

Tilburg University

Een verhaal over strafrecht en grondslagentheorie

Groenhuijsen, M.S.

Published in:
Symposium strafrecht

Publication date:
1993

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Groenhuijsen, M. S. (1993). Een verhaal over strafrecht en grondslagentheorie. In G. C. G. J. van Roermund, M. S. Groenhuijsen, & W. J. Witteveen (Eds.), *Symposium strafrecht: Vervolg van een grondslagende debat* (pp. 147-163). Gouda Quint.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

M.S. Groenhuijsen

Een verhaal over strafrecht en grondslagentheorie

1 Inleiding

Op 31 mei 1991 nam J.C.M. Leijten formeel afscheid van de Nijmeegse universiteit. Hij sprak bij die gelegenheid een rede uit met de pakkende titel 'We need stories'. Stories, verhalen, zijn nodig voor een goed begrip van de zaak. Verhalen zijn immers méér dan een reeks aaneengeschakelde feiten. Losse feiten zijn volgens Leijten zelfs de openbare schenders van elk verhaal. En hij vervolgt: 'Zij onttrekken daaraan het cement en maken van het gebouw een bouwsel dat met elke windvlaag kan instorten. Anders gezegd: zulke feiten ontkennen dat zij tot een verhaal behoren en hun duiding is reeds daarom levensgevaarlijk.'¹ Aan de behoefte aan verhalen wordt in de huidige Nederlandse strafrechtspraktijk onvoldoende tegemoet gekomen. Het vonnis van de strafrechter bijvoorbeeld mist in de regel iedere verhaalstructuur (p. 7). Aangezien het verhaal en het tegenverhaal onmisbaar zijn om goed te kunnen oordelen (p. 11), zou het strafgeding meer de confrontatie van verschillende verhalen moeten worden dan het gesprek van de rechter met de verdachte, de getuigen en de deskundigen (p. 12).

De visie van Leijten is overtuigend en wordt in een superieure stijl naar voren gebracht. Het door hem gestelde probleem is verwant aan bepaalde elementen uit het boek *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*

1. J.C.M. Leijten, *We need stories*, afscheidsrede KUN, Zwolle 1991, p. 4.

van Foqué en 't Hart. Ook deze auteurs benadrukken het open, relationele karakter van het rechtsbegrip. De kern hiervan wordt verwoord in een passage waarin zij hun bezwaren samenvatten tegen een gesloten, dogmatisch strafrecht: 'Een niet door disciplinerende geërodeerd 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.' (p. 362)

In de navolgende onderdelen van mijn beschouwing zal worden onderzocht op welke wijze deze basisgedachte - door Foqué en 't Hart aangeduid als een pluralistische werkelijkheid - wordt onderbouwd op het niveau van de grondslagentheorie. Hun werk expliciteert de onderlinge samenhangen tussen de ethisch-normatieve, de maatschappijtheoretische en kennistheoretische componenten van het rechtsbegrip (p. 33). Welke meerwaarde heeft hun 'verhaal' omtrent het rechtsbegrip? Of is het veeleer zo dat het stellen van die vraag al tot uitdrukking brengt dat de portée van het boek wordt misverstaan?

De kwestie lijkt mij van groot belang tegen de achtergrond van diverse opmerkingen die de auteurs zelf maken over de betekenis van het door hen ondernomen karwei. Zij maken een principieel onderscheid tussen empirische theorie en grondslagentheorie, en geven aan dat het onderscheid tussen deze twee contexten een voorwaarde is 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).

