

1 De sociale constructie van criminaliteit

Chrisje Brants

Juristen bestuderen, interpreteren en waarderen het recht vanuit een normatief standpunt, terwijl criminologen juist focussen op de empirische bestudering van criminaliteit – de inleiding van dit boek wees daar al op. Dat is alleszins legitiem. Maar het betekent wel dat men soms in beide disciplines aspecten van sociaal-politieke aard van zowel recht als criminaliteit, en de verhouding tussen beide, uit het oog verliest. Als we echter afstand nemen van de zelf-gestelde disciplinaire grenzen, dan wordt duidelijk dat zowel criminologen als juristen zich vanuit verschillende invalshoeken veelal met hetzelfde bezighouden: criminalisering en de gevolgen daarvan (zie ook Lacey, 2002: 282). Criminalisering kan worden beschouwd als een sociaal-politiek proces waarvan het recht essentieel deel uitmaakt, waarbij criminaliteit niet een gegeven is maar een ‘geconstrueerde werkelijkheid’. In dit hoofdstuk gaat het om de mogelijkheden die deze zogenoemde sociale constructie-benadering biedt om strafrecht en criminaliteit in hun onderlinge samenhang te bezien.

Wat betekent het als we over ‘geconstrueerde werkelijkheid’ praten? In het dagelijkse leven ervaren we verschijnselen om ons heen die we voor de werkelijkheid houden. Of anderen die net zo ervaren, kunnen we niet met zekerheid weten – dat speelt zich immers af in eenieders hoofd. Zelfs of er zoiets *is* als de werkelijkheid en wat dat dan is, zijn kwesties waar wetenschappers en filosofen zich al eeuwen over buigen. Toch zouden communicatie, interactie en sociale ordening onmogelijk worden door dergelijke onzekerheden. In de praktijk van het maatschappelijke leven en in het dagelijkse spraakgebruik gaan we er dan ook gemakshalve van uit dat iedereen wel weet waar een ander het over heeft. Zo worden fenomenen benoemd en krijgen zij binnen de eigen sociaal-culturele context een bepaalde betekenis, die onwillekeurig associaties, verwachtingen, normatieve oordelen en consequenties impliceert (*connotaties*). Dat is doorgaans zo vanzelfsprekend dat we ons

niet eens ervan bewust zijn dat er een sociaal definiëringsproces aan ten grondslag ligt.

Zo bepalen fysieke, kennelijk objectieve kenmerken in eerste instantie de betekenis van wat wij ‘man’ of ‘vrouw’ noemen; we staan daar verder niet bij stil. En we denken ook niet na over de verwachtingen en associaties die vanzelfsprekend met die kenmerken verbonden lijken te zijn – totdat we met mannen en vrouwen in aanraking komen die zich daar niet naar gedragen, bijvoorbeeld omdat ze homoseksueel zijn.

Homoseksualiteit past niet in het gebruikelijke onderscheid – de definitie van man of vrouw met alle connotaties van dien – dat opgaat voor de meerderheid van mensen, dat ‘normaal’ is. Omdat hier van het ‘normale’ wordt afgeweken, is er een potentieel probleem. Maar of dat ook als probleem wordt ervaren hangt er weer van af of het ook als ‘probleem’ wordt gedefinieerd. Vanaf de middeleeuwen werd homoseksualiteit (toen in de betekenis van geslachtsverkeer tussen mannen – sodomie) als immorele aberratie – want een zonde tegen Gods woord – beschouwd en meestal met de dood bestraft, ook in Nederland (de laatste terechtstelling vond plaats in Schiedam in 1803). Dat is in sommige landen en culturen nog steeds zo (denk aan de ophef over de openbare terechtstelling van homoseksuele mannen in Iran). In veel Europese landen (maar niet in Pruisen en Engeland) werd in het kielzog van de Franse Revolutie de strafbaarstelling van homoseksualiteit als zodanig afgeschaft, zij het dat in Nederland homoseksuelen nog altijd werden vervolgd wegens schennis van de openbare eerbaarheid. Met de Zedelijkheidswet van 1911 werd homoseksueel contact tussen een meerderjarige en een minderjarige onder de 21 jaar zelfs weer strafbaar gesteld. Op basis van artikel 248bis Wetboek van Strafrecht (Sr) zijn tot de jaren zeventig van de vorige eeuw duizenden mannen vervolgd. De seksuele revolutie bracht hierin verandering: 248bis Sr werd in 1971 weer afgeschaft zodat de minimumleeftijd voor homoseksuele contacten gelijk werd met die voor heteroseksueel contact (16 jaar), en in 1989 zelfs werd verlaagd tot 12 jaar. Sinds 2002 geldt weer 16 jaar (als reactie op de maatschappelijke bezorgdheid over seksueel misbruik van kinderen).

