

Het strafrecht doet van zich spreken.

Strafrechtsjuristen te defensief? Onbegrip bij de leek.

In zijn Algemeen Deel. Een vervolg¹ kiest Jan Vranken, zoals hij het zelf in zijn Voorwoord formuleert, het perspectief van een geëngageerd toeschouwer die ziet hoe juristen met het burgerlijk recht omgaan. Hij komt ook over het strafrecht te spreken, en constateert aldaar weinig verschil met het burgerlijk recht als het gaat om de omgang met het recht door professionele juristen. Uit een debat over mijn boekje *Het grote onbehagen*², gepubliceerd in het *Nederlands Juristenblad*³, citeert hij een rechter: “De rechter dient vooral op zijn post te blijven Hij moet wel beter luisteren, maar ook beter uitleggen wat hij doet en waarom hij niet anders kan. Communicatie is het toverwoord”⁴. Maar Vranken signaleert vervolgens dat buitenstaanders, zoals de cultuursocioloog Gabriel van den Brink⁵, heel anders reageren. Van den Brink merkte bijvoorbeeld op dat de ondertitel van *Het grote onbehagen* (“Emotie en onbegrip over de rol van het strafrecht”) doet vermoeden dat de auteur schrijft vanuit het perspectief van de ontevreden burger, en wil aangeven hoe maatschappelijke noties en ervaringen beter tot hun recht komen binnen de systematiek van de strafrechtspleging. Het tegendeel is volgens Van den Brink echter het geval. Het boek is een apologie van het bestaande systeem. De auteur is wantrouwig en vol reserves als het erom gaat het systeem open te stellen voor eisen en behoeften van de maatschappelijke omgeving. Vranken haalt ook nog Schoo aan⁶: “Juristen hebben een afkeer van externe invloeden, de straat, de waan van de dag, van het onbehagen van het gepeupel, van de pers ook”. Dezelfde kritiek levert de filosoof Hans Boutellier, onder meer in zijn intrede voor de VU: de tekst van De Roos bestempelt hij daar als erg ‘defensief’.⁷ Zelf pleit hij in zijn boek *De veiligheidsutopie*⁸ voor een ‘urgent’ strafrecht, waarmee hij lijkt te bedoelen een strafrechtspleging die open staat voor de noden en behoeften van de burger. Aanleiding genoeg voor een kritisch zelfonderzoek, waarin de problematiek verder wordt uitgediept en in een iets anders perspectief wordt geplaatst.

Zijn strafrechtjuristen inderdaad zo defensief? Zijn zij esoterische navelstaarders? Hoe praten zij eigenlijk over hun vak – onderling, en naar buiten toe? En wat kunnen leken daarmee? Althans: geëngageerde leken, om opnieuw bij Vranken leentjebuurt te spelen?

Ik ga vanmiddag als volgt te werk. Allereerst behandel ik de manier waarop strafrechtjuristen strafrechtspolitieke kritiek leveren, en wat daarmee mis zou kunnen zijn: hoe spreken strafrechtjuristen onder elkaar? Een recent debat.

Vervolgens ga ik na of het dogmatisch strafrechtelijk discours niet nodeloos esoterisch is, aan de hand van hopelijk aansprekende voorbeelden.

Tenslotte behandel ik een aantal rechtspolitieke strategieën die al of niet tot een opener attitude van de strafrechtjurist (toepasser en wetenschapper) zou kunnen leiden.

¹ J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel. Een vervolg, Kluwer, Deventer, 2004.

² Th.A. de Roos, *Het grote onbehagen. Emoties en onbegrip over de rol van het strafrecht*, Balans, Amsterdam, 2000.

³ NJB 2001, p.

⁴ T.a.p., p. 67.

⁵ G. van den Brink, NJB

⁶ H.J. Schoo, *Strafrecht, openbaarheid en de zweepslag van de democratie*, in: A. Ellianen I.M. Koopmans (red.), *Media & strafrecht*, Deventer, Gouda Quint, p. 11-28.

⁷ H. Boutellier, VU-rede 2004.

⁸ H. Boutellier, *De veiligheidsutopie*, 2000.

De retorische verleiding van de strafrechtjuristen

In een essay over de retorische verleiding van de strafrechtjuristen⁹ hekelde Klaas Rozemond het zijns inziens verwerpelijke gebruik van retoriek door strafrechtsgeleerden die kritiek ventileren op ontwikkelingen in de wetgeving en rechtspraak die de rechtsstaat zouden bedreigen en in een crisis storten. Dat bepaalde maatregelen op gespannen voet staan met mensenrechten of rechtsbeginselen betekent nog niet dat de Nederlandse rechtsstaat binnen afzienbare tijd zal afglijden naar een politiestaat”, zo betoogt Rozemond. Hij vindt de uithollingsretoriek onzin, “want we leven nog steeds niet in een totalitaire staat”. Prakken en Spronken reageren op Rozemonds kritiek met de volgende argumentatie: er is geen sprake van een keuze tussen rechtsstaat en het totalitarisme. “In de werkelijkheid leven we in een staat die rechtsstatelijke trekken vertoont maar ook totalitaire. Het is altijd een kwestie van meer of minder (...)” (p. 1452). Rozemond noemt deze redenering in zijn reactie ook retorisch. De bewering dat wij in een samenleving met totalitaire trekken leven is niet zonder meer waar. Zij behoeft rationele onderbouwing. Zonder een dergelijke onderbouwing staat deze karakteristiek gelijk aan de populistische retoriek “waar het publieke debat zo onder heeft te lijden” (p. 1463).

