Vrije Universiteit Brussel

From the SelectedWorks of Mireille Hildebrandt

2002

Straf(begrip) en procesbeginsel. (Meaning and Concept of Punishment and the Principle of Trial before Punishment)

Mireille Hildebrandt

Available at: https://works.bepress.com/mireille_hildebrandt/19/

Straf(begrip) en procesbeginsel

voor mijn vader

Straf(begrip) en procesbeginsel

Een onderzoek naar de betekenis van het fenomeen en de term straf en de waarde van het procesbeginsel naar aanleiding van de consensuele afdoening van strafzaken

Meaning and Concept of Punishment and the Principle of Trial before Punishment

A study of meaning and concept of punishment and of the value of the principle of trial before punishment, with reference to the consensual settlement of punishment

Proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor aan de Erasmus Universiteit Rotterdam op gezag van de Rector Magnificus Prof.dr.ir. J.H. van Bemmel en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op 10 oktober 2002 om 13.30 uur door Mireille Hildebrandt geboren te 's-Gravenhage

Promotiecommissie

Promotoren: Prof.dr. R.M.G.E. Foqué
Prof.mr. A.C. 't Hart

Overige leden: Prof.dr. S. Gutwirth
Prof.mr. M.A. Loth
Prof.mr. P.A.M. Mevis

De illustratie op de omslag is een schets van René Magritte uit 1935, getiteld: *La condition humaine*. Deze schets wordt hier gebruikt als verbeelding van de distantie tussen beeld/woord en werkelijkheid (een terugkerend thema in het werk van Magritte) en als verbeelding van de lege ruimte van het doek. In de traditie van de pijp zouden we eronder kunnen zetten: dit is geen schildersezel met leeg doek (of ook: dit is geen leeg doek). Vergelijk par. 1.3.2.3.

Woord vooraf

Toen ik in de zomer van 1993 in de Rua Garret in Lissabon de *Livraria Bertrand* bezocht en daar een bundel teksten ontdekte over de nieuwe Portugese strafproceswet, had ik niet kunnen vermoeden dat dit de aanleiding zou vormen tot het voorliggende proefschrift. Met nieuwsgierige verbazing las ik een tekst over 'Consenso e oportunidade', die mij als civilist destijds bijzonder aansprak omdat het één van de dragende beginselen van het privaatrecht - de contractsvrijheid - leek te vertalen naar het strafprocesrecht. Terug in Leiden temidden van de staf van de vakgroep strafrecht werd mij in boeiende discussies duidelijk dat de privaatrechtelijke contractsvrijheid niet zonder kleerscheuren vertaald kan worden in de uitgangspunten van de strafrechtelijke dogmatiek. Aan de Leidse collega's dank ik dan ook vele inzichten die in dit proefschrift zijn getoetst en uitgewerkt.

De acht jaren die ik in Rotterdam binnen de sectie Inleiding tot de rechtswetenschap en Juridisch Practicum en als coördinator van het mentorstelsel doorbracht, hebben het zwaartepunt van het onderzoek verlegd van consensuele afdoening naar de betekenis van de straf zelf en naar de waarde van het strafproces. De invalshoek is verbreed van een strafrechtelijke en rechtstheoretische naar een rechtsfilosofische. Dat vergde een enorme investering in disciplines waar ik niet voldoende in thuis was; ik ben blij dat mij de tijd gegund is dit alles uit te werken tot het voorliggende boek. Naast vele Rotterdamse collega's die aan mijn intellectuele ontwikkeling hebben bijgedragen, wil ik graag Tammo Wallinga danken die in een vroeg stadium delen van de tekst van commentaar heeft voorzien. Ben Beljaars heeft steeds meegelezen en mij regelmatig op het spoor gezet van interessante teksten; het is een genoegen intellectueel de degens te kruisen met iemand die zoveel literatuur paraat heeft en die immer bereid is tegendraads mee te denken. Dank ook voor Ger van der Tang die in de eindfase grote delen van het manuscript (waaronder ook de Engelse samenvatting) nauwkeurig heeft willen lezen en wiens lucide, erudiete en aangenaam ironische stijl bevestigen dat een wetenschappelijk boek niet droog hoeft over te komen. Serge

Gutwirth - inmiddels mijn Brusselse baas - heeft mij verrast met de uitnodiging bij te komen dragen aan een project dat deels in het verlengde ligt van het eerste deel van dit proefschrift. Daarmee heeft hij de afronding ervan in een geheel nieuw en buitengewoon uitdagend perspectief geplaatst, waarvoor mijn dank niet meer dan een understatement kan zijn. Tineke van de Pas, Ans Klop, Audrey Rowan, en Huib Drenth hebben in de allerlaatste fase veel werk verzet bij het gereedmaken van het manuscript. Daarbij moet worden aangetekend dat het Word layout-programma het Kantiaanse adagium 'sapere aude' ter harte neemt op een wijze die tot Kafka-achtige situaties kan leiden.

Mijn vader heeft mij genetisch en anderszins (op)gevoed tot een 'bookish' persoon, met een subversieve gretigheid naar het intellectuele, het culturele en het politieke. Hij heeft ook zeker bijgedragen aan de neiging die gretigheid in te dammen tot strenge, analytische, reconstructieve arbeid. De kracht van een wetenschappelijk betoog schuilt echter mede in de onbepaalbare, onherleidbare intuïties die er de kern van vormen - en die zich vooral tonen wanneer de zaken schuins, lateraal, obliek worden benaderd. Wie recht op zijn doel afgaat (ver)dwaalt wel eens of komt thuis met banaliteiten. Het koesteren van deze intuïties zonder ze tot evidenties te laten verstenen kijk ik af van mijn moeder.

Mijn dochters Maria en Chantal verdroegen mijn afwezigheid - die vaak voortduurde als ik fysiek acte de présence gaf. Ik hoop dat zij delen in het plezier dat het werken aan dit boek mij steeds weer verschafte en dat zij in het postproefschrifttijdperk voortgaan mij uit mijn cognitieve sluimeringen te halen: terug in de dagdagelijkse verwondering die de voedingsbodem vormt van iedere vorm van wetenschapsbeoefening.

Rest mij een lofzang op mijn beide promotoren, die dit proefschrift meedogenloos en met onpeilbaar geduld hebben begeleid. De buitengewone eruditie en originaliteit van hun denken hebben mij facultatief gedwongen eigen inzichten steeds opnieuw te her-denken, te onderbouwen en zorgvuldig uit te werken, zonder daarbij noodzakelijkerwijs binnen gebaande paden te (ver)blijven. Ik heb daar meer van geleerd dan zich laat verwoorden: hun beider en hun gezamenlijk oeuvre zijn mij een bron van blijvende inspiratie.

Leiden/Rotterdam juli 2002 Mireille Hildebrandt

La vie personnelle, l'expression, la connaissance et l'histoire avancent obliquement, et non pas droit vers des fins ou vers des concepts. Ce qu'on cherche trop délibérément, on ne l'obtient pas, et les idées, les valeurs ne manquent pas, au contraire, à celui qui a su dans sa vie méditante en délivrer la source spontanée.

Maurice Merleau-Ponty

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 0 Inleiding 1

0.1 Aanleiding tot het onderzoek: consensuele afdoening van strafzaken 1
0.1.1 Inleiding 1
0.1.2 Tekort in de rechtshandhaving 2
0.1.3 Consensuele procedures 6
0.1.4 Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke punitieve handhaving: verschuiving en vermenging 8

0.2 Probleemstelling en object van onderzoek 12
0.2.1 Effectiviteit en legitimiteit van consensuele punitieve rechtshandhaving 12
0.2.2 Straf(begrip) en procesbeginsel 14

0.3 Methode en indeling 16
0.3.1 Interdisciplinair onderzoek 16
0.3.2 Deel I: Norm en voorschrift 17
0.3.3 Deel II: Straf en strafbegrip 19
0.3.4 Deel III: Het procesbeginsel 22
0.3.5 Epiloog: politiek-filosofische implicaties van het procesbeginsel 27

0.4 Relevantie van het onderzoek 28

Deel I Norm en voorschrift

Hoofdstuk 1 Het rechtsnormbegrip 33

1.1 Inleiding 33

1.2 De 'primary' en 'secundary rules' van Hart 34
1.2.1 Harts kritiek op de 'command theory of law' 34
1.2.2 Bespreking van Harts kritiek op de 'command theory of law' 37
1.2.2.1 De verhouding overheid - burger 37
1.2.2.2 Primary and secondary rules 39
1.2.2.3 Het interne aspect van rechtsnormen 42

1.3 Het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon 46
1.3.1 Inleiding: afbeeldingsdenken ten aanzien van het normbegrip 46
1.3.2 Kennistheoretische achtergrond 48
1.3.2.1 Inleiding 48
1.3.2.2 Primaat van het lichamelijk subject als basisperspectief 50
1.3.2.3 Semiotiek: de omkering van teken en betekende 55
1.3.2.4 Excentrische positionaliteit van de mens en de 'generalized other' 61
1.3.3 Het normatieve en het imperatieve aspect van rechtsnormen 66
1.3.4 De rechtsnorm als norm 70
1.3.5 De rechtsnorm als voorschrift 74

1.4 De verhouding tussen ongeschreven en geschreven recht 77
1.4.1 Inleiding 77
1.4.2 Ongearticuleerde achtergrond als betekenissysteem 78
1.4.3 Langue en parole: betekenissysteem en handeling 79
1.4.4 Duurzaamheid van betekenis: de analogie met het schrift 82
1.4.5 De verhouding tussen geschreven en ongeschreven recht 89
1.4.5.1 Optekening en codificatie van gesproken recht 89
1.4.5.2 Het schrift als mogelijkheidsvoorwaarde voor het autonome recht 90
1.4.5.3 Norm en handeling; voorschrift en gedrag 93

1.5 Samenvattend: de aard van de geschonden rechtsnorm 98

Deel II Straf en strafbegrip

Hoofdstuk 2 Een materieel strafbegrip 105

2.1 Inleiding 105

2.2 Het strafbegrip en 'the meaning of punishment' 107
2.2.1 Analyse van het strafbegrip: Hart en Immink 107
2.2.2 Doel van de straf 110
2.2.3 Afbakening van het begrip 'punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid' 114
2.2.3.1 Constitutieve voorwaarden van het strafbegrip 114
2.2.3.2 Betekenis van de straf als constitutieve voorwaarde voor het strafbegrip 117

2.3 Punitief 120
2.3.1 Straf en sanctie 120
2.3.2 Privaatrechtelijke sancties 122
2.3.3 Bestuursrechtelijke sancties 123
2.3.4 Strafrechtelijke sancties 124

2.4 Rechtshandhaving 125
2.4.1 Onderbepaaldheid van het begrip rechtshandhaving 125
2.4.2 Relationele rechtsopvatting 126
2.4.3 Instrumentalistische rechtsopvatting 127

2.5 Vanwege de overheid 131
2.5.1 Inleiding 131
2.5.2 Publiekrechtelijke rechtshandhaving 132
2.5.3 Bestuursstrafrecht 134
2.5.4 Doorwerking van strafrechtelijke beginselen in bestuursrechtelijke handhaving 140

2.6 De 'criminal charge' van art. 6 EVRM 142
2.6.1 Tweede criterium: punitive, deterrent and general 143
2.6.2 Eerste en derde criterium: straf in formele zin en de zwaarte van de sanctie 144

2.7 Samenvattend: een materieel strafbegrip 144

Hoofdstuk 3 Van private wraak en compositie naar lijfstraf 147

3.1 Inleiding 147

3.2 Rechterschap en procesvorm 150
3.2.1 Inleiding: verantwoording historisch-antropologisch perspectief 150
3.2.2 Rechter in oude zin en rechter in moderne zin 157
3.2.3 Procesvormen 158
3.2.3.1 Inleiding 158
3.2.3.2 Bemiddelende procesvorm 159
3.2.3.3 Inquisitoire procesvorm 161
3.2.3.4 De procesvorm van het 'fair trial' 162

3.3 De Germaanse periode 164
3.3.1 Inleiding 164
3.3.2 Rechtshandhaving binnen de huisgemeenschap 168
3.3.3 Rechtshandhaving binnen de stam: het stamding 174
3.3.3.1 Geen themis maar dikè? 174

3.3.3.2 De aard van de geschonden rechtsnorm
in het dingproces: kritiek op de analyse van Hart 179
3.3.3.3 Bemiddelende procesvorm en straf 187
3.3.4 Rechtshandhaving buiten het stamding 190

3.4 Samenvattend: straf en strafproces in de Germaanse periode 195

3.5 De Frankische periode 198
3.5.1 Inleiding 198
3.5.2 De accusatoire procedure 202
3.5.2.1 Themis en dikè hernomen 202
3.5.2.2 De accusatoire procedure als bemiddelende procesvorm 204
3.5.3 Leges barbarorum en capitularia 210
3.5.4 Misdaad en zonde 214

3.6 Samenvattend: straf en strafproces in het Frankische tijdperk 217

**Hoofdstuk 4 Strafbaarstelling:
schending van het gestelde recht 221**

4.1 Inleiding 221

4.2 Feodaliteit en pauselijke revolutie 224
4.2.1 Inleiding 224
4.2.2 Feodaal recht en hofrecht 225
4.2.2.1 De betekenis van de term vrijheid hernomen 225
4.2.2.2 Feodale rechtsorde 228
4.2.2.3 Rechtsorde binnen de hof 231
4.2.3 Stadsrecht 233
4.2.4 De pauselijke revolutie 236
4.2.4.1 Inleiding 236
4.2.4.2 Investituurstrijd 237
4.2.4.3 Gregoriaanse reformatie 238
4.2.4.4 Kerk als staat in moderne zin 239
4.2.4.5 De reformatie van Cluny 240
4.2.4.6 Hiërarchisering interne orde van de kerk:
een nieuwe conceptie van recht 241
4.2.4.7 Een nieuwe conceptie van recht:
de paus als schepper van nieuw recht 242
4.2.4.8 Professionalisering
van de rechtsvinding en de scholastiek 243
4.2.4.9 De nieuwe verhouding tussen gesteld en gegroeid recht 244

4.2.4.10 Crimen majestatis en de autonomie van het recht 246
4.2.4.11 Rechtsstaat en 'Rule of Law' 251

4.3 Koninklijk recht 254
4.3.1 Terminologie 254
4.3.2 Van suzerein naar soeverein 255
4.3.3 Rol van de juristen bij de overgang van suzereiniteit naar soevereiniteit 256
4.3.4 Legitimatie van de overgang van suzereiniteit naar soevereiniteit 261
4.3.4.1 Filips van Leiden (1326(?)-1382): De cura reipublicae et sorte principantis 261
4.3.4.2 Jean Bodin (1529-1596): Six livres de la République 266

4.4 De inquisitoire procedure 272
4.4.1 Inleiding 272
4.4.2 Het tekort van de accusatoire procedure 273
4.4.3 De invloed van de pauselijke revolutie 276
4.4.3.1 Verklaringen voor het ontstaan van de inquisitoire procedure 276
4.4.3.2 Kerkelijke Jurisdictie 277
4.4.3.3 De Ethica van Abelard 278
4.4.3.4 Ketterij en inquisitie 280

4.5 Crimen, delict en contraventie 282
4.5.1 Inleiding 282
4.5.2 Normatief en imperatief gezag van de straf 283
4.5.3 Strafbaarstelling ter (be)vestiging van normen 284
4.5.4 Crimen en contraventie 287
4.5.4.1 Crimen 287
4.5.4.2 Contraventie 290
4.5.5 Crimen, contraventie en delict 292
4.5.6 Privatisering van het civiele recht 296
4.5.7 Overheveling van het bestuurssanctierecht naar het strafrecht 300

4.6 Samenvattend: straf en strafproces in de late middeleeuwen 304

4.7 Conclusies delen I en II 308
4.7.1 Inleiding 308
4.7.2 Dubbelzinnigheid van de straf 309
4.7.3 Straf en vrijheid 313

Deel III Het procesbeginsel

Hoofdstuk 5 Procesbeginsel en 'fair trial' 319

5.1 Inleiding 319

5.2 De procesvorm van het 'fair trial' 320
5.2.1 Inleiding 320
5.2.2 Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter 323
5.2.3 Externe openbaarheid 326
5.2.4 Onmiddellijkheid 329
5.2.5 Equality of arms 332
5.2.6 Het contradictoire aspect 335

5.3 Onschuldpresumptie: nulla poena sine iudicio? 337
5.3.1 Inleiding 337
5.3.2 Procesverplichting 340
5.3.2.1 Zelfstandige betekenis tweede lid art. 6 EVRM 340
5.3.2.2 Materiële betekenis art. 113 lid 1 GW 349
5.3.3 Recht op toegang tot de rechter 359
5.3.3.1 Inleiding 359
5.3.3.2 Golder-arrest:
het recht op toegang tot de rechter vloeit voort uit het eerste lid van art. 6 EVRM 360
5.3.3.3 Deweer-arrest:
afstand van het recht op toegang tot de rechter 363
5.3.3.4 Öztürk-arrest:
bestuurlijke afdoening van punitieve rechtshandhaving 375

5.4 De onschuldpresumptie als regulatieve voorwaarde van de straf 385
5.4.1 'Fair trial' tussen bemiddeling en implementatie 385
5.4.2 'Fair trial' als regulatieve voorwaarde voor de straf 388

5.5 Het tekort van de consensuele procesvorm 389
5.5.1 Inleiding 389
5.5.2 De onafhankelijke en onpartijdige rechter en de consensuele procesvorm 391
5.5.3 Externe openbaarheid en de consensuele procesvorm 395
5.5.4 Onmiddellijkheid en de consensuele procesvorm 397
5.5.5 Equality of arms en de consensuele procesvorm 406
5.5.6 Het contradictoire aspect en de consensuele procesvorm 408

5.6 Samenvattend: procesbeginsel en consensuele procesvorm 413

Hoofdstuk 6 Ideeënhistorisch perspectief op het procesbeginsel 417

6.1 Inleiding 417

6.2 'Politie' en 'justitie' 422
6.2.1 Inleiding 422
6.2.2 Betekenisverschuiving binnen de 'justitie': van accusatoire procedure naar inquisitoire procesvorm in criminele zaken 423
6.2.3 Betekenisverschuiving binnen de 'justitie': van inquisitoire procesvorm naar 'fair trial' in strafzaken 426
6.2.4 Nieuwe verhouding tussen 'justitie' en 'politie' 426

6.3 Monarchie en despotie 429
6.3.1 Montesquieu en de onderscheiding van regeringsvormen 429
6.3.2 Het wetsbegrip van Montesquieu: een relationele rechtsopvatting 431
6.3.3 Montesquieu en de verhouding tussen koning, adel en burgerij 433
6.3.4 Montesquieu en de gemengde 'staatsvorm': de positie van de rechterlijke macht 438
6.3.5 Onderscheid tussen feodale en absolutistische monarchie 441

6.4 Politiestaat en rechtsstaat 443
6.4.1 Inleiding 443
6.4.2 Conceptualisering van het onderscheid tussen rechtsstaat en politiestaat 447
6.4.3 Formele conceptie van de rechtsstaat en de verhouding tussen 'politie' en 'justitie' 451
6.4.4 Liberale en sociale rechtsstaat en de verhouding tussen 'justitie' en 'politie' 464

6.5 Rechtsstaat, 'fair trial' en de aard van de beschermde rechtsnorm 469
6.5.1 Inleiding 469
6.5.2 Feuerbach en het onderscheid tussen rechtsdelicten en wetsdelicten 470
6.5.3 Binding over normen, rechtsgoederen en ongehoorzaamheid 473
6.5.4 Goldschmidt over 'Verfassung' en 'Verwaltung' 476
6.5.5 Cultuurnormen tegenover indifferente normen bij Michels 481
6.5.6 Van wezensonderscheid naar perspectiefwisseling 484
6.5.6.1 Het standaardverhaal uit de Duitse doctrine: een wezensonderscheid 484
6.5.6.2 Een dubbel perspectief: zicht op het doel van de straf 486
6.5.6.3 Perspectiefwisseling en de relationele rechtsopvatting 492

6.6 Samenvattend: procesbeginsel en rechtsstaat 495

Hoofdstuk 7 Epiloog: het procesbeginsel in politiek-filosofisch perspectief **499**

7.1 Inleiding 499

7.2 Van kennistheorie naar politieke filosofie 501

7.3 De politieke betekenis van de procesvorm van het 'fair trial' 507

Hoofdstuk 8 Samenvattende conclusies **513**

8.1 Inleiding 513

8.2 Dubbelzinnige straf en consensuele procesvorm 515

8.3 Vrijheid en straf 520

Summary conclusions **525**

Bibliografie **539**

Index **567**

Hoofdstuk 0 Inleiding

0.1 Aanleiding tot het onderzoek: consensuele afdoening van strafzaken

0.1.1 Inleiding

Sinds jaar en dag spreken auteurs van beleidsnotities van een tekort in de rechtshandhaving. Een van de instrumenten die worden aangeprezen om dit tekort terug te dringen is de consensuele afdoening van strafzaken. Het belangrijkste kenmerk van de consensuele afdoening is dat verdachte en officier *overeenkomen* de zaak buiten de rechter om te schikken, dan wel dat een vermeende overtreder *instemt* met de punitieve beschikking van een bestuursorgaan door geen bezwaar of beroep aan te tekenen. Dat lijkt geld en tijd te sparen: het kan voorkómen dat wegens gebrek aan middelen zaken worden gedoogd en/of geseponeerd en het kan voorkómen dat de gang naar de rechter de zaak zodanig vertraagt dat de overtreder zich nauwelijks meer aangesproken voelt. Deze wijze van afdoening heeft inmiddels een grote vlucht genomen en wordt in het algemeen vooral op de hier genoemde pragmatische gronden verdedigd.

De aanleiding voor het onderzoek naar straf(begrip) en procesbeginsel wordt gevormd door de spanningsverhouding tussen de consensuele straf en het uitgangspunt dat overheidsstraffen door de rechter binnen een strafproces worden opgelegd. Dit uitgangspunt zal verder worden aangeduid als het procesbeginsel. De pragmatische redenen voor de consensuele afdoening suggereren dat deze wijze van straffen een belangrijke bijdrage kan leveren aan de rechtshandhaving. Dat roept vragen op naar de relatie tussen straf en rechtshandhaving. Bij het hier verrichte onderzoek naar straf en strafbegrip zal blijken dat het ontwikkelen van een materieel strafbegrip niet mogelijk is zonder oog voor het doel van de straf. Niet iedere vorm van leedtoevoeging vanwege de overheid in reactie op een normschending heeft immers een punitief ka-

rakter: alleen die sancties die gericht zijn op vergelding en/of preventie vallen binnen het strafbegrip.[1] In dit proefschrift worden preventie en vergelding begrepen als strafdoelen en/of -gronden die verwijzen naar het (be)vestigen van het gezag van een geschonden rechtsnorm.[2] De straf representeert een bijzondere vorm van rechtshandhaving, omdat zijn betekenis in de eerste plaats ligt in het stellen of herstellen van het gezag van de geschonden rechtsnorm. De spanningsverhouding tussen consensuele afdoening en procesbeginsel zal hier dan ook mede worden onderzocht vanuit het perspectief van de rechtshandhaving: in hoeverre kan de consensuele procesvorm meer of minder dan andere procesvormen bijdragen aan het (her)stellen van het gezag van een geschonden rechtsnorm.

Hieronder zal ik na een verkenning van het vermeende tekort in de rechtshandhaving (par. 0.1.2) kort uiteen zetten welke consensuele procedures de aanleiding vormen voor het onderzoek (par. 0.1.3), gevolgd door een bespreking van de verschuiving van strafrechtelijk naar bestuursrechtelijk genormeerde straffen (par. 0.1.4).

Daarna worden in paragraaf 0.2 de probleemstelling en het object van onderzoek geformuleerd, in paragraaf 0.3 zullen methode en indeling worden besproken en in paragraaf 0.4 licht ik ten slotte de relevantie van het onderzoek kort toe.

0.1.2 Tekort in de rechtshandhaving

Overheden die klagen over gebrekkige naleving van hun ge- en verboden zijn waarschijnlijk van alle tijden. Desondanks kan het Interim-rapport van de Commissie kleine criminaliteit (Cie. Roethof) uit 1984 worden aangemerkt als beginpunt van een lange stroom publicaties waarin het bestaan van een handhavingstekort als uitgangspunt wordt genomen.[3] In zijn afscheidsrede in 1995

1 Zie par. 2.2.2 hieronder.

2 Zie par. 2.2.2 hieronder.

3 Een verre van volledige opsomming: Interimrapport van de Commissie kleine criminaliteit 1984 en het eindrapport Commissie kleine criminaliteit 1986 (rapporten van de Commissie Roethof); *Samenleving en Criminaliteit* 1985 (beleidsplan minister van justitie Korthals Altes); *Rechtshandhaving* 1988 (rapport van de WRR); *Actieplan voor de aanpak van veel voorkomende criminaliteit* 1987 (nota kabinet); *Strafrecht met beleid*. Beleidsplan van het Openbaar Ministerie 1990; *Recht in beweging* 1990 (beleidsplan minister van justitie Hirsch Ballin); *Met vaste hand, verbetering van de kwaliteit van de rechtshandhaving* 1991 (nota minister van justitie Hirsch Ballin); *Handhaving door bestuurlijke boeten* 1994 (advies van de Commissie Toetsing Wetgevingsprojecten); Kabi-

twijfelt Corstens aan de feitelijke onderbouwing van dit steeds weer geponeerde handhavingstekort: "Uitgangspunt van de redenering is dat er een handhavingstekort is. Daartoe wordt verwezen naar een aantal nota's. (....) Dat doet denken aan de discussies rondom de beweerde toename van de criminaliteit. (...) A zegt het, B neemt het over, C praat het na en beroept zich op A en B. Dat is niet zo bezwaarlijk, zo lang op dergelijke uitlatingen geen beleid wordt gebaseerd. Dat gebeurt echter wel".[4] De vraag van Corstens is kort gezegd: is er wel een handhavingstekort?

Voor de beantwoording van die vraag moet worden vastgesteld wanneer sprake is van een tekort. Vormt iedere niet-naleving van door de overheid gestelde regels een tekort in de rechtshandhaving of moet daartoe de niet-naleving een bepaald quotum bereiken? De Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (Cie. Michiels) overwoog in 1998 in haar rapport *Handhaven op Niveau* dat 'waar geen duidelijke, rechtens aanvaardbare, na te streven handhavingsniveaus zijn vastgesteld, er weinig kan worden gezegd over een handhavingstekort, al heeft men nog zoveel cijfers over overtredingen en sancties'.[5]

Een andere - nog interessanter - vraag is wat überhaupt onder rechtshandhaving verstaan moet worden. Vaak wordt rechtshandhaving uitgelegd als het bevorderen van normconform gedrag.[6] Volgens het kabinet gaat het om 'het verbinden van werkelijkheid en regels'.[7] Dat blijkt in geval van de commune criminaliteit in toenemende mate een probleem,[8] maar ook in de sfeer van de

netsstandpunt 1994 n.a.v. het hiervoor genoemde CTW-advies; *Het recht ten uitvoer gelegd. Oude en nieuwe instrumenten van rechtshandhaving* 1995 (rapport van de Commissie 'Heroverweging instrumentarium rechtshandhaving' ofwel de commissie Korthals Altes*); In juiste verhouding. Beleidsvoornemens m.b.t. rechtshandhaving en veiligheid* 1996 (beleidsplan afkomstig van minister van justitie Sorgdrager); *Handhaven op niveau* 1998, rapport van de commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving (Cie. Michiels), zie ook het kabinetsstandpunt *Handhaven op niveau* uit 2000.

4 Corstens 1995, p. 13 naar aanleiding van het door de CTW in haar rapport van 1994 geponeerde 'handhavingstekort'.

5 *Handhaven op niveau*, p. 47.

6 Zie bijvoorbeeld Blomberg en Michiels 1997, die op p. 29 onder effectieve handhaving verstaan: 'alle handelingen die normconform gedrag bewerkstelligen'.

7 Kabinetsstandpunt n.a.v. *Handhaven op niveau*, TK 1999-2000, 26 800 VI, nr. 67, p. 2.

8 Volgens het Interimrapport van de Cie. Roethof was de massale, maar niet echt zware criminaliteit sinds 1960 *verdrievoudigd*. In het beleidsplan *Samenleving en criminaliteit* van de minister van justitie uit 1985 werd gesteld dat de geregistreerde misdrijven sinds 1965 waren *vervijfvoudigd*. In het rapport *Rechtshandhaving* van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid uit 1988 werd uitgegaan van een *vertienvoudiging* van de geregistreerde criminaliteit sinds 1960. Zie Ruller 1999, p. 13, 18 en 26.

ordeningswetgeving lijkt de kloof tussen regel en praktijk met de toename van het aantal uitgevaardigde voorschriften steeds moeilijker te dichten.[9]

In de loop van dit onderzoek wordt het begrip rechtshandhaving nader bekeken en zal worden gepleit voor een begrip van rechtshandhaving dat zowel meer als minder omvat dan het bevorderen van de naleving van rechtsnormen.[10] Het uitgangspunt is dat naleving van normen 'an sich' nog niet hoeft te betekenen dat die normen het handelen van rechtsgenoten onderling regelen. Het kan zijn dat normen alleen worden nageleefd omdat en zolang controle, opsporing en sanctionering plaatsvindt. In dat geval speelt de norm alleen binnen de verhouding tussen overheid - burger en niet tussen burgers onderling. Zodra controle, opsporing en sanctionering verminderen zal de naleving van de uitgevaardigde regel teruglopen. De vraag is of zo'n afgedwongen naleving voldoende is om van rechtshandhaving te kunnen spreken.

In het eerste hoofdstuk zal aan de hand van het werk van Glastra van Loon een analyse worden gemaakt van het rechtsnormbegrip. Daarin worden twee aspecten aan rechtsnormen onderscheiden, die samenhangen met het perspectief van waaruit naar de norm wordt gekeken. Enerzijds het perspectief dat zich richt op de verhouding tussen een normadressant en normadressaten en anderzijds het perspectief dat zich richt op de verhouding tussen normadressaten onderling. In termen van Glastra van Loon biedt het eerste perspectief zicht op het imperatieve aspect van rechtsnormen, terwijl het tweede perspectief zicht biedt op het normatieve aspect van rechtsnormen.

Wanneer alleen het imperatieve aspect van rechtsnormen in het oog wordt genomen ontstaat een geheel ander beeld van de rechtshandhaving dan wanneer daarbij tevens het normatieve aspect wordt meegenomen. Eenzijdige aandacht voor het imperatieve aspect van de rechtshandhaving ontneemt het zicht op het *rechtsbewustzijn*. Eenzijdige aandacht voor het normatieve aspect van de rechtshandhaving ontneemt het zicht op de *rechtszekerheid*.

9 Zie de nadruk op 'ordeningswetgeving (beleidsinstrumentele wetgeving)' in Kabinetsstandpunt inzake het rapport *Handhaven op niveau*. Vergelijk ook het pleidooi van Gutwirth & De Hert 2002, p. 150 e.v. voor 'verschaarsing' van het strafrecht als noodzakelijke voorwaarde voor een zichtbare en zinvolle afbakening van de ruimte waarbinnen in vrijheid gehandeld kan worden. Zij richten zich daarbij echter expliciet niet op de overtredingen, a.w. p. 152. Deze 'quasi-penaliteit', gericht op openbare ordehandhaving, kennen zij - mede op historische gronden - een 'oneigenlijk strafrechtelijk karakter' toe. Zie over de ideeënhistorische achtergrond van het onderscheid tussen 'echt' en 'pseudo'-strafrecht hoofdstuk 6.

10 Par. 2.4 hieronder.

De integratie van beide perspectieven heeft politieke implicaties.[11] Het eerste perspectief lijkt de aanwezigheid van een overheid te veronderstellen,[12] die echter gehouden is zich vanuit het tweede perspectief steeds weer te oriënteren op het rechtsbewustzijn van de rechtsgenoten. Vanuit die optiek kan rechtshandhaving niet voorbijgaan aan de eigen normen en waarden van de rechtsgenoten, en vormt het recht de bemiddeling van zowel de relatie tussen overheid en burger (wordt het uitgevaardigde recht nageleefd?) als de verhouding tussen rechtsgenoten onderling (functioneert het recht daadwerkelijk als regeling van het handelen van rechtsgenoten onderling?).[13] In de loop van het proefschrift zal blijken dat deze optiek verbonden is met een relationele rechtsopvatting,[14] waarbij rechtshandhaving verstaan wordt als de handhaving van een relationele rechtsorde waarin noch het horizontale noch het verticale perspectief verabsoluteerd mag worden. Verabsolutering van het horizontale perspectief zou kunnen leiden tot een betekenischaos vanwege een totaal verlies aan rechtszekerheid. Verabsolutering van het verticale perspectief leidt tot een instrumentalistische rechtsopvatting, waarin het recht als instrument volledig ondergeschikt is aan het beleid[15] en waarin de relatie tussen recht en rechtsbewustzijn[16] is verbroken.

De vraag naar de bijdrage van consensuele afdoening aan de rechtshandhaving kan vanuit een relationele rechtsopvatting niet beantwoord worden met optelsommen van gedragingen die al dan niet in strijd zijn met uitgevaardigde regels. Als op grond van empirisch onderzoek zou blijken dat consensuele afdoening heeft geleid tot een vermindering van gedragingen in strijd met uitgevaardigde regels, kan daaruit nog niet de conclusie getrokken worden dat hier sprake is van een succesvolle rechtshandhaving. Dat laatste is pas het geval als rechtsgenoten hun handelen ook zonder voortdurende controle, opsporing en sanctionering op de betreffende regels afstemmen.

11 Zie hoofdstuk 7 (de epiloog) voor een schets van de politiek-filosofische implicaties van het gekozen dubbelperspectief.

12 In hoofdstuk 3 zal blijken dat ook in een niet-statelijke samenleving (rechts)normen gehandhaafd worden: het imperatieve aspect is in dat geval op complexe wijze verweven met het normatieve aspect.

13 Belangrijk punt is dat vanuit het normatieve perspectief ook overheden als rechtsgenoot (normadressaat) worden gezien. Zie par. 1.2.2.2 hieronder.

14 Zie par. 2.4.2 en hoofdstuk 6 hieronder.

15 Zie par. 2.4.3 en hoofdstuk 6 hieronder.

16 Over de betekenis van de term rechtsbewustzijn zie par. 1.4.5.3 hieronder. Recht en rechtsbewustzijn vallen in een statelijke samenleving niet samen, maar zijn wel met elkaar verbonden: op straffe van een totaal verlies aan legitimiteit.

0.1.3 Consensuele procedures

Consensuele afdoening van strafzaken wordt op dit moment op twee manieren genormeerd: strafrechtelijk en bestuursrechtelijk. Onder strafzaken versta ik hier voorlopig *(voorgenomen) punitief handelen van de overheid*, zodat ook niet strafrechtelijk genormeerde overheidsstraffen binnen het bereik van de term vallen. De strafrechtelijk genormeerde varianten zijn de strafrechtelijke transactie en het voorwaardelijk sepot.[17] In beide gevallen gaat het om een schikking tussen de verdachte en het Openbaar Ministerie (of de politie) waarbij strafvervolging (het voorleggen van de zaak aan de rechter) wordt voorkomen op het moment dat de verdachte aan de door het OM of politie gestelde voorwaarden voldoet. Om zijn zaak bij de rechter aan te brengen hoeft de verdachte niets te doen: in geval van stilzitten heeft het OM geen middel om tot ten uitvoerlegging van de schikking over te gaan. Het OM zal de zaak bij stilzitten moeten voorleggen aan de rechter, die - binnen het strafrecht - als enige bevoegd is tot het *opleggen* van straffen. Omdat alleen de rechter een straf kan opleggen zijn de transactie en het voorwaardelijk sepot alleen mogelijk in geval van instemming (consensus) van de kant van de verdachte.

De bestuursrechtelijke variant is de bestuurlijke boete.[18] De bestuurlijke boete is geen schikking maar een beschikking, die - anders dan de transactie of het voorwaardelijk sepot - niet wordt overeengekomen maar eenzijdig door een bestuursorgaan wordt opgelegd. Alleen als - en pas wanneer - de vermeende overtreder zelf het initiatief neemt om de punitieve beschikking bij de rechter aan te vechten is sprake van rechterlijke bemoeienis. Het is niet de rechter, maar het bestuur die de straf oplegt. De toegang tot de rechter is voorwaardelijk: in beginsel moet eerst bezwaar worden gemaakt[19] en zolang het griffie-

17 De transactie is geregeld in art. 74 en 74c van het Wetboek van Strafrecht (Sr) en in art. 36 Wet Economische Delicten (WED), het voorwaardelijk sepot is gebaseerd op art. 167 lid 2 en art. 242 lid 2 Sv. Zie het proefschrift van Osinga 1992 en het proefschrift van Van den Biggelaar 1994.

18 Zie het proefschrift van Hartmann en Russen Groen 1998 (waartoe ook behoren A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht*, Deventer 1998 en P.M. van Russen Groen, *Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht*, Deventer 1998). Zie ook de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), titel 5.4. 'Bestuurlijke boete'.

19 Art. 7:1 en art. 6:4 Awb. Voorafgaand aan een beroep op de rechter moet eerst bezwaar worden gemaakt bij het bestuursorgaan dat het besluit genomen heeft ofwel moet administratief beroep worden ingesteld bij een hoger bestuursorgaan (bijvoorbeeld bij de Officier van Justitie, zie art. 6 Wet Administratiefrechtelijke Handhaving Verkeersvoorschriften).

recht niet is voldaan is de bestrafte burger niet ontvankelijk in zijn beroep.[20] Bezwaar noch beroep schorsen de tenuitvoerlegging van de beschikking.[21] Consensus lijkt hier te worden vooronderstelt zolang geen bezwaar en beroep worden aangetekend.

Corstens[22] omschrijft consensualiteit als 'het toekennen van rechtsgevolg dan wel bepalende invloed op de loop van het (straf)proces of de strafoplegging aan consensus tussen de vervolgende overheid en de verdachte'.[23] De term strafoplegging moet dan ruim worden opgevat, zodat daar ook de bestuurlijke boete onder valt.[24] Bij de strafrechtelijk genormeerde schikking is voor een ieder duidelijk dat consensus een vereiste is, terwijl bij de bestuursrechtelijk genormeerde schikking de consensus moet worden gereconstrueerd: zolang de vermeende overtreder niet in bezwaar en beroep gaat wordt hij verondersteld in te stemmen met de boete. Waarom zouden we dan van consensuele afdoening spreken en niet simpelweg van buitengerechtelijke afdoening? Het consensuele aspect van de buitengerechtelijke afdoening staat in dit onderzoek niet direct centraal. In par. 5.5.6 wordt geconcludeerd dat consensus wellicht een noodzakelijke maar in ieder geval geen voldoende voorwaarde kan zijn voor het vermijden van de rechter. Indirect is het consensuele aspect echter een centraal uitgangspunt van het onderzoek. De term consensueel veronderstelt namelijk dat straffen in beginsel alleen binnen een proces door

20 Art. 8:41 lid 2 Awb: 'Indien het bedrag niet binnen deze termijn is bijgeschreven of gestort, wordt het beroep niet-ontvankelijk verklaard, tenzij redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest'.

21 Art. 6:16 Awb.

22 Corstens sluit zich grotendeels aan bij mijn definitie in Hildebrandt 1994, p. 110: 'het toekennen van rechtsgevolg dan wel bepalende invloed op de loop van het strafproces aan consensus tussen verdachte en vervolgende instantie'. Mijn interesse in het (rechts)gevolg van consensus in het strafprocesrecht werd gewekt door een tekst van Manuel da Costa Andrade, 'Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)', in: *O novo código de processo penal*, Jornadas de direito processual penal, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Livraria Almedina 1992, p. 317-359.

23 Corstens 1997, p. 134. Zie Corstens in de eerste druk van zijn handboek 'Het Nederlandse strafprocesrecht' uit 1993, p. 12 en Corstens 1994, waar hij de term consensualiteit met betrekking tot het strafprocesrecht in Nederland introduceert 'daartoe geïnspireerd door Jean Pradel, *Le consensualisme en droit pénal comparé*, Coimbra 1988'.

24 Corstens vat ook de voeging ad informandum, de dading en de dienstverlening onder de consensuele procedures. Het gaat mij uitsluitend om gedingvermijding en niet om gedingbekorting (zodat de voeging ad informandum en de dienstverlening afvallen). Ook de dading valt buiten mijn onderzoek: in dat geval wordt geheel afgezien van punitieve handhaving zodat er naar mijn mening geen sprake meer is van straf. Zie ook par. 5.5.4 hieronder waarin dading kort wordt besproken.

de rechter kunnen worden opgelegd. Voor afwijking van dat beginsel is de instemming van de vermeende overtreder noodzakelijk. De term consensueel veronderstelt dus een relatie tussen straf(begrip) en procesbeginsel. Onder het procesbeginsel in brede zin versta ik het beginsel dat overheidsstraffen binnen een proces door een rechter of gerecht worden opgelegd. In het derde deel wordt het procesbeginsel toegespitst op het beginsel dat overheidsstraffen alleen naar aanleiding van een 'fair trial' in de zin van art. 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens door een onafhankelijke en onpartijdige rechter kunnen worden opgelegd. Dit is dan het procesbeginsel in enge zin.

De hier beschreven consensuele procedures zijn buitengerechtelijk en kunnen als een vorm van geding*vermijding* beschreven worden. Ook binnen het geding voor de rechter is in veel gevallen sprake van consensualisering die in dat geval als geding*verkorting* beschreven kan worden[25]. In dit onderzoek beperken wij ons tot gedingvermijding.

0.1.4 Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke punitieve handhaving: verschuiving en vermenging

In de discussie over de handhavingsproblematiek is herhaaldelijk gepleit voor een verschuiving van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving, met name wanneer het om 'veelvoorkomende' criminaliteit gaat:[26]

[25] De meest uitgesproken vorm van gedingbekorting is de voeging ad informandum, zie het proefschrift van Franken 1993. Ook in de regeling van het onderzoek ter terechtzitting (art. 268-345 Sv) zijn een aantal consensuele momenten aan te wijzen: zowel het uitblijven van bezwaar als het geven van toestemming door verdachte kunnen leiden tot het afzien van bepaalde onderzoekshandelingen (met name het oproepen en horen van getuigen). Zie ook de oratie van Meijers 1993.

[26] Zie voor min of meer kritische besprekingen van deze 'verbestuursrechtelijking' van de punitieve handhaving de oraties van Michiels (*De boete in opmars*, 1994); Corstens (*Een stille revolutie in het strafrecht*, afscheidsrede 1995); Rogier (*Straffend bestuur* 2001). Zie ook reeds veel eerder de oratie van Duk (*Tanden van het recht* 1973) en met betrekking tot het gemeenschapsrecht de oratie van Vervaele (*Handen en tanden van het gemeenschapsrecht* 1994). Zie ook de preadviezen voor de Vereniging voor Administratief Recht uit 1957 (Belinfante en A. Mulder over *De verhouding tussen administratieve sancties en straffen*) en uit 1995 (met name die van Michiels over *Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling* en van Bos over *De bestuurlijke boete, raakvlakken bestuurs- en strafrecht)* en het preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging van 1984 (van Corstens over *Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving* en Schaffmeister over *Politiële en justitiële delikten*).

> Het strafrecht vervult daarbij [bij de handhaving van bestuursrechtelijke wetgeving, mh] een aanvullende en ondersteunende functie. Het dient primair te zorgen voor een passende reactie op die delicten, waardoor de rechtsorde in ernstige mate is geschokt. Daarbij komt, dat de strafrechtelijke procedure, door de waarborgen waarmee zij is omkleed, relatief zwaar, tijdrovend en kostbaar is. In de bestuursrechtelijke wetgeving zijn veel gedragingen strafbaar gesteld, waarvoor die strafrechtelijke procedure naar huidig inzicht onevenredig zwaar en kostbaar is. Ook uit een oogpunt van een doelmatige inzet van de beschikbare middelen dient dus gezocht te worden naar vormen van handhaving, die meer in overeenstemming zijn met aard en ernst van de overtredingen waarom het in veel bestuursrechtelijke wetgeving gaat.[27]

De hier geciteerde Commissie Toetsing van Wetgevingsprojecten (CTW) meent dat het uitgangspunt in het Nederlandse recht lange tijd is geweest dat het opleggen van punitieve sancties aan de rechter is voorbehouden.[28] Kenmerk van het strafrecht zou zijn dat alleen de rechter eenzijdig de rechtsverhouding tussen burger en overheid vast kan stellen, terwijl dat in het bestuursrecht juist een bevoegdheid van bestuursorganen is.[29] De behoefte om de kostbare en tijdrovende gang naar de rechter te vermijden zou dan de (pragmatische) reden zijn voor de verschuiving van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving, die impliceert dat punitieve sancties voortaan door middel van een besluit (beschikking) door bestuursorganen kunnen worden opgelegd. Het feit dat ook binnen het strafrecht de meeste strafzaken niet door de rechter maar door het Openbaar Ministerie (OM) worden afgedaan impliceert dat hoewel in het strafrecht alleen de rechter straffen *op kan leggen*, het OM de meeste straffen uitdeelt.[30] Wel is juist dat in het strafrecht

27 *Handhaving door bestuurlijke boeten*, p. 7. Zie kritiek Corstens 1995, p. 8: "De werkgroep begint haar rapport met een klassieke fout. Het strafrecht heeft volgens haar primair de taak te zorgen voor een passende reactie op die delicten waardoor de rechtsorde in ernstige mate is geschokt. Dat is de bekende misvatting die al in 1964 door Hulsman aan de kaak werd gesteld. Het strafrecht blijkt juist nogal eens te worden ingeschakeld wegens zijn specifieke instrumentarium". Corstens duidt op de rechtsbeschermende kwaliteiten van het strafrecht.

28 *Handhaving door bestuurlijke boeten*, p. 8.

29 In gelijke zin Knigge 2000, p. 85. Zie voor een ideeënhistorische analyse van de verhouding tussen *justitie* en *politie* hoofdstuk 6.

30 Dit geldt met name de categorie overtredingen en bestuurlijke boeten. Vergelijk Boek 1999. Zie ook de 'Kerncijfers strafrecht van het CBS' over de periode 1994-2000. Het aantal beschikkingen op grond van de Wet Mulder (genomen door de Officier van Justitie) nam toe van 2539.000 in 1994 tot 7794.000 in 2000; het aantal transacties bij kantongerechtzaken nam af van 131.200 in 1994 tot 81.000 in 2000, waartegenover een afname van schuldigverklaringen door de kantonrechter stond van 102.600 in 1994 tot 78.600 in 2000. Bij rechtbankzaken nam het aantal transacties toe van 57.500 in 1994 tot 61.500 in 2000, waartegenover het aantal door de rechter uitgesproken schuldigverklaringen toenam van 90.700 in 1994 naar 105.400 in 2000. Het is duidelijk

het OM - tot nu toe - niet de bevoegdheid heeft om de rechtsverhouding tussen burger en overheid eenzijdig vast te stellen voor zo ver het een punitieve ingreep betreft, dat kan alleen met instemming van de verdachte.[31] De verschillen in de positie van rechter, bestuursorgaan en Openbaar Ministerie in het strafrecht enerzijds en in het bestuursrecht anderzijds houden verband met het feit dat in het bestuursrecht de normering van de (sanctie)beschikking rechtstreeks gericht is tot het bestuursorgaan en dat het handelen van het bestuursorgaan in beginsel geacht wordt rechtmatig te zijn. In het strafrecht daarentegen is de normering van het besluit tot het opleggen van een sanctie gericht tot de rechter.[32] Het Openbaar Ministerie wordt geacht bij iedere beslissing te anticiperen op het rechterlijk oordeel, ook en met name bij het seponeren of transigeren van zaken. Tegelijkertijd impliceert de onschuldpresumptie een omkering van de bewijslast ten opzichte van het bestuursrechtelijke vermoeden van rechtmatigheid.

Het kabinet doet intussen niet moeilijk over eventuele relevante verschillen tussen beide vormen van punitieve handhaving. Kennelijk kunnen die vrijelijk worden vermengd binnen wat in termen van het kabinet de 'punitieve armslag van het bestuur' heet:

waar de groei in de punitieve rechtshandhaving vooralsnog gelocaliseerd kan worden. Interessant is overigens ook de afname van het aantal technische en beleidssepots bij het Openbaar Ministerie in ongeveer dezelfde periode: van respectievelijk 32.560 en 27.960 in 1994 naar 14.880 en 11.375 in 1999.

31 Zie echter Hartmann 2000 (eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, nader uitgewerkt in het nog te verschijnen derde interimrapport van het onderzoeksproject), waarin wordt voorgesteld het OM de bevoegdheid toe te kennen een transactie 'op te leggen' met de mogelijkheid van beroep op de strafrechter. In het voorstel voor een zelfstandige boetebevoegdheid voor het OM kan enerzijds een pleidooi worden gezien voor een verschuiving naar strafrechtelijke normering van de buitengerechtelijke afdoening. Anderzijds kan de daadwerkelijk invoering van deze bevoegdheid een verbestuursrechtelijking van het strafrecht tot gevolg hebben: enerzijds omdat de OvJ in mindere mate gedwongen is de anticiperen op het rechterlijk oordeel (bij stilzitten van de verdachte komt de zaak immers niet voor de rechter) en anderzijds omdat de strafrechter die het besluit van de OvJ toetst een meer bestuursrechtelijke (marginale) toetsing zou kunnen gaan toepassen. Voor zover dat laatste niet het geval is doemt de vraag op wat nu precies de zin of de winst is van de nieuwe bevoegdheid.

32 In het nationale recht is deze tot de rechter gerichte normering neergelegd in het beslissingsmodel van art. 348 en 350 Wetboek van Strafvordering. In deze artikelen is vastgesteld welke vragen de rechter (volgens een vaste volgorde) moet beantwoorden tijdens de beraadslaging over de strafbaarheid van de verdachte 'naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting'. Dit betekent niet dat het materiële strafrecht zich uitsluitend tot de rechter zou richten, zie par 1.2.2.2.

> Anderzijds wil het kabinet niet schromen aan de slag te gaan met verruiming van de punitieve armslag van het bestuur op de terreinen waar kwantitatieve en kwalitatieve handhavingswinst geboekt kan worden met de introductie van door het bestuur aan te bieden strafrechtelijke transactie of een bestuurlijke boete.[33]

Met Vervaele en Klip kan worden vastgesteld dat 'de transprocedurele osmose en interactie tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving' in een vergaand stadium zijn geraakt.[34] Naast de strafrechtelijke transactie en de bestuurlijke boete is inmiddels een bestuurlijke transactie ontworpen[35] en een boetebevoegdheid voor het OM voorgesteld.[36] Met een boetebevoegdheid voor het OM zou het strafrechtelijke uitgangspunt worden doorbroken dat alleen de rechter binnen het strafrecht bevoegd is straffen op te leggen. In geval van een bestuurlijke transactie wordt de afweging met betrekking tot het al dan niet aanbieden van een transactie verricht door een bestuursorgaan dat belang heeft bij de handhaving van de betreffende geschonden norm. Bestuursorganen zijn belast met de handhaving van specifieke algemene belangen, en niet geroepen verschillende algemene belangen in het kader van *het* algemeen belang tegen elkaar af te wegen. Het Openbaar Ministerie is daarentegen bij zijn afweging gehouden zich te richten naar *het* algemeen belang en op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.[37] De afweging van het bestuursorgaan en die van het OM zijn aldus verschillend van aard. Doordat het OM zichzelf een vervolgingsplicht heeft opgelegd in geval een verdachte niet ingaat op het transactievoorstel van het bestuursorgaan,[38] zal de punitieve rechtshandhaving meer verweven raken met de handhaving van bestuurlijke belangen.

De voorgenomen en deels gerealiseerde vermenging van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke uitgangspunten vraagt om een serieuze studie naar de herkomst en ratio van die uitgangspunten.[39] Alleen op basis daarvan kunnen de

33 Kabinetsstandpunt inzake *Handhaven op niveau*. Deze vergaande integratie van strafrecht en bestuurlijk optreden in de vorm van de bestuurlijke transactie past in het kader van een 'offensief handhavingsbeleid' (p. 15). Zie Rogier 2001, p. 20 over het *Transactiebesluit milieudelicten* van 1 november 2000, onder verwijzing naar de nota *Integraal Veiligheidsprogramma* van 8 juni 1999.

34 Vervaele en Klip 2001, p.1.

35 Zie *Transactiebesluit Milieudelicten*, 8 juli 2000, Staatsblad 2000, 320.

36 Zie 'onderzoeksproject Strafvordering 2001', Hartmann 2000.

37 Over algemeen belang en opportuniteit 't Hart 1997, p. 41-68.

38 Zie de toelichting bij het vijfde lid van art. 8 van het *Transactiebesluit*, Staatsblad 2000, 320, p. 37.

39 Vergelijk Knigge 2000, p. 88, die meent dat 'een algemene - het strafrecht en het bestuursrecht overkoepelende - theorie nodig' is: "Die theorie zou bijvoorbeeld antwoord moeten kunnen geven op de vraag welke vorm van rechtsbescherming (een

implicaties worden doordacht van de verschuivingen van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke punitieve handhaving en van de vermenging van beide. In dit proefschrift worden daartoe in hoofdstuk 5 verschillende opvattingen besproken over de domeinspecifieke eisen die aan iedere vorm van punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid gesteld moeten worden. In hoofdstuk 6 worden de (ideeën)historische achtergronden van die uitgangspunten uitgewerkt in een onderzoek naar de verhouding tussen *politie* en *justitie* en in het verlengde daarvan naar verschillende opvattingen van de rechtsstaat. Het onderscheid tussen een strafrechtelijke en een bestuursrechtelijke normering van punitieve handhaving wordt daarbij niet als een wezensonderscheid maar als een historisch gegroeid onderscheid geanalyseerd.

0.2 Probleemstelling en object van onderzoek

Naar aanleiding van de hierboven geschetste problematiek van de consensuele afdoening van strafzaken wordt in par. 0.2.1 de probleemstelling geformuleerd waarna in par. 0.2.2 het object van onderzoek wordt toegelicht.

0.2.1 Effectiviteit en legitimiteit van consensuele punitieve rechtshandhaving

De probleemstelling van het onderzoek kan worden beschreven als de vraag of, en zo ja in hoeverre consensuele punitieve rechtshandhaving een bijdrage kan leveren aan het terugdringen van tekorten in de rechtshandhaving.

Uit de voorgaande paragrafen volgt dat consensuele afdoening of consensuele straf vragen oproept naar de effectiviteit en naar de legitimiteit. Tot nu toe is gesproken van consensuele straf en van consensuele afdoening, alsof deze begrippen onderling verwisselbaar zijn. Dit is niet het geval. Het begrip consensuele straf veronderstelt een materieelrechtelijk perspectief en suggereert dat de consensus de straf en niet de wijze van afdoening betreft. Dat zou betekenen dat de verdachte of vermeende overtreder zelf van mening is dat hij gestraft moet worden.[40] We mogen ervan uitgaan dat zo'n consensuele straf

piepsysteem of een procesverplichting) in een bepaald geval het meest aangewezen is". Zoals 't Hart 2001, p. 195-196 schrijft moet zo'n algemene theorie dan wel een reflectie bevatten op de (ideeën)historische en (rechts)politieke achtergrond van de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht. Zie hieronder hoofdstuk 6.

40 De straf zou dan een vorm van boetedoening zijn, waarmee degene die een rechtsnorm heeft geschonden naar aanleiding van het persoonlijke inzicht in het eigen falen zijn schuld inlost. Consensueel straffen zou in dat geval spijt en berouw veronderstel-

bijzonder effectief zal zijn, want de consensus geeft in dat geval aan dat de gestrafte de gelding van de geschonden norm (h)erkent en zijn handelen daar verder op af zal stemmen. Bovendien lijkt de strafoplegging door de innerlijke overtuiging van de gestrafte ruimschoots gelegitimeerd te zijn. Daarbij moet worden aangetekend dat de effectiviteit vooralsnog uitsluitend het handelen van de overtreder betreft: of derden hun handelen naar aanleiding van een consensuele straf zullen aanpassen is nog maar de vraag.

Consensuele procedures veronderstellen echter geen daadwerkelijke instemming van de gestrafte met de opgelegde straf.[41] De consensus betreft uitsluitend de manier waarop de straf wordt 'opgelegd', namelijk met vermijding van het geding voor de rechter. De instemming van de overtreder met de buitengerechtelijke afdoening hangt samen met het feit dat de overheid bij machte is de straf ook zonder deze instemming op te leggen: aan de consensuele procesvorm zijn een aantal voordelen verbonden die voor de overtreder aanleiding kunnen zijn om af te zien van zijn recht op toegang tot de rechter. Zo zal de procedure vlotter verlopen, de straf in het algemeen lager zijn en zal de overtreding niet op het strafblad van de overtreder worden aangetekend. In het verlengde van dit alles is de buitengerechtelijke afdoening minder stigmatiserend vanwege het gebrek aan openbaarheid. In het vervolg van het onderzoek wordt niet meer gesproken van consensueel straffen maar van de consensuele procesvorm.

Terwijl de effectiviteit en de legitimiteit van consensuele *straffen* verondersteld mogen worden roept de vraag naar de effectiviteit en de legitimiteit van de consensuele *procesvorm* tal van nieuwe vragen op. In hoeverre wordt het gezag van de geschonden norm hersteld als de communicatie over de normschending zich beperkt tot een acceptgirokaart? In hoeverre kan de instemming van de vermeende overtreder als legitimatie serieus worden genomen op het moment dat blijkt dat hij alleen instemt om een hogere straf te voorkomen of om van de tijdrovende en stigmatiserende gang naar de rechter af te zijn? In hoeverre kan de instemming van de vermeende overtreder het gebrek aan

len. In par. 3.5.4 hieronder zal blijken dat de associatie van straf en boete(doening) zijn oorsprong vindt in de invloed van de katholieke kerk voorafgaand aan de pauselijke revolutie van Gregorius VII. Kenmerk van de overheidsstraf is nu juist het feit dat de overheid deze straf eenzijdig op kan leggen en dat de bevoegdheid om een straf op te leggen niet afhangt van inzicht in persoonlijk falen van de zijde van de vermeende overtreder.

41 Ook ten aanzien van de strafhoogte of de strafsoort is geen sprake van daadwerkelijke consensus. De overtreder gaat akkoord met een bepaalde straf(hoogte en -soort) ter vermijding van wat hij of zij zelf als een groter kwaad beschouwt: de gang naar de rechter, een mogelijk hogere straf en een mogelijke aantekening op het strafblad.

openbaarheid van de consensuele procesvorm legitimeren en in hoeverre ontneemt de onzichtbaarheid van deze procesvorm de straf zijn effectiviteit?

Bij de verkenning van het begrip rechtshandhaving heb ik aangegeven dat voor een geslaagde rechtshandhaving niet volstaan kan worden met maatregelen die gericht zijn op het 'afdwingen' van normconform gedrag. In dat geval is de kans groot dat de norm uitsluitend functioneert als voorschrift binnen de verhouding tussen overheid en burger en dat de naleving terugloopt zodra controle, opsporing en sanctionering minder intensief plaatsvinden. De effectiviteit van de handhaving is in dat geval beperkt omdat geen sprake is van aansluiting op en/of vorming van het rechtsbewustzijn. Gebrekkige aansluiting op gedeelde referentiekaders leidt tegelijkertijd tot legitimiteitsproblemen. Als uitgevaardigde normen massaal worden overtreden kan men zich afvragen of de politieke consensus die het uitvaardigen van de regel mogelijk maakte nog wel gelijkgesteld kan worden met een democratische legitimatie. Als de handhaving van precies deze massaal overtreden rechtsnormen buiten de rechter om plaatsvindt in een nauwelijks genormeerde procesvorm die op geen enkele wijze het normatieve gezag van de geschonden norm aan de orde stelt, ontbreekt op het niveau van de rechtshandhaving de aansluiting op en/of de vorming van het rechtsbewustzijn. Dat laatste is nu juist van het allergrootste belang voor zowel de effectiviteit als de legitimiteit van de handhaving van een bepaalde rechtsnorm. Dit betekent dat de vraag of, en zo ja in hoeverre consensuele afdoening van strafzaken een bijdrage kan leveren aan het terugdringen van tekorten in de rechtshandhaving samenvalt met de vraag naar zowel de effectiviteit als de legitimiteit van de consensuele afdoening.

0.2.2 Straf(begrip) en procesbeginsel

Dit onderzoek stelt de vraag naar de effectiviteit en de legitimiteit vanuit een ander perspectief dan gebruikelijk. Het gaat hier niet om een normativistisch perspectief waarin morele of juridisch-dogmatische argumenten doorslaggevend zijn, noch om een empiristisch perspectief waarin causale verklaringen en daaraan ontleende voorspellingen bepalend zijn. Reden voor het beproeven van een ander perspectief is enerzijds dat vanuit normativistische en vanuit empiristische perspectieven al veel onderzoek is verricht en anderzijds dat geen van deze perspectieven de maatschappelijke problematiek van de massale normoverschrijdingen adequaat kan verklaren en begrijpen. Daartoe is een integratie van beide perspectieven nodig die hier beproefd wordt aan de hand van een conceptuele bemiddeling op grondslagenniveau. Door de begrippen straf en procesbeginsel vanuit een onderbepaald rechtsnormbegrip te

herconceptualiseren wordt het mogelijk de relatie tussen straf, strafproces en rechtshandhaving opnieuw te doordenken.

Het hier uitgewerkte rechtsnormbegrip kan best beschreven worden als het dubbelperspectief van de verhouding tussen normadressant en normadressaten enerzijds en die tussen normadressaten onderling anderzijds. Vanuit die dubbele focus zullen straf en strafproces worden geanalyseerd met als doel tot een beter begrip te komen van de mogelijkheden die de consensuele punitieve rechtshandhaving biedt bij het terugdringen van tekorten in de rechtshandhaving. De verhouding tussen straf en strafproces wordt beheerst door het procesbeginsel, dat die verhouding noch vanzelfsprekend noch willekeurig bepaalt. Daarmee bedoel ik dat het zeer wel mogelijk is straffen op te leggen zonder dat de bestrafte de gelegenheid heeft gekregen zich te verdedigen tegen het voornemen hem te straffen. In die zin ligt de betekenis van het procesbeginsel niet vast: een proces kan bijvoorbeeld uitsluitend gericht zijn op het implementeren van de straf zonder ruimte te scheppen voor een debat over de vraag of de handeling waartegen de straf zich richt inderdaad een normschending was. Anderszins kan het proces juist gericht zijn op het in alle openbaarheid vaststellen van de betekenis van de te bestraffen handeling in het licht van de beweerdelijk geschonden norm. Willekeurig kan de verhouding tussen straf en proces niet zijn omdat rechtshandhaving aan minimale eisen van voorspelbaarheid moet voldoen. Die voorspelbaarheid stelt eisen aan het strafproces dat in ieder geval moet bestaan uit een openbare identificatie van gevallen als gelijke gevallen die wel of geen rechtsnormschending vormen. Wanneer het strafproces daar niet aan voldoet zal de straf zijn betekenis als vorm van rechtshandhaving verliezen.

De fenomenen straf en procesbeginsel vormen aldus in hun onderlinge samenhang het object van dit onderzoek. Men zou kunnen spreken van een 'fenomenologie van straf en procesbeginsel'. Vanwege de samenhang met de erin veronderstelde conceptualisering kan het onderzoek worden samengevat als een monografie van straf, strafbegrip en procesbeginsel.[42] Deze monografie hoopt echter niet alleen een conceptueel kader voor de beantwoording van de hier gekozen probleemstelling te bieden. Ook andere problematieken die samenhangen met punitieve rechtshandhaving kunnen vanuit de hier uitgewerkte fenomenologie opnieuw worden doordacht. Het onderzoek heeft - los van de hier gekozen probleemstelling - een eigenstandige betekenis.

[42] Voor wie meent dat straf(begrip) en procesbeginsel twee onderwerpen zijn, zou de term 'duografie' moeten worden uitgevonden. In dit onderzoek gaat het echter om de verhouding tussen beide, dus toch een monografie. Voor de betekenis van de term fenomenologie zie noten 47, 107, 122, 130 en par. 1.3.2 hieronder.

0.3 Methode en indeling

0.3.1 Interdisciplinair onderzoek

Het onderzoek naar straf(begrip) en procesbeginsel wordt verricht vanuit een rechtsfilosofisch perspectief dat relevante inzichten uit verschillende disciplines integreert. De juridische benadering wordt uitgebreid met een rechtshistorisch-antropologisch perspectief dat de historiciteit van zowel straf als procesbeginsel in het licht stelt, vanuit de gedachte dat fenomenen pas vanuit de verschillende historische contexten waarin zij zich ontwikkelen begrepen kunnen worden. Deze gedachte bouwt voort op de kennistheoretische uitgangspunten van het onderzoek, die in het eerste deel worden geëxpliciteerd. De 'methode' die uit deze kennistheoretische positie voortvloeit kan worden omschreven als een tegelijk fenomenologische en conceptuele analyse, die wordt voltrokken vanuit een systematisch en vanuit een historisch perspectief.

Het onderzoek is niet multidisciplinair. Het is geen samenvoeging van rechtshistorisch, cultureel antropologisch en juridisch-technisch onderzoek. Zelf heb ik geen bronnenonderzoek verricht, noch veldonderzoek gedaan en in die zin is geen sprake van rechtshistorisch of antropologisch onderzoek. Het onderzoek is interdisciplinair, hetgeen betekent dat inzichten die voortkomen uit verschillende disciplines op basis van een gemeenschappelijk conceptueel kader worden geïntegreerd of bemiddeld.[43] Dit theoretische kader wordt ontwikkeld in het eerste deel (norm en voorschrift) dat de conceptuele mogelijkheidsvoorwaarde vormt voor de geïntegreerde benadering binnen het tweede deel (straf en strafbegrip) en het derde deel (het procesbeginsel).

