafbaar te stellen. De vraag is of de grenzen van het strafrecht hiermee te ver worden opgerekt. Omgekeerd komt het ook voor dat gedrag dat wel ernstige schade kan aanrichten, niet via het strafrecht, maar bijvoorbeeld via het bestuursrecht wordt aangepakt. Hier rijst de vraag of het domein van het strafrecht daarvoor te ver wordt ingekrompen.

Welke ontwikkelingen kunnen we onder de noemer instrumentalisering scharen? Onmiskenbare algemenere signalen van instrumentalisering zijn onder meer de

nota van toenmalig minister van Justitie Donner met de veelzeggende titel 'De bruikbare rechtsorde' uit 2004 en de naamsverandering in 2010 van het ministerie van Justitie in het ministerie van Veiligheid en Justitie. Meer concreet betreft het ook de verandering en vervaging van scheidslijnen tussen verschillende rechtsgebieden, met name tussen straf- en bestuursrecht.

Een recent voorbeeld van strafbaar stellen van gedrag dat in zichzelf niet schadelijk is, maar wel een gevoel van onveiligheid kan veroorzaken en mogelijk de objectieve veiligheid kan aantasten, is te vinden in het wetsvoorstel met betrekking tot het verbod op gezichtsbedekkende kleding. Het meest recente voorstel is afkomstig van toenmalig minister Donner van Binnenlandse Zaken. De minister-raad heeft september vorig jaar met dit wetsvoorstel ingestemd. Het is op het moment dat deze bijdrage geschreven wordt echter nog niet openbaar.¹

Het huidige voorstel komt op belangrijke punten overeenkomt met een eerder wetsvoorstel van VVD'er Kamp.² In de memorie van toelichting bij dat wetsvoorstel staan de volgende twee opmerkelijke uitspraken:

'Het in de openbare ruimte en voor het publiek toegankelijke gebouwen dragen van gezichtsbedekkende kleding of voorwerpen zoals boerka's, nikabs, bivakmutsen en integraalhelmen, vormt een *groot* maatschappelijk probleem'³ (cursivering ARM).

Om deze bewering te staven wordt een beroep gedaan op een zienswijze van deskundigen, maar dezen geven expliciet aan dat zij:

'... geen totaal-inzicht hebben in de bestaande veiligheidsrisico's, noch in de effectiviteit...' Daardoor '... kunnen zij niet met zekerheid stellen of deze risico's ... als voldoende reëel beschouwd moeten worden om een verbod noodzakelijk en proportioneel te achten.'⁴

De tweede opmerkelijke uitspraak uit de memorie van toelichting luidt:

'Wie zijn gezicht aan het zicht van anderen onttrekt maakt het onmogelijk een inschatting te maken van zijn stemmingen en intenties. Hij roept bij anderen de vrees op dat hij iets kwaads in de zin heeft.'⁵

1 <www.rijksoverheid.nl/regering/het-kabinet/ministerraad/persberichten/2011/09/16/minister-raad-stemt-in-met-wetsvoorstel-verbod-gelaatsbedekkende-kleding.html>. Het wetsvoorstel, de memorie van toelichting en het advies van de Raad van State zijn bij het ter perse gaan van deze bijdrage wel openbaar. Zie <www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/02/06/wetsvoorstel-algemeen-verbod-op-gelaatsbedekkende-kleding.html>.

2 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 331, nr. 3 (MvT).

3 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 331, nr. 3, p. 3.

4 J.M. Loof, red., *Overwegingen bij een boerkaverbod* (Den Haag: Ministerie van Justitie, 2006), 6.

5 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 331, nr. 3, p. 3.

Anne Ruth Mackor

Het verbod betreft dus gedrag dat in zichzelf in beginsel geen aanwijsbaar risico op schade met zich brengt; er is niet meer dan een onbepaalde mogelijkheid dat iemand die zijn of haar gezicht bedekt, kwaad in de zin heeft. Het wetsvoorstel maakt bovendien duidelijk dat het niet gaat om de vraag of er een reëel risico is dat de burkadraagster kwaad in de zin heeft; het gaat er primair om dat anderen niet kunnen vaststellen dat de burkadraagster geen kwaad in de zin heeft. Het gaat om het feit dat haar gedrag de subjectieve veiligheid aantast. Daardoor dringt de vraag, die ook de deskundigen stellen, zich op, namelijk of het verbod noodzakelijk én proportioneel is. Een minder ingrijpend alternatief, dat personen met gezichtsbedekkende kleding op verzoek hun gezicht moeten tonen, wordt in de memorie van toelichting afgewezen met een beroep op het argument dat zo'n verbod veel moeilijker te handhaven is en dat door een algemeen verbod een discriminatoire handhavingspraktijk wordt uitgesloten.⁶

3 Moralisering

Een tweede wijze waarop de grenzen van strafbaarstelling door de overheid opge-rekt worden, betreft gedrag dat geen aantoonbare schade aanricht aan individuele burgers (denk hierbij bijvoorbeeld aan roekeloos rijden, maar ook aan belasting-ontduiking of omkoping van overheidsdienaren) of aan de samenleving als geheel. Het gaat om gedrag dat wordt geacht te strijden met 'de goede zeden'. De vraag rijst zodoende of naast aantoonbare schade ook strijd met de moraal in een liberale samenleving, die individuele vrijheid en autonomie hoog in het vaandel heeft, reden kan zijn voor strafbaarstelling.