Onder andere als gevolg van de emancipatiebeweging onder homoseksuelen wordt tegenwoordig in Nederland aanvaard dat het gewoon een ‘feit’ is, en dus ‘normaal’, dat er mensen zijn die wat seksuele voorkeur betreft anders zijn dan de meerderheid – althans als het om volwassenen gaat, kinderen en dieren is een andere kwestie. Dat wil overigens niet zeggen dat iedereen er zo over denkt. Ook binnen Nederland zijn er nog altijd groeperingen die op religieuze en/of morele gronden, of ‘gewoon’ omdat het ‘anders’ is, homoseksualiteit als abnormaal afwijzen en slecht of immoreel vinden; discriminatie van homoseksuelen, hoewel wettelijk verboden, is zeker niet voorbij. Dat heeft consequenties. Er zijn dan geen negatieve juridische gevol-

gen (meer) verbonden aan homoseksualiteit, maar in de informele sfeer kan dat wel degelijk nog het geval zijn.¹

Het voorbeeld van homoseksualiteit maakt een aantal dingen duidelijk. Ten eerste dat zelfs de meest vanzelfsprekende betekenisgeving niet sluitend is, omdat betekenissen het gevolg zijn van processen van definiëring (vgl. Grijsen, 2013: hfdst. 4). Ten tweede dat sommige verschijnselen als probleem worden gedefinieerd, omdat zij, of de (vermeende) gevolgen ervan, als schadelijk, slecht of immoreel worden ervaren; en daaruit vloeit voort dat definities zowel feitelijke als normatieve componenten kunnen hebben. Ten derde dat de uitkomst van dit proces afhankelijk is van wat dominante opvattingen binnen een samenleving of cultuur zijn. Ten vierde dat hier van een dynamisch proces sprake is: opvattingen en dus ook betekenissen zijn niet overal en altijd hetzelfde, maar zijn historisch, politiek en sociaal-cultureel bepaald: ze verschillen naar tijd en plaats en kunnen zich wijzigen. En ten slotte dat de definiëring van 'problemen' politieke en maatschappelijke gevolgen heeft: problemen vragen om een oplossing en die wordt vaak van de politiek verwacht.

Wat die gevolgen zijn, hangt af van hoe het probleem is gedefinieerd, want dat bepaalt ook welke oplossing geëigend wordt bevonden. Ziekte vraagt om medisch ingrijpen, slecht of immoreel gedrag om sancties om duidelijk te maken dat we het niet tolereren, om degene die het vertoont dat te laten voelen en, hopelijk, tot inkeer te brengen. Maar zo eenvoudig ligt het niet, omdat lang niet altijd duidelijk is of we met feiten of normen te maken hebben, en dat maakt wel wat uit voor de oplossing: de verslaafde drugsgebruiker die geld voor zijn verslaving bij elkaar steelt, is die ziek of slecht of misschien wel allebei? De naam die we aan zulke verslaafden geven – 'junks' – verradt in elk geval dat we ze niet veel waard vinden.

De sociale constructiebenadering

In de wetenschap wordt gebruikgemaakt van deze manier van kijken naar de werkelijkheid om te begrijpen hoe processen van definiëring verlopen, hoe probleemdefinities worden geconstrueerd. Sommigen spreken van sociale constructietheorie, maar dat is strikt gesproken niet juist. Eerder is sprake van een werkelijkheidsopvatting die zijn wortels heeft in de sociale wetenschappen, vooral vanaf de jaren dertig en in het bijzonder in het symbolisch interactionisme. Vanaf de jaren vijftig vond het symbolisch interactionisme steeds meer toepassing in de criminologie.² Symbolisch interactionisten houden zich bezig met de manier waarop, in interactie en taal, mensen de werkelijkheid ervaren, interpreteren en betekenis geven. Oorspron-

1 Zie over de veranderingen in de sociale constructie van homoseksualiteit in Nederland: Hekma (2004) en Van der Meer (1995).