Ter afsluiting van het onderzoek is in de epiloog een politiek-filosofische verkenning van de waarde van het procesbeginsel opgenomen, die nauw samen-

[43] Zie over het hier gehanteerde terminologisch onderscheid tussen multidisciplinariteit en interdisciplinariteit Van Doorne en Ruys 1988. De door mij gekozen benadering komt overeen met de door hen als vierde beschreven opvatting over interdisciplinariteit: interdisciplinariteit als grondslagentheoretisch bemiddeld concept. Zo menen zij op p. 22: "De grondslagentheorie zoals we ons die voorstellen moet conceptuele bemiddeling mogelijk maken". De functie van een dergelijke interdisciplinariteit is drieërlei, zij moet (1) plaatsbepaling en oriëntatie mogelijk maken ten aanzien van de maatschappelijke problematiek die zich onttrekt aan disciplinaire grenzen, (2) zij moet de communicatie binnen verschillende disciplines, tussen verschillende disciplines en tussen wetenschap en publieke opinie mogelijk maken en (3) zij moet nieuwe probleemoplossingsstrategieën ontsluiten.

hangt met de kennistheoretische uitgangspunten van het onderzoek en die in het verlengde ligt van de bevindingen van het derde deel, waarin het procesbeginsel systematisch en ideeënhistorisch wordt onderzocht.

In de paragrafen 1.5, 2.7, 3.4 en 3.6, 4.6, 5.6 en 6.6 zijn de bevindingen samengevat. In paragraaf 4.7 worden de conclusies uit delen I en II vanuit twee perspectieven nader uitgewerkt. In hoofdstuk 8 worden vanuit dezelfde twee perspectieven conclusies uitgewerkt van het gehele onderzoek, mede met het oog op de vraagstelling die in par. 0.2.1 is geformuleerd.

0.3.2 Deel I: Norm en voorschrift

Deel I bestaat uit één hoofdstuk: het rechtsnormbegrip. In dit hoofdstuk wordt het kennistheoretisch onderzoek verricht dat de grondslag vormt van de fenomenologie van straf en procesbeginsel. Het betreft een explicitering van de veronderstellingen van waaruit de betekenis van het fenomeen straf, het strafbegrip en het procesbeginsel worden bestudeerd. Daartoe is - zoals hierboven reeds bepleit - een andere manier van denken vereist dan de gebruikelijke manieren van denken die zich binnen een deontologisch of een causaal perspectief bewegen. Deze andere manier van denken wordt in het eerste hoofdstuk uiteengezet en verantwoord aan de hand van het werk van met name de Nederlandse rechtsfilosoof Glastra van Loon en de Franse filosoof Ricoeur.

Het kennistheoretische onderzoek richt zich in de eerste plaats op het rechtsnormbegrip ten einde vat te krijgen op de aard van de geschonden norm waarop de straf reageert. Met de term rechtsnorm wordt verwezen naar geschreven en ongeschreven normen of regels die in een statelijke samenleving door de overheid als zodanig worden erkend. Deze erkenning van regels of normen kan plaats vinden doordat de overheid deze rechtsnormen uitvaardigt of doordat bijvoorbeeld de rechter (eventueel ongeschreven) normen als rechtsnormen in zijn oordeel betrekt. Met Glastra van Loon gebruik ik de term rechtsnorm hier als synoniem van de term rechtsregel.[44] Daarbij onderscheid ik - wederom met Glastra van Loon - tussen een normatief en een im-

[44] Glastra van Loon 1985, p. 697/698: "In *Norm en Handeling* staat centraal de verhouding regel - handeling (norm en regel zijn daar verwisselbare begrippen)". Tegenover de regel of norm stelt hij t.a.p. vervolgens het bevel met algemene inhoud. Zie ook Glastra van Loon 1980, p. 25-36 over 'regels en bevelen' en idem 1980, p. 57-79 over 'het begrip rechtsregel'. In *Norm en Handeling* (zijn proefschrift uit 1956) spreekt hij over het bevel met algemene inhoud, het voorschrift of de imperatief tegenover de norm of regel.

peratief aspect. Dat wil zeggen tussen de rechtsnorm *als norm* en de rechtsnorm *als voorschrift*. Door dit onderscheid te denken in termen van aspecten (of hoedanigheden) kan voorkomen worden dat rechtsnormen al bij voorbaat gezien worden als hetzij normen hetzij voorschriften. Het hier bepleite rechtsnormbegrip is een onderbepaald begrip: of, en zo ja in hoeverre een rechtsnorm behalve als voorschrift ook begrepen moet worden als norm kan niet in het algemeen worden vastgesteld.[45] In geval we kijken naar de rechtsnorm *als norm* gaat het om de vraag of de rechtsnorm het handelen van rechtsgenoten *onderling* regelt en betekenis geeft. De rechtsnorm wordt vanuit een horizontaal perspectief bekeken. In geval we kijken naar de rechtsnorm *als voorschrift* gaat het om een voorschrift van een normadressant dat door rechtsgenoten als normadressaten moet worden nageleefd. De rechtsnorm wordt vanuit een verticaal perspectief bekeken. Deze twee manieren van kijken worden door Glastra van Loon analytisch onderscheiden als het normatieve en het imperatieve aspect van rechtsnormen. Ten aanzien van de straf is het van groot belang om te onderzoeken in hoeverre de straf gericht is op (be)vestiging van het gezag van de rechtsnorm *als norm*, en in hoeverre de straf gericht is op (be)vestiging van het gezag van de rechtsnorm *als voorschrift*. In beginsel moeten - zo is de conclusie van dit hoofdstuk - bij de analyse van een rechtsnorm beide aspecten steeds tegelijk in het oog worden gehouden.

In het verlengde van het onderscheid tussen de rechtsnorm *als norm* en de rechtsnorm *als voorschrift* is het onderscheid tussen het *ongeschreven* en het *geschreven recht* nader onderzocht aan de hand van het werk van Ricoeur. Dit onderscheid is van grote betekenis voor de rol die straf en strafproces kunnen spelen binnen de rechtshandhaving. Zo wordt bijvoorbeeld in het rapport *'Het recht ten uitvoer gelegd. Oude en nieuwe instrumenten van rechtshandhaving'* van de commissie 'Heroverweging instrumentarium rechtshandhaving' een voor de hand liggend verband gelegd tussen het toenemend aantal door de overheid gestelde regels (geschreven recht) en het steeds groter worden van het 'rechtshandhavingstekort'.[46] De toename van nieuw, uitgevaardigd,

[45] Glastra van Loon 1987, p. 210-211 onderscheidt uitspraken met een uitsluitend imperatief aspect, die hij conform het normale spraakgebruik bevelen noemt en uitspraken met een uitsluitend normatief aspect, die hij wederom conform het normale spraakgebruik normen noemt. Voor de mengvorm (uitspraken met een normatief en imperatief aspect) kent het taalgebruik volgens hem geen afzonderlijke term. Mij dunkt dat de term rechtsnorm of rechtsregel in beginsel op de mengvorm ziet, wat niet wegneemt dat niet op voorhand vaststaat of, en zo ja in hoeverre een rechtsnorm daadwerkelijk ook een normatief aspect heeft. De betekenis van de term is onderbepaald.

[46] Rapport van de Cie. Korthals Altes uit 1995, zie de inleidende tekst p. 9-11. Zie C.J.M. Schuyt, Bronnen van juridisering en hun confluentie, in *NJB* 1997, die op p. 928-929

geschreven recht leidt kennelijk tot massale normoverschrijdingen die op pragmatische gronden consensueel worden afgedaan. De vraag of de consensuele afdoening bij kan dragen aan de handhaving van uitgevaardigde rechtsregels die (nog) geen aansluiting hebben op het rechtsbewustzijn, komt in hoofdstuk 5 uitgebreid aan de orde.

0.3.3 Deel II: Straf en strafbegrip

Met het oog op beantwoording van de vraag welke punitieve handelingen binnen het bereik van de term straf vallen en wat de betekenis is van het fenomeen straf, wordt om te beginnen een uitgebreid onderzoek verricht naar straf en strafbegrip vanuit systematisch en historisch-antropologisch perspectief, zoals weergegeven in deel II (Straf en strafbegrip), bestaande uit de hoofdstukken twee, drie en vier.

Dit onderzoek naar straf en strafbegrip is principieel interdisciplinair en zowel conceptueel als fenomenologisch van aard.[47] Dit betekent dat zowel het strafbegrip als het fenomeen straf worden onderzocht. In de hoofdstukken drie en vier is de juridische invalshoek verruimd door integratie met een rechtshistorisch en rechtsantropologisch perspectief ten einde de punitieve rechtshandhaving binnen verschillende historische contexten te kunnen ver-

drie bronnen van juridisering bespreekt die sinds 1972 tot een 'klaterende waterval van wetten, regels en uitvoeringsbesluiten en daarop gebaseerde rechtsbeslissingen' hebben geleid. Het zou gaan om (1) prisoners' dilemma-regels, (2) ongelijkheidsreductie-regels en (3) coördinatieregels. Zie ook het rapport van de subcommissie verkeer dat als bijlage V is gevoegd bij het interimrapport van de commissie kleine criminaliteit (Cie. Roethof) uit 1984, par. 3: 'De omvang en aard van het regelbestand'. Zie ook Vervaele 1994, p. 9 onder verwijzing naar de oratie van Hulsman: "Normen die niet of niet voldoende te handhaven zijn, behoren in de regel niet in het recht te worden opgenomen".

47 Het fenomenologische uitgangspunt van dit onderzoek komt niet overeen met het 'idealisme' van Husserl maar eerder met het 'lichamelijke perspectief' van Merleau-Ponty en Ricoeur, zie par. 1.3.2.2 hieronder. Het leggen van verband tussen een conceptuele en een fenomenologische analyse kan worden opgevat als een specifieke variant van de hermeneutische analyse, zoals bijvoorbeeld door Ricoeur in zijn latere werk wordt beoefend, zie Ricoeur 1995. Vanwege de betekenis die binnen de rechtswetenschap aan een hermeneutische analyse wordt gegeven, is in dit onderzoek afgezien van het gebruik van de term hermeneutisch. Bij de hermeneutische methode in de rechtswetenschap gaat het meer om de interpretatie van teksten en blijft de analyse meestal beperkt tot een conceptuele analyse.

gelijken om juist vanuit die contrastwerking de straf te kunnen identificeren.[48] Deze hoofdstukken vormen niet de weerslag van zelfstandig historiografisch onderzoek, rechtshistorisch bronnenonderzoek of cultureel antropologisch veldwerk, maar een vernieuwende integratie van inzichten uit verschillende disciplines in de hoop aldus de betekenis van het fenomeen straf en van de term straf te kunnen herijken.

Het standaardverhaal van de geschiedenis van de straf begint meestal met het schrikbeeld van de mateloosheid van de wraak die het leven van de primitieve mens zou beheersen en eindigt met het geweldmonopolie van de staat dat als een teken van beschaving en culturele vooruitgang wordt gezien. Dit standaardverhaal is richtinggevend voor de criminele politiek, die haar legitimatie van het statelijk geweldmonopolie aan deze moderne mythe ontleent: als wraakgevoelens niet gekanaliseerd worden via het statelijk strafrecht zouden eigenrichting en mateloze vergelding een onbeheersbare chaos teweeg brengen die alle trekken vertoont van de Hobbesiaanse 'state of nature'. Zonder aan de waarde van deze moderne mythe af te willen doen, is in dit onderzoek gekozen voor een radicaal ander perspectief. De 'state of nature' van de niet-statelijke samenleving is als uitgangspunt gekozen om van daaruit met verwondering het ontstaan van overheden en van de overheidsstraf te volgen.

Daartoe zijn in de hoofdstukken die vanuit historisch perspectief zijn geschreven *drie cesuren* in de historische ontwikkeling van recht en samenleving gereconstrueerd die voor de ontwikkeling van straf en strafproces bijzonder relevant blijken. In het derde hoofdstuk wordt met name aan de hand van het werk van de Groningse rechtshistoricus Immink de *eerste* cesuur uitgewerkt die de overgang betreft van een samenleving zonder overheid naar een begin van staatsvorming. Naast onderzoek naar het punitieve handelen in de niet-statelijke Oudgermaanse samenleving wordt ook onderzoek naar andere niet-statelijke samenlevingen bij deze analyse betrokken door integratie van inzichten uit de culturele antropologie. In het vierde hoofdstuk wordt uitgebreid ingegaan op de radicale omwentelingen in de verhouding tussen overheid en daaraan onderworpen personen die zich vanaf het einde van de elfde eeuw in Europa voordeden. Deze *tweede* cesuur is net als de eerste van doorslaggevend belang voor een goed begrip van de straf. Daarbij is met name het werk van de Amerikaanse ideeënhistoricus Berman gebruikt als leidraad bij de bespreking van de nieuwe conceptualisering van recht die zich vanaf het einde van de elfde eeuw heeft doorgezet. In deze nieuwe conceptualisering wordt het recht een instrument waarmee een gewenste orde kan worden af-

[48] Voor een meer gedetailleerde verantwoording van de hier gekozen historisch-antropologische benadering zie par. 3.2.1 hieronder.

gedwongen. De straf komt vanaf dat moment in zicht als middel om de naleving van nieuw recht af te dwingen. De *derde* cesuur die aan het slot van het vierde hoofdstuk en in het derde deel aan de orde komt, wordt gevormd door de omwentelingen die plaatsvonden met en naar aanleiding van de Franse revolutie. Aan de hand van met name het werk van de rechtshistoricus en fiscalist Van der Poel wordt onderzocht hoe deze omwentelingen leidden tot een integratie van het boetestrafrecht met het criminele strafrecht en in het verlengde daarvan tot de installatie van de procesvorm van het 'fair trial' voor alle vormen van punitief handelen vanwege de overheid. Deze 'verstrafrechtelijking' van het politiestrafrecht wordt mede bezien tegen de achtergrond van de ontwikkelingen in het bestuursrecht aan de hand van de 'drie dimensies van het bestuursrecht' van Van der Hoeven.

Hoewel het proces*beginsel* pas in het derde deel expliciet aan de orde komt, bleek een onderzoek naar de betekenis van de straf onlosmakelijk verbonden met een onderzoek naar de verschillende procesvormen die het opleggen van straf mogelijk maken. Daartoe worden drie door Salas als ideaaltypen ontworpen procesvormen gehanteerd: de bemiddelende procesvorm, de inquisitoire procesvorm en de procesvorm van het 'fair trial'. Deze procesvormen vallen niet samen met de gebruikelijke indeling in accusatoire, 'adversarial' en inquisitoire processen. Salas heeft zijn modellen geconstrueerd met het oog op een interdisciplinair onderzoek naar het (straf)proces. Bij het onderzoek vanuit historisch-antropologisch perspectief wordt tegelijk met het onderzoek naar straf en strafbegrip een onderzoek naar de samenhang met de onderscheiden procesvormen uitgevoerd. Terwijl in het tweede deel met name de bemiddelende procesvorm en de inquisitoire procesvorm aan de orde komen, zal de procesvorm van het 'fair trial' vooral in het derde deel aan de orde komen met het oog op het procesbeginsel.

Omdat onderzoek vanuit een historisch-antropologisch perspectief een begrippenkader veronderstelt waarmee de reconstructie van een historische werkelijkheid ter hand wordt genomen, wordt *voorafgaand aan* de hier beproefde geschiedenis van de straf een materieel strafbegrip ontwikkeld. Het onderzoek is onder meer gericht op de *betekenis* van de straf. De betekenis van de straf kan pas bepaald worden als - met behulp van een straf*begrip* - is vastgesteld welke fenomenen als straf geïdentificeerd kunnen worden. Tegelijk zal echter blijken dat de betekenis van het straf*begrip* niet kan worden gevat zonder zicht op de betekenis van de straf. Daarmee is het onderzoek *tegelijk* fenomenologisch en conceptueel van aard. De volgorde (eerst een verkenning vanuit systematisch perspectief en dan een verkenning vanuit historisch perspectief) is in beginsel willekeurig vanwege de wederzijds constitu-

tieve verhouding tussen begrippen en historische werkelijkheid. De verhouding tussen fenomeen en concept is met name in par. 1.3.2.3 nader verantwoord.

0.3.4 Deel III: Het procesbeginsel

Het strafrecht is - anders dan het privaatrecht - niet gericht op schadevergoeding of herstel. Het strafrecht maakt een vorm van opzettelijke extra leedtoevoeging mogelijk met als grond en/of doel de vergelding en/of de preventie.

Vergelding suggereert dat er iets recht gezet moet worden dat voorbij is en preventie suggereert dat er iets voorkomen moet worden dat nog niet gebeurd is. Vergelding wordt vaak vanuit een deontologisch perspectief begrepen, waarin morele boventonen spelen.[49] Preventie lijkt aan te sluiten bij een causaal perspectief met empiristische ondertonen, waarbij de 'harde feiten' zouden kunnen aantonen of de straf 'werkt' of niet.[50] Daarmee wordt in de dichotomie van vergelding en preventie een cartesiaans dualisme tussen lichaam (empirie, preventie) en geest (deontologie, vergelding) gevestigd.[51]

[49] Absolute theorieën over de grondslag van *ius puniendi* verwijzen vaak naar de vergelding als herstel van het evenwicht in de geschokte rechtsorde, vergelijk Kant (1797/1798) 1993, p. 454: "Nur das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis), aber, wohl zu verstehen, vor den Schranken des Gerichts (nicht in deinen Privaturteil), kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben; alle andere sind hin und her schwankend, und können, anderr sich einmischenden Rücksichten wegen, keine Angemessenheit mit dem Spruch der reinen und strengen Gerechtigkeit enthalten".

[50] In relatieve theorieën staat de straf als middel in dienst van een doel, zoals bijvoorbeeld de generale preventie, vergelijk Feuerbach (1801) 1847, par. 13: "Alle Uebertretungen haben ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sittlichkeit, inwiefern das Begehrungsvermögen des Menschen durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung derselben angetrieben sind. Dieser sinnliche Antrieb kann dadurch aufgehoben werden, dass Jeder weiss, auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches grösser ist, als die Unlust, die aus den nicht befriedigten Antrieb zur That entspringt". Deze gedachte stamt al van Hobbes, zie Janse 2000 met name zijn hoofdstuk 5. Bij Feuerbach was deze theorie van de afschrikkende werking van de straf overigens hecht verbonden met rechtsstatelijke waarborgen, zoals uitgewerkt in zijn drievuldige formulering van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel (zie hoofdstuk 6 hieronder).

[51] Zie ook Rawls 1967 die onderscheidt tussen de rechtvaardiging van strafbaarstelling en de rechtvaardiging van het opleggen van een straf in concreto. Dat eerste zou op utilitaire gronden gerechtvaardigd kunnen worden (met het oog op preventie) en het tweede op morele gronden (binnen de maat van de vergelding). Hart 1968 heeft deze onderscheiding overgenomen, zie par. 2.2.2 hieronder.

Vanuit beide perspectieven - vergelding en preventie in bovengaande zin - is het strafrechtelijk *legaliteitsbeginsel* van doorslaggevend belang. Een precieze formulering van het geschonden voorschrift moet voorafgaan aan de schending, wil het morele verwijt waar de vergelding zijn rechtvaardiging vindt mogelijk zijn. Diezelfde precieze en voorafgaande formulering van het geschonden voorschrift is noodzakelijke voorwaarde voor de preventieve werking van de straf, niet vanwege de rechtvaardiging ervan maar vanwege het feit dat de strafbedreiging reden en oorzaak (motief)[52] moet zijn voor en van het afzien van schending van het voorschrift.

In dit onderzoek is - na grondige bestudering van met name het kennistheoretische werk van Glastra van Loon - een andere benadering gekozen, waarin een poging wordt ondernomen de cartesiaanse dichotomie van morele vergelding en causale preventie op te nemen in een breder perspectief.[53]

Op grond van de kennistheoretische inzichten die in het eerste deel zijn uitgewerkt is een van de uitgangspunten van dit onderzoek dat straf en strafbedreiging hun werking ontlenen aan de *precedentwerking die eigen is aan iedere handeling*. De precedentwerking (of het normatieve gezag)[54] waar hier op wordt gedoeld heeft niets te maken met het causale perspectief van de preventie, maar met de betekenisidentiteit of subjectieve algemeenheid van handelingen. De betekenisidentiteit van de handeling impliceert dat een handeling *als een bepaalde handeling (h)erkend wordt*: bijvoorbeeld als lopen, als vissen, als schrijven, als doden, als fraude plegen. Zoals in het eerste hoofdstuk wordt uiteengezet kan een handeling alleen betekenisidentiteit hebben als hij een

52 Zie Ringer 1997, p. 142-150 en 170 over 'reasons as causes', een volgens Ringer door Weber voorbereide conceptie van de verklaring van handelingen, later uitgewerkt door bijvoorbeeld Alasdair MacIntyre en Donald Davidson. Zie Ringer a.w. p. 144-147 voor een kritische bespreking van Winch's visie op regelgeleid gedrag in zijn *Idea of a Social Science*, die meent dat een handeling niet verstaan kan worden door hem te verklaren. Echter juist die regels die met dwang zijn verbonden kunnen volgens MacIntyre als reden en oorzaak het gedrag verklaren dat met die regels in overeenstemming is. Zie hieronder par. 1.3.3, 1.3.4 en 1.3.5 over het onderscheid tussen het normatieve aspect van rechtsnormen (waar Winch het over heeft) en het imperatieve aspect van rechtsnormen (waar MacIntyre op doelt). Juist de integratie van beide perspectieven vormt de meerwaarde van het door mij in deel I bepleite rechtsnormbegrip.

53 Zonder hier een hegeliaanse synthese te willen suggereren kan wel verwezen worden naar het gedachtengoed van Hegel 1821, par. 90-104. Zie zijn kritiek op het utilitaire denken van met name Feuerbach in par. 99.

54 De term 'normatief' moet hier niet begrepen worden in de zin van een Kelsiaans normativisme noch in morele zin. Het gaat om het hierboven aangestipte normatieve perspectief, waarin een norm verschijnt die het handelen van mensen onderling regelt. Zie verder het eerste hoofdstuk.

norm stelt die verwijst naar een handelingsontwerp dat met de handeling gedemonstreerd wordt. De straf doet als handeling de precedentwerking van de handeling die aanleiding is voor de straf *teniet* en (her)stelt daarmee het normatieve gezag van de geschonden norm. De straf kan dan ook niet uitsluitend vanuit een moreel of causaal perspectief begrepen - hoewel misschien wel gerechtvaardigd of verklaard - worden. De straf wordt in dit onderzoek enerzijds begrepen vanuit de rol die hij speelt bij de constitutie van gedeelde referentiekaders voor zover deze kunnen worden aangeduid met de term rechtsbewustzijn en anderzijds vanuit de rol die hij speelt in het afdwingen van een gewenste maatschappelijke orde. In het eerste geval gaat het om de straf als (be)vestiging van de geschonden norm *als norm* (het normatieve gezag van de straf), in het tweede geval gaat het om de straf als (be)vestiging van de geschonden norm *als voorschrift* (het imperatieve gezag van de straf).

Voor de precedentwerking of het normatieve gezag van de straf is zichtbaarheid een noodzakelijke voorwaarde. Pas wanneer de negatie van de normschending als zodanig zichtbaar (publiek) is, kan de straf 'werken'. Het 'als zodanig' betekent dat duidelijk, zichtbaar en publiek is om welke geschonden norm het gaat, in andere woorden moet publiekelijk worden vastgesteld wat de *betekenis* is van de handeling die aanleiding is voor de straf. De betekenis van de handeling veronderstelt de norm die met de handeling gesteld wordt. Die betekenis kan eigenlijk alleen duidelijk en zichtbaar worden vanaf een forum waar degene die de strafbare handeling stelde de gelegenheid krijgt zich tegenover de vervolgende instantie uit te spreken over de betekenis van die handeling. Daartoe is een onafhankelijk en onpartijdig voorzitter nodig, die een gereglementeerd debat mogelijk maakt waarin de spreekbeurten verdeeld zijn en waarin alles aan de orde komt dat van belang is om de betekenis van de betreffende handeling te beoordelen. Daarmee zijn we aangeland bij de eisen die aan een 'fair trial' in de zin van art. 6 EVRM worden gesteld: een onafhankelijke en onpartijdige rechter, externe openbaarheid, onmiddellijkheid, een contradictoire procesvoering, 'equality of arms' en de onschuldpresumptie.

Naast de beschermende functie van het proces heeft het proces dus tegelijk een belangrijke instrumentele functie die niet gereduceerd kan worden tot een morele of causale functie.[55] Voor een goed begrip van het strafrecht is dus

[55] Zie Jakobs 1995, p. 845 die vanuit Habermas' theorie van het communicatieve handelen tot een vergelijkbare positie komt: "Empirisch fassbar sind an diesem Vorgang einzig die Straftat, das Verfahren und der Zusammenhang beider; nicht empirisch fassbar ist insbesondere die Bestätigung der Identität; denn sie ist niet Folge des Verfahrens, sondern seine Bedeutung".

niet alleen het legaliteitsbeginsel maar eerder nog het *procesbeginsel* van doorslaggevend belang. Het procesbeginsel in brede zin heeft overigens ook de oudste papieren: het legaliteitsbeginsel kan pas tot ontwikkeling komen als het schrift zich binnen de samenleving een bepaalde positie verworven heeft.[56] Het procesbeginsel in brede zin omvat de eis dat een straf alleen binnen een proces door de rechter of het gerecht kan worden opgelegd. Aan die eis kan worden voldaan zonder dat een geschreven recht wordt toegepast. In het derde deel, dat bestaat uit de hoofdstukken 5 en 6, wordt de voor ons relevante variant van dit procesbeginsel nader onderzocht: het beginsel dat een straf alleen kan worden opgelegd door de onafhankelijke en onpartijdige rechter binnen een 'fair trial' in de zin van art. 6 EVRM. In het vijfde hoofdstuk gebeurt dit vanuit systematisch perspectief en in het zesde hoofdstuk vanuit ideeënhistorisch perspectief.

Met het oog op het onderzoek naar de waarde van het procesbeginsel en de problematiek van de consensuele afdoening wordt in het vijfde hoofdstuk om te beginnen de procesvorm van het 'fair trial' geanalyseerd. Ten aanzien van de betekenis van het procesbeginsel worden vervolgens twee in de literatuur gangbare interpretaties van het procesbeginsel onderzocht. Daarbij moet worden opgemerkt dat de term procesbeginsel niet gangbaar is. Ter verheldering van de verschillende posities ten aanzien van het uitgangspunt dat straffen in beginsel door de rechter in 'fair trial' moeten worden opgelegd, is hier gekozen voor het procesbeginsel als overkoepelend begrip waarbinnen de verschillende posities met elkaar vergeleken kunnen worden. *De eerste interpretatie* betreft het procesbeginsel als procesverplichting in die zin dat iedere vorm van punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid niet alleen in beginsel maar ook de facto door de rechter in 'fair trial' moet worden opgelegd. Deze interpretatie is verwant met het gedachtegoed van bijvoorbeeld Peters en hangt samen met een rechtsopvatting, waarbij de functie van het straf*recht* niet bestaat uit criminaliteitsbestrijding maar uitsluitend in de controle op de rechtmatige uitoefening daarvan: 'policing the police'. Straf*recht* heeft in die opvatting uitsluitend een rechtsbeschermende en machtskritische functie.[57]

[56] In dit onderzoek verwijst het procesbeginsel naar de procesvorm van het 'fair trial'. Voor zover het procesbeginsel de oudste papieren heeft kan het natuurlijk niet om ons 'fair trial' gaan, maar om de hieronder in par. 3.2.3.2 en hoofdstuk 3 te bespreken bemiddelende procesvorm.

[57] Zie met name Peters 1972, 1990 en (1989) 1993. Misdaadbestrijding en rechtsbescherming worden door Peters als afzonderlijke elementen naast elkaar geconcipieerd, waarbij het straf*recht* tot taak heeft de controlerende, opsporende en vervolgende overheden op de vingers te kijken. Zie Peters (1972) 1999, p. 275: "Het zijn juist deze, niet uit rationele doelmatigheid verklaarbare, en orthogonaal op de ordeningsfunctie van het strafrecht staande, residuale beperkingen van de bevoegdheden van de staat,

Een tweede interpretatie betreft het procesbeginsel in de zin van een fundamenteel recht op toegang tot de rechter waar afstand van kan worden gedaan. Deze interpretatie vinden we behalve bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens ook terug in het standpunt van de regering en de wetgever, bij het Openbaar Ministerie en in de literatuur, hoewel er uiteraard belangrijke nuanceverschillen zijn bij de uitwerking van deze interpretatie. In deze interpretatie lijkt het strafrecht vooral een implementerende of instrumentele functie te hebben, die het de overheid mogelijk maakt een gewenste maatschappelijke orde op te leggen en af te dwingen. In dit onderzoek wordt *een derde interpretatie* bepleit, waarbij de procesvorm van het 'fair trial' wordt gezien als een regulatieve voorwaarde voor punitieve rechtshandhaving. Dat betekent dat ook de consensuele procesvorm zich zoveel mogelijk zou moeten richten naar de constitutieve voorwaarden voor de procesvorm van het 'fair trial'. Het vijfde hoofdstuk sluit af met een onderzoek naar de mate waarin de consensuele procesvorm te kort schiet ten opzichte van het 'fair trial'.

In het zesde hoofdstuk wordt het antwoord op de vraag naar de waarde van het procesbeginsel hernomen vanuit (ideeën)historisch perspectief, en wordt in het verlengde van die analyse de vraag gesteld naar de mogelijke bijdrage van de consensuele afdoening aan de rechtshandhaving. In hoofdstuk 4 zijn de verhoudingen tussen volk en vorst geanalyseerd die bepalend zijn voor de aard van de door middel van straf beschermde rechtsnorm en voor de procesvorm die aan het punitieve handelen voorafgaat. In hoofdstuk 6 wordt deze analyse voortgezet ten aanzien van de periode na 1500. Opnieuw blijkt er verband tussen de politieke constitutie van de samenleving, de aard van de beschermde rechtsvorm en de procesvorm waarin straffen worden opgelegd. Interessant is in dat kader de betekenis van de term volk: terwijl in de Germaanse, Frankische periode en in het feodale tijdperk de term volk verwees naar de verzameling van *vrijen* die politieke zeggenschap hadden (de hoge adel), blijkt na de Franse revolutie ook de burger en inmiddels zelfs iedere rechtsgenoot binnen het bereik van de term volk te vallen. In dit hoofdstuk wordt uitgebreid aandacht besteed aan het werk van Montesquieu, aan de hand van de analyse van de rechtsfilosofe Simone Goyard-Fabre en de politiek filosofe Judith Shklar. Beiden betrekken in hun analyse de achttiende eeuwse context waarbinnen Montesquieu als prerevolutionair hervormingsdenker schreef.

die de eigenlijke juridische dimensie van het strafrecht constitueren". In dat kader past een procesverplichting waarin het proces uitsluitend een rechtsbeschermende functie heeft.

Vanuit het historische onderscheid tussen *politie* (in oude zin: bestuur) en *justitie* (in oude zin: rechtspraak, jurisdictie) wordt vervolgens gezocht naar de historische en ideeënhistorische wortels van de idee dat sommige strafbare feiten uit de aard der zaak een andere of geen berechting nodig hebben. Daartoe wordt met name ook de formele conceptie van de rechtsstaat zoals die in de 19e eeuw door Stahl is ontworpen aan een nader onderzoek onderworpen met het oog op zijn interpretatie van het onderscheid tussen politie en justitie. Deze conceptie van de rechtsstaat blijkt op een aantal punten overeen te komen met de conceptualisering van het onderscheid tussen politiestrafrecht en crimineel strafrecht en in het verlengde daarvan het onderscheid tussen wets- en rechtsdelicten. De ideeënhistorische wortels van dit 19e eeuwse onderscheid worden vervolgens onderzocht aan de hand van het werk van een aantal Duitse auteurs, met name Feuerbach, Binding en Goldschmidt. Het onderscheid tussen wets- en rechtsdelicten is sinds de codificatie van de tweedeling van strafbare feiten in 1886 nog steeds bepalend voor ons denken over de verhouding tussen de aard van het strafbare feit en de gewenste afdoeningsmogelijkheden. In zekere zin staat de gehele discussie over de overheveling van strafbare feiten naar het bestuursrecht in het teken van dit onderscheid, dat vaak een al dan niet expliciet ontologische status krijgt toegewezen.

0.3.5 Epiloog: politiek-filosofische implicaties van het procesbeginsel

Ter afsluiting van het proefschrift worden de politiek-filosofische implicaties van het procesbeginsel doordacht vanuit het werk van de Franse filosoof Claude Lefort. Precies de integratieve benadering van de *met* de straf te (be)vestigen rechtsnorm,[58] die hier vanuit het dubbelperspectief van het normatieve en imperatieve aspect wordt bezien, roept de vraag op naar de politieke betekenis van het procesbeginsel.

Het imperatieve aspect van rechtsnormen veronderstelt een politieke ordening waaraan deze rechtsnormen hun gezag ontlenen. Zelfs in een niet-statelijke samenleving is sprake van een politieke ordening, die dan echter niet uitgaat van een overheid en dus niet gebaseerd is op het bevelsrecht in combinatie met het geweldmonopolie en het verbod van eigenrichting.[59] Zonder

[58] Het cursief gedrukte woordje 'met' drukt het constitutieve verband tussen straf en te (be)vestigen rechtsnorm uit, dat bij gebruik van bijvoorbeeld het woord 'door' gemakkelijk voor een causaal of moreel verband kan worden aangezien.

[59] Zie de hieronder in par. 3.3.3.1 aangehaalde antropoloog Clastres 1974, p. 21: "Si le pouvoir politique n'est pas une nécessité inhérente à l'homme comme être naturel (et

oog voor de politieke aspecten van de vorming en bevestiging van het rechtsbewustzijn en van de cruciale rol die het imperatieve aspect speelt bij het 'installeren'[60] van de rechtszekerheid, kan de straf niet als straf worden begrepen. In het zevende en laatste hoofdstuk wordt deze politieke dimensie met het oog op de waarde van het procesbeginsel nog eens in de verf gezet. In het vijfde en met name in het zesde hoofdstuk is die politieke dimensie al voortdurend aanwezig in de analyse van de rechtsstatelijke achtergrond van het procesbeginsel.

Lefort spreekt in zijn analyse van de samenhang tussen mensenrechten en democratie van 'het politieke', dat wil zeggen het constitutieve referentiekader waarbinnen machtsverhoudingen als zodanig kunnen verschijnen. De mensenrechten - waaronder het procesbeginsel - worden door Lefort begrepen als een vanaf hun afkondiging in 1789 werkzame ontregeling van de politieke orde die de vrijheid installeert van het individu in zijn samenhandelen met anderen. De 'installatie' van die vrijheid krijgt gestalte in de kloof tussen de wet en de macht, die in het strafrecht vorm krijgt op het moment dat het oordeel over de betekenis van de wet in concrete gevallen in handen wordt gesteld van een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

0.4 Relevantie van het onderzoek

Een onderzoek dat zich vanuit kentheoretische, juridisch-technische, historische, cultureel-antropologische en ideeënhistorische perspectieven op de buitengewoon actuele problematiek van de punitieve rechtshandhaving richt vraagt veel van zowel de onderzoeker als de lezer. Deze problematiek raakt echter aan de constitutionele grondslagen van de samenleving en aan de daarmee verbonden machtsevenwichten tussen de verschillende overheden onderling en tussen overheid en burger. Net als in de middeleeuwen maakt de mens in de 21e eeuw in toenemende mate deel uit van verschillende deels overlappende rechtsorden: regionale, nationale, supra- en internationale regelgeving en jurisdictie verschijnen in een steeds complexer verhouding ten op-

là Nietzsche se trompe), en revanche il est une nécessité inhérente à la vie sociale. On peut penser le politique sans la violence, on ne peut pas penser le social sans le politique: en d'autres termes, in n'y a pas de sociétés sans pouvoir".

60 De term 'installeren' is hecht met het gedachtegoed van Lefort verbonden. Met het installeren van bijvoorbeeld de rechtszekerheid wordt gedoeld op het constitutieve karakter van de (be)vestiging van de rechtszekerheid, die dan ook steeds opnieuw - performatief - gevestigd moet worden.

zichte van elkaar en ten opzichte van de rechtssubjecten die deze rechtsordes handelend constitueren en die er handelend door geconstitueerd worden.[61]

Enerzijds brengt de voortschrijdende Europese integratie een stroom van ordeningswetgeving mee met impliciete en expliciete instructies voor de punitieve handhaving.[62] Dit onderzoek is dan ook bijzonder relevant voor de handhavingsproblematiek van de communautaire regelgeving. Met name de ten opzichte van de nationale *check and balances* afwijkende politieke machtsevenwichten op Europees niveau lijken het imperatieve aspect van de Europese communautaire rechtsorde en van de te handhaven rechtsnormen ten opzichte van het normatieve aspect onevenredig te versterken, waardoor de betreffende normen het handelen van rechtsgenoten *onderling* ondanks punitieve ingrepen nauwelijks regelen.

Anderzijds brengt de toenemende internationalisering, globalisering of mondialisering van de wereldeconomie en wereldpolitiek een samenleving voort die in een aantal opzichten lijkt op de niet-statelijke samenleving.[63] Terwijl binnen de communautaire rechtsorde sprake is van supranationaal gezag, ontbreekt dit binnen de internationale rechtsorde. Dat impliceert dat de verhouding tussen het normatieve en imperatieve aspect van die rechtsorde geheel anders geconceptualiseerd moet worden dan wij in geval van een statelijke rechtsorde gewoon zijn. Om die reden kan het onderzoek dat in het derde hoofdstuk is verricht naar die verhouding in voorstatelijke samenlevingen aanknopingspunten bieden voor verder onderzoek naar poststatelijke samenlevingen. Net als in de voorstatelijke samenleving is in de poststatelijke samenleving het punitieve handelen in beginsel beperkt tot wraak en/of oorlog: het ontbreken van een internationale overheid maakt het eenzijdig opleggen van straffen onmogelijk.[64]

De relevantie van het onderzoek ligt intussen niet in het aanreiken van pasklare oplossingen in de vorm van concrete aanbevelingen. Zoals in de conclusies opnieuw zal blijken gaat het in dit onderzoek om de aanzet tot een andere

61 Zie Hirsch Ballin 1999.

62 Vervaele 1994, en bijvoorbeeld Klip en Vervaele 2001.

63 Zie bijvoorbeeld Castells 1997, met name het vijfde hoofdstuk, in het bijzonder p. 269-274: 'Identities, Local Governments, and the Deconstruction of the Nation-state'.

64 De vestiging van een internationaal strafhof lijkt vooralsnog in sterke mate gebaseerd op overwinnaarsrecht, zeker gezien de weigerachtigheid van sommige staten de rechtsmacht van een dergelijk hof ten aanzien van hun eigen onderdanen te erkennen. Het spreekt vanzelf dat een poststatelijke samenleving maar in enkele opzichten gelijkgesteld kan worden met een voorstatelijke samenleving, dat doet echter niet af aan de relevantie van die vergelijking.

manier van denken dan gebruikelijk, uitgaande van het feit dat de gebruikelijke conceptualisering van de rol die punitieve rechtshandhaving kan spelen niet adequaat is. Voor de relevantie van die andere manier van denken verwijs ik verder naar de samenvattende conclusies in par. 4.7 en hoofdstuk 8.

Deel I
Norm en voorschrift

Is met de stelling, dat iedere in verhouding tot andere handelingen gestelde handeling normatieve kracht bezit, niet de poort geopend voor chaos en volslagen willekeur?

Jan Glastra van Loon

Hoofdstuk 1 Het rechtsnormbegrip

1.1 Inleiding

In dit onderzoek staan de betekenis van de straf en de waarde van het procesbeginsel centraal. Voordat in het tweede hoofdstuk een systematische verkenning van het strafbegrip wordt beproefd, moet eerst verhelderd worden hoe de geschonden norm gezien wordt waar de straf op reageert. Is deze geschonden norm altijd een rechtsnorm? Is een rechtsnorm een bijzonder type bevel vanwege de overheid? Is een rechtsnorm een richtlijn waarop burgers hun handelen afstemmen? Maakt het uit of die richtlijn zich - zonder auteur - gevormd heeft vanuit het samenhandelen van mensen of juist afkomstig is van een overheid die nieuwe regels uitvaardigt om een nieuwe ordening van de samenleving te scheppen? Deze en andere vragen moeten beantwoord worden voordat in het tweede hoofdstuk de vraag naar het doel of de betekenis van de straf kan worden gesteld: is de straf alleen gericht op vergelding of alleen op preventie, of hangt dit af van nader te onderzoeken omstandigheden, of is de straf misschien steeds tegelijk gericht op vergelding en preventie? Ligt het doel of de strekking van de straf in het beschermen van bestaande normen of juist in het vestigen van nieuwe normen? Of moet een essentieel onderscheid gemaakt worden tussen straffen die vooral bestaande normen bevestigen en straffen die vooral nieuwe normen beogen te vestigen?

In dit hoofdstuk zal om te beginnen in par. 1.2 het bekende onderscheid dat Hart in zijn *The Concept of Law* maakt tussen 'primary and secundary rules' worden onderzocht. Met dit onderscheid beoogt Hart een nieuw begrip van het recht te ontsluiten dat beter zicht zou bieden op de betekenis van het recht dan de 'command theory of law' van met name Austin, maar ook dan de formalistische benadering van recht en rechtsnormen van Kelsen en dan de rechtsrealistische benadering van bijvoorbeeld Llewellyn en Holmes. Harts conclusie dat het recht zou bestaan uit een verzameling normen die verplichtingen opleggen en normen die bevoegdheden toedelen zal worden bekritiseerd als een onvolledig en in een aantal opzichten inadequaat beeld van het recht. Vervolgens zal in par. 1.3. een ander rechtsnormbegrip worden ont-

wikkeld aan de hand van het onderscheid dat Glastra van Loon maakt tussen het normatieve en het imperatieve aspect van (rechts)normen. Het normatieve aspect zal worden uitgelegd als een wijze van kijken naar regels vanuit een horizontaal perspectief, analoog aan de manier waarop Wittgenstein zich uitlaat over regelgeleid gedrag (met verwijzing naar de interpretaties van Charles Taylor, Peter Winch en met gebruikmaking van het gedachtegoed van George Herbert Mead en Paul Ricoeur). Het imperatieve aspect zal worden uitgelegd als een wijze van kijken naar regels vanuit een verticaal perspectief, waardoor de politieke dimensie van rechtsregels geconcipieerd kan worden. Tenslotte zal in par. 1.4 de verhouding tussen geschreven en ongeschreven recht worden besproken aan de hand van teksten van Paul Ricoeur over interpretatie. In deze teksten zet Ricoeur het onderscheid tussen mondeling en schriftelijk taalgebruik uiteen en legt hij een verband tussen de betekenis van teksten en de betekenis van menselijk handelen. De vergelijking tussen mondeling en schriftelijk taalgebruik wordt vervolgens voortgezet in een vergelijking tussen gesproken en geschreven recht. Het geschreven recht blijkt zowel de mogelijkheidsvoorwaarde voor het op grote schaal ontwerpen en opleggen van een door de overheid gewenste maatschappelijke orde als de mogelijkheidsvoorwaarde voor een van politiek en moraal onderscheiden autonoom recht. In par. 1.5 zal de hier beproefde uitwerking van het rechtsnormbegrip worden samengevat.

1.2 De 'primary' en 'secundary rules' van Hart

1.2.1 Harts kritiek op de 'command theory of law'

Het vaak aangehaalde onderscheid tussen 'primary' en 'secundary rules' van Hart maakt deel uit van het rechtsbegrip dat hij in zijn *The Concept of Law* van 1961 ontwikkelt. Bij aanvang van zijn onderzoek naar het rechtsbegrip verwijst Hart naar drie 'recurrent issues': 'How does law differ from and how is it related to orders backed by threats? How does legal obligation differ from, and how is it related to, moral obligation? What are rules and to what extent is law an affair of rules?'[65] Hoewel er veel pogingen zijn ondernomen tot een adequate definitie van het begrip 'recht' te komen, is er volgens Hart geen definitie voorhanden die een bevredigend antwoord op deze vragen biedt. Desondanks meent hij dat deze vragen niet voor niets in onderlinge samenhang de vraag naar de betekenis van het recht stellen. In de loop van zijn boek zal

[65] Hart 1994, p. 13.

hij die vraag beantwoorden met een 'central set of elements which form a common part of the answer to all three'.[66] Deze 'central set of elements' blijkt te bestaan uit een combinatie van primaire regels *die gedrag voorschrijven of verbieden* en secundaire regels *die bevoegdheden toekennen voor de erkenning en verandering van rechtsregels en voor de berechting van geschillen*:

> If we stand back and consider the structure which has resulted from the combination of primary rules of obligation with the secondary rules of recognition, change and adjudication, it is plain that we have here not only the heart of a legal system, but a most powerful tool for the analysis of much that has puzzled both the jurist and the political theorist.[67]

Voordat het onderscheid tussen primaire en secundaire regels in par. 1.2.2.2 nader wordt onderzocht, zal eerst de theorie worden besproken waar Hart zich in de eerste vier hoofdstukken van *The Concept of Law* tegen verzet. Het gaat dan om de zogenaamde 'command theory of law' die voor een groot deel terug gaat op Austins *The Province of Jurisprudence Determined* uit 1832. Het gaat Hart daarbij niet om een Austin-exegese,[68] maar om ' a position which is, in substance, the same as Austin's doctrine but probably diverges from it at certain points. For our principal concern is not with Austin but with the credentials of a certain type of theory which has perennial attractions whatever its defects may be'.[69] Harts reconstructie van de 'command theory of law' bevat de volgende constitutieve voorwaarden voor een rechtssysteem: (1) er moet sprake zijn van een overheid die (2) intern als hoogste gezag geldt en (3) extern onafhankelijk is en (4) deze overheid moet bevelen met algemene inhoud uitvaardigen (5) die ondersteund worden met dreigementen in geval van ongehoorzaamheid en (6) men moet geloven dat deze dreigementen ook daadwerkelijk zullen worden uitgevoerd.[70]

66 Hart 1994, p. 16.

67 Hart 1994, p. 98.

68 Zie de kritiek van Buijsen 1994 op de Hart-interpretatie van Austin. Het is uiteraard van groot belang om bij de bespreking van een theorie de eventuele auteur daarvan zoveel mogelijk recht te doen, maar de vraag is of het Hart nu precies om de theorie van Austin ging, of veel meer - zoals hij zelf ook aangeeft - om de theorie die zich sinds Austin tot de 'command theory of law' heeft ontwikkeld. Het gaat dan niet meer om wat Austin heeft bedoeld en zelfs niet meer om wat de betekenis van *The Province of Jurisprudence Determined* is, maar om de betekenis die door veel juristen en niet-juristen aan het recht wordt gegeven vanuit de gedachte dat het recht een geheel van bevelen met algemene inhoud vanwege de overheid is.

69 Hart 1994, p. 18. Voor de vraag of Hart het gedachtegoed van Austin recht doet, zie Buijsen 1994.

70 Hart 1994, p. 25: "On this simple account of the matter, which we shall later have to examine critically, there must, wherever there is a legal system, be some persons or body of persons issuing general orders backed by threats which are generally obeyed,

Tegen deze reconstructie formuleert Hart een aantal bezwaren, waarvan ik er hier drie aan de orde wil stellen.[71] Ten eerste meent Hart dat het geven van een bevel een onjuiste weergave is van het maken van wetten, omdat een wet niet alleen voor de geadresseerde hoeft te gelden maar ook voor de wetgever zelf kan gelden.[72] Hij meent bovendien dat een wet geen vorm van communicatie[73] van een overheid tot een burger is maar de vestiging van een standaard of richtlijn, waarnaar burgers zich onderling moeten richten. Ten tweede kunnen niet alle soorten wetten of rechtsregels adequaat worden verwoord in de vorm van het opleggen van plichten, omdat veel rechtsregels juist mogelijkheden scheppen door bevoegdheden toe te kennen zonder dat

and it must be generally believed that these threats are likely to be implemented in the event of disobedience. This person of body must be internally supreme and externally independent. If, following Austin, we call such a supreme and independent person or body of persons the sovereign, the laws of any country will be the general orders backed by threats which are issued either by the sovereign or subordinates in obedience to the sovereign".

71 Zijn bezwaren tegen het absolute karakter van de soevereiniteit in Austins rechtsbegrip zullen slechts zijdelings aan de orde komen. Zij lijken mij niet doorslaggevend omdat deze soevereiniteit gemakkelijk gerelativeerd kan worden zonder afbreuk te doen aan het bevelskarakter van het recht. Zelf stelt Hart op p. 70-71: 'we must distinguish between a legally unlimited legislative authority and one which, though limited, is supreme in the system'. Ik zie niet in dat een aldus gerelativeerde 'legislative authority' het bevelskarakter van het recht aantast. Zie overigens voor een kritische bespreking van de manier waarop Hart Austin op dit punt als stroman gebruikt Buijsen 1994, p. 71.

72 Hart 1994, p. 44 spreekt in dit verband van 'self-binding aspect of legislation'. Hij zou het proces van wetgeving liever in termen van een belofte zien dan in termen van een bevel, t.a.p.: "Like the giver of a promise he exercises powers conferred by rules: very often he may, as the promisor *must*, fall within their ambit". Naar mijn idee gaat de vergelijking met een belofte evenzeer mank als die met een bevel: beide kennen een zekere eenzijdigheid die maar een deel van het wetgevingsproces kan 'dekken'. Zie de kritiek van Buijsen 1994, p. 71, die Hart op dit punt verwijt dat hij Austin een empiristisch soevereiniteitsconcept in de schoenen schuift dat in tegenspraak is met Austins eigen visie op soevereiniteit.

73 Hart 1994, p. 22: "Ordering people to do things is a form of communication and does entail actually 'adressing' them, i.e. attracting their attention or taking steps to attract it, but making laws for people does not". Dit lijkt mij een onhoudbaar perspectief op wetgeving: aan wetgeving moet iedere werking ontzegd worden als zij niet gecommuniceerd wordt. Hart lijkt face-to-face-communicatie als enige vorm van communicatie te willen erkennen, t.a.p.: "If we use the word 'adressed' here we may both fail to notice an important difference between the making of a law and giving a face-to-face order, and we may confuse two distinct questions: 'To whom does the law apply?' and 'To whom has it been published?'

sprake is van een verplichting.[74] Het gaat in het recht niet alleen om het *verbod* om te stelen, maar ook om de *mogelijkheid* om rechtsgeldig in het huwelijk te treden of rechtsgeldig een onroerend goed over te dragen. De rechtsregels die met deze laatste twee voorbeelden verbonden zijn, zouden volgens Hart niet adequaat als bevelen gekwalificeerd kunnen worden;[75] Hart ziet bevelen kennelijk vooral als geboden of verboden om iets te doen of na te laten. Het derde bezwaar van Hart tegen de door hem gereconstrueerde 'command theory of law' betreft de onmogelijkheid van deze theorie om de 'gewoonte' als rechtsbron te zien: alleen het uitgevaardigde recht kan als bevel gedacht worden.[76]

1.2.2 Bespreking van Harts kritiek op de 'command theory of law'

1.2.2.1 De verhouding overheid - burger

Harts stelling dat het maken van wetten niet gezien kan worden als een bevel van de overheid tot haar burgers omdat er geen sprake zou zijn van eenrichtingsverkeer, lijkt mij onhoudbaar en verhullend. Hart stelt zelfs dat wetgeving *geen* vorm van communicatie is tussen overheid en burger, omdat de wet een standaard of richtlijn vestigt tussen burgers *onderling*. Zoals in par. 1.3 zal worden aangetoond, verwart Hart hier twee aspecten van rechtsregels. Het feit dat een rechtsregel het handelen van burgers *onderling* beoogt te regelen, sluit niet uit dat rechtsregels worden uitgevaardigd door een overheid die de regel aldus *oplegt* aan haar burgers. Rechtsregels kunnen in beginsel zowel een imperatief aspect als een normatief aspect hebben, dat respectievelijk speelt in

74 Hart 1994, p. 33: "It might be said, at the cost of some inaccuracy, that whereas rules like those of the criminal law impose duties, powerconferring rules are recipes for creating duties". Zie voor een verfijnd onderscheid tussen subjectieve rechten, bevoegdheden, privileges, rechtsplichten en wat dies meer zij Hohfelt 1964/1919: deze onderscheidde onder meer tussen right/claim, no-right, privilege/liberty, duty, legal power/ability, liability, subjection, responsibility, disability, immunity/exemption.

75 Ook niet als aan de schending van de betreffende rechtsregels de nietigheid als sanctie verbonden is, zie Hart 1994, p. 33-35. Hart meent dat hier sprake is van een verkeerd begrip van de term 'sanctie', omdat - in mijn woorden - een regel die constitutief is voor een rechtsgevolg hier verward wordt met een regel die regulatief is, a.w. p. 35: "The provision for nullity is part of this type of rule itself in a way which punishment attached to a rule imposing duties is not". Trouwen zonder registratie bij de burgerlijke stand is niet mogelijk; door rood licht rijden is wel mogelijk maar kan leiden tot bestraffing. Stelen is wel mogelijk maar kan leiden tot bestraffen; de overdracht van onroerend goed onder bijzondere titel zonder inschrijving van de transportacte in de registers is niet mogelijk.

76 Zie samenvattend Hart 1994, p. 48.

de relatie tussen overheid en burger en in de relatie tussen burgers onderling. Of, en zo ja in hoeverre een rechtsregel een normatief en/of een imperatief aspect heeft kan niet bij voorbaat worden vastgesteld, maar zal onderzocht moeten worden. In een samenleving waarbinnen zich een vorm van professioneel bestuur heeft ontwikkeld, of dat nu een absoluut koningschap of een democratische rechtsstaat is, vormt het gezag dat de staat aan bepaalde normen verbindt een van de belangrijkste kenmerken van het recht. Dit door de staat verleende gezag komt niet alleen tot uitdrukking in het gestelde recht, dat door de wetgever wordt afgekondigd, maar evenzeer in het rechterlijk oordeel waarin de betekenis van de wet met het oog op de concrete casus *gezaghebbend* wordt vastgesteld. Hart zelf is de eerste die het klassieke onderscheid tussen wettenrecht en rechtersrecht relativeert, ook al wijst hij de rechtsrealistische verabsolutering van het rechterlijk oordeel af.[77] Wanneer het gezag dat de staat aan rechtsnormen verleent niet - mede - in termen van de uitoefening van het bevelsrecht wordt geconcipieerd, verdwijnt de politieke constitutie van het recht achter een conceptueel raamwerk waarin de feitelijke machtsverhoudingen die bemiddeld moeten worden niet meer zichtbaar zijn.[78] Dat neemt niet weg dat recht veel meer is dan een verzameling bevelen met algemene inhoud en om die reden is Harts kritiek verfrissend door de grote nadruk die hij legt op het normatieve aspect van rechtsregels, dat hij bespreekt als het 'interne aspect' van rechtsregels.[79] Hoewel Hart het perspectief op het recht aan de hand van dit 'interne aspect' van rechtsregels kan verbreden, ontneemt zijn afwijzing van het bevelskarakter van het recht ten onrechte het zicht op de centralistische machtsuitoefening die door het recht gelegitimeerd of bemiddeld wordt.

77 Hart 1994, p. 126: "Much of the jurisprudence of this century has consisted of the progressive realization (and sometimes the exaggeration) of the important fact that the distinction between the uncertainties of communication by authoritative example (precedent), and the certainties of communication by authoritative general language (legislation) is far less firm than this naïve contrast suggests". In dit kader bespreekt hij de naar zijn mening onvermijdelijke 'open texture of law' (a.w. p. 124-136).

78 In Harts eigen conceptie mag de 'ultimate rule of recognition', waarop het hele rechtssysteem naar zijn zeggen gebaseerd is, niet zonder meer gelijk worden gesteld met een 'vooronderstelling', 'postulaat' of 'hypothese'. Deze erkenningsregel kan volgens Hart - anders dan alle andere regels in het rechtssysteem - niet in termen van 'gelding' worden besproken, maar uitsluitend in termen van aanvaarding. Daarmee is het rechtssysteem uiteindelijk gebouwd op een vorm van gezag die rechtstreeks met de politieke organisatie van de samenleving verbonden is. Zie Hart 1994, p. 109. Het zou interessanter zijn een rechtsnormbegrip te ontwikkelen waarin deze machtsverhoudingen expliciet gethematiseerd zijn, zie par. 1.3 hieronder.

79 Harts 'interne aspect' van rechtsregels valt niet helemaal samen met het 'normatieve aspect', zie par. 1.2.2.3 hieronder.

1.2.2.2 Primary and secondary rules

De kritiek dat niet alle rechtsregels begrepen kunnen worden als bevelen omdat zij niet steeds ge- of verboden bevatten, is niet consequent. Zoals Hart zelf aangeeft is het zeer wel mogelijk rechtsregels die geen ge- of verboden bevatten, maar juist bevoegdheden toekennen, als inhoud van een bevel te reconstrueren.[80] Als voorbeeld van een dergelijke reconstructie noemt hij de idee dat het materiële strafrecht een bevel is dat gericht is tot de rechter in plaats van een norm die het handelen van burgers onderling regelt. Deze reconstructie is in zijn ogen echter een 'distortion':

> The idea that the substantive rules of the criminal law have as their function (and, in a broad sense, their meaning) the guidance not merely of officials operating a system of penalties, but of ordinary citizins in the acitivities of non-official life, cannot be eliminated without jettisoning cardinal distinctions and obscuring the specific character of law as a means of social control.[81]

Deze 'distortion' is volgens Hart de prijs die betaald wordt voor de poging zeer verschillende rechtsnormen onder één noemer (namelijk die van het bevel) te brengen.[82] In plaats van het reconstrueren van bevoegdheidtoekennende normen in termen van bevelen met algemene inhouden van een normadressant aan een of meer normadressaten, bepleit Hart een onderscheid tussen twee typen rechtsnormen. Het ene type 'imposes duties' en het andere type 'confers powers, public or private'. Het eerste type moet begrepen wor-

[80] Zie de kritiek van Buijsen 1994, p. 70: "Worden rechtsregels naar hun onderscheiden sociale functies bezien, zo zal daarmee niet het imperatieve uit het karakter van de rechtsregel verdwijnen; hooguit kan worden volgehouden dat er òfwel sprake is van meer categorische [primaire regel, mh] òfwel van meer hypothetische imperatieven [secundaire regel, mh]". Dit lijkt mij een juiste constatering. Zelf hanteer ik liever het onderscheid tussen een regulatieve werking in geval van een regel waarvan kan worden afgeweken en een constitutieve functie in geval van een regel waar niet van kan worden afgeweken omdat het gewenste resultaat (bijvoorbeeld een huwelijk) dan niet bereikt kan worden.

[81] Hart 1994, p. 39. Zie ook Binding 1890, p. 7-25, die weliswaar meent dat de normadressaat van het materiële strafrecht niet de strafrechter is, maar - anders dan Hart meent - de staat zelf, a.w. p. 21: "Strafgesetze sind heute alle die Rechtssätze, welche Entstehung, Inhalt und Untergang staatlicher Strafpflichten normiren". Zie over de hiermee verbonden theorie van het onderscheid tussen de geschonden materiele norm en de strafbepaling par. 5.3.2.2 hieronder en over het werk van Binding in relatie tot de theorie van het beschermde rechtsgoed verder nog par. 6.5.3 hieronder.

[82] Hart 1994, p. 38. Zelf wil Hart echter de twee zeer verschillende normen die in de strafbepaling aan de orde zijn reduceren tot één: tot een primaire regel. De strafbepaling verwijst uiteraard naar deze primaire regel maar - ook qua vorm - is de strafbepaling een secundaire, bevoegdheidstoedelende regel.

den als een ge- of verbod met betrekking tot 'physical movement or changes',[83] terwijl het tweede type begrepen moet worden als een vorm van regelgeving die 'provide[s] for operations which lead not merely to physical movement or change, but to the creation or variation of duties or obligations'. In feite is het tweede type regel de mogelijkheidsvoorwaarde voor het eerste type, omdat de bevoegdheid om regels van het eerste type te stellen of uit te vaardigen maar door het tweede type kan worden toegekend.[84]

Dit - beroemde - onderscheid tussen 'primary' en 'secundary rules' verwijst dus naar een onderscheid dat dwars door het materiële privaatrecht heen loopt: de regels die aan burgers de bevoegdheid toekennen om te huwen, om een onroerend goed over te dragen, om een contract te sluiten, behoren volgens Harts classificatie tot de 'secundary rules'. De inhoud van het contract, de rechtsplichten die de eigendom van een onroerend goed en die het huwelijk met zich mee brengen behoren tot de 'primary rules'. In termen van de analytisch filosoof Searle zou het onderscheid tussen primary en secundary rules begrepen kunnen worden als het onderscheid tussen regulatieve en constitutieve regels: van het eerste type kan - weliswaar op straffe van afkeuring of sanctionering - worden afgeweken terwijl bij afwijking van het tweede type regels het gewenste resultaat niet tot stand komt.[85]

83 Tegen deze naturalistische interpretatie van 'primary rules' zijn velerlei bezwaren in te brengen, die binnen het strafrecht tot uiting komen in de theorievorming over het 'functioneel daderschap'. Zie voor een kennistheoretische kritiek op dit soort empiristische objectivering van daderschap Glastra van Loon 1987, hoofdstuk VIII over 'Toerekening en veroorzaking' en in gelijke zin Loth 1988, hoofdstukken 3 en 4.

84 Hart 1994, p. 81: "Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secundary to the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations".

85 Searle 1969, p. 33: "Regulative rules regulate antecendently or independently existing forms of behavior. Constitutive rules create or define new forms of behavior" en p. 34: "Regulative rules characteristically take the form of imperatives. Constitutive rules have an almost tautological/analytical character". Zie voor een verband met het rechtsbegrip van Hobbes Martin A. Bertman, 'Regulative and Constitutive Rules in Hobbes', in: Van der Bend 1982, p. 9-17. Anders dan Searle lijkt te suggereren meen ik - zie par. 1.3.2.3 hieronder - dat 'antecendently or independently existing forms of behavior' niet gegeven zijn, maar als zodanig functioneren ten opzichte van de regulatieve regel. Ik sluit dan ook niet uit dat regels die vanuit een bepaald oogpunt regulatief zijn, vanuit een ander oogpunt constitutief kunnen zijn. Dit is met name relevant voor het strafbegrip. Zie par. 2.2.3.2 hieronder, waar zal blijken dat het doel/de rechtvaardiging van de straf constitutief is voor straf en strafbegrip: de straf kan niet verstaan en het strafbegrip niet begrepen worden wanneer de straf niet gericht is op (be)vestiging van de geschonden norm.

Ten aanzien van het commune strafrecht kan ook nu - anders dan Hart zelf meent - vastgesteld worden dat de regels van het materiële strafrecht in de eerste plaats bevoegdheden toekennen aan de rechter, waarbij de onderliggende 'primary rule' verondersteld wordt. Zijn nieuwe zicht op het recht levert op dat punt dus geen nieuws, tenzij hij het zich zou veroorloven de regels van het commune strafrecht tegelijk als 'primary' en als 'secundary rules' te zien. Dat zou de essentie van zijn betoog echter vernietigen omdat hij nu juist meent dat een norm hetzij een 'primary' hetzij een 'secundary rule' is.