Deze passages bevatten uitspraken over de vereiste aard van beschouwing, dus het niveau van reflectie, maar geven geen dwingende aanwijzingen omtrent de inhoud van de bespiegelingen. Elders in het boek wordt m.i. duidelijk dat de schrijvers wel degelijk pluralisme ook op het niveau van de grondslagentheorie essentieel achten. Zo is hun verzet tegen het naturaliseren van één bepaald ideaalbeeld van recht (p. 345) een basisgedachte die het hele werk doordringt, doch die natuurlijk eveneens van toepassing is op het door Foqué en 't Hart uitgedragen rechtsbegrip. En op p. 360 wordt terecht gewaarschuwd tegen de suggestie dat narrativiteit de pretentie zou hebben een meer natuurgetrouwe voorstelling van de

werkelijkheid te bieden, waarmee het op één lijn zou komen met de (bekritiseerde) aanspraken van de positivistische sociale wetenschappen. Kortom: het open, dynamische en pluralistische rechtsbegrip dat tot stand is gebracht in de grondslagentheoretische verhandelingen, wordt niet beschermd door strategieën die het concept tegen kritiek immuniseren.

In de volgende paragraaf zal ik eerst enkele thema's vermelden die centraal staan in het boek van Foqué en 't Hart en die voor de rest van mijn betoog van belang zijn. Daarna zal ik deze gedachten proberen te verbinden met ideeën die vanuit een andere traditie zijn ontwikkeld (§3). Tenslotte wordt nog teruggekoppeld naar het niveau van de rechtspraktijk en de strafrechtelijke waardendiscussie (§4).

2 Enkele centrale elementen uit het boek

De belangrijkste doelstelling van het boek is 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.

a. In het boek worden het hervormingsdenken (Montesquieu en Beccaria), het revolutionaire denken (Rousseau, in een bepaalde interpretatie) 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 wordt ingewisseld voor het 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' (pp. 377-378, zie ook de uitvoerige voetnoot op pp. 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 Denkkader en traditie

In de voorafgaande notities zijn enkele inzichten aangestipt die centraal staan in het boek. Die gedachten bouwen voort op eerdere publicaties van de auteurs² en van anderen met wie zij gemeenschappelijke uitgangspunten delen.³ Daarmee neemt het boek - zoals ieder boek - een plaats in binnen een bepaalde wetenschappelijke traditie. Dit heeft belangrijke gevolgen. Zo is de inbedding van het werk verantwoordelijk voor de selectie van onderwerpen en details die het behandelen waard zijn. De lengte van sommige uitweidingen is bijvoorbeeld alleen inzichtelijk tegen de achtergrond van de tot dusverre binnen die traditie bestaande aandacht voor dergelijke punten. Andere vraagstukken worden kort afgedaan of zelfs gepasseerd, omdat daarover tussen geestverwanten van de auteurs al lang consensus bestaat. Een andere consequentie heeft betrekking op het vocabulaire dat in het boek wordt gehanteerd. De auteurs kondigen aan zich te matigen bij het gebruik van wijsgerige terminologie (p. 34), uiteraard met behoud van het streven naar begripsmatige precisie. Het resultaat van deze inspanning is niettemin aanzienlijk gemakkelijker leesbaar voor degenen die gewend zijn aan de gebruikte kernbegrippen dan voor de vakgenoten die hun betoog plegen op te bouwen met andere taalmiddelen. En tenslotte is ook de keuze van de verwerkte literatuur sterk beïnvloed door de filosofische traditie van

2. De belangrijkste daarvan zijn volgens mij R. Foqué, *Het belang van het recht. Ontwikkelingen in de continentale rechtstheorie*, in: E.H.L. Brugmans e.a. (red.), *Recht en legitimatie*, Zwolle 1987, pp. 35-95; en A.C. 't Hart, *Strafrecht: de macht van een verhaalsstructuur*, in: E. André de la Porte e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken*, Arnhem 1983, pp. 181-218.
3. Zonder anderen tekort te doen noem ik J.M. Broekman en G.C.G.J. van Roermund.

waaruit het boek is geschreven. Een sterke oriëntatie op het Franse taalgebied maakt het bijvoorbeeld begrijpelijk dat allerlei standaardwerken worden genegeerd die vanuit een iets anders gekozen invalshoek zeer de moeite waard zouden zijn geweest. Als illustratie noem ik de verhandelingen in het boek over Rousseau (o.a. p. 162 e.v.), die net als alle andere delen van het werk uitbundig zijn voorzien van bibliografische referenties, maar waarin de lezer met een andere achtergrond dan die van Foqué en 't Hart tot zijn verrassing de namen van schrijvers als Talmon en Melai mist.⁴