2 Zie bijvoorbeeld Mead (1934), en voor een vroeg voorbeeld van toepassing in de criminologie, Tannenbaum (1938); voor een beroemde latere criminologische studie: Becker (1963).

kelijk was er minder oog voor de structurele politieke en juridische kaders waarbinnen die processen zich voltrekken (Brants & Brants, 1991: 19). Vanaf de jaren zeventig worden die wel in onderzoek betrokken om de sociale constructie van allerhande fenomenen te analyseren.³

Uitgangspunten

Het overkoepelende uitgangspunt van de sociale constructiebenadering is dat wat in een samenleving als vanzelfsprekende werkelijkheid geldt, een kwestie is van definitie. Hoewel verschijnselen, gedrag en mensen wel objectieve kenmerken hebben, is de betekenis ervan niet een inherent, objectief gegeven: hoe mensen de wereld begrijpen en in taal verwoorden komt tot stand in interactieprocessen van definiëring van de fenomenen die zij waarnemen en ervaren. Vervolgens verbinden zij gevolgen aan die definities, die bepalen hoe met het fenomeen wordt omgegaan. Dat is al vele decennia geleden verwoord in een bekend aforisme: *If men define situations as real, they are real in their consequences.*⁴ Als drugsverslaving als ziekte wordt opgevat (en de randverschijnselen als het onvermijdelijke gevolg daarvan), zal de junk worden behandeld; focussen we vooral op de randverschijnselen – het stelen, de overlast, de criminaliteit dus – dan is een justitiële oplossing veel eerder aan de orde en komt de junk in de opvang van stelselmatige daders terecht.

Dat de drugsverslaafde als óf ziek óf crimineel kan worden gedefinieerd laat tevens zien dat, omdat het onmogelijk is de hele wereld te begrijpen, mensen speciale kaders – *frames* – hanteren om interpretatie en begrip te vergemakkelijken. Die kaders omvatten niet alle aspecten van de verschijnselen om ons heen, alleen bepaalde die we het belangrijkste vinden en die dan ook centraal in de associatie, interpretatie en betekenisgeving komen te staan. Dit proces wordt *framing* genoemd.⁵ Wanneer verschijnselen in een bepaald frame worden gezet, worden daarmee sommige aspecten ervan belicht en andere letterlijk buiten beeld gelaten. Het proces van framing is vergelijkbaar met het vergroten en inlijsten van een deel van een foto – de rest doet dan niet meer ter zake. Maar net als bij de foto is wat overblijft sterk uitvergroet – en het enige wat men nog ziet.

3 Zie Hacking (1999: 1), die een opsomming geeft van boeken waarin uiteenlopende fenomenen – van gevaar tot Zulu-nationalisme – vanuit een sociale constructieperspectief zijn geanalyseerd. Specifiek over de sociale constructie van (sommige vormen van) criminaliteit, bijvoorbeeld: Cohen (1972), over de criminalisering van jeugdrelen; Hall e.a., (1982), over de sociale constructie van straatroof; Jenkins (1994), over de constructie van de ‘seriemoordenaar’.

4 Het zogenoemde Thomas-theorema: Thomas, 1928: 584.

5 ‘People select some aspects of a perceived reality and make them more salient in a communicating text, in such a way as to promote a particular problem definition, moral evaluation, and/or treatment recommendation’ (Entman, 1993: 52).

Het definiëren van fenomenen en het verbinden van conclusies aan zo'n definitie is niet iets dat mensen in hun eentje doen. Het gaat hier om interactieve, zichzelf versterkende *sociale* processen, die onderhevig zijn aan allerlei maatschappelijke en politieke invloeden, en daar zijn weer allerlei instituties, groepen en andere mensen bij betrokken. Interactieprocessen zijn bovendien dynamisch: niet alleen kunnen de betekenissen die er het resultaat van zijn, zich wijzigen al naar gelang de politieke en sociale omstandigheden en het tijdsgewricht, maar de verschillende elementen ervan beïnvloeden elkaar over en weer. Hoe vaker en hoe aansprekender een verschijnsel op een bepaalde wijze wordt gedefinieerd, des te meer zal die definitie door anderen worden overgenomen en des te dichter komt de betekenis in de buurt van het vanzelfsprekende. Iedereen maakt gebruik van frames in het dagelijkse leven om zin te geven aan wat zij waarnemen en beleven. Zien wij een buitengewoon zwaarlijvige man op straat een dubbele zak patat met mayonaise verorberen, dan is de kans groot dat wij dit verschijnsel in termen van (on)gezondheid framen, omdat de boodschap van de medische wetenschap: 'obesitas is ongezond en patat bevordert obesitas', tegenwoordig zo prominent in de publiciteit aanwezig is, dat zij min of meer voor vanzelfsprekend wordt gehouden. Betekenisgeving binnen frames maakt dus niet alleen associaties mogelijk, maar ook causale interpretaties en normatieve oordelen, die eveneens in definities zijn geïmpliceerd en die zowel gedrag als mensen kunnen betreffen. In ons voorbeeld zullen wij vermoedelijk de conclusie trekken dat de dikke man dom of eigenwijs is, of over te weinig wilskracht beschikt; we zien niet gewoon iemand die trek heeft. Is twee jaar achter elkaar de zomer bijzonder nat, dan associëren wij dat waarschijnlijk met, en schrijven het ook toe aan, klimaatsverandering. Daarover berichten de media bijna dagelijks, onder aanhaling van wetenschappelijke onderzoekers en politici. Dat je in een land met een zeeklimaat ook grote kans maakt op gewoon een paar jaar pech, verdwijnt dan uit beeld. Met andere woorden: door het frame benadrukken we bepaalde aspecten en causale verbanden, en sluiten andere uit.

