



rijksuniversiteit
 groningen

Prof. mr. dr. J. Bijlsma

Risic strafrecht en rechtsorde Kent noodzaak geen recht?



Oratie

26 januari 2024

Risic strafrecht en rechtsorde – Kent noodzaak geen recht?

Risicostrafrecht en rechtsorde

Kent noodzaak geen recht?

Oratie uitgesproken door

Prof. mr. dr. J. Bijlsma

op 26 januari 2024

bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar

Strafrechtsfilosofie

aan de

Faculteit Rechtsgeleerdheid

Rijksuniversiteit Groningen



rijksuniversiteit
groningen

Uitgegeven door University of Groningen Press
Broerstraat 4
9712 CP Groningen
<https://ugp.rug.nl/>

Voor het eerst gepubliceerd in Nederland © J. Bijlsma

 <https://orcid.org/0009-0001-6486-8234>

Ontwerp en opmaak: LINE UP boek en media bv | Riëtte van Zwol

Foto voorkant: E.L. Kirchner (1180-1938), Strasse mit passanten (1927), Publiek domein

Auteursfoto: Ivar Pel (<https://www.ivarpel.nl/>)

DOI: <https://doi.org/10.21827/65688f9c5acd6>



Dit werk is verschenen onder de Creative Commons-licentie: NietCommercieel-GeenAfgeleideWerken 4.0 Internationaal (CC BY-NC-ND 4.0). De volledige licentievoorwaarden zijn beschikbaar op creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode

Leden van het College van Bestuur,
zeer geachte aanwezigen,

Voorkomen dat daders van strafbare feiten opnieuw in de fout gaan is een belangrijke doelstelling van het strafrecht. Niet alleen worden daardoor nieuwe slachtoffers vermeden, het is ook in het belang van de dader zelf dat hij niet nogmaals voor de rechter hoeft te verschijnen.

Het voorkomen van recidive wordt speciale preventie genoemd. Speciale preventie kan worden bereikt door daders simpelweg te belemmeren nieuwe feiten te plegen, bijvoorbeeld door hen op te sluiten. Ook kan worden geprobeerd het gedrag van de delinquent zo te beïnvloeden dat de kans op recidive afneemt,¹ bijvoorbeeld door een verbod om drank of drugs te gebruiken.

Het Nederlandse strafrecht is de laatste kwart eeuw fundamenteel veranderd door een sterk toegenomen populariteit van recidivepreventie met behulp van het strafrecht. Dit wordt wel aangeduid als de ontwikkeling van een ‘risicostrafrecht’, vanwege de sterke nadruk op beheersing van het risico op recidive.² Wetsvoorstellen gericht op recidivepreventie kunnen rekenen

¹ Zie over resocialisatie: Meijer 2022.

² Hier staat het sanctierecht centraal, maar ook in het materiële strafrecht (de toename van strafbaarstellingen in de voorfase, zie daarover Nab 2023) en in het formele strafrecht (de introductie van preventieve dwangmiddelen) treedt het voorkomen van strafbare feiten steeds meer op de voorgrond. Zie voor een meer omvattende beschrijving van het risicostrafrecht: De Jong 2021, p. 683-686.

op steun van partijen uit het hele politieke spectrum en op ruime meerderheden in het parlement.³

Sinds de millenniumwisseling zijn drie op speciale preventie gerichte sancties aan het Wetboek van Strafrecht toegevoegd. Deze zogeheten beveiligingsmaatregelen moeten de maatschappij beschermen tegen daders die recidivegevaarlijk zijn, al of niet in aanvulling op een straf. De isd-maatregel maakt het mogelijk om recidivisten gedurende ten hoogste twee jaren preventief te detineren in een inrichting voor stelselmatige daders, ook wanneer het om relatief lichte strafbare feiten gaat. Daarnaast zijn twee vrijheidsbeperkende maatregelen ingevoerd die het gedrag van de dader in de vrije samenleving op zodanige wijze beogen te beperken en te sturen dat deze niet zal recidiveren. Het gaat dan bijvoorbeeld om contact- of gebiedsverboden. In geval van terroristische misdrijven en zeden- en geweldsmisdrijven behoren onder meer een verplichting om een ambulante of klinische behandeling te ondergaan en – zonodig

3 De Wet langdurig toezicht (*Stb.* 2022, 345; 365), waarmee de vrijheidsbeperkende en gedragsbeïnvloedende maatregel van art. 38z Sr en de mogelijkheid van ongemaximeerd reclasseringstoezicht na voorwaardelijke beëindiging van tbs en voorwaardelijke invrijheidstelling zijn ingevoerd, is bijvoorbeeld in de Tweede Kamer met een grote meerderheid van 126 stemmen aangenomen (*Handelingen II* 2014/15, nr. 3, item 8). Opgemerkt moet worden dat de fracties van D66 en ChristenUnie in hun stemverklaringen benadrukken dat zij hun aanvankelijke steun voor het wetsvoorstel hebben ingetrokken wegens een amendement waarmee de mogelijkheid van ongemaximeerd toezicht bij de voorwaardelijke invrijheidstelling in het leven werd geroepen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 816, nr. 10). Zie voor een overzicht van alle wetswijzigingen tot en met 2021: Bijlsma, Franken & Van Kampen 2022, p. 227-237.

levenslang – reclasseringstoezicht tot de mogelijkheden. Eerder kenden we alleen de tbs en de daaraan verwante plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis als dergelijke beveiligingsmaatregelen.

Niet alleen zijn nieuwe sancties ingevoerd. Bestaande sancties hebben ingrijpende wijzigingen ondergaan met het oog op de beveiliging van de maatschappij. Voorbeelden daarvan zijn het levenslange reclasseringstoezicht dat in sommige gevallen kan worden uitgeoefend op degene die voorwaardelijk in vrijheid is gesteld⁴ en de mogelijkheid om bepaalde vrijheidsbeperkende sancties ten uitvoer te leggen al vóórdat sprake is van een onherroepelijke veroordeling.⁵

Leo Polak, de Groningse hoogleraar filosofie wiens naam deze leerstoel draagt, zou de ontwikkeling van het risic strafrecht met lede ogen hebben aangezien. In zijn proefschrift met de titel *De zin der vergelding* verwerpt hij de opvatting dat het voorkomen van recidive het strafrecht kan rechtvaardigen. Het strafrecht draait in zijn ogen om vergelding van wat de dader verkeerd heeft gedaan, hoewel binnen de grenzen die de vergelding aan het recht om te straffen stelt en buiten het strafrecht

4 Art. 6:1:18 lid 2 Sv.

5 Art. 14e, 38 lid 6, 38v lid 4 Sr.

om volgens hem wel degelijk aandacht moet worden besteed aan recidivepreventie.⁶

Een belangrijk argument van Polak tegen speciale preventie als grondslag voor het strafrecht is dat het “mateloos” zou zijn.⁷ En daarin lijkt hij gelijk te hebben gekregen.⁸ Een kenmerk van het hedendaagse risicostrafrecht, dat in de literatuur al uitvoerig is beschreven,⁹ is dat het steeds verder uitdijt en ‘rechtsarm’ is. Dat wil zeggen: het wordt nauwelijks genormeerd door leidende

6 In zijn eerst postuum volledig gepubliceerde proefschrift (Polak 1947a; 1947b) heeft Polak een intrigerende verdediging van vergelding van schuld als grondslag voor het strafrecht ontwikkeld. Zie voor een beschrijving van de ontwikkeling van het denken van Polak over de rechtvaardiging van de straf mede aan de hand van zijn in 2011 openbaar geworden dagboeken: Ten Voorde 2016, p. 15-36. Uit Polak 1947c blijkt goed dat Polak aanvaardt dat straf binnen de grenzen die de vergelding stelt speciaal-preventief kan werken en dat hij geen tegenstander is van beveiligingsmaatregelen, zolang deze maar niet voor straf doorgaan (zie ook Polak 1947b, p. 234-248). Volgens Rimmelink (1969) is de theorie van Polak daarom een verenigingstheorie die de klassieke en moderne richting bijeenbrengt. Polak stierf in 1941 in Sachsenhausen. Zijn internering volgde nadat hij zich fel verzette tegen zijn schorsing als hoogleraar wegens zijn Joodse komaf. Vaststaat dat de toenmalige Duitsgezinde rector magnificus Johannes Kapteyn daarin een rol heeft gespeeld door correspondentie van Polak door te spelen aan de Sicherheitsdienst. Kapteyn werd door het Groningse Tribunaal Bijzondere Rechtspleging vrijgesproken van het (kort gezegd) opzettelijk een ander blootstellen aan vervolging en vrijheidsberoving door de vijand (art. 26 Besluit Buitengewoon Strafrecht). De recentere interpretatie van deze gebeurtenissen loopt uiteen. Van Berkel (2005, p. 216) kwalificeert het optreden van Kapteyn als een “grote onzorgvuldigheid” en een “grove nalatigheid”, terwijl Van der Stroom (2018, p. 40) op basis van nieuw bronnenonderzoek ondubbelzinnig van verraad spreekt. Zie voor een beschrijving van Polaks laatste jaren aan de hand van brieven en dagboeken: Van der Poel 2016.