Voor diegenen die zelf vanuit een andere traditie zijn geschoold, is het werk van Foqué en 't Hart dus in sommige opzichten moeilijk toegankelijk en niet in al z'n onderdelen direct overtuigend. Dit heeft mij tot de vraag geleid in hoeverre het mogelijk is onderdelen van de door de schrijvers behandelde thematiek ook op een andere manier in beeld te brengen en dan nader te verhelderen. Volgens mij is het nuttig om in dit verband na te gaan hoe de benadering van Foqué en 't Hart zich verhoudt tot een aanpak waarin het vertrekpunt vooral wordt gezocht in kennistheoretische en methodologische probleemstellingen. Daartoe zal ik eerst ingaan op de actualiteit van het debat tussen denkers als Popper, Lakatos en Kuhn.

Dit is natuurlijk niet de plaats om het 'aap-noot-mies' van de kennisleer samen te vatten. Het is mij er daarentegen om te doen de rol van pluralisme in processen van (juridische) kennisverwerving te belichten. Het raakpunt met het boek van Foqué en 't Hart wordt gevormd door het 'andere verhaal'. Wat is een ander verhaal, hoe kan een ander verhaal bestaan, waarom blijven er veelal verschillende verhalen naast elkaar bestaan, en waarom is dit in de grond van de zaak ook vaak wenselijk?

In zijn *Logik der Forschung* heeft Popper korte metten gemaakt met het wetenschappelijk positivisme zoals dat destijds o.a. in de Wiener Kreis

4. Jacob Talmon heeft een vermaarde trilogie geschreven omtrent de - nog altijd omstreden - strekking van het werk van Rousseau: *The origins of totalitarian democracy*, New York 1951; *Political Messianism, The romantic phase*, London 1960; en *The myth of the nation and the vision of revolution. The origins of ideological polarisation in the twentieth century*, London/Berkeley/Los Angeles 1981. Melai heeft in een reeks van publicaties getracht de betekenis van Rousseau voor het stelsel van strafvordering te doorgronden; zie o.a. *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, Arnhem 1968; en *De regulatieve idee van het maatschappelijk contract: terug naar Rousseau*, in: H. Franken e.a. (red.), *Ad Personam* (Enschede-bundel), Arnhem 1981, pp. 165-178.

werd beleden.⁵ De kern van zijn kritiek hield in dat absoluut betrouwbare uitspraken over de werkelijkheid onmogelijk zijn. Zelfs de zgn. singuliere uitspraken, waarin op basis van zintuigelijke waarneming een predicaat wordt verbonden aan een bestudeerd object, zijn volgens Popper altijd onzeker en voorlopig. De reden hiervoor is gelegen in de omstandigheid dat iedere waarneming theoriegebonden is. Dit uitgangspunt is uitgewerkt in de bekende zoeklichttheorie.⁶ Het zicht dat mensen hebben op de werkelijkheid is altijd afhankelijk van hun - theoriegestuurde - verwachtingen. Dit leidt er toe dat verschillende personen op een geheel verschillende manier naar een object kunnen kijken, het heeft ook tot gevolg dat een perspectief moet worden gecorrigeerd wanneer de daaraan ten grondslag liggende hypothese onhoudbaar blijkt te zijn. Langs deze weg kan worden beargumenteerd waarom pluralisme op het niveau van de empirische theorie zowel onvermijdelijk als zinvol en wenselijk is, en bovendien waarom kennisverwerving een dynamisch proces is waaraan in principe nooit een eind komt.