Over velden, actoren en definitiemacht

De sociale, culturele en politieke structuren waarin definitieprocessen zijn ingebed worden *velden* genoemd. Daarop zijn groepen en mensen (*actoren*) actief. Maar niet iedereen heeft evenveel macht om fenomenen succesvol in een bepaald frame neer te zetten en daarmee betekenis te geven (*definitiemacht*). Of actoren definitiemacht hebben, hoe ze die gebruiken, en waarom ze dat doen, hangt af van het veld waarop ze zich bevinden, hun positie daarbinnen en het belang en de mogelijkheid die zij hebben hún definitie, hun kijk op de werkelijkheid, gezaghebbend te communiceren.

De medische wereld, met alle daaraan verbonden instituties zoals ziekenhuizen, medische faculteiten, het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, vormt zo'n veld waar framing in deze zin plaatsvindt, en waar bepaalde mensen zoals artsen, medische wetenschappers en politici veel definitiemacht hebben. Het recht en zijn instituties (ministeries, politie, Openbaar Ministerie en rechterlijke macht, de

advocatuur, juridische faculteiten) vormen een ander veld: het juridische. Beide velden hebben ook nauwe relaties met politiek – het veld bij uitstek waarvan verwacht wordt dat er oplossingen voor problemen worden gegenereerd. Weer een ander veld dat verder van de politiek afstaat (hoewel in Nederland niet helemaal), wordt gevormd door religie en haar institutionele vormgeving. De medische wereld geeft betekenis aan ziek zijn (inclusief wanneer we daar zelf schuld aan hebben – denk aan alcoholisme, aan door roken veroorzaakte kankers – waarmee aan een kennelijk feitelijk gegeven ook normatieve oordelen kunnen kleven). Het recht bepaalt bijvoorbeeld wanneer gedrag voor zo onmaatschappelijk en onbetamelijk moet worden gehouden dat de rechter het onrechtmatige daad kan noemen en er consequenties aan kan verbinden. Religieuze instituten dragen een bepaalde visie op de wereld uit die voorschrijft hoe mensen zich moreel ten opzichte van elkaar en van de godheid of godheden waarin men gelooft, dienen te verhouden, en ook zij verbinden negatieve consequenties aan het niet voldoen aan die voorschriften.

Van sommige actoren is de definitiemacht bij voorbaat al groter dan die van anderen, omdat zij zich al op belangrijke velden bewegen. Tussen actoren die eerst toegang tot zo'n veld moeten verkrijgen, zoals belangengroepen, zijn er ook machtsverschillen al naar gelang het belang dat zij vertegenwoordigen, de mate waarin dat weerklank vindt in de politiek en/of in de samenleving in het algemeen, en de mate waarin zij meer machtige actoren (gaandeweg) aan hun zijde vinden. In principe hebben actoren die een verschijnsel voor het eerst in termen van een bepaald maatschappelijk probleem aan de orde stellen een streepje voor: zij zijn als het ware eigenaar van het probleem. Dit wordt *problem ownership* of *issue ownership* en/of *moral entrepreneurship* genoemd.⁶ bepaalde actoren weten daarmee de agenda van de definitiestrijd en het frame te bepalen. Zulke actoren zijn zogenoemde *primary definers*. Taal en talige symbolen zijn doorslaggevend bij het definiëren van problemen, omdat daarmee aan algemeen in de samenleving gedeelde betekenisgeving kan worden gerefereerd. Analogieën en zogenoemde *gecondenseerde symbolen* spelen daarin een belangrijke rol (Weaver, 2007: 143). Gecondenseerde symbolen zijn metaforen of beelden die symbool staan voor een onderliggend, veel groter en minder makkelijk te vatten en op te lossen probleem en het in een herkenbaar kader zetten. Zij impliceren dus een bepaalde betekenis en daarmee ook een bepaalde oplossing.⁷ Zo vormen de beelden van de zielige ijsbeer die alleen nog