Nu zou het niet zo moeilijk zijn geweest voor Rozemond om te bedenken wat Spronken en Prakken ter onderbouwing aangevoerd zouden kunnen hebben. Zij zouden stellig hebben gewezen op voorbeelden als de recente (voorstellen voor) antiterrorismewetgeving, zoals de verruiming van het klassieke verdenkingsbegrip tot voorbij het plegen en beramen van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (de ‘aanwijzingen’) of de verlenging van de voorlopige hechtenis in combinatie met het onthouden van stukken aan de verdediging. Prakken schrijft in ‘Het Laatste woord’, in haar afscheidscollege¹⁰, onomwonden, dat de verdediging eenvoudig vergaand wordt gemarginaliseerd. Het is, zo schrijft zij, “vooral de beperkte dominante rechtsopvatting, niet in de laatste plaats bij de Hoge Raad, waardoor de rechtspraak een eenzijdig instrument van criminaliteitsbestrijding aan het worden is”. De ‘totalitaire trekken’ bestaan in deze benadering kennelijk in het ‘afknijpen’ van verdedigingsrechten, door de rechtspraak in dit geval en ook de wetgever. De strafrechter zou meer oog hebben voor de ‘werkelijke wereld’ dan voor de kunstmatige van het strafproces, waar betrekkelijke gelijkheid van de partijen wordt bereikt (p. 133). Dat komt volgens Prakken omdat “de rechter kennelijk voor zichzelf in de eerste plaats een taak ziet weggelegd met betrekking tot de criminaliteitsbestrijding, en om die reden erg gericht is op het overheidsbeleid dienaangaande, dat natuurlijk bedoeld is om de werkelijke wereld beheersbaar te houden”.

Dit is een benadering van de huidige werkelijkheid in de strafrechtspleging, die niet zo veel met retoriek te maken heeft. Ik meen dat Rozemond in zijn essay slechts een vrij onbelangrijk randverschijnsel op de korrel heeft genomen. Prakken en Spronken gaan in hun weerwoord echter verder dan dat te constateren. Zij betogen dat achter de retoriek-kritiek een positivistische opvatting verborgen ligt, en zelfs een harde variant daarvan. Hij zou een stroming representeren die volkomen kritiekloos staat tegenover het nu eenmaal geldende recht. Rozemond ontkent dat, met een verwijzing naar zijn eerdere publikaties zoals zijn dissertatie. Ik vind het op dit moment nog even niet interessant of hij terecht ontkent of niet, maar het is wel nuttig om vast te stellen dat Rozemonds opvattingen afwijken van de rechtsopvatting van Prakken en Spronken, en dat zijn opvatting – positivistisch of niet – dichter bij de ‘dominante’ rechtsopvatting staat dan die van Prakken en Spronken. Ik zal

⁹ Kl. Rozemond, *De retorische verleiding van de strafrechtjuristen*, NJB 2005, p. ...

¹⁰ Het laatste woord etc.

proberen aan te geven waar ik in dit debat sta. Daartoe ga ik eerst in op het gebruik van het begrip totalitair'. Dit vraagt om een verantwoording (in zoverre ben ik het wel met Rozemond eens), omdat het een zeer beladen begrip is. Wie zich – wat naar mijn mening zeker voor de hand ligt – oriënteert op de bekende analyse van Hannah Arendt¹¹ moet vaststellen dat het begrip iets geheel anders inhoudt dan bijvoorbeeld “op gespannen voet met de rechtsstaat”, “ondemocratisch” en dergelijke noties. Ook mag het niet worden veward met het begrip politiestaat. Bij Arendt is het zo dat het totalitarisme een regelrechte ontkenning en ondermijning is van de rechtsidee. Niet alleen de gerechtigheid, ook de rechtszekerheid, de rechtsgelijkheid en zelfs de doelmatigheid worden weggevaagd. Het ‘doel’ van het regime, de wereldheerschappij, is irreëel, en daarom is de ongrijpbare kern van het totalitaire bewind in wezen gericht op vernietiging, niet van de ideologisch gecreëerde ‘vijand’ (de joden, de kapitalisten en hun handlangers), maar ook van het eigen volk. De totalitaire regimes zijn volslagen onverschillig voor het lot en het lijden van hun eigen burgers. Het nationalisme is slechts een ideologische schijnfiguur. Voorzover nog instituties van de rechtsstaat zijn blijven voortbestaan (zoals wetten en gerechten) hebben deze vooral de functie alles wat het bewind in de weg loopt te elimineren. Het gaat hier historisch gezien om een extreme uitzonderingstoestand. Zo bezien kunnen zelfs ingrijpende en vergaande beperkingen van de positie van de verdachte en de verdediging in onze democratische maatschappij niet als totalitaire trekken worden gekenschetst.