Wat we op deze plaats in het betoog vast moeten houden is het volgende. Ten eerste: er zijn belangrijke overeenkomsten met het boek van Foqué en 't Hart. Ook deze auteurs betwisten het bestaan van absoluut geldige kennis. Zij verzetten zich, gelijk Popper c.s., tegen het 'kennismonopolie' dat in het recht zou zijn geïnstitutionaliseerd. Voorts wordt in het kritisch rationalisme - zij aan zij met Foqué en 't Hart - stelling genomen tegen het 'afbeeldingsdenken' en de gedachte van 'transparantie' zoals dat in het legalisme werd aangenomen. Maar er zijn ook enorme verschillen. Waar Popper zich een wijsgerig realist toont door verschil te maken tussen de werkelijkheid enerzijds en de uitspraken die wetenschappers daarover kunnen doen anderzijds, verwerpen Foqué en 't Hart die positie als een uitdrukking van de achterhaalde Cartesiaanse scheiding tussen lichaam en geest, die nu juist mede de oorzaak vormt van zoveel grondslagentheoretische problemen binnen het legalisme. Ik kom daar nog

5. K.R. Popper, *Logik der Forschung*, oorspronkelijke versie 1932/1934, bekender onder de naam van de Engelse vertaling, *The logic of scientific discovery*, London 1957. Popper is zelf nogal ingenomen met zijn prestatie in dit boek, getuige zijn opstel *Who killed positivism?* in zijn autobiografie; zie P.A. Schilpp (ed.), *The philosophy of Karl Popper*, volume 14 van: *The library of living philosophers*, La Salle Illinois 1974, p. 69 e.v.
6. Zie o.a. K.R. Popper, *The open society and its enemies*, (5e druk) London 1966, deel II p. 260 e.v.

op terug.

Na te hebben vastgesteld dat er geen absoluut betrouwbare kennis mogelijk is, wordt het natuurlijk van belang om desondanks te kunnen onderscheiden tussen betere en minder goede uitlatingen. Popper dacht op dit punt in termen die later door anderen (geringschattend) zijn aangeduid als 'naïef falsificationisme'.⁷ Hij ging er van uit dat wetenschappers afstand zouden doen van een bewering wanneer die was weerlegd door een tegenvoorbeeld.⁸ Dit bleek evenwel een te simpele voorstelling van zaken te zijn.

Lakatos heeft bijvoorbeeld aangetoond dat de groei van kennis feitelijk helemaal niet op deze wijze plaatsheeft, en zelfs niet langs de door Popper aangegeven weg rationeel kan worden gereconstrueerd.⁹ Elke empirische theorie wordt wel geconfronteerd met tegenvoorbeelden, aldus Lakatos, maar is daarmee nog geenszins gefalsificeerd. Het toetsen van wetenschappelijke uitspraken vindt zijns inziens genuanceerder en verfijnder plaats. Teneinde dit proces adequaat te kunnen beschrijven introduceert hij de term 'onderzoeksprogramma'. Zo'n programma bestaat uit een serie elkaar aflossende theorieën, gekoppeld aan een stelsel van methodologische regels waarmee de rationaliteit van die *reeks* van theorieën kan worden beoordeeld. Er zijn twee typen regels. De negatief-heuristische regels geven de 'harde kern' van het programma aan, die krachtens een afspraak van de onderzoekers voorshands onweerlegbaar wordt geacht. Daarnaast is er de positieve heuristiek, die bestaat uit voorstellen omtrent het verder ontwikkelen van de weerlegbare onderdelen van het programma. De kracht van een onderzoeksprogramma kan volgens Lakatos nooit statisch worden beoordeeld. Je zou vooral moeten kijken naar de wijze waarop het programma zich ontwikkelt en hoe dit zich verhoudt tot eventuele concurrenten. De beoordelingsmaatstaf daarbij is gelegen in de vraag of de probleemstelling op een progressieve of op een degenererende

7. De etikettering is van I. Lakatos, *Falsification and the methodology of scientific research programmes*, in: I. Lakatos, A. Musgrave (eds.), *Criticism and the growth of knowledge*, Cambridge 1970, pp. 91-196.
8. Ik beperk het betoog nu even tot de vraag wanneer een bewering defect kan worden bevonden. Allerlei andere criteria die Popper heeft ontworpen om betere en minder goede wetenschappelijke uitspraken van elkaar te onderscheiden zijn hier niet van belang.
9. Het navolgende is in hoofdzaak gebaseerd op de in noot 7 genoemde bron. Zie ook van dezelfde schrijver *Popper on demarcation and induction*, in P.A. Schilpp (ed.), a.w. pp. 241-273.

wijze aan het verschuiven is.¹⁰ Van belang is voorts dat een bepaald onderzoeksprogramma alleen zal worden verlaten wanneer er een beter - produktiever - alternatief beschikbaar is.

