

R. Focu , A.C. 't Hart, Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie, Arnhem/Antwerpen 1990, 501 pp., f ..

1. Dit boek bevat een grondslagetheoretische verhandeling. Met dit moeilijke woord bedoelen de schrijvers dat zij de onderlinge samenhangen expliciteren tussen de ethisch-normatieve, de maatschappijtheoretische en de kennistheoretische componenten van het rechtsbegrip (p. 33). Waarom is dit een interessante doelstelling en tot welke resultaten komen Focu  en 't Hart?

Het project is van belang tegen de achtergrond van de actuele discussie over strafrechtelijke vraagstukken, in verband met het huidige beleid van justitie. Volgens de schrijvers is het ontoereikend om de belangen van individuele rechtsbescherming en instrumentele rechtstoepassing op het niveau van de alledaagse praktijk tegen elkaar af te wegen. Er is een diepere - grondslagetheoretische - fundering nodig van de relatie tussen deze twee kernbegrippen. Het verschil tussen empirische theorie en grondslagetheorie is zelfs een voorwaarde voor emancipatoir handelen en normatief oordelen (p. 145). Voorts wordt de stelling ingenomen dat het verhelderen van de vooronderstellingen van de theorievorming het enige is wat op een stabiele wijze kan verhinderen dat theorievorming uiteindelijk aan de willekeur van het politieke bedrijf zal worden uitgeleverd (p. 250, vgl. ook o.a. p. 285 en p. 400).

Het belang van de probleemstelling is daarmee voldoende omljnd. Tot welke uitkomsten leidt het betoog? Ik zou zeggen: eerst en vooral benadrukken Focu  en 't Hart de noodzaak van een open, relationeel rechtsbegrip. De kern hiervan wordt verwoord op p. 362: "Een niet door disciplinerend ge rodeerd strafrecht (...) impliceert een relationeel rechtsbegrip, dat nu juist deze exclusiviteit wil vermijden en principieel de mogelijkheid wil openlaten van het andere verhaal: in de plaats van het ene dominante en voor natuurlijk gehouden weten te dienen wil het relationele recht het instrument zijn waarmee een pluralisme van betekenisverleningen bemiddeld kan worden." Zij verzetten zich tegen een gesloten, dogmatische visie op het strafrecht. Dit vereist een andere houding tegenover de menselijke kennis, die wordt aangeduid als het 'narratieve weten'. Kortom: het boek bevat geen gemakkelijke kost (al wordt op p. 34 aangekondigd dat de auteurs zich ten gerieve van wijsgerig wat minder geverseerde juristen zullen matigen bij het gebruik van filosofische vaktaal).

2. Focu  en 't Hart streven er naar om in de geschiedenis van het strafrecht een aantal steeds terugkerende probleemstellingen, denkmodellen en stellingnamen te ontdekken die het inzicht kunnen vergroten in de huidige situatie (p. 29). Naar mijn mening zijn de schrijvers in menig opzicht in deze opzet geslaagd. Ik noem de meest significante punten, zonder daarmee te pretenderen even de hoofdlijnen van het werk bondig samen te vatten.

a. In het boek worden het hervormingsdenken (Montesquieu en Beccaria), het revolutionaire denken (Rousseau) en het Napoleontische codificatiedenken (Portalis) als drie ideaaltypen geanalyseerd. Ik reken deze analyses tot de beste delen van het boek, omdat daarin op een heldere wijze kenmerkende

verschillen worden aangewezen (op het niveau van de empirische theorie), die in de bestaande literatuur veelal over het hoofd worden gezien.