Afgezien van het misplaatste bezigen van het begrip totalitair met betrekking tot de huidige maatschappelijke werkelijkheid is er nog een ander voor mij problematisch punt in de benadering van Prakken. Ik neem als aangrijpingspunt een passage in haar afscheidsrede, gepubliceerd in de mooie bundel *Het laatste woord*.¹² Daar betoogt zij dat de rechtspraak een eenzijdig instrument van criminaliteitsbestrijding aan het worden is. De rechtspraak is te zeer gericht op het overheidsbeleid terzake. Dat overheidsbeleid is bedoeld om “de echte wereld beheersbaar te houden”. Maar de rechter zou zich daartegen schrap moeten zetten en als een leeuw de ‘kunstmatige’ wereld van het strafproces, dat tot op zekere hoogte zorgt voor gelijke partijen en gelijke wapens, intact moeten houden, en daarbij laat hij het afweten. Deze denkwijze werkt met metaforen, maar kan zeker niet als retoriek worden afgedaan. Zij doet sterk denken aan het onderscheid dat Toon Peters in zijn beroemde Utrechtse oratie maakte tussen ‘policing the police’ en ‘policing society’, en dat van Herbert Packer tussen het Crime Control Model en het Due Process Model.¹³ Men herinnere zich de kritiek daarop van Melai, die de ‘verlokking der modellen’ hekelde en het modeldenken als simplificatie aan de kaak stelde. Ook ik vraag me af of dergelijke theoretische polariteiten vruchtbaar zijn voor de analyse van de werkelijkheid van het strafrecht. Wat is er immers mis met het streven om de werkelijkheid beheersbaar te houden? Is dat niet zelfs één van de hoofdfuncties van het recht? In de termen van Radbruch¹⁴ gaat het om gerechtigheid, maar ook om rechtszekerheid en doelmatigheid, begrippen die op elkaar betrokken zijn en niet van elkaar kunnen worden gescheiden. Het recht, ook het strafrecht, is in zijn denken een op specifieke waarden betrokken cultureel instituut. De rechtszekerheid is van eminent belang: zonder rechtszekerheid is gerechtigheid ondenkbaar. Dat betekent ook: beter slecht recht dan geen recht. Alleen in extreme (totalitaire) situaties kan gesproken worden van gesetzeliches Unrecht, dat dan moet wijken voor Übergesetzliches recht, zoals Radbruch het in een beroemd geworden opstel uit 1945 uitdrukt.¹⁵ Beginselen buiten het positieve recht gelegen die het

¹¹ H. Arendt, *Totalitarisme*. 2005, ...

¹² *Het laatste woord*, p. ...

¹³ *Het rechtskarakter van het strafrecht*, 1972 ...

¹⁴ *Rechtsphilosophie I*, p.

¹⁵ G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.

geldend recht als onrecht kwalificeren zijn er dus niet. Er kan ook geen sprake zijn van een recht dat “kritisch” haaks op de werkelijkheid of de maatschappelijke orde staat. Recht is mensenwerk, het product van – als het goed is – een democratisch besluitvormingsproces en een goed ingerichte rechtspraak (niet alleen overheidsrechtspraak!). Getoetst aan dit gedachtengoed zijn wij in Nederland anno 2005 zeer ver verwijderd van een totalitaire situatie, en is het – in zoverre heeft Rozemond wel een punt – ook niet verhelderend om van ‘totalitaire trekken’ in onze strafrechtspleging te spreken. Maar dat betekent niet dat het waarschuwen voor Guantanamo Bay-achtige situaties, die onlangs zelfs door rechters werden geventileerd, als overdreven en retoriek kunnen worden afgedaan.¹⁶ Wanneer het handelen van politie en justitie, en het tegen de verdachte ingebrachte bewijs niet meer toetsbaar is, en wanneer langdurige vrijheidsbeneming in het vooronderzoek niet kan worden aangevochten omdat de verdediging geen toegang heeft tot de stukken, gaat verloren wat typerend is voor een rechtsstaat. Maar niet alleen de rechtsbescherming, ook de instrumentaliteit is kwetsbaar: naar mijn stellige overtuiging zullen rechters in het algemeen zich niet door oncontroleerbaar bewijsmateriaal laten overtuigen. Ook na de Nienke-zaak heb ik wat dat betreft voldoende vertrouwen in onze zittende magistratuur.¹⁷ Elders, in een Leidse bundel over de taak van de strafrechtswetenschap, heb ik het al eens geschreven: een crisis in de strafrechtspleging is niet aan de orde, maar waakzaamheid is geboden. Conclusie: ook als je zoals ik de denkwijze van Peters en Prakken niet geheel deelt en minder somber bent over de huidige maatschappij, is kritiek op de huidige mogelijk en nodig ontwikkelingen mogelijk en nodig. Dat die onderbouwd moet worden is ene open deur. En ik laat mij door de toch wat calvinistisch getoonzette bezwaren van Rozemond niet afschrikken. Een beetje retoriek op zijn tijd kan heel functioneel zijn!

Wereldvreemde juristen

Tot zover het spreken van strafrechtjuristen onder elkaar; nu het tweede thema: hoe wordt dat spreken door de buitenwacht ervaren?

Mij is ooit in een bespreking van een artikel van mijn hand verweten dat dat niet het product van een jurist, maar dat van een maatschappijbeschouwer was. Ik vatte dat op als een compliment. Radbruch, die na lang twijfelen voor een professioneel bestaan als universitair jurist koos (maar zoals bekend zich later ook in de politiek begaf), voelde zich stellig vooral maatschappijbeschouwer, en stond afwijzend tegenover een eng-juridische wijze van redeneren. Dat komt op fraaie wijze naar voren in zijn kritiek op een interpretatiekunde die door enkele regels van Goethe prachtig zijn samengevat:

*“Im Auslegen sei frisch und munter!
Legt ihr’s nicht aus, so legt was unter”.*

Dat wil zeggen: de rechter haalt iets uit de te interpreteren regel dat hij er eerst zelf heeft ingestopt. Voorbeeld: in een wachtruimte hangt een bordje met de tekst: honden mogen niet naar binnen. Dan komt een man binnen die een beer aan een riem meevoert. De vraag is nu: mag ook de beer niet naar binnen? Twee mogelijkheden: nee, want de beer is ook een dier; of: ja, want een beer is geen hond. In een eng-juridische benadering zijn beide antwoorden juist. De uitlegger kan in de regel lezen dat het gaat om een verbod voor dieren, én hij kan in de regel leggen dat deze beoogt uitsluitend honden de toegang te ontzeggen, en niet olifanten of marsmannetjes, anders had het bordje dat wel vermeld! Het echt juiste antwoord kan

¹⁶ Corsten, NJB; Fokkens, Van Kempen e.t.q.