Ten aanzien van het laatstgenoemde punt sluit Lakatos rechtstreeks aan bij de ideeën van Kuhn, die eveneens van mening is dat een theorie pas van de hand kan worden gewezen na een gecombineerde verificatie-falsificatie procedure.¹¹ Volgens Kuhn gebeurt dit echter alleen in uitzonderlijke gevallen. In een periode van 'normale wetenschap' houden de vakgenoten zich vooral bezig met het oplossen van 'puzzels', dat wil zeggen een gestage vergroting van het bereik en de precisie van de beschikbare kennis. Hun activiteiten worden dan in overwegende mate gestuurd door een geldend paradigma, dat op zichzelf vrijwel onaantastbaar is, ook al zijn er talrijke verschijnselen bekend die niet te rijmen zijn met de voorhanden theorie.¹² Hieraan zijn ingrijpende gevolgen verbonden. De aanvaarding van een paradigma betekent altijd het buiten kritiek stellen van een groot stuk richtinggevende theorie, zodat in feite het *verlaten* van een kritische, toetsende houding een wezenskenmerk wordt voor de (normale) wetenschap.¹³ Pas wanneer er een crisis intreedt - en dat is het geval als het gangbare paradigma er systematisch niet in slaagt om 'normale' problemen op te lossen - kan er een periode van wetenschappelijke revolutie aanbreken waarin een nieuw, concurrerend paradigma wordt ontwikkeld. Zo'n nieuw paradigma heeft een nogal ingewikkelde verhouding tot het oude, die wordt gekarakteriseerd met de term 'incommensurabiliteit'. Ten eerste verschillen de aanhangers van verschillende paradigma's van mening over de wetenschappelijke problemen die moeten worden opgelost. Daarnaast worden de oude begrippen en experimenten op een nieuwe manier met elkaar in verband gebracht, zodat er

10. De kenmerken aan de hand waarvan dit te bepalen is doen voor mijn betoog nu niet terzake. Zie I. Lakatos, a.w. p. 28.
11. Th. Kuhn, *The structure of scientific revolutions*, 1962; en Th. Kuhn, *Logic of discovery or psychology of research?*, in: I. Lakatos, A. Musgrave (eds.), a.w. pp. 1-24.
12. Ik zie af van een beschouwing over de exacte inhoud van het woord 'paradigma'. Margaret Masterman, *The nature of a paradigm*, in: I. Lakatos, A. Musgrave (eds.), a.w. pp. 59-90 onderscheidt maar liefst 21 verschillende betekenissen van het begrip in het boek van Kuhn. Ik wijs er nog op dat Kuhn zelf in een naschrift uit 1969 de term in zijn sociologische betekenis wenste te vervangen door het begrip 'disciplinaire matrix'.
13. Dit is dus precies het tegendeel van wat Popper beweert.

een soort spraakverwarring tussen de concurrerende stromingen ontstaat. En tenslotte lijkt het wel of de contestanten in verschillende werelden opereren: ze nemen bekende verschijnselen vanuit een geheel ander gezichtspunt waar. Het belangrijkste gevolg van incommensurabiliteit is het zgn. 'onvolledige logische contact dat debatten over paradigma's kenmerkt'.¹⁴ Wetenschappelijke theorieën worden dan ook niet weerlegd, ze kunnen hoogstens verouderen en langzaam afsterven.¹⁵