7 Polak 1947b, p. 234-238; 253-254.

8 Bleichrodt (2019, p. 160, 164, 187) noemt de recente voortdurende uitbreiding van vormen van vrijheidsbeperking “mateloos”.

9 Zie onder meer Bijlsma 2021a; Bijlsma 2021b; Bijlsma, Franken & Van Kampen 2022, p. 266-273; Bijlsma & Meynen 2023; De Jong 2021; Struijk & Van der Wolf 2018; De Vries e.a. 2023.

beginselen. Essentiële voorwaarden voor de toepassing ervan, bijvoorbeeld de voor de verschillende sancties vereiste recidivegevaarlijkheid, zijn niet uitgewerkt en ook het ‘bewijs’recht op dit terrein is onderontwikkeld.

Aan de ene kant maakt deze beperkte normering dat de overheid, in het bijzonder de rechter, zonder veel omhaal de maatregelen kan treffen die zij noodzakelijk acht om de samenleving te beveiligen. Maar aan de andere kant rijst de vraag hoe het risicostrafrecht zich verhoudt tot het rechtsstatelijke uitgangspunt dat het optreden van de overheid – juist in het strafrecht – aan duidelijke regels is gebonden en niet arbitrair mag zijn. Het is deze spanning tussen risicostrafrecht en de democratische rechtsorde die ik vanmiddag met u wil verkennen.¹⁰

De Klassieke en de Moderne Richting

Het strafrecht zoals we dat in continentaal Europa en dus ook in Nederland kennen is een erfenis van de Verlichting.¹¹ Achttiende-eeuwse strafrechtshervormers zoals Beccaria bekritiseren het draconische en willekeurige strafrecht van het *ancien régime*.¹² Na de Franse Revolutie treedt in 1791 in Frankrijk de

10 Zie over de rol van het strafrecht bij het beschermen van de democratie: Ten Voorde 2023.

11 Zie voor een analyse van (de doorwerking van) het denken van de achttiende-eeuwse Franse hervormers: Dupont 1979. Het ideaal van een rationele en “gecentraliseerde wetscodificatie” voert Vervaele (1990, p. 17-49) terug op Bentham.

12 Beccaria 2003 (1764).

code pénal in werking. Voor het eerst wordt in één nationaal wetboek duidelijk omschreven welk gedrag verboden is en welke straffen daarop staan. Met een nadruk op gematigde straffen en rechtsbescherming tegen de overheid, is deze eerste codificatie sterk beïnvloed door de strafrechtshervormers.¹³ Zij is gevestigd op de gedachte dat de duidelijk in de wet omschreven strafdreiging rationeel handelende burgers ervan zal weerhouden de belangen van anderen aan te tasten. Dit wordt de Klassieke Richting in het strafrecht genoemd.¹⁴ Centraal staat de figuur van de *citoyen*, door de Utrechtse hoogleraar strafrecht Pompe omschreven als de burger “fier op zijn vrijheid, zich verzekerd van politieke waarborgen tegen de overheidspersonen die zijn onafhankelijkheid kunnen bedreigen.”¹⁵

13 Vervaele 1990, p. 72-78. Zie vooral ook de door Vervaele weergegeven negen beginselen die Lepeletier, woordvoerder van de commissie die de ontwerp-codificatie opstelde, als richtinggevend noemde. Dupont (1979, p. 123-126) wijst erop dat de codificatie van 1791 niet alleen was beïnvloed door de rechtsbeschermende aspecten uit het denken van de hervormers, maar stelt ook dat “[...] de redacteurs van dit strafwetboek op geen enkel ogenblik de doelmatigheid van het strafrechtsapparaat uit het oog [hebben] verloren.” Daarmee was al sprake van een “[...] regressie ten aanzien van deze strafrechtstheorieën, waarin de beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling omwille van hun intrinsieke en niet alleen omwille van hun operationele waarde werden behouden.” Dit laatste aspect is sterk benadrukt door Foucault (2007, p. 102-114).

14 In de loop van de negentiende eeuw komt daarbij de idee, onder anderen geïnspireerd door Kant, dat het strafrecht zich moet richten op vergelding van begaan onrecht. Kant (1998 (1797), p. 154-163) is overigens bepaald kritisch op de utilistische inslag van het denken van Beccaria (“die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre”) en op diens pleidooi voor gematigde straffen en afschaffing van de doodstraf. Ook in deze neoklassieke theorie staat de vrije burger voorop, die voor zijn daden ter verantwoording kan worden geroepen (De Jong 2021, p. 687-688). Zie voor een weergave van de hoofdlijnen van de neoklassieke theorie: Van der Landen 1992, p. 129-134.

15 Pompe 1957, p. 91-92. De Revolutie ontaardt al snel in de Terreur van 1793 en 1794, waardoor het praktische belang van het wetboek uit 1791 aanvanke-

De volgende *code pénal*, die in 1810 in werking treedt en die tot de invoering van het huidige wetboek van strafrecht in 1886 ook in Nederland heeft gegolden, is van een andere snit.¹⁶ De wetgever kan zich niet onledig houden met filosofische abstracties, aldus een lid van de commissie die het wetboek ontwerpt, maar heeft te maken met “lompe zielen” die slechts met strenge straffen van hun kwade plannen zijn te weerhouden. “De echte wijze respecteert de menselijkheid, maar offert daaraan niet de publieke veiligheid op,” aldus hetzelfde commissielid.¹⁷ De doodstraf en het brandmerken worden opnieuw ingevoerd.¹⁸

Waar in 1791 de *citoyen* centraal staat, moet deze in 1810 het podium delen met de *bourgeois*. De *bourgeois* is, opnieuw in de ietwat karikaturale schets van Pompe, “een economisch type, de berekenende en redenerende mens, die beheerst wordt door winstbejag.”¹⁹ Het universele burgerschap dat aan de codificatie

lijk beperkt is. Niet vergeten mag echter worden dat belangrijke revolutionaire verworvenheden, zoals het legaliteitsbeginsel, de mensenrechten en de codificatiegedachte als zodanig, nog steeds grote betekenis voor ons strafrecht hebben. Zie voor een korte beschrijving van het “uitzonderingsstrafrecht” waarmee gedurende de Terreur gebroken wordt met de beginselen van de hervormers: Dupont 1979, p. 127-130. Foqué & 't Hart (1990, p. 169-180) zien in de Terreur een romantische pervertering van het voluntaristische denken van Rousseau, dat de soevereine wil van het volk in de plaats stelt van de wil van de monarch. Tijdens de Terreur wordt het wederkerige rechtsbegrip van de hervormers verlaten en wordt teruggevallen op een concept van recht als bevel (zie over het wederkerige rechtsbegrip verderop in de hoofdstekst).

16 Dupont 1979, p. 130-143.

17 Citaat (vert. JB) van Target, afkomstig uit de ‘Observations sur le projet de Code Criminel’, gepubliceerd in: Loqué 1831, p. 7, 10.