¹⁷ Nienke-zaak, kritiek Jörg noemen.

natuurlijk alleen worden beredeneerd en geloofwaardig gemotiveerd door op de maatschappelijke strekking van het verbod in te gaan. Radbruch hekelt een rechterlijke uitleggingspraktijk die op gekunstelde wijze tracht de uitkomst in juridische finesses te kleden waarvan de suggestie uitgaat dat een bepaalde uitkomst wel degelijk de 'bedoeling' van de wet is, ook al heeft de wetgever totaal niet gedacht aan de situatie die zich in de te berechten casus voordoet. De leek snapt terecht niets van die fratsen. Wanneer een bepaalde uitkomst door het rechtsgevoel wordt gedictieerd kan de rechter veel beter openlijk erkennen dat de wet zwijgt, maar dat het rechtsgevoel duidelijk in een bepaalde richting voert. De gedachte dat het enig juiste antwoord in de wettelijke regel ligt besloten als een standbeeld in een blok marmer is een waanidee.¹⁸

De veelbesproken wereldvreemdheid van juristen, zo betoogt Radbruch, kan er ook op berusten dat de mening heeft postgevat dat de activiteit van juristen bij de rechtstoepassing zich beperkt tot het bijeenbrengen van juridische kennis. Een goed inzicht in de rechtscheppende rol van de jurist leidt tot de conclusie dat de jurist op de hoogte moet zijn van de maatschappijwetenschappen om te onderkennen binnen welke maatschappelijke verhoudingen de regel functioneert, en van de rechtsfilosofie om te beseffen welke waardenkriteria er zijn waaraan de schepping van recht zich kan oriënteren.¹⁹ Dat heeft gevolgen voor de wijze waarop wettelijke termen worden uitgelegd, dus voor de juridische dogmatiek. Die mag niet ontaarden in wereldvreemdheid.

Ik zal hierop nader ingaan aan de hand van een voorbeeld, namelijk de HIV-arresten van de Hoge Raad over het begrip voorwaardelijk opzet (het willens en wetens op de koop toe nemen van de aanmerkelijke kans dat een bepaald gevolg, bijvoorbeeld de dood of zwaar lichamelijk letsel, zal optreden). De verdachten hadden onbeschermd seks gehad zonder aan hun partners te vertellen dat zij HIV-besmet waren. Zij werden vervolgd voor poging tot doodslag. Daarbij werd door de rechters de voorwaardelijk opzet-constructie gehanteerd. Een deskundige had verklaard dat de kans op besmetting gemiddeld 1 op 250 was. Eén van de strijdvragen werd door de Hoge Raad al in het eerste HIV-arrest beslecht: het begrip aanmerkelijk mag niet worden ingevuld aan de hand van het (eventuele) gevolg. De voorstanders van een normatieve invulling van het begrip aanmerkelijke kans meenden dat er eerder sprake was van een aanmerkelijke kans naarmate het door de strafbepaling beschermde rechtsbelang van hoger rang was (het menselijk leven scoort dan natuurlijk heel hoog). Wanneer men afgaat op het spraakgebruik lijkt op het eerste gezicht een 'aanmerkelijke' kans toch iets anders dan een kans van 1 op 250. Mijn voorganger Jaap de Hullu stelt in zijn handboek dat men bij een kans van 1 op 10 al moet twijfelen of er opzet in het spel is²⁰. Dat getuigt van een feitelijke, kwantitatief-statistische benadering, die de eigenschap heeft dat zij het domein van het opzet inperkt. Of men zo'n restrictieve interpretatie goed of fout vindt is een andere kwestie; vastgesteld zij dat de strijdvraag gaat over meer of minder normativeren (dus moraliseren). Anders gezegd: als het aangerichte kwaad groter is mag je het bij de interpretatie van de wet ruimer nemen, versus: in het belang van de rechtszekerheid nemen we het juist nauw bij de uitleg van wettelijke of jurisprudentieel-dogmatische begrippen, mede omdat de rechter niet op de stoel van de wetgever moet gaan zitten. In het derde en voorzover ik weet voorlopig laatste HIV-arrest, waarin een arrest van het hof Arnhem werd gecasseerd waarin werd veroordeeld wegens poging tot zware mishandeling, casseerde de Hoge Raad nogal verrassend opnieuw. Hij stelde zwaardere eisen aan het bewijs van voorwaardelijk opzet dan

¹⁸ Rechtsphilosophie I, p. 149.

¹⁹ T.a.p., p. 150 Aldus wordt de aloude zinspreuk van de Romeinse juristen bewaarheid± Jurtitia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.

²⁰ J. de Hullu, Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht. 2^e druk, Kluwer, Deventer 2003, p. 237.

vrij algemeen werd aangenomen. Dit gezwabber maakt het zelfs voor de incrowd niet gemakkelijker te doorgronden. laat staan voor de geëngageerde toeschouwer.

Het leerstuk voorwaardelijk opzet is door de rechtspraak in ons recht geïntroduceerd, waarbij het Duits recht een belangrijke inspiratiebron vormde. Die introductie was niet onomstreden. In zijn noot onder het bekende Cicero-arrest schreef Pompe: “De leer van het voorwaardelijk opzet berust op een gelijk stellen van een waargenomen en een verbeelde situatie, van een werkelijkheid en een illusie”.²¹ Die kritiek heeft het leerstuk niet belet een triomftocht door de rechtspraak te maken. Pompes taalgebruik is retorisch²² (ook vroeger konden de strafrechtjuristen er dus al wat van!): het gaat niet om een tegenstelling tussen werkelijkheid en illusie, maar om een tegenstelling tussen echt willen en eventueel willen (op de koop toe nemen). Maar Pompe heeft wel een punt: er sluipt al snel een normatief element in de uitleg van het begrip opzet. Of, nauwkeuriger gezegd: de deur voor een meer normatieve interpretatie wordt verder opengezet.²³