Het hieronder in par. 1.3 te ontwikkelen rechtsnormbegrip biedt de mogelijkheid om de rechtsnormen van het materiële strafrecht steeds vanuit een dubbel perspectief te zien: enerzijds vanuit het imperatieve aspect dat een relatie vestigt tussen een normadressant en normadressaten waarbinnen voorschriften worden uitgevaardigd die moeten worden nageleefd, anderzijds vanuit het normatieve aspect dat een relatie vestigt tussen normadressaten onderling. Zowel de 'primary rule' die het door het strafrecht beschermde gebod of verbod betreft als de 'secundary rule' die de bevoegdheid tot het opleggen van straffen aan de strafrechter toebedeelt hebben een imperatief *èn* een normatief aspect. Doordat de 'primary rule' in ieder geval op het moment van de strafbaarstelling van schending daarvan door de wetgever als rechtsregel is erkend of gevestigd, ontleent deze regel zijn gezag mede aan de staat en valt daardoor onder het positieve, gestelde, uitgevaardigde recht. Dat betekent dat deze 'primary rule' als voorschrift geldt dat moet worden nageleefd binnen de verhouding overheid - burger. Voor zover burgers onderling aan deze 'primary rule' verwachtingen ontlenen omtrent elkaars gedrag, functioneert deze ook binnen de verhouding tussen burgers onderling. De 'secundary rule' bevat in dit geval een bevoegdheidverlening van de wetgever aan de rechter, die als een voorschrift kan worden opgevat dat moet worden nageleefd: de rechter *mag alleen* een straf opleggen als de delictsomschrijving vervuld is en *moet* daarbij binnen het strafmaximum blijven. Ook hier is sprake van een verhouding tussen een normadressant (wetgever) en een normadressaat (rechter) die vanuit het imperatieve aspect van de 'secundary rule' in kaart gebracht kan worden. Wanneer de 'secundary rule' vanuit het normatieve aspect wordt bekeken, blijkt dat niet alleen de rechter maar ook de burger tot de normadressaten te behoren tussen wie deze 'secundary rule' een verhouding schept: aan deze 'secundary rule' mogen burgers verwachtingen ontlenen omtrent het handelen van de strafrechter. Deze uitbreiding van het bereik van de normadressaten speelt alleen vanuit het normatieve perspectief.[86]

[86] Glastra van Loon 1987, p. 215: "De *norm* echter, die niet beveelt, maar bepaalt, wat legitieme verwachtingen omtrent de handelingen van anderen zijn, is gericht zowel tot degenen, omtrent wier gedrag zij iets bepaalt, als tot degenen, die verwachtingen om-

1.2.2.3 Het interne aspect van rechtsnormen

Het derde kritiekpunt van Hart dat ik hier aan de orde wil stellen betreft de stelling dat in de 'command theory of law' geen ruimte is voor de gewoonte[87] als zelfstandige rechtsbron. In het verlengde van deze redenering zouden ook rechtsbeginselen[88] - voor zover niet gecodificeerd - in een 'command theory of law' geen rechtsbron kunnen zijn. Dit is een interessant punt. Voorzover in de 'command theory of law' al het recht wordt teruggebracht tot een verzameling bevelen met algemene inhoud (door middel van sancties te handhaven), kunnen de gewoonte en/of rechtsbeginselen alleen deel uitmaken van het recht wanneer zij de inhoud van een bevel vormen. Daarmee lijken zowel feitelijke wederzijdse verwachtingen (voortvloeiend uit de 'gewoonte') als morele overwegingen (herkenbaar in de afweging van rechtsbeginselen) geen stem te hebben in het recht. Hoewel Hart zich veel moeite getroost om de moraal van het recht te scheiden, staat voor hem kennelijk vast dat de gewoonte wel een zelfstandige rechtsbron is - met name in niet-statelijke samenlevingen. Zijn aandacht voor de gewoonte kan verklaard worden door de grote waarde die hij zegt te hechten aan het 'interne aspect' van rechtsregels. Dit 'interne aspect' gebruikt hij als verdediging tegen de zogenaamde 'predictive theory of law' van de rechtsrealisten. Die laatste theorie zou zich bij een beschrijving van het recht van een bepaalde samenleving beperken tot het registreren van gedragsregelmatigheden. Deze naturalistisch op te vatten gedragsregelmatigheden kwalificeert Hart als het externe aspect van (rechts)-

trent het gedrag van die anderen kunnen koesteren". Onder verwijzing naar Binding meent Glastra van Loon dan ook dat de normadressaat van het materiële strafrecht niet alleen de rechter is, maar ook de burger die aan de norm aanspraken mag ontlenen omtrent het handelen van de rechter (zijn oordeelsvorming in het kader van art. 348 en 350 Sv bijvoorbeeld). Vanuit dit normatieve aspect is de 'zelfbinding' van de staat in relatie tot de burger dan ook veel beter te begrijpen dan vanuit het imperatieve aspect. Langs die weg is het denken in termen van een imperatief èn een normatief aspect dan ook verbonden met een relationele rechtsopvatting, zie onder meer hoofdstuk 6.

87 Hart 1994, p. 44-49 spreekt over 'custom'. De gewoonte als rechtsbron mag niet verward worden met een 'habit', zie het onderscheid dat Hart a.w. p. 55-60 maakt tussen 'social rules' en 'habits', Zie in gelijke zin, maar n.m.m. vanuit een ander uitgangspunt, Winch 1958, p. 57-63.

88 Zie het Postscript bij de *The Concept of Law* van 1994, p. 259-263 over de controverse tussen Hart en Dworkin omtrent 'rules and principles'. Anders dan Dworkin meent Hart dat het verschil tussen regels en beginselen niet zo scherp is als Dworkin voorstelt. Ook meent Hart dat wanneer een geldige regel van toepassing is op een casus, deze regel de uitkomst niet per se hoeft te determineren. Hart a.w. p. 262 stelt: "This incoherence in the claim that a legal system consists both of all-or-nothing rules and non-conclusive principles may be cured if we admit that the distinction is a matter of degree".

regels. Dat een dergelijk extreem extern standpunt volstrekt onhoudbaar zo niet onbestaanbaar is zal hieronder in par. 1.3.2 aan de orde komen.[89] In feite kunnen de rechtsrealisten volgens Hart geen onderscheid maken tussen een 'habit' en een 'social rule'. Bij zijn bespreking van het onderscheid tussen een 'habit' en een 'social rule' stelt Hart:

> By contrast, if a social rule is to exist one at least must look upon the behaviour in question as a general standard to be followed by the group as a whole. A social rule has an 'internal' aspect, in addition to the external aspect which it shares with a social habit and which consists in the regular uniform behaviour which an observer could record.[90]

Het interne aspect mag volgens Hart niet verward worden met een soort 'gevoel',[91] maar kan - in termen van de hierna te ontwikkelen kennistheoretische positie - beter worden begrepen als de betekenis van de handeling als subjectieve verrichting. Met subjectieve verrichting wordt geen willekeurig subjectivisme bedoeld maar wordt verwezen naar de objectieve betekenis die een handeling als uitvoering van een handelingsontwerp binnen de context van de actuele situatie heeft.[92] Hart zelf legt - als vertegenwoordiger van de 'common sense'-richting binnen de analytische filosofie - het interne aspect anders uit.[93] Hij probeert de intentie van degene die de regel volgt te objectiveren door aansluiting te zoeken bij sociale druk in de richting van normconform gedrag, maar belandt daardoor in een empiristisch perspectief dat de bijzondere op-

89 Over het een dergelijk naturalisme verbonden neopositivistisch wetenschapsideaal en de kritiek daarop vanuit de Kritische Theorie en de handelings- en interactietheorieën Schuyt 1986, p. 20-26 en idem p. 46-52 over de constitutieve betekenis van betekenissystemen voor kennis van de samenleving (en dus ook voor kennis van de normen die het samenleven kennelijk regelen). Zie ook Winch 1958 passim.

90 Hart 1994, p. 56.

91 Hart 1994, p. 57: " The internal aspect of rules is often misrepresented as a mere matter of 'feelings' in contrast to externally observable physical behaviour. (…) such feelings are neither necessary nor sufficient for the existence of 'binding' rules. (…) What is necessary is that there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (including self-criticism), demands for conformity, and in acknowledgements that such criticism and demands are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of 'ought', 'must', and 'should', 'right' and 'wrong' ".

92 Zie par. 1.3 hieronder.

93 Daar komt dan nog bij dat hij spreekt over weergave van het 'interne aspect' vanuit een externe positie. De rechtsrealisten verwijt hij dan ook niet zozeer een externe positie maar wel het feit dat zij vanuit die externe positie ook nog eens alleen maar het 'externe aspect' van de regel weergeven. Van meer hermeneutische zijde zal de vraag opkomen of het mogelijk is om het 'interne aspect' te kennen vanuit een externe positie en - if so - wat dan bedoeld wordt met die externe positie.

tiek die met het 'interne aspect' verbonden is nu juist te niet doet. In par. 1.3 komen we hier verder op terug.

Interessanter is het feit dat het 'interne aspect' van rechtsregels niet alleen bij de rechtsrealisten van Hart[94] maar ook in de 'command theory of law' niet zichtbaar kan worden. In deze 'command theory' gaat het immers om het naleven van voorschriften binnen de verhouding tussen een overheid en burgers, waarbij geen ruimte is voor de rol die dit voorschrift speelt tussen burgers onderling.

De vraag is nu of in hoeverre dit interne aspect kan worden afgedwongen door het uitvaardigen van bevelen met algemene inhoud en of, en zo ja in hoeverre sociale regels die niet zijn uitgevaardigd vanwege dit interne aspect toch deel uitmaken van het recht. Hart laat zich op dit punt niet helder uit, maar voor een goed begrip van de straf is juist dit punt van groot belang. Hoewel Hart kennelijk van mening is dat sociale regels als 'gewoonte' (custom) zelfstandig rechtsbron kunnen zijn, zal hij daartoe - vanuit zijn eigen systeem gedacht - een 'secundary rule of recognition' nodig hebben, die aan sommige sociale regels rechtskarakter toekent zonder dat dit gebeurt in de vorm van uitgevaardigd recht (anders kan de gewoonte niet als kritiek worden aangevoerd op de 'command theory of law').

Daarmee kom ik tot de kern van mijn kritiek op Harts onderscheid tussen primary en secundary rules. Hart kiest voor een onderscheid waarbij een rechtsnorm hetzij als gedragsvoorschrift hetzij als bevoegdheidstoekenning moet worden gezien. De term bevel maar ook het daarmee verbonden imperatieve karakter van rechtsnormen wordt buiten de beschrijving van rechtsnormen gehouden. Het gaat niet meer over bevelsrecht maar over bevoegdheden, niet meer over soevereiniteit maar over een 'ultimate rule of recognition'. De verschuiving van het denken in termen van bevelen naar bevoegdheden kan een teken zijn van een meer abstracte benadering van rechtsnormen die samenhangt met een verandering in de manier waarop de verhouding tussen wetgever en burger geconcipieerd wordt. De theorie van Austin[95] voldoet niet omdat hij het recht al te zeer verbond met het bevelsrecht als subjectief recht. Een dergelijke interpretatie van de relatie tussen recht en macht

94 Of de rechtsrealisten werkelijk een naturalistisch-empiristische visie op de rechtswerkelijkheid voorstaan zou ik overigens willen betwijfelen. Holmes' beroemde uitspraak, dat 'the prophecy of the courts and nothing else is what I mean by the law' kan ook als een bijna hermeneutische benadering verstaan worden, waarbij het niet gaat om statistische voorspelbaarheid maar om de anticipatie die met iedere vorm van handelen verbonden is.

95 Althans de versie van Hart, zie nogmaals de kritiek van Buijsen 1994, p. 71.

past meer in een rechtssysteem waarin een vorst regeert over zijn onderdanen dan in een rechtssysteem waarin de abstracte notie van de staat verbonden is met de idee van zelfbestuur binnen constitutionele verhoudingen. Dat betekent echter niet dat rechtsnormen geen imperatief karakter meer zouden hebben. Het belang van het interne aspect van rechtsnormen doet in beginsel niets af aan het belang van dat imperatieve karakter.

Het tekort van Harts normbegrip wordt veroorzaakt doordat hij een norm als het één of het ander wil zien[96] en zich niet voor kan stellen dat voor een goed begrip van rechtsnormen juist een dubbel perspectief nodig is, waardoor naast het 'interne aspect' van normen ook het imperatieve aspect kan worden belicht. Zijn bespreking van het 'interne aspect' van normen lijkt bovendien te suggereren dat alle rechtsnormen een 'intern aspect' hebben,[97] hetgeen niet het geval is. In het ordeningsrecht wordt voortdurend nieuw recht uitgevaardigd dat vooralsnog geen 'standaard' is waar de normadressaten onderling hun gedrag op afstemmen. In die gevallen zou er in termen van Hart sprake zijn van regels die alleen maar een extern aspect hebben en dat kan eigenlijk alleen begrepen worden wanneer het imperatieve aspect belicht wordt.[98] Zijn poging om het imperatieve aspect van nieuw recht 'weg te verklaren' door 'rules of change' te introduceren, die dan wellicht wel een intern aspect hebben, lijkt

96 De norm is een bevel of niet een bevel. Volgens Hart niet en dus nooit. De norm is volgens hem òf een primaire regel (een voorschrift) of een secundaire regel (een bevoegdheidstoekenning): volgens Hart zijn er twee soorten normen, de ene soort bestaat uit voorschriften en de andere uit bevoegdheidstoekenningen. Het blijft onduidelijk waarom een bevoegdheidstoekenning geen voorschrift is, bijvoorbeeld de toekenning van de bevoegdheid om eigendom over te dragen onder bepaalde voorwaarden kan toch met recht gezien worden als het voorschrift dat wie eigendom wil verkrijgen bepaalde voorschriften moet naleven.

97 Vooral Harts beschrijving in Hart 1994, p. 88-91, suggereert dat regels altijd een intern aspect hebben, maar het is duidelijk dat - ook volgens hem - in een ontwikkeld rechtssysteem met 'secundary rules' veel recht geldt dat - in eerste instantie - geen intern aspect heeft. Zie het nawoord van Hart/Raz in Hart 1994, p. 256. Ook Hart 1994, p. 95 over de 'rules of change': "The simplest form of such a rule is that which empowers an individual or body of persons to introduce new primary rules for the conduct of the life of the group, or some class within it, and to eliminate old rules". Zie ook Buijsen 1994, p. 77: "De rechtsregel (..) hoeft geen sociale regel te zijn, bijv. wanneer door middel van wetgeving een geheel nieuwe plicht gecreëerd wordt en er niet slechts erkenning van een verplichtende sociale regel in het recht plaatsvindt omdat conform gedrag met het bijbehorende interne standpunt ontbreken".

98 Het onderscheid tussen regels met en regels zonder intern aspect ligt bij Hart ten grondslag aan het onderscheid tussen 'habits' en 'rules'. Daarom zou een 'habit' geen en een 'custom' wel een sociale regel zijn met een intern aspect. Nieuw recht is uiteraard geen 'habit', maar ontbeert wel het interne aspect. Dat kan alleen vanuit de context van het imperatieve karakter van de regel verklaard worden.

mij niet geslaagd. In feite verwijzen juist de 'rules of change' beter dan enig ander element uit zijn rechtsbegrip naar een imperatief moment in een statelijke rechtsorde.[99]

Consensuele procedures worden juist bij de afdoening van massaal overtreden normen ingezet en het is dus van groot belang om een rechtsnormbegrip te ontwikkelen waarin de verhouding tussen het imperatieve en het normatieve moment van rechtsnormen gethematiseerd kan worden. Om die reden zal hieronder een andere benadering gekozen worden waarin de betekenis van rechtsnormen - zoals in par. 1.2.2.2 al is toegelicht - steeds vanuit twee perspectieven onderzocht zal worden: een verticaal perspectief dat de verhouding tussen normadressant en normadressaten betreft en een horizontaal perspectief dat de verhouding tussen normadressaten onderling betreft.

1.3 Het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon

1.3.1 Inleiding: afbeeldingsdenken ten aanzien van het normbegrip

In 1956 promoveerde de Nederlandse rechtsfilosoof Glastra van Loon bij Langemeijer op een proefschrift onder de titel *Norm en Handeling* met als ondertitel *Bijdrage tot een kentheoretische fundering der sociale wetenschappen*. In dit proefschrift ontwikkelt Glastra van Loon een begrip van menselijk handelen als regelgeleid gedrag dat in een aantal opzichten aansluit bij het door Wittgenstein in zijn *Philosophische Untersuchungen* ontwikkelde regelbegrip - althans bij bepaalde interpretaties daarvan. De relatie tussen norm en handeling die Glastra van Loon in de eerste acht hoofdstukken uitwerkt scherpt hij in het negende en tiende hoofdstuk aan met het oog op de 'wetenschap van het handelen', waar niet alleen de sociale wetenschappen maar ook de rechtswetenschap onder vallen. In dat verband stelt hij dan ook in het negende hoofdstuk het rechtsnormbegrip van Kelsen aan de orde.[100]

[99] Dit punt - de in termen van bevoegdheid gevatte macht om nieuw recht uit te vaardigen - zal in het vierde hoofdstuk uitgebreid aan de orde komen bij de bespreking van het ontstaan van het centralistische, bureaucratische bevelsrecht dat de pausen zich vanaf het einde van de elfde eeuw toeëigenden.

[100] Op Glastra van Loons kritiek op het normativisme van Kelsen zullen wij hier niet ingaan. Voor een goed begrip van de problematiek van consensuele procedures en de daaraan ten grondslag liggende handhavingsproblematiek is juist de verhouding tussen norm en praktijk van het grootste belang en deze verhouding kan vanuit Kelsen niet eens gedacht worden: zijn theorie van de zuivere rechtsleer beperkte zich tot normen als ideële entiteiten die niets gemeen hebben met de materiële wereld.

De relevantie van het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon[101] voor dit onderzoek bestaat in het feit dat hij een belangwekkend alternatief model ontwerpt voor de gebruikelijke manier van kijken naar normen. Naast de correspondentie-theorieën over de werkelijkheid uit de koker van de natuurwetenschappen, waarin 'wetten' of 'regels' worden gezocht die overeen moeten stemmen met de werkelijkheid, worden rechtsnormen en ethische normen vaak voorgesteld als 'wetten' of 'regels' waar de werkelijkheid mee in overeenstemming moet worden gebracht. Terwijl het natuurwetenschappelijke denken de (natuur)wet als een afbeelding van de werkelijkheid wil zien, wordt in het recht vaak verondersteld dat de werkelijkheid een afbeelding van de (uitgevaardigde) wet zou moeten zijn.[102] Glastra van Loon toont overtuigend aan dat deze manier van kijken naar (rechts)normen blind is voor het eigen karakter van *normen als regeling van het handelen*. Het afbeeldingsdenken ziet de handeling als een 'geobjectiveerd ervaringsbestanddeel', in andere woorden vanuit het oogpunt van een toeschouwer die alleen fysieke bewegingen kan registreren.[103] Om de functie van normen als regeling van het handelen te begrijpen moet de handeling begrepen worden als 'subjectieve verrichting'. Het begrip 'subjectieve verrichting' is geen verwijzing naar subjectivisme of radi-

101 In navolging van Glastra van Loon hebben ook Ter Heide en in zijn voetspoor Franken een rechtsnormbegrip uitgewerkt waarin wederzijdse verwachtingen een grote rol spelen. Zie Van Ree 1998 en mijn bespreking daarvan Hildebrandt 2000. Ook Schuyt en Foqué en 't Hart hanteren een begrip van de rechtsnorm dat overeenkomt met dat van Glastra van Loon. Met name 't Hart geeft in 't Hart 1994, hoofdstuk 3A een analyse van de rechtsnorm die voor mijn eigen begrip van Glastra van Loon zeer verhelderend is geweest.

102 Glastra van Loon 1987, p. 207-208: "Een natuurwet, die geen getrouwe weergave is van de werkelijkheid, 'geldt' niet; een gedraging, die niet in overeenstemming is met een norm, is een inbreuk op die norm (maar tast haar gelding niet aan), zo luidt de gangbare opvatting". In dezelfde zin Glastra van Loon 1985, p. 700: 'Van naleving van regels zou sprake zijn, indien en voorzover de gedragingen van mensen met de in de bevelen uitgedrukte algemene voorstellingen daaromtrent zouden overeenstemmen". Zie ook 't Hart 1994, p. 174 e.v., die ook de opvatting dat natuurwetten afbeeldingen van de werkelijkheid zouden (moeten) zijn bekritiseert, met name onder verwijzing naar het proefschrift van S. Gutwirth, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap. Een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informaticarecht*, Brussel 1993.

103 Deze wijze van zien wordt door Glastra van Loon 1987, p. XII overigens niet afgewezen, maar de claim dat deze manier van *zien* de eigenlijke manier van zien representeert of zelfs een wijze van *zijn*, wordt door hem wel afgewezen: "Wat hierbij [voorrang van 'objectieve' kennis op 'subjectieve' kennis', mh] uit het oog wordt verloren is, dat de geobjectiveerde, van subjectieve gezichtspunten onafhankelijk gemaakte ordeningen van de verschijnselen de subjectieve, uit een egocentrisch gezichtspunt gemaakte ordeningen zowel voor hun ontwikkeling als voor hun toepassing veronderstellen".

caal relativisme, maar een verwijzing naar het onvermijdelijk subjectieve vertrekpunt van ieder handelen in de werkelijkheid. Hieronder zal het onderscheid dat Glastra van Loon maakt tussen de handeling als subjectieve verrichting en de handeling als geobjectiveerd ervaringsbestanddeel[104] nader worden uitgewerkt met het oog op het regelgeleide karakter van de handeling.

Naast het inzicht in het wederzijds constitutieve karakter van norm en handeling, waarin de betekenis van de handeling *met* de norm èn de betekenis van de norm *met* de handeling gegeven is, ontwikkelt Glastra van Loon echter ook een begrip van het imperatieve aspect van rechtsnormen waardoor hij voorkomt dat de machtsverhoudingen die in het recht gelegitimeerd en bemiddeld worden uit het oog worden verloren. Voor een goed begrip van de consensuele afdoening van strafbare feiten is inzicht in het normatieve èn in het imperatieve aspect van rechtsnormen van cruciaal belang. Wanneer het gaat om onderzoek naar de (punitieve) handhaving van een *nieuwe* rechtsnorm zal in het bijzonder ook de verhouding tussen beide aspecten doordacht moeten worden.[105]

Na een summiere maar noodzakelijke verkenning van de kennistheoretische achtergronden van het norm- en handelingsbegrip van Glastra van Loon zal ik twee paragrafen wijden aan respectievelijk het normatieve en imperatieve aspect van zijn rechtsnormbegrip.

1.3.2 Kennistheoretische achtergrond

1.3.2.1 Inleiding

In een tijdperk waarin zowel vanuit de analytische filosofie als vanuit de continentale filosofie het eigen gedachtegoed wordt 'doorgelicht' vanuit de blik

[104] Dit onderscheid mag niet als een verwijzing naar twee afbeeldingen van de werkelijkheid worden gezien, waarvan er dan maar één de juiste zou kunnen zijn. Tegelijk mag dit onderscheid niet gereïficieerd worden tot een uit de werkelijkheid af te lezen paradox. In zijn voorwoord voor de hernieuwde uitgave van zijn proefschrift in 1987, schrijft Glastra van Loon op p. VIII: "De mogelijkheid moet op zijn minst worden opengehouden, dat menselijke ervaring alleen met behulp van aan elkaar contradictoire uitspraken adequaat kan worden weergegeven. Daaraan moet onmiddellijk worden toegevoegd, dat het feit dat zo een adequate weergave ontstaat geen rechtvaardiging is voor een ontologisering van de contradictie".

[105] Zie ook 't Hart 1994, p. 172 e.v.

van de ander,[106] is het proefschrift van Glastra van Loon uit 1956 bijzonder interessant. Zijn fenomenologische uitgangspositie[107] gaat samen met een scherpe analytische blik en zijn inspiratie komt voor een groot deel voort uit zijn kennis van het werk van de Amerikaanse pragmatist en grondlegger van de semiotiek Charles Saunders Peirce en bijvoorbeeld ook van de Engelse taalfilosoof John Langshaw Austin.[108] Zijn synthese van semiotische, fenomenologische en analytische inzichten plaatst de problemen die de hedendaagse stroming van de 'philosphy of mind'[109] oproept in een 'nieuw' licht: de problematiek van de autonome actor, het daarmee samenhangende probleem van het voluntarisme, het daartegenover gestelde causaal determinisme dat weer problemen oproept inzake mentale veroorzaking en het daar dan weer tegenover gestelde sociaal constructivisme waarin het subject lijkt te verdwijnen in het sui generis van het sociale.[110] Met zijn kennistheoretische fundering van de wetenschappen van het menselijk handelen biedt Glastra van Loon een geïntegreerd perspectief dat de valkuilen weet te mijden van zowel reductionisme als radicaal relativisme die beide in de weg staan aan een adequaat begrip van norm en handeling.

Voor een goed begrip van het project dat Glastra van Loon aanvat moeten in ieder geval drie bronnen besproken worden die een belangrijke inspiratie hebben gevormd voor zijn synthese van continentale en Angelsaksische filosofie: het primaat van het lichamelijke subject van de Franse fenomenoloog Maurice Merleau-Ponty,[111] de semiotiek van de Amerikaanse pragmatist

106 Zie bijvoorbeeld Jeanne Peijnenburg, Analytische en continentale filosofie: and never the twain shall meet?, *Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte* (90) 1998-4, p. 245-261.

107 Bij Glastra van Loon staat niet de 'idealistische' fenomenologie van Husserl maar het lichamelijke fenomenologische uitgangspunt van Merleau-Ponty centraal. Zie 1.3.2.2.

108 Niet te verwarren met de hiervoor aangehaalde Engelse rechtsfilosoof John Austin wiens 'command theory of law' door Glastra van Loon wordt bekritiseerd, zie par. 1.3.3 hieronder.

109 Zie het themanummer 'Philosophy of mind' van *Wijsgerig Perspectief* (41) 2001, nr. 4.

110 Zie kort maar krachtig Bransen 1999 passim. Voor een boeiend perspectief op de verschillende uitgangspunten ten aanzien van de verhouding tussen 'geest' en 'hersenen' (een herformulering van de cartesiaanse dichotomie van geest en lichaam), zie de dialoog tussen de filosoof Ricoeur en de neurowetenschapper Changeux in Changeux en Ricoeur 2000.

111 Van Merleau-Ponty (1908-1961) is hier vooral relevant zijn *Phénoménologie de la Perception*, Parijs 1945. Verhelderend voor een totaaloverzicht van zijn denken is de oratie die Merleau-Ponty in 1953 voor het Collège de France onder de titel *Eloge de la philosophie* hield, zie de Nederlandse vertaling Merleau-Ponty 1979, met inleiding van Bakker 1979 bij de vertaling, Reynaert 1997 en Loose 1997, in het bijzonder p. 30-32.

Charles Saunders Peirce,[112] en de excentrische positionaliteit van de Duitse wijsgerig antropoloog Helmuth Plessner[113] die overeenkomst vertoont met de figuur van de 'generalized other' van de Amerikaanse pragmatist en sociaal psycholoog George Herbert Mead.[114]

1.3.2.2 Primaat van het lichamelijk subject als basisperspectief

In zijn vierde hoofdstuk ontwikkelt Glastra van Loon om te beginnen een fenomenologische kritiek[115] op het sensualisme dat rationalisten, empiristen maar ook Kant met elkaar delen. Volgens dit sensualisme is waarneming een proces waarbij allerlei losse, zintuiglijke gewaarwordingen door de geest worden opgevangen. Afhankelijk van verdere kentheoretische uitgangspunten functioneren deze zogenaamde 'sense data' vervolgens respectievelijk als verstoring,[116] constitutie[117] en 'opvulling'[118] van het denken.

112 Van Peirce (1839-1914) zie Peirce 1958 (*Selected Writings*). Over Peirce zie de Pater en Swiggers 2000, p. 122-137, Van der Lubbe en Van Zoest 1997, Mounce 1997, Gallie 1952 en Glastra van Loon, behalve zijn proefschrift ook Glastra van Loon 1986 en Glastra van Loon 1997. Interessant zijn de verschillen en overeenkomsten tussen de analytische taalfilosofie en de door Glastra van Loon gebruikte semiotiek en taalhandelingstheorie (beide eveneens afkomstig uit de Angelsaksiche filosofie). Een goede inleiding in de analytische taalfilosofie is behalve de Pater en Swiggers 2000 ook Martin Stokhof 2000, die echter niet ingaat op de semiotiek.

113 Over Plessner (1892-1985) zie met name Redeker 1995 en Reynaert 1997.

114 Mead (1863-1931) was onder meer sterk geïnspireerd door het werk van Peirce. Zie Zijderveld 1974.

115 Deze kritiek is voor een groot deel geïnspireerd op Merleau-Ponty's *Phénoménologie de la Perception*, waarin een kritiek van het empirisme en het intellectualisme geformuleerd wordt en een meer Gestaltachtige visie wordt bepleit ten aanzien van de manier waarop de mens in de wereld staat. Zie Peter Reynaert 1997 over de *Phénoménologie de la Perception* onder de titel: 'Het lichaam-subject en de waarneembare wereld'. Deze fenomenologische inspiratie wijkt op cruciale punten af van het 'idealisme' van de late Husserl, zie Ricoeur 1995, p. 22 en 55-58.

116 Voor Descartes begint het echte denken pas als de schijn van de zintuiglijk opgevangen werkelijkheid door een deductieve methode van redeneren op basis van evidente intuïties tot de juiste proporties is teruggebracht. Deze evidente intuïties zijn op geen enkele manier uit de werkelijkheid of door ervaring af te leiden, maar zijn door God in ons bewustzijn gegeven. Zie de inleiding van Han van Ruler, met name p. 43-46 in *'De uitgelezen Descartes'*, samengesteld, ingeleid en geannoteerd door Han van Ruler, Tielt - Amsterdam 1999. Zie ook de door Glastra van Loon 1986, p. 76 beschreven kritiek van Peirce op dit cartesiaanse wereldbeeld. Vergelijk Peirce 1958, p. 39 e.v.

117 Voor Hume, die overigens minder empirist dan scepticus was, worden onze gedachten gevormd door de herhaalde indrukken die wij volgtijdelijk opdoen en waaraan wij - al dan niet terecht - allerlei conclusies verbinden, zoals bijvoorbeeld het causaal verband tussen soorten gebeurtenissen die elkaar steeds lijken op te volgen. Zie David Hume,

De belangrijkste kritiek van Glastra van Loon op dit sensualisme betreft de onbepaaldheid van de gewaarwordingen die wij ervaren wanneer wij onze aandacht niet richten.[119] Volgens Glastra van Loon wordt deze onbepaaldheid van de aandachtloze gewaarwordingen veroorzaakt door het ontbreken van het individuele of afzonderlijke. In plaats van het beeld van ontelbare afzonderlijke (individuele) brokjes werkelijkheid die ons via de zintuigen zouden bereiken, stelt Glastra van Loon dat ons in eerste instantie - zolang wij de aandacht niet richten - juist een onbestemd totaalbeeld bereikt waarin het perspectief ontbreekt.[120] Pas wanneer wij iets *in het oog nemen* verschijnt al het andere als daarachter, -voor, boven, onder, naast etc. De 'werkelijkheid' die wij waarnemen verkrijgt pas *structuur* als wij de aandacht richten.[121] Vanaf dat

An Enquiry concering Human Understanding, 1748, bijvoorbeeld de editie van Antony Flew uit 1988 La Salle Illinois.

118 Voor Kant is de 'Mannigfaltigkeit der Empfindungen' een chaos die pas door de vormende activiteit van de aanschouwingsvormen ruimte en tijd en vervolgens door de verstandsbegrippen of categorieën tot kennis kan worden. De verhouding tussen zintuiglijke gewaarwordingen (afkomstig van de materie) en de begrippen (die als lege vormen begrepen worden) is als die tussen passieve materie en actieve begrippen die vorm geven aan de materie. Zie de bekende uitspraak van Kant (1781/1787) 1990, p. 95: "Ohne Sinnlichkeit würde uns kein Gegenstand gegeben, und ohne Verstand keiner gedacht werden. Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind". Glastra van Loon 1987, p. 110 parafraseert deze uitspraak door aan te haken bij het tekengebruik als mogelijkheidsvoorwaarde voor kennis van de werkelijkheid: "Interpretatie van niet op een of andere manier met andere termen verbonden termen is *blind*, bepaling van relaties tussen ongeïnterpreteerde termen *leeg*". Zie 1.3.2.3.

119 Naast de in de tekst genoemde kritiek op de individuele bepaaldheid van de 'sense data' is het sensualisme logisch en empirisch onderhevig aan de homunculus-kritiek: als het waar is dat de werkelijkheid via de zintuigen in onze geest wordt afgebeeld dan moet zich in onze geest ook weer iemand bevinden die deze afbeeldingen ziet en beoordeelt - dit beeld leidt tot een regressus ad infinitum. Zie Glastra van Loon 1987, p. 50-51. Eenzelfde kritiek formuleerde Ryle in *The Concept of Mind*, in termen van 'the ghost in the machine' door Searle overgenomen als 'homunculus fallacy', zie Walter van Herck 1997, p. 365.

120 Interessant is de fascinatie van Merleau-Ponty voor Cézanne, die het in de Renaissance ontwikkelde perspectief - waarbij de in de diepte lopende, evenwijdige lijnen elkaar in een verdwijnpunt snijden - afwees als niet overeenkomstig de waarneming. Zie Merleau-Ponty (1964) 1996, *'een filosofisch essay over de waarneming in de kunst*, in het bijzonder p. 57. Dit laatste werk is een uitwerking van zijn latere positie die met name in zijn posthuum door Lefort uitgegeven *'Le visible et l'invisible'* is verwoord, zie Bakker 1979, p. 15-18.

121 Zie Peter Reynaert 1997, p. 325 over Merleau-Ponty's *'La Structure du Comportement*', Parijs 1942: "Tegen deze verklaring [van het sensualisme, mh], die zich beroept op het stimulus-reactieschema van het behaviorisme, brengt Merleau-Ponty de resultaten van de *Gestalt*psychologie in. *Sense-data* zijn onvindbaar en sensaties van kwaliteiten als

moment zien wij datgene waarop onze aandacht of intentie[122] gericht is in verhouding tot onszelf en al het andere zien wij binnen die verhouding in relatie tot het door ons gekozen aandachtspunt. Pas vanaf dat moment kunnen wij handelen, dat wil zeggen actief optreden binnen het veld van gewaarwordingen dat onze werkelijkheid vormt.[123] De mens is - als handelende mens - onmiskenbaar en ook onvermijdelijk aan dit niet objectiveerbare subjectieve gezichtspunt gebonden. Zelfs op het moment dat wij een objectief of toeschouwersstandpunt innemen ten opzichte van het handelen van een ander, zijn wij aan het subjectieve gezichtspunt gebonden[124] - namelijk aan dat van de toeschouwer.

Met Merleau-Ponty meent Glastra van Loon dat aan dit subjectieve, lichamelijke perspectief prioriteit toekomt in de zin dat ieder ander perspectief op dit lichamelijke basisperspectief voortbouwt:

> Ik ken mijn handelen *als* mijn handelen, en slechts voorzover ik mijn handelen aldus als *mijn* activiteit ken, ken ik ook andere gebeurtenissen als *t.o.v.* mij verlopende en bepaalde gebeurtenissen.[125]

kleur zijn afhankelijk van de structuur waarbinnen ze verschijnen. Men neemt iets waar tegen een bepaalde achtergrond, wat wil zeggen dat de perceptie niet uit vooraf afzonderlijk gegeven elementen wordt opgebouwd". Overigens nam Merleau-Ponty volgens Bakker 1979, p. 13-14 op bepaalde punten toch ook afstand van de gestaltpsychologie: zijn fenomenologische uitgangspunt kan niet gelijkgesteld worden met de psychologie als wetenschap.

122 Voor de grondlegger van de fenomenologie was intentionaliteit de essentie van het bewustzijn, zie Luc Claessen, '1900/1901 - Logische Untersuchungen van Edmund Husserl. Antipsychologisme en fenomenologie', in: Boey, Cools, Leilich en Oger 1997, p.17-19. Deze intentionaliteit leidde Husserl uiteindelijk naar zijn eidetische reductie die de werkelijkheid tussen haken plaatst om zich volledig te richten op de 'bewustzijnsinhouden'. Zie de kritiek van Ricoeur 1995, p. 30 en 55 op Husserls uitgangspunt dat deze naar binnen gekeerde - vaak als een idealisme geïnterpreteerde - 'wezensschouw' een vorm van onbemiddelde toegang tot het zelf kan zijn. Glastra van Loon spreekt dan ook niet van 'bewustzijnsinhoud' maar van 'ervaringsbestanddeel'. Daarmee verwijst zijn terminologie naar het lichamelijke niet-idealistische uitgangspunt van Merleau-Ponty.

123 Glastra van Loon 1987, p. 66-67: dit basisperspectief 'levert een structurele bepaaldheid van het waargenomene op, waarin wij ons handelend kunnen oriënteren'.

124 Glastra van Loon 1987, p. 61: 'het toeschouwersstandpunt is zelf een *ander* waarnemersstandpunt'. Zie bijvoorbeeld de discussie tussen Changeux en Ricoeur 2000/1998, p. 79-80 over het feit dat het beeld dat in de neurofysiologie van de correlatie tussen hersenen en 'geest' wordt gecreëerd een reconstructie is, die de handelende mens (die object van onderzoek is) nu juist als subject veronderstelt.

125 Glastra van Loon 1987, p. 75.

In deze opvatting van subjectiviteit als voorwaarde voor objectiviteit is 'het lichaam niet zozeer een object dan wel mijn positie in de wereld'.[126] De wijze waarop wij ons eigen handelen ervaren kan op geen enkele wijze gereduceerd worden tot de manier waarop wij geobjectiveerde ervaringsbestanddelen ervaren:

> Wij kennen ons handelen steeds als een *in* één perspectivisch t.o.v. onszelf bepaald veld voltrokken verrichting, maar daarom nog niet als een bestanddeel *van* dat veld en niet in een verhouding tot 'onszelf' staande op de wijze, waarop de bestanddelen van dat veld zich tot ons verhouden.[127]

Het besef van het feit dat onze uitgangspositie altijd en overal gevormd wordt door dit lichamelijke, subjectieve basisperspectief maakt het mogelijk te onderscheiden tussen twee wijzen van kijken naar een handeling. Wanneer wij de handeling 'als handeling' zien, moeten wij deze kwalificeren als een subjectieve verrichting - ook wanneer het de handeling van een ander betreft. Wij delen immers met de ander dit lichamelijke, subjectieve uitgangspunt:

> De manier waarop Merleau-Ponty de klassieke bewustzijnsfilosofie tracht te overstijgen, opent ook de mogelijkheid om het zogenaamde probleem van de ander definitief van de baan te schuiven. Het subject van de intersubjectieve ervaring is niet een bewustzijn dat via zijn lichaam een ander lichaam waarneemt, waarin het dan een ander bewustzijn projecteert. Tegenover een dergelijke *Einfühlungs*theorie stelt Merleau-Ponty dat mijn intenties, gevoelens, enzoverder, aangezien mijn lichaam de uitdrukking is van mijn existentie, niet verborgen liggen achter mijn lichamelijk gedrag. Hetzelfde geldt voor de ander. Zijn trieste gelaat is zijn droefheid. Als hij lacht, is hij vrolijk. Hij lacht niet omdat hij blij is. Ik kan een ander ontmoeten omdat we dezelfde lichamelijke existentie delen. (….) Deze intersubjectiviteit is fundamenteel een verstaan van het andere lichaam als een ander gesitueerd subject wiens situatie ook een mogelijkheid is voor mezelf. Ik kan vanuit de ander waarnemen. Dit andere perspectief behoort met andere woorden tot de totaliteit van de

[126] Peter Reynaert 1997, p. 325 over Merleau-Ponty's opvatting van het subject van waarneming. Vergelijk enkele zinnen van de dichter Rutger Kopland 2000, p. 177 uit het gedicht 'Wie zal de vriend zijn van mijn vriendin': "Jij? Ach kom, jij bent niets dan twee ogen, die zien wat ze zien, jij bent niets dan het uitzicht: een zon schijnt, een appelboom bloeit, een stoel staat in het gras; vreugde, verdriet, weet jij veel, uitzicht".

[127] Glastra van Loon 1987, p. 76. Zie ook Ricoeur 1990, p. 67: "Quel sens attacher en effet à l'idée d'un point de *perspective singulier* sur le monde? L'aporie qui nous arrête ici est celle sur laquelle Wittgenstein n'a cessé de revenir du *Tractatus* aux *Investigations* et au *Cahier bleu*. Je l'appellerai l'aporie de l'ancrage. Le point de perspective privilégié sur le monde, qu'est chaque sujet parlant, est la limite du monde et non un de ses contenus".

perspectieven die de perceptie precies is. In dit opzicht horen we samen en behoeft intersubjectiviteit geen bijzondere fundering.[128]

Dit vrij lange citaat beoogt de fundamenteel andere aard van het basisperspectief van het lichamelijk subject[129] in het licht te stellen om de vanzelfsprekendheid waarmee wij in het algemeen naar de werkelijkheid kijken te doorbreken. In het algemeen zijn wij gewend om de wereld te bekijken vanuit een objectiverend perspectief dat is *afgeleid* van het basisperspectief.[130] Glastra van Loon noemt dit objectiverende perspectief een 'geïnsereerd perspectief' omdat het zich als het ware voegt in het basisperspectief met een geheel andere blik. Dankzij dit 'geïnsereerde perspectief' kan de mens zich virtueel losmaken van zijn actuele, lichamelijke positie om een werkelijkheid te ontsluiten die niet meer egocentrisch gestructureerd is.[131] Deze - geobjectiveerde - werkelijk-

128 Peter Reynaert 1997, p. 330. De idee dat de mens niet lacht omdat hij blij is, maar dat het lachen een teken is dat hij blij is, vinden we in gelijke zin terug bij Ryle in zijn *The Concept of Mind*. In dit werk bevecht Ryle - net als Merleau-Ponty maar nu vanuit analytische hoek - het cartesiaanse dualisme van lichaam en geest. Ryle noemt de gedachte dat iemand lacht (lichaam) omdat hij blij is (geest) een 'category-mistake': 'Categoriefouten zijn fouten waarbij men twee of meer concepten behandelt als waren ze van hetzelfde logische type, terwijl dat in feite niet het geval is' (aldus Van Herck 1997, p. 361 en ook meer specifiek ten aanzien van de hermeutiek, die door Ryle gezien wordt als een poging het cartesiaanse homunculus-probleem te overstijgen, p. 367-377).

129 Glastra van Loon 1987, p. 90: "De overgang van het slechts op één naar het op verschillende manieren zich tot de werkelijkheid kunnen verhouden is de overgang van 'kunde' naar 'wetenschap', van het zich niet en het zich wel rekenschap geven van het aandeel, dat het subject heeft in de constituering van de objectieve werkelijkheid en van de wijze, waarop hij hierin actief betrokken is".

130 De idee dat de objectiverende manier van kijken een afgeleide is van een andere manier van 'in de werkelijkheid staan' is ook in de filosofie van Heidegger fundamenteel. Zie zijn onderscheid tussen het 'terhanden-zijn' van zaken in het primaire perspectief en het 'voorhanden-zijn' van zaken in het objectiverende perspectief, Heidegger (1927) 1998, par. 15, in het bijzonder p. 102. Zie Glastra van Loon 1985, p. 699 waar deze verwijst naar een afgeleid, gereduceerd instrumentalistisch begrip van handelingen onder verwijzing naar Heidegger: "Onder dat in deze zin beperkte en afgeleide, gereduceerde (Heidegger zou zeggen deficiënte) begrip 'handeling' worden dan die objectieve gebeurtenissen verstaan die mensen kunnen bewerkstelligen zoals het raken van een doel, het afschieten van een pistool, het overhalen van een trekker of het omdraaien van een schakelaar het aansteken van een lamp, het verlichten van een ruimte enz. Eén stap terug en men belandt bij de *gewilde spierbeweging* als de kleinste gemene deler van alle 'handelingen' ". Zie ook Van Peursen 1972a en idem 1972b die het fenomenologische uitgangspunt en de afgeleide objectiverende positie bestudeert vanuit zowel de continentale als de analytische filosofie (zie in het bijzonder Van Peursen 1972b, hoofdstuk VII: De fenomenologie van het 'ego').

131 In de neurofysiologie wordt deze dubbele focus in de hersenen gelocaliseerd in de 'anosognia' voor wat betreft de egocentrische perceptie en in de 'parietal lobe' voor

heid staat als het ware op zichzelf en binnen deze 'wereld' verhouden ervaringsbestanddelen zich als 'dingen' die elkaar *door onze beschrijving* zijn toegeordend. Wanneer wij nu een handeling zien als een geobjectiveerd ervaringsbestanddeel, verschijnt de handeling als een fysieke beweging die net als het vallen van een steen beschreven kan worden in termen van geobjectiveerde ruimte en tijd. De betekenis van de handeling als subjectieve verrichting kan daarmee echter nooit worden vastgesteld.[132] Om die reden is een dergelijk afgeleid perspectief problematisch voor een adequate afstemming van samenhandelende actoren. Voor hen is in de eerste plaats de betekenis van de handeling als subjectieve verrichting van belang - omdat alleen langs die weg zicht kan ontstaan op het ontwerp waar de handeling een *uitvoering, een demonstratie en een representatie* van is. Zonder zicht op dat ontwerp kunnen mensen zich in hun eigen handelen niet richten naar het gedrag dat ze van elkaar verwachten.[133] In de volgende subparagraaf zal aan de hand van de semiotiek worden toegelicht wat bedoeld is met de stelling dat een handeling 'als handeling' steeds een uitvoering, een demonstratie en een representatie van een bepaald handelingsontwerp is.

1.3.2.3 Semiotiek: de omkering van teken en betekende

Na de fenomenologische kritiek op het sensualisme die uitliep in een handelingsbegrip dat de handeling in ieder geval als subjectieve verrichting wil verstaan, gaat Glastra van Loon over tot een analyse van het teken als mogelijk-

wat betreft de 'allocentric perception'. Zie Changeux en Ricoeur 2000/1998, p. 138, waar het ineenvoegen van beide percepties door Changeux als een leerproces wordt beschreven: "Putting these various geometric coordinates into correspondence with each other involves considerable learning. Their coherence in space and time is tested by means of simulation experiments in conscious space, before finally being realized in the form of actual movements".

132 De mogelijkheid om het subject te objectiveren en het besef dat daarmee de subjectiviteit buiten bereik wordt geplaatst combineren zich tot een onherleidbare dubbelzinnigheid, die ook in het hierna te bespreken werk van Plessner duidelijk tot uitdrukking komt. Zie over het ambiguïteitsprincipe van Merleau-Ponty Bakker 1979, p. 12.

133 Het belang van het basisperspectief voor een goed begrip van de betekenis van een handeling wil niet zeggen dat het 'geïnsereerde perspectief' verder niet van belang zou zijn: integendeel. In zijn bespreking van 'toerekening en veroorzaking' stelt Glastra van Loon 1987, p. 19 bijvoorbeeld: "Niet omdat een handeling bepaalde gevolgen heeft gehad, is deze aan te merken als een veroorzakingsdaad, die deze gevolgen 'bewerkte' en het subject van die handeling als 'de veroorzaker van die gevolgen [dit zou een geheel geobjectiveerd perspectief impliceren, mh], maar omdat die handeling de ten uitvoerlegging is van een handelingsontwerp, waarin het gebruik van een ervaringsbestanddeel als instrument voor het teweegbrengen van zodanige gevolgen was opgenomen [hier wordt het geïnsereerde perspectief geïntegreerd in het basisperspectief zodat toerekening van de handeling als subjectieve verrichting kan plaatsvinden, mh]".

heidsvoorwaarde voor menselijk kennen.[134] Het teken is in zijn optiek constitutief voor de kennis die wij van de werkelijkheid hebben.[135] Door het *gebruiken* van een teken worden bepaalde ervaringsbestanddelen onder één noemer gebracht en aldus *door ons* aan elkaar toegeordend.[136] Het gebruik van een teken, ofwel het betekenen, is onmiskenbaar een handeling in de zin van een subjectieve verrichting.[137] Glastra van Loon draait de gebruikelijke verhouding tussen kennis en handelen op deze manier om: niet alleen is het vaak zo dat voor adequaat handelen kennis nodig is, maar voor het kennen zelf is een handeling nodig.[138] Door deze handeling kan een teken (bijvoor-

134 Hoewel de semiotiek ook een Franse versie heeft in de semiologie die teruggaat op het structuralisme van De Saussure, baseert Glastra van Loon zich grotendeels op de semiotiek van de Amerikaanse Peirce. Ook Merleau-Ponty 1979, p. 97 verwijst naar het belang van de bestudering van het teken, hij bouwt voort op de semiologie van De Saussure. Een belangrijk onderscheid tussen de semiologie van De Saussure en de semiotiek van Peirce is dat de eerste werkt met een dichotoom onderscheid tussen betekenaar en betekende, terwijl de laatste werkt met een trichotomie tussen teken, betekend object en interpretant. Bovendien kent het systeem van tekens van De Saussure (de 'langue') geen verwijzing naar een buitentalige werkelijkheid: het Saussuriaanse teken verbindt een fonetisch element ('signifiant') met een daardoor geconstitueerd idee ('signifié'). Zie De Saussure (1915) 1964. Vergelijk Peirce 1958, p. 51-54. De omkeerbaarheid van de relatie tussen teken en betekende kan alleen vanuit de derde positie (van de interpretant) verklaard worden. De interpretant is de optiek van waaruit een bepaald ervaringsbestanddeel als teken functioneert ten aanzien van een ander ervaringsbestanddeel dat tot daarmee object wordt. De interpretant voorkomt dat de vraag of iets teken of object is in ontologische zin begrepen wordt. Zie ook Ricoeur 1986, p. 157-158. Zie verder de Pater en Swiggers 2000, p. 122-162 over de semiotiek van Peirce en Morris.

135 Glastra van Loon 1987, p. 110. Over het constitutieve karakter van het handelen van de onderzoeker bij het tot standkomen van 'natuurwetten' zie 't Hart 1994, p. 175 onder verwijzing naar met name W. Heisenberg, *Das Naturbild der heutigen Physik*, Hamburg 1955.

136 Een teken is volgens Glastra van Loon 1987, p. 111 dus *geen* object dat optreedt als representant van een ander object: "Zelfs het meest eenvoudige tekengebruik, waarbij telkens eenzelfde term aan verschillende ervaringsbestanddelen wordt gehecht en deze ervaringsbestanddelen aldus aan elkaar worden toegeorderd, kan op deze basis [de idee dat een teken een object representeert, mh] niet verklaard of ook maar weergegeven worden".

137 Hetgeen niet impliceert dat wij deze handeling voortdurend bewust verrichten en al helemaal niet dat wij vrij zouden zijn om het even welk teken voor een betekening te gebruiken. Het teken is bijna voordurend een vorm van communicatie en de verwijzing zal dus gedeeld moeten - kunnen - worden, wil betekenis tot stand kunnen komen. Over het handelingskarakter van de betekening zie Glastra van Loon 2001, p. 57.

138 Glastra van Loon 1987, p. 94. Het gaat dan overigens niet om een handeling van een transcendentaal subject dat door middel van de verstandsbegrippen een werkelijkheid constitueert, maar om een handeling van de mens als mens van vlees en bloed. De onveranderlijkheid van de kantiaanse verstandsbegrippen kan ook niet vervangen worden

beeld het woord of de term brood) naar verschillende ervaringsbestanddelen verwijzen (broden), die vanaf dan gekend zijn als ervaringsbestanddelen van gelijke soort (als brood). De betekenis van de term (het woord) brood wordt *tegelijk* bepaald door de relatie tot andere woorden (deeg, voedsel, oven, korst, bloem) en door de relatie tot ervaringsbestanddelen die zelf niet als teken gebruikt worden (het fenomeen of de referent waarnaar het woord brood verwijst, vaak 'object' genoemd). Glastra van Loon spreekt van de intrasystematische (syntactische) betekenis als het gaat om de relaties tussen tekens en van de extrasystematische (semantische) betekenis als het gaat om de relaties tussen tekens en betekende objecten. Alleen de combinatie van intra- en extrasystematische betekenis door het *gebruik* van tekens maakt een betekenisvolle omgang met de werkelijkheid mogelijk:[139]

> (..): interpretatie van niet op een of andere manier met andere termen verbonden termen is *blind*, bepaling van relaties tussen ongeïnterpreteerde termen *leeg* - zo zou men een bekende uitspraak van Kant kunnen parafraseren. Slechts in samenwerking met elkaar leveren zij kennis op.[140]

Voordat nu het handelingsbegrip van Glastra van Loon vanuit deze semiotische achtergrond beschreven kan worden, moet de aandacht nog gericht worden op zijn stelling dat de verhouding tussen teken en betekend object in principe omkeerbaar is en dat deze omkeerbaarheid ons een objectief crite-

door determinerende taalsystemen waarin het subject niets meer 'te vertellen' heeft. Hoezeer de mens van vlees en bloed bij de act van het betekenen ook bepaald wordt door de betekenis die hij in zijn interactie met anderen aangereikt krijgt, die bepaling is nooit volledig. Weliswaar schept het gebruik van een teken 'een precedent voor ieder toekomstig gebruik van een teken', dit precedent kan betekenisverschuiving niet uitsluiten: 'ieder gebruik van een teken levert een nadere bepaling, een herijking van zijn betekenis op' (Glastra van Loon 1987, p. 127). Vergelijk de kritiek van Ricoeur 1995, p. 33 en 38-39 op de ontologische status van de structuur en de daarmee samenhangende desubjectivering van de werkelijkheid bij de structuralisten - in termen van Glastra van Loon een vorm van ontologisering van de intrasystematische betekenis die even naïef is als de ontologisering van de extrasystematische betekenis.

139 Glastra van Loon 1987, p. 96 e.v. De verleiding is groot een vergelijking te beproeven tussen de intrasystematische betekenis en de fregiaanse 'Sinn' en de extrasystematische betekenis en de fregiaanse 'Bedeutung'. De vergelijking is interessant maar gaat in ieder geval mank voorzover Frege ontologische voorrang verleent aan het betekende object boven het teken, zie Stokhof 2000, hoofdstuk 3, in het bijzonder p. 64-77. Deze ontologische voorrang speelt in ieder geval in de theorie van de directe verwijzing van bijvoorbeeld Putnam, zie Stokhof 2000, hoofdstuk 4, in het bijzonder p. 101-103 en 106-109. Zie ook de vergelijking van Husserls *noëma* en Freges *Sinn* in relatie tussen Husserls *noësis* en Freges *Bedeutung* in Stokhof 2000, par. 9.3, p. 216-218.

140 Glastra van Loon 1987, p. 110.

rium aan de hand doet voor de bepaling van de betekenis-identiteit (of subjectieve algemeenheid)[141] van een teken:

> De *betekenis* van een teken wordt bepaald door zijn gebruik, de *betekenis-identiteit* van een teken, doordat het steeds op dezelfde (en dat is dan: de objectief juiste) manier gebruikt wordt. Of een teken telkens op dezelfde wijze gebruikt wordt, kan echter slechts worden uitgemaakt, door na te gaan *enerzijds*, of een als exemplaar van een species X bepaalbaar ervaringsbestanddeel gebruikt kan worden voor de bepaling van een ervaringsbestanddeel als exemplaar van een species Y en *anderzijds*, of tevens een als exemplaar van een species Y bepaalbaar ervaringsbestanddeel gebruikt kan worden voor het aanwijzen van een ervaringsbestanddeel als exemplaar van een species X.[142]

Glastra van Loon doelt hier op het feit dat teken en betekend object *beide* ervaringsbestanddelen[143] zijn: het feit dat een ervaringsbestanddeel *gebruikt wordt als* teken sluit niet uit dat het object kan zijn en het feit dat een ervaringsbestanddeel door betekening tot object wordt, sluit niet uit dat het zelf als teken gebruikt kan worden. Hij stelt aldus vast dat de ontologische prioriteit die wij gewoonlijk aan het object geven slechts schijn is en dat het teken logisch aan het 'bestaan' van het object voorafgaat. Het ervaringsbestanddeel dat als object betekend wordt is net als het ervaringsbestanddeel dat als teken gebruikt wordt even oorspronkelijk.[144] Vanuit deze de-essentialisering kan de

141 De betekenis-identiteit van een handeling wordt door Glastra van Loon 1980, 73-74 uitgelegd aan de hand van het door Peirce ontwikkelde begrip 'subjectieve algemeenheid': "Het gaat hier om subjectieve betekenisalgemeenheid, dat wil zeggen om het feit dat zowel woorden als handelingen in het taal- of rechtsverkeer een zekere betekenisidentiteit hebben, (…) Iedere handeling schept aldus een 'precedent', heeft een demonstratief, een 'voorbeeldig' (in een niet waarderende zin) karakter". Zie Peirce 1958, p. 197 die spreekt over de termen 'soldaat' (die objectieve algemeenheid heeft want iedere soldaat valt eronder) en 'George Washington' (die geen objectieve algemeenheid heeft want deze term verwijst naar één object), echter: "But each of these two terms remains one and the same noun, whether it be spoken or written, and whenever and wherever it be spoken or written. This noun is not an existent thing: it is a *type*, or *form*, to which objects, both those that are externally existent and those which are imagined, may conform, but which none of them can exactly be. This is subjective generality". Het is dus het *type*, of de *betekenisidentiteit* van de verschillende 'tokens' die subjectieve algemeenheid heeft en aldus communicatie en samenhandelen mogelijk maakt.

142 Glastra van Loon 1987, p.120.

143 Vanuit zijn fenomenologische positie vallen onder 'ervaringsbestanddelen' ook niet-stoffelijke fenomenen.

144 Glastra van Loon 1987, p. 119: "Het is integendeel zó, dat wij de termen 'teken' en 'object' gebruiken om twee aspecten van de verhouding van het subject tot zijn werkelijkheid aan te duiden, die in onze ervaring aanéengeklonken zijn, maar die wij niet tezamen als eenheid in het oog kunnen vatten: (..)". Vergelijk Peirce 1958, p. 54.

stelling begrepen worden dat de omkeerbaarheid van de verhouding tussen teken en object het criterium is voor het vaststellen van de bovengenoemde betekenisidentiteit.[145] Het woord brood[146] is een teken dat verwijst naar het ervaringsbestanddeel brood dat daarmee tot object wordt. Om de betekenisidentiteit van het woord brood vast te stellen kan een ander ervaringsbestanddeel waarvan wij menen dat het ook een brood is, als teken worden opgevat dat verwijst naar het woord brood. Ook het woord brood is immers een ervaringsbestanddeel, dat in dat geval het object is waarnaar het brood verwijst. De vraag of het woord brood steeds op dezelfde wijze gebruikt wordt kan alleen bevestigend beantwoord worden door in de objecten die elkaar via het woord brood worden toegeordend een teken te zien dat hier sprake is van een brood:

> De situatie [het object, mh] waarop het teken wordt toegepast, is niet het lijdend voorwerp van deze verrichting, maar is ook zelf in het handelen van het subject betrokken en wel *als maatstaf* voor de bepaling van het al of niet van toepassing zijn van het teken op andere ervaringsbestanddelen.[147]

Deze omkeerbaarheid van teken en object is cruciaal om vat te krijgen op het handelingsbegrip van Glastra van Loon. Hij gebruikt hiertoe het 'type-token' schema van Peirce. Een 'type' is een ontwerp, waarvan het 'token' een teken is, dat daarmee de representatie is van alle individualiserende uitvoeringen van het 'type'. Iedere handeling die door het 'token' betekend is als uitvoering van een bepaald handelingsontwerp (type), demonstreert daardoor de uitvoering van dat handelingsontwerp en wordt daardoor zelf ook weer een 'token' dat alle uitvoeringen van dit handelingsontwerp representeert. Nogmaals: de handeling is dus *zowel object* van het teken en daarmee uitvoering van het ontwerp waar het teken voor staat, *als zelf teken* van dat ontwerp doordat het een de-

145 Deze de-essentialisering voorkomt ook dat het pragmatisme, waarvan Peirce in Amerika de grondlegger was, waarheidspretenties ontwikkelt zoals bij zijn leerling William James het geval was. Het gaat Peirce in eerste instantie *niet om waarheid maar om betekenis* en die is verbonden met handelen, zie de Pater en Swiggers 2000, p. 125.

146 Het woord brood kan begrepen worden als een aan te wijzen individueel woord, maar ook - en dat is hier natuurlijk bedoeld - de term brood zoals die binnen het taalsysteem onderscheiden kan worden van andere termen. Voor Glastra van Loon *zijn beide ervaringsbestanddeel*: een individueel aan te wijzen gesproken of geschreven woordje 'brood' èn de term brood zoals die binnen het taalsysteem onderscheiden kan worden. Over de verhouding tussen taalsysteem en taalgebruik zie paragraaf 1.4.

147 Glastra van Loon 1987, p. 128. Over de met deze betekenisidentiteit verbonden 'semantische bepaaldheid' van een teken, a.w. p. 131: "Zodra men zich echter realiseert, dat de semantische bepaaldheid van een teken afhankelijk is van zijn toepassing op ervaringsbestanddelen en van het gebruik van die ervaringsbestanddelen als richtsnoer en maatstaf voor verdere toepassingen van dat teken, zodat een teken 'niet méér betekenis kan *bezitten*, dan men eraan heeft *verleend*, (..)".

monstratie van een uitvoering ervan is en *als teken* ook weer de representatie van alle andere mogelijke uitvoeringen van het ontwerp:

> Iedere handeling is niet alleen uitvoering van een bepaald handelingsproject [type, ontwerp, mh], maar tegelijkertijd een *demonstratie* van een dergelijke uitvoering en in zoverre ook een representatie of teken van alle handelingen, die eveneens als uitvoering van dit project gelden.[148]

Iedere handeling is als uitvoering van een handelingsontwerp zowel een demonstratie als een representatie van alle mogelijke uitvoeringen ervan en aldus *tegelijk object en teken*. Deze bijzondere manier van kijken naar handelingen verklaart de symbolische functie van handelingen. Met symbolische functie wordt in dit verband niet gedoeld op ondoelmatig idealisme, maar op het feit dat de verhouding tussen teken en object niet in de werkelijkheid gegeven is, maar volgens 'afspraak' verloopt. Veel tekens hebben een indicatieve functie,[149] hetgeen betekent dat zij *op grond van hun informatieve waarde als waarnemingsobject* verwijzen naar bepaalde ervaringsbestanddelen. Een wegwijzer die bestaat uit een paal met daaraan een bord dat in een bepaalde richting wijst ontleent zijn indicatieve wijze rechtstreeks aan de informatie die met de richting van het bord is gegeven. Een teken met een symbolische functie kan geheel los van enige informatieve waarde die het als waarnemingsobject heeft, verwijzen naar een type ervaringsbestanddelen. Door tekens te gebruiken los van hun indicatieve waarde wordt het bereik van tekens enorm uitgebreid. Tegelijk wordt het belang van het betekende object als maatstaf voor een juist gebruik van het teken veel groter, want een andere maatstaf ontbreekt nu. Dat betekent dat juist bij het gebruik van tekens met een symbolische functie de omkeerbaarheid van teken en object doorslaggevend is. Een juist gebruik van een teken kan enerzijds niet willekeurig zijn en kan anderzijds niet door het betekende object worden bepaald voordat het als zodanig betekend is. Tussen teken en te betekenen objecten bestaat dus een verhouding die als wederzijds constitutief moet worden aangemerkt. Het is in die verhouding dat het handelen als vorm van regelgeleid gedrag moet worden begrepen: om een handeling als uitvoering van een handelingsproject te kunnen herkennen moet hij op zijn minst herhaald kunnen worden:

148 Glastra van Loon 1987, p. 80.

149 Peirce onderscheidt tussen indexicale, iconische en symbolische tekens. Een index verwijst op grond van de informatieve waarde als waarnemingsoject, een icoon verwijst op grond van gelijkenis dat het als waarnemingsobject heeft naar datgene waar het op lijkt, terwijl een symbool geheel los van informatieve waarde of gelijkenis betekenis heeft - die dus uitsluitend in het *gebruik* geconstitueerd wordt. Zie de Pater en Swiggers 2000, p. 133-137 en Van der Lubbe en Van Zoest 1997, p. 19-21.

> Een lichaamsbeweging is alleen een handeling, indien en voorzover zij opzettelijk kan worden herhaald en als zodanig wordt gekend.[150]

Bij de bespreking van het normatieve aspect van rechtsnormen zal dit punt worden hernomen en verder uitgewerkt.

1.3.2.4 Excentrische positionaliteit van de mens en de 'generalized other'

Voor een goed begrip van de wijze waarop Glastra van Loon het normatieve aspect van normen in het algemeen en rechtsnormen in het bijzonder bespreekt, is het begrip 'excentrische positionaliteit' uit het werk van Plessner verhelderend. Zoals hieronder zal blijken is het normbegrip van Glastra van Loon geënt op *de anticipatie van het subject* op het handelen van de ander en *op de anticipatie* die het subject ten aanzien van zijn eigen gedrag *van de ander* verwacht. De betekenis van een handeling 'als handeling' moet - zoals wij hiervoor gezien hebben - gezocht worden in het feit dat de handeling als representatie van andere uitvoeringen van eenzelfde handelingsproject verwachtingen schept met betrekking tot handelingen in de toekomst. Waar het in deze paragraaf om gaat, is aan te tonen dat niet alleen de verwachtingen die het subject van anderen heeft bepalend zijn voor de norm die zijn handelen regelt, maar *vooral* de verwachtingen die het subject bij anderen signaleert met betrekking tot het eigen handelen van het subject. Het gaat hier om *het terugkijken* van het subject vanuit de ander naar zichzelf.

Plessner heeft - met name in zijn 'Die Stufen des Organischen und der Mensch' uit 1928 - een poging ondernomen 'een verzoening tot stand te brengen tussen de traditionele filosofische visies op de mens als geestelijk wezen enerzijds en de bevindingen van de empirische biologie anderzijds'.[151] Evenals Merleau-Ponty onderneemt hij een poging het cartesiaanse dualisme van lichaam en geest te doorbreken door de oorspronkelijke positie die de mens in en ten opzichte van zijn omgeving inneemt te onderzoeken. Het 'ba-

[150] Glastra van Loon 1985, p. 699. Dat deze herhaling 'als een herhaling' van bijvoorbeeld handeling X (h)erkend wordt veronderstelt dan weer dat de vraag wat nu een bepaalde handeling is en welke andere handeling daarmee identiek is alleen beantwoord kan worden door zelf te handelen: namelijk door de andere handeling onder het teken 'X' onder te brengen. Zie par. 1.3.4 hieronder, waar het verband wordt gelegd met het regelbegrip van Wittgenstein.