6 Probleemeigenaar en morele ondernemer kunnen samenvallen maar dat hoeft niet. Zo kan een belangengroep een probleem aan de orde stellen waarna bijvoorbeeld een journalist zich als morele entrepreneur opwerpt door de groep te vertegenwoordigen en hun definitie en gewenste oplossing van het probleem te bevorderen. Peter R. de Vries, die zich als journalist inzet voor bijvoorbeeld slachtoffers van misdrijven of onterecht veroordeelden is een voorbeeld van zo'n figuur, ook wel morele kruisridder of *moral crusader* genoemd.

7 Voor sociologische studies over de sociale definiëring van problemen zie bijvoorbeeld Becker (1966) en Spector & Kitsuse (1977). Voor onderzoek naar de wijze waarop een

maar open water voor zich heeft en almaar moet doorzwemmen, een krachtig symbool voor smeltend poolijs en klimaatsverandering.

De succesvolle uitoefening van definitiemacht hangt af van de vraag in hoeverre het mogelijk is een bepaalde definitie van een fenomeen, of frame waarbinnen het moet worden geplaatst, zodanig in het publieke debat te krijgen dat die daarin gaat overheersen en de betekenis van het verschijnsel vanzelfsprekend wordt. Op sommige velden is die mogelijkheid als het ware ingebakken: de preek van de dominee, de uitleg van geloofswetten door rabbijn of imam. Maar ook het recht heeft zulke mogelijkheden in publiekelijk toegankelijke wetten en rechtspraak, evenals de politiek met zijn publieke debatten. Niet alle definities van eenzelfde fenomeen komen echter overeen en niet alle velden, of actoren die zich daarbinnen bevinden, zijn even machtig. Denk aan het voorbeeld van homoseksualiteit in Nederland: binnen de Islam en sommige Christelijke kerkgenootschappen wordt homoseksualiteit voor abnormaal, immoreel en strafwaardig gehouden. Deze visie van religieuze minderheden met vooral naar binnen gerichte communicatiemogelijkheden, kwam ooit overeen met heersende opvattingen, niet in de laatste plaats omdat religie toen een veel belangrijker rol in het dagelijkse leven speelde. Nu druist zij daar lijnrecht tegenin, en in elk geval tegen de visie van de wetgever, die zich op normen van persoonlijke vrijheid, integriteit en waardigheid baseert en homoseksualiteit in dat kader plaatst – en wiens communicatie daarover tegenwoordig een veel breder bereik heeft.

Als in de samenleving geen consensus bestaat over hoe een verschijnsel moet worden gedefinieerd en geïnterpreteerd, en dus ook niet over de gevolgen die daaraan moeten worden verbonden, ontstaat strijd daarover. In het voorbeeld van homoseksualiteit zien we zo'n *definitiestrijd*: de betekenisgeving door machtige actoren op de machtige velden van een seculiere meerderheid (door politiek en overheid vertegenwoordigd) heeft geprevaleerd boven die van religieuze minderheden, en is uiteindelijk dominant geworden. Er zijn veel van zulke kwesties waarin morele en normatieve opvattingen uiteenlopen, definities van fenomenen verschillen en de strijd over welke definitie de 'juiste' is publiekelijk wordt 'uitgevochten'. In de huidige maatschappij, gekenmerkt door een overvloed aan informatie waarop specialisten het monopolie hebben, zijn de meeste mensen afhankelijk van de massamedia voor informatie en uitleg. Zonder media begrijpen wij de boodschap van de medicus niet, die van de klimaatdeskundige evenmin, en blijven wetten en rechtspraak onduidelijk. Toegang tot die media wordt daarmee bepalend voor het uitoefenen van definitiemacht.

De media geven publiekelijk betekenis aan fenomenen – gebeurtenissen, gedrag, personen – en ook zij doen dat door middel van selectie, framing en het gebruik

specifiek fenomeen – i.c. kindermisbruik – van onzichtbaar 'non-probleem' tot (criminaliteits)probleem werd gedefinieerd: Pfohl (1977).

van gecondenseerde symbolen. Journalisten selecteren informatie waarvan zij menen dat die van belang is voor het publiek, en maken verschijnselen begrijpelijk door ze in een bepaald, voor het publiek herkenbaar kader te zetten. De media spelen daarom zowel een faciliterende rol voor actoren die hun definities over het voetlicht willen krijgen, als een eigen definiërende rol. Die rollen kunnen door elkaar lopen, omdat de definities en frames die van machtige actoren op machtige velden afkomstig zijn, meer kans maken dan andere om door de journalist zelf te worden overgenomen en daarmee versterkt, waarmee ook de percepties van het publiek (nader) worden gevormd.