Wie als leek de discussies in de literatuur en rechtspraak over het voorwaardelijk opzet zou volgen zou waarschijnlijk hoofdschuddend opmerken dat die juristen maar een esoterisch, navelstarend volkje zijn. Maar toch: de strafrechtelijke dogmatiek mag esoterisch overkomen, het gaat niet om een strijd over des keizers baard. De dogmatiek levert oplossingen die wel degelijk een groot publiek kunnen aanspreken. Het medeplegen – een leerstuk dat momenteel ook nogal in beweging is en waarover soms zeer verschillend wordt gedacht - kan bewezen worden verklaard ook tegen de verdachte die bij de delictueuze handeling geen vinger heeft uitgestoken²⁴, of wanneer niet is vast te stellen wie precies heeft geschoten maar wel vast stond dat de schutter deel uitmaakte van het groepje van drie verdachten.²⁵ Dat stoeptegelgooiers vanaf viaducten, die de dood van een automobiliste op hun geweten hebben, voor medeplegen van moord, en daarnaast (omdat ze de dolle actie enkele malen eerder hadden uitgevoerd zonder fatale gevolgen) voor het medeplegen van poging tot moord, worden veroordeeld zal waarschijnlijk brede instemming ontmoeten²⁶. Maar steeds moet worden bedacht dat de dogmatische concepten niet alleen de aansprakelijkheid funderen, maar dat zij deze ook beperken²⁷. Dat deze beperking wellicht op minder breed begrip kan rekenen is de prijs die dan betaald moet worden. Een ontwikkelde rechterlijke motiveringscultuur is tegen deze achtergrond van eminent belang.²⁸ In ieder geval moet misbruik van het leerstuk worden vermeden. Daarvan is sprake wanneer het wordt toegepast in gevallen als het cocaïne in koffer-arrest – de rechter gelooft het verweer niet (ik kreeg de koffer van een kennis in Paramaribo, wist ik veel dat er coke in was gestopt?) maar in plaats van dat ronduit te zeggen neemt hij voorwaardelijk opzet aan.²⁹

Zowel de wetenschappelijke bewerking als de praktische toepassing van het recht bestaat, aldus Radbruch, in de opheldering, correctie en aanvulling van de positieve rechtsregels in de zin van de eigen waardeoordelen, die een keuze maken tussen diverse mogelijke interpretaties

²¹ HR 9 november 1954, NJ 1955, 55.

²² Ook in Pompes tijd waren strafrechtjuristen kennelijk al bevangen door wat Klaas Rozemond noemt: de retorsche verleiding van het strafrecht. Zie zijn gelijknamige essay in NJB 2005 (23), p. 1182-1185.

²³ De Hullu, t.a.p., p. 190: de klassieke causaliteitstheorieën kunnen nog steeds goede diensten bewijzen.

²⁴ De Hullu, t.a.p., p. 448 e.v.

²⁵ De Bacchus-zaak, HR 8 mei 2001, NJ 2001, 480.

²⁶ Zij werden door de Haagse rechtbank tot forse gevangenisstraffen veroordeeld wegens medeplegen van moord (rechtbank 's-Gravenhage 26 juni 2005, o.a. LJN-nr. AT8467).

²⁷ J. de Hullu, t.a.p., p. 237.

²⁸ Zie daarover recent Eindrapport Pilot PROMIS (project verbeteringsverbetering strafvonnissen). Arnhem, 26 mei 2005.

²⁹ HR

en voorzien in de leemten in de wet. Zoals dat bij elke nieuwe schepping het geval is, zo is ook bij de nieuwe creatie van de rechter en de rechtswetenschapper met zijn volledige persoonlijkheid betrokken, niet alleen met zijn denken, maar ook met zijn voelen en willen.³⁰ Hij past deze opvatting in hetzelfde opstel ook toe op de interpretatiemethoden. Er is, zo paraphraseer ik zijn opvatting, geen sprake van een voorgegeven schema dat bepaalt hoe men de wet zal interpreteren, met een bepaalde gefixeerde rangorde waarbij bijvoorbeeld de wettekst belangrijker is dan de wetshistorie of andersom (zie de recente discussie over het mensensmokkelarrest)³¹. Het is veeleer zo, dat de interpretator zijn persoonlijke waardeoordelen in de strijd werpt, met inzet van zijn volle persoonlijkheid, en de bekende interpretatiemethoden gebruikt als vehikels om die waardeoordelen tot gelding te brengen. In dit verband is interessant, dat Radbruch zich er uitdrukkelijk op beroept dat juist de leek niets zou begrijpen van de opvatting dat de rechtsorde perfect is en zonder tegenspraken en dat het de taak is van de jurist om te ‘vinden’ wat recht is in plaats van waar nodig zelf recht te scheppen.

Kan ik dit uitleggen?

Het is tijd voor een tweede voorbeeld. Een heel praktisch criterium als het gaat om het beoordelen van de invoelbaarheid van juridisch-technische teksten – zoals rechterlijke uitspraken – door de leek is de vraag: is het uit te leggen? Het moge duidelijk zijn dat als deze vraag niet bevestigend kan worden beantwoord een ernstig legitimizeitsprobleem aan de orde is. Als de vraag met droge ogen met ja is beantwoord komt de vervolgvraag: hoe doe ik dat dan? Als voorbeeld neem ik een rechterlijke uitspraak waarover in vakkringen driftig is gedebatteerd, maar opvallend genoeg ook alleen daar. Het gaat dus niet om een uitspraak die grote maatschappelijke aandacht heeft getrokken. Ik bedoel het Mensenroof-arrest van de Hoge Raad, 20 november 2001.³² Het ging daar om de vraag hoe het delictsbestanddeel “over de grenzen van het Rijk in Europa voeren” in artikel 278 WvSr moest worden uitgelegd. Voor de goede orde eerst de tekst van het artikel:

“Hij die iemand over de grenzen van het Rijk in Europa voert, met het oogmerk om hem wederrechtelijk onder de macht van een ander te brengen of om hem in hulpeloze toestand te verplaatsen wordt, als schuldig aan mensenroof, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie”.