[151] Peter Reynaert 1997, p. 198. Ook Redeker 1995 verwijst al in de titel van zijn monografie (Helmuth Plessner of de belichaamde filosofie) naar het uitgangspunt dat Plessner met Merleau-Ponty deelde: de aandacht voor het lichamelijke. Zowel Plessner als Merleau-Ponty wezen het lichaam-geest dualisme van Descartes af en beiden waren mede geïnspireerd door de bevindingen van de Gestaltpsychologie, zie over Plessner Redeker 1995, p. 81-82.

sisperspectief' dat de mens als lichamelijk wezen overal met zich meedraagt krijgt bij Plessner een belangrijke aanvulling. Zoals wij hiervoor gezien hebben is voor Merleau-Ponty 'het lichaam niet zozeer een object dan wel mijn positie in de wereld'. Plessner onderscheidt wat betreft het menselijk lichaam het 'Leib' en het 'Körper':

> Enerzijds *is* de mens een lichaam [Leib, mh], beleeft hij dit als het centrum van zijn waarnemen en handelen als een doorleefd lichaam of lijf. Anderzijds *heeft* hij een lichaam [Körper], ervaart hij dit in zelfdistantiëring als een ding onder de dingen, dat met natuurwetenschappelijke middelen bestudeerd kan worden.[152]

Het lichaam is dus zowel subject (Leib) als object (Körper) en dat laatste impliceert dat het subject als het ware buiten zichzelf treedt en zichzelf bewust wordt van de eigen subjectiviteit. Daarmee objectiveert het subject zich en ontzegt het zich onvermijdelijk de toegang tot zichzelf als subject: het is als de poging te zien wat er achter de rug gebeurt (bij omdraaien blijkt wat achter de rug gebeurt opnieuw onzichtbaar achter de rug verborgen). Glastra van Loon heeft in gelijke zin over de onbepaalbaarheid van het subject geschreven:

> Ter voorkoming van misverstand moet ik hier nog het volgende aan toevoegen. Ik ontken niet dat men kennis van mensen als objecten kan hebben, zo min als ik ontken dat men aan zijn eigen haren kan trekken. Ik beweer alleen dat die kennis [geen kennis, mh] van een mens *als subject* kan zijn, zoals ik ook volhoud dat men zich niet, door aan zichzelf te trekken, uit een moeras kan trekken.[153]

De mens is volgens Plessner evenals het dier - en anders dan een plant - een organisme dat vanuit een centrum georganiseerd is (bij lagere dieren zou dit centrum gelokaliseerd zijn in hun zintuiglijke uitrusting, bij hogere dieren en bij de mens in het centrale zenuwstelsel).[154] Anders dan het dier is de mens zich echter bovendien bewust van deze centrische positionaliteit: 'het [menselijk subject, mh] bezit zichzelf, heeft weet van zichzelf, is zichtbaar voor zichzelf en op deze manier is het 'ik', […] de niet meer objectiveerbare, niet meer tot voorwerpelijkheid te reduceren subjectpool'.[155]

[152] Taels 1997, p. 204. Vergelijk ook de wijze waarop Ricoeur 1995, p. 30 zich distantieert van zowel Husserl als Descartes ten aanzien van de veronderstelling dat het subject transparant zou zijn voor zichzelf: "Parlant de détour par la symbolique, je mettais en question une présupposition commune à Husserl et à Descartes, à savoir l'immédiateté, la transparence, l'apodicticité du *Cogito*".

[153] Glastra van Loon 1980, p.46. Zie ook 't Hart 1995, p. 127-135.

[154] Taels 1997, p. 202.

[155] Geciteerd bij Taels 1997, p. 202 uit H. Plessner, *Die Stufen des Organischen und der Mensch. Einleitung in die philosophische Anthropologie*, in: Gesammelte Schriften, Band IV, heruitg. door Dux G., Marquard O., Ströker E., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, p. 363.

> Het valt niet langer zonder meer met dit zelf of dit centrum samen, maar verhoudt er zich toe op een wijze waarbij het centrum als het ware achter zich treedt, 'excentrisch' wordt.[156]

De ongrijpbaarheid van het subject als subject gaat samen met de mogelijkheid om via de ander naar zich terug te kijken en aldus verwachtingen te ontwikkelen met betrekking tot het eigen gedrag. Deze - via de blik van de ander - ontwikkelde verwachtingen zijn de mogelijkheidsvoorwaarden voor regelgeleid handelen, omdat alleen het subject via die blik eisen aan zichzelf kan stellen. Het stellen van eisen aan zichzelf veronderstelt immers dat het ik niet met zichzelf samenvalt,[157] maar in staat is afstand te nemen en vanuit een niet-egocentrisch perspectief naar zichzelf te kijken.

De excentrische positionaliteit waarin Plessner het onherleidbaar dubbelzinnige bestaan van de mens fundeert,[158] komt in een aantal opzichten overeen met de 'generalized other' van de Amerikaanse sociaal psycholoog en pragmatist George Herbert Mead.[159] In zijn 'Mind, Self & Society' ontwikkelt

156 Taels 1997, p. 202. De onontkoombaarheid en de ongrijpbaarheid van het subject als subject, waarvan het besef zich kan opdringen via de blik vanuit de ander is een terugkerend aspect van het werk van de dichter Rutger Kopland, bijvoorbeeld in zijn 'wie zal de vriend zijn van mijn vriendin' in Kopland 2000, p. 177.

157 Dit niet-met-zichzelf-samenvallen en de daaruit voortvloeiende dubbelzinnigheid zijn de basis van de door Plessner ontworpen antropologische grondwetten: de wet van de natuurlijke kunstmatigheid, de wet van de indirecte directheid en de wet van de utopische positie. Zie Taels 1997, p. 204-205 en Redeker 1995, p. 140-146. Verontachtzaming van deze 'wetten' in een poging relaties tussen ervaringsbestanddelen die door onze betekening aan elkaar toegeordend zijn te ontologiseren (Glastra van Loon 1987, p. 115) leidt onvermijdelijk tot afbeeldings- en beheersingsdenken. Zie in vergelijkbare zin Ricoeur 1990 passim.

158 Deze excentrische positionaliteit heeft Plessner verder uitgewerkt in zijn rolbegrip, dat de dubbelzinnige positie conceptualiseert die de mens als natuurlijk kunstmatig, indirect direct en utopische gepositioneerd wezen inneemt. Zijn rolbegrip kan dan ook niet worden begrepen als een volledig door maatschappelijke regels gedetermineerde positie waarin het subject verdwijnt - een interpretatie die in de sociologie vaak aan het rolbegrip gegeven is, zie Redeker 1995, p. 205 en Bransen 1999, p. 90.

159 Zie de inleiding van Charles W. Morris bij Meads *Mind, Self & Society*' (1934) 1959 en de bespreking van Mead in de Pater en Swiggers 2000, p. 140-141. Mead afficheert zichzelf als sociaal behaviorist. Zijn 'behavioristische' positie mag echter niet verward worden met de positie van behavioristen die scientistisch, materialistisch en fysicalistisch te werk gaan. Zijn behaviorisme richt zich tegen cartesiaans dualisme en het daarmee verbonden beeld van een geest in een machine en is aldus verwant aan Ryles verweer tegen de idee van het bewustzijn als een entiteit die door introspectie gekend zou kunnen worden. Vandaar ook zijn nadruk op het sociale. Zijn sociale psychologie is geïnspireerd op het werk van de Duitse sociaal psycholoog Wilhelm Wundt (1832-1920) waar hij enige tijd bij studeerde. Meads pragmatisme is geïnspireerd op dat van

Mead een theorie over de constitutie van het subject.[160] Hij onderscheidt binnen het 'self' tussen het subject als subject, dat wil zeggen de onherleidbare uitgangspositie van ieder handelen en spreken dat hij 'I' noemt en het subject als object, dat wil zeggen de door de blik van de ander tot stand gekomen subjectiviteit die hij het 'me' noemt:

> The self is something which has a development; it is not initially there, at birth, but arises in the process of social experience and activity, (..).[161]
>
> The self, as that which can be an object to itself, is essentially a social structure, and it arises in social experience.[162]

De relatie tussen 'I' en 'me' is dus niet gegeven, maar ontwikkelt zich in de tijd:

> 'The 'I' of this moment is present in the 'me' of the next moment. There again I cannot turn around quick enough to catch myself.[163]

Peirce en sterk gericht tegen hypostasering van 'universals' - ofwel in termen van de semiotiek, gericht tegen de ontologisering van de relaties tussen elkaar door betekening toegeordende objecten, b.v. Glastra van Loon 1987, p. 115: 'de bron van alle moeilijkheden is gelegen in de hypostasering van de betekenis der tekens'. In die zin sluit het werk van Mead werk aan bij dat van Plessner, die evenals Merleau-Ponty het onherleidbare primaat van het subjectieve perspectief als verweer tegen enige vorm van essentialisering hooghoudt.

160 In vergelijkbare zin Ricoeur 1990, die in zijn voorwoord drie filosofische intenties verwoordt: (1) het primaat van de reflexieve bemiddeling op de onmiddellijke positie van het subject, (2) het onderscheiden van twee betekenissen van de term 'identiteit', namelijk 'l'identité-idem' en 'l'identité-ipse' ('sameness' en 'selfhood') en (3) de in de titel van het boek ('soi-même comme un autre') begrepen dialectische verhouding tussen 'l-ipséité' en de 'mêmeté', die hij verbindt met de dialectiek tussen het zelf en de ander: niet alleen 'soi-même *semblable* à l'autre', maar ook 'soi-même *en tant que* .. autre'. Met name deze laatste filosofische stellingname komt dicht bij wat Mead de 'generalized other' noemt als constitutie van het zelf.

161 Mead (1934) 1959, p. 135. Vanuit deze optiek kunnen vraagtekens geplaatst worden bij contractstheorieën, die de constitutie van de samenleving rechtvaardigen in termen van een door individuen gesloten contract (a.w. p. 233): "If, however, the position to which I have been referring is a correct one, if the individual reaches his self only through communication with others, (…) then the self could not antedate the social organisation". Het mensbeeld van Mead vertoont in dit opzicht overeenkomsten met dat van Montesquieu, die - anders dan bijvoorbeeld Hobbes, Beccaria en Rousseau - geen contractsdenker was en steeds weer benadrukte dat de vrijheid van de mens niet aan het samenleven vooraf gaat maar door een specifieke organisatie van de samenleving geconstitueerd wordt. Zie ook a.w. p. 222.

162 Mead (1934) 1959, p. 140.

163 Mead (1934) 1959, p. 174. Zie ook Ricoeur 1990, p. 68 onder verwijzing naar Wittgenstein (*Cahier bleu*, p. 66-67): "La non-coïncidence entre le 'je' limite du monde

> The 'I' is the response of the organism to the attitudes of the others; the 'me' is the organized set of attitudes of others which one himself assumes. (…) But what that response will be he does not know and nobody else knows.[164]

Het denken is volgens Mead een fenomeen dat zich niet laat verklaren vanuit de cartesiaanse geest als innerlijke ruimte waarin godgegeven intuïties door middel van logische deductie kunnen worden bewerkt. Het denken is niet meer dan de verplaatsing van de interactie tussen subjecten onderling naar de interactie tussen subject en geobjectiveerd subject: 'thinking is simply the reasoning of the individual, the carrying-on of a conversation between what I have termed the 'I' and the 'me".[165] Net als het geobjectiveerde subject is ook het denken volgens Mead een oorspronkelijk sociaal gebeuren. Het denken verloopt via symbolen[166] die bijvoorbeeld in de vorm van een taal het samenhandelen van mensen mogelijk maken. Een symbool moet dan begrepen worden als een teken dat een zelfde reactie oproept in de ander als in de spreker. Wanneer dat het geval is functioneert het symbool als een 'universal' - in semiotische termen is dan sprake van betekenisidentiteit. Deze betekenisidentiteit wordt volgens Mead mogelijk op het moment dat iemand de houdingen van anderen tegenover zichzelf integreert tot een standpunt dat hij de 'generalized other' noemt. Deze 'generalized other' is tegelijk constitutief voor de ontwikkeling van het geobjectiveerde subject, omdat het de verwachtingen representeert die het subject vanuit de blik van de ander van zichzelf heeft. *In die zin* is 'social control' niet in de eerste plaats een inperking van het individu maar de mogelijkheidsvoorwaarde voor het ontstaan en ontwikkelen van individualiteit:

> Hence social control, so far form tending to crush out the human individual or to obliterate his self-conscious individuality, is, on the contrary, actually constitutive of and inextricably associated with that individuality; (..).[167]

Het sociaal constructivisme dat uit deze positie spreekt mag niet verward worden met determinisme of voluntarisme. Het feit dat het 'me' geconstitueerd wordt door de integratie van de houdingen van de anderen waar het 'I' direct of indirect mee geconfronteerd wordt, kan nooit de onherleidbare subjectiviteit van het 'I' zelf te niet doen. Daarmee is een verabsoluteerd de-

et le nom propre qui désigne une personne réelle, dont l'existence est attestée par l'état civil, conduit à l'aporie ultime du sujet parlant".

164 Mead (1934) 1959, p. 175. In deze onherleidbare subjectiviteit is een moment van vrijheid herkenbaar (a.w. p. 177) : "The 'I' gives the sense of freedom, of initiative".

165 Mead (1934) 1959, p. 335.

166 Taal is volgens Mead (1934) 1959, bij voorbeeld p. 133 en 145 de mogelijkheidsvoorwaarde voor het denken.

167 Mead (1934) 1959, p. 255.

terminisme onverenigbaar. Maar de vrijheid van het 'I' is steeds bemiddeld door de in het 'me' geïntegreerde 'generalized other', die weliswaar steeds verschuift en zich ontwikkelt, maar die desondanks de mogelijkheid van betekenisvol handelen zowel mogelijk maakt als inperkt.[168] Die inperking staat als mogelijkheidsvoorwaarde voor zinvol handelen in de weg aan een verabsoluteerd voluntarisme.[169]

Wat betreft de handelende mens gaat het voor Mead om de vraag wat ik verwacht dat de ander van mij verwacht. Deze dubbele anticipatie[170] is alleen mogelijk voor wie in staat is *zich* te zien in de blik van de ander: de mogelijkheid van zinvol handelen veronderstelt de excentrische positionaliteit van de mens, die zich ontwikkelt in anticipatie op zijn 'generalized other'.[171]

1.3.3 Het normatieve en het imperatieve aspect van rechtsnormen

Evenals Hart vangt Glastra van Loon zijn bespreking van (rechts)normen aan met een bespreking van Austins rechtsopvatting. Volgens Austin vallen normen en bevelen als species onder het genus 'imperatief' en verschillen zij van elkaar doordat normen algemeen en bevelen bijzonder zijn.[172] De algemeen-

168 Betekenis impliceert differentie: om iets te kunnen betekenen moet een symbool sommige ervaringsbestanddelen wel en andere niet betekenen of straffe van totaal verlies van betekenis. Zie Glastra van Loon 1987, p. 123 en 124, die in dat verband spreekt over de uitsluitingsnegatie als zijnde constitutief voor iedere vorm van betekenis.

169 In gelijke zin Merleau-Ponty 1979, p. 97-100 waar hij spreekt over de theorie van het teken (p. 97): "In de akt van het spreken, in de toon en in de stijl daarvan, geeft het subject blijk van zijn autonomie, omdat niets hem méér eigen is, en toch staat het op hetzelfde moment en zonder dat dit tegenspraak met het voorgaande oplevert, gekeerd naar de taalgemeenschap en is het aan de taal schatplichtig".

170 De Pater en Swiggers 2000, p. 141 noot 152 bespreken een dergelijke dubbele anticipatie in het kader van de idee van 'common understanding' en verwoorden dit als 'gemeenschappelijk verstaan': 'ik uit een bepaalde zin omdat ik weet dat de ander weet dat als ik deze uitspraak doe ik weet dat de ander weet dat ik weet hoe hij mijn uitspraak zal verstaan'.

171 Uiteraard is deze 'generalized other' voortdurend in ontwikkeling en niet noodzakelijkerwijs homogeen en/of stabiel. Psychologisch gezien is de ontwikkeling van verschillende 'generalized others' een voor de hand liggende en niet noodzakelijk pathologische reactie op een sterk gedifferentieerde omgeving. Vergelijk Hildebrandt 2001 over multiculturaliteit.

172 Glastra van Loon 1987, p. 208 citeert John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, London 1885, p. 92/3: "Command are of two species. Some are *laws* or *rules*. The others have not acquired an appropriate name…. I must therefore, note them as well as I can by the ambigious and inexpressive name of *'occasional* or *particular* commands', (..)".

heid van normen in de zin van gedragsregels[173] kan volgens Glastra van Loon op drie manieren worden opgevat: (a) algemeenheid van de normadressaten, (b) algemeenheid van de gevallen en (c) algemeenheid van de normadressant in die zin dat de norm geen 'auteur' heeft. Nader onderzoek wijst uit dat het verschil tussen normen en bevelen niet in de algemeenheid in de zin van (a) kan schuilen want bevelen kunnen zeer wel jegens specifiek bepaalde enkelingen worden gegeven: het bevel van een koning aan zijn onderdanen om hem jaarlijks een tiende van hun oogst aan te bieden is algemeen in de zin van (a). Wel is juist dat een norm - anders dan een bevel - nooit bijzonder kan zijn, in die zin dat een norm nooit tot een individueel bepaalde enkeling gericht is, want een norm 'betreft altijd iemand in de functie of in de rol of in de hoedanigheid van -'.[174] Het verschil tussen normen en bevelen kan ook niet in de algemeenheid in de zin van (b) schuilen want bevelen kunnen zeer wel betrekking hebben op een veelheid van gevallen: het bevel van de koning om ieder jaar een tiende van de oogst over te dragen is een bevel en algemeen in de zin van (b). Wel is juist dat een norm - anders dan een bevel - nooit bijzonder kan zijn, in die zin dat een norm zich nooit tot een individueel geval kan beperken (ruim morgen mijn kamer op kan geen norm maar wel een bevel zijn; ruim iedere dag mijn kamer op is wel degelijk een bevel). Het verschil tussen normen en bevelen kan volgens Glastra van Loon ook niet gezocht worden in de algemeenheid in de zin van (c) omdat een bevel ook afkomstig kan zijn van een specifiek bepaalde enkeling of groep. Zo kan een bevel afkomstig zijn van de burgemeester wanneer hij gebruik maakt van zijn bevoegdheid om 'bij verstoring van de openbare orde de bevelen te geven die noodzakelijk zijn te achten voor de handhaving van de openbare orde' (art. 172 lid 3 Gemeentewet).

[173] Glastra van Loon 1985, p. 698 gebruikt de termen norm en regel als synoniemen. Met norm en regel doelt hij echter uitsluitend op de rechtsnorm als norm. Voor de rechtsnorm als voorschrift gebruikt hij termen als 'bevel met algemene inhoud', voorschrift of imperatief. Voor de mengvorm (een uitspraak die zowel een normatief als een imperatief aspect heeft kent het taalgebruik volgens hem geen afzonderlijke term. Zoals hierboven in par. 0.3.2 reeds is vermeld ziet de term rechtsnorm of rechtsregel in beginsel juist op de mengvorm, wat niet wegneemt dat niet op voorhand vaststaat of, en zo ja in hoeverre een rechtsnorm daadwerkelijk ook een normatief aspect heeft. De betekenis van de term is onderbepaald. Anders Franken 1999, p. 43-46, die onder een norm een concrete 'bindende verwachting' verstaat en onder een regel de daaruit te abstraheren algemene gedragsregel. Zie ook 't Hart 1994, p. 169-172 die net als Glastra van Loon onderscheidt tussen norm en bevel als uitspraken met een respectievelijk normatief en imperatief aspect. 't Hart gebruikt de term wet of wettelijke regeling als specificatie van een soort uitspraken die een imperatief aspect hebben, en - normaliter - ook een normatief aspect. De door mij gebruikte term rechtsnorm omvat naast wettlijke regelingen ook ongeschreven rechtsregels en -beginselen.

[174] Glastra van Loon 1987, p. 209.

Nu de algemeenheid geen onderscheidend criterium is voor het onderscheid tussen normen en bevelen als species van het genus 'imperatief', stelt Glastra van Loon een geheel nieuwe manier van kijken voor naar de ervaringsbestanddelen die door de termen norm en bevel betekend worden. Hij stelt voor de termen norm en bevel niet te gebruiken om uitspraken over twee klassen te verdelen, maar om de termen normativiteit en imperativiteit als analytische kwaliteiten toe te kennen aan uitspraken en daarbij de mogelijkheid open te laten dat beide kwaliteiten aan een uitspraak worden toegekend. Aldus ontstaan drie typen uitspraken: '(1) uitsluitend imperatief, (2) zowel imperatief als normatief, (3) uitsluitend normatief. Algemeenheid en bijzonderheid zouden dan (…) zó t.o.v. imperativiteit en normativiteit over uitspraken gedistribueerd kunnen zijn, dat uitsluitend imperatieve uitspraken zowel bijzonder als algemeen, alle normatieve uitspraken echter (dus ook de gemengd normatief-imperatief gequalificeerde) algemeen zijn'.[175]

Als we ons met behulp van deze analyse tot normen beperken, althans tot uitspraken die algemeen zijn wat betreft normadressaten en wat betreft gevallen, kunnen drie typen normen worden onderscheiden: normen waar wij uitsluitend een imperatief aspect aan onderscheiden, normen waaraan zowel een imperatief als een normatief aspect onderscheiden kan worden en normen waaraan wij uitsluitend een normatief aspect onderscheiden. Het onderscheid tussen beide aspecten wordt door Glastra van Loon gemaakt door de norm te zien vanuit de verhoudingen waarin zij een rol spelen: het imperatieve aspect speelt in een statelijke samenleving in de verticale verhouding tussen overheid en burger, terwijl het normatieve aspect speelt in de horizontale verhoudingen tussen normadressaten onderling (of dat nu overheid-burger, burger-burger of overheid-overheid is). Ook de manier waarop de norm binnen deze verhoudingen een rol speelt maakt deel uit van het onderscheid. De verticaliteit van de verhouding tussen overheid en burger brengt mee dat de norm functioneert als bevel met algemene inhoud of in andere woorden als voorschrift dat moet worden nageleefd. De horizontaliteit van de verhouding tussen normadressaten onderling brengt mee dat de norm functioneert als een regel waar normadressaten hun (samen) handelen op afstemmen. Vanuit het normatieve aspect bezien wij de *norm als norm*, terwijl wij vanuit het imperatieve aspect de *norm als voorschrift* bezien.[176]

[175] Glastra van Loon 1987, p. 211.

[176] Zie 't Hart 1994 in hoofdstuk 3A: 'Norm en voorschrift'. 't Hart gebruikt de term norm echter uitsluitend voor uitspraken met een normatief aspect. Zoals eerder toegelicht wordt de term (rechts)norm door mij gebruikt als onderbepaald begrip: de term kan verwijzen naar een uitspraak met een imperatief én een normatief aspect, maar kan ook verwijzen naar een uitspraak met uitsluitend een imperatief aspect. Zie ook

Hoewel Glastra van Loon meent dat de grens tussen normen en rechtsnormen vloeiend is, en daarbij meent dat ook normen waaraan geen imperatief aspect kan worden toegekend onder het begrip rechtsnorm kunnen vallen, zou ik zelf de derde categorie normen niet als rechtsnorm willen kwalificeren. Een norm die geen aanspraak kan maken op erkenning door wetgever of rechter valt als sociale norm buiten het recht. Dat wil echter in het geheel niet zeggen dat het ongeschreven - niet-uitgevaardigde - recht geen deel uitmaakt van het positieve recht, integendeel. Het betekent dat het imperatieve aspect van rechtsnormen niet samenvalt met het uitgevaardigd-zijn van het recht, ook al is het uitvaardigen van recht bij uitstek een imperatief moment. Ook het ongeschreven recht ontleent zijn gezag als positief recht mede aan de staat en kan om die reden onder het imperatieve aspect worden geordend. Bovendien kan de vraag of een bepaalde sociale norm zijn gezag mede ontleent aan de staat niet voor eens en altijd beantwoord worden, omdat het recht op dat punt voordurend in ontwikkeling is.

Bij een rechtsregel zou ik dus willen onderscheiden tussen rechtsregels waaraan uitsluitend een imperatief en rechtsregels waaraan zowel een imperatief als een normatief aspect onderscheiden kan worden. Daarbij is het van belang rechtsregels in beginsel steeds vanuit beide perspectieven te bezien, om in concreto vast te stellen of, en zo ja in hoeverre aan de regel een imperatief en/of een normatief aspect kan worden toegekend:

> Juist omdat bevel en regel hun functie in verschillende dimensies uitoefenen, bestaat ook de mogelijkheid, dat zij te zamen in één uitspraak worden 'gegeven'. Dit zal bij voorbeeld het geval zijn met de meeste verkeersregels (in enge zin), zoals die betreffende het rechtshouden op de openbare weg. De desbetreffende wettelijke bepaling 'beveelt' een bepaalde gedragswijze, maar schept tegelijkertijd legitieme verwachtingen ten aanzien van het gedrag van verkeersdeelnemers op de weg, bij voorbeeld ook voor voetgangers tot wie deze bepaling toch niet als bevel gericht is.[177]

Deze dubbele focus betekent niet dat beide perspectieven tot elkaar herleid kunnen worden: het betreft een radicaal verschillende manier van kijken.

De Doelder en 't Hart 1982, p. 49-52 over het normbegrip van Glastra van Loon in relatie tot het vertrouwensbeginsel in het verkeersrecht.

177 Glastra van Loon 1980, p. 77, noot 7. Zie ook Glastra van Loon 1987, p. 215, hierboven aan het slot van par. 1.2.2.2 aangehaald.

1.3.4 De rechtsnorm als norm

Bij zijn uitleg van het normatieve aspect van (rechts)normen knoopt Glastra van Loon aan bij de betekenis-identiteit van handelingen:

> Iedere handeling schept aldus een 'precedent', heeft een demonstratief, een 'voorbeeldig' (in niet waarderende zin) karakter.[178]

Deze 'precedentwerking' van handelingen als subjectieve verrichting impliceert dat sprake is van een *met de handeling gegeven* regel of norm:

> In het kader van een bepaalde gemeenschap - en dat is het kader waarin een handeling altijd verschijnt - zal dit een regel stellende karakter van een handeling zich vrijwel steeds openbaren als hetzij een bevestiging hetzij een modificatie van een of meer reeds bestaand, reeds geponeerde regels, zodat men het in de grond originele van de handeling licht over het hoofd ziet en geneigd zal zijn de regel tot een 'gewoonte', tot herhaling dus, te herleiden. (…) De herhaling kan de handeling niet de betekenisalgemeenheid geven, die hij al moet bezitten, om als herhaling van dezelfde (taal- of andere verkeers-) handeling te gelden. Het zich vele malen voordoen van aan bepaalde specificaties beantwoordende gebeurtenissen anderzijds, kan slechts de grondslag zijn voor een algemene ervaringswet, niet voor een verkeersregel.[179]

Iedere handeling heeft als handeling een regelstellend karakter: de handeling is steeds tegelijk bepaald volgens een regel én ponering van een regel. Het één is niet eerder dan het ander.[180] Deze dubbele betekenis van de handeling, die verbonden is met de zowel demonstratieve als representatieve rol van het handelen verklaart het feit *dat de handeling als handeling altijd een regel stelt.*

[178] Glastra van Loon 1980, p. 74. Precedentwerking kan overigens nooit zonder meer met herhaling gelijk worden gesteld, Glastra van Loon 1987, p. 127 'het gebruik van een teken schept een precedent voor ieder toekomstig gebruik van dit teken' en 'ieder gebruik van een teken levert een nadere bepaling, een herijking van zijn betekenis op'.

[179] Glastra van Loon 1980, p. 74.

[180] Glastra van Loon 1980, p. 75. Anders Rawls 1967, p. 157-167 die twee concepten van regels onderscheidt. In de eerste conceptie gaan de gevallen die onder de regel vallen aan de regel vooraf: de regel is een soort opsomming van de gelijkenis tussen voorkomende gevallen, hij noemt dit de 'summary conception'. In de tweede conceptie gaat de regel logisch vooraf aan de gevallen die eronder vallen: de regel constitueert een praktijk die bepaalde gevallen als zodanige gevallen definieert, hij noemt dit de 'practice conception': 'unless there is the practice the terms referring to actions specified by it lack a sense' (p. 164). Deze laatste conceptie komt in grote lijnen overeen met de hier bepleite conceptie van de manier waarop normen het handelen regelen, afgezien van het feit dat Rawls geen aandacht heeft voor het feit dat de praktijk niet alleen het handelen bepaalt maar dat het handelen tegelijk de praktijk bepaalt. Zij zijn wederzijds constitutief: de norm/praktijk is er *met* de handeling.

Het inzicht dat met een handeling altijd een regel gesteld wordt is noodzakelijk voor een goed begrip van de betekenis van de straf, zoals hierna in het tweede hoofdstuk zal worden uiteengezet.[181]

Zoals Glastra van Loon in 1985 in een terugblik op *Norm en handeling* aangaf,[182] is zijn verkenning van 'handelingen, hun regeling en hun kenbaarheid' mede gebaseerd op het werk van Wittgenstein. Hoewel hij daar verder niet op ingaat, kan zijn inzicht in de relatie tussen norm en handeling worden vergeleken met een bepaalde interpretatie van de manier waarop Wittgenstein het regelbegrip in zijn *Philosophische Untersuchungen* verkent. Omdat het in dit verband niet gaat om een exegese van het werk van Wittgenstein, maar om een verdere verkenning van het normatieve aspect van rechtsnormen, zal hier worden aangesloten bij een - voor ons doel - interessante interpretatie van het regelbegrip van Wittgenstein door Charles Taylor in zijn essay 'To Follow a Rule'.[183]

Regelgeleid gedrag is voor Wittgenstein in ieder geval niet zonder meer hetzelfde als regelmatig gedrag.[184] Om vast te stellen dat gedrag regelmatig is, moet al bekend zijn waarin de regelmaat bestaat of in andere woorden moet bekend zijn wat als gelijk gedrag kan worden geïdentificeerd. Aangezien die gelijkheid nu juist aan de hand van de regel wordt vastgesteld verkeren we hier al snel in een cirkel.[185] Het regelgeleide gedrag is alleen vanuit de regel als zodanig te herkennen, maar deze herkenning en daarmee ook de regel blijken

181 Par. 2.2.3 hieronder.

182 Glastra van Loon 1985, p. 697.

183 Taylor 1995, p. 165-181.

184 Wittgenstein (1953) 1992, par. 208. Zie ook Glock 1999 in *A Wittgenstein Dictionary* onder 'rule-following', p. 324: "The crucial point for the change in Wittgenstein's conception of linguistic rules is that there is a difference between following a rule and merely acting in accordance with a rule".

185 Glock 1999, p. 168: "(..) Wittgenstein does show that the identity of an object with itself does not provide us with an absolute paradigm of what counts as 'doing the same' in RULE-FOLLOWING. What counts as doing the same is determined only relative to the rule, and hence the notion of doing the same cannot provide an independent standard: whether my saying '6' after '2,4' counts as doing the same depends on whether I follow the series $y=2x$ or the series $y=x^2$. There is no single, context-free or purpose-independent way of determining what counts as doing the same". Zie ook Martin Stokhof 2000, hoofdstuk 11: Regels en normativiteit, p. 241-257. Op p. 255 vat Stokhof het gedachtegoed samen van Wittgenstein inzake betekenis, kennis, handelen, fundering en rechtvaardiging, de relatie tussen subject en gemeenschap: "Betekenis is dus niet gefundeerd in een directe relatie tot de werkelijkheid of in een systeem van mentale representaties maar komt tot stand in de totaliteit van verbale en non-verbale handelingen die ons dagelijks leven uitmaken".

meer een ongearticuleerde 'praktijk' dan een intellectuele onderneming te zijn.[186] Regelgeleid gedrag verloopt impliciet en stuit bij pogingen op explicitering uiteindelijk steeds op een 'harde rots, en mijn spade verbuigt. Ik ben dan geneigd te zeggen: "Zo handel ik gewoon"'.[187] Het is niet zo dat ik eerst een regel in mijn hoofd neem en daarna mijn gedrag in overeenstemming breng met die regel: 'Ik volg een regel blindelings'.[188]

Volgens Taylor zijn er twee scholen van interpretatie van de ongearticuleerde achtergrond van het regelgeleid gedrag. De eerste school, die hij met name bij Kripke[189] plaatst, ziet deze achtergrond als een gegeven. Ons handelen is vanuit die optiek nu eenmaal gestructureerd vanuit regels die ons vanuit het maatschappelijk gebeuren worden opgelegd en die zich in die zin verder niet laten verklaren of rechtvaardigen.[190] In Taylors optiek daarentegen impliceert het ongearticuleerde karakter van de regels die ons handelen sturen niet dat de sociale praktijk die de regel constitueert niet verder bevraagd kan worden. Het expliciteren van de met het handelen gegeven regel mag echter niet tot reïficatie leiden - een fout die volgens Taylor met name door structuralisten gemaakt wordt.[191] Reïficatie van de regels die het handelen kennelijk sturen veronderstelt dat de regel ontologische voorrang heeft op de handeling - vergelijkbaar met de ontologische voorrang die in het afbeeldingsdenken aan het object wordt toegekend ten opzichte van het teken. Net zoals Glastra van Loon de omkeerbaarheid van de relatie tussen teken en betekend object be-

186 Glock 1999, p. 168: "More generally, talk about identity makes sense only relative to a practice which lays down techniques for establishing how many things one is dealing with, and whether or not something encountered now is the same as something encountered earlier".

187 Wittgenstein (1953) 1992, par. 217.

188 Wittgenstein (1953) 1992, par. 219.

189 Zie Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language, An Elementary Exposition*, Oxford 1982. Zie ook Bransen 1999, p. 94-97 en 104-112, waarin Bransen Kripke lijkt te verwijten dat hij het normatieve samen laat vallen met het sociale (waarbij hij met het sociale kennelijk het geheel van conventies bedoelt). Over Wittgensteins regelbegrip zie Stokhof 2000, hoofdstuk 11, p. 241-257: Regels en normativiteit.

190 Deze ongearticuleerde achtergrond wordt door Wittgenstein wel verwoord als 'levensvorm'. Zie ook Glock 1999, p. 125-127, die onderscheidt tussen een transcendentale en een naturalistische interpretatie van deze ongearticuleerde achtergrond, terwijl hij meent dat Wittgenstein zelf de 'levensvormen' als een culturele, historische achtergrond verstond (Glock 1999, p. 126): "As regards linguistic practices, Wittgenstein embraces not a naturalist determinism, but a cultural relativism".

191 Vergelijk ook Stokhof 2000 par. 10.4, p. 231-239 over de status van taalregels waarbij hij de visie van David Lewis vergelijkt met die van Noam Chomsky. Chomsky kent volgens Stokhof aan taalregels een status toe die in termen van Taylor als een reïficatie gezien kan worden, in tegenstelling tot Lewis die taalregels ziet als conventies. Zie ook de kritiek van Ricoeur 1995, p. 38 e.v. op het structuralisme.

pleit, meent Taylor dat de relatie tussen norm en handeling wederzijds constitutief is. Daartoe knoopt Taylor aan bij het door De Saussure gemaakte onderscheid tussen 'langue' en 'parole':

> The relation between rule and practice [norm en handeling, mh] is like that between Saussure's langue and parole: the latter is only possible because of the preexistence of the former, but at the same time the acts of parole are what keep the langue in being. They renew it and at the same time alter it. Their relation is thus reciprocal.[192]

Bij De Saussure is de 'langue' het taalsysteem, dat alleen virtueel bestaat en pas zichtbaar wordt in het taalgebruik: de 'parole'. Net als de relatie tussen regel en gedrag bij Wittgenstein op twee manier kan worden verstaan, wordt ook de relatie tussen 'langue' en 'parole' op verschillende manieren geïnterpreteerd. Reïficatie van de 'langue', die dan niet alleen een logisch maar ook historisch aan het 'parole' vooraf moet gaan, leidt tot een verstening van betekenisrelaties. De 'langue' verkrijgt dan een ontologisch statuut en het logisch gevolg daarvan moet zijn dat het subject van de 'parole' volledig door de subjectloze 'langue' bepaald wordt.[193] Het subject wordt in die optiek door de 'langue' geconstitueerd maar dan toch als subject in objectieve zin: het subject in subjectieve zin kan vanuit deze reïficatie niet meer gedacht worden.

Evenals Glastra van Loon, Merleau-Ponty, Plessner en Mead neemt ook Taylor afstand van een dergelijke objectivering die uit de reïficatie van de regel en de daarmee verbonden ongearticuleerde maatschappelijke context voortvloeit. Tussen 'langue' en 'parole' is, evenals tussen norm en handeling, geen kip en geen ei aan te wijzen: beide zijn elkaars mogelijkheidsvoorwaarde. Tussen beide bestaat geen causaal maar een constitutief verband.[194]

192 Taylor 1995, p. 178. Zie over de relatie tussen 'langue' en 'parole' par. 1.4.3 hieronder.

193 Deze conclusie wordt dan ook in het Franse (post)structuralisme vaak getrokken. Zie in dit verband verhelderend over de positie van Lacan, Mooij 1977, p. 128: "Het subjekt is niet onmiddellijk present aan zichzelf, zoals een hele traditie wil, maar is gerepresenteerd in een symbolische orde en slechts krachtens deze representatie is er sprake van een subjekt. (…) Het subjekt brengt de taal niet voort, maar deze veroorzaakt het subjekt'. Zie over de verhouding tussen taal, recht en subjectiviteit Foqué 1996.

194 Zie Rawls 1967, p. 165 die bij zijn bespreking van de 'practice conception of rules' stelt: 'a particular case cannot be an exception to a rule of a practice. An exception is rather a qualification or a further specification of the rule'. Rawls duidt hier op normen als constitutieve regels, die overigens onderscheiden moeten worden van normen als regulatieve regels, die hij op p. 166 als 'maxime' en op p. 167 als 'rules of thumb' benoemt. Vanuit het werk van Glastra van Loon mag het constitutieve verband tussen handeling en norm/praktijk overigens niet geontologiseerd worden: de handeling kan altijd op verschillende manieren geïnterpreteerd worden (kan naar verschillende nor-

Terugkerend naar het normatieve aspect van (rechts)normen kunnen wij nu vaststellen wat de betekenis is van de stelling dat het normatieve aspect van rechtsnormen betrekking heeft op de regeling van het handelen van burgers onderling. Zoals de 'langue' geen auteur of subject heeft, heeft de norm - voorzover vanuit het normatieve aspect wordt gekeken - geen auteur, geen normadressant. Zoals de 'langue' het mogelijk maakt om betekenisvol te spreken en te schrijven ('parole'), maakt de norm het mogelijk 'verstaanbaar' te handelen. De handeling kan als handeling alleen begrepen en gekwalificeerd worden in termen van een norm. Anders dan Hart, die het 'interne' aspect van normen in termen van sociale druk en normconform gedrag duidt en dus toch weer in empiristische termen dreigt te vervallen, kan het normatieve aspect van normen beter in termen van betekenis worden geduid. Daarmee kan voorkomen worden dat de reciproque relatie tussen norm en handeling verhuld wordt door de norm als een voorschrift te zien dat moet worden nageleefd en dat aldus logisch en causaal voorafgaat aan de handeling die ermee in overeenstemming moet zijn. Deze laatste manier van kijken naar normen is een afbeelding van de verhouding tussen een soeverein en zijn onderdanen, die - wil zij succesvol zijn - veronderstelt dat deze onderdanen een wil hebben waarmee zij hun gedrag sturen.[195] Daarmee zijn we beland bij het verticale perspectief van het imperatieve aspect van rechtsnormen.

1.3.5 De rechtsnorm als voorschrift

Om te beginnen moet herhaald worden dat het imperatieve aspect van rechtsnormen niet herleid kan worden tot het normatieve of omgekeerd. Glastra van Loon meent echter wel dat het imperatieve aspect door het normatieve verondersteld wordt. In zijn proefschrift stelt hij 'dat iedere vorm van menselijke samenleving (..) het bestaan van een gezagsorde' eist:

men verwijzen). Rawls stipt zelf de relativering van het onderscheid tussen constitutieve en regulatieve regels aan onder verwijzing naar Wittgensteins *Philosophische Untersuchungen*, par. 65-71.

195 Zie ook Glastra van Loon 1985, p. 697: 'bevelen van een souverein kunnen alleen goed worden uitgevoerd door onderdanen die zelf een onbetwist bevel voeren over hun ledematen'. In dat verband is het interessant kennis te nemen van Ryles kritiek op de 'wil' als kunstmatige constructie die de overgang van denken (geest) naar handelen (lichaam) mogelijk moet maken, zie Van Herck 1997, p. 362-364.

> Gezag en gezagsuitoefening zijn onontbeerlijke bestanddelen van menselijke samenleving, niet herleidbaar tot bepaalde daden van samenhandelen, want reeds door ieder samenhandelen verondersteld. [196]

Deze stelling onderbouwt hij door te wijzen op het hachelijke karakter van 'kennis'. Kennis is geen bewustzijnstoestand (waarin afbeeldingen van de werkelijkheid gevonden kunnen worden) maar een proces van betekenisverlening dat niet door de ontologische prioriteit van het object gedetermineerd wordt. Hieruit moet worden afgeleid dat iedere handeling normatieve kracht bezit: met iedere handeling wordt een norm gesteld en in die zin is 'de moordenaar en de dief tot even machtig wetgever gemaakt als de goede huisvader en de eerlijke schuldenaar'.[197] Dit roept de vraag op of langs deze weg de deur niet wijd open wordt gezet naar 'chaos in de zin van betekenisverwarring en normloosheid':

> De dreiging van het ontstaan van een betekenis-chaos of anomie (Durkheim) in het samenhandelen heeft zijn oorsprong in het feit, dat iedere handeling nog op verschillende manieren met andere handelingen in verband gebracht kan worden. Met goed- of boosaardigheid heeft dit niets te maken, het is eenvoudig, zoals dubbelzinnigheid, betekenisvaagheid en betekenisverschuiving met het spreken kunnen gegeven zijn, een mèt het handelen kunnen gegeven mogelijkheid.[198]

Deze - met de excentrische positie van de mens gegeven - dreiging van dissemination of betekenisverlies impliceert dat iedere samenleving die overleeft over 'organen' beschikt die de betekenis van een handeling op gezaghebbende wijze kan vaststellen.[199] In dat verband wijst Glastra van Loon op de functie van de straf:

> Dat ook de dief en de moordenaar, in het algemeen de delinquent, potentiële wetgevers van de samenleving zijn, blijkt uit niets zo duidelijk als uit de aard van de handeling, waarmee de gemeenschap op hetgeen zij als delict beschouwt reageert, nl. de straf.[200]

196 Glastra van Loon 1987, p. 233.

197 Glastra van Loon 1987, p. 232.

198 Glastra van Loon 1987, p. 233. Vergelijk Jakobs 1995, p. 848 die vanuit Habermas' theorie van het communicatieve handelen tot een soortgelijke positie komt: "Der Kommunikationszusammenhang muss seine Gestalt gegen abweichende Entwürfe behaupten können, wenn nicht jede Abweichung als Beginnen einer Evolution genommen werden soll, und selbst in diesem Fall müssen die Evolutionsbedingungen gesichert werden, weil sich sonst Evolution nicht mehr von Beliebigem unterscheiden liesse".

199 Vergelijk het door Arendt 1958, p. 194-199 uitgewerkte onderscheid tussen de Aristotelische *praxis* en *poiesis*, die zij introduceert als respectievelijk de vluchtigheid van het handelen en de duurzaamheid van de uitgevaardigde (gemaakte) wet.

200 Glastra van Loon 1987, p. 233.

Het imperatieve aspect van de rechtsnorm is aldus van het allergrootste belang als mogelijkheidsvoorwaarde voor menselijk samenleven. Op die manier is het imperatieve aspect verbonden met het belang van de rechtszekerheid en - in een statelijke samenleving - van de positiviteit van het recht.

Waar het bij dit onderzoek om gaat is zicht te krijgen op de radicaliteit van het verschil tussen *de norm als anonieme regel* die het handelen van rechtsgenoten onderling regelt en *de norm als bevel met algemene inhoud afkomstig van een aanwijsbaar subject* die een voorschrift vormt dat moet worden nageleefd. Daarbij gaat het er bovendien om te erkennen dat het hier geen ontologisch onderscheid betreft, maar een andere manier van kijken:[201] veel rechtsregels zijn tegelijk een regel in de ene èn in de andere zin.

*Voor*schriften die moeten worden *na*geleefd zijn vanuit een bepaalde optiek kwetsbaarder dan normen die het handelen regelen: zij maken (nog) geen deel uit van het impliciete referentiekader dat sociale praktijken constitueert en behoeven dan ook de steun van het geweldmonopolie: 'het bevelsaspect van dit voorschrift [een verkeersregel, mh] blijkt uit het feit, dat de overheid die de regel stelde op eigen initiatief op haar naleving toeziet en daarop door haar te executeren straffen heeft gesteld'.[202] Voorschriften die moeten worden nageleefd moeten worden gehandhaafd door degene die ze uitvaardigde. In dat kader roept nieuw recht zijn eigen handhavingsproblematiek op. Tegelijkertijd maken voorschriften een zekere mate van betekenisfixatie mogelijk die in het normatieve, horizontale perspectief veel contingenter verloopt en met die betekenisfixatie is ook een zekere *distantie* verbonden tussen norm en handeling die ondanks het bevelskarakter van de norm een ander soort vrijheid zou kunnen bieden dan de impliciete norm die het handelen binnen het

201 Voor een heldere verantwoording van het onderscheid tussen manieren van 'zien' en manieren van 'zijn' Zijderveld 1988, p. 16 e.v.

202 Glastra van Loon 1985, p. 700. In deze omschrijving van het imperatieve aspect wordt de normadressant gelijk gesteld aan een overheid. Wanneer ook aan niet-statelijke samenlevingen een dimensie wordt onderscheiden die met het begrip 'recht' wordt aangeduid, kan bijvoorbeeld de formele definitie van Immink 1969, p. 5 verhelderend zijn: "Rechtsnorm is elke norm met algemene strekking betreffende de gedragingen van mensen onderling, ten aanzien waarvan de mogelijkheid tot handhaving door middel van - materiële - macht wordt voorondersteld". De handhaving van rechtsnormen vindt dan *niet* plaats door middel van eenzijdige strafoplegging door een daartoe bevoegd orgaan, maar is afhankelijk van particuliere initiatieven en feitelijke machtsverhoudingen. Deze initiatieven ontlenen hun betekenis echter aan een normatieve ordening, die een zekere duurzaamheid en continuïteit heeft en die niet zonder schadelijke consequenties verbroken kan worden.

horizontale perspectief regelt.[203] Zolang normen het handelen impliciet regelen staan zij buiten het bereik van een reflectie op de norm. Daarmee komt een belangrijk onderscheid binnen het recht in zicht, dat van groot belang is voor de verhouding tussen het normatieve en imperatieve aspect: het onderscheid tussen geschreven en ongeschreven recht.

1.4 De verhouding tussen ongeschreven en geschreven recht

1.4.1 Inleiding

In par. 1.3.4 is het normatieve aspect van rechtsnormen besproken aan de hand van onder meer het regelbegrip van Wittgenstein. Daarbij kwam naar voren dat de regel die het handelen impliciet regelt deel uitmaakt van een ongearticuleerde achtergrond. De verhouding tussen deze ongearticuleerde achtergrond en de handeling kan gedacht worden naar analogie van de verhouding tussen de Saussuriaanse 'langue' (taalsysteem) en 'parole' (taalgebruik). De regel die deel uitmaakt van de ongearticuleerde achtergrond verhoudt zich volgens Taylor ook in die zin tot de handeling: als (deel van) de 'langue' tot de 'parole'. De ongearticuleerde achtergrond zal hieronder besproken worden als betekenissysteem, dat wil zeggen als geheel van onderling verwijzende handelingsprojecten of -ontwerpen die - los van de handelingen waar zij uit voortkomen - een eigenstandige betekenis hebben verworven.[204]

Om de verhouding tussen het geschreven en het ongeschreven recht te begrijpen moet om te beginnen de verhouding tussen regel en ongearticuleerde achtergrond besproken worden (par. 1.4.2). In par. 1.4.3 wordt de verhouding tussen taalsysteem en taalgebruik besproken aan de hand van de door Ricoeur

[203] Goyard-Fabre 1982, p. 30 spreekt in een tekst over 'recht en antropologie in de filosofie van Hobbes' van de mens als 'homo duplex' die door middel van het uitvaardigen van regels zijn eigen lot bepaalt: 'The metamorphosis of right shows that artificial man, man made by man, is more true to life than natural man'. De metamorfose waar zij naar verwijst betreft de overgang van een 'natuurlijk' recht naar het positieve recht, waarbij 'natuurlijk recht' niet in theologische of juridische zin verstaan moet worden maar in de zin van 'power' of 'strength' (zoals in Hobbes 'state of nature').

[204] Dat betekent dat deze achtergrond weliswaar niet expliciet in taalvorm gearticuleerd is, maar anderszins wel degelijk gestructureerd is. Hieronder in par. 1.4.4 zal blijken dat deze achtergrond gearticuleerd is door 'manieren van doen' die zich als institutie manifesteren.

onderscheiden kenmerken van beide.[205] Ricoeur spreekt van 'langue' (taalsysteem) en 'discours' (taalgebruik). Dat laatste onderscheidt hij dan weer in mondeling taalgebruik ('parole vive') en schriftelijk taalgebruik ('écriture') (par. 1.4.4). In par. 1.4.5 kan dan ten slotte het verband worden gelegd met het onderscheid tussen geschreven en ongeschreven recht.

1.4.2 Ongearticuleerde achtergrond als betekenissysteem

Hiervoor is de verhouding tussen norm en handeling geanalyseerd in termen van de semiotiek. Daarbij is vastgesteld dat een handeling als handeling (als subjectieve verrichting) steeds tegelijk een demonstratie is van het handelingsontwerp waar het een uitvoering van is en een representatie van alle andere handelingen die onder hetzelfde ontwerp vallen. In zijn proefschrift stelt Glastra van Loon bij herhaling dat het 'type' of handelingsontwerp waar de handeling een 'token' van is, deel uitmaakt van een overkoepelend handelingsproject waarbinnen verschillende handelingsontwerpen zich tot elkaar verhouden:

> Een handeling is slechts als *deze* handeling (d.w.z. als uitvoering van dit handelingsproject) bepaald, voorzover hij niet alleen van andere handelingen (als uitvoeringen van andere projecten) onderscheiden, maar ook door een overkoepelend project met (mogelijke) herhalingen van zichzelf en uitvoeringen van andere handelingsprojecten verbonden is.[206]

De betekenis van een handeling moet dus gezocht worden in een combinatie van de *intrasystematische* betekenis die bestaat in de onderlinge verwijzingen tussen verschillende handelingsontwerpen en de *extrasystematische* betekenis die bestaat in de verwijzing naar een handeling als een bepaalde handeling die onderscheiden kan worden van andere handelingen. De intrasystematische betekenis van een handeling heeft dus betrekking op de plaats die het handelingsontwerp waar de handeling een uitvoering van is, zich verhoudt tot andere ontwerpen. Die intrasystematische verhoudingen vormen een grotendeels ongearticuleerd geheel dat als mogelijkheidsvoorwaarde voor zinvol handelen functioneert. Dit geheel kan gezien worden als een betekenissysteem. Schuyt verstaat in dat verband onder een betekenissysteem:

[205] Hieronder komen met name twee teksten van Ricoeur aan de orde: Paul Ricoeur, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, Paris 1986 en idem, *Interpretation Theory*, Texas 1976. In de hoofdtekst wordt enkele malen gebruik gemaakt van de Nederlandse vertaling: idem, *Tekst en betekenis. Opstellen over de interpretatie van literatuur*, Baarn 1991.

[206] Glastra van Loon 1987, p. 81.

> het geheel van impliciete en expliciete regels en normen, dat bepaalde verschijnselen in onderling verband brengt, dat samenhangen aanbrengt, waardoor de afzonderlijke verschijnselen een bepaalde 'zin', betekenis krijgen. Andere termen voor betekenissysteem zijn: symboolsysteem, referentiesysteem, referentiekader, paradigma, afsprakenstelsel. Het systeem of kader vertoont in ieder geval onderlinge logische samenhang.[207]

Het betekenissysteem voor maatschappelijk handelen is dus constitutief voor de betekenis van afzonderlijke handelingen. Daarmee is echter geen vaststaande maatstaf gegeven voor het afleiden van de betekenis van handelingen, want 'het betekenissysteem' is geen voorgegeven schema maar een voortdurend in het samenhandelen bijgesteld of herijkt systeem. Dat brengt mee dat handelingen gekenmerkt blijven door een zekere dubbelzinnigheid:

> Vrijwel iedere handeling is gekenmerkt door deze dubbelzinnigheid en voor vrijwel iedere handeling geldt, dat deze dubbelzinnigheid slechts ten dele kan worden opgeheven door de samenhang waarin hij met andere wordt opgenomen, aangezien zowel die overkoepelende handelingseenheid als ieder van de daarvan deel uitmakende handelingen nog weer op verschillende manieren met andere handelingen kunnen worden gecombineerd. (…) dat de betekenis van een handeling altijd afhankelijk is van het verband waarin men deze beschouwt, zodat het zoeken van een vaste en onveranderlijke maatstaf niet alleen zinloos is, maar bovendien een hinderpaal vormt voor ieder begrip van de handeling *als handeling* (…).[208]

Deze dubbelzinnigheid zijn wij in de vorige subparagraaf al tegengekomen bij de bespreking van het belang van het imperatieve aspect van rechtsnormen. Het recht is bij uitstek het moment waarbij op gezaghebbende wijze een eind wordt gemaakt aan dreigende betekenischaos. Die betekenischaos is echter niet voortdurend actueel: over het algemeen verloopt het samenhandelen binnen de bandbreedte van de verschillende betekenissystemen die betekenis mogelijk maken. In de volgende paragraaf wordt de verhouding tussen betekenissysteem en handeling verder uitgewerkt.

1.4.3 Langue en parole: betekenissysteem en handeling

Om te beginnen is het van belang om vast te stellen dat het taal*systeem* ('langue') van De Saussure niet samenvalt met de taal ('langage'). Terwijl een taal aspecten bevat 'van psychische én fysische, individuele én sociale, kontemporaine én historische aard' wordt het taalsysteem gevormd door 'het geheel van konventies, die door de individuen van een taalgemeenschap bij de

[207] Schuyt 1986, p. 50.
[208] Glastra van Loon 1987, p. 83. In gelijke zin ook Schuyt 1986, p. 49.

uitoefening van hun taalvermogen gevolgd worden' en dat inhoudelijk bepaald wordt 'als een systeem van tekens, die alle onderling verschillen'.[209] De virtualiteit en het systematische karakter van de Saussuriaanse 'langue' komen overeen met het betekenissysteem van Schuyt. Dat neemt niet weg dat de Saussuriaanse 'langue' oorspronkelijk een systeem is van tekens waarin een akoestische betekenaar ('signifiant') verwijst naar een begrippelijk betekende ('signifié') zonder dat enige relatie wordt gelegd met een buitentalige werkelijkheid.[210] Als wetenschappelijke methode is het ecarteren van de buitentalige werkelijkheid, zoals De Saussure dat voorstond, een effectieve en noodzakelijke ingreep voor het analyseren van de systematiek van de 'langue' als mogelijkheidsvoorwaarde voor de 'parole'. Ook de verplaatsing van deze methode naar andere wetenschappen, zoals de culturele antropologie, de psychoanalyse en de sociologie kan onvermoede resultaten opleveren die de maatschappij- en geesteswetenschappen nieuwe perspectieven bieden bij het verklaren en begrijpen van het (samen) handelen van mensen.[211] Problematisch wordt deze methode vanaf het moment dat de 'langue', die in termen van Glastra van Loon nooit meer dan de intrasystematische betekenis van het handelen kan bieden, verabsoluteerd wordt tot enige werkelijkheid. In dat geval wordt aan de intrasystematische betekenisrelaties een ontologische primaat ten opzichte van de buitentalige werkelijkheid toegekend, vergelijkbaar met het ontologische primaat dat door veel realisten aan het

209 Mooij 1977, p. 41. In de taalwetenschap staat voor De Saussure de differentie centraal: de intrasystematische betekenis van een teken hangt af van datgene dat het teken onderscheidt van andere tekens. Zie over deze differentie of 'valeur' De Saussure (1915) 1964, p. 162: "Dans tous ces cas nous surprenons donc, au lieu d'*idées* données d'avance, des *valeurs* émanant du système. Quand on dit qu'elles correspondent à des concepts, on sous-entend que ceux-ci sont purement différentiels, définits non pas positivement par leur contenu, mais négativement par leurs rapports avec les autres termes du système. Leur plus exacte caractéristique est d'être ce que les autres ne sont pas". Glastra van Loon 1987, p. 123 en 124 spreekt over deze differentie als uitsluitingsnegatie.

210 De 'signifié' is geen object in een buitentalige werkelijkheid maar een door de 'signifiant' als zodanig afgebakend idee: binnen de 'langue' kan geen sprake zijn van een extrasystematische betekenis. Een eventuele relatie tussen systeem en buitentalige werkelijkheid is voor De Saussure geen object van onderzoek van de taalwetenschap. De Saussure (1915) 1964, Chapitre IV 'La valeur linguistique', p.155-170. In dit hoofdstuk zet De Saussure de kern van zijn wetenschappelijke methodiek uiteen: het taalteken dat de verbinding legt tussen een fonetisch element ('signifiant') en een idee ('signifié') is constitutief voor dit idee en constitueert geen andere betekenis dan de betekenis die bestaat in de differentie (waarde, 'valeur') tussen het teken en alle andere tekens van de 'langue'. Zie ook vorige noot.

211 Claude Lévy-Strauss (culturele antropologie), Jacques Lacan (psychoanalyse), Michel Foucault (geschiedenis, sociologie), Althusser (sociologie, geschiedenis). Zie Luijpen 1976, p. 54-61.

object (dus aan de extrasystematische betekenis) wordt toegekend ten opzichte van het teken. Zoals in par. 1.3.4 reeds is aangegeven, moet de reïficatie van de 'langue', zoals die door een aantal Franse structuralisten is doorgevoerd worden afgewezen. 'langue' en 'parole' zijn wederzijds constitutief.

Eén van de Franse filosofen die de verhouding tussen 'langue' en 'parole' op een niet-essentialistische wijze vruchtbaar heeft gemaakt voor de filosofische reflectie op de verhouding tussen betekenissysteem en maatschappelijk handelen is Ricoeur. Om te beginnen spreekt Ricoeur over de verhouding tussen 'langue' (taalsysteem) en 'discours' (taalgebruik) in plaats van 'langue' en 'parole'. Daarmee neemt hij afstand van het vanzelfsprekende primaat van het gesproken woord tegenover de virtuele 'langue': binnen het taalgebruik ('discours') onderscheidt hij tussen de 'parole vive' (mondeling taalgebruik) en de 'écriture' (schriftelijk taalgebruik). Hieronder zal de verhouding tussen 'écriture' en 'langue' enerzijds en die tussen 'écriture' en 'parole vive' anderzijds aan de hand van het werk van Ricoeur worden geanalyseerd en in navolging van Ricoeur op de verhouding tussen instituties en betekenissysteem enerzijds en instituties en menselijk handelen anderzijds worden betrokken.

Ricoeur bespreekt de verhouding tussen taalsysteem ('langue') en taalgebruik ('discours') door deze op vier punten te onderscheiden. *Ten eerste* is het taalsysteem virtueel en tijdloos: het verschijnt niet in tijd of ruimte en verdwijnt niet want het *gebeurt* niet. De taalhandeling, het taalgebruik *gebeurt* daarentegen en voltrekt zich in beginsel in het heden. *Ten tweede* is het taalsysteem subjectloos, het verwijst niet terug naar een auteur.[212] Het taalgebruik daarentegen is altijd subjectgebonden - in termen van Glastra van Loon is taalgebruik altijd een subjectieve verrichting (een handeling).[213] *Ten derde* bestaat het taalsysteem uit relaties tussen tekens binnen het systeem: om die reden heeft het taalsysteem geen wereld, geen tijd en geen subject. Alle verwijzingen zijn intern. Het taalgebruik daarentegen verwijst steeds naar iets buiten het taalsysteem: in het taalgebruik wordt een *wereld* geconstitueerd, dat wil zeggen niet een wereld in kosmologische zin maar een wereld in de zin van een symbolisch bemiddelde ordening van de werkelijkheid: 'C'est dans le discours que la fonction symbolique du langage est actualisée'.[214] *Ten vierde* is

[212] Het subjectloze karakter van het taalsysteem kan worden gezien als het intersubjectieve karakter ervan.

[213] Hiermee hangt in de - in de spreektaal aanwezige - deiktische verwijzing samen, die alleen vanuit het spreken als subjectieve verrichting begrepen kan worden.

[214] Ricoeur 1986, p. 184.

het taalsysteem niet meer dan een mogelijkheidsvoorwaarde voor communicatie en heeft aldus geen *ander* tot wie het zich richt. Het taalgebruik daarentegen heeft niet alleen een subject maar ook steeds een ander.

Samenvattend is het taalsysteem een virtueel, tijdloos, subjectloos *geheel van tekens* die onderling naar elkaar verwijzen. Dit systeem is niet meer dan de voorwaarde voor iedere vorm van taalgebruik. Het taalgebruik is een *gebeuren* in tijd en ruimte, waarbij *door* een subject wordt gesproken of geschreven, *over* iets, *gericht tot* een of meer anderen. De verhouding tussen taalgebruik en taalsysteem moet als wederzijds constitutief worden gezien, hetgeen impliceert dat een taalsysteem weliswaar tijdloos maar niet onveranderlijk is.[215] Het taalsysteem gaat wel logisch maar niet historisch vooraf aan het taalgebruik.

Ricoeur stelt zich ten doel nader te onderzoeken hoe deze beschrijving van de verhouding tussen 'langue' en 'discours' analoog op de verhouding tussen het object van de sociale wetenschappen en het handelen kan worden betrokken. Hoe is het mogelijk dat een handeling, die net als een taalhandeling een gebeuren in de tijd is en daarmee een vluchtig gebeuren, duurzame betekenis heeft die het heden en de actuele situatie overstijgt?[216] Het antwoord op deze vraag zoekt hij in het verlengde van de analogie tussen 'langue' en betekenissysteem. Binnen het taalgebruik kan namelijk nog onderscheiden worden tussen het vluchtige spreken en het minder vluchtige schrift. Ricoeur zoekt het antwoord op de vraag naar de duurzame betekenis van de handeling in een analogie met de betekenisfixatie zoals die in het schrift plaatsvindt.

1.4.4 Duurzaamheid van betekenis: de analogie met het schrift

Om te beginnen ziet Ricoeur spraak en schrift als twee vormen van taal*gebruik*, die dan ook beide vanuit de kenmerken van het taalgebruik beschreven

[215] Dit lijkt een paradoxale bewering. Het taalsysteem is echter niet meer dan een synchroon perspectief waarin veranderingen verschijnen als verschillen in het systeem zoals dat op verschillende tijdstippen gereconstrueerd wordt. Het aldus ontstane diachrone perspectief is nog steeds een tijdloos perspectief in de zin dat de tijd steeds even stil wordt gezet om een nieuwe momentopname vanuit het synchrone perspectief te maken. Doordat het taalsysteem echter geconstitueerd wordt in het taalgebruik is het 'onderworpen' aan de betekenisverschuivingen die inherent zijn aan de subjectieve algemeenheid van typen.

[216] Ricoeur 1986, p. 185: "Dans la parole vive, l'instance de discours reste un événement fugitif. L'événement apparaît et disparaît. C'est pourquoi il y a un problème de fixation, d'inscription".

kunnen worden.[217] *Het eerste* aan taalgebruik toegekende aspect, namelijk het feit dat sprake is van een gebeuren in de tijd en de ruimte, krijgt in het schrift een belangrijke uitbreiding. Hoewel ook het schrift zich in de tijd en in de ruimte voltrekt, is de vluchtigheid met de in materiële tekens gefixeerde tekst als het ware uitgesteld.[218] Het gebeuren verkrijgt een duurzaamheid die de continuïteit van het taalgebruik een nieuwe dimensie geeft, namelijk een dimensie die niet meer afhankelijk is van de fysieke nabijheid van het subject van het taalgebruik. Dat brengt ons bij het *tweede kenmerk* dat Ricoeur aan taalgebruik toekende: het feit dat taalgebruik een subjectieve verrichting is. Terwijl het spreken onvermijdelijk onder voogdij van de spreker staat, die zijn taalhandeling met non-verbale middelen begeleidt[219] en de bedoeling van zijn taaluiting persoonlijk kan bewaken, bevrijdt de tekst de betekenis van 'de betutteling van de bedoeling'.[220] De tekst staat niet los van de auteur maar de band tussen de spreker en zijn uiting wordt bij de schrijver 'uitgerekt en gecompliceerd',[221] de betekenis gaat een eigen leven leiden en zal uiteindelijk (moeten) ontsnappen 'aan de horizon waarin de auteur leefde'.[222] De inscriptie

217 Dat neemt niet weg dat Ricoeur de verhouding tussen 'langue' en 'discours' tot op zekere hoogte ook van toepassing acht op de verhouding tussen 'écriture' en 'parole'. Ricoeur 1986, 147: "L'hypothèse de travail de toute analyse structurale de textes est celli-ci: en dépit du fait que l'écriture est du même côté que la parole par rapport à la langue, à savoir du côté du discours, la spécificité de l'écriture par rapport à la parole effective repose sur des traits structuraux susceptibles d'être traités comme des analogues de la langue dans le discours".

218 Ricoeur 1976, p. 42: "The transfer from hearing to reading is fundamentally linked to this transfer from the temporal properties of the voice to the spatial properties of the inscribed marks".

219 In de taalhandelingstheorie (van Austin en Searle, zie De Pater en Swiggers 2000, p. 151-163 en Searle 1969) worden aan taalhandelingen drie aspecten toegekend: het locutionaire of propositionele aspect (wat zeggen we), het illocutionaire aspect (wat doen we terwijl we iets zeggen), het perlocutionaire aspect (wat doen we door iets te zeggen). Terwijl het propositionele aspect in geschreven taal uitstekend uit de voeten kan, is dat met het illocutionaire en perlocutionaire aspect minder het geval, Ricoeur 1986, p. 186: "Il est vrai que, dans le discours parlé, la force illocutionnaire repose sur la mimique et le geste, ainsi que sur les aspects non articulés du discours que nous apppelons prosodie. En ce sens, la force illocutionnaire est moins complètement inscrite dans la grammaire que ne l'est la signification propositionelle".