18 Dupont 1979, p. 133.

19 Pompe 1957, p. 92.

van 1791 ten grondslag ligt, wordt in 1810 deels verdrongen door een antagonisme tussen *bourgeois* en delinquent.²⁰

Gaandeweg de negentiende eeuw laten de intussen tot ontwikkeling gekomen forensische psychiatrie en criminologie zien dat het liberaal-strafrechtelijk ideaaltype van de autonome burger een abstractie is.²¹ Misdaad blijkt niet zonder meer toe te schrijven aan een rationele, vrije keuze, maar komt tot stand door een complex samenspel van sociale, erfelijke en psychische factoren. De door de Klassieke Richting beoogde uniforme straf met een vaste duur die vooral gericht is op de *begane daad*, moet volgens de Moderne Richting plaatsmaken voor een palet aan sancties die op praktische wijze de oorzaken van recidive adresseren. Volgens de Moderne Richting moet in het strafrecht

20 Deze gedachte is overigens al aan te treffen bij Rousseau, die van grote invloed is geweest op het revolutionaire denken. Door zijn daad verbreekt de misdadiger volgens Rousseau het sociale contract en verschiet hij van kleur. De *citoyen* wordt een *ennemi* (Rousseau 2015 (1762), p. 136). Zie over de moeizame verhouding tussen het denken van Rousseau en de interpretatie ervan door revolutionaire theoretici als Robespierre en Sieyès: Foqué & 't Hart 1990, p. 160-168. Foqué & 't Hart (1990, p. 183-202) spreken van de "dubbelzinnigheid van de codificatie". De Napoleontische codificaties knopen aan bij het op rechtsbescherming gerichte gedachtegoed van de hervormingsfilosofen, terwijl zij tegelijkertijd de orde van de post-revolutionaire burgerlijke samenleving moeten bewaken. Het is deze combinatie van handelings- en systeem perspectief die volgens de auteurs kenmerkend is voor de moderne codificaties. Dupont interpreteert de Code Pénal 1810 ondubbelzinnig vanuit systeem perspectief. Vooral de strenge straffen die de Code Pénal 1810 op eigendomsdelicten stelt, laten volgens Dupont (1979, p. 138) goed zien dat het wetboek uitsluitend de particuliere belangen van de gevestigde *bourgeoisie* moet behartigen.

21 Zie onder meer De Jong 2021, p. 688; Van der Landen 1992, p. 156-157; Pompe 1957, p. 95. Zie voor een uiterst gedetailleerde studie van de ontwikkeling van het negentiende-eeuwse denken over strafrecht, met veel oog voor de sociale, politieke en economische context: Vervaele 1990, p. 105-399.

de *dader* centraal staan.²² De Nederlandse tbs is bijvoorbeeld een kind van de Moderne Richting. De nauwkeurige regels die het klassieke strafrecht nastreefde zijn volgens de Moderne Richting te dogmatisch om recidive effectief te kunnen voorkomen.²³

De Moderne Richting heeft gefungeerd als een correctie op de hardvochtige aspecten van de klassieke theorie, door het beeld van de autonome burger die zijn eigen boontjes wel kan doppen te relativiseren en aandacht te vragen voor de menselijke gebreken die maar al te vaak leiden tot criminaliteit. Tegelijkertijd heeft zij een sterk repressieve kant, die zich uit in voorstellen voor naar klassieke maatstaven buitensporige sancties.²⁴ Volgens de Italiaanse criminoloog Garofalo en de Duitse strafrechtjurist Von Liszt, beiden grondleggers van de Moderne Richting, gaat het in het strafrecht – letterlijk – om het verdedigen van de samenleving tegen haar vijanden.²⁵

22 Zie voor een beschrijving van de “harde kern” van de opvattingen binnen de Moderne Richting en de verhouding met klassieke beginselen: Van der Landen 1992, p. 211-218.

23 Von Liszt (1882, p. 25) heeft het bijvoorbeeld over de “zware schuld” (*schwere Schuld*) van het strafrechtwetenschappelijke “dogmatisme”, omdat het geen oog heeft gehad voor het maatschappelijke “gezwel” (*Krebsschaden*) van de gewoontemisdad. Zie ook Foqué & 't Hart 1990, p. 243-259.

24 Van der Landen 1992, p. 160.

25 Garofalo (1890, p. xviii) spreekt van “le principe de la défense contre les ennemis naturels de la Société”, Von Liszt (1882, p. 25) over gewoontemisdadigers als “das Heer der grundsätzlichen Gegner der Gesellschaftsordnung”.

Het strafrecht is sinds de eerste codificaties doordeesemd van het besef dat de macht van de bestraffende overheid duidelijk genormeerd moet zijn om de burger te beschermen tegen arbitrair en excessief overheidsoptreden. Maar steeds is ook een vrees waarneembaar dat al te precieze, knellende regels in de weg zullen staan aan de bescherming van burgers tegen kwaadwillenden. De spanning tussen het hedendaagse risicostrafrecht en eisen van rechtsstatelijkheid is dus geenszins nieuw, maar is de actuele en zeer nadrukkelijke manifestatie van een paradox die altijd al in ons strafrecht aanwezig was.

De burger en de vijand

De strafrechtjurist en rechtsfilosoof Jakobs probeert deze paradox te verklaren en deels ook te rechtvaardigen. De analyse van Jakobs – die ik zometeen beknopt uiteen zal zetten – heeft onder meer in Duitsland en het internationale strafrecht tot een hevig debat geleid.²⁶ Ik bespreek haar hier vandaag, omdat zij de enige mij bekende theorie is die een verklaring én een gedeeltelijke rechtvaardiging biedt voor de betrekkelijke ‘normloosheid’ van het hedendaagse risicostrafrecht. Het is dus van belang om te onderzoeken of Jakobs’ argumenten slagen.

Volgens Jakobs is ons strafrecht een hybride van burgerstrafrecht en vijandstrafrecht. De burger maakt deel uit van de

²⁶ Zie voor algemene overzichten van kritiek: Greco 2010; Saliger 2006; Vormbaum (red.) 2009.

rechtsorde, aldus Jakobs, de vijand staat daarbuiten. Hij gebruikt de provocatieve term ‘vijand’ om het onderscheid met de burger scherp aan te zetten.²⁷ In feite betreft het een diffuse categorie waaronder hij niet alleen terroristen en beroepscriminelen begrijpt, maar ook notoire veelplegers, zedendelinquenten en daders met een ernstige psychische stoornis.²⁸ Het begrip van de ‘vijand’ zoals Jakobs dat hanteert moet vooral uitdrukken dat sommige dadergroepen buiten de rechtsorde worden gedacht en daarom niet op dezelfde rechtsbescherming kunnen rekenen als degenen die volgens het burgerstrafrecht worden berecht.²⁹

Jakobs’ ruime invulling van de term ‘vijand’ staat natuurlijk op gespannen voet met de gebruikelijke, veel beperktere betekenis van het woord. Het kan echter geen kwaad om te beseffen dat ook het Nederlandse politieke discours en strafrechtelijk beleidsjargon wemelen van de militaire metaforen. Het “brede

27 Volgens Ambos (2009, p. 375) probeert het beladen begrip *Feindstrafrecht* juist een “emotionalen Schlagabtausch”, waardoor deze een rationele uitwisseling van argumenten in de weg staat. Volgens Pulitanò (2009, p. 274) is de provocatie juist gerechtvaardigd, omdat deze politiek-correcte vooronderstellingen kritisch bevrage: “Sinds wir in Systemen, die sich selbst als Bürgerstrafrecht bezeichnen und die beanspruchen, sich als solche zu legitimieren, wirklich in der Lage, die Sichtweise des Feindes unter Kontrolle zu halten [...]?”

28 Jakobs 2004, p. 100-101; 2010, p. 175-180.

29 Jakobs plaatst burger en vijand tegenover elkaar, maar moet tegelijkertijd erkennen dat het twee polen van het strafrecht zijn die zich zelden in alle zuiverheid manifesteren (Jakobs 2004, p. 93; 2010, p. 177). Zie onder meer Greco 2010, p. 46-47 voor kritiek op deze stelling.

offensief tegen ondermijnende criminaliteit” dat enkele jaren geleden werd ‘ingezet’, telt er zelfs twee in één zin.³⁰

Zowel de burger als de vijand krijgen bij het plegen van een strafbaar feit te maken met overheidsdwang, stelt Jakobs, maar het karakter van de uitgeoefende dwang verschilt. De straf die aan de burger wordt opgelegd heeft een symbolisch karakter. Zij drukt uit dat deze een misstap heeft begaan, die weliswaar in strijd is met de norm, maar die de gelding van de norm zelf niet bedreigt. De vijand daarentegen is een gevaar voor de rechtsorde als zodanig. Sancties gericht tegen de veroordeelde als vijand *betekenen* volgens Jakobs niets, zijn niet *symbolisch* bedoeld, maar *bewerkstelligen* iets: beveiliging van de maatschappij door fysieke dwang.³¹ Jakobs denkt hier onder meer aan wat ik eerder omschreef als risicostrafrecht, bijvoorbeeld de preventieve detentie van gevaarlijk geachte daders, zoals de tbs en de isd in Nederland.³²

Het vijandstrafrecht wordt primair gedreven door datgene dat de praktische bestrijding van de vijand vraagt – door noodzaak dus. Het is volgens Jakobs niet geheel verstoken van juridische normen, maar die zijn pragmatisch van aard. Een zekere terug-

30 Zie onder meer *Kamerstukken II 2019-20*, 29 911, nr. 281.

31 Jakobs (2010, p. 178) spreekt ook wel van “Sicherheitsstrafrecht”.

32 Volgens Prittwitz (2009, p. 169) is het vijandstrafrecht: “[...] die fatale und unbedingt abzulehnende Konsequenz eines Risikostrafrechts, das sich in die falsche Richtung entwickelt hat und weiterentwickelt [...]”

houdendheid kan bijvoorbeeld wenselijk worden geacht om latere verzoening met de vijand niet uit te sluiten. Het vijandstrafrecht is in feite een “beteugelde oorlog”, aldus Jakobs.³³ De vijand is een *gevaar* dat bestreden moet worden, niet een *medeburger* die op haar misdaad kan worden aangesproken.