Dat is zo op het oog een duidelijke tekst. De toepassing ervan op de casus in kwestie (een geval van illegale adoptie waarbij een baby vanuit Brazilië naar Nederland werd gebracht, waarbij valse papieren waren gebruikt) leek niet problematisch. Toch kwam het hof tot een vrijspraak, en wel op wetshistorische gronden. Blijkens de memorie van toelichting op dit artikel 278 Sr dient onder “over de grenzen van het Rijk in Europa voeren” te worden verstaan: “het vanuit Nederland over de grens voeren naar het buitenland”. In de casus was het omgekeerde het geval. Dus moet worden vrijgesproken. Het openbaar ministerie tekende evenwel cassatie aan. De advocaat-generaal Machielse betoogt in zijn conclusie dat het cassatieberoep moet worden verworpen: de memorie van toelichting, en daarmee ‘de’ bedoeling van de wetgever, is “kristalhelder”. De Hoge Raad casseert echter, met een zeer

³⁰ Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung. Ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit (1906). In: Rechtsphilosophie I, 1987 (C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg (Hrsgb. A Kaufmann)), p. 420.

³¹ Borgers over noot Mevis/De Lange.

³² NJ 2003, 652 m.nt. R. de Lange en PMe.

uitvoerig gemotiveerd arrest, dat aardig genoeg pas na geruime tijd door de rechtsgeleerde wereld werd ontdekt, maar toen ook ter dege. Met name de kritiek van de NJ-annotatoren De Lange en Mevis was uitzonderlijk hard. Wat was er aan de hand? Deed zich hier een geval voor waarin de wet wijzer was dan zijn makers, om met Radbruch te spreken?³³ De Hoge Raad stelt voorop dat de omstandigheid dat art. 278 Sr bij zijn totstandkoming een toelichting heeft gekregen die slechts aandacht schenkt aan een beperkt soort van gevallen, op zichzelf geen beletsel vormt dat aan die bepaling een ruimer toepassingsbereik wordt toegekend dan destijds voorzien. De tekst laat een ruimere interpretatie zeker toe, zoals wij zagen. Op de genoemde passage in het arrest volgt een uitvoerig betoog, waarbij aandacht wordt geschonken aan de ratio van de strafbaarstelling en maatschappelijke (ook internationale) en rechtsontwikkelingen die zich sinds het einde van de negentiende eeuw hebben voorgedaan. Dat leidt tot de conclusie dat inderdaad ook het binnenvoeren van een kind vanuit Brazilië in Nederland onder art. 278 Sr valt. De zaak wordt verwezen naar het gerechtshof te Arnhem, die later tot een veroordeling komt.³⁴ Het cassatieberoep tegen dat arrest is verworpen.³⁵ De kritiek op het HR-arrest was dus niet mals. Werd hier niet het in het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel (art. 1 Sr, art.15 Grondwet, art. 7 EVRM) besloten rechtszekerheidsbeginsel aan de kant geschoven ten gunste van allerlei historische en maatschappelijke beschouwingen die veeleer de wetgever passen, en werd het gelijkheidsbeginsel hier niet ten onrechte gebruikt als toetsingskriterium bij de interpretatie?³⁶ Het arrest vond echter ook verdedigers. Borgers³⁷ meende dat nu de tekst van het wetsartikel een ruimer toepassingsbereik mogelijk maakte dan de toelichting beoogde een nadere bepaling van de ruimte door de rechter onvermijdelijk is. Ook de A-G Jörg in zijn conclusie voor het tweede mensenroofarrest neemt de uitspraak in bescherming. Hij wijst er onder meer op dat het net de rechtsonzekerheid wel meevalt, omdat aan de verdachten hoe dan ook duidelijk was dat zij met iets illegaals bezig waren (de vervalste documenten!). Volgens Cleiren³⁸ maakt de HR een flinke stap in dit arrest: een stap naar wat zij noemt (met Rozemond) de ‘rechtenconceptie’ van recht (in tegenstelling tot de ‘regelconceptie’, die nauw verwant is aan het legisme): de keuze voor bescherming van het slachtoffer mag nadrukkelijk meewegen. Terecht wijst zij – evenals Jörg – er op dat de rechtspraak van het EHRM deze stap niet in de weg staat (getuige de zaak waarin een uitspraak van het House of Lords die in tegenstelling tot eerdere beslissingen verkrachting binnen het huwelijk strafbaar oordeelde).³⁹ Valt het mensenroofarrest uit te leggen aan (geïnteresseerde) leken? Ik denk van wel, en zeker beter dan de vrijspraak van het hof. Het verschil doet wereldvreemd aan. Natuurlijk wil ik hiermee niet betogen dat alle strafwetten die wereldvreemd zijn ten koste van de rechtszekerheid nu maar heel ruim (per analogiam), tegen tekst en wetsgeschiedenis in, moeten worden uitgelegd. Het beginsel van rechtszekerheid is van grote betekenis, en ook dat valt goed uit te leggen. Maar in de mensenroofzaak waren er voldoende en zeer aansprekende aanknopingspunten voor een interpretatie die de historische wetgever, die naar hedendaagse maatstaven ‘wereldvreemd’ genoemd kan worden, aan de kant schuift.