220 Ricoeur 1991, p. 151. Originele tekst, idem 1986, p. 188: "De la même manière que le texte libère sa signification de la tutelle de l'intention mentale, il libère sa référence des limites de la référence ostensive".

221 Ricoeur 1991, p. 150. Originele tekst idem 1986, p. 187: "Ce n'est pas que nous puissions concevoir un texte sans auteur; le lien entre le locuteur et le discours n'est pas aboli, mais distendu et compliqué".

222 Ricoeur 1986, p. 187. Zie a.w. p. 139: "J'aime dire quelque fois que, lire un livre, c'est considérer son auteur comme déjà mort et le livre comme posthume. En effet, c'est

van het schrift lijkt in eerste instantie een vervreemding teweeg te brengen tussen de auteur en de betekenis, maar in tweede instantie blijkt juist deze vervreemding het bereik van de tekst enorm uit te breiden: de betekenis kan niet eenzijdig door de bedoeling van de auteur worden gedetermineerd, maar zal door interpretatie tot stand moeten komen.[223] Ook bij dit tweede punt komt de duurzaamheid van de betekenis naar voren die met het schrift mogelijk wordt: doordat de auteur de betekenis van zijn tekst niet meer kan fixeren wordt het mogelijk die betekenis steeds opnieuw te herijken. De betekenisverschuiving die hierdoor plaats zal vinden waakt als het ware over de continuïteit van de betekenis. Iedere interpretatie zal een soort van familiegelijkenis vertonen met alle vorige en alle volgende interpretaties, die immers steeds als interpretatie van dezelfde tekst gezien moeten kunnen worden. Ook het *derde aspect* van het taalgebruik dat Ricoeur onderscheidt verschilt naar gelang het om spreken of schrijven gaat. Het feit dat taalgebruik verwijst naar een wereld die door het tekengebruik geconstitueerd wordt maar daarmee ook als niet-teken geobjectiveerd wordt, verloopt in het spreken in beginsel op een *tonende* manier. In het spreken houdt de verwijzing naar de wereld 'in dat de dialoog in laatste instantie verwijst naar de situatie die de gesprekspartners gemeen hebben'.[224] De nabijheid van het lichamelijke subject van het spreken beperkt het spreken in eerste instantie tot het subjectieve perspectief dat hem 'aankleeft' waardoor de deiktische verwijzing onontkoombaar voorop staat.[225] In het schrift is een distantie vervat die een tonende verwijzing onmogelijk maakt, maar dat wil niet zeggen dat de tekst niet verwijst. Ricoeur meent dat de tekst het mogelijk maakt buiten de actuele situatie van spreker en gesprekspartner te treden en naar een wereld te verwijzen die met de tekst geconstitueerd wordt: 'op dezelfde manier als de tekst de betekenis bevrijdt uit de betutteling van de bedoeling, bevrijdt hij ook zijn verwijzing uit de beperkingen van de tonende verwijzing':[226]

> Tel est pour moi le référent de toute littérature: non plus l'*Umwelt* des références ostensives du dialogue, mais le *Welt* projeté par les références non ostensives de

lorsque l'auteur est mort que le rapport au livre devient complet et en quelque sorte intact; l'auteur ne peut plus répondre, il reste à seulement lire son oeuvre".

223 Ricoeur 1976, p. 99, noot 5 verzet zich met dit standpunt tegen E.D. Hirsch, die in zijn *Validity in Interpretation* volhoudt 'that the aim of the interpretation is to recognize what the author meant'.

224 Ricoeur 1986, p. 188: "Dans le discours orale, cela signifie que ce à quoi le dialogue réfère à titre ultime est la *situation* commune aux interlocuteurs".

225 Ricoeur 1986, p. 140: "Ainsi, dans la parole vivante, le sens *idéal* de ce qu'on dit se recourbe vers la référence *réelle*, à savoir ce *sur quoi* on parle, à la limite, cette référence réelle tend à se confondre avec un désignation ostentive où la parole rejoint le geste de montrer, de faire voir".

226 Ricoeur 1986, p. 188.

> tous les textes que nous avons lus, compris et aimés. (…) C'est cet élargissement de l'*Umwelt* aux dimensions du *Welt* qui nous permet de parler des références ouvertes par le texte; il serait même meilleur de dire que ces références *ouvrent* le monde.[227]

Het vierde aspect dat Ricoeur aan taalgebruik onderscheidt betreft de ander als degene tot wie het zich richt. Ook op dit punt verschillen het spreken en het schrift. In het spreken is de ander aanwezig, terwijl het schrift zich niet tot een bepaald iemand kan richten maar onvermijdelijk een in tijd en ruimte in beginsel onbeperkt publiek schept.[228] Daarmee is ook de gelijktijdigheid van de communicatie tussen de spreker en zijn partner doorbroken door de duurzaamheid van de tekst die lang na de dood van de auteur nog een ander kan vinden die zich door de tekst laat aanspreken. De zichtbare gesprekspartner is vervangen door het onzichtbare publiek. Ook hier blijkt de tekst zich aan haar auteur te onttrekken en een eigen betekenis te - moeten - ontwikkelen, die haar duurzaamheid ontleent aan de noodzaak om steeds opnieuw te interpreteren en dus aan de betekenisverschuiving die daaraan inherent is.

De beweging van het spreken naar het schrift kan volgens Ricoeur als een paradigmatische beweging worden begrepen bij de bestudering van het object van de menswetenschappen. Die beweging bestaat uit 1. het fixeren van betekenis; 2. het scheiden van de betekenis van de tekst van de bedoeling van de schrijver; 3. het ontplooien van de niet-tonende verwijzingen; 4. het uitbreiden van de omvang van het publiek tot een in beginsel universele omvang.[229] Deze paradigmatische beweging betekent voor de wetenschappen van het menselijk handelen: (1) la fixation de l'action (het vastleggen van de betekenis van de handeling), (2) l'autonomisation de l'action (het verzelfstandigen van de handeling ten opzichte van het handelende subject); hierdoor ontstaat zicht op (3) de 'pertinence et importance' (pertinentie en belang van individu-

[227] Ricoeur 1986, p. 189. De begrippen *Umwelt* en *Welt* worden zijn afkomstig van Heidegger, aldus Ricoeur t.a.p.: "En ce sens, Heidegger a raison de dire - dans son analyse du Verstehen dans Sein und Zeit - que ce que nous comprenons d'abord dans un discours n'est pas une autre personne mais un projet, c'est-à-dire l'equisse d'un nouvel être-au-monde. Seule l'écriture, en se libérant non seulement de son auteur mais de l'étroitesse de la situation dialogale, révèle la destination du discours qui est de projeter un monde".

[228] Dat sluit niet uit dat de auteur zich - wellicht zelfs expliciet - richt tot een bepaalde 'doelgroep', maar vanaf het moment dat hij zijn tekst uit handen geeft zal deze een eigen leven (kunnen) leiden en een veel ruimer publiek bereiken dan de auteur ooit kon vermoeden.

[229] Ricoeur 1986, p. 199.

ele handelingen die boven zichzelf uitstijgen) en op (4) l'action humaine en tant qu' 'oeuvre ouverte' (het menselijk handelen als 'open werk').[230]

Het vastleggen van de betekenis van een handeling is mogelijk doordat de handeling evenals de taalhandeling geanalyseerd kan worden in termen van haar propositionele inhoud en in termen van haar illocutionaire kracht. Dat wil zeggen dat de handeling volgens Ricoeur steeds verwijst naar een stand van zaken, een activiteit of een verwezenlijking die de propositionele inhoud van de handeling vormt en steeds als performatieve act begrepen kan worden waartoe de constitutieve regels voor haar *bestaan als een bepaalde handeling* gereconstrueerd kunnen worden.[231] Wanneer ik mijn buurman mishandel, verwijst deze handeling naar een activiteit (namelijk het mishandelen) en om deze handeling als 'mishandeling' te begrijpen moet hij voldoen aan de regels die uitmaken of hier sprake is van mishandelen. Deze regels vormen geen voorwaarden waarvan eventueel kan worden afgeweken (regulatieve voorwaarden), maar voorwaarden waaronder een handeling als deze bepaalde handeling wordt begrepen of geïdentificeerd (constitutieve voorwaarden). Het onderscheid tussen regulatieve en constitutieve voorwaarden is afkomstig uit de taalhandelingstheorie van Searle.[232]

De regels die de betekenis van mijn handeling *constitueren* veronderstellen dat de handeling ook los van mijn eigen situatie als mishandeling wordt verstaan: mijn intentie is niet zonder meer bepalend: 'de la même manière qu'un texte se détache de son auteur, une action se détache de son agent et développe ses propres conséquences. (…) parce que nos actes nous échappent et ont des effects que nous n'avons pas visés'.[233] De handeling wordt als handeling verzelfstandigd - in zekere zin geobjectiveerd - doordat de betekenis van de handeling het situationeel bepaalde gebeuren overstijgt. Deze verzelfstandi-

230 Dit zijn de titels van vier paragrafen in de tekst van Ricoeur 1986, p. 190-197 (vertaling Ricoeur 1991, p. 153-160).

231 Ricoeur 1986, p. 190-193.

232 Searle 1969, p. 33: "Regulative rules regulate antecendently or independently existing forms of behavior. Constitutive rules create or define new forms of behavior" en p. 34: "Regulative rules characteristically take the form of imperatives. Constitutive rules have an almost tautological/analytical character". Zie ook Martin Stokhof 2000, p. 225-228 die onderscheidt tussen descriptieve, regulatieve en constitutieve regels. Descriptieve regels beschrijven volgens hem feitelijke regelmatigheden, zie Glastra van Loon 1987 hoofdstuk VI over het onderscheid beschrijving en bewering: een beschrijving ordent bepaalde ervaringsbestanddelen aan elkaar toe, een bewering anticipeert op het feit dat bepaalde ervaringsbestanddelen in de toekomst aan elkaar toe geordend kunnen worden. De toeordening zelf blijft echter een handeling die de classificatie constitueert.

233 Ricoeur 1986, p. 193.

ging van de handeling ten opzichte van het subject maakt een duurzame betekenis van de handeling mogelijk, of in termen van Glastra van Loon betekenisidentiteit of subjectieve algemeenheid. Zoals verschillende interpretaties van een tekst zich als demonstratie van de betekenis van de tekst kunnen aandienen, en daarmee ook steeds weer een representatie van alle andere interpretaties vormen - waardoor de betekenis van de tekst de bedoeling van de auteur maar ook de respons van een bepaalde lezer overstijgt, zo zal ook een handeling zich laten kennen als demonstratie van een type handeling waarvan de betekenis in zekere mate gefixeerd is. Deze fixatie verloopt volgens Ricoeur via de *instituties*: enigszins stabiele handelingspatronen die anticipatie op het handelen van anderen in ruime zin mogelijk maken.[234] Ricoeur verwijst op dit punt naar Peter Winchs *The Idea of a Social Science* die meent dat het object van de sociale wetenschappen bestaat uit regelgeleid gedrag:

> Mais cette règle n'est pas surimposée; elle est la signification en tant qu'articulée aus sein de ces oeuvres sédimentées et instituées. Telle est la sorte d"objectivité' qui procède de la 'fixation sociale' de l'action sensée.[235]

[234] Zie Zijderveld 1998, p. 42-43, waar deze het institutiebegrip verbindt met het symbolisch interactionisme van de hiervoor besproken George Herbert Mead: "Volgens hem [Mead, mh] zijn instituties georganiseerde houdingen die we allen in ons meedragen en die ons handelen controleren en determineren. (…) Mead vatte het geheel van instituties - door hem aangeduid als *society* - op als een *systeem*, als een structuur waarvan de delen onderling afhankelijk zijn".

[235] Ricoeur 1986, p. 195. Winch 1958 verzet zich tegen pogingen om het object van de sociale wetenschappen in causale termen te begrijpen, zie met name hoofdstuk II, par. 4 over 'rules and habits' en hoofdstuk III, par. 5 over 'the investigation of regularities'. Winch baseert zich expliciet op Wittgenstein en ontwikkelt een begrip van sociaal handelen dat in veel opzichten overeen komt met dat van Glastra van Loon. Zo stelt hij bijvoorbeeld op p. 83: "A regularity or uniformity is the constant recurrence of the same kind of event on the same kind of occasion; hence statements of uniformities presuppose judgements of identity. But this takes us right back to the argument of Chapter I, Section 8, according to which criteria of identity are necessarily relative to some rule: with the corollary that two events which count as qualitatively similar from the point of view of one rule would count as different from the point of view of another". De vraag welke regel hier nu 'geldt', ofwel de vraag wat de betekenis van de handeling is, mag volgens Winch niet afhankelijk worden gemaakt van de psychologie van de handelende mens. Hij bekritiseert in deze ook Ryle, die weliswaar niet van redenen als oorzaken (motieven) spreekt, maar van 'dispositions'. Winch 1958. p. 81: "Ryle says that a statement about someone's motives is to be understood as a 'law-like proposition' describing the agent's propensity to act in certain kinds of way on certain kinds of occasion (…). But the 'law-like proposition' in terms of which N's reasons must be understood concerns not N's dispositions but the accepted standards of reasonable behaviour current in his society".

De institutionalisering van handelingspatronen wordt door Ricoeur vergeleken met de beweging van het spreken naar de tekst. Een institutie biedt - net als een tekst - de mogelijkheid om het actuele moment van samenhandelen te overstijgen en aan handelingen een betekenis te ontlenen die de individuele handeling overstijgt. Instituties kunnen aldus begrepen worden als 'ongearticuleerde' achtergronden van de normen die het handelen regelen. Hoewel deze achtergronden in termen van expliciete regels *niet* zijn gearticuleerd, zijn zij in termen van 'manieren van doen' wel degelijk gearticuleerd. Deze 'manieren van doen' zijn grotendeels impliciet werkzaam: 'gearticuleerd binnen die werken die gesedimenteerd en tot institutie geworden zijn'. De norm die het handelen aldus regelt *constitueert* de betekenis van dat handelen: 'die regel wordt niet opgelegd; het is de betekenis (…)'.[236]

Een belangrijk inzicht dat aan de hier bepleite visie op de verhouding tussen norm, handeling en institutie kan worden ontleend, is de mate waarin impliciete regels ons handelen regelen. Deze regels - die in manieren van doen zijn gearticuleerd - zijn niet opgelegd, niet uitgevaardigd, maar bepalen desondanks ons handelen. Zoals hiervoor uiteengezet mag deze *bepaling* niet in causale zin en niet in deterministische zin verstaan worden, maar moet zij in constitutieve zin verstaan worden. Met de handeling als subjectieve verrichting is het *wederzijds constitutieve* karakter van handeling, norm en institutie gegeven en hierin schuilt een onherleidbaar en onvoorspelbaar moment van vrijheid.[237] Deze vrijheid komt met zijn onvoorspelbaarheid voort uit het subjectieve uitgangspunt en is niet noodzakelijk verbonden met het maken van een bewuste keuze uit voorliggende alternatieven; deze vrijheid veronderstelt geen reflectie, geen distantie. De normen die het handelen regelen vanaf het moment dat de mens via de blik van de ander terugkijkt naar zichzelf - waarbij die ander gegeneraliseerd kan zijn tot een institutie - functioneren immers grotendeels impliciet. Zolang normen impliciet functioneren zonder bewustwording of reconstructie is reflectie niet mogelijk.

Op het moment dat zich binnen een samenleving een orgaan vormt dat normen uit kan vaardigen en/of op kan leggen ontstaat *een geheel nieuwe situatie*. Deze rechtsnormen regelen het handelen in eerste instantie niet vanuit de blik van een geïntegreerde Ander, maar functioneren voorlopig uitsluitend als in-

236 Ricoeur (1986) 1991, p. 158. Vertaling van Ricoeur 1986, p. 195: "Mais cette règle n'est pas surimposée; elle est la signification en tant qu'articulée au sein de ces oeuvres sédimentées et instituées".

237 Zie par. 1.3.2.4 hierboven waar Mead (1934) 1959, p. 175 werd geciteerd: "The 'I' is the response of the organism to the attitudes of the others; the 'me' is the organized set of attitudes of others which one himself assumes. (…) But what that response will be he does not know and nobody else knows".

houd van een bevel oftewel als voorschrift. De hiermee verbonden expliciteit van de norm maakt reflectie mogelijk, ook al kan het bevelskarakter van de norm in de weg staan aan niet-naleving.[238] In de volgende paragraaf zal - opnieuw aan de hand van het gedachtegoed van Ricoeur - het imperatieve aspect van het geschreven recht nader worden onderzocht.

1.4.5 De verhouding tussen geschreven en ongeschreven recht

1.4.5.1 Optekening en codificatie van gesproken recht

Om te beginnen moet het optekenen van ongeschreven recht worden onderscheiden van de codificatie van ongeschreven recht. Met het *optekenen* van ongeschreven recht wordt bedoeld dat de wetten waarin het recht wordt opgetekend de 'neerslag' van het gesproken recht zijn, maar daar niet voor in de plaats gesteld worden. Het gesproken recht is het recht dat ter terechtzitting wordt gevonden en gevormd. De betekenis van dit gesproken recht wordt gefixeerd doordat het in schrift wordt vastgelegd: het schrift maakt de inscriptie mogelijk van het vluchtige gebeuren van het gesproken recht. Deze inscriptie *volgt* het eraan voorafgaande gesproken woord, dat bepalend blijft voor de betekenis van het opgetekende recht. Zoals in het derde hoofdstuk naar voren zal komen, werden bij voorbeeld in opdracht van de Frankische koningen in de *leges barbarorum* rechterlijke uitspraken van lokale gerechten als het ware opgesomd met als doel inzicht te verkrijgen in het recht dat voor bepaalde bevolkingsgroepen gold. Door het optekenen en daarmee fixeren van het gesproken recht, kon het in beginsel een breder bereik krijgen in temporele en ruimtelijke zin. De gelding van recht werd echter ondanks de optekening niet door de *leges* geconstitueerd maar door de consensuele besluitvorming binnen de gerechten - die nu weliswaar gebruik zouden kunnen maken van deze optekening bij hun oordeelsvorming. De optekening van het

[238] Vanaf het moment dat het gestelde recht zijn intrede doet, wordt het mogelijk te onderscheiden tussen de gelding van een rechtsnorm (die verbonden is met de positiviteit) en de gehoorzaamheidsplicht (die verbonden is met de moraal). Zie Janse 2001, p. 82-85 die meent dat bij Hobbes de positiviteit een gehoorzaamheidsplicht impliceerde, terwijl bij John Austin de positiviteit al was losgekoppeld van de morele plicht tot gehoorzaamheid. Deze problematiek kan zich pas voordoen wanneer de norm die het handelen zou moeten regelen als zodanig geformuleerd is. Dat moraal en recht niet samenvallen impliceert vervolgens niet dat zij niet verbonden zijn, maar doordat zij niet meer vanzelfsprekend en ongearticuleerd in elkaar overgaan moet hun verhouding steeds opnieuw her-dacht worden. Zie met name Radbruch 1950 over de antinomieën van de rechtsidee: de rechtvaardigheid, de doelmatigheid en de rechtszekerheid.

gesproken recht in de leges maakt deze leges dus niet tot een zelfstandige rechtsbron.

Een geheel andere situatie doet zich bij de codificatie van ongeschreven recht. Daarmee wordt gedoeld op het moment dat voorheen ongeschreven recht wordt *omgezet* in geschreven recht, dat *in de plaats van* komt van het ongeschreven recht en waarbij de tekst van de wet het uitgangspunt wordt voor de betekenis van het recht. Het ongeschreven recht 'geldt' niet meer, althans het geldt alleen nog op grond van de betekenisfixatie die het in de wet heeft ondergaan. Dat bij de interpretatie van de wet kan worden aangesloten bij de manier waarop het ongeschreven recht - voorafgaand aan de codificatie - functioneerde, neemt niet weg dat de wettekst het uitgangspunt is. In termen van Ricoeur heeft de tekst zich hier 'geëmancipeerd' van het gesproken woord,[239] de betekenis van de tekst is niet meer afhankelijk van haar auteur maar gaat een eigen leven leiden. Pas op dat moment vormt het geschreven recht een zelfstandige rechtsbron.

De cruciale vraag die zich hier voordoet is de vraag wie de betekenis van de wettekst gezaghebbend zal vaststellen: is dat de verzameling van rechtsgenoten in de vorm van het gerecht in oude zin of is dat een ambtenaar van de vorst als rechter in moderne zin?[240] Deze vraag is rechtstreeks verbonden met het imperatieve aspect van rechtsnormen, zoals Glastra van Loon dat heeft geduid. De dreiging van betekenischaos die met de mogelijkheid van betekenisverlening gegeven is, kan alleen tot staan gebracht worden wanneer de betekenis in geval van conflict op gezaghebbende wijze kan worden vastgesteld. Daartoe kent iedere samenleving haar eigen organen. De betekenisvaststelling van een rechtsnorm veronderstelt aldus een politieke organisatie.

1.4.5.2 Het schrift als mogelijkheidsvoorwaarde voor het autonome recht

Vanaf het moment dat zich binnen een samenleving een instantie heeft ontwikkeld die zich met succes het recht voorbehoudt om het gesproken recht te codificeren en om eenzijdig *nieuwe rechtsnormen* af te kondigen of uit te vaar-

239 Ricoeur 1986, p. 139: "Cet affranchissement de l'écriture qui la met *à la place de la* 'parole' est l'acte de naissance du texte [cursief mh]".

240 Het gerecht in oude zin wordt gevormd door (een afvaardiging van) alle rechtsgenoten, die het oordeel vellen dat door de rechter in oude zin gevorderd wordt. De rechter in oude zin zat het gerecht in oude zin voor, maar oordeelde niet zelfstandig, hij had hooguit als rechtsgenoot een stem bij de oordeelsvorming. Pas de rechter in moderne zin oordeelt zelfstandig op grond van voorafgegeven - geschreven - recht, dat zijn gezag mede ontleent aan de vorst of de staat in wiens naam de rechter rechtspreekt. Zie hoofdstukken 3 en 4.

digen, kunnen we spreken van gesteld recht. De weg van de spraak naar het schrift, die hierboven aan de hand van het werk van Ricoeur beschreven is, kan binnen het recht worden beschreven als de ontwikkeling van het *gesproken* recht naar het geschreven recht. Met gesproken recht wordt op dit punt het recht bedoeld dat in beginsel functioneert zonder verwijzing naar geschreven recht, in een samenleving waarin geen instantie kan worden aangewezen die bevoegd is regels aan anderen op te leggen. Met het geschreven recht wordt op dit punt het geheel van voorschriften bedoeld die door een daartoe bevoegde instantie worden uitgevaardigd, vaak aangeduid als het objectieve recht.

Ten eerste maakt het geschreven recht een duurzaamheid in tijd en ruimte mogelijk die het recht als het ware uit de contingentie van locale verhoudingen kan tillen - anders dan het gesproken recht dat op zichzelf een vluchtig en momentaan karakter heeft. Dit vluchtige karakter van het gesproken recht vereist de persoonlijke aanwezigheid van rechtsgenoten, waardoor het mogelijke bereik van het rechterlijk oordeel beperkt blijft tot gemeenschappen waarvan de leden elkaar tête-à-tête kennen. Dit leidt er *ten tweede* toe dat het geschreven recht zich los kan maken van de situatie waarin de normadressaten samenvallen met de normadressanten, doordat het bereik van de geschreven norm zich kan uitbreiden tot een veel grotere groep normadressaten - die niet meer verbonden worden door face-to-face relaties maar *door hun gelijkstelling ten opzichte van de wet die voor hen allen geldt.*[241] Op het moment dat het recht gecodificeerd wordt, is de betekenis van de gecodificeerde rechtsnorm in beginsel niet meer afhankelijk van rechtsgenoten die in hun handelen de norm stellen. Deze handelende rechtsgenoten zijn niet meer noodzakelijkerwijs als auteur van het recht herkenbaar. Het 'losweken' van de betekenis van de norm van de handelende rechtsgenoten heeft in eerste instantie een vervreemdend effect, dat eigen is aan de afstand die het schrift op dit punt schept tussen schrijver en tekst enerzijds en tekst en lezer anderzijds. Wanneer de betekenis van de tekst bovendien exclusief wordt geclaimd door degene die de rechtsnorm heeft gecodificeerd, verkrijgt deze vervreemding een absoluut karakter. De rechtsnorm heeft dan in feite een nieuwe auteur die zich dwingend opstelt met betrekking tot de inhoud van de norm. De autonomie van de tekst (van de wet) laat zich uiteindelijk echter niet beheersen door de auteur - ook niet door een overheid die naast de codificatie van rechtsnormen ook nog nieuw recht schept. Door de onoverzichtelijke uitbreiding van het bereik van de rechtsnormen die eigen is aan het geschreven karakter van het recht, kan de overheid haar doel - ordening van de samenle-

[241] Over de isonomia of gelijkstelling ten opzichte van de wet (de geometrisering van de rechtsorde), zie de oratie van Foqué 1992, p. 8-12.

ving - alleen bereiken door de interpretatie van het recht over te laten aan een klasse gespecialiseerde ambtenaren die zich op straffe van betekenischaos bekommeren om de intrasystematische betekenis van het recht.[242] Dit betreft het *derde* aspect dat door Ricoeur aan de tekst onderscheiden wordt. Het gesproken recht kent eenzelfde neiging tot de deiktische - tonende - verwijzing als de spraak in zijn algemeenheid. Het gesproken recht is gericht op de situationele context, waaraan het - via in het handelen geïnstitutionaliseerde overkoepelende handelingsprojecten - betekenis *ontleent* en *verleent*. Deze instituties vormen tezamen het betekenissysteem waaraan het gesproken recht zijn intrasystematische betekenis ontleent en verleent. Zolang dit betekenissysteem geen geschreven component heeft, blijft het noodzakelijkerwijs georiënteerd op de contingente machtsverhoudingen die het samenleven haar stabiliteit verlenen. De intrasystematische verwijzing van het *geschreven* recht betreft daarentegen in de eerste plaats de verwijzing van de tekst naar andere teksten.[243] Daarmee wordt een nieuwe 'wereld' geboren, die wij kennen als de dogmatiek: wanneer de intrasystematische betekenis van het positieve recht wordt verabsoluteerd is het recht een gesloten systeem van onderling naar elkaar verwijzende begrippen[244] of normen[245] die een virtueel bestaan leiden, geheel onafhankelijk van de sociale werkelijkheid. Het recht wordt aldus als

242 Ricoeur 1986, p. 111-112 over de vervreemding die door de tekst teweeg wordt gebracht en over de daarmee samenhangende objectivering die een voorwaarde is voor interpretatie. Pas de tekst doorbreekt de vanzelfsprekendheid van het spreken. Interpretatie zal echter tegelijk plaats moeten vinden met het oog op de voorliggende casus: de autonome betekenis van de tekst van de wet kan niet alleen de intrasystematische betekenis zijn (die in kantiaanse termen immers 'leeg' is) maar zal *tegelijk* de extrasystematische betekenis moeten vatten. De autonomie van de intra- en extrasystematische betekenis van het geschreven recht komt tot uitdrukking in de teleologische interpretatie die de betekenis van de tekst zoekt met het oog op de voorgelegde - nieuwe - casus.

243 Ricoeur 1986, p. 141 spreekt over een uitgestelde referentie: "Du moins, dans ce suspens où la référence est différée, le texte est en quelque sort 'en l'air', hors du monde où sans monde; à la faveur de cette oblitération du rapport au monde, chaque texte est libre d'entrer en rapport avec tous les autres textes qui viennent prendre la place de la réalité circonstancielle montrée par la parole vivante. Ce rapport de texte à texte, dans l'effacement du monde sur quoi on parle, engendre le quasi-monde des textes ou *littérature*". Ricoeur spreekt zich t.a.p uit tegen een verabsolutering van de intrasystematische betekenis van teksten 'c'est là où je me séparerai tout à l'heure de ce que j'appelle dès maintenant l'idéologie du texte absolu (..)".

244 Hierin herkennen wij de 'Begriffsjurisprudenz' die het gesloten dogmatische denken uit de tweede helft van de negentiende eeuw in Duitsland kenmerkte.

245 Hierin herkennen wij de constructie van de zuivere rechtswetenschap van Kelsen - die naar analogie van De Saussures 'langue' - een wetenschappelijk te bestuderen object creëerde in het systeem van onderling naar elkaar verwijzende normen.

het ware geobjectiveerd.[246] Het is deze intrasystematische betekenis die het recht haar *autonomie* geeft ten opzichte van de politiek, doordat deze betekenis zich niet meer eenduidig laat 'aansturen' vanuit een centrum. De complexiteit van de intertekstuele verwijzing vraagt op grond van het eigenstandige belang van de rechtszekerheid om een daartoe vrijgestelde klasse van ambtenaren die de coherentie en consistentie van de intrasystematische betekenis van het recht bewaken. Interventies vanuit het centrum om ongewenste uitkomsten van een rechtszaak om te buigen moeten door deze professionele klasse worden weerstaan op straffe van betekenischaos.

Het *vierde kenmerk* dat Ricoeur toekent aan de tekst is dat de tekst zich een in beginsel onbeperkt publiek schept, dat ruimtelijk en temporeel afwezig is wanneer de tekst geschreven wordt. De ontheffing van het recht uit de contingente machtsverhoudingen van de locale situatie - die het geschreven recht veroorzaakt door de betekenisfixatie, door het doorsnijden van de banden van het recht met de rechtsvormer en door het doorsnijden van de verwijzing naar de actuele situatie - heeft ook betrekking op de verschuiving van het bereik van normadressaten van een groep die zich face-to-face verhoudt tot een groep die zich *dankzij de gelijke afstand tot de wet* als groep verhoudt. Dit brengt mee dat de geschreven wet een enorme uitbreiding mogelijk maakt van de omvang van een samenleving en het daarbij *mogelijk maakt voor mensen die elkaar nooit zullen kennen om deel uit te maken van een rechtsgemeenschap*.[247] Deze rechtsgemeenschap zal dan tegelijk de politieke gemeenschap moeten vormen want de wet kan maar gelden voorzover hij zich in geval van conflicten over zijn betekenis op grond van een *gezaghebbend* oordeel door kan zetten.

1.4.5.3 Norm en handeling; voorschrift en gedrag

Wanneer het geschreven recht *als rechtsbron* zijn intrede doet binnen de rechtsorde ontstaat een nieuwe mogelijkheid om het recht als voorschrift op te leggen. In geval van het gesproken recht is de auteur van de norm *als norm*

[246] Montesquieu pleit voor de rechters als 'bouche de la loi, des êtres inanimés'. Door de autonome interpretatie van de wet door de rechter, die niet de auteur, niet de normadressant van de wet is, kan de wet een eigen autonome, als het ware anonieme betekenis verkrijgen. Zie par. 6.3. hieronder, waar deze bekende uitspraak wordt vergeleken met de gedachte dat niet de rechter maar de vorst zelf de wet toepast en interpreteert. *Rex lex animata* tegenover *judex lex loquens*. Zie Schönfeld 1979, p. 40 en 44.

[247] Over de rechtsstatelijke democratie als samenlevingsvorm waarin vreemden elkaar via het recht toch toebehoren als leden van een politieke en rechtsgemeenschap, zie Habermas 1994 en de bespreking daarvan door Van Roermund 1994.

anoniem, doordat de norm zich voordoet in de verhouding tussen normadressaten onderling, die aldus tegelijk normadressant zijn. Wanneer zich binnen de rechtsorde een orgaan ontwikkelt dat zich een bevelsrecht aanmeet, waarvan de bevoegdheid om nieuw recht te scheppen deel uitmaakt, verschijnt de rechtsregel ineens[248] als afkomstig van een welbepaalde auteur: de wetgever (al dan niet onderscheiden van bestuur en rechtspraak). Zoals in de vorige subparagraaf is beschreven, kan deze auteur zijn zeggenschap over de betekenis van de rechtsregel uiteindelijk niet handhaven. Dat neemt echter niet weg dat de wetgever in eerste instantie de inhoud bepaalt van het recht dat hij uitvaardigt, al was het maar doordat de wetgever de rechtsregel formuleert en uitvaardigt. De rechtsregel moet daarna nog wel geïnterpreteerd worden en zal daardoor een eigen leven gaan leiden, maar deze interpretaties zullen een vorm van betekenisidentiteit of subjectieve algemeenheid moeten belichamen die het mogelijk maakt al deze interpretaties aan dezelfde rechtsregel toe te ordenen.

De mogelijkheid om regels te stellen door deze neer te leggen in een geschreven wet en de inhoud van deze wet op te leggen aan alle rechtsgenoten, brengt mee dat *regels die het handelen niet regelen* desondanks de status van rechtsregel kunnen verkrijgen. Deze regels functioneren vooralsnog uitsluitend binnen de verhouding tussen de overheid die ze uitvaardigt en de aan haar onderworpen rechtsgenoten. De regel geldt hier als bevel met algemene inhoud. In een democratie mogen we ervan uit gaan dat het de bedoeling is dat deze regels uiteindelijk het handelen van rechtsgenoten onderling gaan regelen. De belastingwetgeving is daarvan een goed voorbeeld.[249] De rechtsregels die het handelen van de belastingplichtige regelen inzake de aangifte en afdracht van belastingen zullen op het eerste gezicht gezien worden als een bevel vanwege de overheid dat alleen binnen de verhouding met de overheid speelt. Pas wanneer rechtsgenoten de belastingplicht opvatten als een bindende verwachting waarvan zij verwachten dat anderen die van hen hebben (dubbele anticipatie) wordt hun handelen door de norm als norm geregeld. Zolang dat niet het geval is wordt de belastingwet niet gezien als een regel die rechtsgenoten zichzelf stellen, terwijl juist dat het uitgangspunt van de democratie is. De democratie is immers niet 'af' op het moment dat rechtsgenoten hun stem hebben uitgebracht, maar ontwikkelt zich doordat de democratisch

[248] Dat deze overgang historisch gezien geleidelijk kan verlopen doet niet af aan het radicale karakter van de overgang. Zie hieronder par. 4.2.4.

[249] Zie Gribnau 1998 in het bijzonder par. 12.4 over 'de calculerende belastingplichtige', op p. 254 stelt hij: "De fiscale wet boet aan gezag in doordat deze steeds meer als instrument wordt ingezet om maatschappelijke ontwikkelingen te sturen". Op p. 255 merkt hij op dat de instrumentalistische inzet van de belastingwetgeving tot handhavingsproblemen leidt.

gelegitimeerde wetgever normen uitvaardigt die beogen het handelen van rechtsgenoten onderling te regelen voorzover dat vanuit een oogpunt van algemeen belang noodzakelijk is.

Regels die als voor-schriften en niet als norm fungeren, leiden tot al of niet na-leving. Wanneer hierna gesproken wordt vanuit het normatieve aspect zal dat in termen van norm en handeling gebeuren, terwijl wanneer vanuit het imperatieve aspect gesproken wordt, dat in termen van voorschrift en *gedrag* zal gebeuren. Een norm constitueert het handelen als handelen, terwijl het voorschrift gedrag kan veroorzaken dat in overeenstemming is met hetgeen is voor-geschreven. Tussen voorschrift en naleving is een volgtijdelijk en oorzakelijk verband, terwijl tussen norm en handeling een gelijktijdig en constitutief verband bestaat. Het voorschrift is reden en oorzaak voor naleving, terwijl de norm daarentegen betekenis verleent aan het handelen.

Norm en handeling: het normatieve perspectief
Iedere handeling stelt opnieuw de norm - als demonstratie en uitvoering van het handelingsontwerp (als token van het type) en als representatie van alle mogelijke uitvoeringen van eenzelfde handelingsontwerp. Zoals hiervoor is vastgesteld is de identiteit van al deze uitvoeringen gebaseerd op de norm die deze handelingen als 'gelijke' handelingen aan het handelingsontwerp toeordent. Deze gelijkheid impliceert interpretatie van het handelen van de 'generalized other' en kan niet als afbeelding van een regel worden gedacht: de regel kan zichzelf immers niet interpreteren, daartoe is een handeling nodig die handelingen als uitvoering van eenzelfde handelingsontwerp identificeert.

Het geheel van onderling naar elkaar verwijzende handelingsontwerpen vormt in combinatie met de actuele verwijzingen naar bepaalde handelingen als uitvoeringen van bepaalde handelingsontwerpen een gedeeld referentiekader, dat voor een deel samenvalt met wat in het vervolg zal worden aangeduid als het 'rechtsbewustzijn'. Dit rechtsbewustzijn mag dus niet begrepen worden als een homogeen, volledig gedetermineerd, statisch, gemeenschappelijk referentiekader, zoals de term wel is of wordt gebruikt.[250] Conform de hiervoor be-

[250] De term is wat verdacht door de associatie met de Duitse 'Volksgeist', zie Kranenburg 1928, p. 40-43. Het begrip 'Volksgeist' stamt van de Historische School van Savigny uit de eerste helft van de negentiende eeuw, en komt voort uit het gedachtengoed van de filosoof Herder die aan volken een onvergelijkbare, 'eigen' volksgeest toeschreef. Kranenburg zelf a.w. p. 129 e.v. spreekt in termen van een op grond van empirisch-analytisch onderzoek gevonden 'wet van het rechtsbewustzijn' die ten grondslag ligt aan het positieve recht dat er de historische invulling van is. Hij volgt daarmee een beproefd kantiaans vorm-inhoud schema (zie ook a.w. p. 56-59 en 132-133): het empirisch-analytisch onderzoek is gericht op het 'rechtsgevoel' dat zich vanuit specifieke

schreven samenhang tussen de intra- extrasystematische betekenis van handelingen is het rechtsbewustzijn een deel van de grotendeels ongearticuleerde achtergrond waaraan handelingen hun betekenis als een bepaalde handeling ontlenen. Het gaat dan om dat deel van het betekenissysteem dat - niet noodzakelijk gearticuleerde - verwijzingen in zich draagt naar het imperatieve gezag van normen, die zich daarmee van gewoonten en morele plichten onderscheiden. Dat imperatieve gezag hoeft overigens niet gepositiveerd te zijn in de zin van daadwerkelijk uitgevaardigde normen: het rechtsbewustzijn valt niet samen met het objectieve recht. Alleen die normen die normatief gezag hebben binnen het horizontale perspectief en waaraan rechtsgenoten *in hun onderlinge verhouding* ook een imperatief gezag toekennen, maken deel uit van het rechtsbewustzijn. Dat rechtsgenoten in hun onderlinge verhouding een imperatief gezag toekennen aan een norm betekent dat zij verwachten dat anderen zich 'op straffe van handhaving van overheidswege' aan de betreffende norm zullen houden. Dat staat in beginsel los van de vraag of de norm - als voorschrift - functioneert binnen de verhouding burger-overheid.

Voorschrift en gedrag: het imperatieve perspectief

Wanneer norm en handeling daarentegen vanuit het schema van voorschrift en naleving wordt bekeken, gaat de norm als bevel aan het met de norm overeenstemmende gedrag vooraf. Niet alleen logisch maar ook historisch. Het voorschrift is de reden en oorzaak (het motief)[251] voor het gedrag, maar verleent daar geen betekenis aan. Of het gedrag van het voorschrift in overeenstemming is kan in beginsel vanuit een geobjectiveerd perspectief beschreven worden, hetgeen leidt tot een mechanische opvatting van gelijkheid. Het gedrag heeft als gedrag alleen objectieve algemeenheid, terwijl pas wanneer het voorschrift betekenis krijgt als norm ook de subjectieve algemeenheid van het handelen als handelen mogelijk wordt. Een voorbeeld ter verduidelijking: wanneer de regel voorschrijft dat automobilisten rechts moeten houden zou vanuit het imperatieve perspectief ieder gedrag waarbij de automobilist in fysieke zin aan de rechterkant van de weg rijdt de naleving van de regel impliceren. Wanneer dezelfde regel echter wordt bezien vanuit het normatieve perspectief zal de regel betekenis geven aan hetgeen automobilisten over en weer van elkaar mogen verwachten. Dat kan betekenen dat dit voor-

historische omstandigheden ontwikkelt en waaruit door middel van analyse de universele kern laat deduceren.

251 Over 'reasons as causes' en de Weberiaanse voorbereiding van deze combinatie van voluntarisme en causaal denken zie Ringer 1997, die daarbij uitgebreid ingaat op het werk van Hempel, Mackie, Hart en andere toonaangevende schrijvers binnen de analytische filosofie. Ringer verkent dit terrein in termen van de tegenstelling tussen verklaren en interpreteren; het zou interessant zijn een vergelijking te maken met Ricoeurs integratie van beide perspectieven in Ricoeur 1986, p. 137-281.

schrift het handelen als norm regelt ook op het moment dat een weggebruiker uitwijkt naar de andere weghelft, *juist omdat hij* anticipeert op de regel dat men rechts houdt. Deze - in de actuele situatie op de weg volstrekt impliciet verlopende - handeling is altijd een interpretatie van de regel in het licht van de omstandigheden van het geval:

> Eén maatschappelijke handeling, bij voorbeeld het tekenen van een contract, kan op ontelbaar verschillende fysieke manieren tot stand komen. De verschillen in fysieke bewegingen (handje-klap, het tekenen met een potlood, de louter mondelinge afspraak, enzovoort) maken die niet tot verschillende sociale handelingen. Hieruit volgt dat er geen 1:1 verhouding bestaat tussen de fysische bewegingen en de sociale handelingen, zodat deze dus niet tot elkaar getransformeerd kunnen worden (..).[252]

Terwijl dus de naleving van een voorschrift in termen van gedragsovereenstemming in fysieke zin zal moeten plaatsvinden, kan de normering van het handelen door de regel als norm nooit in termen van gedragsovereenstemming in fysieke zin plaatsvinden.

Rechtszekerheid en rechtsbewustzijn: straf vanuit imperatief èn normatief perspectief
Dit brengt mee dat de handhaving van rechtsregels vanuit twee verschillende gezichtspunten ter hand kan worden genomen. Om te beginnen kan vanuit het imperatieve perspectief naleving van voorschriften worden afgedwongen door zoveel mogelijk afwijkingen van het voorschrift te bestraffen. De bedreigde straf wordt dan het motief (reden en oorzaak) voor de naleving van het voorschrift. Daarmee wordt echter niet bewerkstelligd dat de regel het handelen van rechtsgenoten onderling gaat normeren, maar hooguit dat het imperatieve gezag van de regel binnen de verhouding tussen normadressant en normadressaat gevestigd wordt. Zoals hiervoor reeds aangestipt is handhaving vanuit een imperatief perspectief van belang voor de rechtszekerheid: uiteindelijk kan verlies van het imperatieve gezag van rechtsnormen leiden tot slijtage van het normatieve gezag. Het normatieve aspect van rechtsnormen vooronderstelt het imperatieve aspect.[253]

Wanneer de handhaving van een rechtsregel vanuit het normatieve aspect ter hand wordt genomen, moet die handhaving gericht zijn op het vestigen van het normatieve gezag van de regel tussen normadressaten onderling. De norm

[252] Schuyt 1986, p. 49. Vergelijk Van der Hoeven 1960, p. 16-17 over de gevaren die verbonden zijn aan het formuleren van regels van ongeschreven recht: "(..) omdat datgene wat zich als 'regel' voordoet, wellicht het produkt is van de gelding van een veel algemener norm, welke algemene constitutionele norm echter bij toepassing in een gewijzigde constellatie ook tot een geheel ander resultaat zal leiden".

[253] Par. 1.3.5 hierboven, zie ook Glastra van Loon 1987, p. 233.

moet betekenis gaan geven aan het handelen van rechtsgenoten. Dit kan alleen het geval zijn als de straf wordt gebruikt als *teken* dat de norm die met de strafbare handeling gesteld wordt, door de rechtsgemeenschap wordt verworpen.[254]

> *Grond* voor en *object* van [de straf, mh] is het delict inderdaad als handeling, die in zijn subjectieve algemeenheid een norm, een voorbeeld stelt en wel een, naar de opvattingen van de gemeenschap, waarin zij gesteld wordt, *verwerpelijke* norm, die dan echter ook *verworpen* moet worden om hem te ontkrachten.[255]

Dit is de symbolische functie van de straf.[256] Met de symbolische functie van de straf wordt uiteraard niet gedoeld op het ondoelmatige en/of idealistische karakter van een bepaalde straf. Bij de symbolische functie van de straf gaat het om de betekenisverlenende en -bevestigende werking van de straf. De straf wordt dan gezien als een handeling die de subjectieve algemeenheid (be)vestigt die door de geschonden norm aan het handelen wordt verleend. Zoals hiervoor reeds aangestipt (be)vestigt de straf op die manier het rechtsbewustzijn.

1.5 Samenvattend: de aard van de geschonden rechtsnorm

De straf is een reactie op de schending van een norm. Voordat in de volgende hoofdstukken een poging wordt ondernomen een materieel strafbegrip te ontwikkelen vanuit systematisch en historisch perspectief, is in dit hoofdstuk

254 Vergelijk ook Jakobs 1995, p. 844 en 845 die vanuit Habermas' theorie van het 0communicatief handelen tot een vergelijkbare positie komt ten aanzien van de betekenis van de straf: "Strafe ist, isoliert genommen, nichts als ein Übel, und sieht man auf die äussere Folge von Tat und Strafe, so ergibt sich nach Hegels bekanntem Wort die unvernünftige Sequenz zweier Übel. Erst im kommunikativen Verständnis der Tat als normwidersprechende Behauptung und der Strafe als normbestatigende Antwort mag sich ein unumgehbarer und in dem Sinn vernünftiger Zusammenhang zeigen, (…). Die Leistung des Strafrechts besteht darin, dem Widerspruch gegen identitätsbestimmende Normen der Gesellschaft seinerseits zu widersprechen. Das Strafrecht bestätigt also gesellschaftliche Identität; (..)". Zie de kritiek van Lüderssen 1995, p. 888 e.v. die gelezen kan worden als een waarschuwing tegen de verabsolutering van het door Jakobs gehanteerde systeemperspectief van Luhmann.

255 Glastra van Loon 1987, p. 233. In vergelijkbare zin Enschedé 1973, p. 82-83, die stelt dat de functie van het strafrecht niet gezocht kan worden in conflictoplossing, sociale verandering of therapie.

256 Zie ook Gutwirth & De Hert 2002, p. 140-141 en 150 over het belang van de symbolische betekenis van het strafrecht en de noodzaak het strafrecht schaars te houden.

onderzocht hoe de aard van de geschonden norm geconceptualiseerd kan worden.

Om te beginnen is het onderscheid dat Hart in zijn *The Concept of Law* maakte tussen 'primary' en 'secundary rules' onderzocht. Voor een goed begrip van het recht is dit onderscheid zonder meer doorslaggevend. 'Primary rules' zijn volgens Hart - in termen van Searle - regulatieve regels die een gebod of verbod bevatten. Van deze regels kan worden afgeweken, maar deze afwijking zal afkeuring en sociale druk in de richting van normconform gedrag ten gevolge hebben. 'Secundary rules' zijn volgens Hart - in termen van Searle - constitutieve regels die bepaalde handelingen überhaupt mogelijk maken (daartoe de bevoegdheid verlenen). In termen van Glastra van Loon verlenen constitutieve regels betekenis aan een bepaalde handeling als die bepaalde handeling; zonder deze constitutieve regels zou de handeling als zodanig niet 'bestaan'.

Het inzicht dat het recht een combinatie is van regulatieve en constitutieve regels is zeer verhelderend. Hart suggereert echter dat met dit onderscheid het onderscheid tussen het recht als geheel van bevelen en het recht als geheel van normen als onjuist terzijde kan worden gesteld. Dat standpunt is in dit hoofdstuk bekritiseerd. Het bevelskarakter van het recht valt niet weg vanwege het feit dat het recht gezien kan worden als een geheel van regulatieve en constitutieve normen. Door alle aandacht op het normkarakter van het recht te richten wordt het bevelskarakter van het recht aan het zicht onttrokken. In dat verband is Harts analyse van het 'interne aspect' van rechtsnormen van belang. Met dit 'interne aspect' onderscheidt Hart zijn normbegrip van dat van de rechtsrealisten die volgens hem alleen aandacht zouden hebben voor normconform gedrag vanuit een extern standpunt. Daarmee zou een belangrijk aspect van normen aan de aandacht van rechtsrealisten ontgaan en zouden zij sociale regels (normen) niet van gewoonten kunnen onderscheiden. Ook voor Hart is echter duidelijk dat niet alle rechtsnormen een dergelijk intern aspect hebben: sommige regels zijn uitgevaardigd door een bevoegde instantie zonder dat rechtsgenoten zich daardoor aan de norm verplicht voelen. Eventuele naleving wordt dan geheel afhankelijk van pakkans en sanctiehoogte. Daarmee doet het bevelskarakter zich bij deze normen onmiskenbaar gelden.

De verleiding is groot om op grond van deze analyse twee typen regels te onderscheiden: normen die vanuit een 'intern aspect' het handelen regelen en normen die door middel van 'externe' factoren normconform gedrag afdwingen. Dit zou leiden tot een ontologisch onderscheid waarbij een norm hetzij onder het ene hetzij onder het andere type valt. In dit hoofdstuk is gekozen

voor een andere benadering waarbij iedere norm in beginsel vanuit een dubbel perspectief wordt bezien: vanuit een verticaal perspectief waarin de verhouding tussen een normadressant en normadressaten centraal staat (het imperatieve perspectief) en een horizontaal perspectief waarin de verhouding tussen normadressaten onderling centraal staat. Vanuit het normatieve aspect gaat het om de norm als norm en vanuit het imperatieve aspect gaat het om de norm als voorschrift.

Of, en zo ja in hoeverre een norm in het ene dan wel andere perspectief verschijnt kan niet vooraf worden vastgesteld, maar zal steeds moeten worden onderzocht. In die zin is het hier ontwikkelde rechtsnormbegrip onderbepaald. Er doen zich nu immers drie mogelijkheden voor: normen of regels hebben alleen een imperatief aspect, alleen een normatief aspect of zij hebben beide aspecten. Of, en zo ja in hoeverre een norm onder één van deze categorieën valt kan niet voor eens en voor altijd worden bepaald, want normen ontwikkelen zich in de tijd en kunnen hun gezag bijvoorbeeld eerst niet en later wel - mede - aan een overheid ontlenen.

Voor een goed begrip van zowel het normatieve als het imperatieve aspect is een kennistheoretisch onderzoek nodig waarin de verhouding tussen norm en handeling enerzijds en voorschrift en gedrag anderzijds doordacht wordt. Daartoe is een reconstructie beproefd van de kennistheoretische achtergrond van het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon. Hierin staat het primaat van het subjectieve, lichamelijke perspectief van de mens in samenhang met zijn excentrische positionaliteit voorop. De excentrische positionaliteit is uitgewerkt aan de hand van de bemiddelende rol die de symbolische orde speelt waarin de mens de wereld en zichzelf constitueert en objectiveert. Uit deze kennistheoretische positie volgt een volledige de-essentialisering van alle kennis van de werkelijkheid zonder dat daarmee een radicaal relativisme wordt bepleit. De weerstand tegen dat laatste punt kan kort worden samengevat met een aan Hilary Putnam ontleend inzicht:

> We cannot doubt everything, but we should doubt anything.[257]

Deze vorm van de-essentialisering verklaart zowel de onderbepaaldheid van het hier bepleite rechtsnormbegrip als het normatieve karakter van alle kennis van de werkelijkheid.

[257] Putnam 1995, p. 21, bespreekt in die zin het fallibilisme van William James, de bekende leerling van Peirce: "That one can be both fallibilistic and antisceptical is perhaps the basic insight of American Pragmatism. (…) Just as fallibilism does not require us to doubt everything, it only requires us to be prepared to doubt anything - if good reason to do so arises!"

Ten slotte is de verhouding tussen geschreven en ongeschreven recht besproken aan de hand van een aantal teksten van Paul Ricoeur. In deze teksten staat het inzicht centraal dat tussen het virtuele tekensysteem (de 'langue') en het actuele taalgebruik (het 'discours') een wederzijds constitutief verband bestaat. Binnen het taalgebruik moet dan nog onderscheiden worden tussen het spreken en het schrijven. De aspecten die het spreken als taalgebruik onderscheiden van de daarmee veronderstelde 'langue' blijken bij het schrift een nieuwe rol te spelen. De productie van teksten en hun onderlinge verwijzingen vormen een nieuw betekenissysteem dat zich in zekere zin als een 'langue' tot het spreken en handelen gaat verhouden. De betekenisfixatie die in het duurzame karakter van de tekst tot uitdrukking komt, gaat samen met de onmacht van de auteur om zeggenschap over de interpretatie van zijn tekst te behouden en leidt er daarenboven toe dat in het schrift het taalgebruik een veel groter bereik verkrijgt. De betekenis van de tekst wordt door dit alles uit de situationele context van de oorspronkelijke auteur getild, en creëert in die zin een nieuwe 'wereld'. Deze nieuwe wereld wordt geconstitueerd door het netwerk van teksten waar de tekst naar verwijst (de intrasystematische betekenis van een tekst). Bij de interpretatie van de tekst moet deze intrasystematische betekenis worden gecombineerd met de verwijzing naar de actuele situatie van de lezer van de tekst (de extrasystematische betekenis van een tekst).

Ricoeur werkt deze bovensituationele betekenis van de tekst uit in een analogie met de wijze waarop de betekenis van handelingen de actuele context kan ontstijgen doordat handelingen - in termen van Peirce en Glastra van Loon - subjectieve algemeenheid bezitten. Met subjectieve algemeenheid of betekenisidentiteit wordt gedoeld op het feit dat zowel de handelende persoon als anderen een bepaalde handeling herkennen als die handeling. De analogie van de betekenisidentiteit van handelingen met de duurzaamheid van de betekenis van teksten kan worden voortgezet in een analogie met het geschreven recht.

Vanaf het moment dat het geschreven recht een zelfstandige rechtsbron vormt wordt het mogelijk om op grote schaal voorschriften uit te vaardigen die vooralsnog het handelen niet regelen en alleen 'bestaan' binnen de verhouding overheid - burger. De auteur van de wettekst is in eerste instantie een aanwijsbaar subject: de wetgever. Daarin verschilt het voorschrift van de norm, die in het samenhandelen geconstitueerd wordt waardoor normadressanten en normadressaten samenvallen en dus geen subject aangewezen kan worden van wie de norm afkomstig is. Zolang het subject van wetteksten de zeggenschap over de interpretatie van de wet aan zich houdt, kan de wettekst geen eigen leven gaan leiden. Wanneer de complexiteit van de intrasystematische betekenis van het recht door de veelheid aan onderling verwijzende teksten toeneemt, zal de interpretatie op straffe van betekenischaos in handen

moeten worden gesteld van een daartoe gespecialiseerde klasse van ambtenaren. Langs die weg kan ook het geschreven recht een zekere mate van anonimiteit verkrijgen doordat de wettekst geen subject meer heeft en haar betekenisidentiteit gaat ontlenen aan een steeds weer te hernemen interpretatie. De wet kan langs die weg een zekere mate van autonomie ontwikkelen ten opzichte van wetgever en bestuur.

Voor de betekenis van de straf tenslotte is het onderscheid tussen de norm als voorschrift en de norm als norm van groot belang. Het straffen van overtreding van een voorschrift verschijnt in het geobjectiveerde perspectief waarin de straf als een oorzaak en reden (motief) voor normconform gedrag gezien wordt. Het straffen van de schending van een norm verschijnt in het intersubjectieve perspectief waarin de straf betekenis verleent aan het handelen van een subject door de norm te verwerpen die met de strafbare handeling gesteld wordt.

Vanuit de hier bepleite theorie over betek*enis* als betek*ening* kan een onderzoek naar de betekenis van de straf zich niet beperken tot een systematisch onderzoek. Daarmee zou de betek*ening* uit het oog verloren worden die constitutief is voor het gehanteerde strafbegrip. Tegelijk kan een onderzoek naar de betekenis van de straf zich niet tot een onderzoek vanuit historisch perspectief beperken, want bij de zoektocht naar fenomenen die zich onder het begrip 'straf' laten ordenen zal dit begrip een constitutieve rol vervullen bij het aanwijzen van fenomenen als object van onderzoek (namelijk als 'straf'). Het zal dus een onderzoek moeten zijn dat vanuit een dubbel - systematisch en historisch-antropologisch - perspectief voltrokken wordt, ook al wordt het voor de goede orde gepresenteerd als een opeenvolging van een systematische verkenning in het tweede hoofdstuk en onderzoek naar de historische context in de hoofdstukken 3 en 4.

Deel II
Straf en strafbegrip

Law is part of a distinctive manner of imagining the real

Clifford Geertz

Hoofdstuk 2 Een materieel strafbegrip

2.1 Inleiding

Met het oog op de consensuele afdoening van de punitieve handhaving wordt in de hoofdstukken 3, 4 en 6 de verhouding tussen straf en strafproces nader onderzocht vanuit historisch perspectief. Daartoe is het van belang de vraag te beantwoorden in welke gevallen sprake is van een straf. Is bijvoorbeeld iedere punitieve handeling een straf en in welke gevallen is sprake van een punitieve handeling? Vallen private wraak en/of oorlog binnen het bereik van het strafbegrip of is een hiërarchische relatie tussen straffer en bestrafte constitutief voor de straf? Als dat laatste het geval is, kan de vraag gesteld worden of in niet-statelijke samenlevingen wel van straf gesproken kan worden? Moet voor dit onderzoek een intern strafrechtelijk, een intern juridisch of een sociologisch of zelfs psychologisch strafbegrip gereconstrueerd worden? Is het mogelijk en/of wenselijk een strafbegrip te ontwerpen vanuit een systematisch perspectief of is voor een goed begrip van de betekenis van de straf ook een historisch perspectief noodzakelijk en/of wenselijk? Wat is de verhouding tussen een systematisch en een historisch perspectief?

Voortbouwend op de kennistheoretische grondslagen uit het eerste hoofdstuk gaat het bij deze begripsvorming om een onderzoek naar de subjectieve algemeenheid of betekenisidentiteit van de term straf. De term 'straf' wordt gebruikt als teken waaronder ervaringsbestanddelen of fenomenen worden geordend als objecten die betekenisidentiteit bezitten. Iedere betekening van een fenomeen als object van de term straf vestigt en herijkt de betekenis van het strafbegrip. In die zin is begripsvorming een vorm van *handelen* waarbij een regel wordt gevolgd die bepaalt dat een bepaald fenomeen verschijnt als *demonstratie* van de straf als handelingsontwerp of type en als *representatie* of token van alle andere onder de term straf te ordenen fenomenen.[258] De reconstructie van de betekenis van de straf en het aangeven van de constitutieve voorwaarden voor het strafbegrip moeten dus niet begrepen worden als het 'vastzetten' van de betekenis van de term maar als een reflectie op

[258] Zie par. 1.3.2.3 hierboven.

de gevolgde en te volgen regel. In die regel wordt duidelijk vanuit welk perspectief de betekening van fenomenen onder de term straf plaatsvindt. Zoals hiervoor uiteengezet wordt de betekening niet eenzijdig bepaald door het betekende object, maar door het doel van de betekening.[259]

In dit onderzoek is het doel van die betekening het onder één noemer brengen van alle vormen van punitieve sanctionering door de overheid: naast de straf in formele zin gaat het dan met name om de buitengerechtelijke afdoening en de bestuurlijke boete. Om aan te geven dat het niet gaat om een bij voorbaat juridisch of intern strafrechtelijk strafbegrip wordt verder gesproken van een 'materieel strafbegrip'. Het onderzoek naar de betekenis van straf en strafbegrip zal worden verricht vanuit een systematisch en vanuit een historisch perspectief: hierdoor kan een strafbegrip gereconstrueerd worden dat zijn betekenis ontleent aan de praktijk van de strafrechtspleging in brede zin en dat tegelijk betekenis kan geven aan die praktijk. Voor een onderzoek naar de straf vanuit historisch perspectief zal immers een strafbegrip nodig zijn dat fenomenen als zodanig (h)erkent: dat onderzoek veronderstelt een - voorlopig - strafbegrip. Tegelijk moet bij het systematisch onderzoek naar de straf de historiciteit van het fenomeen en de gehanteerde conceptualisering (h)erkend worden en zal met name de relevantie van de samenhang tussen straf, strafproces en politieke organisatie onderzocht moeten worden.

Om te beginnen wordt in par. 2.2 de vaak aangehaalde definitie van de Engelse rechtsfilosoof Hart besproken en vergeleken met de definitie van Groningse rechtshistoricus Immink en de Amerikaanse rechtssocioloog Packer. In aansluiting daarop zal een werkdefinitie geformuleerd worden. Kort samengevat kan het materiële strafbegrip worden aangeduid als *punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid*. Deze begripsvorming wordt vervolgens geplaatst binnen de discussie over de handhaving van het recht zoals die in Nederland gevoerd wordt. In termen van Glastra van Loon wordt op die manier in het bijzonder de intrasystematische betekenis van de term straf onderzocht door de verhouding tussen de term straf en andere termen te

[259] Zie par. 1.3.2.3 hierboven, waarin in noot 134 wordt opgemerkt dat het verschil tussen de Franse semiologie en de Amerikaanse semiotiek schuilt in het feit dat in de semiologie een dichotoom onderscheid wordt gemaakt, terwijl in de semiotiek sprake is van een triade: teken, betekende en interpretant. Dat laatste betreft de optiek van waaruit het betekende door het teken betekend wordt. De interpretant sluit de ontologische voorrang van het object op het teken uit en veronderstelt dat de betekenis een doel heeft en daarmee vanuit een bepaald perspectief plaatsvindt. Wanneer hetzelfde ervaringsbestanddeel vanuit een ander perspectief, met een ander doel betekend wordt, bestaat de mogelijkheid dat het onder een andere term aan andere ervaringsbestanddelen wordt toegeordend.

onderzoeken. In par. 2.3. zal daartoe de verhouding tussen de termen sanctie en straf worden bekeken met het oog op de betekenis van de term punitief. In par. 2.4 wordt ingegaan op de betekenismogelijkheden van de term rechtshandhaving door de onderbepaaldheid van de begrippen rechtshandhaving en rechtsorde aan de orde te stellen en in verband te brengen met verschillende rechtsopvattingen. In par. 2.5 wordt de betekenis van de termen 'vanwege de overheid' besproken door de publiekrechtelijke punitieve rechtshandhaving binnen straf- en bestuursrecht onder één noemer te brengen en te vergelijken. In par. 2.6 tenslotte wordt het materiële strafbegrip besproken dat door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt gehanteerd bij de uitleg van art. 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). In par. 2.7 volgen afsluitende opmerkingen.

In aansluiting op dit onderzoek vanuit systematisch perspectief zal de betekenis van de term straf in de hoofdstukken 3 en 4 vanuit historisch perspectief worden onderzocht: welke historische vormen van punitieve rechtshandhaving kunnen elkaar door middel van de term straf worden toegeordend? De vanuit systematisch en historisch perspectief onderzochte intra- en extrasystematische *betekenis van de term* straf vormt aldus het straf*begrip*.

2.2 Het strafbegrip en 'the meaning of punishment[260]'

2.2.1 Analyse van het strafbegrip: Hart en Immink

In 1968 verschijnen twee boeken waarin een poging wordt ondernomen om vast te stellen in welke gevallen sprake is van straf. In *Punishment and Responsibility* distilleert Hart uit de bestaande literatuur een werkdefinitie die de 'standard or central case' beschrijft van de gevallen die onder het strafbegrip vallen. In *The Limits of the Criminal Sanction* bespreekt Packer 'the meaning of punishment' onder verwijzing naar de definitie van Hart. Om de consensus over de reikwijdte van het begrip straf te onderstrepen begin ik met de definitie van de Groningse rechtshistoricus Immink, die vanuit zijn inzicht in de historische ontwikkeling van de straf in de vijftiger jaren tot een gelijksoortige definitie kwam:

[260] Aldus de titel van het tweede hoofdstuk van Packer 1968.

La peine est:

1. un mal
2. délibérément infligé
3. en réaction à des actes considérés comme réprouvables
4. à l'auteur de ses actes
5. par une personne placée au-dessus de lui d'une manière quelquonque. [261]

Hart onderscheidt eveneens vijf elementen:

1. It must involve pain or other consequences normally considered unpleasant
2. it must be for an offence against legal rules;
3. it must be imposed on an actual or supposed offender for his offence;
4. it must be intentionally administered by human beings other than the offender;
5. it must be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offence is committed. [262]

Deze afbakening van het strafbegrip vanuit historisch en analytisch perspectief geeft aan dat er kennelijk een aantal in het oog springende voorwaarden zijn waaraan moet zijn voldaan willen we een handeling als straf (h)erkennen.[263] Het moet gaan om opzettelijke (4 bij Hart, 2 bij Immink) leedtoevoeging (1 bij Hart, 2 bij Immink), waarbij de vraag of er sprake is van leedtoevoeging bij Hart niet aan de subjectieve ervaring wordt overgelaten maar geobjectiveerd wordt onder verwijzing naar 'hetgeen normaliter als onplezierig wordt ervaren'. Niet alles wat als straf ervaren wordt valt binnen het

[261] Immink 1973, p. 12. Juridisch geformuleerd, t.a.p.: 'La peine, aus sens juridique, est un mal délibérément infligé, en réaction à des actes illicites et qualifiés de délictueux, à l'auteur de ces actes, par une personne se trouvant de jure sur un plan supérieur'. Zijn strafbegrip is uitgewerkt tegen de achtergrond van de overgang van een niet-statelijke naar een statelijke samenleving en is onder meer toegespitst op het onderscheid tussen private wraak en publieke straf (zie het vijfde element). Het hier geciteerde boek (*La liberté et la peine*) is een postuum uitgegeven manuscript waar hij sinds de jaren vijftig werkte, zie het voorwoord van Gillissen in Immink 1973, p. 3-4. Zie verder hoofdstuk 3, waar op zijn werk wordt voortgebouwd.