Jakobs’ betrekkelijk rudimentair uitgewerkte notie van het vijandstrafrecht is – zoals ik al zei – sterk bekritiseerd. Niet in het minst omdat de theorie niet alleen beschrijvend is, maar omdat zij ook een normatieve component heeft.³⁴ Jakobs meent namelijk dat een beperkt en duidelijk van het burgerstrafrecht afgebakend vijandstrafrecht een legitieme plaats kan hebben in een liberaal-democratische rechtsorde, zij het dat hij kritisch is over de voortdurende uitbreiding ervan.³⁵

Deze laatste stelling houdt verband met de opvatting van Jakobs dat een rechtsorde niet een louter theoretische, normatieve constructie – een filosofische abstractie – kan zijn. Ordening – wat in dit verband een zeker minimum aan veiligheid

33 Jakobs 2004, p. 97, 101. De analyse van Jakobs vertoont in descriptieve zin een opmerkelijke verwantschap met die van Nagel. In zijn oratie (Nagel 1951) schetst Nagel een voortdurende dialectiek tussen humanisering en dehumanisering in het strafrecht. Ontmenselijking kan volgens hem plaatsvinden door de misdadiger als een vijand of een banneling te beschouwen. Anders dan Jakobs is Nagel uitsluitend kritisch over dehumaniserende tendenzen in het strafrecht.

34 Zie onder meer Greco 2010, p. 50-53; Van Sliedregt 2023, p. 17-18. Sommige auteurs betwijfelen de analytische waarde van het concept (Greco 2010, p. 53-56; Saliger 2006, p. 760-761; Sinn 2009, p. 239).

35 Jakobs 2004, p. 103-104.

betekent – moet ook feitelijk in de samenleving bestaan wil een rechtsorde geloofwaardig zijn.³⁶ Het burgerstrafrecht, zo interpreteer ik Jakobs, is in zekere zin een luxeproduct. Het kan niet bestaan zonder vijandstrafrecht om de feitelijke maatschappelijke orde die het burgerstrafrecht ten dele al *vooronderstelt* en waar het voor zijn geloofwaardigheid van afhankelijk is, daadwerkelijk te handhaven.³⁷

Jakobs geeft dus een verklaring voor de paradox die zich van meet af aan in het moderne strafrecht manifesteert en een theoretische rechtvaardiging voor de betrekkelijke normloosheid van het risicostrafrecht. Maar klopt zijn analyse wel?

36 Jakobs 2010, p. 170: “[...] für abstrakt gedachte Personen mag das Wissen genügen, nicht getötet werden zu *dürfen*; Subjekte benötigen zudem die Gewissheit, wahrscheinlich nicht getötet zu *werden*.” Zie ook Jakobs 2004, p. 97-101; 104-105.

37 Jakobs 2010, p. 181: “Eine Gesellschaft, die nicht in der Lage ist, ihre Feinde [...] kaltzustellen, geht unter, und wenn sie nicht untergeht, zeigt das, dass sie doch dazu in der Lage ist (auch wenn sie den Vorgang schamvoll anders benennt).” Een historische parallel dringt zich op. Vervaele (1990, p. 241-270) legt een verband tussen de crisis van het “klassiek liberalisme” en de opkomst van uitzonderingswetgeving in diverse Continentale landen in de tweede helft van de negentiende eeuw. Deze uitzonderingswetgeving voorzag onder meer in *Vorfeldkriminalisierung* en preventieve maatregelen om aan de toenmalige sociale en politieke onrust het hoofd te bieden. De idee dat de liberaal-democratische rechtsorde niet in staat is zichzelf te handhaven zonder daarbij haar eigen principes te loochenen, is een rechtsfilosofische *evergreen*. Vgl. bijvoorbeeld al Nietzsche 1967 [1889], p. 381-383. Het is een centraal thema in *The concept of liberal democratic law* van Van der Walt (Van der Walt 2020).

Kent noodzaak geen recht?

De meeste strafrechtjuristen zullen zich net als ikzelf aange-trokken voelen tot wat Jakobs het burgerstrafrecht noemt, met zijn klassieke rechtsbeginselen en traditie van rechtsbescher-ming tegen overheidsmacht. Hoewel ook het klassieke straf-recht – zoals we zagen – niet vrij is van antagonistische tegen-stellingen tussen burger en misdadiger.

Volgens Jakobs moeten we echter onder ogen zien dat de nor-male regels niet langer gelden in een situatie waarin de rechts-orde zich tegen een bedreiging moet verweren – of het nu gaat om ‘ondermijnende’ criminaliteit, terrorisme of gevaarlijke recidivisten. Hij beroept zich daarmee impliciet op het juridische adagium: *necessitas legem non habet*.³⁸ Deze uitdrukking is ech-ter dubbelzinnig. Zij kan volgens de rechtsfilosoof Agamben letterlijk worden vertaald als: ‘noodzaak kent geen recht’, maar ook worden geïnterpreteerd als: ‘noodzaak creëert haar eigen recht’.³⁹ In beide gevallen komt het erop neer dat in een nijpende situatie de gebruikelijke regels niet langer gelden, maar er is een verschil.

De laatste interpretatie – noodzaak creëert haar eigen recht – is die van Jakobs. Als de veiligheid van de samenleving op het spel staat, treedt volgens hem een ander juridisch kader in werking,

38 Vgl. Greco 2010, p. 39-40; Jakobs 2004, p. 100-101.

39 Agamben 2005, p. 24.

het vijandstrafrecht, dat de gebruikelijke rechtsstatelijke waarborgen grotendeels ontbeert.⁴⁰ Noodzaak creëert dus *eigen* recht. De beperkte normering van het hedendaagse risicostrafrecht maakt het mogelijk om te doen wat nodig is om de samenleving te beveiligen en de rechtsorde te beschermen tegen haar vijanden, die juist omdat zij buiten de rechtsorde vallen toch geen aanspraak kunnen maken op de rechtsbescherming waarop de burger een beroep kan doen.

De letterlijke vertaling van *necessitas legem non habet* – noodzaak kent geen recht – houdt volgens Agamben in dat in een specifieke uitzonderingssituatie het recht niet van toepassing is. Noodweer zou daarvan een voorbeeld kunnen zijn. Iemand die wordt aangevallen mag zichzelf verdedigen. Omdat de strafbaarstelling van mishandeling in dat geval ‘buiten toepassing’ blijft, zou een noodsituatie als deze volgens Agamben in deze beperkte betekenis geen recht kennen.⁴¹

Met die laatste interpretatie ben ik het niet eens. Iemand die zich verdedigt tegen een aanval van een ander mag inderdaad niet zomaar wegens mishandeling worden veroordeeld. Er kan sprake zijn geweest van noodweer. Degene die uit zelfverdedi-

40 Vgl. Agamben 2005, p. 29.

41 Vgl. Agamben 2005, p. 25: “What is at issue here is clearly not a *status* or situation of the juridical order as such (the state of exception or necessity); rather, in each instance it is a question of a particular case in which the *vis* and *ratio* of the law find no application.”

ging handelt heeft echter zeker geen vrij spel. De voorwaarden voor een geslaagd beroep op noodweer zijn betrekkelijk nauwkeurig genormeerd door wet en jurisprudentie. De wijze van verdediging moet bijvoorbeeld in een redelijke verhouding tot de aanval staan.⁴²

Ook de overheid mag afwijken van de gebruikelijke regels als dat noodzakelijk is. Volgens de Wet publieke gezondheid en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens mag de overheid bijvoorbeeld in het kader van de bestrijding van infectieziekten burgers in isolatie of quarantaine plaatsen. Maar ook dan is de overheid aan rechtsregels gebonden. De noodtoestand die een epidemie is, geeft haar niet de vrije hand.