Waarom is het zinvol om wat langer stil te staan bij deze op zichzelf bekende basisinformatie uit de methodologie en de kennisleer? Dat is het geval omdat mij bij de bestudering van het boek van Foqué en 't Hart voortdurend parallellen te binnen schoten tussen de debatten op het niveau van de empirische theorie enerzijds en de zgn. grondslagentheoretische discussies anderzijds. Zo speelt de eerder door mij genoemde 'traditie' waarin Foqué en 't Hart schrijven in menig opzicht de rol van 'achtergrondkennis' in de negatieve heuristiek van Lakatos en de paradigma's van Kuhn. De debatten met vakgenoten die een andere achtergrond hebben worden ook gekenmerkt door een zeker 'onvolledig logisch contact': er worden verschillende problemen relevant geacht en er blijken verschillende manieren te zijn om bepaalde verschijnselen begripsmatig te duiden. Met andere woorden: ook op dit niveau is er sprake van het bestaan van verschillende 'verhalen'. Eén voorbeeld ter illustratie. Waar sommigen zouden zeggen dat wat een mens ziet, zowel afhankelijk is van het object waar hij naar kijkt als van wat hij door zijn vroegere visueel-conceptuele ervaringen geleerd heeft te zien, zouden Foqué en 't Hart zeker tegenwerpen dat zo'n uitspraak berust op de achterhaalde Cartesiaanse scheiding tussen lichaam en geest, tussen object en subject, en dus van verkeerde vooronderstellingen uitgaat.¹⁶ Bij die stand van zaken ligt het voor de hand dat het moeilijk is elkaar inhoudelijk te overtuigen. Een empirische theorie kan niet eenvoudig door een tegenvoorbeeld worden gefalsificeerd, een grondslagentheorie is kennelijk al helemaal niet volgens zo'n procedé

14. Ik citeer hier de Nederlandse vertaling, *De structuur van wetenschappelijke revoluties*, (derde herziene druk) Meppel 1979, p. 149.

15. J.O. Wisdom, *The nature of normal science*, in: P.A. Schilpp (ed.), a.w. p. 829: 'Such facts give a sociological basis for the idea that scientific theories do not get refuted; like old soldiers, they only fade away.'

16. In § 4 zal ik overigens betogen dat zo'n verschil nog helemaal niet uitsluit dat gemeenschappelijke standpunten kunnen worden ingenomen op het niveau van de empirische theorie.

te weerleggen. Het lijkt mij ook duidelijk dat er over de aantrekkelijkheid van de verschillende beschikbare benaderingen alleen goed valt te spreken in vergelijkende termen.¹⁷ Dit leidt dan tot de vraag naar de maatstaven die moeten worden aangelegd bij het bepalen van een voorkeur voor een grondslagentheorie. Ik zou daarover eerst willen zeggen dat die preferentie niet alleen afhankelijk mag zijn van de vraag of er handige recepten worden gegenereerd voor de oplossing van allerlei praktische rechtsvragen. Foqué en 't Hart zien er dan ook terecht geen bezwaar in dat hun boek geen 'handzame aanwijzingen bevat die pasklaar kunnen worden toegepast bij de besommingen van alledag' (pp. 34-35).) Maar dit betekent uiteraard niet dat de relatie met de praktijk van het rechtsleven geen enkele rol zou spelen. Uiteindelijk heeft iedere theorie - hetzij een empirische theorie, hetzij een grondslagentheorie - een functie in relatie tot een probleemstelling. Welnu, dan is er rationeel te discussiëren over de mate waarin de theorie bijdraagt aan de oplossing van het gestelde probleem.¹⁸ In de woorden van Van Eikema Hommes: 'Aan de wetenschappelijke vruchten herkent men de wijsgerige boom.'¹⁹ Over deze vruchten gaat het laatste deel van mijn bijdrage.