[262] Hart 1968, p. 5. Hart onderscheidt tussen een 'standard or central case' en 'substandard cases'. Met dat onderscheid beoogt hij de definitie open te houden, zie zijn bezwaren tegen de 'definitional stop' a.w. p. 5 en zijn latere werk over de 'open texture' van begrippen. Aangezien termen hun betekenis ontlenen aan het onderscheid t.o.v. andere termen (uitsluitingsnegatie) is een 'definitional stop' onvermijdelijk, zolang daarmee geen ontologisering van de betekenisrelatie geïmpliceerd wordt is daar dan ook geen bezwaar tegen.

[263] Vergelijk ook Durkheim 1973, p. 64: "La peine consiste donc essentiellement dans une réaction passionnelle, d'intensité graduée, que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps constitué sur ceux de ses membres qui ont violé certaines règles de conduite". Anders dan voor Immink is voor Durkheim de bovenschikking van straffer boven gestrafte geen constitutieve voorwaarde.

bereik van het strafbegrip. De objectivering van het leedtoevoegende karakter kan worden begrepen als een verwijzing naar de betekenis die de straffende handeling[264] binnen een bepaalde gemeenschap heeft, in plaats van een verwijzing naar subjectivistische elementen zoals pijn en dergelijke.[265] Het opzet of intentie van de straffer is constitutief[266] voor de straf (4 bij Hart, 2 bij Immink) maar geen voldoende voorwaarde. Niet iedere opzettelijke vorm van leedtoevoeging is een straf. De leedtoevoeging moet namelijk een reactie zijn op de schending van een juridische norm (2 bij Hart, 3 bij Immink die daar expliciet de strafbaarstelling van die norm bijvoegt). Bovendien moet die reactie zich richten op de normschender (3 bij Hart en 4 bij Immink) en afkomstig zijn van een instantie die volgens de rechtsorde waarvan de geschonden norm deel uitmaakt bevoegd is (5 bij Hart en 5 bij Immink). Daarmee is een subjectivistische interpretatie van de intentie van de straffer uitgesloten: de vraag of er sprake is van straf hangt niet af van de subjectieve intentie van de

264 In de zin van de subjectieve algemeenheid of betekenisidentiteit, zie par. 1.3.2.3 hierboven.

265 Mackenzie 1981, p. 180 noot 4 meent zelfs: 'That punishments are painful to the punished is, of course, true by definition'. Zij verwijst naar R.M. Church, The Varied Effects of Punishment on Behaviour', in: R.H. Walters et al, eds., *Punishment*, London 1972, p. 19-22 en 34-39. Dit is een psychologistische verklaring van de straf die in een volstrekt cartesiaanse knoop blijft hangen: pijn is de meest subjectieve ervaring die wij kennen en in die zin onbereikbaar voor de ander. De intentie van de straffer kan wel gericht zijn op leedtoevoeging maar of de gestrafte leed heeft kan niet bepalend zijn voor de vraag of er sprake is van straf.

266 Met de term 'constitutief' wordt gedoeld op het feit dat het opzet of intentie van de straffer conceptueel verbonden is met het strafbegrip: wanneer 'leedtoevoeging' niet als zodanig bedoeld was spreken wij niet van straf. De omschrijvingen van Hart en Immink kunnen worden gezien als een onderzoek naar de constitutieve voorwaarden voor het strafbegrip. Dit zijn voorwaarden waaraan voldaan moet zijn wil er sprake zijn van straf. Het 'moeten' moet daarbij als 'müssen' gelezen worden en niet als 'sollen'. Wanneer het een voorwaarde betreft die eisen stelt aan de straf, zoals bijvoorbeeld de voorwaarde dat de normschending vooraf door de wet als strafbaar is bestempeld (nulla poena, art. 1 Sr) - als het dus gaat om een 'Sollen' - gaat het om een regulatieve voorwaarde. Het onderscheid tussen constitutieve en regulatieve voorwaarden is hier niet als een essentieel onderscheid bedoeld. Het antwoord op de vraag welke voorwaarden constitutief en welke regulatief zijn veronderstelt een bepaald historisch of systematisch perspectief. Zie Immink 1956 over begripsvorming bij historisch onderzoek die noodzakelijk maar onvermijdelijk perspectiefgebonden is. Over begripsvorming ook de oratie van Veen 1996. Zie bijvoorbeeld G.E. Mulder 1985, p. 225 die zich onder verwijzing naar Eikema Hommes afvraagt of het juist is om het *nulla poena* een constitutief beginsel te noemen en het beginsel dat alleen mag worden gestraft als het feit bewezen en strafbaar is een regulatief beginsel. Dat laatste beginsel (een variant van de onschuldpresumptie, zie par. 5.3 hieronder) heeft volgens Mulder de oudste papieren. Of dat een doorslaggevend argument is hangt af van het doel van de begripsvorming.

straffer. Het gaat om de betekenis die de handeling van de straffer heeft in de zin van de hiervoor besproken subjectieve algemeenheid.

Immink voegt daar aan toe dat er sprake moet zijn van een verschil in positie tussen straffer en bestrafte binnen een hiërarchische rechtsorde: de straffer staat hiërarchisch hoger dan de bestrafte. Daarmee kan de straf onderscheiden worden van private wraak en oorlogshandelingen, die vanwege de afwezigheid van een geweldmonopolie niet eenzijdig kunnen worden opgelegd - ook al kunnen deze handelingen wel een punitief karakter hebben.[267] Daarmee wordt het bereik van de term straf een deelverzameling van het bereik van de termen 'punitieve handelingen', 'punitieve sancties' of 'punitieve rechtshandhaving'. Onder punitieve rechtshandhaving vallen naast de straf dan ook wraak, 'punitive damages' en oorlog (voor zover punitief).

2.2.2 Doel van de straf

Packer is van mening dat deze vijf elementen een te ruim bereik hebben. Zowel dwangtherapie als schadevergoeding voldoen aan alle voorwaarden en zouden onder het strafbegrip van Hart komen te vallen.[268] Om deze gevallen uit te sluiten stelt hij voor een zesde element in te voeren:

> It will suffice, I think, to add to our five original characteristics a sixth, reading as follows: "It must be imposed for the dominant purpose of preventing offenses against legal rules or of exacting retribution from offenders, or both.[269]

[267] Over de term punitief zie par. 2.3 hieronder.

[268] Denkbaar is om pas van straf te spreken als sprake is van *extra* leedtoevoeging, waardoor de schadevergoeding - die nooit meer dan evenredige vergoeding van geleden nadeel kan inhouden - buiten het bereik van het strafbegrip komt te vallen. Zodra de schadevergoeding het geleden nadeel te boven gaat zou dan sprake zijn van 'punitive damages'. De vraag is of het probleem daarmee is opgelost. Ook dwangverpleging is een vorm van extra leedtoevoeging, maar desondanks niet punitief. De evenredigheid tussen schadevergoeding en schade, keert bij de straf terug in de evenredigheid tussen schuld en de ernst van het feit enerzijds en de strafsoort, -maat en -modaliteit anderzijds. In die zin is er geen sprake van 'extra'; het 'extra' is slechts 'extra' in vergelijking met het geleden nadeel. Om vast te stellen of het leed 'extra' is moet eerst naar het doel van de leedtoevoeging gekeken worden.

[269] Packer 1968, p. 31. Zie ook p. 33-34: "Punishment: all ways of dealing with people that are marked by these features: (1) the presence of an offence; (2) the infliction of pain on account of the commission of the offense; (3) a dominant purpose that is neither to compensate someone injured by the offense nor to better the offender's condition but to prevent further offenses or to inflict what is thought to be deserved pain on the offender".

Hart maakt met betrekking tot het doel van de straf (dat hij overigens bespreekt in termen van rechtvaardiging) een onderscheid tussen het doel van de *praktijk van het straffen* en het doel van de concrete straf*oplegging*.[270] Met de praktijk van het straffen doelt hij op de straf als 'social practice', waarvan de concrete strafoplegging - in termen van Glastra van Loon - een demonstratie is. Ten aanzien van het doel van de concrete straf*oplegging* maakt Hart een onderscheid tussen de vraag wie gestraft mogen worden en hoe zwaar gestraft mag worden. De vraag *wie* gestraft mag worden beantwoordt hij met 'only an offender for an offence'. Ten aanzien van de *hoogte* van de straf stelt hij dat 'in particular it [vergelding, mh] neither licenses nor requires (…) more severe punishments than deterrence or other utilitarian criteria would require.'[271] Hieruit leid ik af dat bij Hart de concrete strafoplegging evenals de praktijk van het straffen worden beheerst door de preventiegedachte (of andere utilitaire doelen), met dien verstande dat de vergelding als een beperkende factor wordt gezien bij de vraag *wie* gestraft mogen worden. Zonder die beperking zou - als daarvan een preventief effect te verwachten valt - een onschuldige mogen worden gestraft. De vraag wie gestraft mag worden betreft volgens Hart een verdelingsvraagstuk dat wordt beheerst door de vergelding. [272] Ten aanzien van de *hoogte* van de straf lijkt hij het doel van preventie te zien als een beperking op de vergelding: ook als de vergelding een hoge straf zou kunnen legitimeren, mag die straf maar opgelegd worden voorzover daar enig preventief nut van de verwachten is.[273]

Zowel Packer als Hart stellen in feite vast dat voor een goed begrip van de straf, een verwijzing naar het doel van de straf noodzakelijk is. Packer doet dat expliciet maar laat daarbij in het midden of het doel van de straf vergelding of preventie omvat. Hart doet dat impliciet door bij de bespreking van de rechtvaardiging van het straffen twee soorten doelstellingen te veronder-

[270] Dit onderscheid ontleent hij aan John Rawls 1967. Zie ook Mackenzie 1981, hoofdstuk 1 'What is a punishment?', p. 5-18.

[271] Hart 1968, p. 11.

[272] Daarmee verfijnt hij het standpunt van Rawls 1967, die op p. 146 meende dat 'utilitarian arguments are appropriate with regard to questions about practices, while retributive arguments fit the application of particular rules to particular cases'.

[273] De verenigingstheorie van bijvoorbeeld Kelk bekijkt de hoogte van de straf vanuit precies het tegenovergestelde perspectief: de vergelding als bovengrens, waarbinnen de overige strafdoelen kunnen worden gerealiseerd. Hart ziet de preventie of andere utilitaire doelen als bovengrens, waarbinnen het doel van vergelding gerealiseerd kan worden. Beide perspectieven kunnen worden samengenomen in de stelling dat de straf die in concreto wordt opgelegd altijd binnen de maat van de vergelding (gerelateerd aan de ernst van het feit) moet blijven en nooit hoger mag zijn hetgeen op utilitaire gronden gerechtvaardigd kan worden.

stellen: preventie en vergelding, die volgens hem op twee niveaus moeten worden beoordeeld.

Anders dan Hart ben ik van mening dat het - op zich verhelderende - onderscheid tussen de praktijk van het straffen en de concrete strafoplegging bij een bespreking van de rechtvaardiging of van het doel van de straf verwarring in de hand kan werken. De praktijk van het straffen en de concrete strafoplegging zijn twee kanten van eenzelfde medaille. Wanneer de schending van een strafrechtelijk beschermde norm stelselmatig gedoogd wordt is geen sprake (meer) van een 'social practice', althans niet ten aanzien van deze norm. Strafbaarstelling van normen die bij schending stelselmatig niet tot strafoplegging leiden, is zinloos.[274] Het appel dat van de strafoplegging uitgaat tot herstel van het gezag van de norm, is dan geheel afwezig. De praktijk van het straffen en de concrete strafoplegging bij normschending veronderstellen elkaar. Dat staat overigens geheel los van een eventuele vervolgingsplicht, die op legalistische gronden iedere normschending bestraft wil zien. De concrete straf demonstreert en constitueert de sociale praktijk van het straffen, waaraan hij tegelijk zijn betekenis ontleent.

Bij zijn bespreking van de 'nature of an offence', stelt Hart de vraag waarom bepaalde vormen van gedrag door het recht strafbaar worden gesteld. Zijn antwoord is dat strafbaarstelling erop gericht is:

> To announce to society that these actions are not to be done and to secure that fewer of them are done.[275]

Een strafbaarstelling kan deze doelstelling alleen bereiken als de bereidheid verondersteld is om in concreto bij normschending straf op te leggen, hetgeen tot uitdrukking komt in de zinsnede 'and to secure that fewer of them are done'.[276] Deze uitspraak van Hart zou hier verstaan kunnen worden als een verwijzing naar de rol die de straf speelt bij de constitutie van de symbolische orde waarbinnen rechtsgenoten zich bewegen en waaraan zij hun verwachtingen omtrent het handelen van anderen (medeburger en overheid) ontlenen. Zowel de strafbaarstelling als de concrete straf bevestigen het ver-

[274] Zie Salas 1992, p. 33: "Dès lors en effet, qu'une règle a été posée, il faut sanctionner sa transgression faute de quoi la règle n'aurait plus de sens".

[275] Hart 1968, p. 6.

[276] Zie par. 1.4.5.3 hierboven en noot 169: Glastra van Loon 1987, p. 234: "*Grond* voor en *object* van [de straf, mh] is het delict inderdaad als handeling, die in zijn subjectieve algemeenheid een norm, een voorbeeld stelt en wel een, naar de opvattingen van de gemeenschap, waarin zij gesteld wordt, *verwerpelijke* norm, die dan echter ook *verworpen* moet worden om hem te ontkrachten".

werpelijke karakter van bepaalde handelingen en bepalen daarmee de betekenis van die handelingen binnen het betekenissysteem dat de grotendeels ongearticuleerde achtergrond van het handelen vormt.[277] In feite impliceert de strafbaarstelling dat de betekenis van deze handelingen als verwerpelijke handelingen gearticuleerd wordt.[278] Preventie en vergelding zijn dan ook niet meer en niet minder dan twee perspectieven van waaruit de constitutieve betekenis van de straf voor het (her)stellen van het gezag van rechtsnormen bekeken kan worden. Preventie bekijkt de functie van de straf vanuit de toekomst: de precedentwerking die van de straf als handeling uitgaat leidt in beginsel tot het afzien van normschending vanwege het (her)stel van het gezag van de *norm als norm*. Tegelijk kan preventie verklaard worden vanuit een causaal perspectief: door te straffen kan naleving van de *norm als voorschrift* worden afgedwongen (de straf is dan als motief zowel reden als oorzaak van minder normschendingen).[279] Vergelding bekijkt de functie van de straf vanuit het verleden: de negatie van de normschending doet de precedentwerking van de gewraakte handeling teniet en leidt vanuit dat oogpunt tot herstel van het gezag van de *norm als norm*. Tegelijk kan de vergelding verklaard worden vanuit een imperatief perspectief: het gezag dat de overheid aan een rechtsnorm heeft verleend en dat door schending is aangetast kan door de straf worden hersteld waardoor het gezag van de *norm als voorschrift* wordt bevestigd. Beide perspectieven kunnen als aspecten van de symbolische betekenis van de straf onderscheiden worden.[280] Wanneer Hart deze beide aspecten loskoppelt en

277 Zie par. 1.4 hierboven. Vergelijk ook Durkheim 1973 die in de straf een teken ziet van afkeuring van een schending van het 'conscience collective', p. 47: *"Nous pouvons donc, résumant l'analyse qui précède, dire qu'un acte est criminel quand il offense les états forts et définis de la conscience collective"*. Onder het 'conscience collective' verstaat hij, p. 46: "L'ensemble des croyances et des sentiments communs a la moyenne des membres d'une même société forme un système déterminé qui a sa vie propre; on peut l'appeler *la conscience collectieve* ou *commun*". Een feit is volgens Durkheim 1973, p. 48 dan ook geen aantasting van het 'conscience collective' omdat het een strafbaar feit is, maar een feit is strafbaar omdat het een aantasting van het 'conscience collective' is.

278 Zie par. 1.3.4 hierboven.

279 Dit causale perspectief is bij Rawls 1967, p. 152 kennelijk het enige perspectief van waaruit strafbaarstelling bekeken kan worden gezien zijn visie op de straf als een te betalen prijs: 'by altering the prices one has to pay for the performance of actions it supplies a motive for avoiding some actions and doing others'. Anders Mackenzie 1981, p. 10 die onder verwijzing naar Hart en Feinberg meent dat 'punishment is not a payment', ook al kan de straf wel zo ervaren worden.

280 Vergelijk Durkheim 1973, p. 77: " Ainsi, tout en étant un produit nécessaire des causes qui l'engendrent, cette douleur n'est pas une cruauté gratuite. C'est le signe qui atteste que les sentiments collectifs sont toujours collectifs, (...). En un mot, pour se faire une idée exacte de la peine, il faut réconcilier les deux théories contraires qui en ont été données; celle qui y voit une expiation et celle qui en fait une arme de défense sociale".

toedeelt aan verschillende niveaus van het straffen (de 'social practice' van het straffen en de concrete strafoplegging) wordt de samenhang van beide aspecten binnen de rol die de straf speelt bij het constitueren van een gedeeld referentiekader en bij het (be)vestigen van het gezag van de straffende overheid uit het oog verloren.[281]

2.2.3 Afbakening van het begrip 'punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid'

2.2.3.1 Constitutieve voorwaarden van het strafbegrip

In aansluiting op de afbakeningen van Hart, Immink en Packer zou ik in dit onderzoek onder 'punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid' of 'straf in materiële zin' willen verstaan:

1. **Een opzettelijke inbreuk op belangen in de zin van rechten en vrijheden;**
2. **van een rechtsnormschender;**
3. **door de geïnstitutionaliseerde centrale machthebber, zijnde een overheid;**
4. **naar aanleiding van een rechtsnormschending;**
5. **die gericht is op het (her)stellen van het gezag van de geschonden rechtsnorm.**

Deze werkdefinitie heeft opnieuw vijf elementen, die deels afwijken van de hiervoor beschreven definities. In het eerste element zijn twee door Hart en Immink apart genoemde elementen samengenomen (het opzet van de straffer en de inbreuk) en in navolging van Packer is het doel of de strekking van de straf als extra element opgenomen (ook al is dit niet in dezelfde termen als Packer gebeurd). Het tweede en vierde element komen qua strekking overeen met de betreffende elementen van Hart en Immink.

[281] Hart denkt - zoals reeds opgemerkt - niet in termen van een symbolische orde of een gedeeld referentiekader. In later werk (*The Concept of Law*, p. 27) formuleert hij het doel van strafbaarstelling ondubbelzinnig in termen van de functie van de straf als gedragsregulering: "The social function which a criminal statute performs is that of setting up and defining certain kinds of conduct as something to be avoided or done by those to whom it applies, irrespective of their wishes. ….. (whatever other purpose punishment may serve) [de strafbaarstelling is, mh] intended to provide one motive for abstaining from these activities". De door de strafbaarstelling beschermde norm wordt dan uitsluitend gezien vanuit het imperatieve perspectief: als een voorschrift dat als motief (reden en oorzaak) het gedrag van normadressanten bepaalt, zie par. 1.4.5.3 hierboven.

In plaats van de term leedtoevoeging is gekozen voor 'een inbreuk op belangen', die nader worden omschreven als rechten en vrijheden. Hiermee kunnen termen als leed en pijn vermeden worden die een sterk subjectivistische connotatie dragen. De vraag of een gestrafte de inbreuk op zijn rechten of vrijheden als leed of pijn ervaart is door deze terminologie in eerste instantie niet bepalend. Dat sluit aan bij de poging van Hart om het leedtoevoegend karakter van de straf te objectiveren.[282] Dat wil uiteraard niet zeggen dat de inbreuk in het algemeen niet verondersteld mag worden leed teweeg te brengen bij de gestrafte. Het opzet is echter niet alleen gericht op het leedtoevoegende karakter van de straf, maar op het maken van een inbreuk op belangen, *ten einde daardoor* het gezag van de geschonden norm te (her)stellen. Door het doel expliciet op te nemen in de definitie kan het opzet op de inbreuk als een kleurloos opzet gelezen worden. Deze lezing wordt vergemakkelijkt door opzet en inbreuk als onlosmakelijk verbonden aspecten in één element op te nemen. Dat sluit niet uit dat vergelding in de zin van genoegdoening of expressie van wraakgevoelens deel kan uit maken van het streven het gezag van de norm te herstellen. Hoewel het opzet ook in dat geval kleurloos kan worden opgevat, komt het leedtoevoegende karakter van de inbreuk dan wel degelijk als intentie naar voren. Het aldus geformuleerde doel sluit vergelding niet uit, maar deze vergelding gaat op in de verwijzing naar de bevestiging van de norm. Wanneer het gaat om een norm die niet *be*vestigd maar *ge*vestigd wordt door middel van punitieve handhaving zal in beginsel geen sprake zijn van vergelding in de zin van de expressie van wraakgevoelens of het tegemoetkomen aan een behoefte tot genoegdoening. Omdat de norm geen normatief gezag heeft, (nog) geen deel uitmaakt van een gedeeld referentiekader, zijn er geen wederzijdse verwachtingen tussen normadressaten geschonden die om vergelding vragen. Zo zal bij punitieve handhaving van ordeningsrecht bij de uitvaardiging van nieuwe regels in eerste instantie geen sprake zijn van normen die het handelen van rechtsgenoten regelen. In dat geval zal het aspect van de preventie duidelijker naar voren treden binnen de verwijzing naar de vestiging van de norm. Op den duur zal de nieuwe regel het handelen van rechtsgenoten onderling gaan regelen en zal sprake zijn van de *be*vestiging van de geschonden rechtsnorm, in welk geval wel weer sprake is van vergelding. Wanneer bij voorbaat wordt uitgesloten dat bestuurlijke

[282] Noch de subjectieve intentie van de straffer, noch de subjectieve beleving van de gestrafte zijn bepalend voor de vraag of sprake is van een handeling die als straf (h)erkend wordt. Vergelijk Glastra van Loon 1987, VIII: "Zomin als de betekenis van een handeling bepaald is door zijn specifieke bepaaldheid als objectief gebeuren, zomin is deze bepaald door de intentie van het handelend subject. Ook een dergelijke psychologisering is een ontologisering van die betekenisbepaaldheid. De betekenis van een handeling is bepaald door zijn relaties tot andere handelingen overeenkomstig de die verhoudingen regelende normen".

punitieve handhaving gericht is op vergelding kan dat niet anders betekenen dan dat de beschermde rechtsnorm geacht wordt uitsluitend als voorschrift binnen de verhouding tussen normadressant en normadressaten te spelen.[283] Daarmee wordt het normatieve gezag van de straf veronachtzaamd, hetgeen zowel in termen van effectiviteit als in termen van legitimiteit een bijzonder problematische opvatting is van de rechtsnorm in het bestuursrecht.

Door belangen te specificeren als rechten of vrijheden wordt aangesloten bij het mensenrechtendiscours. Straffen vormen, evenals dwangmiddelen een inbreuk op grondrechten die verhouding tussen burger en overheid constitueren, in het bijzonder het recht op eigendom (boete) en het recht op bewegingsvrijheid (de vrijheidsstraf). Door in het midden te laten of het om rechten of vrijheden gaat, kunnen ook inbreuken op vrijheden die niet of nog niet in de vorm van subjectieve rechten gepositiveerd zijn onder het strafbegrip worden gebracht.[284]

Het derde element verwijst evenals het vijfde element van Immink naar een verschil in hiërarchie tussen straffer en bestrafte. Straffen veronderstelt een machtsverhouding die geïnstitutionaliseerd is. In beginsel kan de straf worden opgelegd als een eenzijdig besluit waartoe geen medewerking of instemming van de gestrafte vereist is. Deze afbakening zou nog ruimte laten voor allerlei vormen van tuchtrecht of andere vormen van punitief handelen in de private sfeer. Om die reden is de term overheid ingevoerd in dit element.[285] Zoals in het vierde hoofdstuk zal blijken kunnen binnen een politieke gemeenschap verschillende overheden bestaan die al dan niet los van elkaar straffen op

283 Rogier 2001, p. 12-13 stelt dat het bestuur alleen mag straffen ter voorkoming van ongewenste precedentwerking en niet ter vergelding. In dat geval kan de bestuursstraf nooit meer zijn dan een prijs die betaald wordt voor bepaald soort gedrag. Zie de kritiek van Corstens 1995, p. 32 t.a.v. de idee dat een straf een prijs zou zijn.

284 Cleiren 1994, aantekening 6 bij art. 1 Sv, p. 56-60, noot 2. Zij verkiest de terminologie 'rechten en vrijheden' boven de term 'grondrechten' omdat deze laatste term 'ten onrechte de indruk' kan 'wekken van een noodzakelijke koppeling aan en daarmee beperking tot rechten die bij de grondwet of verdragen zijn geformuleerd'. Dit is volgens Cleiren noodzakelijk omdat 'de catalogus aan te waarborgen rechten en vrijheden is niet limitatief en kan dus niet slechts worden afgeleid uit de in de grondwet en verdragen genoemde rechten en vrijheden. De invulling daarvan is immers (…) open en de waardering ervan kan in een bepaalde tijd en constellatie variëren.' Zie in gelijke zin Lefort 1994, p. 67 en hieronder par. 7.2.

285 Immink 1969, p. 39 zelf spreekt ten aanzien van het hoofd van de in hoofdstuk 3 nader te bespreken huisgemeenschap van de Oudgermaanse niet-statelijke samenleving van een overheid. Het gezag dat de 'heer' als hoofd van de huisgemeenschap over de aan zijn gezag onderworpen 'onvrijen' uitoefent, heeft in zijn ogen alle kenmerken van het overheidsgezag. Zie hieronder par. 3.3.2.

kunnen leggen. Met name in de late middeleeuwen werd het *ius puniendi* door meerdere overheden naast elkaar uitgeoefend zonder dat dit recht om te straffen was te herleiden tot één van hen.[286] Met het hiërarchische aspect worden private wraakoefeningen en oorlogshandelingen uitgesloten omdat daarbij in beginsel een conflict tussen gelijken wordt uitgevochten (afwezigheid van hiërarchie) en omdat het recht van de sterkste daarbij bepaalt op wiens belangen een inbreuk wordt gemaakt (afwezigheid van institutionele machtsuitoefening).

Het strafbegrip wordt hier dus begrepen als een species van het genus punitieve rechtshandhaving, met als onderscheidend kenmerk het feit dat de straf wordt opgelegd door een overheid. Punitieve rechtshandhaving kan dan worden begrepen als 'een opzettelijke inbreuk op belangen in de zin van rechten en vrijheden van een rechtsnormschender, naar aanleiding van een rechtsnormschending, waarbij de inbreuk is gericht op het (her)stellen van het gezag van de geschonden rechtsnorm'. In de hoofdstukken 3 en 4 zal blijken dat in geval van wraak de schending van de rechtsnorm wordt toegerekend aan de verwantschapsgroep van de dader. In dat geval valt het herstel van het imperatieve gezag van de geschonden rechtsnorm samen met herstel van de geschonden eer van de verwantschapsgroep van het slachtoffer. Over de betekenis van de term eer, zie par. 4.2.2.2.

Uiteraard is het mogelijk om punitieve rechtshandhaving en straf aan elkaar gelijk te stellen, in welk geval de wraak als een manifestatie van de straf wordt gezien. Daarmee zouden wij ons op het niveau van de begripsvorming een helder zicht ontnemen op het onderscheid tussen punitieve rechtshandhaving die wel en die niet uitgaat van de overheid. Gezien het doel van dit onderzoek (de bijdrage van de straf en van de consensuele afdoening aan de rechtshandhaving) is juist dat onderscheid van groot belang: de consensuele procesvorm wordt bepaald door de verhouding tussen overheid en vermeende rechtsnormschender. Die verhouding verschilt fundamenteel van de verhouding tussen rechtsgenoten in geval van wraak.

2.2.3.2 Betekenis van de straf als constitutieve voorwaarde voor het strafbegrip

Het vijfde element voegt de gerichtheid van de straf toe als constitutief bestanddeel van het strafbegrip. Wat bij Packer het doel en bij Hart de rechtvaardiging van de straf is kan in termen van Glastra van Loon ook gezien

[286] Zie hoofdstuk 4. Zie ook de oratie van Vervaele 1994 en Hirsch Ballin 1999.

worden als de betekenis van de straf.[287] In dat geval wordt deze voorwaarde gelezen als een verwijzing naar datgene waar de straf op gericht is zonder dat daarmee een bewuste intentie van de straffer (het doel) vereist is en zonder dat die gerichtheid tot een morele kwestie (de rechtvaardigheid) gereduceerd wordt. Het doel van de straf is een regulatieve voorwaarde in die zin dat het mogelijk is dat de straf haar doel niet bereikt. Wil een handeling echter als straf worden verstaan dan is de *gerichtheid op* het (be)vestigen van de geschonden norm een noodzakelijke, constitutieve voorwaarde. Voor een goed begrip van het fenomeen straf en voor inzicht in de betekenis van de term straf is juist die voorwaarde onmisbaar. Bevestiging van de geschonden norm is dus een regulatieve voorwaarde voor het fenomeen straf en de gerichtheid op die (be)vestiging is constitutief voor de straf *als fenomeen* en voor het *strafbegrip*.

Ter voorkoming van een Babylonische spraakverwarring moeten nu een aantal fenomenen en een aantal voorwaarden onderscheiden worden. Wanneer hier gesproken wordt over de *term straf* gaat het om het als teken gebruikte woordje 'straf'. Wanneer we spreken over het *strafbegrip* gaat het om de intra- en extrasystematische betekenis van de term straf. Dat wil zeggen dat het bij het strafbegrip gaat om de verhouding tussen de term straf en andere termen enerzijds en om de betekening van bepaalde handelingen als straf door de term straf anderzijds. Wanneer we spreken over *de straf*, dan gaat het om handelingen die wij via betekening met de term straf aan elkaar toeordenen. De betekenis van de straf valt dus niet samen met de betekenis van de term straf: straf en strafbegrip zijn twee fenomenen die niet los van elkaar verkrijgbaar zijn maar wel onderscheiden moeten worden.

De relatie tussen straf en strafbegrip ligt in de betekening: het fenomeen straf (als handeling) ontstaat op het moment dat deze handeling als handeling (h)erkend wordt en daarmee *als demonstratie van het strafbegrip en als representatie van alle andere als zodanig te benoemen handelingen functioneert*. Omdat de betekenis van dit type handelingen ligt in de gerichtheid op de (be)vestiging van een geschonden norm, is die gerichtheid constitutief voor het strafbegrip. Aldus is de regulatieve voorwaarde voor de straf (bevestiging van het gezag

[287] Bij de ontwikkeling van zijn functionele rechtsleer komt Ter Heide 1965, p. 169 e.v. tot een vergelijkbare positie: 'het karakter van de straf is normhandhaving' (p. 173). De titel van zijn proefschrift *Vrijheid: over de zin van de straf* geeft aan dat hij - eveneens geïnspireerd door Glastra van Loon - zijn onderzoek richt op de zin van de straf. Wat hij de zin van de straf noemt heet hier - met Glastra van Loon - de betekenis van de straf. Zijn functionalistische uitleg van die zin neigt echter naar een mensbeeld waarin het subject door maatschappelijke rollen gedetermineerd wordt, hetgeen gemakkelijk kan leiden tot overtrokken verwachtingen van het effect van de straf.

van de geschonden norm) bepalend voor het strafbegrip.[288] De betekenis van het fenomeen straf is constitutief voor de betekenis van de term straf, maar valt er - zoals eerder aangegeven - niet mee samen. Wil sprake zijn van een onder het strafbegrip te ordenen handelen, dan hoeft dit handelen niet te leiden tot normherstel maar de handeling moet wel begrepen worden als gericht op dat herstel. Het gaat daarbij niet om de subjectivistische intentie van de straffer maar om de betekenis die de betreffende handeling binnen het veld van wederzijdse verwachtingen en binnen het meer omvattende betekenissysteem heeft (kortom de extra- en intrasystematische betekenis).

De betekenis van de straf bestaat erin dat deze handeling een demonstratie is van de *verwerping van de normschending* en daarmee ook een representatie van alle straffende handelingen waarmee de betreffende normschending verworpen wordt.[289] *De straf stelt als handeling opnieuw de norm die door de strafbare handeling geschonden is.* De precedentwerking die van iedere handeling uitgaat[290] kan bij het uitblijven van de straf leiden tot het vervallen van de geschonden norm. Dat betekent niet dat iedere strafbare handeling opgespoord, vervolgd en bestraft moet worden maar wel dat de symbolische functie van de straf - en dus ook de symbolische functie van het gedogen - niet onderschat kan worden.[291]

288 Het feit dat een voorwaarde vanuit een bepaald perspectief als regulatief moet worden gezien terwijl die regulatieve voorwaarde zelf weer constitutief is voor de identificatie van het betreffende fenomeen zien we ook bij Radbruch in de verhouding tussen het rechtsbegrip (wanneer is sprake van recht) en de rechtsidee (waar is het recht op gericht), zie in het bijzonder Radbruch 1950, hoofdstuk 4, p. 123-131. De rechtsidee representeert de gerichtheid van het recht op de rechtvaardigheid: die gerichtheid stelt eisen aan het recht (en is in die zin regulatief) terwijl tegelijkertijd zonder die gerichtheid geen sprake meer kan zijn van recht (in die zin is de rechtsidee constitutief voor het recht en voor het rechtsbegrip).

289 Vergelijk de positie van Hegel in zijn *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, par. 90-104. Hij spreekt over de straf als de negatie van de negatie: in termen van Glastra van Loon de verwerping van de normschending. De geschonden norm is met de strafbare handeling verworpen en deze verwerping wordt met de straffende handeling verworpen. Zie ook Salas 1992, p. 34: "Pris dans un processus circulaire, le procès pénal contribue en permanence à régénérer l'ordre social en annulant symboliquement la transgression faute de l'atteindre dans sa réalité même". Zie ook Vervaele 1990, p. 114-116.

290 Zie par. 1.3.4 hierboven.

291 Zie Foqué 1995 voor een scherpe analyse van de gedoogproblematiek. Zie ook Salas 1992, p. 34: "Pris dans un processus circulaire, le procès pénal contribue en permanence à régénérer l'ordre social en annulant symboliquement la transgression faut de l'attendre dans sa réalité même".

De betekenis van de straf is geformuleerd in termen van herstel van het *gezag* van de geschonden norm. Met de term gezag hopen wij te ontkomen aan de empiristische connotaties van termen als 'werking', effectiviteit' of 'gelding', welke laatste term ook nog een normativistische connotatie heeft in de zin van het positivisme van Kelsen. Het gaat hier om het gezag als uitdrukking van de betekenis die de norm binnen een handelingscontext heeft: binnen de verhouding tussen rechtsgenoten onderling gaat het om het normatieve gezag van de norm; binnen de verhouding tussen normadressant en normadressaten gaat het om het imperatieve gezag. De straf zal vanwege de hiërarchische verhouding tussen straffer en bestrafte altijd gericht zijn op (be)vestiging van het imperatieve gezag van de norm, maar wil de norm betekenis krijgen binnen het horizontale perspectief van rechtsgenoten onderling dan zal de straf ook gericht moeten zijn op (be)vestiging van het normatieve gezag van de norm. In dit onderzoek zal blijken dat de vraag of de straf betekenis krijgt binnen het horizontale perspectief mede afhangt van de procesvorm die aan de oplegging van de straf voorafgaat.

Na deze eerste aanzet tot een systematische analyse van het strafbegrip, kort samen te vatten als **punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid**, zal ik deze terminologie vergelijken met de diverse termen die in de Nederlandse rechtswetenschappelijke literatuur worden voorgesteld.

2.3 Punitief

2.3.1 Straf en sanctie

In zijn afscheidsrede stelt Corstens voor om een overkoepelend begrip 'punitief sanctierecht' te hanteren.[292] Bij het zoeken naar adequate afbakening van het strafbegrip vanuit inhoudelijke criteria, zal het strafbegrip allereerst onderscheiden moeten worden van het meer omvattende sanctiebegrip. Daarbij mogen we ervan uitgaan dat een straf altijd een sanctie is maar dat een sanctie niet altijd een straf is. Het bereik van de term[293] sanctie omvat zowel privaat-

[292] Corstens 1995, 35 "Ter wille van de bedoelde samenhang zullen we in de toekomst het overkoepelend begrip punitief sanctierecht moeten hanteren. Punitief sanctierecht omvat alle rechtshandhaving met behulp van punitieve sancties. Het (heteronome) strafrecht maakt daarvan deel uit". Over het onderscheid tussen een autonome en een heteronome visie op het strafrecht, zie Hartmann en Van Russen Groen 1998, p. 37-45 en hieronder par. 2.5.3.

[293] In termen Glastra van Loon: de extrasystematische betekenis van de term.

rechtelijke als bestuursrechtelijke als strafrechtelijke sancties en binnen deze drie rechtsgebieden vallen zowel reparatoire als punitieve interventies binnen het bereik van de term sanctie.

Het onderscheid tussen straf en sanctie kan in het verlengde van de analyse van het strafbegrip in de voorgaande paragraaf worden onderzocht. In Nederland is door Duk gepleit voor een algemene sanctietheorie.[294] Hoewel hij het niet wenselijk acht om de betekenis van een term bij aanvang van het onderzoek naar die term vast te zetten, waagt hij zich wel aan een werkdefinitie:

> Voor een ordelijke discussie is intussen wel enige afbakening nodig. Zonder pretentie van definiëring duid ik nu globaal als 'sancties' aan: door het recht geregelde (althans toegelaten, of geboden) reacties op – dan wel van rechtswege intredende gevolgen van – onrechtmatig gedrag, voor zover de overtreder daardoor in zijn belangen wordt getroffen. [295]

Wanneer we Duks analyse vergelijken met die van Hart valt op dat Duk in tegenstelling tot Hart ook 'reacties' meetelt die van rechtswege intreden. Anders dan Immink verwijst Duk niet naar een hiërarchische relatie waarbinnen de sanctie zich afspeelt. Kennelijk hoeft een sanctie niet per se uitgedeeld te worden door 'une personne se trouvant de jure sur un plan supérieur'. Evenals bij Hart en Immink staat voorop dat het gaat om een overtreder die vanwege de overtreding in zijn belangen wordt getroffen op een door het recht geregelde wijze. Het is duidelijk dat Duk een begrip wil ontwikkelen waaronder niet alleen strafrechtelijke of alleen punitieve sancties vallen. In vergelijking met het hiervoor ontwikkelde strafbegrip valt ook op dat Duk niet verwijst naar het doel van de reactie. Dat sluit aan bij zijn intentie het begrip open houden voor reparatoire sancties. Het ontbreken van een verwijzing naar de hiërarchische relatie tussen degene die sanctioneert en de

294 Duk 1973. Zie zijn Utrechtse oratie 'Tanden van het recht. Oriënterende beschouwingen over sancties'. Zie ook de Utrechtse oratie van Vervaele 1994: 'Handen en tanden van het (gemeenschaps)recht. Beschouwingen over publieke rechtshandhaving'.

295 Duk 1973, p. 11. Het voordeel van deze werkdefinitie is dat de hierboven aangeduide verschillen tussen punitief en niet-punitief handelen in straf- en bestuursrecht onder één noemen kunnen worden gebracht. Zie Kleijs-Wijnnobel 1993, p. 39: "In het bestuursrecht komen sancties voor die een punitief of gemengd karakter hebben en in het strafrecht komen sancties voor die meer gericht zijn op reparatie dan op bestraffing. Dit gezichtspunt was voor Duk destijds al aanleiding de sancties niet eenvoudigweg te verdelen in strafsancties en bestuurssancties puur op basis van formele criteria (strafsancties zijn sancties door de strafrechter opgelegd; bestuurssancties zijn sancties afkomstig van de besturende overheid), maar te kijken naar het werkelijke karakter, los van de kwalificatie in een wettelijk voorschrift. Dit bracht hem ertoe te pleiten voor een analoge toepassing van strafrechtelijke regels op bestuurssancties met een 'retributief' (of anders gezegd punitief) karakter".

gesanctioneerde geeft samen met het ontbreken van het doel van de sanctie aan dat het begrip meer omvat dan de straf. Zowel strafbaarstelling als strafoplegging zijn in beginsel gebaseerd op eenzijdige besluitvorming en kunnen zonder instemming of medewerking van te straffen personen worden doorgezet; bovendien is het straffen steeds gericht op het (be)vestigen van het gezag van een geschonden norm en niet noodzakelijk op herstel van een situatie of beveiliging.[296]

2.3.2 Privaatrechtelijke sancties

Wat betreft de privaatrechtelijke sancties is de schadevergoeding duidelijk een reparatoire sanctie, terwijl het boetebeding duidelijk een punitief karakter heeft. Wanneer de overheid gebruik maakt van een boetebeding in een privaatrechtelijke overeenkomst is het doel van die boete in eerste instantie gericht op de nakoming van de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien. De vraag is of die overeenkomst zelf wellicht deel uitmaakt van het handhavingsbeleid van de overheid, die daartoe naast de strafrechtelijke en de bestuursrechtelijke weg in beginsel ook de privaatrechtelijke weg kan bewandelen. In dat geval is de punitieve handhaving van de overeenkomst gericht op het (be)vestigen van het gezag van de rechtsnorm die door het nakomen van de overeenkomst wordt nageleefd. De vraag is of het afdwingen van normconform gedrag via punitieve privaatrechtelijke handhaving is toegestaan. Deze vraag ligt in het verlengde van de vraag in hoeverre het de overheid vrijstaat om bij het bereiken van beleidsdoelen gebruik te maken van privaatrechtelijke middelen. Op het raakvlak tussen bestuurs- en privaatrecht is daartoe de twee-wegenleer ontwikkeld. Volgens de Hoge Raad staat het de overheid in beginsel vrij om beleidsdoelen langs privaatrechtelijke weg te implementeren, tenzij daardoor een publiekrechtelijke regeling wordt doorkruist die expliciet uitputtend bedoeld is. Indien de betreffende publiekrechtelijke

[296] Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 1999, p. 477-479 die een onderscheid maken tussen situatieve en punitieve sancties: "Het onderscheid tussen punitieve en situatieve sancties ziet op het oogmerk waarmee de sanctie wordt opgelegd, niet op de zwaarte". Zie ook Prins 1958, p. 137-141 over het begrip 'sancties', in een tekst waarin hij de grenzen van het bestuursrecht en het strafrecht onderzoekt. Hij verwijst op p. 138 naar de tweede betekenis die Van Dale - op dat moment - aanreikt bij de term 'sanctie': 'dwangmiddel, middel om de naleving van een voorschrift af te dwingen, of als straf voor een overtreding'. Op p. 139 haalt hij Pompe (Handboek, blz. 5) aan die de functie van sancties omschrijft als 'het trachten tot werkelijkheid te maken, wat de normen aan de rechtsgenoten als behoorlijk voorschrijven'. Hij meent op p. 140 in ieder geval 'dat een sanctie onbestaanbaar is zonder een norm die daaraan zoal niet 'zeitlich', dan toch 'begrifflich' voorafgaat, (..)'.

regeling geen verwijzing bevat naar exclusiviteit, kan nog sprake zijn van doorkruising als door het gebruiken van de privaatrechtelijke weg de publiekrechtelijke weg op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist.[297] Een van de criteria die daarbij doorslaggevend kan zijn, is de wijze waarop en de mate waarin de belangen van de burgers beschermd zijn. Het mag duidelijk zijn dat vergelijking van een privaatrechtelijke punitieve sanctie met een publiekrechtelijke punitieve sanctie op het punt van de rechtsbescherming bijzonder interessant is. In HR 10 december 1999, NJ 2000, 8 heeft de Hoge Raad overwogen dat de oplegging van een boete door de Stichting Kwaliteitsgarantie Vleeskalversector op grond van een privaatrechtelijke overeenkomst de strekking heeft van een straf of tuchtmaatregel en daardoor in strijd is met art. 5 WED, waarin 'voorzieningen met de strekking van straf of tuchtmaatregel ter zake van economische delicten' worden uitgesloten. Deze redenering sluit aan bij het doorkruisingscriterium van de Hoge Raad in gevallen waarin een publiekrechtelijke regeling zelf bepaalt uitputtend te zijn en privaatrechtelijke regeling daarmee uitsluit. Uit het kabinetsstandpunt ten aanzien van het rapport *Handhaven op Niveau* van de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (Cie. Michiels) blijkt dat het kabinet van mening is dat aan privaatrechtelijke handhaving van publiekrechtelijke normen geen behoefte is.[298]

2.3.3 Bestuursrechtelijke sancties

Wat betreft het bestuursrecht kunnen bestuursdwang, de bestuurlijke dwangsom, intrekking van begunstigende beschikkingen, sancties op uitkeringen en de bestuurlijke boete worden genoemd. Het gaat mij in het bijzonder om de bestuurlijke boete, maar ten aanzien van de andere sancties is niet op voorhand uit te sluiten dat zij onder omstandigheden een punitief karakter krij-

297 Zie voor de criteria op grond waarvan tot een onaanvaardbare doorkruising geconcludeerd kan worden Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 1999 hoofdstuk 9 par. 2 onder punten 9-13, met name p. 456 onder verwijzing naar HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (Staat-Windmill).

298 TK 1999-2000, 26 800 VI, nr. 67, p. 8, echter: "Samenhangend met de rol van het privaatrecht heeft het kabinet gesignaleerd dat in een beperkt aantal gevallen (noot 1: Bij voorbeeld om inzage te krijgen in de bescheiden van een weigerachtig bedrijf met oog op premieheffing bij sociale verzekeringen en belastingen) toezichthouders of handhavers gebruik *moeten* maken van het privaatrecht om na te gaan of in strijd met de normen wordt gehandeld [cursief mh]". Gezien de rechterlijke uitspraak die in de tekst is weergegeven lijkt dit *moeten* toch een *niet mogen* te moeten worden.

gen.[299] Op de bestuursrechtelijke sancties kom ik in paragraaf 2.5 uitgebreid terug in verband met de vergelijking tussen bestuurs- en strafrechtelijke sanctionering.

2.3.4 Strafrechtelijke sancties

Binnen het strafrecht tenslotte zou het onderscheid tussen straffen en maatregelen kunnen verwijzen naar het onderscheid tussen punitieve sancties (straffen) en niet-punitieve sancties (maatregelen). Deze laatste zijn niet steeds onder de term 'reparatoir' te vatten (zoals wel de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en de schadevergoeding), want deels gericht op beveiliging van de samenleving (zoals onttrekking aan het verkeer, plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis en terbeschikkingstelling). Omdat ik het materiële strafbegrip beperk tot *punitief* handelen van de overheid, valt de maatregel in beginsel buiten het strafbegrip. Het feit dat deze maatregelen alleen kunnen worden opgelegd naar aanleiding van een strafbaar feit geeft echter aan dat deze sancties nauw verbonden zijn met het materiële strafbegrip – hoewel zij daar zelf niet onder vallen. Dat zou wel het geval zijn als we de definitie van Hart zouden volgen, omdat hij het doel van de strafhandeling in het midden laat. Het nadeel van zijn definitie was echter dat ook schadevergoeding daaronder viel. Het feit dat wij ons in dit onderzoek richten op en beperken tot punitief handelen en daarbij de strafrechtelijke maatregel buiten het bereik van het strafbegrip plaatsen, wil niet zeggen dat er geen goede redenen zijn om het opleggen van dergelijke maatregelen aan de strafrechter over te laten. Juist de potentiële mateloosheid van de maatregel, die niet door de proportionaliteit van de vergeldingsmaatstaf wordt beheerst en uitsluitend op utilitaire gronden gebaseerd lijkt, pleit voor een rechterlijke toets. Pragmatische redenen kunnen er dan weer voor pleiten om die toets aan de strafrechter toe te delen, in verband met het voorafgaande oordeel over de strafbaarheid van de daad die aanleiding is voor de maatregel.

Samenvattend blijkt het belangrijkste criterium dat de straffen als deelverzameling onderscheidt van de sancties de punitiviteit van de inbreuk, die sa-

[299] De punitieve intrekking of verlaging van een subsidiebeschikking kan in voorkomende gevallen grote gevolgen hebben voor betrokkenen. Zie De Doelder 2001 over de bestuurlijke afdoening van overtredingen ten tijde van de MKZ-crises, geregeld in het *Besluit verlaging tegemoetkoming aangewezen dierziekten*. De Doelder heeft bezwaar tegen deze bestuurlijke afdoening vanwege het ingrijpende karakter van de sancties, die hebben geleid tot parlementaire interventies in individuele zaken die mij doen denken aan onNederlands (?) cliëntisme.

menhangt met het doel van de sanctie (rechtshandhaving in plaats van herstel of beveiliging).

2.4 Rechtshandhaving

2.4.1 Onderbepaaldheid van het begrip rechtshandhaving

In plaats van de term punitieve *sanctie* te gebruiken, zoals Corstens in zijn afscheidsrede doet, geef ik de voorkeur aan punitieve *rechtshandhaving*.[300] Omdat punitieve handelingen altijd sancties zijn voegt de term sanctie weinig toe. De term rechtshandhaving daarentegen plaatst het punitieve karakter van het overheidshandelen direct in een breder verband. Een belangrijke vraag is dan of het gaat om handhaving *door middel van* recht of om handhaving *van* recht. Dat laatste roept de vraag op wat met recht bedoeld wordt. Gaat het daarbij om het recht als instrument van overheidshandelen (of dat nu wetgeving, bestuur of rechtspraak is) of gaat het bovendien om de eigen waarde van het recht als constitutie van een democratische rechtsstaat. Die vraag kan niet op voorhand beantwoord worden. Als rechtshandhaving de handhaving is van de rechtsorde moet op het niveau van de begripsvorming het oordeel over de vraag of het gaat om een democratische en rechtsstatelijke rechtsorde op worden geschort. Dat oordeel kan pas op het niveau van een concrete rechtsorde worden beargumenteerd en niet analytisch uit het begrip worden afgeleid.[301] Bovendien hangt dat oordeel af van de rechtsopvatting van waaruit een

300 Het mag duidelijk zijn dat de term (rechts)handhaving een veel groter bereik heeft dan het begrip punitieve rechtshandhaving, omdat allerlei vormen van toezicht hier ook onder vallen. Zie Buruma 1993, p. 9 e.v. en p. 192 e.v., Michiels 1995, p. 12-13, Vervaele 1994, p. 3 e.v.

301 't Hart 1987, p. 229: "De strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde dreigt hierdoor te verworden tot een strafrechtelijke handhaving van een door de overheid gewenste orde". In hoofdstuk 2C van 't Hart 1994 wordt het begrip rechtshandhaving vanuit een relationele rechtsopvatting nader uitgewerkt, en in hoofdstuk 3C, p. 224 e.v. vergeleken met een instrumentalistische en machtskritische rechtsopvatting. Deze laatste rechtsopvatting zou door de Utrechtse jurist en rechtssocioloog Peters worden verdedigd, die in zijn oratie van 1972 onderscheidt tussen recht en orde, die hij tegenover elkaar stelt. Om dat te kunnen doen koppelt hij de machtskritische functie van het recht los van de ordenende functie van de staat; die eerste functie zou dan het 'eigenlijke' rechtskarakter van het strafrecht uitmaken (secundaire controle). Door recht en orde aldus tegenover elkaar te stellen ontneemt hij het zicht op de ordenende functie van het recht, zonder welke het recht geen bescherming kan bieden. In zijn latere werk stelt hij in navolging van de vroegere Habermas het recht niet meer tegenover orde

maatschappelijke orde als rechtsorde wordt betekend. Het begrip rechtshandhaving is aldus fundamenteel onderbepaald: ten eerste hangt de betekenis van de term 'recht' af van de impliciete rechtsopvatting van degene die de term gebruikt en ten tweede kan de vraag of sprake is van *rechts*handhaving pas met het oog op een concrete rechtsorde worden beantwoord.

2.4.2 Relationele rechtsopvatting

Om een concrete rechtsorde te beoordelen in termen van democratie en rechtsstatelijkheid, is een opvatting nodig over het recht dat een democratische en rechtstatelijke orde constitueert. Juist met het oog op de ontwikkeling van het denken over de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde hebben Foqué en 't Hart daartoe in hun gezamenlijk werk *Instrumentaliteit en rechtsbescherming* van 1990 een relationele rechtsopvatting ontwikkeld. Deze relationele rechtsopvatting biedt een referentiekader waarbinnen het oordeel over het karakter van een concrete rechtsorde gestalte kan krijgen. In een relationele rechtsopvatting belichaamt het recht - onder verwijzing naar Montesquieu 'een pluricentrische structuur (….) waarin elke macht begrensd wordt door een andere macht'.[302] De term relationeel verwijst dan ook naar:

> recht als relatiepatroon (..) waarin een omvattend structureel evenwicht tot uitdrukking komt waarbinnen de machtsuitoefening ingeperkt en gekanaliseerd kan worden.[303]

Het staatkundige model van de scheiding der machten is vanuit die opvatting 'méér dan een min of meer toevallige politieke taakverdeling, afhankelijk van politieke opportuniteit'. Wil de maatschappelijke orde als rechtsorde in de zin van een rechtsstatelijke orde opgevat kunnen worden, dan moeten de verhoudingen tussen burger en overheid zo gestructureerd zijn dat zij wederzijds

maar tegenover een genaturaliseerde 'leefwereld', waarbij het recht zelf met statelijke ordening lijkt samen te vallen, zie ook Habermas 1988, p. 522-547. In zijn latere werk ziet Habermas het recht veeleer als een bemiddeling tussen politieke macht en leefwereld, zie Habermas 1994.

302 Foqué en 't Hart 1990, p. 80-81. Zie hieronder par. 6.3 voor een uitwerking van het gedachtengoed van Montesquieu met het oog op het procesbeginsel.

303 't Hart 1994, p. 210. Zie ook 't Hart 1997, p. 55, die alleen van een 'rechtsorde' wil spreken als voldaan is aan de rechtsstatelijke kwaliteitseis, 'die erop het meest abstracte niveau op neerkomt dat een maatschappelijke structuur in stand wordt gehouden die zodanig is dat het recht, dat daarbinnen ontwikkeld wordt, een sfeer van individuele vrijheid garandeert die nodig is voor individuele emancipatie en participatie ten einde de democratie ook inhoudelijk te laten functioneren'. Binnen deze rechtsopvatting is rechtsstatelijkheid voorwaarde voor een volwaardige democratie.

afhankelijk zijn van elkaar en zo dat de overheidsmacht steeds doorzichtig is. Door het recht als instrument te gebruiken bij de constitutie van doorzichtige en policentrische machtsverhoudingen kan de duurzaamheid van die maatschappelijke orde in haar grondstructuur worden gewaarborgd.[304]

Onder handhaving van een aldus begrepen relationeel recht valt veel meer dan criminaliteitsbestrijding. Die handhaving omvat naast de bescherming van de rechten van de ene burger tegen inbreuken daarop van de andere (criminaliteitsbescherming) tegelijk ook de bescherming van de relationele orde zelf. Rechtshandhaving kan in een relationele rechtsopvatting niet tegenover rechtsbescherming worden geplaatst maar impliceert deze. 't Hart heeft de relationele opvatting van de rechtshandhaving nader uitgewerkt in zijn *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*[305] en in zijn *Mensenwerk? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat*. In die laatste tekst legt hij het verband tussen een relationele opvatting van de rechtshandhaving en de kennistheorie door onder de rechtsbescherming (zelf een vorm van rechtshandhaving) ook de bescherming *van en door* het recht te begrijpen tegen 'een bepaald gemeenschappelijk denkkader, een gemeenschappelijke interpretatiecode, (…) zò vanzelfsprekend, dat het interpretatieve karakter uit het oog wordt verloren'. [306]

2.4.3 Instrumentalistische rechtsopvatting

Handhaving is een veelgebruikte term in beleidsstukken waarin de problematiek van het tekort aan rechtshandhaving wordt aangevat, in veel gevallen ver-

[304] Zie ook par. 4.2.4 hieronder over de door Berman beschreven 'formation of the Western Legal Tradition' in de late middeleeuwen. Berman toont overtuigend aan hoe het ontstaan en de ontwikkeling van een pluraliteit van jurisdicties en de daarmee samenhangende machtsevenwichten in de middeleeuwen de grondslag van de Westerse rechtsorde vormen. Juist in die policentrische machtsuitoefening situeert hij het ontstaan van nieuwe mogelijkheden en vrijheden. Zie ook par. 6.3 hieronder over de policentrische verhoudingen zoals Montesquieu die voorstond.

[305] 't Hart 1994, p. 224-228.

[306] 't Hart 1995, p. 119. Zie in dezelfde tekst p. 116-121, waar hij twee niveaus van rechtsbescherming onderscheidt: (1) 'de bescherming van de burger tegen iedere inbreuk, hetzij door de overheid hetzij door anderen (criminaliteit)' en (2) 'bescherming tegen een dominant denken dat als zò natuurlijk wordt ervaren dat het gangbare wereld- en werkelijkheidsbeeld lijkt samen te vallen met de werkelijkheid zelf en die geheel lijkt te omvatten'.

gezeld van een pleidooi voor meer of nieuwe bevoegdheden.[307] Het tekort aan handhaving wordt in deze beleidsstukken meestal gelijkgesteld aan onvoldoende naleving van door de overheid gestelde regels. Die regels beogen een door de overheid gewenste maatschappelijke orde te constitueren en het lijkt erop dat die maatschappelijke orde in beginsel losstaat van de handhaving van een democratische en rechtsstatelijke orde.[308] Dat laatste kan dan als een extra - mee te wegen - factor bij de rechtshandhaving worden 'meegenomen' (of, als het te duur is of de nood te hoog, worden weggelaten). Het recht lijkt in dat geval eerder een instrument voor het implementeren van beleid, dan een kader waarbinnen dat beleid zich afspeelt en een geheel van normen waaraan dat beleid getoetst kan worden.[309]

Zo wordt in de nota *Met vaste hand. Verbetering van de kwaliteit van de rechtshandhaving*[310] 'rechtshandhaving opgevat als het bewerkstelligen van de naleving van wettelijke regels'. In de nota *Het recht ten uitvoer gelegd*[311] wordt gesproken van 'handhaving, dat wil zeggen het samenspel van maatregelen dat bijdraagt tot naleving van de rechtsregels'. Opvallend is de nadruk op het denken in termen van door de overheid vastgestelde regels die moeten worden 'nageleefd'.[312] Kennelijk wordt er hier van uitgegaan dat sprake is van

307 Sinds de rapportages van de Cie.Roethof uit 1984 en 1986 is het uitgangspunt van het strafrechtelijk beleid een tekort aan rechtshandhaving, in de zin van onvoldoende naleving van door de overheid gestelde regels. Zie hierboven par. 0.2.2.

308 In het rapport *Rechtshandhaving* van de WRR 1988, p. 119, worden twee theoretische hoofdstromingen onderscheiden: 'due process' en 'crime control': "Op dit moment staat het kwaliteitsaspect rechtvaardigheid onmiskenbaar onder een zekere politieke druk. (..) Niettemin zal steeds gezocht moeten worden naar een 'optimale mix', (…). *Niet alleen principiële* overwegingen spelen hierbij een rol; reductie van het rechtsgehalte zal ook de geloofwaardigheid van strafrechtelijk optreden kunnen aantasten en zo het effect ervan, in termen van gedragsbeïnvloeding, juist verminderen [cursief mh]". Wanneer dat laatste, pragmatische argument als enig argument overblijft, wordt volgens 't Hart 1990, p. 101/102 – onder verwijzing naar p. 122 van het rapport van de WRR - de term 'rechtsgehalte' "inhoudelijk omgezet van een autonome, machtskritische categorie in een onderdeel van de doelmatigheid en doeltreffendheid".

309 In gelijke zin Vervaele 1994, p. 1-3 en 7-9.

310 *Kamerstukken II* 1990/91, 22045, nr. 2, p. 9. Zie ook Vervaele 1994, p. 9 die meent dat het 'funest is' de rechtshandhaving louter te analyseren in termen van 'handhavingsdeficit en falende handhavingsquotes'.

311 *Het recht ten uitvoer gelegd. Oude en nieuwe instrumenten van rechtshandhaving*, rapport van de Commissie 'Heroverweging instrumentarium rechtshandhaving' (Cie. Korthals Altes), 1995, p. 9.

312 Dat neemt niet weg dat in veel nota's evenzeer aandacht is voor de 'normbevestigende functie van de strafrechtspleging' (Samenleving en Criminaliteit, *Kamerstukken II* 1984/85, 18 995, nr. 1, p. 37), die gelezen kan worden als het besef dat 'naleving' van

rechtshandhaving zodra de door de overheid uitgevaardigde regels worden nageleefd. In termen van het hier gehanteerde rechtsnormbegrip ligt in veel beleidsnota's de nadruk op het imperatieve gezag van de rechtsnorm (en van de straf) en wordt het belang van het normatieve gezag over het hoofd gezien.

Ook in wetenschappelijke literatuur wordt gemakkelijk voorbijgegaan aan verschillende betekenismogelijkheden van de term rechtshandhaving. Zo schrijft Osinga over 'publiekrechtelijke rechtshandhaving' zonder het rechtskarakter van de handhaving die hij aan de orde stelt te doordenken.[313] Zijn analyse ligt in het verlengde van het door hem besproken rapport van de commissie Korthals Altes *Het recht ten uitvoer gelegd*[314] waarin onverbloemd een vorm van punitieve handhaving wordt voorgestaan, die zoveel mogelijk buiten de rechter om plaats vindt. Zo stelt het rapport: "Een efficiënte rechtspleging is ermee gediend dat deze zaken ook daadwerkelijk niet aan de rechter worden voorgelegd".[315] En even later: "de bovenbeschreven vorm van justitiële transactie vormt volgens de commissie een adequate oplossing voor het buiten berechting door de rechter houden van een wijze van sanctionering

normen als voorschrift iets anders is dan oriëntatie op normen als regeling van het handelen van rechtsgenoten onderling. Maar dat besef wordt niet gearticuleerd waardoor beide aspecten van de rechtsnorm op ondoordachte wijze door elkaar worden gebruikt. Zie ook de discussie over 'regels' en 'normen' tussen Rogier en Michiels, Rogier 1995, p. 14, waarbij Rogier kennelijk van mening is dat 'normen' strafrechtelijk gehandhaafd moeten worden en 'regels' bestuursrechtelijk kunnen worden afgedaan omdat deze laatste niet 'als *normen* worden beleefd'. Dit suggereert een wezensonderscheid tussen normen en regels, zie daarover par. 6.5 hieronder. Michiels 1995, p. 13, spreekt in zijn preadvies over de *Handhaving van bestuursrecht* over 'handhaving en naleving'. De na te leven regels noemt hij 'voorschriften'.

313 Osinga 1996. Aan het slot van zijn artikel plaats hij kritische opmerkingen, bijvoorbeeld over de vraag of er wel sprake is van een rechtshandhavingstekort en spreekt hij zich uit voor een kwalitatieve in plaats van een kwantitatieve benadering van de problematiek van de publiekrechtelijke rechtshandhaving, maar deze afsluitende opmerkingen lijken los te staan van de rest van zijn betoog.

314 *Het recht ten uitvoer gelegd. Oude en nieuwe instrumenten van rechtshandhaving* 1995 (rapport van de Commissie 'Heroverweging instrumentarium rechtshandhaving' ofwel de commissie Korthals Altes). Het rapport zoekt wegen om 'de strafrechtketen op orde' (p. 30) te krijgen en stelt daartoe voor (1) een nieuwe modaliteit van de transactie, waarbij de oriëntatie op het rechterlijk oordeel is verdwenen en (2) en een uitbreiding van de bestuurlijke boete, die door een – op te richten -bestuursrechtelijke tak van het OM zou moeten worden afgedaan. Uitgangspunt is dat bepaalde categorieën strafbare zaken buiten de rechter om worden afgedaan. Zie ook de voorstellen in het kader van het onderzoeksproject 'Strafvordering 2001', Hartmann 2001.

315 Rapport Het recht ten uitvoer gelegd 1995, p. 35.

die toch reeds dat oogmerk had".[316] *Rechts*handhaving lijkt hier de betekenis te hebben van handhaving *door middel van* recht, zonder enige reflectie op de vraag naar het rechtskarakter van dat recht. Dit is alleen mogelijk wanneer het recht als een neutraal instrument wordt gezien, in plaats van als een instrument dat inherente waarden belichaamt.[317]

Deze wijze van denken wordt door Foqué en 't Hart gekwalificeerd als een vorm van instrumentalisme:

> Onder instrumentalisme wordt die visie verstaan, waarin het strafrecht uitsluitend wordt opgevat als een specifiek dwangmiddel om een bepaald maatschappelijk doel te bereiken, een doel dat, extern aan het strafrecht, politiek bepaald wordt en in een omvattender beleid wordt uitgewerkt.[318]

't Hart spreekt in dat kader over de omkering van de verhouding tussen recht en beleid.[319] In een instrumentalistische rechtsopvatting vormt het recht een van de instrumenten waarmee het beleid kan worden uitgevoerd:

> In een instrumentalistische rechtsopvatting is rechtshandhaving als doelstelling van opsporings- en vervolgingsbeleid de 'handhaving' - in de zin van realisatie - van een rechtsorde die bestaat in de orde zoals de beleidsvoerende overheid die wenst en in haar beleidsdoelstellingen tot uitdrukking brengt. [320]

Punitieve rechtshandhaving valt dan al gauw samen met criminaliteitsbestrijding, waar de rechtsbescherming dan als lastige eis van rechtsstatelijkheid *tegenover* wordt gesteld. In hun relationele rechtsopvatting stellen Foqué en 't Hart de rechtsbescherming niet tegenover de rechtshandhaving, want de rechtsbescherming wordt daar begrepen als de kern van de rechtshandhaving: zowel de bescherming van de ene burger tegen inbreuken van andere burgers,

316 Rapport Het recht ten uitvoer gelegd 1995, p. 36.

317 't Hart 1994, p. 184, waar hij de vijf kenmerken bespreekt die Schuyt toekent aan het instrumentalisme. Eén van die kenmerken betreft de idee dat het recht een neutraal instrument zou zijn. Zie ook Foqué en 't Hart 1990, p. 194. De vijf kenmerken zijn – kort samengevat: 1) het recht is 'neutraal zijn t.o.v. het nagestreefde doel'; 2) 'het recht is ondergeschikt aan de politiek gekozen waarden'; 3) recht wordt gezien als 'stuurmiddel vanuit een centrum'; 4) recht is 'consequentie-gericht'; 5) wetenschap is 'de werkplaats van de wet'.