Normering van het risicostrafrecht

Ik noemde noodweer en quarantaine niet toevallig als voorbeelden waarin noodzaak eigen rechtsregels creëert. Beide uitzonderingen op de gebruikelijke regels worden namelijk gebruikt als metaforen waarmee het risicostrafrecht zowel gerechtvaardigd als genormeerd kan worden.⁴³ De gedachte daarachter is

42 HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, r.o. 3.5.3. In dit overzichtsarrest zijn alle vereisten die gelden voor de beoordeling van een beroep op noodweer(exces) op een rij gezet. Zie ook De Hullu 2021, p. 305-327.

43 Zie voor de noodweermetafoor onder meer: Bleichrodt 2002, p. 134; Ferzan 2014, p. 521-523, voor de quarantainemetafoor: Caruso 2021, p. 184-228; Ligthart & Waal 2022. Beide metaforen zijn al zo oud als de Moderne Richting, die het strafrecht immers conceptualiseerde als verdediging van de maatschappij tegen misdad. Volgens bijvoorbeeld Von Liszt (1882, p. 5, 25) is het doel

dat de samenleving zich mag beschermen tegen gevaarlijke delinquenten, zoals eenieder zich mag verdedigen tegen een aanvaller. Of zoals de volksgezondheid beschermd mag worden door het opleggen van een quarantaineverplichting aan mensen die een besmettingsgevaar vormen. Maar dit impliceert ook dat we niet voor lief hoeven te nemen dat het risicostrafrecht naar zijn aard beperkt genormeerd is, zoals Jakobs ons wil doen geloven. Noodweer en quarantaine kennen immers vrij precieze regels.

De invulling die aan de normering van het risicostrafrecht moet worden gegeven, en de vraag hoever de noodweer- en quarantainemetaforen kunnen worden doorgetrokken,⁴⁴ wil ik vanmiddag niet centraal stellen. Het gaat in dat verband om vragen als welke beginselen normeren het risicostrafrecht, wat is de betekenis van fundamentele rechten in dat verband en hoe moeten de strafrechtelijke gevaarscriteria worden afgebakend?⁴⁵ Aan

van het strafrecht “Rechtsgüterschutz” en zijn gewoontemisdadigers “sozialen Krankheitserscheinungen”.

- 44 De noodweer- en quarantainemetaforen bieden op zichzelf interessante aanknopingspunten voor normering van het risicostrafrecht, maar preventie van recidive door middel van het strafrecht *is* niet handelen in geval van een ogenblikkelijke aanranding of ter bestrijding van een epidemie. Er is dus onvermijdelijk een punt waarop de metafoor mank gaat en niet langer behulpzaam is. Vgl. de bekende metafoor van Cardozo (*Berkey v. Third Avenue Railway*, 244 N.Y. 84, 94, 155 N.E. 58, 61 (N.Y. 1926): “Metaphors in law are to be narrowly watched, for starting as devices to liberate thought, they end often by enslaving it.”
- 45 Het werk van Zedner en Ashworth (Ashworth & Zedner 2014; Ashworth, Zedner & Tomlin (red.) 2013; Zedner & Ashworth 2019) is internationaal toonaangevend. Zie voor de Nederlandse discussie onder meer: Bijlsma 2021a; Bijlsma & Meynen 2023; De Jong 2021; Ligthart & Waal 2022; De Vries e.a. 2023; Waal & Ligthart 2023.

de nadere gedachtevorming op dit terrein zal ik in het kader van de Polak-leerstoel een bijdrage leveren. Ik noem ook graag de lopende promotieonderzoeken van Janneke van der Ham, Esther Nauta, Naomi van de Pol en Max de Vries.

Aangekomen bij het tweede deel van mijn betoog wil ik laten zien dat normering van het risicostrafrecht noodzakelijk is om dit zo sterk uitgedijde onderdeel van ons strafrecht beter in de democratische rechtsorde te integreren.

Het wederkerige rechtsbegrip

Daarvoor is het nodig om even terug te keren naar de eerste strafrechtelijke codificaties waarmee ik vanmiddag begon. De rechtsfilosofen Foqué en 't Hart hebben betoogd dat met deze codificaties een nieuw rechtsbegrip zijn intrede heeft gedaan. Een rechtsbegrip dat kenmerkend is voor de democratische rechtsstaat.

Onder het *ancien régime* had het recht het karakter van een bevel waarmee de vorst ongebreideld macht over zijn onderdanen kon uitoefenen.⁴⁶ Als het recht samenvalt met wat de soeverein zijn onderdanen beveelt, oefent deze zijn macht *eenzijdig* uit. Er is geen externe maatstaf om het bevel van de

⁴⁶ Foqué & 't Hart 1990, p. 79; 't Hart 1994, p. 210. In de rechtstheorie is de *command theory of law* uitgewerkt door Austin: Austin 1998 [1832].

machthebber op rechtmatigheid te toetsen. Van ‘recht’ zoals we dat tegenwoordig opvatten is eigenlijk geen sprake.

De eerste strafrechtelijke codificaties na de Franse Revolutie moesten een andere maatschappelijke ordening teweegbrengen. Een maatschappij waarin onderdanen niet het object zijn van eenzijdige machtsuitoefening van de absolute vorst, maar burgers – en hier in de betekenis van *citoyens* – die een mate van autonomie ten opzichte van de macht genieten.⁴⁷ De verhouding tussen overheid en rechtssubject is volgens Foqué en ‘t Hart wederkerig geworden, want zij wordt bepaald door rechten en verplichtingen die over en weer tussen burger en soeverein gelden.⁴⁸ In een democratische rechtsstaat staat het recht, in de woorden van de rechtsfilosoof Lefort, “buiten de macht”.⁴⁹

Het hedendaagse risicostrafrecht staat op gespannen voet met het wederkerige rechtsbegrip. Het is immers een weinig afgebakend, ‘rechtsarm’ terrein waarin een verdachte niet in de eerste plaats als autonoom burger tegemoet wordt getreden.⁵⁰

47 Dupont 1979, p. 51; Foqué & ‘t Hart 1990, p. 105-106; ‘t Hart 1994, p. 215-217; De Jong 2021; Lefort 2016b, p. 220-221; Pompe 1957, p. 91-92; Vervaele 1990, p. 87-91.

48 Foqué & ‘t Hart 1990, p. 39-110, 119-123, 328-330; ‘t Hart 1994, p. 209-217. ‘t Hart (1994, p. 210) spreekt over het recht als “relatiepatroon [...] waarin een omvattend structureel evenwicht tot uitdrukking komt waarbinnen de machtsuitoefening ingeperkt en gekanaliseerd kan worden.”

49 Lefort 2016, p. 217.

50 Een oud en vaak gehanteerd argument tegen (speciale) preventie in het strafrecht is dat de betrokkene niet als een autonoom burger wordt behandeld, maar als een object (Kant 1998 [1797], p. 155), wild dier (Hegel 2009 [1821],

Deze heeft de ge- en verboden die door de overheid worden gesteld op te volgen, maar kan slechts in beperkte mate een beroep doen op rechtsnormen die het optreden van de overheid normeren. Daarmee lijkt sprake te zijn van een althans gedeeltelijke terugval in het rechtsbegrip van recht als bevel van de soeverein.

't Hart heeft het wederkerige rechtsbegrip aan het einde van de twintigste eeuw geactualiseerd. Hij leunt daarbij sterk op het beeld van de mondige burger dat kenmerkend is voor de toenmalige verzorgingsstaat en dat wortelt in de “gezagscrisis” van de jaren zestig van de vorige eeuw.⁵¹ Het wederkerige rechtsbegrip is dus niet statisch, maar kan worden geherinterpreteerd naar gelang de maatschappelijke context verandert. Dat doet de vraag rijzen welke invulling het wederkerige rechtsbegrip in het hedendaagse risic strafrecht zou kunnen krijgen.