Ik noem hier twee recente voorbeelden. Het eerste is het zojuist genoemde verbod op gezichtsbedekkende kleding. Het verbod lijkt op twee gedachten te hinken. Enerzijds is het een voorbeeld van instrumentalisering van het recht, omdat het beoogt de objectieve en met name de subjectieve veiligheid te vergroten en wel door gedrag dat op zichzelf niet schadelijk is en geen concreet risico op schade met zich brengt, strafbaar te stellen.

Anderzijds appelleert het voorstel ook aan de opvatting dat gezichtsbedekking in strijd is met in Nederland algemeen gedeelde normen en waarden. Toenmalig Minister Donner heeft in een radio-interview gezegd dat gezichtsbedekking niet in onze samenleving past en dat het daarom, *net als ontkleed lopen*, verboden moet worden⁷ (mijn cursivering, ARM).

Het tweede voorbeeld is de in 2010 aangenomen wet die ontuchtige handelingen met dieren verbiedt. De wet beoogt nadrukkelijk niet handelingen strafbaar te stellen die het welzijn van het dier schaden; die handelingen waren namelijk al

6 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 331, nr. 3, p. 6.

7 Radio-interview, 16 september 2011, <<http://nos.nl/audio/273386-minister-donner-over-het-boerkaverbod.html>>. Dit argument is overigens ook terug te vinden in de memorie van toelichting bij het nieuwe wetsvoorstel.

verboden.⁸ De wet is ook niet bedoeld om bewijsrechtelijke kwesties te vereenvoudigen. Aantasting van gezondheid of welzijn kan immers niet altijd door uiterlijke verschijningsvormen worden vastgesteld, maar in de memorie van toelichting wordt expliciet gesteld dat het niet het doel van de wet is deze bewijsproblemen weg te nemen.⁹ Ook zij opgemerkt dat ontuchtige handelingen met dieren in de openbare ruimte al strafbaar zijn op grond van art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid).

Daarmee wordt duidelijk dat de ratio van de wet is om seks met dieren *in de privésfeer* strafbaar te stellen en wel omdat dit gedrag in strijd is met de goede zeden. Met andere woorden, de ratio van de wet is zuiver moreel. Zo staat het inderdaad in de memorie van toelichting: 'Dit wetsvoorstel wil bijdragen aan de bescherming van de zeden.'¹⁰

Indiener van het wetsvoorstel, PvdA'er Waalkens zegt letterlijk: 'Seks met dieren is gewoon in strijd met de heersende zeden.' (*Trouw*, 3 september 2007). Hier zij opgemerkt dat destijds de gehele Tweede Kamer, dus ook alle partijen die zichzelf liberaal noemen, met het wetsvoorstel heeft ingestemd; in de Eerste Kamer hebben CDA en VVD tegen gestemd.

4 Uitsluiting

De derde zorg betreft de wijze waarop het strafrecht veroordeelden aanspreekt. Kort gezegd is de vraag: moet de overheid daders altijd als medeburgers blijven beschouwen en bejegenen met inachtneming van fundamentele liberale waarden, of zijn er veroordeelden die de samenleving als 'outlaws', dat wil zeggen misschien niet juridisch, maar dan toch wel moreel als (bijna) rechtelozen mag beschouwen? Anders gezegd, zijn er veroordeelden die zich bijvoorbeeld vanwege de ernst van hun delict(en), hun recidiverisico, of hun weigering spijt te betuigen of zelfs maar verantwoording af te leggen, hun aanspraak op bejegening conform fundamentele liberale beginselen en waarden in meer of mindere mate verliezen?

Het is goed hier kort uit te leggen wat ik met uit- en insluiting bedoel. In aansluiting bij Antony Duff¹¹ versta ik onder insluiting vooral dat veroordeelden in en na het strafproces worden aangesproken als medeburgers en als morele personen die zich in beginsel moeten, maar ook mogen verantwoorden voor hun gedrag; die tijdens de tenuitvoerlegging van hun straf worden bejegend als medeburgers wier rechten niet verder moeten worden ingeperkt dan met het oog op de ratio van straf noodzakelijk is; en die na hun straf in beginsel weer als gelijkwaardige burgers aan de samenleving kunnen deelnemen.

8 Art. 36 Gezondheids- en welzijnswet voor dieren en art. 350 Sr; *Kamerstukken II* 2006/07, 31 009, nr. 3, MvT, p 1.

9 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 009, nr. 3, p. 2.

10 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 009, nr. 3, p. 2.