318 Foqué en 't Hart 1990a, p. 194. Zie voor het door hen gemaakte, cruciale onderscheid tussen instrumentalisme en instrumentaliteit Foqué en 't Hart 1990, hoofdstuk 4a.

319 't Hart 1994 hoofdstuk 4A. 't Hart betoogt dat deze vorm van instrumentalisme in feite de 20e eeuwse variant is van het legalisme, dat in de 19e eeuw tot wetspositivisme leidde (a.w. p. 237).

320 Foqué en 't Hart 1990a, p. 208.

als de bescherming van de burger tegen inbreuken van de overheid.[321] In die opvatting wordt aan het beleid de dubbele rechtsstatelijke eis gesteld dat het zich steeds binnen de wettelijke kaders beweegt (legaliteitseis) en steeds gereconstrueerd kan worden als handelen dat gericht is op het algemeen belang (legitimiteit).[322] Legaliteit impliceert aldus niet zonder meer legitimiteit en legitimiteit kan alleen gestalte krijgen binnen de grenzen van de legaliteit.

2.5 Vanwege de overheid

2.5.1 Inleiding

Zoals hierboven opgemerkt is bij het onderscheid tussen sancties en straffen onder meer de verhouding tussen sanctieoplegger en gesanctioneerde van belang. Wij spreken over straffen wanneer de relatie tussen sanctieoplegger en gesanctioneerde hiërarchisch is en wanneer de oplegging van de sanctie in beginsel plaats kan vinden op grond van een eenzijdig besluit van de zijde van een overheid, die – gezien het geweldmonopolie en het verbod van eigenrichting – als enige bevoegd is straffen op te leggen. Straffen spelen zich aldus in beginsel af binnen publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen. Door te spreken over punitieve handhaving *vanwege de overheid* kan de gemeenschappelijke kern van de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke punitieve handhaving onder een noemer worden gebracht, zonder al op het niveau van de definitie het zicht op privaatrechtelijke boetebedingen te verliezen, die door de overheid aan burgers worden opgelegd bij het sluiten van overeenkomsten.[323] Gezien de geringe relevantie - op dit moment - van privaatrechtelijke boetebedingen bij de rechtshandhaving vanwege de overheid concentreren wij ons hier op de straf- en bestuursrechtelijke punitieve handhaving.
In zijn oratie uit 1994 spreekt Vervaele van *publieke* rechtshandhaving: "Ik kies bewust voor de term publieke rechtshandhaving en niet voor de term publiekrechtelijke handhaving. Centraal staan immers de spelregels voor de

[321] Zie de vorige paragraaf, waar ook verwezen wordt naar het tweede niveau van rechtsbescherming dat de burger moet beschermen tegen determinerende interpretatiecodes.

[322] Over het samenvallen van legaliteit en legitimiteit in een legalistische, instrumentalistische rechtsopvatting zie Foqué 1987, par. 3. Over de samenhang tussen legaliteit, legitimiteit en algemeen belang zie Foqué 1995. Over de vraag hoe de vage term 'algemeen belang' richting zou moeten geven aan het punitief handelen vanwege de overheid zie 't Hart 1997, p. 41-68.

[323] HR 10 december 1999, NJ 2000,8, zie hierboven par. 2.2.1.

machtsuitoefening van overheid op samenleving en burgers, niet het gebruik van het publieke recht".[324] Deze terminologie heeft belangrijke voordelen boven de door anderen voorgestelde termen, zoals de hieronder te bespreken 'publiekrechtelijke rechtshandhaving' of 'bestuursstrafrecht'. De term 'publiek' zou echter kunnen suggereren dat het gaat om rechtshandhaving in het publieke belang zonder dat daar noodzakelijk een overheid aan te pas komt. Zo heeft bijvoorbeeld het strafbegrip van Durkheim een sterk publieke connotatie die verbonden is met de naar zijn inzicht religieuze oorsprong van de straf, die hij ook en juist in niet-statelijke samenlevingen lokaliseert.[325] Omdat het mij bij de identificatie van het fenomeen straf alleen gaat om het punitieve handelen van een overheid die de macht en het gezag heeft eenzijdig straffen op te leggen, geef ik de voorkeur aan de termen 'vanwege de overheid' in plaats van publiek. Daarmee wordt de hiërarchische relatie tussen straffer en bestrafte benadrukt, die met de term publiek niet noodzakelijk verondersteld is.

2.5.2 Publiekrechtelijke rechtshandhaving

Osinga stelt voor te spreken van 'publiekrechtelijke rechtshandhaving' als overkoepelend begrip voor bestuursrechtelijke en strafrechtelijke rechtshandhaving. Zijn interpretatie van de term publiekrecht gaat in de richting van een onderschikking van het strafrecht aan het bestuursrecht.[326] Met de introductie van het begrip 'publiekrechtelijke rechtshandhaving' beoogt hij kennelijk de

[324] Vervaele 1994, p. 2.

[325] Durkheim 1973 p. 64: "La peine consiste donc essentiellement dans une réaction passionnelle, d'intensité graduée, que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps consitué sur ceux de ses membres qui ont violé certaines règles de conduite". Dit intermediaire lichaam is echter niet noodzakelijk een overheid, zie p. 42: "Dans le sociétés primitives, ou, comme nous le verrons, le droit est tout entier pénal, c'est l'assemblée du peuple qui rend la justice. C'est le cas chez les anciens Germains [noot Tacite, Germania, chap. XII]".

[326] Nog sterker in die richting Rogier 1992, p. 17, die meent 'dat het strafrecht onderdeel is van het bestuursrecht (..)'. Rogier 1994, p. 118, stelt: "Kenmerk van het publiekrecht – en daaronder vallen in elk geval het strafrecht en het bestuursrecht – is de eenzijdige vaststelling van wat rechtens is door de overheid. En onder een zeer ruim begrip overheid valt ook de rechter". Hoewel hij daarna interessante verschillen duidt tussen bestuursrecht en strafrecht, lijkt hij geen probleem te hebben met het feit dat punitieve handhaving in het bestuursrecht volgens andere uitgangspunten plaatsvindt dan in het strafrecht. Eén van die andere uitgangspunten is het feit dat 'in het bestuursrecht meestal het *bestuur* eenzijdig de rechtsnormen vaststelt en in het strafrecht in beginsel de r*echter*'. Zie ook zijn oratie 2001, p. 8-9.

verschillen tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke afdoening als minder relevant terzijde te stellen:

> De verschillen tussen deze procedures [bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving, mh] zijn dan ook zo klein geworden, dat integratie voor de hand ligt. Bestuursrecht en strafrecht groeien aldus naar elkaar toe.(...) De transactie en de bestuursrechtelijke geldboete zijn niet twee verschillende vormen van handhaving, maar twee modaliteiten die sterk op elkaar lijken. Het gaat, kort samengevat, om *publiekrechtelijke* methoden van handhaving.[327]

Het relevante verschil tussen transactie en bestuursrechtelijke afdoening is de omkering van het initiatief ten aanzien van de rechtsbescherming. Dat heeft te maken met het feit dat in het strafproces conform de onschuldpresumptie het handelen van de burger centraal staat, terwijl in het bestuursproces het handelen van de overheid inzet van het proces is.[328] Wanneer dit soort verschillen minder relevant worden geacht, staat de deur naar een verdergaande 'verbestuursrechtelijking' van het strafrecht wijd open.[329] Pragmatische overwegingen zullen dan al gauw pleiten voor een steeds verdere uitbreiding van de buitengerechtelijke afdoening om – via het bestuursrecht of via het strafrecht – zo effectief en efficiënt mogelijk de wassende stroom overtredingen te kunnen verwerken.[330]

[327] Osinga 1996, p. 420. Zie ook Vervaele 1994, die op p. 16 en 17 spreekt van 'osmose tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving op het gebied van onderzoek, sanctionering en rechtsbescherming'. Zie ook Jansen 1999 en de bespreking daarvan door De Doelder 2000.

[328] Cleiren 1990, p. 499. Knigge 2000, p. 85 herleidt het formalistische standpunt dat het opleggen van bestuurlijke boeten geen strafrecht zou zijn tot het historische gegroeide onderscheid tussen strafrecht (dat het doen en laten van de (straf)rechter regelde) en het bestuursrecht (dat het optreden van de administratie, het bestuur regelt). In gelijke zin Prins 1958, p. 135 en 136 die verwijst naar Donner (Ned. Bestuursrecht I, 1953, blz. 66) die meende dat het onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht bepaald wordt door de vraag welke rechter bevoegd is: "Wat niet door de strafrechter wordt toegepast is geen strafrecht". Voor de 19e eeuwse achtergronden van deze visie op het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht zie par. 6.4 hieronder.

[329] Zie over 'verbestuursrechtelijking' 't Hart in zijn noot bij HR 22 oktober 1991, NJ 1992, 282.

[330] Zie ook Bos 1995, p. 124-123 die spreekt over 'verbestuurlijking van strafrecht'. Op p. 129 meent Bos: "Kort en grof gezegd staat de verbestuurlijking van het strafrecht in direct verband met de constatering dat vele op straffe gestelde normen slechts weinig worden nageleefd (…) en dat strafrechtelijke handhaving vooralsnog (feitelijk) niet voldoende tot normconform gedrag kan bijdragen". Op p. 130-131 erkent hij overigens dat de effectiviteit van 'repressieve handhaving' gering is in geval van 'het tekort schieten van de normatieve basis van rechtsregels en het falen van informele sociale controle mechanismen'.

Hoewel het begrip 'publiekrechtelijke rechtshandhaving' dus kan worden opgevat als een incorporatie van het strafrecht in het bestuursrecht, ligt een andere opvatting meer voor de hand. Gezien de betekenis van de term publiekrecht zou onder 'publiekrechtelijke rechtshandhaving' eerder alle niet-privaatrechtelijke rechtshandhaving vanwege nationale, internationale en supranationale overheden gevat moeten worden. Het begrip omvat in dat geval zowel strafrechtelijke als bestuursrechtelijke instrumenten en omvat bovendien zowel punitieve als reparatoire sancties en zou daarenboven ook nog toezicht, controle en opsporing kunnen omvatten. Met het oog op de ontwikkeling van een materieel strafbegrip zou 'punitieve publiekrechtelijke rechtshandhaving' een goede samenvatting kunnen zijn. Zoals hierboven opgemerkt is ervoor gekozen de privaatrechtelijke punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid niet bij voorbaat uit te sluiten, zodat mijn voorkeur toch uitgaat naar 'punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid'.

2.5.3 Bestuursstrafrecht

De Doelder verdedigt in zijn bespreking van Corstens' afscheidsrede met veel oog voor de eigen aard van het strafrecht het gebruik van de term 'bestuursstrafrecht' ten aanzien van punitief overheidshandelen dat rechtstreeks door het bestuur wordt afgedaan en langs bestuursrechtelijke weg wordt genormeerd, met inachtneming van de vereisten van art. 6 EVRM.[331] Door sommige bestuursrechtelijk georiënteerde schrijvers wordt deze term kennelijk verstaan als een annexatie van het 'punitieve bestuursrecht' door het strafrecht, alsof bestuursrechtelijk genormeerde strafoplegging geen strafrecht zou kunnen zijn.[332] Misschien is het juist zaak al op het niveau van de 'tenaamstelling' te erkennen dat 'punitief bestuursrecht' een vorm van strafrecht is.[333] Daarmee zou dan echter voorbij worden gegaan aan de verschillende uitgangspunten van straf- en bestuursrecht die samenhangen met de onderscheiden historische ontwikkeling van straf- en bestuursrecht.[334] Een pleidooi om de op dit moment bestuursrechtelijk genormeerde bestuurlijke boete onder het strafrecht te brengen en dus strafrechtelijk te gaan normeren, moet

331 De Doelder 1997.

332 De Doelder 1997 verwijst op p. 44, noot 6 met name naar Michiels en Jansen.

333 Aldus Knigge 2000, p. 95: "Waarom wordt krampachtig volgehouden dat de oplegging van een bestuurlijke boete geen strafrecht is".

334 Zie hoofdstuk 6 hieronder. In het bestuursrecht gaat het instrumentele recht vooraf aan de rechtsbescherming (zie Van der Hoeven 1989), terwijl in het strafrecht de instrumentele en rechtsbeschermende aspecten van het recht geïntegreerd zijn in het *nulla poena sine iudicio*.

onderscheiden worden van een pleidooi om de bestuursrechtelijke normering van straffen in materiële zin 'strafrecht' te gaan noemen.

Voor het hier beoogde doel is een belangrijk nadeel van de term bestuursstrafrecht dat het – anders dan Corstens' 'punitief sanctierecht' en anders dan Osinga's 'publiekrechtelijke rechtshandhaving' - alleen over de bestuurlijke afdoening gaat, waardoor de inhoudelijke overeenkomst met de strafrechtelijke buitengerechtelijke afdoening uit zicht blijft.[335] De voorstellen van de commissie Korthals Altes waarnaar hierboven verwezen is, geven aan dat de bestuurlijke afdoening een voorbeeldfunctie vervult voor de strafrechtelijke buitengerechtelijke afdoening. Vanuit het onderzoeksproject 'Strafvordering 2001' worden voorstellen gedaan om ook binnen het strafrecht het eenzijdig opleggen van punitieve ingrepen door het OM mogelijk te maken.[336] Een belangrijk verschil met de voorstellen van de Cie. Korthals Altes is overigens dat hier sprake is van een beroepsmogelijkheid op de *straf*rechter en niet - zoals in geval van de bestuurlijke boete - op de *bestuurs*rechter. Met het beroep op de strafrechter is ook de anticipatie op het beslissingsmodel van de art. 348-350 Sv gegeven. Intussen is ook een osmose tussen de straf- en bestuursrechtelijke buitengerechtelijke afdoening in omgekeerde richting van start gegaan in de vorm van het aan bestuursorganen toekennen van de bevoegdheid een transactie aan te bieden.[337] Om al deze osmotische varianten onder de noemer van een materieel strafbegrip te brengen is het van belang te spreken van punitieve handhaving *vanwege de overheid*. Op die manier kan de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke (en eventueel ook privaatrechtelijke) afdoening aan de orde kan worden gesteld vanuit het inzicht dat al deze afdoeningen straffen in materiële zin mogelijk maken.

335 Het argument van Corstens 1995, p. 35-36 dat de term bestuursstrafrecht zou suggereren dat het steeds om een conflict tussen overheid en burger zou gaan terwijl bijvoorbeeld ook winkeldiefstal heel wel bestuursrechtelijk zou kunnen worden 'afgedaan', komt mij wat vreemd voor. Ik begrijp De Doelder in die zin dat de term bestuursstrafrecht niet verwijst naar de onderliggende rechtsverhouding die de aanleiding vormt tot de punitieve reactie, maar verwijst naar de instantie die de sanctie oplegt en naar de bestuursrechtelijke normering van die sanctieoplegging. Zie ook De Doelder 1997, p. 44 e.v. die zelf overigens van mening is dat het bestuursstrafrecht inderdaad 'alleen [zou] moeten gelden voor delicten die om de onderliggende verhouding overheid/burger gaan' en winkeldiefstal e.d. in het geheel niet geschikt acht voor bestuursrechtelijke afdoening.

336 Hartmann 2000, p. 59-90 en Hartmann 2001, p. 189, 193. Ook A. Mulder was voorstander van een boetebevoegdheid voor het OM, met beroep op de strafrechter (op grond van de wet Arob), zie A. Mulder 1980, p. 335.

337 Zie Rogier 2001, p. 20 over het 'Transactiebesluit milieudelicten' van 1 november 2000, onder verwijzing naar de nota *Integraal Veiligheidsprogramma* van 8 juni 1999. Ook Hartmann 2001, p. 191. Bos 1995, p. 164-165 en Michiels 1994, p. 43-44.

Hartmann en Van Russen Groen hebben een uitgebreide studie gewijd aan het bestuursstrafrecht.[338] Daarbij gaan zij in het theoretische deel onder meer in op de verhouding tussen straf- en bestuursrecht. Aangezien de interpretatie van die verhouding van groot belang is voor de relevantie van een materieel strafbegrip, gaan wij daar nu nader op in, mede aan de hand van het werk van Kleijs-Wijnnobel.

In hun onderzoek stellen Hartmann en Van Russen Groen dat over de verhouding tussen bestuursrecht en strafrecht als deelrechtsgebieden van het publiekrecht twee visies bestaan: een autonome en een heteronome. De autonome visie op het strafrecht wordt door hen omschreven als

> Deze visie die aan het strafrecht een zelfstandige plaats toekent binnen het geheel van het recht (..) [met] (domein)specifieke kenmerken. In deze visie leidt de eigen contextuele bepaaldheid van het strafrecht ertoe dat aan de in het strafrecht toegekende beginselen, regels en begrippen een specifieke of eigensoortige invulling wordt toegekend.[339]

Het feit dat schrijvers de materieel georiënteerde Demeersseman en de procesrechtelijk georiënteerde Peters zonder problemen onder dezelfde noemer brengen roept de vraag op wat de zin is van de onderscheiding.[340] Het feit dat het strafrecht een zelfstandig rechtsgebied is, zal door weinigen ontkend worden, evenals als het feit dat het strafrecht domeinspecifieke kenmerken heeft. De vraag is eerder wat de betekenis is van die zelfstandigheid en welke die domeinspecifieke kenmerken dan wel zijn.[341] Die vragen beantwoorden Demeersseman en Peters in ieder geval vanuit heel andere perspectieven. In het verlengde daarvan speelt de nog de veel belangrijker vraag of die zelfstandigheid en domeinspecificiteit een vaste inhoud hebben dan wel afhankelijk van politieke en culturele omstandigheden steeds opnieuw vorm moet krijgen.[342] De heteronome visie op het strafrecht wordt door Hartmann en Van Russen Groen als volgt geformuleerd:

338 Hartmann en Van Russen Groen 1998. Voor de afbakening van het bestuursstrafrecht t.o.v. het bestuursrecht en het strafrecht, zie p. 74.

339 Hartmann en Van Russen Groen 1998, p. 37.

340 Zie ook Jansen 1999, p. 191-192 over 'de autonome richting'.

341 Over de spraakverwarring rondom de termen 'autonomie' van het strafrecht en de daarmee verbonden verwarring over het 'magistratelijk karakter' van de bevoegdheden van de officier van justitie zie 't Hart 2001, p. 186-197.

342 Zie Foqué 1986 over de historiciteit van het recht en de kwetsbaarheid van de rechtsstaat en 't Hart 2001, p. 189-190 over de manier waarop de term 'autonomie' in dit verband wordt gebruikt.

> Het strafrecht wordt in deze visie niet zozeer als een bijzonder gedeelte van het recht gezien, maar eerder opgevat als een overheidsactiviteit als alle andere. Hiermee wordt een nadrukkelijk onderscheid tussen het strafrecht en andere rechtsgebieden ontkend en de strafrechtelijke handhaving als het ware 'inwisselbaar' geacht met andere wijzen van handhaving. (…)[343]

> Het ontbreken van een materieel onderscheid op dit punt [tussen strafbaar gesteld gedrag en gedrag dat op andere wijze wordt gehandhaafd, mh] leidt ertoe dat de toedeling van onrecht aan de betreffende rechtsgebieden kan geschieden op basis van pragmatische gronden. De toedeling van onrecht aan de betreffende rechtsgebieden vindt in deze visie dan ook plaats op basis van argumenten ontleend aan de effectiviteit van de in die rechtsgebieden voorhanden zijnde sanctiemogelijkheden en de efficiency van de daaraan ten grondslag liggende handhavingstelsels.[344]

Ook deze beschrijving is wat kort door de bocht. Corstens, die samen met Enschedé tot exponenten van een heteronome visie wordt gerekend, is inderdaad – onder verwijzing naar Hulsman - van mening dat er geen voorgegeven onderscheid is tussen strafrechtelijk en ander onrecht. Dat betekent allerminst dat hij van mening zou zijn dat er alleen pragmatische argumenten overblijven voor toedeling van onrecht aan de verschillende rechtsgebieden. In zijn preadvies voor de NJV van 1984 somt hij maar liefst 16 criteria op die moeten worden nagelopen voordat de inzet van het strafrecht aan de orde komt.[345] In het tiende en elfde criterium komt de vraag aan de orde of het wel gaat om het type onrecht dat strafrechtelijk gehandhaafd moet worden. In het veertiende criterium stelt hij de vraag naar de rechtsbescherming aan de orde, als onderscheidend kenmerk van het strafrecht. Wanneer pragmatische argumenten de enige zouden zijn in een heteronome visie, zou die rechtsbescherming steeds tegen strafrechtelijke en voor bestuursrechtelijke afdoening pleiten. In zijn afscheidsrede merkt Corstens naar aanleiding van het rapport van de Commissie Toetsing Wetgeving *Handhaving bestuurlijke boeten* op:

> Men mist - geheel in de trant van het huidige debat [noot met verwijzing naar 't Harts 'Mensenwerk' p. 107] - de notie dat bij strafrechtelijke rechtshandhaving de burger die voorwerp is van onderzoek, meer bescherming wordt geboden dan in een stelsel van bestuursboeten. Dat meerdere bestaat er onder andere in dat de rechter de sanctie-oplegger is.[346]

343 Hartmann en Van Russen Groen 1998, p. 41.

344 Hartmann en Van Russen Groen 1998, p. 42. Anders Rogier 1996, p. 14, die Michiels verwijt dat hij voor de scheiding tussen strafrechtelijk en bestuursrechtelijk te normeren straffen 'alleen maar praktische criteria' hanteert. Rogier onderscheidt tussen 'regels die als normen worden beleefd' en regels waarbij dat niet het geval is.

345 Corstens 1984, p. 51-53.

346 Corstens 1995, p. 18. Dit inzicht van Corstens is niet helemaal te rijmen met het feit dat de buitengerechtelijke strafrechtelijke afdoening van overtredingen en 'lichte' mis-

Naar zijn mening impliceert beroep bij de bestuursrechter 'dat het hier toch om een ander type onrecht gaat dan in het strafrecht aan de orde is. (...) Opleggen van punitieve sancties is een aparte, scherp te onderscheiden wijze van optreden'.[347] In feite benadrukt Corstens hiermee precies de domeinspecifieke aspecten die samenhangen met de 'autonomie' van het strafrecht:

> De wijze waarop het strafrecht is afgebakend en georganiseerd staat voor een institutionalisering van waarden en idealen die aan de democratische rechtsstaat ten grondslag liggen en die specifieke gevolgen meebrengen voor de manier waarop de overheid punitief in het leven van de burgers mag ingrijpen.[348]

Aldus 't Hart over de 'autonomie' van het strafrecht, die volgens hem samenhangt met de gedachte dat aan burgers een vrije ruimte toekomt waarbinnen zij hun autonomie kunnen ontwikkelen. Die autonomie is geen voorgegeven eigenschap van natuurlijke personen noch een naar binnen gekeerde 'autarkie' maar een steeds opnieuw te verwerkelijken positie van waaruit de mens zichzelf de wet stelt:

> Autonomie komt van het Griekse autos, zelf, en nomos, wet, en duidt op zelfbepaling.[349]

De mogelijkheid om deze vorm van autonomie te ontwikkelen moet maatschappelijk gewaarborgd worden: "Zeker vanaf het hervormingsdenken uit de Verlichting is sterk de nadruk gelegd op de noodzaak dat de omgeving voor het ontwikkelen van autonomie de maatschappelijke voorwaarden schept".[350] Het strafrecht heeft een belangrijke taak bij het creëren van de mogelijkheidvoorwaarden voor de ontwikkeling van persoonlijke autonomie - die overigens weer mogelijkheidsvoorwaarde is voor een functionerende democratie. Die taak hangt samen met de dubbele instrumentaliteit van het strafrecht, dat

drijven inmiddels de norm is – een feit dat Corstens niet ontgaan is gezien zijn publicaties over consensuele procedures. Wellicht bedoelt hij te zeggen dat de rechter in het strafrecht de sanctieoplegger zou moeten zijn. Dat zou betekenen dat hij het inmiddels meer eens is met Van Dijk dan tijdens het schrijven van zijn preadvies in 1984, p. 64-70. Zie ook par. 5.3.2.1 hieronder.

347 Corstens 1995, p. 33.

348 't Hart 2001, p. 196.

349 't Hart 2001, p. 189. Op a.w. p.196 voegt daar overigens aan toe: "Erkenning van de autonomie van het strafrecht hoeft geenszins tot immobilisme te leiden en tot een voortdurende noodzaak om bij afbakening de status quo te bevestigen". 't Hart wijst erop dat bijvoorbeeld Knigge het autonome strafrecht eerst als een stroman opvoert door de autonomie als een vorm van autarkie voor te stellen, waarna het voor de hand ligt de aldus geïnterpreteerde autonomie van het strafrecht af te wijzen, zie 't Hart 2001, p. 193.

350 't Hart 2001, p. 190.

instrument moet zijn voor de bescherming van de vrije ruimte van de ene burger tegenover de andere maar ook voor de bescherming van de vrije ruimte van de burger tegenover de overheid. Met 't Hart meen ik dat de punitieve aard van de strafrechtelijke interventie vanuit dat perspectief een eigen of autonome benadering vraagt, die niet kan samenvallen met een bestuurlijke benadering.[351]

De conclusie van Hartmann en Van Russen Groen luidt tenslotte:

> De keuze voor een van beide visies impliceert een normatieve waardering van de verschillen en overeenkomsten tussen het strafrecht en het bestuursrecht en heeft geen betekenis voor de vraag wat het onderscheid is tussen beide rechtsgebieden. (...) Ter onderscheiding van het strafrecht van het bestuursrecht kan uitgegaan worden van dit (louter formele) criterium, namelijk dat van de sanctie-opleggende instantie.[352]

Nog afgezien van het feit dat het maken van onderscheid tussen beide rechtsgebieden onvermijdelijk een normatief gebeuren is,[353] lijken schrijvers zich hier tot een vorm van wetspositivisme te laten verleiden om aan de problematische aspecten van de verhouding tussen straf- en bestuurssanctierecht te ontkomen: 'Uiteindelijk staat de vraag wat als strafrechtelijk of bestuursrechtelijk delict moet worden beschouwd, ter beantwoording aan de wetgever'.[354] De conclusie dat een formeel criterium een oplossing zou kunnen bieden bij het in kaart brengen van de verhouding tussen straf- en bestuurssanctierecht

[351] Zie hoofdstuk 6 voor een verdere uitwerking van deze positie vanuit de (ideeën)historische achtergrond van het onderscheid tussen *justitie* en *politie* en de samenhang met verschillende opvattingen van de rechtsstaat.

[352] Hartmann en Van Russen Groen 1998, p. 47-48. In gelijke zin Vervaele 1994, p. 13: "Kortom, er wordt algemeen aanvaard dat de keuze voor een handhavingssysteem niet gestoeld is op ontologische, kwalitatieve criteria van onrecht, maar op beleidsinstrumentele criteria. Auctoritas non veritas facit legem. (…) Eenmaal de politieke doeleinden gesteld, zal de keuze voor het handhavingssysteem vaak worden ingegeven door de eigen 'technicité', het eigen instrumenteel karakter van elk der handhavingssystemen". Dat het onderscheid tussen 'politiestrafrecht' en 'crimineel strafrecht' geen ontologisch onderscheid is, impliceert echter niet dat de wetgever naar believen naar de meest 'efficiënte' handhavingsmiddelen zou kunnen grijpen. Zie hieronder par. 6.5.

[353] Het maken van een onderscheid, dat wil zeggen het aan elkaar toeordenen van fenomenen door middel van de betekening, is een handeling die een norm veronderstelt en stelt op grond waarvan die betekening plaats vindt. Zie hierboven par. 1.3.

[354] Hartmann en Van Russen Groen 1998, p. 46. Deze conclusie is juist, maar zou beter als uitgangspunt worden genomen bij de vraag welke criteria de wetgever heeft bij de keuze voor strafrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke sanctionering.

gaat niet op.[355] De interessante vraag wanneer de bestuursrechter bij de toetsing van sanctiebesluiten strafrechtelijke beginselen zou moeten gebruiken kan door deze formele onderscheiding niet eens gesteld worden.[356] Tenzij het antwoord is dat dit alleen het geval is als de wetgever of het EHRM daartoe verplicht.

2.5.4 Doorwerking van strafrechtelijke beginselen in bestuursrechtelijke handhaving

In haar kronieken over de handhaving van het publiekrecht biedt Kleijs-Wijnnobel een interessant perspectief op de doorwerking van strafrechtelijke beginselen in het bestuursrecht. Met Cleiren en 't Hart ben ik van mening dat gezien de eigen aard van het strafrecht de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet zonder meer overgeplant kunnen worden naar het strafrecht.[357]

355 Zie overigens Hartmann 2001, p. 198 e.v. waar hij probeert om vanuit de theorie van de rechtsbetrekking de 'dialectische verhouding tussen doelmatigheid en rechtmatigheid' ten aanzien van buitengerechtelijke afdoening in kaart te brengen. Hij lijkt daarbij wel degelijk materiële criteria aan te leggen waaraan punitieve handhaving binnen het strafrecht moet voldoen. Op p. 201 legt hij een interessant verband tussen het aan de Algemene wet bestuursrecht ten grondslag liggende concept van de wederkerige rechtsbetrekking tussen burger en overheid enerzijds en het denken in termen van 'consensuele afdoening' anderzijds. Een van de conclusies van par. 5.5 hieronder is in ieder geval dat de consensuele procesvorm in veel opzichten gelijkt op de inquisitoire procesvorm en dat de term consensus op zijn minst genomen misleidend is. Datzelfde lijkt mij te gelden voor de term 'wederzijdse rechtsbetrekking' in dit verband. Zie Gribnau 1998, par. 6.7, 6.8 en 6.9 over de juridische en feitelijke asymmetrische aspecten van rechtsbetrekkingen.

356 Corstens 1995, p. 36: "Het punitief sanctierecht is een eigen discipline die is gebouwd op dezelfde twee hoekstenen als waarop zijn onderdeel strafrecht is gegrondvest: het legaliteitsbeginsel en het schuldbeginsel. (...) Allerlei rechtsfiguren, zoals verjaring, het zwijgrecht en de cautie zijn van overeenkomstige toepassing op het onderdeel boeterecht van het punitief sanctierecht. Niet voor niets heeft het EHRM de ogen niet gesloten voor het feit dat het bij bestuursboeten in de grond om straffen gaat. Het materiële hoort het formele te regeren en niet omgekeerd". Daarbij moet worden opgemerkt dat Corstens naar eigen zeggen van een 'heteronoom strafrecht' uitgaat.

357 Cleiren 1990. 't Hart in zijn noot onder punt 5, HR 22.10.91, NJ 1992, 282: "Het eigen karakter van het strafrecht ten aanzien van andere terreinen van publiekrecht neemt niet weg dat het heel nuttig is wanneer bestuursrecht en strafrecht voortdurend in elkaars tuin kijken. De overeenkomsten zullen op tal van punten waarschijnlijk veel groter zijn dan de verschillen". Uiteraard gaat het vervolgens om het onderkennen van de eigen aard van het strafrecht, waarin de verhouding tussen bestuur en burger anders ligt dan in het bestuursrecht vanwege het leedtoevoegende karakter van het handelen van de overheid. 't Hart vervolgt dan ook in genoemde noot: "De bestuursrechtelijke doctrinevorming kan niet, als vanzelfsprekend, zonder meer worden overgebracht naar het terrein van de strafrechtspleging".

Zoals hiervoor reeds opgemerkt staat in het strafprocesrecht conform de onschuldpresumptie het handelen van de burger centraal, terwijl in het bestuursproces het handelen van de overheid centraal staat. Bovendien is de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het strafrecht uitgewerkt in de tweede hoofdvraag van art. 350 Sv, te weten de kwalificatievraag, die in verband met de aansluiting tussen bewezenverklaring en delictsomschrijving weer gerelateerd is aan de eisen die aan de tenlastelegging gesteld worden. Het materieelrechtelijke *lex certa* beginsel wordt via de kwalificatiebeslissing verbonden met de eis dat de tenlastelegging duidelijk aangeeft welk handelen van verdachte ter discussie staat. Beide eisen (*lex certa* en de eisen die conform art. 261 Sv aan een tenlastelegging worden gesteld) zijn niet op dezelfde wijze in het bestuursrecht geëxpliciteerd. In dezelfde zin verschillen het bewijsrecht en de mogelijkheden om door middel van een beroep op een strafuitsluitingsgrond de oplegging van een sanctie te voorkomen. Deze verschillen, die teruggaan op de strenge eisen die aan een opzettelijke inbreuk op rechten en vrijheden door de overheid in het kader van de rechtshandhaving gesteld moeten worden, sluiten in beginsel uit dat bij de normering van discretionaire strafvorderlijke bevoegdheden volstaan kan worden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[358] Andersom doet zich daarentegen wel de vraag voor in hoeverre in geval van punitieve handhaving via het bestuursrecht, deze bestuursrechtelijke beginselen een strafrechtelijke invulling behoeven. Kleijs-Wijnnobel stelt in een bijdrage over het bestuursstrafrecht:[359]

> In het bestuursrecht komen sancties voor die een punitief of gemengd karakter hebben en in het strafrecht komen sancties voor die meer gericht zijn op reparatie dan op bestraffing. Dit gezichtspunt was voor Duk destijds al aanleiding de sancties niet eenvoudigweg te verdelen in strafsancties en bestuurssancties puur op basis van formele criteria (strafsancties zijn sancties door de strafrechter opgelegd; bestuurssancties zijn sancties afkomstig van de besturende overheid), maar te kijken naar het werkelijke karakter, los van de kwalificatie in een wettelijk voorschrift. Dit bracht hem ertoe te pleiten voor een analoge toepassing van strafrechtelijke

[358] Het betoog van Jansen 1999, p. 194-196, dat bij de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden oriëntatie op de strafrechter en daarmee op het beslissingsmodel van art. 348-350 onnodig is, overtuigt mij niet. Integendeel, het is zowel praktisch als theoretisch van belang om handelingen van de overheid met het oog op punitieve rechtshandhaving te toetsen aan beginselen die speciaal zijn toegesneden op de (voorbereiding van) punitieve ingrepen.

[359] Kleijs-Wijnnobel 1993, p. 38. Zij verstaat onder bestuursstrafrecht dat 'onderdeel van het bestuursrechtelijk sanctierecht', 'dat voorziet in 'retributieve sanctie'. "Juist dit onderdeel (…) biedt aanknopingspunten voor de uitwerking van (elementen van) de sanctietheorie van Duk".

> regels op bestuurssancties met een 'retributief' (of anders gezegd punitief) karakter.[360]

Kleijs-Wijnnobel bespreekt een aantal rechterlijke uitspraken waaruit blijkt dat de toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur door de bestuursrechter anders uitvalt wanneer sprake is van de toetsing van sancties met een punitief karakter.[361] Bij een onderzoek naar de doorwerking van het procesbeginsel in punitieve rechtshandhaving buiten het strafrecht biedt haar benadering van het punitieve bestuursrecht een interessant perspectief om de overeenkomsten en verschillen tussen strafrecht en bestuursstrafrecht te onderkennen en verder uit te werken. Met het oog op de relevantie van het procesbeginsel voor punitieve handhaving stelt zij bijvoorbeeld:

> Zo komt opnieuw in beeld het bekende vraagstuk of de toepassing van sancties aan de administratie kan worden toevertrouwd of aan de rechter moet worden voorbehouden. In het licht van art. 6 is het de vraag of bestuurssancties met een strafkarakter in bepaalde gevallen niet door de rechter zouden moeten worden opgelegd. Daarbij speelt een rol of dit bij de administratie wel in goede handen is, omdat bij bestraffing andere (voor straftoemeting relevante) aspecten in de overwegingen moeten worden betrokken, dan bij zuiver reparatoire sancties.[362]

2.6 De 'criminal charge' van art. 6 EVRM

De door mij gekozen invulling van het materiële strafbegrip komt in grote lijnen overeen met het tweede criterium dat door het EHRM gebruikt wordt om vast te stellen of sprake is van een 'criminal charge' in de zin van het eerste lid van art. 6 EVRM.[363]

360 Kleijs-Wijnnobel 1993, p. 39.

361 Zie Kleijs-Wijnnobel in haar NTB-kronieken over 'Handhaving bestuursrecht' 1996, p. 209 (over de onderzoeks-, motiverings- en bewijsplicht); 1997, p. 372 (over de evenredigheid tussen sanctie en overtreding) en 1998, p. 145 (over de hoorplicht).

362 Kleijs-Wijnnobel 1993, p. 39. Zie verder de overwegingen van Corstens 2000 met betrekking tot de regeling van de bestuurlijke boete in de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht.

363 In EHRM 24 september 1997, Reports 1997-V (Garyfallou) stelt het hof onder verwijzing naar Öztürk en Lütz vast dat de vraag of er sprake is van 'criminal charge' beantwoord moet worden aan de hand van drie alternatieve criteria (par. 32): "the first matter to be ascertained is whether or not the text defining the offence belongs, in the legal system of the respondent State, to the criminal law; next, the nature of the offence and, finally, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring must be examined". Zie Van Dijk en Van Hoof 1998, par. 6.2.6. Voorzover geen van de betreffende criteria zelfstandig tot het oordeel leidt dat

2.6.1 Tweede criterium: punitive, deterrent and general

Het tweede criterium heeft betrekking op het beoogde leedtoevoegende karakter van de sanctie en de beoogde afschrikkende werking van de sanctiebepaling ('punitive and deterrent'), waarbij die sanctiebepaling bovendien in beginsel tot alle burgers gericht zou moeten zijn ('general').[364] Met het 'general' karakter van de sanctiebepaling wordt tuchtrecht uitgesloten van de werking van art. 6, voorzover een van de andere criteria niet van toepassing is.[365] Uit de wijze waarop het Hof de termen 'punitive' en 'deterrent' gebruikt kan worden afgeleid dat zij samen met de term 'general' het strafkarakter van de sanctie uitmaken. Punitiviteit wordt geassocieerd met leedtoevoeging, maar die is pas strafrechtelijk relevant wanneer daarmee de handhaving van de (rechts)orde wordt beoogd. Afschrikking ('deterrence') is een strafdoel dat ziet op de handhaving van de (rechts)orde, althans wanneer de strafbepaling zich in beginsel richt tot alle rechtsgenoten ('general'). Aangezien het EVRM zich in beginsel richt tot de deelnemende staten met de bedoeling de verhouding tussen burger en staat op rechtsstatelijke wijze gestalte te geven, gaat het bij art. 6 EVRM in beginsel om publiekrechtelijke sancties. Het Hof heeft juist met het oog op de 'verbestuursrechtelijking' van het recht tot straffen – waartegen het Hof op zichzelf geen bezwaar heeft – in dit tweede criterium een materieel strafbegrip ontwikkeld, waarmee voorkomen kan worden dat staten zich aan de verplichtingen van art. 6 EVRM kunnen onttrekken door bepaalde categorieën straffen (in materiële zin) uit te sluiten van de werking van het nationale strafrecht.[366]

sprake is van een 'criminal charge' is het nog mogelijk dat de criteria in onderlinge samenhang, dus cumulatief, tot het oordeel leiden dat sprake is van een 'criminal charge'(par. 33 van Garyfallou).

364 Zie recent EHRM 2 september 1998, Reports 1998-VI (Kadubec), par. 52: "In sum, the general character of the legal provision infringed by the applicant together with the deterrent and punitive purpose of the penalty imposed on him, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 of the Convention, criminal in nature".

365 Dit speelde in de zaak Engel EHRM 8 juni 1976, A-22 (NJ 1978, 223) waar op grond van het militaire (tucht)recht een vrijheidsbeneming in twee gevallen niet maar in een geval wel een zo zware sanctie werd geacht dat op grond van het derde criterium - zwaarte van de sanctie - alsnog werd vastgesteld dat sprake was van een 'criminal charge'.

366 Deze autonome interpretatie van de 'criminal charge' zien we terug bij de interpretatie van het recht op een 'fair trial': "Were art. 6 par. 1 to be understood as concerning exclusively the conduct of an action which had already been initiated before a court, a Contracting State could, without acting in breach of that text, do away with its courts (…). Such assumptions, indissociable form a danger of arbitrary power, would have serious consequences which are repugnant to the aforementioned principles and

2.6.2 Eerste en derde criterium: straf in formele zin en de zwaarte van de sanctie

Het eerste en derde criterium geven een uitbreiding aan de werking van art. 6 EVRM, ook wanneer geen sprake is van een straf in materiële zin.
Het eerste criterium stelt voorop dat wanneer een sanctiebepaling volgens het nationale recht formeel deel uitmaakt van het strafrecht, daarmee vaststaat dat het gaat om een 'criminal charge' in de zin van art. 6 EVRM. Dat betekent dat de strafrechtelijke maatregelen binnen het strafbegrip van het Hof vallen. Dit lijkt mij gezien het feit dat het plegen van een strafbaar feit in beginsel voorwaarde is voor de oplegging van een maatregel een goede zaak. Hoewel deze maatregelen geen punitief karakter hebben, zijn ze afhankelijk van het begaan van een strafbaar feit, terwijl de strekking van de strafbaar*stelling* per definitie punitief is. Om die reden is het van belang de waarborgen van art. 6 EVRM van toepassing te verklaren op sancties die deel uitmaken van het nationale strafrecht, ook al is geen sprake van een straf in materiële zin.
Het derde criterium stelt dat voorzover geen leedtoevoeging en/of afschrikking beoogd is of in het geval de sanctiebepaling zich tot een beperkte groep burgers richt (tuchtrecht) de hoogte van de sanctie zelfstandig tot de conclusie kan leiden dat sprake is van een 'criminal charge'.[367] Met name ten aanzien van vrijheidsbeneming (tuchtstraffen die buiten het eerste en tweede criterium vallen en gijzeling ten behoeve van de incasso van vermogenssancties) is het van belang de waarborgen van art. 6 EVRM van toepassing te verklaren.

2.7 Samenvattend: een materieel strafbegrip

Om te beginnen zijn in par. 2.2 de constitutieve voorwaarden gezocht waaraan een handeling(spraktijk) moet voldoen, wil deze als straf kunnen worden (h)erkend. Uitgangspunt is een kritische bespreking van met name het strafbegrip van Hart, van Packer en van Immink. In aansluiting op deze begripsvorming is een eigen afbakening ontworpen. Het bereik van de term straf is aldus in vergelijking met het juridische strafbegrip ingeperkt en uitgebreid tot die handelingen die - waar zij door de wetgever formeel ook zijn onderge-

which the Court cannot overlook". EHRM 21.2.1975, A-18, par. 35 (Golder). Bij Golder ging het om het recht op toegang tot de rechter in civiele aangelegenheden. In EHRM 27.2.1980, A-35 (Deweer) is het recht op toegang tot de rechter uitgewerkt in een strafrechtelijke zaak die dankzij een schikking niet tot strafoplegging (in formele zin) kwam en in EHRM 21.2.1984, A-73 (Özturk) is het recht op toegang tot de rechter uitgewerkt in een zaak die betrekking had op punitieve handhaving door middel van het bestuursrecht. Zie hieronder par. 5.3.3.

367 Zie EHRM 25 augustus 1987, A-123-A (Lutz), par. 55.

bracht - beschreven kunnen worden als *een opzettelijke inbreuk door een overheid op belangen in de zin van rechten en vrijheden van degene die een rechtsnorm geschonden heeft, naar aanleiding van die schending met als doel het (her)stellen van het gezag van de geschonden rechtsnorm*.

Kort samengevat kan de straf worden aangeduid als 'punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid'. Anders dan bij Hart en Packer wordt de hiërarchische relatie tussen straffer en bestrafte hier expliciet als constitutief voor de straf gekwalificeerd en anders dan bij Hart en Immink wordt ook de gerichtheid van de straf op (be)vestiging van het gezag van de geschonden rechtsnorm hier verder als constitutieve voorwaarde voor de straf opgevat.

Na deze reflectie op de norm die in dit onderzoek de betekening van fenomenen als straf zal regelen (par. 2.2), is de intra- en extrasystematische betekenis van de term straf verder uitgewerkt door een onderzoek naar de stand van de literatuur op dit punt. Omdat de aanleiding tot het onderzoek ligt in het feit dat zeer veel straffen - zowel straf- als bestuursrechtelijk genormeerd - buiten de rechter om worden 'opgelegd', is de hier gehanteerde terminologie vergeleken met alternatieve begripsvorming inzake niet-strafrechtelijk genormeerde straffen. Corstens 'punitief sanctierecht' (par. 2.3.1 en 2.4.1), Vervaeles 'publieke rechtshandhaving' (par. 2.5.1), Osinga's 'publiekrechtelijke rechtshandhaving' (par. 2.5.2), Michiels 'punitief bestuursrecht' en Hartmann en Van Russen Groens 'bestuursstrafrecht' (beide par. 2.5.3) zijn vergeleken met de hier bepleite terminologie: 'punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid'. Daarbij zijn in paragraaf 2.4.2 ten aanzien van het begrip rechtshandhaving verschillende rechtsopvattingen besproken die van cruciaal belang zijn voor een goed begrip van de betekenis van de straf. Als de straf gericht is op rechtshandhaving, hoe wordt dit recht dan geconceptualiseerd: als een verzameling voorschriften of als een geheel van normen? In het eerste geval is sprake van een instrumentalistische rechtsopvatting die ertoe leidt dat het strafrecht gelijk wordt gesteld met andere vormen van overheidshandelen, zodat het strafrecht gezien moet worden als een onderdeel van het bestuursrecht. Daartegenover pleit de relationele rechtsopvatting voor een rechtsstatelijke interpretatie van het recht, dat de grondstructuur levert voor een evenwicht van machten waarbinnen de vrije ruimte gecreëerd wordt die de burger de mogelijkheid biedt zijn autonomie te ontwikkelen. Vanuit die rechtsopvatting moeten aan punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid specifieke eisen gesteld worden, zoals die historisch gezien binnen het strafrecht tot ontwikkeling zijn gekomen.

Door te spreken van 'punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid' wordt de punitieve sanctie in het perspectief van de rechtshandhaving geplaatst (dat

punitieve ingrepen sancties zijn spreekt vanzelf); wordt de hiërarchische relatie tussen straffer en bestrafte geëxpliciteerd (de term publieke rechtshandhaving sluit een niet-statelijke perspectief niet uit) en worden zowel eventuele punitieve privaatrechtelijke rechtshandhaving vanwege de overheid als de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke punitieve rechtshandhaving binnen het strafbegrip gebracht ('publiekrechtelijke rechtshandhaving' noch 'punitief bestuursrecht' noch 'bestuursstrafrecht' brengen alle punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid binnen hetzelfde bereik).

In de volgende twee hoofdstukken wordt de fenomenologie van de straf vanuit historisch en cultureel-antropologisch perspectief voortgezet. Daarbij zal de samenhang tussen straf en strafproces in het licht worden gesteld, die rechtstreeks verband houdt met het doel, de strekking en de betekenis van de straf: de vestiging en/of de bevestiging van de geschonden rechtsnorm.

Hoofdstuk 3 Van private wraak en compositie naar lijfstraf

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn de betekenismogelijkheden van de term straf vanuit systematisch perspectief onderzocht en is aangegeven om welke punitieve handelingen het bij dit onderzoek gaat. Vanuit historisch perspectief stelt zich de vraag of binnen een niet-statelijke samenleving sprake kan zijn van een straf in de hiervoor gereconstrueerde zin. Welke punitieve handelingen zijn in niet-statelijke samenlevingen (h)erkenbaar en in hoeverre vallen zij binnen het bereik van het strafbegrip? Hoe functioneert een samenleving zonder overheid? Hoe kunnen binnen een niet-statelijke samenleving normen gehandhaafd worden en in hoeverre kunnen we in dat geval nog van rechtsnormen spreken? Als wij op grond van de analyse uit het eerste hoofdstuk hebben vastgesteld dat verstaanbaar samenhandelen een imperatief moment vooronderstelt, waar moet dit imperatieve aspect in een samenleving zonder overheid dan gelokaliseerd worden?

In dit hoofdstuk wordt het punitieve handelen in niet-statelijke samenlevingen onderzocht vanuit een historisch perspectief met name aan de hand van het werk van de Groningse rechtshistoricus Immink,[368] die zich onder meer heeft beziggehouden met de ontwikkeling van het punitieve handelen in de niet-statelijke Germaanse samenleving (0-500) en in de Frankische koninkrijken (500-1000). Juist het contrast tussen onze statelijke rechtsorde en deze samenlevingen waarin geen of een zwakke overheid functioneerde is voor een goed begrip van de straf onontbeerlijk. De Amerikaanse ideeënhistoricus

[368] Immink 1946, 1950, 1956, 1958, 1967, 1967a, 1969 en 1973. Voor de betekenis van Immink's werk zie Veen 1975, Van den Bergh 1979 en Veen 1987. Daarnaast baseer ik mij op Van den Bergh 2000, Berman 1983 (voor de betekenis van Berman's werk zie Hunter 1996), Van Caenegem 1954 en 1956, Drenth 1939, Esmein 1882, Ellul 1999-3, Gerbezon en Algra 1987 en De Monté ver Loren/Spruit 2000.

Berman[369] merkt aan het begin van zijn *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, bij zijn bespreking van het recht van de Germaanse stammen op:

> Nevertheless, Western concepts of law - and perhaps more important, Western attitudes toward law - cannot be understood unless they are seen partly in terms of what they first emerged from and reacted against.[370]

Met betrekking tot het onderzoek naar de niet-statelijke Germaanse samenleving wordt hieronder ook gebruik gemaakt van inzichten uit de culturele antropologie aan de hand van onder meer het werk van Wesel.[371] Met Wesel ben ik van mening dat een adequaat inzicht in actuele rechtsinstituten eerder tot stand komt naar aanleiding van het bestuderen van het recht in een radicaal andere rechtsorde dan van het recht in een verwante rechtsorde:

> Das Haus des Rechts ist ein grosses Gebäude geworden. Und wenn man einen Überblick gewinnen will, was liegt dann näher als aus ihm herauszutreten und sich von weitem anzusehen? Bedeutung und Struktur werden erst klar aus einiger Entfernung. Je grösser sie ist, um so besser. Die Antike ist zu nah, zu ähnlich. Das eigene Recht erkennen aus der Kenntnis des fremden? Keines ist dafür besser geeignet als das frühe.[372]

369 Berman beschouwt zichzelf als pleitbezorger van een 'social theory of law'. Zie Berman 1983, p. 41-45 'Toward a Social Theory of Law', waar hij op p. 44 stelt: "The first task of a social theory of law today - almost a century and a half after Karl Marx and almost an century after Max Weber - is to escape from oversimplified concepts of causation and of law. (…) A social theory of law should stress the interaction of spirit and matter, of ideas and experience, in its definition and analysis of law. It should bring the three traditional schools of jurisprudence - the political school (positivism), the moral school (natural-law theory), and the historical school (historical jurisprudence) - together in an *integrative* jurisprudence". Zie ook Geertz 1983, p. 233 over de wending van de sociale theorie van causaal denken naar denken in termen van betekenisverlening.

370 Berman 1983, p. 50. In gelijke zin Immink 1969, p. 10: "Zo kan ook het recht slechts historisch worden begrepen. Ook het recht is een cultuurverschijnsel; geen rechtsinstituut, geen rechtsregel is ooit uit het niet ontstaan".

371 Met het oog op een beter inzicht in het recht van de niet-statelijke Germaanse samenleving, is gekozen voor een integratie van rechtshistorische en cultureel antropologische inzichten. Voor inzichten vanuit de (rechts)antropologie wordt hier verwezen naar Wesel 1985 en Salas 1992, die zelf eveneens expliciet een integratie beogen van rechtshistorische met cultureel antropologische inzichten. Daarnaast ook Bauman 1999, Van Binsbergen 1999, Clastres 1974, Comaroff en Roberts 1981, Eder 1976, Geertz 1983, Kloos 1976 en 1988, Roberts 1979, Sahlins 1974.

372 Wesel 1985, p. 12. Anders Feenstra in zijn inleiding bij de *Verspreide werken* van Immink 1967, p. 10. Feenstra constateert dat Immink zich in zijn Groningse kandidaatsonderwijs geheel toelegde op de oud-Germaanse en Frankische tijd, hetgeen Feenstra in zoverre betreurde dat hij liever 'iets meer concessies' had gezien 'aan de

De overgang van niet-statelijk naar statelijk recht vormt de eerste cesuur die voor een goed begrip van de ontwikkeling van straf en strafproces van belang is. In het vierde hoofdstuk wordt de tweede cesuur besproken, die de overgang betreft van gesproken naar geschreven recht en van gegroeid naar uitgevaardigd recht.[373] Aan het eind van het vierde en in het zesde hoofdstuk wordt de derde cesuur besproken, die de overgang van een instrumentalistisch naar een relationeel recht betreft.[374] Met deze drie cesuren zijn drie procesvormen verbonden: in een niet-statelijke samenleving is de rechtshandhaving in geval van ernstige conflicten aangewezen op een bemiddelende procesvorm (primaat voor het gesproken recht); in een samenleving met een absolutistische overheid die nieuw recht uitvaardigt en implementeert ontstaat een inquisitoire procesvorm (primaat voor het geschreven recht) en in een samenleving waarin *binnen* de overheid een evenwicht van machten geïnstitutionaliseerd wordt ontstaat de procesvorm van het 'fair trial' waarin geschreven en ongeschreven recht zich op een nieuwe manier tot elkaar verhouden.

In par. 3.2 worden de genoemde procesvormen (de bemiddelende, de inquisitoire en de procesvorm van het 'fair trial') als analytische instrumenten gereconstrueerd aan de hand van het werk van de Franse jurist Salas, die daartoe een interdisciplinaire (rechtshistorische en cultureel-antropologische) benadering heeft gekozen. Voor een goed begrip van deze procesvormen worden eerst de begrippen 'rechter in oude zin' en 'rechter in moderne zin' besproken, zoals door De Monté ver Loren onderscheiden in zijn standaardwerk over de institutionele rechtsgeschiedenis van de rechterlijke macht in de Noordelijke Nederlanden. In par. 3.3 zal ordehandhaving binnen de niet-statelijke Germaanse samenleving worden besproken door binnen deze samenleving drie niveaus te onderscheiden waarop rechtshandhaving plaats kan vinden. Deze

smaak der moderne juristen, die in dit onderwijs nu eenmaal graag enige elementen van directe aansluiting aan het geldende recht willen zien'. Over 'oude en nieuwe opvattingen omtrent de studie van het oudvaderlansche recht' zie Fischer 1946, die de ontwikkeling van de studie van 'het inheemse recht' beschrijft en daarbij de controverse tussen germanisten en romanisten bespreekt. Zie met name de kritiek op de romantisch-germaanse positie van Brunner en diens ideeën over de Oudgermaanse democratie, Fischer 1946, p. 15.

373 Zie Berman 1983, p. 538-539 die de gebruikelijke periodisering bekritiseert. In die gebruikelijke periodisering wordt tussen klassieke oudheid en moderniteit een zwart gat geconstrueerd dat wordt aangeduid met de nietszeggende term 'middeleeuwen', terwijl naar zijn inzicht juist de renaissance en reformatie van de twaalfde eeuw zo belangrijk zijn - ook voor een goed begrip van de renaissance en reformatie van de zestiende en zeventiende eeuw. Over de term 'medieval' of 'Middle Ages' zie Berman 1983, p. 41-42. Over Webers periodisering Berman 1983, p. 550.

374 In termen van het zesde hoofdstuk gaat het dan om de overgang van de politiestaat naar de rechtsstaat, zie hieronder par. 6.2 en 6.4.

paragraaf sluit af met een samenvattende conclusie over de oorsprong van de straf in de Germaanse periode. In par. 3.4 zal de opkomst van het Frankische koninkrijk besproken worden aan de hand van het procestype dat in die periode is ontstaan: de accusatoire procedure en onder verwijzing naar de eerste vormen van wetgeving die door de Frankische koningen werd geïnitieerd: de *leges barbarorum* en de *capitularia*. Vanwege de belangrijke rol die het christelijk geloof binnen deze koninkrijken speelde wordt met het oog op de vermenging van de begrippen misdaad en zonde ook aandacht besteed aan de omslag in het denken over de aanleiding van de straf. Deze paragraaf wordt afgesloten met een samenvattende conclusie over het ontstaan van de straf in de Frankische periode.

3.2 Rechterschap en procesvorm

3.2.1 Inleiding: verantwoording historisch-antropologisch perspectief

In zijn *Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling* beschrijft De Monté ver Loren onder meer de ontwikkeling van het rechterschap, zoals dat bestond ten tijde van de Germaanse periode (tot ongeveer 500), het Frankische tijdperk (tot ongeveer 1000), de Landsheerlijke periode of feodaliteit (tot ongeveer 1581), tot in de Republiek (tot 1795).[375] Deze periodisering is afgestemd op de ontwikkeling van de rechterlijke organisatie en heeft volgens de schrijver niet de pretentie ook een zinvolle periodisering voor andere ontwikkelingen te zijn en nog minder een voorgegeven historisch feit af te beelden. Vanwege de samenhang tussen straf en procesvorm (en dus rechterschap) is deze periodisering ook nuttig voor het hier verrichte onderzoek.

Uit het feit dat de indeling in tijdperken achteraf plaats vindt en een reconstructie beoogt van continuïteiten en discontinuïteiten mag worden afgeleid dat de scheidslijnen aanvechtbaar blijven. De toedeling van typen rechterschap en procesmodellen aan een bepaalde periode zal enerzijds aan historiografisch materiaal getoetst moeten worden,[376] maar dat mag er anderzijds niet

375 Zie voor de periodisering, die is afgestemd op de thematiek van de rechterlijke organisatie, De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 14-16. Zie ook Immink 1969, p. 12-16.

376 In dit onderzoek maak ik gebruik van rechtshistorisch onderzoek verricht door gezaghebbende auteurs binnen de betreffende discipline. Zelf heb ik geen historiografisch

toe leiden dat van dergelijke indelingen en modellen een zekerheid omtrent de feitelijke gang van zaken verwacht wordt die in tegenspraak is met de eigen aard van het onderzoeksobject.[377] De feitelijke gangen van zaken waar historiografisch materiaal en theorievorming naar verwijzen bezitten een complexiteit en vluchtigheid die zich principieel aan onze ordeningen onttrekt. Desondanks is er ook sprake van continuïteit en identiteit, al was het maar omdat mensen anders ten onder zouden gaan in een betekenischaos die hen de mogelijkheid om op gebeurtenissen en handelingen te anticiperen zou ontnemen. Merleau-Ponty spreekt in dat verband van het 'vlees van de geschiedenis': een onzichtbaar weefsel waarmee heden en verleden, identiteit en differentie, diachroon en synchroon perspectief met elkaar verbonden zijn. Een weefsel dat ons constitueert en dat door ons handelen wordt geconstitueerd.[378] De betekenisidentiteit die noodzakelijk is voor menselijk handelen impliceert - conform de kennistheoretische inzichten van het eerste hoofdstuk - onvermijdelijke betekenisverschuivingen die in de loop van de tijd tot radicale discontinuïteiten of transformaties kunnen leiden. Bij het bevragen van historiografisch materiaal zullen precies die identiteiten en transformaties gereconstrueerd moeten worden, zonder dat definitief vastgesteld kan worden welke reconstructie de juiste is.[379]

onderzoek verricht. De selectie van de hier gebruikte teksten is gericht op het in kaart brengen van de historische ontwikkeling van punitieve aspecten van niet-statelijke en statelijke samenlevingen.

377 Zo zal blijken dat de private wraak die hier wordt toegedeeld aan de niet-statelijke Germaanse samenleving nog tot ver in de middeleeuwen de verhoudingen blijft bepalen, ondanks de groei van het statelijke recht. Zie bijvoorbeeld Berman 1983, p. 527. Dat is geen weerlegging van het toeordenen van deze vorm van punitieve handhaving aan niet-statelijke samenlevingen maar een teken dat het centrale gezag zich ook binnen de laatmiddeleeuwse samenleving nog niet onaanvechtbaar gevestigd heeft.

378 Zie Loose 1997, p. 29 e.v. en 171 e.v. Bakker 1979, p. 17-19 bespreekt hoe Merleau-Ponty met het begrip 'vlees' (chair) het lichamelijke perspectief van het subject uitbreidt tot een transsubjectief gebeuren waarin de historiciteit van mens en maatschappij tot uitdrukking komt. In dezelfde zin Bauman 1999, p. xx-xxx, die op p. xxvii verwijst naar het structuralisme van de cultureel antropoloog Claude Lévi-Strauss en naar Derrida's iteration - 'the novelty ingrained in every act of repetition': "- continuity being thinkable now in no other form but the endless chain of permutations and innovations". Deze visie op continuïteit of identiteit komt overeen met de wijze waarop Glastra van Loon betekenisidentiteit bespreekt, zie hierboven par. 1.3.2.3.

379 Merleau-Ponty 1960, p. 28: "Il n'y a pas d'analyse, qui soit dernière parce qu'il y a une chair de l'histoire, qu'en elle comme dans notre corps, tout porte, tout compte, - et l'infrastructure, et l'idée que nous nous en faisons, et surtout les échanges perpétuels entre l'une et l'autre où le poids des choses devient signe aussi, les pensées forces, le bilan événement". Hiermee wil niet gezegd zijn dat om het even welke interpretatie van de verleden werkelijkheid als de juiste gepresenteerd kan worden: toetsing aan historiografisch materiaal is een eerste vereiste maar die toetsing kan niet anders dan

De Monté ver Loren wijst bij aanvang van zijn onderzoek op de 'gevaren die de rechtshistoricus bedreigen' door het gebruik van technische termen uit de contemporaine rechtswetenschap - meestal afkomstig uit de negentiende eeuwse positivistische rechtswetenschap - voor verschijnselen in tijdperken waarin de betreffende termen niet gebruikt werden.[380] Echter, 'het ontbreken van een technische aanduiding in de oudere bronnen wil niet zeggen dat het thans door deze aanduiding gedekte verschijnsel vroeger niet bestond'.[381] In het vierde hoofdstuk zal blijken dat hetgeen wij aanduiden met de term 'bestuursrecht' tot aan de Napoleontische codificatie van het privaatrecht onder het 'civiele' recht viel. Reeds de *capitularia* van de Frankische koningen bevatten regels van wat wij nu bestuursrecht zouden noemen, die via het civiele boetestrafrecht werden gehandhaafd. Tegen het als bestuursrecht kwalificeren van deze regelgeving kan geen bezwaar worden gemaakt zolang in het oog wordt gehouden dat er geen bestuursrecht bestond in de zin van een aparte bestuursrechtelijke rechtsgang. Het inzicht dat het bestuursrecht in deze zin reeds uit de Frankische periode stamt is echter van groot belang om de overheveling van de handhaving van dit bestuursrecht bij de Napoleontische codificaties van het civiele naar het strafrecht te onderkennen. Wij komen daar in het vierde en zesde hoofdstuk uitgebreid op terug.[382]

Een ander gevaar dat de rechtshistoricus volgens De Monté ver Loren bedreigt schuilt in het moment dat deze uit de gelijkheid van termen die in verschillende perioden gebruikt zijn een gelijke betekenis afleidt: "Vooral die termen zijn gevaarlijk, die ons slechts één scherp omlijnd begrip suggereren en die op het eerste gezicht ons ondubbelzinnig toeschijnen".[383] Als voorbeeld daarvan bespreekt hij de term rechter, die in verschillende typen sa-

vanuit een reeds ingenomen perspectief plaatsvinden. Het besef van die onvermijdelijke vooringenomenheid (Gadamer) noopt tot prudentie en bescheidenheid. In gelijke zin Geertz 1983, p. 181: "But it [relativisme, mh] is one that neither argues for nihilism, and anything goes, nor that contents itself with pointing out yet once again that across the Pyrenees truth is upside down" en a.w. p. 218 "(…) a comparative approach to law becomes an attempt, as it has become here, to formulate the presuppositions, the preoccupations, and the frames of action characteristic of one sort of legal sensibility in terms of those characteristic of another".

380 Zie over deze problematiek Veen 1996, die geen bezwaar heeft tegen het hanteren van 'anachronistische' begrippen en daarin ook geen onvermijdelijk kwaad ziet (zoals wel Hoetink en Feenstra). Volgens Veen is het gebruik van hedendaagse termen vaak de mogelijkheidsvoorwaarde voor het bedrijven van wetenschap, die nu eenmaal uit het ordening bestaat, welke ordening in de geschiedwetenschap langs lijnen van interpretatieve begrippen zal moeten verlopen om de brug te slaan tussen heden en verleden.

381 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 12.