Burgerschap en autonomie

Tegenwoordig staat sterker dan aan het einde van de vorige eeuw het besef op de voorgrond dat een overtrokken nadruk op

p. 191) of *outlaw* (Duff 2000, p. 166). Polak (1947b, p. 234) associeert speciale preventie met “[...] de strijd tegen gevaarlijk gedierte, tegen de ‘vijand’ in de oorlog, tegen een krankzinnige aanrander, die moet worden neergeschoten.” Zoals ik verderop in de hoofdttekst betoog, heeft een te sterke nadruk op autonomie ook een keerzijde én is denkbaar dat in een speciaal-preventieve context aan autonomie een eigen betekenis moet worden toegekend.

⁵¹ 't Hart 1994, p. 235-265, 277-279. Vgl. Vervaele (1990, p. 7) voor het belang van de “socio-economische context” voor de analyse van “de rechtmatigheid en de doelmatigheid van de grondslagen van het strafrecht”.

de eigen verantwoordelijkheid van de burger tot hardvochtig en onrechtvaardig overheidsoptreden kan leiden. Zeker ook omdat de capaciteiten om zich in de hedendaagse samenleving staande te houden niet evenredig over de bevolking zijn verdeeld.⁵² In werkelijkheid voldoet op zijn best maar een deel van de samenleving aan het juridische ideaalbeeld van de autonome burger. Onder degenen die voor de strafrechter verschijnen is dit aandeel zonder meer kleiner. We zagen al dat dit ook de kritiek was van de Moderne Richting op het klassieke strafrecht, dat misdaad te veel als een vrije, rationele keuze zou beschouwen.

Als we de tijdsgeest volgen, bestaat dus aanleiding het beeld van de autonome burger enigszins te relativëren. De uiterste consequentie van een dergelijke relativering is echter dat aan een deel van de delinquenten burgerschap moet worden ontzegd en dat zij dus ook geen aanspraak meer kunnen maken op de rechtsbescherming die ‘volwaardige’ burgers toekomt. Dat zou dan weer een rechtvaardiging bieden voor het relatieve gebrek aan normering van het risicostrafrecht.

52 In algemene zin springt direct de toeslagenaffaire in het oog. In het rapport *Ongekend onrecht* (POK 2020) komt herhaaldelijk naar voren dat “goedwillende burgers” die gebruik maakten van de complexe toeslagenregeling hard werden afgerekend op een relatief kleine fout. Vooral de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR 2014; 2017) heeft in enkele rapporten benadrukt dat de overheid vaak te veel verwacht van burgers. Zie voor de strafrechtelijke context: Bijlsma 2020; De Jong 2020. Leo Polak (1947b, p. 225) heeft gewezen op de tendens in de strafrechtsfilosofie om van de delinquent een “volmaaktheid” te verwachten die het niet van de “brave burger” verwacht.

Jakobs trekt inderdaad die conclusie. Waar Foqué en 't Hart zonder onderscheid des persoons de delinquent *in abstracto* als een autonoom burger denken, heeft burgerschap bij Jakobs een sterke empirische component. Blijkt iemand de verantwoordelijkheid die met burgerschap gepaard gaat niet te kunnen dragen, bijvoorbeeld door steeds opnieuw strafbare feiten te plegen, dan verliest deze volgens Jakobs op den duur en al dan niet tijdelijk het recht om als burger te worden behandeld.⁵³

Een voorwaardelijk burgerschap dat een deel van de samenleving minder rechtsbescherming tegen de overheid biedt omdat zij niet over de voor volwaardig burgerschap benodigde capaciteiten beschikt, is niet verenigbaar met een liberaal-democratische rechtsorde.⁵⁴ Het zou immers in strijd zijn met het voor een democratische rechtsstaat fundamentele gelijkheidsbeginsel, dat voor de Nederlandse rechtsorde onder meer is neergelegd in artikel 1 van de Grondwet en artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Maar dat wil niet zeggen dat we er de ogen voor kunnen sluiten dát er in werkelijkheid vele factoren zijn die de autonomie van burgers beperken. Een hedendaagse invulling van het wederkerige rechtsbegrip moet hiervan rekenschap afleggen.

53 Jakobs 2004, p. 99-100, 104-106; 2010, p. 167-169.

54 Ambos 2009, p. 375-379; Duff 2011, p. 143-144; Greco 2010, p. 44-46; Mackor 2012, p. 9-11; Saliger 2006, p. 762. Vgl. Foqué & 't Hart 1990, p. 303-304.

Een voorbeeld: de ongevaarlijkheidspresumptie

Leo Polak zocht de grondslag van het strafrecht in de vergelding, hoewel hij erkende dat ook voorkomen van recidive een legitieme overheidstaak is, mits de uitoefening daarvan aan juridische banden wordt gelegd. Zijn waarschuwing dat speciale preventie “mateloos” kan zijn, is onverminderd actueel.

Voortbordurend op de gedachte van Polak dat speciale preventie waarborgen behoeft, heb ik vanmiddag betoogd dat het mogelijk én nodig is om het risicostrafrecht te normeren en zodoende te integreren in onze rechtsorde.

De noodzaak om recidive te voorkomen kan niet rechtvaardigen dat het risicostrafrecht zo beperkt is genormeerd als nu het geval is. Integratie van het risicostrafrecht in onze rechtsorde vraagt om de ontwikkeling van een wederkerige rechtsverhouding tussen overheid en burger. Een rechtsverhouding die gekenmerkt wordt door verplichtingen die over en weer gelden en waarin de burger haar autonomie jegens de overheid behoudt. Tegelijkertijd heb ik erop gewezen dat er niet aan voorbij kan worden gegaan dat er vele factoren zijn die de menselijke autonomie beperken.⁵⁵

⁵⁵ In dezelfde zin: De Jong 2021. Dit sluit ook aan bij Nagel (1956, p. 24-25), die opmerkt: “De Klassieke School stelt de mens principieel als mens, maar beperkt hem op juridische wijze tot iets onmenselijks. De Moderne Richting brengt een humaniserend réveil, maar beschouwt in haar uiterste consequentie de mens ook niet langer als mens. [...] Zij kwam namelijk tot een volstrekt onvrije, zedelijk niet meer verantwoordelijke dader, en dat is geen mens meer.” De dialectiek

Laat ik eindigen met een concreet voorbeeld waaruit blijkt hoe normering van het risicostrafrecht kan bijdragen aan het streven om het risicostrafrecht in de rechtsorde te integreren langs de lijnen die ik vanmiddag heb geschetst.

Een bekend beginsel uit het klassieke strafrecht is de onschuld-presumptie. De overheid mag iemand niet als schuldige behandelen als diens schuld niet buiten redelijke twijfel vaststaat. Eerder heb ik, geïnspireerd door Ashworth en Zedner, gepleit voor een risicostrafrechtelijke pendant van de onschuld-presumptie: een ongevaarlijkheidspresumptie.⁵⁶

De ongevaarlijkheidspresumptie houdt in dat alleen als voldoende krachtig bewijs van recidivegevaar is geleverd, iemand onderworpen mag worden aan preventieve sancties. De vooronderstelling dat iemand de autonomie kan dragen die van een burger mag worden verwacht, is dus niet onweerlegbaar, maar kan evenmin zomaar terzijde worden geschoven. Slechts bij voldoende bewijs van recidivegevaar is meer intensieve overheids-

tussen humanisering en dehumanisering beschouwt Nagel als kenmerkend voor het strafrecht.

56 Ashworth & Zedner 2014, p. 259; Bijlsma 2021a. Nab (2023, p. 56, 372-373) brengt de ongevaarlijkheidspresumptie terecht in verband met de klassieke, liberale strafrechtelijke beginselen en vraagt zich af of die buiten de strafrechtsgeleerdheid nog op enthousiaste reacties kunnen rekenen. Hij (Nab 2023, p. 386) duidt de ontwikkeling van het risicostrafrecht (in zijn onderzoek beperkt tot strafbaarstellingen in de voorfase) als een paradigmaverschuiving, “[...] waarbij het liberale perspectief over strafbaarheid in de voorfase het in toenemende mate aflegt tegen met name het communitaristische perspectief.” Dat is een interessante conclusie, die uitnodigt tot nadere gedachteswisseling.

bemoeienis met het persoonlijke leven van een burger, gericht op beheersing van dat risico, aanvaardbaar. Hoe sterk het bewijs daarvoor moet zijn en welke mate van gevaar welke vorm van preventief ingrijpen rechtvaardigt, is een vraag die openstaat voor discussie.⁵⁷

Op het moment dat de ongevaarlijkheidspresumptie is weerlegd, legitimeert dat op zichzelf ingrijpen dat de autonomie van de betrokkene beperkt en komt speciaal-preventief ingrijpen in beeld. Maar dat betekent niet dat de delinquent zijn status als burger verliest en dus evenmin dat hem iedere autonomie mag worden ontzegd. De veroordeelde is nooit met huid en haar aan de overheid overgeleverd.⁵⁸ Medisch getinte strafrechtelijke interventies die de kans op recidive kunnen verminderen door toediening van bepaalde medicatie, bijvoorbeeld libidoremmers aan zedendelinquenten, vereisen nog steeds de instemming van de veroordeelde, zoals ik samen met Sjors Ligthart heb betoogd.⁵⁹ Dat laat zien dat er ook in het risicostrafrecht grenzen zijn aan de bevoegdheid van de overheid om in het persoonlijke leven van delinquenten in te grijpen, maar het zijn wel grenzen die momenteel vaag zijn en die nader in kaart moeten worden gebracht.