b. Zeker zo belangrijk is evenwel dat de schrijvers grondslagentheoretische overeenkomsten blootleggen tussen stromingen die elkaar op het niveau van de empirische theorie fel bevechten. Von Savigny en de zijnen hadden bijvoorbeeld in de Historische School grote bezwaren tegen het codificatiestreven, maar gingen in hun kritiek op precies dezelfde - naturalistische - manier te werk als hun tegenstrevers (p. 62). Keer op keer laten Foqué en 't Hart zien dat het ene systeem en de ene verabsolutering worden ingewisseld voor de andere (p. 217), dat critici en gekritiseerden dezelfde uitgangspunten delen (p. 222; andere voorbeelden op p. 208, p. 230, p. 283 en p. 375). Juist deze fragmenten dragen bij aan het inzicht in de wijze waarop zowel de diagnose van strafrechtelijke problemen als de oplossing daarvan tot stand komt.

c. Een kernpunt in de beschouwing van Foqué en 't Hart is hun kritiek op het zgn. afbeeldingsdenken. Dit verschijnsel wordt o.a. gesignaleerd binnen de codificatiebeweging in het begin van de 19e eeuw (p. 46). Het gaat daarbij om de gedachte dat de maatschappelijke orde zo ongeveer compleet wordt weerspiegeld in het regelsysteem. Aangezien het recht dan het inzicht dat de samenleving in zichzelf heeft, waarneembaar maakt en afleesbaar in de wetboeken, wordt ook wel gesproken van 'transparantie'. Het afbeeldingsdenken en het streven naar transparantie, waarin de instrumentaliteit van het recht wordt ontkend, belichamen een gesloten rechtsopvatting (p. 50). Het afbeeldingsdenken wordt ook aangetroffen in de Begrijfsjurisprudentz van Von Jhering c.s. (p. 63), in de sociaal-wetenschappelijke aspiraties van de Moderne Richting in het strafrecht (p. 245), en komt ook in het huidige recht tot uitdrukking wanneer de narratieve dimensie van het recht zou worden onderschat (p. 368).

d. Hoofdstuk 4b van het boek draagt het opschrift 'Contrafacticiteit en instrumentaliteit'. Hoe belangrijk deze categorieën voor de schrijvers zijn, blijkt uit de omstandigheid dat het contrafactice karakter van de rechtsbegrippen en de contrafactice dimensie van het recht als zodanig in feite het tegendeel vormen van het zojuist aangestipte afbeeldingsdenken. Het vormt de kritische potentie van het recht. In de woorden van de auteurs: "De contrafactice dimensie van het recht is (...) nooit een 'onmiddellijke' aanschouwing van een omvattend ideaal van recht als zodanig, maar zij 'bemiddelt' dit slechts, doordat zij de vormen en categorieën levert waarin de empirische ervaring van de feitelijkheid tot betekenis en normering gevoerd kan worden (...) Het contrafactice karakter van juridische begrippen (...) is daarom op te vatten als een kruispunt van referenties en niet van afbeeldingen." (p. 377-378, zie ook de uitvoerige voetnoot op p. 138-140).

e. Tenslotte moet iets worden gezegd over het begrippenpaar dat de titel van het boek vormt: instrumentaliteit en rechtsbescherming. De auteurs zijn van mening dat dit niet twee gescheiden polen

zijn die gedoemd zijn om elkaar het overwicht te betwisten (vgl. p. 180). Het gaat daarentegen om intrinsieke elementen van het rechtsbegrip, om grondvoorwaarden voor het recht zelf. Rechtsbescherming dient niet strikt individualistisch te worden begrepen en kan dan grondslagentheoretisch worden geduid als het vehikel waardoor "het andere weten dan het dominante weten" wordt beschermd (p. 325). Ook hier wordt het relationele karakter van het recht benadrukt, zodat het op bescherming gerichte rechtsbegrip in een specifieke zin ook steeds instrumenteel is (p. 330).

3. De gekozen invalshoek stelt veel in het vooruitzicht. Ik noem de volgende programmaonderdelen. a. Het kale instrumentalisme wordt gehekeld. b. Het daaraan verbonden naturalisme wordt eveneens van de hand gewezen. c. Het afbeeldingsdenken wordt gekritiseerd. d. De verhouding tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming komt in de actuele strafrechtelijke discussie onvoldoende uit de verf. e. Alleen het 'narratieve weten' kan de gesignaleerde defecten ondervangen.