11 Antony Duff, *Punishment, Communication and Community* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 75 e.v.

Anne Ruth Mackor

De termen insluiting en uitsluiting verwijzen dus niet primair naar de juridische positie van veroordeelden en ook niet naar hun feitelijke positie, meer in het bijzonder hun kansen om te delen in maatschappelijke welvaart. De termen verwijzen naar hun morele positie in een liberale samenleving die haar betekenis ontleent aan eerder genoemde fundamentele liberale uitgangspunten.

Voorbeelden van een verschuiving van insluiting naar uitsluiting zijn te zien in de tendens om strenger te straffen en met name om veel vaker levenslang op te leggen. Vooral levenslange gevangenisstraf sluit veroordeelden in beginsel definitief buiten de samenleving en ontnemt hen voor de rest van hun leven grotendeels hun vrijheid en hun autonomie. Een ander voorbeeld van uitsluiting is de versobering van het gevangenisregime waardoor de toch al geringe vrijheid en autonomie van gedetineerden verder worden ingeperkt. Een laatste voorbeeld betreft de zogeheten taakstrafhesjes. Ironisch genoeg zijn deze juist niet bedoeld voor uitsluiting en ‘naming and shaming’, maar om te laten zien dat daders, doordat zij zich voor het algemeen belang inzetten, bezig zijn hun plek in de samenleving ‘terug te verdienen’. Het is echter niet duidelijk of deze hesjes daadwerkelijk aan dit beeld zullen bijdragen, of dat zij veeleer hetzelfde effect hebben als de bel of klepper die melaatsen bij zich droegen om burgers te waarschuwen dat zij uit hun buurt moesten blijven.

De ambivalentie bij het huidige kabinet ten aanzien van de bejegening van veroordeelden komt onder meer duidelijk naar voren in een toespraak, die staatssecretaris van Veiligheid en Justitie Teeven in 2010 hield bij de nationale open dag Dienst Justitiële Inrichtingen. Hij betoogde daar:

‘... in het Regeerakkoord hebben we duidelijk gesteld dat we *niemand afschrijven*. We spreken iedereen aan’ (cursiveringen ARM).

Dit lijkt een duidelijke uitspraak dat de overheid geen enkele veroordeelde uitsluit: iedereen wordt bejegend als verantwoordelijk burger die een tweede kans krijgt. Maar dan vervolgt hij zijn betoog en stelt:

‘Wel wil ik hier nog eens benadrukken dat we *niet* in gedetineerden investeren omdat we ze “*zielig*” zouden vinden. We doen dit omdat *niets doen eenvoudigweg geen optie is*. Niets doen betekent een grote kans op terugval in crimineel gedrag. En dat willen we nu juist voorkomen. Serieus aan de slag gaan met de gedetineerden, via de persoonsgerichte aanpak, moet uiteindelijk leiden tot *minder overlast, criminaliteit en onveiligheid in de samenleving*’ (cursiveringen ARM).¹²

Teeven schrijft veroordeelden alleen daarom niet af, omdat dat *uit het oogpunt van preventie* geen serieuze optie is. Het lijkt alsof Teeven een blinde vlek heeft voor een derde reden naast preventie en zieligheid: omdat een samenleving met een

12 Toespraak staatssecretaris Teeven bij opening Nationale Open Dag DJI in Ter Peel, 6 november 2010.

voldoende sterk overheidsgezag ophoudt een liberale samenleving te zijn als zij haar burgers niet te allen tijde als moreel verantwoordelijke personen en als medeburgers bejegt.

Teeven lijkt maar twee mensbeelden te onderscheiden: de *rationele* mens die, als de sanctie maar zwaar genoeg is, om prudentiële redenen geen strafbare feiten pleegt en de *dierlijke* mens die een speelbal is van krachten die op hem inwerken en die we daarom niet moeten bestraffen, maar behandelen. Het derde mensbeeld, dat bij Teeven ontbreekt, is dat van de mens als *moreel* persoon die verantwoordelijk is voor zijn handelen en die in een liberale samenleving ter verantwoording wordt geroepen precies vanwege het feit dat hij moreel gezien een autonoom persoon is. Volgens deze laatste visie houdt strafrecht *in een liberale samenleving* op strafrecht te zijn als we gedetineerden afschrijven.

5 Conclusie

De genoemde tendensen van instrumentalisering, moralisering en uitsluiting stellen liberalen zodoende voor de volgende drie vragen:

- Welke vrijheidsinperkingen kan een liberale samenleving rechtvaardigen ten aanzien van gedrag dat geen (concreet risico op) schade met zich brengt, maar dat (onbedoeld) een gevoel van onveiligheid kan veroorzaken?
- Welke vrijheidsinperkingen kan een liberale samenleving rechtvaardigen ten aanzien van onzedelijk handelen in de privésfeer?
- Welke vrijheidsinperkingen kan een liberale samenleving rechtvaardigen ten aanzien van degenen die veroordeeld zijn voor het plegen van strafbare feiten?

Een antwoord op deze vragen voert te ver voor het bestek van deze bijdrage. Ter afsluiting poneer ik slechts de stelling dat preventie- en vergeldingstheorieën op zichzelf geen adequaat *liberaal* antwoord op deze vragen kunnen geven.