Welke strategieën komen in aanmerking?

³³ Das Gesetz ist klüger als sein Verfasser. Vindplaats??

³⁴ Vindplaats.

³⁵ Vindplaats!

³⁶ Zie de noot van De Lange en Mevis; vgl. ook Dolman.

³⁷ DD

³⁸ Zie C.P.M. Cleiren, Het legaliteitsbeginsel (annotatie), in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos (red.), NbSr Select. Jurisprudentie uit Nieuwsbrief Strafrecht, p. 207-226 (p. 225).

³⁹ EHRM 22 november 1995, NJ 1997, 1 (C.R. v. UK).

Ik pleit voor strafrechtsbeoefening met een open mind, of om met Hannah Arendt (in navolging van Kant) te spreken: met ‘erweitertes Denken’.⁴⁰ Na het spreken van strafrechtjuristen onder elkaar en het spreken via de rechterlijke motivering aan de hand van de dogmatiek kom ik tenslotte toe aan de rechtspolitiek. Welke strategieën zijn er te bedenken om te komen tot een opener strafrecht?

- Een denkbare strategie is: het probleem bagatelliseren, althans relativeren. Is er werkelijk zo veel onvrede en onbegrip? Is de rechtspleging in Nederland niet van heel behoorlijke kwaliteit, vergeleken met vele buitenlandse landen? Is het vertrouwen in de justitie zelfs na de ophef over de Schiedamse parkmoord⁴¹ niet relatief groot in dit land? Het nadeel van deze strategie is echter, dat zij niet werkt als er weer eens een tbs-gestelde is ontsnapt of een vrijspraak is gevallen in een ‘terroristenzaak’. In dergelijke zaken worden in de pers en politiek Den Haag al snel de koppen van de verantwoordelijke functionarissen geëist, en worden deskundigen door de media bestookt met de vraag of “het OM weer eens geblunderd heeft”.

- Een tweede, meer voor de hand liggende strategie is het betrekken van leken bij de rechtspraak. Voor onderzoek naar de zin van maatregelen die dat mogelijk maken is gepleit door Chrisje Brants⁴². Groenhuijsen heeft dit pleidooi als slap en slecht aan de kaak gesteld.⁴³ Volgens hem zijn de voor- en nadelen van juryssystemen, hoven van assisen en dergelijke al duidelijk genoeg in kaart gebracht. Een rapport van een VVD-commissie die ook in de richting van uitbreiding (of liever: invoering) van het lekenelement in onze strafrechtspraak pleit,⁴⁴ is óf niet evidence-based, óf komt met voorstellen die op zijn minst ondoordacht zijn. Dat de gedachte opkomt bij rechtswetenschappers én bij politici (ook Groen Links heeft bijvoorbeeld belangstelling getoond) is niet zo vreemd⁴⁵. Als er inderdaad sprake is van een kloof tussen burger en strafrechtspleging, en het strafrecht overkomt als een gesloten bastion van professionals die leken als stoorzenders ervaren (hoogstens voor slachtoffers en nabestaanden mag de deur op een kier) ligt het voor de hand om die kloof te overbruggen door de burger een actieve rol in de procedure te geven, en wel een rol als (mede)beslissers. Er zijn echter ook klemmende redenen om dat niet te doen. In ieder geval is een behoefte aan kwaliteitsverhoging geen geldige reden, tenzij het gaat om het inschakelen van niet-juristen met een bepaalde expertise, zoals is geschied in de penitentiaire kamer van het Arnhemse gerechtshof. Dat is echter een geheel andere invalshoek dan het verkleinen van de kloof burger-strafrecht. Groenhuijsen wijst op de grote betekenis van culturele verschillen, die ook naar mijn mening niet moeten worden onderschat. Waar het echter vooral om gaat is de vraag of de professionele rol van de jurist tegenover de leek in een ander daglicht zou komen te staan. Dat is zeer twijfelachtig, omdat als het erop aankomt juristen in alle bekende strafrechtsplegingen een dominante rol blijven spelen, bijvoorbeeld bij het instrueren van de jury.

- Een derde strategie kan zijn: nóg beter uitleggen. Een cultuuromslag in de motiveringscultuur, die juist in het strafrecht van groot belang is. Het project PROMIS dat in 2005 in het Arnhemse hofressort werd afgerond⁴⁶ is daar een goed voorbeeld van. In dezelfde sfeer horen thuis de vorming van burger-panels die ‘meebeslissen’ over de straftoemeting van

⁴⁰ Peter Venmans, ...

⁴¹ Rapport-Posthumus, NJB-artikel.

⁴² Chr. Brants,

⁴³ M. S. Groenhuijsen, Redactioneel DD oktober.

⁴⁴ VVD-rapport.

⁴⁵ Cleiren/De Roos in Groen Links-blad

⁴⁶ Verslag en evaluatie PROMIS.

echte (niet-gefingerde) strafzaken, zoals in Groningen op initiatief van het Dagblad van het Noorden is gebeurd. Beter motiveren kost tijd en dus geld. De grote vraag is of dat beschikbaar komt. In ieder geval is dank zij een amendement wel een wettelijke aanscherping van de motiveringsplicht gerealiseerd in artikel 359 lid 2 Sv. Daarmee werd op nogal merkwaardige wijze een goed idee van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 verwezenlijkt.