Ik zou de door Foqué en 't Hart op deze punten bereikte resultaten van enkele kanttekeningen willen voorzien aan de hand van twee stellingen en een drietal problemen waar ik na de bestudering van het boek mee ben blijven zitten.

De eerste stelling heeft betrekking op de diverse kenmerken die de schrijvers attribueren aan de door hen verworpen juridische manier van denken. Een 'gesloten' rechtsbegrip is naar hun oordeel herkenbaar aan het zgn. afbeeldingsdenken, het daaraan verbonden idee van 'transparantie', in veel varianten bovendien nog gekoppeld aan een naturaliseringsproces. Waar de schrijvers deze eigenschappen onlosmakelijk verbonden achten aan iedere ("Cartesiaanse") denkwijze waarin scherp wordt onderscheiden tussen het kennend subject en het te kennen object, zou ik de stelling willen verdedigen dat de genoemde kenmerken, in elk geval in de daaraan door de schrijvers gegeven invulling, wel degelijk kunnen worden verbannen. Een visie waarin een werkelijkheid buiten het kennend subject wordt aangenomen is namelijk geheel verenigbaar met het standpunt dat het onmogelijk is om die werkelijkheid volledig (dat wil zeggen: hetzij in volle omvang, hetzij in essentie) in taaluitingen te vangen. Met andere woorden: het vooronderstellen van een objectieve werkelijkheid prejudicieert geenszins op de vraag naar de mogelijkheden om betrouwbare uitspraken daarover te doen. Daarom is het ook geen dwingende gevolgtrekking om aan het recht de pretentie toe te schrijven in het regelsysteem de maatschappij 'in haar geheel af te beelden', of 'onmiddellijk afleesbaar' te zijn (transparantie) (kenmerkende opmerkingen over het afbeeldingsdenken trof ik aan op de pp. 46, 50, 63, 245 en 368). Veeleer kan het begrippenkader van het recht worden gezien als een 'searchlight', van waaruit per definitie een beperkt, een gekleurd, een selectief zicht op de samenleving kan worden verkregen - waarvan men zich ook welbewust is -, en dat steeds moet concurreren met alternatieve perspectieven. Andere 'verhalen' zijn dus mogelijk en welkom (hetgeen natuurlijk niet wil zeggen dat die ook steeds kunnen worden gehonoreerd). In die zin is er dan ook wel degelijk sprake van een open, op communicatie gericht rechtsbegrip.

De tweede stelling sluit direct bij de eerste aan, en houdt in dat vanuit een andere grondslagentheoretische optiek dan die van de auteurs, op het niveau van de empirische theorie wel degelijk soortgelijke resultaten kunnen worden bereikt. Ik denk daarbij o.a. aan de visie op de