57 Bijlsma & Meynen 2023; De Vries e.a. 2023.

58 Zie voor een schets van enkele ontwikkelingen in het sanctierecht die daarmee op gespannen voet staan: Bijlsma 2023.

59 Bijlsma & Ligthart 2022.

Het voorbeeld van de ongevaarlijkheidspresumptie toont aan dat door de ontwikkeling van normerende beginselen en concepten ook in het risicostrafrecht wederkerigheid kan worden gebracht in de verhouding tussen overheid en burger.

Ter afsluiting een geruststelling. Normering van het risicostrafrecht impliceert niet dat recidivecijfers ‘dus’ zullen stijgen. Verwerping van de luie gedachte dat noodzaak geen recht kent, berust op de idee dat het mogelijk is om in het recht te articuleren onder welke juridische voorwaarden speciaal-preventief ingrijpen toelaatbaar is. Het legitieme maatschappelijke belang om recidive te voorkomen is daarin per definitie verdisconteerd.

Afronding en dankwoord

Het is tijd om af te ronden. Vanmiddag heb ik in grote lijnen willen schetsen waarom normering van het risicostrafrecht zo belangrijk is. De vele vragen op het grensvlak tussen strafrecht, rechtsfilosofie en andere disciplines die ik slechts globaal aan heb kunnen stippen wil ik in het kader van de Polak-leerstoel nader onderzoeken, samen met mijn zeer gewaardeerde collega's hier in Groningen, maar ook in Utrecht en elders. In het bijzonder wil ik Anne Ruth Mackor en Gerben Meynen noemen, met wie ik al langere tijd op een stimulerende manier over dit

onderwerp en andere fundamentele vragen in het strafrecht van gedachten wissel.⁶⁰

Sinds kort staat het Groningse oratieprotocol een dankwoord toe van – ik citeer – “een paar zinnen”. Hoewel het ook hier niet om een heel duidelijke normering gaat, is helder dat ik mijzelf moet beperken. Er zijn vele collega’s met wie ik met veel plezier samenwerk en heb samengewerkt en die mij hebben gevormd als jurist en als academicus. Zometeen, op de receptie neem ik graag de kans te baat om jullie persoonlijk te bedanken. Daarop neem ik alvast één voorschot door Edwin Bleichrodt te noemen. Edwin: het is een voorrecht om in alle fases van mijn carrière tot nu toe met je te hebben mogen samenwerken. Ik heb veel van je geleerd.

Een speciaal woord van dank richt ik aan de Stichting Bijzondere Leerstoel Leo Polak. Juist een rechtsgebied als het strafrecht, dat vaak door de waan van de dag wordt geregeerd, is gebaat bij reflectie. Het is een eer daaraan bij te mogen dragen in het kader van een leerstoel die de naam van Leo Polak draagt.

Het College van Bestuur, de faculteit Rechtsgeleerdheid, de vakgroep Transboundary Legal Studies en de sectie Rechtsfilosofie

60 Ik dank hen, Sanne Boomsma en Max de Vries voor hun bereidheid om eerdere versies van deze oratie van commentaar te voorzien.

wil ik danken voor het vertrouwen en de warme ontvangst. Het is een groot genoegen om onderwijs te mogen geven en onderzoek te mogen doen aan mijn *alma mater*.

Graag wil ik mijn ouders – *heit* en *mem* – bedanken voor hun steun en betrokkenheid door de jaren heen.

Lieve Sanne, bij jou kan ik altijd terecht voor goede raad en met een reservering in een goed restaurant. Ik kijk uit naar nog heel veel jaren samen met onze lieve dochters. Wat mooi dat jullie hier vanmiddag vooraan zitten. Krijg je vrij van school, moet je naar een les van je vader luisteren. Het aardige van deze les is wel dat er na afloop een feestje is.

Ik heb gezegd.

Bibliografie

Agamben 2005

G. Agamben, *State of exception* (vert. K. Attell), Chicago / London: The University of Chicago Press 2005.

Ambos 2009

K. Ambos, 'Feindstrafrecht', in: T. Vormbaum (red.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Münster: LIT Verlag 2009, p. 345-381.

Ashworth & Zedner 2014

A. Ashworth & L. Zedner, *Preventive justice*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Ashworth, Zedner & Tomlin (red.) 2013

A. Ashworth, L. Zedner & P. Tomlin (red.), *Prevention and the limits of the criminal law*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Austin 1998 (1832)

J. Austin, *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*, Indianapolis / Cambridge: Hackett Publishing Company 1998.

Beccaria 2003 (1764)

C. Beccaria, *On crimes and punishments and other writings* (vert. R. Davies), Cambridge: Cambridge University Press.

Van Berkel 2005

K. van Berkel, *Academische illusies. De Groningse universiteit in een tijd van crisis, bezetting en herstel, 1930-1950*, Amsterdam: Bakker 2005.

Bijlsma 2020

J. Bijlsma, 'Eichmann, moreel oordelen en strafuitsluitingsgronden. De

gedeelde verantwoordelijkheid voor verantwoordelijkheid', *Strafblad* 2020, p. 176-184.

Bijlsma 2021a

J. Bijlsma, 'Het is tijd voor een ongevaarlijkheidspresumptie. Beschouwing naar aanleiding van J.H.B. Bemelmans, Totdat het tegendeel is bewezen', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2021, p. 81-92.

Bijlsma 2021b

J. Bijlsma, 'Twee concepten van psychische stoornis, twee maatstaven voor het bewijs ervan en twee ongelukkige wetswijzigingen', *Ars Aequi* 2021, p. 859-866.

Bijlsma 2023

J. Bijlsma, 'Integraal strafrecht? Over de grenzen van strafrechtelijk beleid', Blog van het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law 2023.

Bijlsma, Franken & Van Kampen 2022

J. Bijlsma, A.A. Franken & P.T.C. van Kampen, 'Altijd een komma, nooit een punt? Reclassering, toezicht en resocialisatie', in: *De repressieve samenleving. Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief* (preadviezen Nederlandse Juristenvereniging), Amsterdam: Wolters Kluwer 2022, p. 191-274.

Bijlsma & Ligthart 2022

J. Bijlsma & S.L.T.J. Ligthart, 'Medische interventies ter preventie van recidive. Over vrijwilligheid en de houdbaarheid van het onderscheid tussen drang en dwang', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2022, p. 41-52.

Bijlsma & Meynen 2023

J. Bijlsma & G. Meynen, 'Aannemelijkheid van strafuitsluitingsgronden en

sanctievoorwaarden. Welke mate van onzekerheid is aanvaardbaar?',
Rechtsgeleerd Magazijn Themis 2023, p. 268-276.

Bleichrodt 2002

F.W. Bleichrodt, 'Het strafrechtelijk sanctiestelsel in de revisie', in:
Herziening van het sanctiestelsel (preadviezen Nederlandse
Juristenvereniging), Deventer: Kluwer 2002.

Bleichrodt 2019

F.W. Bleichrodt, 'Vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming in het
Nederlands strafrechtelijk Sanctierecht', in: *Preadviezen 2018*.
*Burgerparticipatie in constitutioneel perspectief. Vrijheidsbeneming en vrij-
heidsbeperking in het strafrecht. Partij-autonomie in het goederenrecht*
(preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België
en Nederland), p. 153-188.

Caruso 2021

G.D. Caruso, *Rejecting retributivism. Free will, punishment, and criminal
justice*, Cambridge / New York: Cambridge University Press 2021.

Duff 2000

R.A. Duff, *Punishment, communication, community*, Oxford: Oxford
University Press 2000.