- De vierde strategie is van langere termijn. Zij houdt in dat juristen in opleiding veel meer dan nu in het algemeen het geval is vertrouwd worden gemaakt met empirische disciplines, met als 'leerdoel' dat zij – met name als zij een togaberoep gaan uitoefenen, maar het gaat ook op voor functies als wetgevingsambtenaar - een antenne ontwikkelen om maatschappelijke ontwikkelingen en standen van zaken in hun werk te onderkennen. Omdat officieren van justitie en rechters diep in het leven van burgers ingrijpende beslissingen nemen, en dat aan de lopende band, moeten zij weten wat zij aanrichten, Zij moeten zowel open staan voor signalen vanuit de maatschappij, als leren die kritisch te filteren. Maar zij moeten bovenal leren waar de gevaarlijke zwakke plekken van ons strafrechtssysteem zich bevinden, die zelfgenoegzaamheid en arrogantie, introversie en afscherming tegen kritiek faciliteren. Met Groenhuijsen kan men instemmen als het erom gaat tegen verkiezingen van rechters en officieren van justitie stelling te nemen met het valide argument dat dat totaal niet in onze cultuur past. Maar de op zichzelf heilzame afscherming van democratische controle kan zich tegen het systeem keren wanneer het geen goed gevoel heeft voor maatschappelijke ontwikkelingen en verhoudingen. Een deel van mijn onderzoek de komende jaren zal gewijd zijn aan het inventariseren en analyseren van best practices op dit gebied. Welke strafrechterlijke beslissingen in 'zaken die sterk de aandacht hebben getrokken zijn voorzover dat op grond van de publieke reacties enigszins valt na te gaan goed 'ontvangen'? Als voorbeeld van deze categorie mag volgens mij het arrest van het gerechtshof te Amsterdam gelden in de zaak tegen Volkert van der G., die werd veroordeeld voor de moord op Pim Fortuijn⁴⁷ Ik heb met name op het oog de passage in de strafmotivering die was gewijd aan de vraag of het politieke proces aanmerkelijk was geschaad. De rechtbank meende dat daarvan niet kon worden gesproken, maar het hof zet mijns inziens overtuigend uiteen dat dat wel degelijk het geval is en dat dat ook moet meewegen bij de bepaling van de op te leggen straf. Ik realiseer me zeer wel dat het veel gebruikelijker is het vizier te richten op zaken waarin iets (of zeer veel) is misgegaan, zoals de Schiedamse parkmoordzaak. Maar leerprocessen kunnen, zoals wij universitaire docenten in ons dagelijks werk ondervinden, minstens zo goed op gang worden gehouden door het bestuderen van goede voorbeelden. Dat is ook goed voor de motivatie en arbeidssatisfactie, maar dat terzijde.

In mijn benadering gaat het er dus om de alertheid op de zwakke plekken in het systeem te verhogen, en zo nodig compensatie te bieden, bijvoorbeeld door extra aandacht voor de motivering. De best practices tonen aan dat dat geen onbegonnen werk is. In gewone mensentaal kan worden duidelijk gemaakt waarom een straf zo en zo hoog moet uitvallen.

Ik beëindig deze inaugurele bespiegelingen met een aantal dankbetuigingen.

Ik dank het College van bestuur en het bestuur van de rechtenfaculteit voor het in mij gestelde vertrouwen. De cirkel is rond: ik werk nu in mijn geboortestad, waar mijn vader ooit gereformeerd predikant was met de speciale opdracht de Rooms-katholieken te bekeren, althans de neutraliseren.

Waarde Groenhuijsen, beste Marc,

⁴⁷ Vindplaats!

Ik was verrast toen je mij voorzichtig polste of ik bereid zou zijn de vacature-De Hullu te vervullen. Maar toen ik daar goed over had nagedacht had dat iets vanzelfsprekends. Wij werkten al samen, en nu wordt die samenwerking een stuk intensiever. Ik verheug me daarop.

Waarde Fijnaut, beste Cyrille,

Ons bindt de belangstelling voor de internationale, vooral Europese ontwikkelingen op het gebied van het strafrecht. Ik profiteer nu al van je enorme expertise en aanstekelijke enthousiasme.

Waarde Van Duijne, beste Petrus,

Bij verstek spreek ik uit dat ik in jou een plezierige en interessante buurman heb gevonden.

Waarde Oei, beste Karel,

Die ene dag in de week staat goede samenwerking niet in de weg. Zo is al gebleken.

Waarde Van Kalmthout, beste Anton,

Wij delen de behoefte om vakinzichten voor een breed publiek te vertalen. Ik zie jouw expertise als een waardevol element in de staalkaart die onze vakgroep heeft te bieden.

Leden van de vakgroep strafrecht en collega's van Intervict,

Dank voor het gespreide bedje dat ik aantrof (hoewel ik direct weer moest verhuizen) en de inspirerende collegiale samenwerking.

Waarde Cleiren, lieve Tineke,

Het afscheid viel zwaar, ik had 5 mooie en vruchtbare jaren met je in Leiden, maar gelukkig blijven wij in diverse projecten samenwerken. Dat geldt ook voor jou, waarde Nijboer en beste Hans, en voor jou, waarde Bruinsma en beste Gerben. Ik dank ook alle andere mij zo dierbare collega's te Leiden, voor de fantastische samenwerking, deels in moeilijke tijden.

Geliefde kantoorgenoten van De Roos & Pen,

Er is een diepe lotsverbondenheid tussen ons kantoor en deze vakgroep. Ik stel het erg op prijs één van de linking pins te blijven.

Dames en heren studenten,

U heeft het gehoord: mijn ambities met het onderwijs zijn niet beperkt tot het eng-juridische perspectief. Ik heb al gemerkt dat dat weerklank heeft en tot een goede wisselwerking kan leiden.

Dit verhaal draag ik op aan mijn moeder, de ideale geëngageerde leek voor mij (en nog veel meer). Door ziekte kon zij niet aanwezig zijn.

Jeroen, Wouter, Marjet, Sijtze, Marion en Trix,

Fijn dat jullie er alweer bij zijn!

Ik heb gezegd.