4 /De relatie met de rechtswetenschap en de rechtspraktijk

De doelstelling van het boek van Foqué en 't Hart is al eerder vermeld. Het gaat hen om het localiseren van een aantal terugkerende probleem-

17. Ik herinner aan de progressieve resp. degenererende probleemverschuivingen in de onderzoeksprogramma's van Lakatos.
18. Zie K.R. Popper, *On the status of science and metaphysics*, in: *Conjectures and refutations*, a.w. p. 199: '...(E)very rational theory, no matter whether scientific or philosophical, is rational in so far as it tries to solve certain problems. A theory is comprehensible and reasonable only in its relation to a certain problem-situation, and it can be rationally discussed only by discussing this relation. Now if we look upon a theory as a proposed solution to a set of problems, then the theory immediately lends itself to critical discussion - even if it is non-empirical and irrefutable. For we can now ask questions such as, Does it solve the problem? Does it solve it better than other theories? Has it perhaps merely shifted the problem? Is the solution simple? Is it fruitful? Does it perhaps contradict other philosophical theories needed for solving other problems?'
19. H.J. van Eikema Hommes, *De transcendentiaal-empirische methode. Haar betekenis voor de juridische vakwetenschappen*, in: *Een beeld van recht*, Ars Aequi 1979, p. 85.

stellingen, denkmodellen en stellingnamen die inzicht geven in de huidige situatie, in de wijze waarop zowel diagnose als remedie tot stand komen (p. 29). Deze doelstelling wordt geformuleerd nadat in de daaraan voorafgaande tekstfragmenten een samenvatting is gegeven van het actuele strafrechtelijk debat. Aan de ene kant wordt daarin de visie van de huidige beleidvoerders ten departemente gepositioneerd, die wordt gekenmerkt door een 'theoretisch niet geproblematiseerd instrumentalisme, dat wordt gepresenteerd als een natuurlijke vanzelfsprekendheid' (p. 22). Aan de andere kant wordt de kritiek op dit instrumentalisme in beeld gebracht die vooral is geuit vanuit de universiteiten. Die kritiek zou wel verband houden met de lopende strafrechtelijke waardendiscussie, maar niet op grondslagentheoretisch niveau zijn uitgewerkt, waardoor 'coherentie en contextualiteit van de in geding zijnde waardenpatronen' niet optimaal zouden kunnen worden gearticuleerd (p. 29).

De gekozen invalshoek stelt veel in het vooruitzicht. Ik noem de volgende programmaonderdelen. *a.* Het kale instrumentalisme wordt gehegeld. *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 Focué 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 (dus: contingent zijn). 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. Ik herinner ook op dit punt aan het gereleveerde debat tussen Popper, Lakatos en Kuhn. 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 doen zijn (transparantie).²⁰ 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.²¹

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 verdediging 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.²² Welnu, vanuit andere theoretische oriëntaties is precies dezelfde nadruk gelegd op de wezenlijke betekenis van een contradictoir proces.²³ Mij dunkt dat die andere inspiratiebronnen ook exact dezelfde kritiek genereren op bepaalde onderdelen van de vigerende rechtspraktijk. Het bestaan van disfunctione-

20. Kenmerkende opmerkingen over het afbeeldingsdenken trof ik aan op de pp. 46, 50, 63, 245 en 368.

21. Zie ook M.A. Loth, *Recht en Taal. Een kleine methodologie*, (2e druk) Arnhem 1981.

22. '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.' (pp. 323-324)

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

le, verhullende rituelen ter terechtzitting²⁴ en het systematisch vòòrkomen van 'dwangcommunicatie' in de rechtszaal²⁵ 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. Leijten heeft dit nog eens onderstreept in zijn in mijn inleiding al genoemde afscheidscollege. Ik hecht er aan op deze plaats de formulering te citeren waarin dit kernpunt op een soevereine wijze is uitgedrukt:

'Tegenover de rechter op het koord van het objectiverende recht - een fictie of desnoods een vrome leugen, die hem gedurig moet preoccuperen - staat de verdachte met geen andere ficties dan die van zijn eigen schepping. Zijn proceshouding is aan geen andere regels gebonden dan aan die van zekere orde in verband met de gedingvoering. Het staat hem vrij zijn 'belangen' te behartigen met inachtneming of met afwijzing van het stelsel. In het laatste geval kan hem worden tegengeworpen dat hij zich daarmee - overdrachtelijk gesproken - buiten het strafgeding heeft geplaatst, omdat de rechter zijn termen niet zou kunnen overnemen. Deze voorstelling is te eenvoudig omdat: wat een stelsel blijkt te kunnen dragen, vaak eerst manifest wordt onder scherpe op het eerste oog extrasystematische kritiek, waarbij het stelsel - of wat daarvoor moet worden gehouden - in geding is. Dit betekent dat de verdachte - die zich buiten het strafgeding lijkt te plaatsen - door die proceshouding het stelsel in werkelijkheid mede naar zijn hand kan zetten.'²⁶

Waar Foqué en 't Hart vanuit de door hen ontwikkelde grondslagentheorie tot dezelfde emancipatoire inzichten komen, kunnen zij wat mij betreft rekenen op brede steun vanuit de strafrechtswetenschap.