onverbrekelijke samenhang tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming, en aan de positie van de verdachte en diens raadsman in het procesrecht. Het laatstbedoelde voorbeeld kan in enkele toelichtende zinnen worden uitgewerkt. Het rechtsbegrip van Foqué en 't Hart dient uiteindelijk tot uitdrukking te komen in de op tegenspraak gerichte structuur van het strafgeding.¹ Welnu, vanuit andere theoretische oriëntaties is precies dezelfde nadruk gelegd op de wezenlijke betekenis van een contradictoair proces.² Mij dunkt dat die andere inspiratiebronnen ook exact dezelfde kritiek genereren op bepaalde onderdelen van de vigerende rechtspraktijk. Het bestaan van disfunctionele, verhullende rituelen ter terechtzitting³ en het systematisch vòòrkomen van 'dwangcommunicatie' in de rechtszaal⁴ staan haaks op de uitgangspunten van ons strafprocesrecht. Er is al vaak benadrukt dat de verdachte alle ruimte moet krijgen zijn eigen voorstelling van zaken te presenteren, en dat hij daarbij - anders dan de overige deelnemers aan het geding - geen enkele loyaliteit verschuldigd is aan de in het strafrechtelijk systeem belichaamde waarden.⁵ Waar Foqué en 't Hart vanuit de door hen ontwikkelde grondslagentheorie tot dezelfde emancipatoire inzichten komen, kunnen zij wat mij betreft dus rekenen op brede steun vanuit de strafrechtswetenschap. Dit brengt mij tot enkele vragen of problemen die resteren na de bestudering van het boek van Foqué en 't Hart. De eerste daarvan heeft betrekking op de winst, de toegevoegde waarde, die zou worden behaald door middel van hun grondslagentheorie van het recht. De schrijvers stellen zonder veel omhaal vast dat langs deze weg op stabiele wijze kan worden verhinderd dat theorievorming uiteindelijk aan de willekeur van het politieke bedrijf zal worden uitgeleverd (zie p. 250 en andere al genoemde vindplaatsen). Ik kan die gedachtengang niet volgen (dat is dus iets anders dan: niet delen). Voorshands houd ik het erop dat Foqué en 't Hart randvoorwaarden hebben geformuleerd die bij iedere vorming van wetenschappelijke theorieën in acht moeten worden genomen. Maar het door de schrijvers in het vooruitzicht gestelde gevolg - afscherming van de grillen van de politiek - wordt, lijkt mij, alleen bereikt als die grondslagentheorie een minitieuze aansluiting zou hebben op de diverse wetenschappelijke theorieën. En het is de vraag of dat het geval is.

De tweede onopgeloste kwestie gaat eveneens over de aansluiting van wetenschappelijke theorie op de grondslagentheorie. Wat mij opvalt in het boek is dat alle penalisten die de revue passeren (met uitzondering natuurlijk van 't Hart zelf) vroeger of later te horen krijgen dat zij de verhouding tussen

¹"De kritiek op de macht en het opheffen van onderdrukking die door de categorie der rechtssubjectiviteit gerealiseerd moeten worden, impliceren dan ook een ruimere structuur die rond de categorie van de rechtssubjectiviteit tot stand gebracht wordt: die van het contradictoire strafproces." (p.323-324)

²Het is bijna overbodig om hier te verwijzen naar de oratie van A.A.G. Peters, Het rechtskarakter van het strafrecht, oratie Utrecht, Deventer 1972.

³Zie G.P. Hoefnagels, Rituelen ter terechtzitting, oratie Rotterdam, Deventer 1970 (2e druk 1977, met interessant voorwoord).

⁴P. Bal, Dwangkommunikatie in de rechtszaal, diss. Amsterdam, Arnhem 1988.

⁵Twee auteurs die dit kenmerk op bijzonder fraaie wijze hebben toegelicht zijn m.i. A.L. Melai, De positie van de verdachte in het strafgeding, Delikt en Delinkwent 1980, p. 533-537; en J.C.M. Leijten, We need stories, afscheidsrede KUN, Zwolle 1991.

instrumentaliteit en rechtsbescherming (of de verhouding tussen sociale wetenschap en rechtswetenschap) verkeerd zien, hetgeen in laatste instantie zo ongeveer totalitaire implicaties zou kunnen hebben. Aangezien al deze vakgenoten een serieuze poging hebben ondernomen om zowel het instrumentele alsook het beschermende element in het rechtsbegrip te verdisconteren, leidt het standpunt van Foqué en 't Hart tenminste tot de vraag of niet ook een andere grondslagentheoretische interpretatie van de gekritiseerde theorieën mogelijk is.

De klaarblijkelijk lastige opgave om eenzijdigheid te vermijden leidt mij tenslotte naar de derde opengeblijvende vraag: biedt de gepresenteerde grondslagentheorie enig houvast (ik heb het dus niet over kant en klare recepten) bij het beoordelen wanneer het belang van rechtsbescherming of dat van instrumentaliteit wordt over- resp. ondergewaardeerd?