Criminaliteit als sociale constructie

Juridische en sociale definities

Criminaliteit is menselijk gedrag dat als een specifiek soort maatschappelijk probleem is gedefinieerd en dus ook een specifiek soort consequenties heeft. De woorden criminaliteit en crimineel hebben de connotatie ‘schadelijk’, ‘gevaarlijk’, ‘slecht’, ‘immoreel’, ‘strafwaardig’, een connotatie die kennelijk objectieve aspecten heeft (schade, gevaar), maar ook normatieve (slecht, immoreel), en een strafrechtelijke oplossing impliceert (strafwaardig). In het straf- en strafprocesrecht zijn dan ook de gedetailleerde probleemdefinities en gevolgen van ‘criminaliteit’ wettelijk vastgelegd. Althans, dat lijkt zo, maar niet alle gedrag of alle personen die met ‘criminaliteit’ respectievelijk ‘crimineel’ worden aangeduid – die sommige mensen en groeperingen slecht, schadelijk, gevaarlijk, immoreel en dus strafwaardig vinden – zijn ook strafbare feiten en daders in juridische zin.

Wij hebben al gezien hoe homoseksualiteit als strafbaar feit uit het Wetboek van Strafrecht verdween, hoewel groepen in de Nederlandse samenleving het daarmee nog altijd niet eens zijn. Maar we kunnen ook aan abortus door een arts, aan het houden van een bordeel of het vertonen van pornografische films denken: allemaal fenomenen waarvan de strafbaarheid is opgeheven. Abortus provocatus is een misdrijf tegen het leven (artikelen 82a jo. 296 Sr), maar sinds 1984 bestaat onder bepaalde voorwaarden een rechtvaardigingsgrond voor de arts die een zwangerschap afbreekt, terwijl in tegenstelling tot voorheen de vrouw zelf in principe niet meer strafbaar is.⁸ Joyce Outshoorn heeft de ontwikkeling beschreven waarin de vrouwenbeweging met succes die verandering heeft bevochten in de jaren zeventig, en abortus in termen van zelfbeschikking van de vrouw en medisch ingrijpen wist te herdefiniëren en op de politieke agenda te krijgen (Outshoorn, 1986). Tegenwoordig zien we groeperingen als de *pro life beweging* publieke pogingen doen om die definitie weer te veranderen. Tegelijkertijd hebben juist sommige delen van de vrouwenbeweging zich sterk verzet tegen de decriminalisering van pornografie en zouden zij het alsnog graag verboden willen

8 Wet van 1 mei 1981, houdende regelen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap, i.w.t. 1 november 1984, *Stb.* 1981, 257.

zien, omdat zij het als beledigend en discriminerend voor vrouwen beschouwen en het bovendien mannen tot verkrachting zou aanzetten. De definitiestrijd rond porno, abortus en homoseksualiteit heeft zich in de typische sfeer van de zedendelicten afgespeeld en is daarom gemakkelijk in termen van veranderende (seksuele) mores en man-vrouwverhoudingen te duiden. Maar er zijn ook andersoortige problemen die buiten het strafrecht zijn gebleven, maar waarbij eveneens over de moraliteit wordt getwist. Denk bijvoorbeeld aan de ophef rond banken en bankiers: veel van wat binnen de bankwereld gebeurt, wordt als een probleem van ‘onverantwoord’ investeren, hypotheek-verstrekken, speculeren, bonussen-verstrekken enzovoort gedefinieerd. Maar ‘onverantwoord’ bankieren is (nog) geen criminaliteitsprobleem; het wordt in politiek en media overwegend als financieel probleem geframed. Wel is steeds vaker in het publieke debat de mening te horen dat wat in de bankwereld gebeurt immoreel is en buitengewoon schadelijk en dat strafrechtelijke sancties hier niet zouden misstaan.