Dit brengt mij tot enkele vragen of problemen die resteren na de

24. Zie G.P. Hoefnagels, *Rituelen ter terechtzitting*, oratie Rotterdam, Deventer 1970 (2e druk 1977, met interessant voorwoord).
25. P. Bal, *Dwangkommunikatie in de rechtszaal*, diss. Amsterdam, Arnhem 1988.
26. A.L. Melai, *Het strafgeding: polariteit en tegenspraak*, inleiding op de losbladige uitgave *Het wetboek van strafvordering*, Arnhem z.j., p. 168. (Zie ook de nog enigszins aangescherpte versie van dit statement in idem, *Nogmaals: humane spanning in het strafrecht*, in: W.C. van Binsbergen e.a. (red.), *Handhaving van de rechtsorde*, A. Mulder-Bundel, Zwolle 1988. pp. 127-128)

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 er op 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 minutieuze 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 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 als ook 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 open gebleven kwestie: biedt de gepresenteerde grondslagentheorie enig houvast (ik heb het dus niet over kant en klare recepten) bij het beoordelen van de vraag wanneer het belang van rechtsbescherming of dat van instrumentaliteit wordt over-, respectievelijk 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. Ik heb al vermeld dat de jongste justitiële beleidsplannen worden gekarakteriseerd als 'een theoretisch niet geproblematiseerd instrumentalisme, dat wordt gepresenteerd als een natuurlijke vanzelfsprekendheid' (p. 22). Ook het rapport *Rechtshandhaving* van de WRR wordt op een fijnzinnige manier vanuit de grondslagentheorie gekritiseerd, 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, 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).²⁷

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 daarvoor 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.²⁸ 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 er van uit dat in het perspectief van de auteurs ook een beleidsplan criminaliteitsbestrijding denkbaar is, waaraan niet de nadelen van 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.

27. In 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.

28. Zie 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

5 Slotopmerkingen

Belangrijke dingen kunnen op verschillende manieren worden gezegd. Leijten pleit voor het verhaal als bindmiddel voor het onderwijs in het recht, het procesrecht daaronder begrepen.²⁹ De link met het literaire genre is dan snel gelegd: 'De schrijvende kunstenaar is geen gedragstherapeut of een arbiter morum, maar hij bericht ons met door hem zelf gekozen stijlmiddelen over de menselijke staat. Misschien als dichter en vaak niet zonder kwaadaardigheid, maar in elk geval niet in de hoedanigheid van griffier.'³⁰

Zo bevat ook het boek van Foqué en 't Hart een verhaal over belangrijke onderwerpen die de theorie en de praktijk van het strafrecht raken. Hun uiteenzettingen zijn diepgravend en veelomvattend, en hebben dan ook terecht in ruime mate de aandacht getrokken van vakgenoten uit verschillende disciplines. Ik heb in deze bijdrage geprobeerd na te gaan of sommige onderdelen van hun verhaal ook op een andere manier, vanuit een andere traditie zouden kunnen worden verteld. Het nuttige van de publicatievorm die in deze bundel is gekozen, is dat de auteurs kunnen repliceren. Daaruit kan dan blijken op welke punten de deelnemers gelijke of verschillende ideeën hebben, en waar ze eenvoudigweg langs elkaar heenpraten.

29. J. Leijten, a.w. p. 5.

30. A.L. Melai, *Van sociale kliniek naar rechtspraak*, afscheidscollege Leiden, Arnhem 1984, p. 2.