De auteurs beschouwen rechtsbescherming en instrumentaliteit beide als essentiële onderdelen van het rechtsbegrip. Daaruit vloeit voort dat op het niveau van de empirische theorie - alsmede in de rechtspraktijk - geen van beide elementen mag worden verabsoluteerd. Daarmee ga ik graag accoord. Maar mijn vraag is of aan het boek van 't Hart en Foqué enige aanwijzing kan worden ontleend ten aanzien van de kwestie wanneer - dus: vanaf welk moment - een jurist daadwerkelijk één van de zijden van de medaille te sterk benadrukt. De auteurs wekken de indruk dat een dergelijke operationalisering van hun grondslagentheorie mogelijk is. De jongste justitiële beleidsplannen worden door hen gekarakteriseerd als "een theoretisch niet geproblematiseerd instrumentalisme, dat wordt gepresenteerd als een natuurlijke vanzelfsprekendheid" (p. 22). Ook het rapport *Rechtshandhaving* van de WRR wordt vanuit de grondslagentheorie gedesavoueed, met als slotsom: "Op deze wijze wordt het rechtsgehalte wel weer genoemd, maar daarbij eerst gereduceerd tot een onderdeel van de doelmatigheid dat daaraan dan ook dienstbaar moet zijn, en wordt het omgezet van een juridische categorie met een hoge ideële lading en kritische potentie in een sociaal-psychologische categorie die de 'verkoopbaarheid' van het strafrechtelijk optreden betreft en waaruit de kritische tanden zijn getrokken" (ibidem).⁶

Mij heeft die kritiek in zoverre verbaasd, dat ik nooit had aangenomen dat de grondslagentheorie was bedoeld om zo als een spiegel aan het rechtsbedrijf te worden voorgehouden. Nu dat wel gebeurt, wordt daardoor de meergenoemde vraag legitiem naar de maatstaven waarop dergelijke kritiek berust. Zo staat vast dat ook 't Hart en Foqué het redelijk en normaal vinden dat de overheid met justitiële middelen op een rationele manier probeert de criminaliteit te bestrijden. Waar het om gaat is dat nooit het ene aspect van het rechtsbegrip geheel aan het andere mag worden opgeofferd.⁷ Nogmaals: geheel accoord. Maar waarom wordt niet uit de doeken gedaan waarom de besproken beleidsplannen van justitie in dit opzicht de toets der kritiek niet kunnen doorstaan? Preciezer gezegd: ik ga ervan uit dat in het perspectief van de auteurs ook een beleidsplan criminaliteitsbestrijding denkbaar is, waaraan niet de nadelen van

⁶In andere publicaties van de auteurs wordt vanuit dezelfde theoretische oriëntatie ook kritiek geformuleerd op concrete rechterlijke beslissingen. Ik noem het mooie voorbeeld van de noot van 't Hart onder HR 18 december 1984, NJ 1985, 356.

⁷Zie o.a. ook A.C. 't Hart, *Instrumentalisme en strafrechtelijk beleid*, in: M.A.P. Bovens e.a. (red.), *Rechtsstaat en sturing*, Zwolle 1987, p. 68.

instrumentalisme en naturalisme kleven. De vraag blijft dan op welke punten zo'n alternatief plan afwijkt van de vigerende voornemens van het departement van justitie.

4. De uiteenzettingen van Foqué en 't Hart zijn diepgravend en veelomvattend, en hebben dan ook terecht in ruime mate de aandacht getrokken van vakgenoten uit verschillende disciplines. Er is zelfs naar aanleiding van dit werk een apart symposium georganiseerd, dat juristen en filosofen in staat stelde van gedachten te wisselen over deze materie (10 april 1991, Katholieke Universiteit Brabant). De resultaten van de studiedag zullen binnenkort in een bundel worden gepubliceerd. Daarin wordt een grote reeks besprekingsartikelen opgenomen, met daaraan toegevoegd een reactie van Foqué en 't Hart. Het boek *Instrumentaliteit en rechtsbescherming* heeft daardoor een verdienste die boven zijn inhoud uitstijgt: het heeft de (niet altijd florierende) nationale cultuur van wetenschappelijke discussie nieuw leven ingeblazen.