Deze voorbeelden betreffen problemen die buiten het strafrecht (zijn komen te) vallen. Omgekeerd zijn er delicten – en daders – waarvan mensen en maatschappelijke groeperingen juist de strafwaardigheid betwisten, gedrag waarover geen buiten-juridische consensus bestaat dat het ‘criminaliteit’ is. Voorbeelden daarvan zijn meestal in de overtredingsfeer te vinden (fietsen zonder licht, bijvoorbeeld), maar het kan ook gaan om misdrijven, waar de connotatie van criminaliteit in principe veel sterker is. Daarnaast zijn er categorieën van criminaliteit die wel als verschillende strafbare feiten zijn gedefinieerd, vaak als misdrijven zelfs, maar die toch niet helemaal dezelfde connotatie als ‘gewone’ criminaliteit hebben. Dat geldt bijvoorbeeld voor veel vormen van *white collar crime* en *corporate crime*, die een deel van de connotatie al missen omdat zij zich in legitieme economische sferen afspeelen. De daders voldoen niet aan het stereotype ‘crimineel’ en vinden hun gedrag zelf normaal en economisch nuttig (want winstgevend); daarnaast beschikken zij over mogelijkheden met die definitie de media en dus het publieke debat te bereiken. Bovendien werd tot voor kort, en wordt soms nog steeds, veel van dergelijke criminaliteit niet als ‘gewoon’ misdrijf of overtreding afgedaan, maar als overtreding van sociaaleconomische bepalingen.⁹ Carter spreekt dan ook van een nog altijd bestaande sociale constructie waarin zulke criminaliteit niet als zodanig wordt ervaren en dus eigenlijk geen criminaliteit *is* (Carter, 1997: 28).

Overigens is dat geen vaststaand gegeven. Sociale constructies kunnen altijd aan wijziging onderhevig zijn. Zo werden in Nederland veel sociaaleconomische overtredingen in de loop van ongeveer tien jaar geherdefinieerd als ‘fraude’ met alle criminele connotaties van dien (Brants & Brants, 1991: hfdst. III). Ook ‘hate speech’ (in Nederland strafbaar gesteld als discriminatoire groepsbelediging en aanzetten

9 De eerste die hierop wees was E.H. Sutherland (1945) in een klassiek en baanbrekend artikel: ‘Is “white collar crime” crime?’.

tot haat en discriminatie – artikelen 137c en d Sr) is een misdrijf waarvan het oordeel over de schadelijkheid en strafwaardigheid in betrekkelijk korte tijd zelfs een paar keer is veranderd.¹⁰ Het is ook een voorbeeld van een strafbaarstelling waarvan de wenselijkheid steeds opnieuw ter discussie wordt gesteld, omdat zij potentieel botst met een belangrijk fundamenteel beginsel: de vrijheid van meningsuiting.

In hun huidige vorm figureren de artikelen 137c en d Sr sinds 1971 in het Wetboek van Strafrecht. Zij werden geïntroduceerd om aan internationale verdragsverplichtingen te voldoen, maar aangezien de Nederlandse overheid van mening was dat zulke vormen van discriminatie in Nederland niet of nauwelijks voorkwamen, werden de strafbepalingen hooguit als symbool van afkeuring beschouwd. Het belangrijkste argument tegen strafbaarstelling (de vrijheid van meningsuiting) werd daarom toentertijd vrij makkelijk opzijgezet: men verwachtte niet te hoeven handhaven, en van echte handhaving was dan ook nauwelijks sprake. Dat veranderde toen zich in Nederland steeds meer migranten vestigden en in het kader van het bevorderen van de multiculturele samenleving, waarin anders-zijn en tolerantie als kernwaarden werden beschouwd, bepaalde uitingen niet alleen als beledigende discriminatie werden gedefinieerd in de wet, maar ook vervolgd.

Het is moeilijk, zo niet onmogelijk, te weten in hoeverre discriminatoire groepsbelediging en haat zaaien vóór die tijd voorkwamen;¹¹ het werd in ieder geval niet als zodanig herkend, bleef onzichtbaar en gevolgen werden er niet aan verbonden. Vanaf de jaren tachtig gebeurde dat wel op grote schaal. Er is een grote hoeveelheid jurisprudentie die de reikwijdte van discriminatoire belediging en haat zaaien heeft uitgebreid (vooral door de objectivering van het vereiste opzet); eind jaren negentig werd de bestrijding van discriminatie tot opsporings- en vervolgingsprioriteit en zette een Aanwijzing van het OM zelfs het opportunititeitsbeginsel in discriminatiezaken nagenoeg opzij. Maar deze poging van de overheid om het publieke discours met behulp van het strafrecht te blijven vrijwaren van wat als hoogst onfatsoenlijke uitingen werden beschouwd waarvoor de vrijheid van meningsuiting moest wijken, liep niet synchroon met maatschappelijke ontwikkelingen. Met de opkomst van populistische politici als Pim Fortuyn en Geert Wilders aan het begin van de nieuwe eeuw werd juist de strafbaarheid van hate speech – herdoopt tot ‘zeggen waar het op staat’ – als onwenselijk en een aanslag op burgerlijke vrijheden bestempeld. Hoogtepunt van wat zich inmiddels tot een forse en zeer publiekelijke definitiestrijd had ontwikkeld, was de vervol-