Duff 2011

R.A. Duff, 'Responsibility, citizenship, and criminal law', in: R.A. Duff & S.P.
Green (red.), *Philosophical foundations of criminal law*, Oxford / New York:
Oxford University Press 2011, p. 125-148.

Dupont 1979

L. Dupont, *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling. Bijdrage tot*

- grondslagenonderzoek van het strafrecht* (diss. Leuven), Antwerpen: Kluwer 1979.
- Ferzan 2014
K.K. Ferzan, 'Preventive justice and the presumption of innocence', *Criminal Law and Philosophy* 2014, 505-525.
- Foqué & 't Hart 1990
R.M.G.E. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990.
- Foucault 2007
M. Foucault, *Discipline, toezicht en straf. De geboorte van de gevangenis* (vert. Vertalerscollectief Historische Uitgeverij), Groningen: Historische Uitgeverij 2007.
- Garofalo 1890
R. Garofalo, *La criminologie. Etude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Parijs: Félix Alcan 1890.
- Greco 2010
L. Greco, *Feindstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos 2010.
- 't Hart 1994
A.C. 't Hart, *Openbaar ministerie en rechtshandhaving. Een verkenning*, Arnhem: Gouda Quint 1994.
- Hegel 2019 [1821]
G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie der Rechts*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 2019 [1821].
- De Hullu 2021
J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechte-*

- lijke aansprakelijkheid naar Nederlandse recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.
- Jakobs 2004
G. Jakobs, 'Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht', *Ritsumeikan Law Review* 2004, p. 93-107.
- Jakobs 2010
G. Jakobs, 'Zur Theorie des Feindstrafrechts', in: H. Rosenau & S. Kim (red.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit. Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog. Band 7*, Peter Lang / Internationaler Verlag der Wissenschaften 2010, p. 167-182.
- De Jong 2020
F. de Jong, 'Schuld en de Ander: pleidooi voor een herwaardering van de binnenzijde van het strafrechtelijke schuldbegrip', *Delikt en Delinkwent* 2020, p. 337-356.
- De Jong 2021
F. de Jong, 'Het mensbeeld in het risicostrafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2021, p. 683-693.
- Kant 1998 (1797)
I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Hamburg: Felix Meiner Verlag 1998.
- Van der Landen 1992
D. van der Landen, *Strafen maatregel. Een onderzoek naar het onderscheid tussen strafen maatregel in het strafrecht* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Lefort 2016

C. Lefort, 'Mensenrechten en politiek', in: C. Lefort, *Wat is politiek?* (vert. P. van de Wiel & B. Verheijen), Amsterdam: Boom 2016, p. 195-243.

Ligthart & Waal 2022

S.L.T.J. Ligthart & J. Waal, 'Normering van het risic strafrecht. Over retributie en het "Quarantaine-model"', *Delikt en Delinkwent* 2023, p. 688-707.

Von Liszt 1882

F.E. von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Marburg: C.L. Pfeil 1882.

Lochré 1831

M. Lochré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France. Tome XXIX. Code Pénal*, Parijs : Treuttel et Würtz 1831.

Mackor 2012

A.R. Mackor, 'Strafrecht en liberalisme', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2012, p. 5-11.

Meijer 2022

S. Meijer, *In al haar facetten. Over de betekenis van resocialisatie* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit 2022.

Nab 2023

E.A.J. Nab, *Grenzen van het strafrecht in de voorfase. Over uiteenlopende interpretaties van de grondbeginselen van het strafrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Nagel 1951

W.H. Nagel, *Het strafrecht en de onmens* (diss. Leiden), Den Haag: Bert Bakker 1951.

Nietzsche 1967 [1889]

F. Nietzsche, 'Götzen-Dämmerung, oder wie man mit dem Hammer philosophiert', in: *Werke in zwei Bänden. Band II*, München: Carl Hanser Verlag 1967, p. 323-397.

Van der Poel 2016

S. van der Poel, 'Euthymia bleibt uns', in: K. van Berkel & S. van der Poel (red.), *Nieuw licht op Leo Polak (1880-1941). Filosoof van het vrije denken*, Hilversum: Verloren 2016, p. 139-168.

POK 2020

Ongekend onrecht (verslag Parlementaire Ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag), Tweede Kamer der Staten-Generaal 2020.

Polak 1947a

L. Polak, *De zin der vergelding I*, Amsterdam: G.A. van Oorschot 1947.

Polak 1947b

L. Polak, *De zin der vergelding II*, Amsterdam: G.A. van Oorschot 1947.

Polak 1947c

L. Polak, 'Over de verhouding van straf- en preventiemaatregelen', in: *Verspreide geschriften II*, Amsterdam: G.A. van Oorschot 1947.

Pompe 1957

W.P.J. Pompe, 'De Mens in het strafrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1957, p. 88-109.

Prittwitz 2009

C. Prittwitz, "Feindstrafrecht" als Konsequenz des "Risikostrafrechts", in: T. Vormbaum (red.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Münster: LIT Verlag 2009, p. 169-180.

Pulitanò 2009

D. Pulitanò, 'Feindstrafrecht zwischen Beschreibung und Ideologie', in:
T. Vormbaum (red.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Münster: LIT Verlag 2009,
p. 269-277.

Remmelink 1969

J. Remmelink, 'De wetenschappelijke betekenis van Leo Polak voor het
strafrecht', in: *Over Leo Polak*, Amsterdam: Athenaeum – Polak & Van
Gennip 1969, p. 31-56.

Rousseau 2015 (1762)

J.J. Rousseau, *Du contrat social*, Ligarán 2015.

Saliger 2006

F. Saliger, 'Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?',
Juristenzeitung 2006, p. 752-762.

Sinn 2009

A. Sinn, 'Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feind-
strafrecht?', in: T. Vormbaum (red.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Münster:
LIT Verlag 2009, p. 221-243.

Van Sliedregt 2023

E. van Sliedregt, *Uitzonderlijk strafrecht* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg
University 2023.

Van der Stroom 2018

G. van der Stroom, *J.M.N. Kapteyn en Leo Polak, en Ludwig Erich Schmitt:
dubbeltvoudig verraad en overmoed aan de Rijksuniversiteit Groningen tijdens
de Duitse bezetting (1940-1942)*, Amsterdam: Stichting Neerlandistiek VU
2018.

Struijck & Van der Wolf 2018

S. Struijck & M.J.F. van der Wolf, 'Gevaarscriteria in het strafrechtelijk sanctierecht: een risicovol ratjetoe?', *Ars Aequi* 2018, p. 938-947.

Vervaele 1990

J. Vervaele, *Rechtsstaat en recht tot straffen. Van klassiek rechtsindividualisme naar sociaal rechtsdenken. Een strafrechtsvergelijkend grondslagenonderzoek*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Ten Voorde 2016

J.M. ten Voorde, 'Polak over de zin der vergelding', in: K. van Berkel & S. van der Poel (red.), *Nieuw licht op Leo Polak (1880-1941). Filosoof van het vrije denken*, Hilversum: Verloren 2016, p. 15-36.

Ten Voorde 2023

J.M. ten Voorde, *Democratie als strafrechtelijk te beschermen belang* (oratie Leiden), Den Haag: Boom 2023.

Vormbaum (red.) 2009

T. Vormbaum (red.), *Kritik des Feindstrafrechts*, Münster: LIT Verlag 2009.

De Vries e.a. 2023

G.M. de Vries, J. Bijlsma, A.R. Mackor & G. Meynen, 'Het vereiste gevaar voor tbs: analyse en beschouwing', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2023, p. 208-224.

Waal & Ligthart 2023

J. Waal & S.L.T.J. Ligthart, 'Over de empirie van gevaar en de normativiteit van schuld. Een kritiek op het risicostrafrecht gerelativeerd', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2023, p. 316-328.

Van der Walt 2020

J. van der Walt, *The concept of liberal democratic law*, New York: Routledge 2020.

WRR 2014

Met kennis van gedrag beleid maken (rapport Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid), Amsterdam: Amsterdam University Press 2014.

WRR 2017

Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op zelfredzaamheid (rapport Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid), Den Haag: WRR 2017.

Zedner & Ashworth 2019

L. Zedner & A. Ashworth, 'The rise and restraint of the preventive state', *Annual Review of Criminology* 2019, p. 429-450.



Johannes Bijlsma is bijzonder hoogleraar strafrechtsfilosofie (leerstoel Leo Polak) aan de Rijksuniversiteit Groningen en universitair hoofddocent strafrecht aan de Universiteit Utrecht.