10 Zie voor een uitvoerige beschouwing van alle Nederlandse hate speech-bepalingen: Van Noorloos (2011, hfdst. VI) En over hoe de constructie van hate speech in verschillende landen ook zeer verschillend is: C. Brants e.a. (2005: hfdst. 1).

11 Er is wel enige reden om te denken dat de zaken er helemaal niet zo rooskleurig voorstonden als de Nederlandse regering dacht. Zie daarover bijvoorbeeld: Bovenkerk, 1978a; 1978b.

ging van Wilders tussen 2009 en de vrijspraak in 2011,¹² in de loop waarvan bleek hoezeer de meningen verdeeld waren. Voorlopig einde hiervan is het voorstel van de Partij voor de Vrijheid (PVV) waarvan Wilders voorzitter (en enig lid) is, om artikel 137c Sr af te schaffen, al lijkt daar weinig steun voor te zijn bij andere politieke partijen.

Nadat Wilders was vrijgesproken duurde het niet lang voordat de definitie en strafbaarheid van hate speech weer in de belangstelling stonden. Nu was het niet de voorman van de PVV maar waren het juist Diederik Samson en zijn partijgenoot Hans Spekman van de PvdA die zich met uitspraken in de pers zouden hebben schuldig gemaakt aan het aanzetten tot haat en discriminatie jegens de Marokkaanse bevolkingsgroep. Het OM besloot – te midden van veel publiciteit – het tweetal niet te vervolgen. Wel werd Wilders opnieuw vervolgd wegens zijn uitspraken tijdens de gemeenteraadsverkiezingen van 2012 in een café in Den Haag. Daar vroeg hij zijn aanhang of ze ‘minder Marokkanen’ wilden en liet ze het antwoord ‘Minder! Minder!’ scanderen. Interessant is dat de beslissing om Samson en Spekman niet te vervolgen door onder andere leden van de PVV is bestreden in een artikel 12 Sv-procedure. In zulke gevallen maakt artikel 12 het mogelijk een politieke strijd over de definitie van een bepaald strafbaar feit in de publieke arena van de rechtspraak uit te vechten. In dit geval heeft het gerechtshof te Amsterdam op 12 april 2016 beslist dat de beslissing van het OM om de PvdA'ers niet te vervolgen in stand kan blijven. Wilders werd in eerste aanleg op 9 december 2016 door de rechtbank schuldig bevonden, evenwel zonder oplegging van straf.¹³ Hij tekende hoger beroep aan, maar de zaak is op het moment van schrijven (mei 2020) ernstig vertraagd door de uitbraak van het coronavirus. Wel had hij inmiddels om vervolging van D66-politicus Alexander Pechthold gevraagd, omdat die zich zou hebben schuldig gemaakt aan groepsbelediging van ‘Russen’. De definitiestrijd om hate speech lijkt nog lang niet voorbij.

Hoewel veel strafbaar gedrag vanzelfsprekend crimineel wordt bevonden (en dat geldt vooral voor de traditionele misdrijven zoals doodslag, moord, diefstal, brandstichting) kan dus in sommige gevallen kennelijk een discrepantie tussen de juridische en buiten-juridische definities ontstaan, die tezamen de sociale definitie van criminaliteit vormen. Dat is alleen te begrijpen wanneer criminaliteit als een sociaal construct wordt opgevat. Gedrag en mensen zijn niet inherent crimineel of immoreel, zij worden het door sociale betekenisgeving. Dan is ook overigens meteen duidelijk waarom de definities van strafbaar feit en criminaliteit doorgaans overeenkomen: het recht zweeft niet boven de samenleving als een stel abstracte regels, maar is er zelf deel van, en is net als elke definitie het resultaat van interactie en definitiestrijd. Aangezien het recht een machtig veld vormt in een democratie, zal de daar gegenereerde probleemdefinitie doorgaans prevaleren (het (straf)recht is

12 Zie Gerechtshof Amsterdam 21 januari 2009, *NJ* 2009, 191, m.nt. Buruma en Rb. Amsterdam 23 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001.

13 Rb. Den Haag 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014.