382 Met name par. 4.5.7.

383 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 9.

menlevingen een geheel andere betekenis heeft. De term rechter verwijst in alle gevallen naar de voorzitter van het gerecht als instantie waaraan geschillen worden voorgelegd. De Monté ver Loren spreekt daartoe van continuïteit in formele zin wanneer een institutie in verschillende tijden en plaatsen een aantal formele kenmerken behoudt, zonder noodzakelijkerwijs ook inhoudelijk dezelfde betekenis te hebben. In materiële zin is ten aanzien van het rechterschap sprake van een discontinuïteit tussen het rechterschap in oude zin en dat in moderne zin, waar ik hieronder op terugkom. Het onderscheid tussen de formele en materiële betekenis van begrippen ontleent De Monté ver Loren aan de Immink,[384] die zich in zijn onderzoek in het bijzonder richtte op de cesuur tussen de Germaanse samenleving en de Frankische koningrijken. Door een onderscheid te maken tussen de formele en de materiële betekenis van begrippen probeerde hij het samenspel van continuïteit en discontinuïteiten in historische ontwikkelingen vatbaar te maken voor wetenschappelijke ordening. Zijn formele definities zijn gericht op het in kaart brengen van continuïteiten, zoals bijvoorbeeld de in het tweede hoofdstuk vermelde formele definitie van het strafbegrip, waaronder dan een grote hoeveelheid verschijnselen valt die vanuit het perspectief van de formele definitie gelijksoortig zijn. Hoewel hij overtrokken verwachtingen had van de mogelijkheid om langs lijnen van formele definities tot een wiskundig-geometrisch model van de historische werkelijkheid te komen,[385] was Immink zich scherp bewust van het feit dat kennis en begrip van de sociale (historische) werkelijkheid altijd een menselijke (re)constructie zijn, gericht op het vanuit een bepaald perspectief ordenen van verschijnselen die vanuit een ander perspectief anders geordend kunnen worden.[386]

384 Zie Immink 1956. Veen 1975, p. 302 in noot 3 wijst op de invloed van Immink (en diens leermeester Rengers Hora Siccama) op de inleidende paragrafen van de *Hoofdlijnen* van De Monté ver Loren.

385 Immink 1956, p. 11-15 en nog sterker in de 'appendice', p. 45-48. Hij baseert zich bij dit alles onder meer op de neokantiaan Cassiser die een interpretatie van de derde kritiek van Kant heeft geschreven waarin het begrip symbolische vorm centraal staat. Dit verklaart de nadruk bij Immink op de symbolische aard van de sociale werkelijkheid enerzijds en zijn nadruk op het onderscheid tussen formele definities en - discontinue - materiële inhoud anderzijds. Een andere invloed is Stammler, neokantiaans gevormd vanuit Kants eerste en tweede kritiek (de Marburger school).

386 Immink 1956, p. 4: "Le concept [formel, mh], après avoir éliminé des *concreta* les 'particularités' individualisantes, nous fait 'saisir', 'comprendre', dans une unité, des *concreta* d'après leur 'essence'. Cependant, cette 'essence' n'est pas quelque chose d'indépendant de la pensée humaine. L'élément dominant la manière de poser le problème est l'aspect sous lequel la généralisation s'est effectuée ou, du moins, sous lequel elle se présente d'être effectuée. Tout changement de l'aspect a pour suite inévitable et immédiate une modification de l''essence' ". Het besef van de ordenende handeling van het onderzoekende subject bij het tot stand komen van kennis komt

Het besef van de invloed van de gehanteerde begrippen op de reconstructie van de historische werkelijkheid past op soortgelijke wijze bij het doordenken van de resultaten van cultureel antropologisch onderzoek. Met name Geertz, Bauman maar ook - dichter bij huis - Kloos en Van Binsbergen hebben aandacht gevraagd voor de onuitwisbaarheid van het perspectief van de onderzoeker die zich bezighoudt met de bestudering van radicaal andere samenlevingen.[387] Wesel, die evenals Salas een interdisciplinaire benadering kiest door rechtshistorie en rechtsantropologie te verbinden, bespreekt met het oog op zijn onderzoek naar het recht in niet-statelijke samenlevingen de vraag 'wat is recht?'.[388] Wat is de invloed van onze conceptie van recht op onze perceptie van vergelijkbare fenomenen binnen niet-statelijke samenlevingen? Zijn uiteindelijke oplossing van het probleem is een voorstel om de onderbepaaldheid van het rechtsbegrip zo op te vatten dat de term recht in verschillende perioden of samenlevingen naar verschillende fenomenen verwijst: in plaats van een overal geldige definitie stelt hij voor het rechtsbegrip te relativeren en te historiseren. In termen van Immink legt hij zich neer bij de discontinuïteiten van het rechtsbegrip. In termen van Glastra van Loon zoekt hij de betekenisidentiteit van het recht, hetgeen betekenisverschuiving niet uitsluit maar juist vooronderstelt. De intrasystematische betekenis van de term recht hangt af van het betekenissysteem waarbinnen die term zich verhoudt en ook dat leidt tot het inzicht dat binnen een niet-statelijke samenleving een andere betekenis moet worden toegekend aan fenomenen die naar ons inzicht onder het rechtsbegrip vallen. In het verlengde van deze fenomenologische benadering kan verwezen worden naar Geertz die vanuit zijn eigen rechtsvergelijkend onderzoek tot de conclusie komt dat 'law is part of a distinctive manner

overeen met het semiotische inzicht van Glastra van Loon dat begripsvorming een kwestie is van het als objecten aan elkaar toeordenen van fenomenen aan de hand van een als teken gebruikt fenomeen (de term of het woord dat aldus betekenisidentiteit genereert). Het onderscheid tussen formele definitie en materiële inhoud lijkt daarmee in tegenspraak, voorzover daarmee gesuggereerd wordt dat de materiële inhoud los van enige betekening als zodanig gegeven is. Zie par. 1.3.2.3 hierboven voor de verwerping van de ontologische voorrang van het object op het teken. Zie ook hoofdstuk III van het proefschrift van Glastra van Loon 1987 waarin hij het kantiaanse vorm/materie schema bekritiseert. Over Cassirer zie Van Eekert 1997 die hem een 'hermeneutische vernieuwing als voortzetting van de kritisch-idealistische traditie' toeschrijft.

387 Geertz 1983, Bauman 1999, Kloos 1988, Van Binsbergen 1999. Zie ook de bezwaren van Berman 1983, p. 545 tegen een eenzijdig causalistische interpretatie van de historische en sociale werkelijkheid.

388 Wesel 1985, p. 52-69.

of imagining the real'.[389] Het recht wordt daarmee niet meer als een object gezien maar als een manier van verbeelden van de werkelijkheid. Geertz meent dat iedere - ook iedere niet-statelijke - samenleving een manier van kijken ontwikkelt die bepaalt hoe de werkelijkheid wel en niet wordt waargenomen, dat wil zeggen hoe handelen als bepaalde handelingen kunnen worden 'verstaan'.[390] Dat geldt uiteraard ook voor de straf en voor andere punitieve handelingen die deel uit kunnen maken van een - voor ons - volstrekt andere 'legal sensibility'. In het dwingende karakter van die manier van kijken of 'legal sensibility' ligt de beperking en de mogelijkheidsvoorwaarde voor betekenisverlening en dus voor 'werkelijkheid' überhaupt. Dat dwingende karakter, het imperatieve aspect - bij uitstek zichtbaar in Harts 'secundary rules' - is voor Geertz aanleiding om vanuit vergelijkend cultureel perspectief ondanks alle verscheidenheid van recht te durven spreken, althans van een 'legal sensibility'.[391] In par. 3.3.3.2 hieronder zal blijken dat wij Hart overigens niet volgen in zijn interpretatie van de rol die 'secundary rules' in niet-statelijke samenlevingen al dan niet spelen.

In dit onderzoek worden het recht en de punitieve handhaving daarvan voor de Germaanse periode gereconstrueerd met gebruikmaking van de schaarse beschikbare (rechts)historische bronnen[392] en onder verwijzing naar de reconstructie van recht en punitieve handhaving in andere niet-statelijke samenlevingen.[393] Dit impliceert uiteraard niet dat de concrete historische gestalte die

389 Geertz 1983, p. 184. Op a.w. p. 230 spreekt hij van de 'constructional role of law', op a.w. p. 232 van 'the notion that legal thought is constructive of social realities rather than merely reflective of them'.

390 Die verbeelding van de werkelijkheid is dus constructief voor de werkelijkheid en zal in geval van schending dus ook verdedigd worden, Geertz 1983, p. 231: "What is at risk, or felt to be, are the conceptions of fact and law themselves and of the relations they bear the one to the other - the sense, without which human beings can hardly live at all, much less adjudicate anything, that truth, vice, falsehood, and virtue are real, distinguishable, and appropriately aligned". Vergelijk par. 1.3.5 hierboven over het imperatieve aspect van rechtsnormen, dat betekenischaos moet voorkomen.

391 Geertz 1983.

392 Informatie over deze periode is moeilijk te vinden, fragmentarisch van aard en dus noodzakelijkerwijs deels speculatief van aard. De Monté ver Loren wijst in Hoofdlijnen op p. 27-28 op de geschriften van Iulius Caesar en Tacitus, op oude sagen als het Nibelungenlied en archaeologische vondsten. Met name Immink heeft zich met de overgang van de Germaanse stammenmaatschappij naar de Frankische overheersing en naar de feodaliteit beziggehouden, onder meer ook door onderzoek te doen naar het Friese recht. Het Friese recht is relevant in dit verband omdat de Frankische koningen geen greep konden krijgen op de Friezen en omdat bovendien ook de feodaliteit grotendeels aan Friesland voorbij ging. Zie Immink 1956a, 1969 en 1973.

393 Zie Wesel 1985, p. 15: "Die Ethnologie ist die wichtigste Grundlage für die Kenntnis von frühem Recht. Rekonstruktionen aus schriftlichen Überlieferungen der Antike

recht en punitieve handhaving in de Germaanse periode aannam identiek is met die in andere niet-statelijke samenlevingen.[394] Het impliceert wel dat aan bepaalde handelingen en handelingspraktijken in de Germaanse en in andere *gesegmenteerde* samenlevingen betekenisidentiteit kan worden toegekend. De argumenten daarvoor berusten op de mogelijkheid om niet-statelijke samenlevingen in te delen in twee *ideaaltypen*: (1) (vaak nomadische) samenlevingen die georganiseerd zijn op basis van cognatische verwantschap[395] en die zich in leven houden door middel van jagen en verzamelen en (2) sedentaire samenlevingen die georganiseerd zijn op basis van agnatische verwantschap[396] en die zich in leven houden door middel van landbouw en/of veeteelt. Het eerste type wordt veelal geduid als een samenleving van jagers en verzamelaars en het tweede type als een gesegmenteerde samenleving. Op grond van hetgeen uit antieke bronnen en archeologische vondsten kan worden afgeleid valt de Germaanse samenleving binnen de ideaaltypische beschrijving van de gesegmenteerde samenleving.[397]

sind zwar möglich, reichen aber allein bei weitern nicht aus. Die Archäeologie kann kaum etwas beitragen. Das wichtigste Material stammt aus der ethnologischen Forschung".

394 Gerbenzon en Algra 1987 vragen zich op p. 9-11 expliciet af of, en zo ja in hoeverre de Oudgermaanse samenleving vergeleken kan worden met andere niet-statelijke samenlevingen. Op p. 10 stellen zij: "Overeenstemming is er wel vaak ten aanzien van de grote lijnen van de rechtsinstellingen van de verschillende volkeren met overeenkomstige cultuur, maar niet ten aanzien van de détails". Zie ook Van den Bergh 1979, p. 43 noot 26 die in feite oproept tot nader onderzoek van cultureelantropologisch materiaal.

395 Cognatische verwantschap betekent dat de verwantschappelijke orde zowel langs de kant van de moeder als langs de kant van de vader verloopt.

396 Agnatische verwantschap betekent dat de verwantschappelijke orde langs de kant van hetzij de vader hetzij de moeder geinstitutionaliseerd is (patri- of matrilineaire verwantschapsgroepen, niet te verwarren met patriarchaat of matriarchaat). Agnatische verwantschapsstructuren vormen de basis van de gesegmenteerde samenleving. De term 'segmentaire samenleving' is van Durkheim, zie Wesel 1985, p. 212. Zie Durkheim 1973.

397 Dat de Germaanse stammensamenleving agnatisch georganiseerd was, zou onder meer kunnen blijken uit het feit dat de bruidsschat door de man betaald moet worden, hetgeen een typisch kenmerk is van een agnatische gesegmenteerde samenleving, zie Wesel 1985, p. 43, en Tacitus 1992, *Germania* cap. 18. Ook de *oud*romeinse en *oud*griekse samenlevingen vallen binnen het bereik van de gesegmenteerde samenleving, zie Wesel 1985, p. 193: "Die agnatischen Verwandten in Rom, das waren die Mitglieder einer gens. (…) Die römische gens verliert sich im Dunkel der römischen Frühgeschichte. Sie entspricht, das weiss man doch, dem grieschischen genos, der germanischen Sippe, und dem schottischen clan".

3.2.2 Rechter in oude zin en rechter in moderne zin

Vanuit deze achtergrond wijst De Monté ver Loren bij zijn onderzoek naar de (dis)continuïteiten in de historische ontwikkeling van de rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden op de dubbelzinnige betekenis van de term rechter:

> Voor ons spreekt het vanzelf dat een rechter vonnis wijst. Voor de middeleeuwse mens daarentegen was het op dezelfde wijze duidelijk, dat een rechter in het algemeen geen vonnis wees, maar de rechtszitting presideerde, recht - d.w.z. vonnis - vorderde en zo nodig voor de ten uitvoerlegging van het vonnis zorg droeg.[398]

In aansluiting daarop merkt hij over de rechter in de middeleeuwen op:

> De rechters hadden niet alleen de leiding bij de rechtspraak en de daarmee aanvankelijk samenvallende wetgeving, maar ook bij daden van bestuur. Immers 'rechten' of 'richten' wilde oudtijds zeggen: de rechtsorde handhaven en zo nodig orde scheppen. Zulks hield in te zorgen, dat er recht gesproken werd en wetgevende maatregelen genomen werden, maar omvatte eveneens datgene, wat men in moderne terminologie bestuur noemt.[399]

Hij spreekt verder steeds over de *rechter in oude zin*, als hij de rechter bedoelt die als voorzitter van het gerecht optreedt zonder zelf te oordelen en over *rechter in moderne zin*, als hij de rechter bedoelt die zelf oordeelt over het voorgelegde geschil of strafbare feit.[400] Wanneer sprake is van een rechter in oude zin, *ligt het oordeel dus niet bij de rechter maar bij het gerecht*, dat wordt gevormd door de (vertegenwoordigers van de) leden van de betreffende rechtsgemeenschap.[401]

398 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 9-10.

399 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 11.

400 Dit onderscheid blijft tot in de Republiek van groot belang. Faber 1983, p. 27 wijst ten aanzien van het Amsterdamse stadsbestuur tijdens de Republiek (het college van Schout en Schepenen) op het feit dat onderscheiden moet worden tussen de schout enerzijds en de schepenen anderzijds: "Toch zijn alleen *Schepenen*, negen in getal, naar onze maatstaven als rechters te beschouwen". Hij suggereert vervolgens dat de Schout gezien moet worden als officier van justitie, maar voegt daaraan toe: "Ons onderscheid tussen zittende en staande magistratuur is hier echter niet in volle omvang van toepassing. De Schout was namelijk tevens 'rechter in oude zin' ". Hij verwijst daarbij naar De Monté ver Loren/Spruit 1972 (een eerdere druk van diens hier verwerkte Hoofdlijnen uit 2000).

401 Dit gerecht in oude zin mag weer niet verward worden met de jury, een institutie die verbonden is met centralistische politieke machtsuitoefening. Zie Berman 1983, p. 448 e.v. en in gelijke zin Esmein 1882, p. 8. Zie ook ten aanzien van het Romeinse recht het door Kunkel 1974, p. 12-15 beschreven onderscheid tussen het *comitale* strafproces (waarin de rechter in oude zin figureert ten overstaan van het volk dat het gerecht

Het rechterschap in oude zin functioneert zowel binnen de niet-statelijke Germaanse samenleving, waarbij de rechter als *primus inter pares* optreedt, (paragraaf 3.3.3) als binnen de samenleving van de Frankische koningen (paragraaf 3.5.2) als in de feodale gerechten (paragraaf 4.2.2). In die laatste twee gevallen (in Frankische tijdperk en binnen de feodale gerechten) vordert de rechter recht in naam van de koning of heer.

Het rechterschap in moderne zin functioneert zowel binnen de hiërarchische verhoudingen van de kerkelijke rechtsorde vanaf het einde van de elfde eeuw (paragraaf 4.2.4) en van de absolutistische koninklijke rechtsorde vanaf het eind van de middeleeuwen (paragraaf 4.3), als binnen de nieuwe verhoudingen die door de Franse revolutie geïnstalleerd worden. Die nieuwe verhoudingen betreffen de relatie tussen overheid en burgers, die vanaf dat moment gedacht wordt in termen van een sociaal contract en representatie in plaats van in termen van ondergeschiktheid (hoofdstuk 6).

De betekenis van de termen 'rechter in oude' en 'rechter in moderne zin' is verweven met de procesvorm waarin de rechter zijn rol speelt. Hieronder zal deze relatie tussen rechter en procesvorm verder uitgewerkt worden aan de hand van de procesmodellen van Denis Salas.

3.2.3 Procesvormen

3.2.3.1 Inleiding

Salas beoogt met zijn onderzoek naar het strafproces de elementen aan te dragen voor een interdisciplinaire theorie over het fenomeen proces. Hij integreert daartoe een rechtshistorische met een cultureel antropologische en sociologische benadering. Bij aanvang van zijn studie construeert hij drie procesmodellen die begrepen moeten worden als Weberiaanse ideaaltypen waarlangs inzicht kan worden verkregen in het verschijnsel proces in zijn histori-

vormt) en de *questiones perpetuae* (waarin een jury figureert) en verschillende vormen van magistratelijke gerechten (waarin een rechter in moderne zin de hoofdrol speelt). Zowel de *questiones perpetuae* als de magistratelijke gerechten bestaan voort in de keizertijd, in tegenstelling tot het comitale strafproces uit de tijd van de Republiek. Kunkel wijst erop dat tussen het juryproces en het proces voor het magistratelijke gerecht veel minder verschil is dan op het eerste gezicht het geval lijkt te zijn: in beide gevallen spreekt het gerecht zich uit over de schuldvraag en ligt het oordeel over de straf vervolgens vast in de wet, zie ook a.w. p. 28-29 over de rol van het *consilium* (raadgevende bijzitters bij de magistratelijke en keizerlijke rechters) die veel gelijkenis vertoont met de rol die de jury speelde bij de *quaestiones perpetuae*.

sche en maatschappelijke contexten: *le modèle la médiation* (de bemiddelende procesvorm), *le modèle de l'inquisitoin* (de inquisitoire procesvorm) en *le modèle du procès équitable'* (de procesvorm van het 'fair trial').[402] Ik neem deze modellen hieronder over als analytische instrumenten om de verhouding tussen punitief handelen, proces, recht en samenleving in kaart te brengen. Zijn modellen blijken een meerwaarde te hebben ten opzichte van de veel gebruikte terminologie van de accusatoire en de inquisitoire procedure.[403] Die meerwaarde komt voort uit het feit dat Salas het proces in de niet-statelijke samenleving in zijn analyse betrekt (de bemiddelende procesvorm) en uit het feit dat het 'fair trial' niet in termen van een 'gematigd accusatoir' of een 'gematigd inquisitoir' of een 'adversarial trial' wordt beschreven, maar als een eigenstandige figuur. Het 'fair trial' integreert weliswaar aspecten van de bemiddelende en de inquisitoire procesvorm, maar staat bovenal voor een nieuwe verhouding tussen de actoren binnen het strafproces.

3.2.3.2 Bemiddelende procesvorm

Het rechterschap in oude zin functioneert in een proces waarin de bemiddeling van gelijkgerechtigden voorop staat. Het *gerecht* wordt gevormd door alle *vrije* leden van de gemeenschap of door hun vertegenwoordigers. De rechter is voorzitter van het gerecht en heeft daarin alleen een stem voor zover hij deel uitmaakt van de rechtskring van het gerecht: het gerecht oordeelt op grond van recht dat het zelf vaststelt.

In de loop van de middeleeuwen beginnen de vorsten nieuw recht uit te vaardigen, terwijl ook in de steden nieuwe vormen van recht ontstaan die in geschreven statuten worden vastgelegd.[404] Met die verandering van de herkomst van het recht verschuift ook de rol van de rechter, die met het ontstaan van overheden geldt als vertegenwoordiger van de vorst. Zolang de rechter daarbij als rechter in oude zin functioneert, blijft zijn taak echter beperkt tot het voorzitten van de vergadering met als doel de vrede en de gerechtigheid te bevorderen. Als rechter in oude zin is niet hij maar het gerecht de oordeelvinder. Het recht dat gevonden en gevormd wordt in dat proces *vloeit voort uit*

402 Salas 1992, p. 21 e.v.

403 Zie ook Damaska 1986 die aan de hand van vier factoren een alternatief model ontwerpt waarbinnen het continentale en het angelsaksische strafproces met elkaar kunnen worden vergeleken zonder in de versleten terminologie van de inquisitoire en de accusatoire procedure te vervallen. In Nijboer 1994 wordt het model kort uiteengezet.

404 In het algemeen heten de uitgevaardigde regelingen van de middeleeuwse vorsten hier te lande ordonnantieën of plakkaten, en van die van andere overheden zoals het stadsbestuur keuren, zie De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 227.

en constitueert het rechtsbewustzijn van de *aanwezige* rechtsgenoten. Salas spreekt in dat geval van een bemiddelende procesvorm:

> Le droit ne préexiste pas à ce procès. Il s'élabore en même temps que lui et se découvre peu à peu avec le consensus qui se dégage du débat.[405]

Het normatieve aspect van de rechtsnormen is in een bemiddelende procesvorm sterk verweven met het imperatieve aspect dat bij afwezigheid van overheidsgezag niet binnen een verticale relatie kan spelen: in de bemiddelende procesvorm vallen normadressant en normadressaten samen:

> Le modèle de la médiation repose au contraire [t.o. het 'fair trial', mh] sur la négation même d'un centre politique (société sans Etat) ou sur un effacement de celui-ci devant l'autonomie de la société civile (sociétés féodales, par example). En l'absence de pouvoir différencié, ce sont les régulations sociales spontanées qui règlent seules *à l'intérieur de chaque groupe et entre les membres du groupe* les conditions du maintien et du renouvellement de son ordre interne.[406]

Bij een beschrijving van de bemiddelende procesvorm moet onderscheiden worden tussen het proces dat voor een gerecht wordt gevoerd dat uit alle rechtsgenoten bestaat, waarbij één van hen als voorzitter (rechter) is aangewezen, en het proces dat voor een gerecht wordt gevoerd dat de rechtsgenoten *representeert*, terwijl de voorzitter door de koning is benoemd als zijn vertegenwoordiger. In het tweede geval is - in tegenstelling tot het eerste geval - vaker sprake van een voorgegeven geschreven recht vanwege de koning, of het stadsbestuur, naast het ongeschreven recht dat ten processe gevonden en gevormd wordt. Het imperatieve moment is binnen deze tweede variant van de bemiddelende procesvorm beter te onderscheiden van het normatieve moment, door de gezagsrelatie die in het proces verondersteld is. Dit onderscheid is van belang voor het onderscheid tussen het Germaanse *ding* enerzijds, dat binnen een niet-statelijke samenleving functioneert (par. 3.3.3) en de accusatoire procedure anderzijds, die functioneert onder de Frankische koningen (par. 3.5.2) en binnen de feodale verhoudingen (par. 4.2.2.2). In het *ding*proces vallen volk[407] en gerecht samen, in de accusatoire procedure wordt het volk gerepresenteerd.

405 Salas 1992, p. 63.

406 Salas 1992, p. 25.

407 De term volk (*populus*) verwijst hier naar alle rechtsgenoten, waarbij bedacht moet worden dat niet alle mensen die zich binnen een territorium of jurisdictie bevonden als rechtsgenoot meetelden. Zie over de betekenisverschuiving binnen het begrip volk Immink 1950 en par. 4.2.2.2 hieronder.

3.2.3.3 Inquisitoire procesvorm

Het rechterschap in moderne zin functioneert historisch gezien in eerste instantie in een proces waarin de wil van de overheid wet is (par. 4.4). In dat geval wordt de relatie tussen overheid en subject in termen van onderworpenheid gedacht, hetgeen leidt tot een inquisitoire proces*vorm,*[408] waarin de verdachte als object van onderzoek ter beschikking staat van de rechter die tegelijk aanklager is en executeur. Het imperatieve aspect van de rechtsnormen die moeten worden toegepast staat in zekere zin los van een eventueel normatief aspect. Deze inquisitoire procesvorm is Salas' tweede procesmodel:

> Dans le modèle de l'inquisition (…), l'espace social s'identifie à une seule volonté infaillible, propre à une institution à visée totalisante qui n'accepte pas face à elle une légitimité concurrente.[409]

Dit 'modèle de l'inquisition' mag niet gelijkgesteld worden met ons huidige - vaak als gematigd inquisitoir gekwalificeerde - strafproces. Drenth onderscheidt in zijn studie over de 'historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces' tussen het inquisitoire *beginsel* (vervolging en onderzoek van overheidswege) en de uitwerking daarvan in de inquisitoire proces*vorm* vanaf de late middeleeuwen (de verdachte uitsluitend als object van onderzoek, het samenvallen van aanklager en rechter).[410] Cruciaal in Salas' inquisitoire procesvorm is naast het ontbreken van een rechtspositie voor de verdachte het samenvallen van de functies van aanklager, rechter en gerecht.[411] Om die reden wordt zijn 'modèle de l'inquisition' in aansluiting op het onderscheid van Drenth verder aangeduid als inquisitoire proces*vorm*.

408 Salas 1992, p. 25: "Enfin, le modèle de l'inquisition apparaît dans les sociétés caractérisées par un haut degré de différenciation de leur centre. Il assure le règlement des *contestations opposant les membres du groupe et les détenteurs du pouvoir*. La pénétration du procès par la société civile disparaît au profit d'un modèle du procès totalement ou partiellement annexé par l'Etat, organe séparé de la société et la dominant".

409 Salas 1992, p. 53.

410 Drenth 1939, p. 18-23 (principe en vorm) en p. 236-245 (conclusies). Vergelijk Van de Vrugt 1982, p. 7, die onder verwijzing naar Eberhart Schmidt meent dat het bij de inquisitorie procedure niet zozeer gaat om de publieke initiëring van het strafproces maar om twee andere kenmerken: het 'Offizialmaxime' en het 'Instruktionsmaxime'. Die principes zien op het feit dat het strafproces een onderzoek naar de materiële waarheid betreft door een overheidsorgaan. Zie nogmaals Drenth, p. 239-240 die spreekt van het 'Offizialprinzip' in verbinding met het 'Untersuchungsprinzip' en daartegenover spreekt van een 'Dispositionsprinzip'.

411 Salas 1992, p. 56: "L'accusé n'est plus face à son juge mais face à un accusateur qui a tour à tour le visage d'un accusateur, d'un juge et d'un boureau". Ook Drenth 1939, p. 237 verwijst naar het feit dat in de inquisitoire procedure eeuwenlang de rechter tegelijk aanklager, vervolger en rechter was.

Volgens Salas is het oordeel van de rechter in de inquisitoire procesvorm *niet* gebaseerd op het recht maar gaat volledig op in de wil van de soeverein, namens wie de rechter rechts spreekt.[412] Deze stelling is zoals in het zesde hoofdstuk nader zal worden uiteengezet te algemeen.[413] De inquisitoire procesvorm die in de late middeleeuwen vorm krijgt, komt juist voort uit de behoefte een vooraf gesteld *recht* ten uitvoer te leggen, af te dwingen:

> Sa fonction [du droit, mh] dialectique s'évanouit au profit d'une pure instrumentalité aux mains d'une légitimité qui ne souffre aucune discussion. (…) Il [le pouvoir, mh] confisque la loi au nom de l'idee qu'il se fait de la loi.[414]

Het recht dat in de inquisitoire procesvorm wordt *toegepast* heeft een overwegend imperatief aspect en is dus in belangrijke mate afhankelijk van de wil van de soeverein. Daardoor ontbreekt de dialectische of bemiddelende rol die het recht in de verhouding tussen overheid en rechtsgenoot kan spelen. Het recht wordt als instrument ingezet zonder bescherming. In termen van de hiervoor onderscheiden rechtsopvattingen,[415] hangt de inquisitoire procesvorm van Salas samen met een instrumentalistische rechtsopvatting die historisch verbonden is met het staatkundig absolutisme.[416] Daarin vallen het recht en de wil van de soeverein weliswaar samen, maar dat impliceert - zolang het voorgeven recht op consistente wijze wordt geïmplementeerd - niet zonder meer de afwezigheid van het recht, maar een instrumentalistisch gebruik van het recht. Pas na de middeleeuwen ontstaat met name in Frankrijk een regiem waarin de wil van de soeverein een zo arbitrair karakter krijgt, dat met Salas gesteld kan worden dat hier geen sprake meer is van recht. Met Montesquieu kunnen we dan spreken van een despotie, zijnde de regeringsvorm die naar zijn oordeel samenvalt met de afwezigheid van recht.[417]

3.2.3.4 De procesvorm van het 'fair trial'

Het rechterschap in moderne zin kan echter ook functioneren tegen de achtergrond van een staat waar de relatie tussen overheid en burger in termen van een evenwicht van machten en van representatie wordt gedacht. Dit leidt uiteindelijk tot de ontwikkeling van de procesvorm van het 'fair trial' waarin

412 Salas 1992, p. 54: "L'absence de droit implique qu'à personne juridique, point d'application du droit, se substitue la personne physique sur laquelle s'exercent les rigueurs de la procédure préparatoire".

413 Par. 6.3.5 hieronder.

414 Salas 1992, p. 53, die hier zijns ondanks lijkt te erkennen dat hier sprake is van recht, zij het een vrijwel uitsluitend instrumenteel recht.

415 Zie par. 2.4.2 en 2.4.3 hierboven.

416 Zie par. 6.3.5 hieronder.

417 Zie nogmaals par. 6.3.5.

de ongelijkheid tussen burger en overheid wordt gecompenseerd door het toekennen van 'gelijke wapenen' in een openbaar proces dat wordt geleid door een rechter die onpartijdig en onafhankelijk is.[418] De eisen van externe openbaarheid en binding van de rechter aan de democratisch tot stand gekomen wet organiseren de aansluiting op het rechtsbewustzijn, dat in vergelijking met het rechtsbewustzijn van het gerecht in oude zin een veel gelaagder en complexer structuur kent.

Het normatieve aspect van rechtsnormen valt niet meer - zoals in het bemiddelend proces - samen met het imperatieve aspect. Het imperatieve aspect van rechtsnormen kan echter niet - zoals in de inquisitoire procesvorm - als enig referentiepunt dienen voor de geldigheid van de toe te passen rechtsnorm: de legitimatie van de rechtsnorm ligt enerzijds in de democratische totstandkoming ervan en anderzijds in de maatschappelijke aanvaarding van de norm.[419] Dat betekent dat het rechterlijk oordeel niet zonder meer op logische wijze uit de geschreven wet kan worden afgeleid, noch rechtstreeks aan de positieve moraal kan worden ontleend. De persoon die terecht staat heeft daarenboven een juridisch beschermde positie van waaruit hij zich kan verdedigen tegen de vordering tot strafoplegging vanwege de overheid.

> Le modèle du procès équitable appréhende la personne humaine par la médiation du droit comme un être de raison et par la fiction juridique de la présomption d'innocence. La culpabilité pénale ne s'identifie pas à la faute. Elle ne résulte ni d'un jugement purement logique, ni d'un jugement moral.[420]

Bij de bespreking van deze laatste procesvorm is de term accusatoir niet meer gebruikt. Met Drenth kan gesteld worden dat ons strafproces in geen enkel opzicht meer accusatoir is: het initiatief ligt niet bij particulieren, de verdachte is wel degelijk voorwerp van onderzoek en de rechter is niet lijdelijk.[421] In zijn conclusies stelt Drenth vast dat ons proces inquisitoir is: er is sprake van vervolging van overheidswege, de verdachte is voorwerp van onderzoek en de rechter is gehouden tot actief onderzoek naar de materiële waarheid.[422] Daarmee wordt verwarring met de inquisitoire procesvorm in de hand gewerkt.

418 Salas 1992, p. 24-25: "Le modèle du procès équitable est issu de la tradition politique occidentale où l'Etat forme un système centralisé et differentié de la société civile. Le droit qu'il met en oeuvre est le fruit d'un consensus *entre les différents groupes sociaux* qui le composent. Il s'inscrit dans une institution judiciaire distincte des autres pouvoirs de l'Etat en vertu du principe de séparation des pouvoirs".

419 Over het belang van de maatschappelijke aanvaarding van de norm zie Broekman en 't Hart 1980.

420 Salas 1992, p. 34.

421 Drenth 1939, p. 242-243.

422 Drenth 1939, p. 243.

Het is niet duidelijk wat Drenth precies onder het inquisitoire proces verstaat, omdat hij op dat moment geen onderscheid meer maakt tussen het inquisitoire beginsel en de inquisitoire procesvorm. Die laatste wordt immers gekenmerkt door het feit dat de verdachte *uitsluitend* object van onderzoek is en door het feit dat de rechter tevens aanklager is en verantwoordelijk voor de executie. Daarvan is bij de procesvorm van het 'fair trial' geen sprake. Om verwarring te voorkomen wordt hier dan ook niet gesproken van een 'gematigd inquisitoir' of een 'gematigd accusatoir' proces, maar - met Salas - van de procesvorm van het 'fair trial' als eigenstandige bemiddeling van de verhouding tussen overheid, samenleving en verdachte.

Vanuit het perspectief van de hier gesitueerde procesvormen zal hieronder de ontwikkeling van straf en strafbegrip historisch worden verkend. De beide eerste procesvormen komen in dit en in het volgende hoofdstuk aan de orde, terwijl de derde procesvorm vanuit systematisch perspectief in het vijfde hoofdstuk en vanuit historisch perspectief in het zesde hoofdstuk nader wordt onderzocht.

3.3 De Germaanse periode[423]

3.3.1 Inleiding

Het belang van de Germaanse periode voor de bestudering van het recht is met name door Immink steeds benadrukt.[424] Het belangrijkste kenmerk van

[423] Deze periode valt samen met die van de late Oudheid in het Oost-Romeinse Keizerrijk, dat wil zeggen de periode na de republiek. Over de ontwikkeling van het procesrecht onder de republiek en het keizerrijk, zie Van den Bergh 2000, p. 13-18, Kunkel 1974, Coenraad 2000, Koschaker (1947) 1997. De Justiniaanse compilaties die wij sinds de middeleeuwse receptie als 'het' *Corpus Iuris* kennen, werden aan het einde van die periode gecodificeerd. Zie Immink 1958 passim over de vraag in hoeverre Romeinse en Germaanse rechtsfiguren bepalend zijn geweest voor de ontwikkeling van Westeuropa in de middeleeuwen.

[424] Immink wordt door Veen 1987, p. 403 'ondergebracht' in de germanistische stroming binnen de rechtsgeschiedenis. De rivaliteit tussen de zogenaamde germanisten en romanisten, die in de 19e eeuw binnen de Historische School in Duitsland is ontstaan, is wellicht mede debet aan de marginalisering van zijn werk. De relevantie van zijn rechtshistorische werk heeft betrekking op zijn steeds weerkerende onderzoek naar 'de grondslagen van de (publiekrechtelijke) structuur van de Westeuropese samenleving' (Veen 1987, p. 405). Anders dan de privaatrechtelijke inslag van de romanisten is de focus van het werk van Immink gericht op de publiekrechtelijke aard van het recht,

de Germaanse samenleving was volgens hem *het ontbreken van een centraal gezag over een bepaald territorium,* afgezien van het gezag van de *allodiale* grondheer over de onvrijen binnen zijn domein. Scheltema merkte daarover op: "(…) in ieder geval maakte hij zich steeds vroolijk over vakgenooten, meestal Duitsche hoogleeraren, die onmatig veel geleerdheid over de Germanen uitbraakten, maar die dezen grondtrek van de Germaansche samenleving niet hadden onderkend en dezen waarschijnlijk ook niet vermochten te begrijpen".[425] De punitieve rechtshandhaving in de niet-statelijke Germaanse samenleving wordt hieronder besproken vanuit de drie gezichtspunten: vanuit de rechtsorde van de huisgemeenschap binnen het *allodiale* domein (par. 3.3.2), vanuit de rechtsorde van de stam (par. 3.3.3) en vanuit de problematiek van de rechtshandhaving buiten het stam*ding* (par. 3.3.4).[426]

welke publiekrechtelijke aard naar zijn mening ook het privaatrecht bepaalt. Immink 1958, p. 18: "After all, as a regulation of private interests is scarcely conceivable without some framework that determines the place of man in society, the pattern of private law is always dependent on the primary norms of public law. It is true that lawyers are mostly inclined to put things the other way round, by considering private law as the law proper which is more or less infringed upon by rules of public law. But it is not very difficult to see that this attitude is essentially an ideological one, partly nourished by the liberal trend of the nineteenth century and partly due to the overwhelming priority granted in former centuries to the study of Roman law within the programme of legal studies at the universities. In fact the law of most continental nations still bears the imprint fo the Justinian legal system; more precisely; of the Justinian system of private law". Veen 1987, p. 407 verwijst naar de Franse rechtshistoricus Bernard Schnapper, die zich in het *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (42 (1974), p. 338-341) lovend uitlaat over het postuum uitgegeven *La liberté et la peine* van Immink: 'une grande oeuvre à relire et à méditer, aussi importante pour l'histoire de la société franque que pour la théorie de l'origine de la souveraineté, de la monarchie et de l'Etat moderne'.

425 Inleiding bij Immink 1969, p. XIV. De weerstand tegen Imminks gedachtegoed is voor de romanist Scheltema a.w. p. XVII-XVIII aanleiding zijn germanistische collega althans toe te geven: "Hoeveel veiliger is het een ieder te vrind te houden en hoe gevaarlijk is het aan de grondvesten van een vak te gaan schudden, waardoor gevestigde wetenschappelijke reputaties dreigen te vallen. Welnu, van dat alles heeft Immink zich nimmer iets aangetrokken". Veen 1975, p. 307 citeert Scheltema met instemming en wijst op het feit dat deze weerstand Immink waarschijnlijk van het publiceren van zijn gedachtegoed heeft afgehouden: een belangrijk deel van zijn werk is posthuum verschenen.

426 Vergelijk de door Peters (1975) 1993, p. 90 onderscheiden punitieve praktijken in de Germaanse stammensamenleving, die hij als voorlopers van het strafrecht bespreekt: "Theoretisch komen daarvoor drie (of vier) instellingen of praktijken van de primitieve (Germaanse) samenleving in aanmerking: ordehandhaving binnen de huisgemeenschap of stam; de regulering van conflictueuze gevolgen van bloedwraak en vete waartoe delicten tussen leden van verschillende sibben leidden; en de bestraffing door de stamgemeenschap van religieuse en militaire delicten waardoor de collectieve iden-

De Germaanse stammen maakten naar alle waarschijnlijkheid deel uit van wat in de culturele antropologie een gesegmenteerde samenleving genoemd wordt. Een gesegmenteerde samenleving kent geen centraal gezag en is georganiseerd op basis van afstamming en verwantschap. De leden van de verschillende segmenten/sibben/lineages ontlenen hun gemeenschappelijkheid aan de gedachte dat zij afstammen van een gemeenschappelijke voorouder in de mannelijke lijn (patrilineariteit) of in de vrouwelijke lijn (matrilineariteit). Een huwelijk binnen de eigen lineage is niet toegestaan (dit verbod wordt exogamie genoemd). Om te overleven zijn de verschillende lineages met het oog op het 'ruilen' van vrouwen op elkaar aangewezen: *reciprociteit en verwantschap* worden gezien als de fundamentele ordeningsprincipes van de gesegmenteerde samenleving.[427]

De Germaanse sibbe waarover Tacitus in zijn *Germania* schrijft lijkt langs lijnen van patrilineaire verwantschap te zijn georganiseerd.[428] De wederzijdse afhankelijkheid tussen de verschillende sibben veronderstelt dat zich grotere gehelen hebben gevormd die qua taal en cultuur overeenkwamen, hetgeen de genoemde uitwisseling van vrouwen mogelijk maakte en door die uitwisseling ook zal zijn bevorderd. Die grotere gehelen kunnen worden aangeduid als stam maar mede gezien de krijgslustige aard van de Germaanse vrije[429] mag worden verondersteld dat coalitievorming aan de orde van de dag was. Het is in die zin riskant om van stammen of volken te spreken,[430] omdat daarvan een

titeit en de veiligheid van de hele gemeenschap in gevaar kwam". Van groot belang is het onderscheid tussen huisgemeenschap en stam, zie daarover par. 3.3.2 en 3.3.3 hieronder.

427 Zie Wesel 1985, p. 28: "Verwandtschaftsordung und soziale Ordnung sind identisch. Das gesellschaftliche Gleichgewicht wird hergesteld durch die Kombination von Exogamie der Segmente und Endogamie des Stammes". Zie uitgebreid Eder 1976 en Sahlins 1974.

428 De idee dat de Germanen een patrilineaire organisatie kenden, wordt bijvoorbeeld bevestigd door Tacitus 1992, *Germania* cap. 20: "Zusterskinderen genieten bij hun oom van moederszijde dezelfde achting als bij hun vader". Juist in patrilineaire afstammingsgroepen blijkt de relatie met de patrilineaire afstammingsgroep van de moeder vaak sterk te zijn, zie Kloos 1976, p. 56.

429 Tacitus 1992, *Germania*, cap. 13-15.

430 In veel rechtshistorische literatuur wordt geen aandacht besteed aan het onderscheid tussen de sibbe enerzijds en het geheel van sibben die via het sluiten van huwelijken een bijzonder geheel vormden anderzijds, beide worden vaak aangeduid als 'stam'. Hieronder wordt de term sibbe steeds uitsluitend gebruikt voor de exogame unilineaire verwantschapsgroep. De term sibbe is synoniem met de termen 'clan' en 'lineage'. Kloos 1976, p. 14-15, 203 en 210 wijst op de verwarring die de term stam op kan roepen wanneer daarmee een niet-statelijke samenleving *als geheel* wordt aangeduid, waarvoor dan vaak dubieuze raciale of linguïstische gronden worden aangedragen. In ge-

suggestie van homogeniteit uitgaat die waarschijnlijk niet aan de orde was. Desondanks zal - willen de verschillende exogame sibben overleven - het stamverband een zekere mate van continuïteit moeten realiseren. Binnen de Germaanse stammen werd deze continuïteit gevonden en gevormd binnen de volksvergadering - het stam*ding* - die op gezette tijden bijeenkwam onder leiding van een rechter in oude zin.[431]

Bij de afbakening van het strafbegrip in het tweede hoofdstuk heb ik de term 'rechtshandhaving' gebruikt. Voor ons is het moeilijk voor te stellen dat rechtshandhaving plaats vindt zonder dat sprake is van een centrale instantie met een monopolie ten aanzien van de rechtsvorming. In de Germaanse samenleving is iedere vrije gehouden en gelegitimeerd het recht te handhaven. Daar komt bij dat in niet-statelijke samenlevingen het recht evenals de religie een *aspect* is van maatschappelijke ordening.[432] De handhaving van de rechtsorde is niet gericht op het recht als zodanig omdat het recht niet als aparte institutie wordt geconcipieerd. In de rechtsantropologie is veel kruit verschoten naar aanleiding van de vraag of het zin heeft om ten aanzien van niet-statelijke samenlevingen van recht of rechtshandhaving te spreken.[433] Het feit dat binnen de Germaanse samenleving geen centrale overheden bestonden die nieuw recht uitvaardigden of hun gezag verbonden met bestaande sociale normen, mag echter het zicht niet ontnemen aan de instituties waarmee in die samenleving de maatschappelijke orde werd gevormd en gehandhaafd en aan wat Geertz noemt de 'legal sensibility' van mensen die binnen een politiek verband met elkaar samenleven.[434] Zolang het recht als een aspect van die orde wordt gezien kan voorkomen worden dat wij met een anachronistisch

lijke zin Van Binsbergen 1999, p. 20-22, die meent dat de indeling van samenleving in 'stammen' een product is van koloniale overheersingsstrategieën.

431 Zie Eder 1976, p. 31-33 over de stam als geheel van unilineaire segmenten die via de uitwisseling van vrouwen met elkaar verbonden zijn. Zie ook Tacitus 1992, *Germania*, cap. 13, over het toetreden van sibbeleden tot het stam*ding*.

432 Berman 1983, p. 50: "Law was not consciously systematized. It had not yet been "disembedded" from the whole social matrix of which it was a part".

433 Zie voor een overzicht van de verschillende standpunten Wesel 1985, p. 52-69. Wesel, a.w. p. 66 merkt op: "Es geht leztlich nur um ein terminologisch Problem". In gelijke zin Berman 1983, die op p. 80 spreekt van een 'legal dimension of social life' en op p. 79 ageert tegen rechtspositivisten die menen dat er geen sprake kan zijn van Oudgermaans recht omdat voor hen, 'law in the full sense of that word' consists of 'rules of conduct enforceable by an organ of the state'. Ook Comaroff en Roberts zien de discussie over de vraag wat nu precies recht is als een onvruchtbare poging, die in de weg staat aan een onderzoek naar de dialectische verhouding tussen regels en het proces waarbinnen regels tot stand komen. Zie hun eerste en laatste hoofdstuk. Zie ook Geertz 1983, p. 184-215.

434 Geertz 1983, p. 125.

conceptueel instrumentarium naar niet-statelijke samenlevingsverbanden kijken.

Bij de bespreking van de drie verbanden waarbinnen rechtshandhaving gesitueerd kan worden, zal de nadruk liggen op de verhouding van deze niet-statelijke vormen van punitieve rechtshandhaving tot het latere publieke strafrecht, dat met het machtsstreven van de Frankische koningen onstond.

3.3.2 Rechtshandhaving binnen de huisgemeenschap

De huisgemeenschap bestaat uit een 'extended family' en eventueel uit onvrijen met hun gezin. Aan het hoofd van de huisgemeenschap staat een *pater familias* of *vrije* die zeggenschap heeft over zijn land en over alle leden van de huisgemeenschap[435] (familie en onvrijen). Het hoofd van de huisgemeenschap is een *vrije* die zijn land bezit als *allodiaal* goed, hetgeen wil zeggen dat er geen feodale of andere gezagsverhoudingen bestaan ten aanzien van dit goed.[436] De betekenis van de vrijheid van de Germaanse bezitter van een *allodiaal* goed

435 Salas 1992, p. 60. Weber 1976, p. 580, spreekt ten aanzien van het gezag van deze 'heer' over patriarchaal gezag: "Ihr Keim liegt in der Autorität eines Hausherrn innerhalb einer häuslichen Gemeinschaft". Weber meent dat de macht van de middeleeuwse vorsten gezien moet worden als een uitbreiding van dit patriarchale gezag over niet-leden van de huisgemeenschap. Deze vorm van gezag kwalificeert hij dan als patrimoniaal gezag, a.w. p. 284: "Wir wollen diesen Spezialfall patriarchaler Herrschaftsstruktur: die mittels Ausgabe von Land und eventuell Inventar an Haussöhne oder andere abhängige Haushörige dezentralisierte Hausgewalt, eine 'patrimoniale' Herrschaft nennen". Zie par. 4.2.2.3 hieronder waarin de rechtsorde van de hof wordt besproken die inderdaad als een voortzetting van het gezag van de 'heer' van de huisgemeenschap kan worden gezien. Deze vorm van gezag mag niet verward worden met het feodale gezag dat in de relatie tussen leenheer en leenman bestaat, zie par. 4.2.2.2.

436 De term *allodium* verwijst naar het land dat een vrije voor zichzelf houdt. Met opzet worden hier de termen 'eigendom' of 'dominium' vermeden, omdat daarmee bezitsverhoudingen geassocieerd worden waarvan het maar de vraag is of zij in die zin aan de orde zijn in voorstatelijke samenlevingen. Over eigendom in gesegmenteerde samenlevingen zegt Wesel 1985, p. 222: "Es ist Verwantschaftseigentum mit abgestuften Mehrfachberechtigungen. Gemeinschafseigentum bedeutet nicht, dass allen alles in gleicher Weise gemeinsam gehört. Es ist ein relatives Eigentum, im Gegensatz zum absoluten des römischen Rechts und der heutigen westlichen Länder. Relatives Eigentum heisst, dass nicht nur einer, und zwar ausschliesslich berechtigd ist, sondern dass auch andre Zugang haben können, im Rahmen der agnatischen Verwantschaft". De term *allodium* is vooral relevant als verwijzing naar het feit dat een landgoed niet voor een ander gehouden wordt, zoals binnen de feodale verhouding tussen leenheer en leenman. De term allodiaal wordt dan ook vaak gebruikt tegenover de term feodaal.

bestaat uit de onafhankelijkheid ten opzichte van andere *vrijen* die in dezelfde positie verkeren. Het belang van het *allodium* als grondslag van de vrijheid kan niet onderschat worden:

> Van groot belang is in dit verband de tegenstelling vrij-onvrij. De vrijheid - dit was de volle, onbeperkte, rechtsbevoegdheid der individuen - was afhankelijk van allodiaal grondbezit. Allodium - een veel meer omvattend recht dan het Romeinsche of het hedendaagsche eigendomsrecht, inzooverre het een naar onze begrippen belangrijke, zoo niet overwegend publiekrechtelijke beteekenis had - was onvereenigbaar met afhankelijkheid van wien en in welken zin ook.[437]

De verhoudingen tussen deze *vrijen* berustten op de afwezigheid van enig centraal gezag, uitgezonderd het centrale gezag dat zij in samenspraak zelf uitoefenden. Bij deze duiding van de machtsverhoudingen binnen de huisgemeenschap enerzijds en van die tussen de hoofden daarvan anderzijds is van belang te noteren dat de afwezigheid van enig centraal gezag tussen de heren niet impliceert dat tussen hen geen feitelijke machtsverhoudingen zouden bestaan. Zo onderscheidt Immink met Tacitus tussen heren, *nobiles* of *principes* enerzijds en boeren anderzijds. Deze laatsten bezitten een hoeve die zij zelf exploiteren. De heren daarentegen bezitten een veel groter *allodium* dat grotendeels aan onvrijen ter bebouwing is uitgegeven. Heren hadden aldus in tegenstelling tot de boeren 'te gebieden over onderzaten'. De term 'heer' van Immink heeft in dit verband dezelfde betekenis als de onder invloed van het Romeinse recht vaak gebruikte term *pater familias*. [438] Immink onderscheidt aan het *allodium* een positief en een negatief aspect. Het positieve aspect betreft enerzijds de publiekrechtelijke soevereiniteit van de *allodiale* heer binnen zijn *allodium* en de politieke rechten die hij samen met andere *allodiale* heren deelt. Het negatieve aspect is de volstrekte onafhankelijkheid ten opzichte van andere heren.[439]

In deze paragraaf gaat het om de verhouding tussen de heer en de leden van zijn huisgemeenschap, die het karakter had van een bevelsverhouding. Als we afgaan op het door Tacitus in de *Germania* geschetste beeld van deze heren, houden zij zich voor een belangrijk deel bezig met het voeren van oorlogen.[440]

437 Immink 1950, p. 127. Zie uitgebreid Immink 1973, Chapitre II over 'La liberté et la peine à l'époque allodiale'.

438 Immink 1969, p. 21-22.

439 Immink 1973, p. 30. Vergelijk de positieve en negatieve vrijheid van Berlin in Berlin 1969, p. 162-167: 'Liberty and sovereignty'.

440 De Oudgermaanse vrijheid in de zin van onafhankelijkheid en de ermee verbonden nadruk op het krijgsheerschap van de vrijen lijkt samen te vallen met de vrijheid en onafhankelijkheid van de Homerische helden uit de Griekse oudheid. In haar bespreking van Hegels 'Fenomenologie van de geest' stelt Shklar 1967, p. 59 dat 'the germ of

Dit kunnen zij zich permitteren voorzover hun land bewerkt wordt door on-*vrijen*, die de plicht hebben een deel van hun productie af te dragen aan de heer, die op die manier zijn handen vrij heeft.[441] De onvrijen die met het *allodium* verbonden zijn, produceren een surplus waar de heer van kan leven.

In navolging van Radbruch en net als Weber meent Immink dat de punitieve praktijk binnen de huisgemeenschap als logische voorganger van de overheidsstraf gezien moet worden.[442] Hij stelt dat de ontwikkeling van de staat en van het publieke strafrecht *niet* gepaard gaan met het voortbouwen op de private wraak maar juist met het uitbannen daarvan.[443] Met Radbruch meent hij dat de oorsprong van de straf gezocht moet worden in het zogenaamde 'Knechtsstrafrecht' dat de *pater familias* over zijn knechten uitoefent en dat voornamelijk uit lijfstraffen zou bestaan.[444] Oorspronkelijk was het strafrecht

the freedom of mankind is born in the battle between heroes'. Zie Köstler 1950 en Ellul 1999-1/2.

441 Het belang van het krijgsmanschap voor de 'klasse' der heren blijkt bijvoorbeeld uit Tacitus 1992, *Germania* cap. 13: "Voorts ondernemen zij niets, noch een openbare noch een private aangelegenheid, tenzij gewapend". In dezelfde zin a.w. p. 185, *Germania* cap. 14: "En tot het beploegen van het land en het geduldig afwachten van de jaarlijkse opbrengst zou men hen niet zo gemakkelijk kunnen overhalen als tot het uitdagen van de vijand en tot het zich oogsten van wonden". Over de verhouding tussen heer en onvrije, zie bijvoorbeeld a.w. p. 191, *Germania* cap. 25: "Zijn heer legt hem, als aan een pachtboer, de levering op van een zekere hoeveelheid graan of vee of stof voor kleding". In gelijke zin Immink 1950, p. 127: " (..) den allodialen domeinbezitter, den zgn. grondheer, die als 'heer' kon leven, omdat zijn bestaan werd verzekerd door de opbrengst van door anderen bewerkten grond".

442 Immink 1973, p. 15 e.v. en 243-244. Radbruch 1950, p. 5, 11. Weber 1960, in het bijzonder p. 241- 263: 'Amtsrecht und patrimonialfürstliche Satzung. Die Kodifikationen'. Zie ook Peters (1975) 1993, p. 90-91.

443 In dezelfde zin Durkheim 1973, p. 59, die de wortels van de straf echter niet in de Germaanse huisgemeenschap zoekt: "Mais si répandue que soit cette théorie [dat de straf voortkomt uit de private wraak, mh], elle est contraire aux faits les mieux établis. On ne peut pas citer une seule société ou la vendetta ait été la forme primitive de la peine. Tout au contraire, il est certain que le droit pénal a l'origine était essentiellement religieux". De idee dat het publieke strafrecht voortkomt uit een privaat strafrecht (uit de private wraak) is deels te verklaren door de grote invloed van de romanisten in de rechtsgeschiedenis: de receptie van het (grotendeels keizerlijke) Romeinse recht impliceerde dat de juridische werkelijkheid met een privaatrechtelijke bril bekeken werd. Zie bijvoorbeeld Margreet Ahsmann, Van 'delictum' tot 'delict': De gemeenschappelijke wortels van strafrecht en privaatrecht', in: A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker, *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer 1995, p. 11-23. Zie de herhaalde kritiek van Immink, bijvoorbeeld idem 1958, p. 18 op deze - naar zijn mening - vertekening van de werkelijkheid.

444 Zie ook Van Caenegem 1954, p. 201: "(men vergelijke dit met de uitbouw van de Karolingische staatsorganisatie die, door het uitbreiden van de verminkingen en de

volgens Immink dus - in tegenstelling tot de private wraak - een recht dat werd uitgeoefend over *onvrijen*:

> Onvrijen, dat zijn soms volkomen rechtelozen (slaven), soms echter ook mensen met alle mogelijke rechten, maar, staande onder het gezag van een heer en gespeend van politieke zeggenschap.[445]

Volgens Immink bestond binnen 'de rechtskring van de heer met zijn on*vrijen*':

> (..) gelijk in de staat, een overheid, daar kende men de gemonopoliseerde rechtsopvatting en de gemonopoliseerde machtsaanwending ter handhaving van het recht, daar was, gelijk in de staat, eigenrichting in beginsel uitgesloten. Daar, niet bij de vrije leden der stamgemeenschap, moet men zoeken om een aanknopingspunt te vinden voor de vrijheid van de moderne 'vrije staatsburgers' in haar materiële bepaaldheid.[446]

Volgens Radbruch wordt bij de ontwikkeling van de staat deze beperking (strafrecht alleen t.a.v. *onvrijen*) terzijde geschoven, zodat de staat het recht kan nemen *vrijen* te straffen.

straffen aan huid en haar ook op vrijen, leidde tot wat H. Brunner een 'Herabrücken der Gemeinfreien' heeft genoemd)". Van Caenegem verwijst in zijn noot 8 t.a.p ook naar Radbruch 1950. Zie bijvoorbeeld ook Meijer-Wichmann 1930, die op p. 129 stelt: "Tarde e.a. hebben erop gewezen , dat de oorsprong van het strafrecht niet zozeer in de bloedwraak, als wel in de interne rechtspraak van den stam (familierechtbanken) ligt". Hier lijken huisgemeenschap, sibbe en stam weer ten onrechte gelijkgesteld te worden. Bij Durkheim 1973, p. 51 e.v. is weinig aandacht voor het imperatieve aspect van de straf, hetgeen ertoe leidt dat hij de punitieve interventies vanuit het ding als straf kwalificeert. Vanuit zijn oriëntatie op niet-statelijke samenlevingen is de verontachtzaming van het imperatieve aspect begrijpelijk maar voor de conceptualisering van de overheidsstraf schiet zijn analyse om diezelfde reden te kort.

445 Immink 1969, p. 4. Zie ook 't Hart 1979, p. 239-247 over de wijze waarop Vico (1668-1744) het inzicht theoretiseert dat de aristocratische 'staats'vorm de oudste is in de opeenvolging van staatsvormen.

446 Immink 1969, p. 39. In termen van Weber 1976, p. 29 is in de huisgemeenschap sprake van een politiek verband: "Politischer Verband soll ein Herrschaftsverband dann und insoweit heissen, als sein Bestand und die Geltung seiner Ordnungen innerhalb eines anggebbaren geografischen Gebiets kontinuierlich durch Anwendung und Androhung physischen Zwangs seitens des Verwaltungsstabes garantiert werden". Van een 'Staat' is volgens Weber 1976 t.a.p. pas sprake als de politieke heerschappij het verbod van eigenrichting weet door te voeren en het geweldmonopolie weet te vestigen. Deze opvatting bevestigt de idee van Immink dat in de huisgemeenschap sprake is van een overheid. Weber 1960, p. 135-136 ziet net als Immink continuïteit tussen de 'Hausherrschaft' die hij benoemt als een vorm van patriarchaal gezag en het patrimoniale gezag van de vorsten in de late middeleeuwen, die volgens Weber beide een inquisitoire procesvorm impliceren.

Immink rekent het ontstaan van het strafrecht ten aanzien van *vrijen* toe aan een fundamentele betekenisverschuiving binnen het vrijheidsbegrip. Deze betekenisverschuiving maakt volgens Immink de ontwikkeling van het publieke strafrecht eerst mogelijk. Vrijheid vindt binnen de Germaanse stammen zijn grondslag in het bezit van een *allodiaal goed* dat de bezitter onafhankelijkheid verschaft ten opzichte van andere bezitters van een *allodiale vrijen*. Vrijheid in Germaanse zin moet dus begrepen worden als onafhankelijkheid[447] of soevereiniteit.[448] De omslag in de betekenis van de vrijheid wordt veroorzaakt door het ontstaan van een gezagsrelatie tussen de Frankische koningen en degenen die voorheen vrij waren van enig boven hen staand gezag. De betekenisverschuiving hangt samen met de overgang van de prefeodale edele die zijn stamgoed als *allodium* bezat en 'niemands man' was, naar 'de feodale edelen die hun grondbezit hielden van de heer wiens man zij waren'.[449] Vanaf dat moment ziet Immink de betekenis van de vrijheid verschuiven van volstrekte onafhankelijkheid naar een van de koning afhankelijke vrijheid. Die vrijheid hangt niet meer af van het *allodiaal* grondbezit maar van de relatie tot de koning, die er bijvoorbeeld toe overgaat *allodiaal* grondbezit af te nemen en vervolgens als leengoed terug te geven. De *nobilis* behoudt zijn gezagsrechten in het territorium, maar nu niet meer uit eigen hoofde maar dankzij de toekenning daarvan door de koning. De *nobiles* of *principes* zijn daartegenover gehouden de koning met raad en daad (*consilium et auxilium*)[450] bij te staan en maken in politieke zin deel uit van het koningschap.[451] De continuïteit in de betekenis van het vrijheidsbegrip is volgens Immink dan ook *niet* de onafhankelijkheid maar de politieke zeggenschap, die niet langer een gevolg is van de afwezigheid van een centraal gezag maar juist aan dat centrale gezag wordt ontleend:

> De politieke volwaardigheid kan mitsdien worden gekwalificeerd als het formele vrijheidsbegrip.[452]

447 Vergelijk Shklar 1976, p. 57-95 'Independence and dependence' en p. 142-180 'The life cycle of a culture'. Shklar neemt de vrijheid van de homerische helden als metaforische uitgangspunt om te tonen hoezeer onafhankelijkheid in dat type samenleving de eigenlijke betekenis is van vrijheid. Zij verwijst op p. 93-94 naar Hegels meester-knecht dichotomie. De meester is maar meester bij de gratie van zijn knechten: zijn meesterschap is afhankelijk van zijn knechten. In die zin is hij niet onafhankelijk.

448 Immink 1973, p. 30. Vergelijk het soevereiniteitsconcept van Bodin, uitgewerkt in par. 4.3.4.2 hieronder.

449 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 120.

450 Immink 1973, p. 79.

451 Zij vormen samen met de koning de *populus*, dat wil zeggen degenen die politieke zeggenschap delen. Immink 1973, p. 105.

452 Immink 1969, p. 40. Met de term 'formeel' verwijst Immink naar de betekeniscontinuïteit (of in termen van Glastra van Loon de betekenisidentiteit) die vooronderstelt is in

Pas die betekenisverandering van vrijheid in de zin van *on*afhankelijkheid naar vrijheid die afhankelijk is van de toekenning van vrijheid door de koning maakt volgens Immink het publieke strafrecht van de koning over zijn onderdanen mogelijk.[453] Zoals de *pater familias* de interne orde binnen het *allodium* tegenover zijn onvrijen handhaaft, kan de koning de rechtshandhaving binnen de kring van 'zijn' vrijen ter hand nemen.

Wanneer wij de vergelijking tussen rechterschap in oude en moderne zin op deze vorm van rechtshandhaving betrekken, blijkt het hoofd van de huisgemeenschap te voldaan aan de hiervoor gegeven omschrijving van een rechter in 'moderne' zin. Nu hij de volledige zeggenschap heeft over zijn familieleden en de met zijn *allodium* verbonden onvrijen zal hij zelf degene zijn geweest die het oordeel velt (in de omschrijving van De Monté ver Loren het belangrijkste kenmerk van de rechter in moderne zin).[454] In beginsel is hij bovendien steeds rechter in eigen zaak: als alleenheerser stelt hij de wet, beslist over de uitvoering en bepaalt wie naar zijn oordeel de orde van de huisgemeenschap geschonden heeft.[455] Alle kenmerken van de inquisitoire procesvorm zijn voorhanden. Binnen de kring van de huisgemeenschap heerst een vorm van onvrijheid, die voortvloeit uit de zeggenschap die het hoofd over zijn familie en de aan hem onderworpen *onvrijen* heeft.[456] Punitieve handhaving kan in beginsel zelfs zonder vorm van proces plaats vinden.[457]

begripsvorming, zie Immink 1956. Immink bevestigt in dit citaat het inzicht van Montesquieu *De l'Esprit des Lois*, XI, 3 en 6 dat vrijheid vóór alles politieke vrijheid is. Zie hieronder par. 6.3.3. Van den Bergh 1979, p. 38 wijst eveneens op de analogie tussen het gedachtegoed van Montequieu en dat van Immink, waarbij hij opmerkt dat Immink Montesquieu waarschijnlijk niet gelezen heeft, a.w. p. 42, noot 22.

453 In deze - kunstmatige - vrijheid ziet Immink 1969, p. 40, de kiem van ons moderne begrip van politieke vrijheid: "Gelijk de moderne staatsburgers elkanders gelijke zijn in afhankelijkheid, waren de Germaanse vrijen elkanders gelijken in onafhankelijkheid".

454 In de loop van de late middeleeuwen komen daar de professionalisering van het recht en een autonome ontwikkeling van de rechtspraak ten opzichte van het bestuur bij, die de overgang naar de procesvorm van het 'fair trial' mogelijk maakten.

455 Weber 1960, p. 91.

456 Hannah Arendt 1958, p. 28 e.v. heeft in *'The Human Condition'* het private domein van de Griekse polis omschreven als een domein waarin onvrijheid heerst; daartegenover stelt zij het publieke domein, waarin burgers zich in vrijheid wijdden aan bestuur, wetgeving en rechtspraak van de polis. Hoewel de Griekse polis van de vijfde eeuw voor Christus niet gelijk mag worden gesteld met een gesegmenteerde samenleving, komen beide samenlevingsvormen *in dit opzicht* overeen. Wij zien hier de continuïteit in de betekenis van het vrijheidsbegrip van Immink terug: ook Arendt ziet de vrijheid in de Griekse polis als de politieke zeggenschap van de Griekse vrije man.

457 Salas 1992, p. 60 citeert Duby, La justice aux temps féodaux, in *La Justice*, PUF, 1961, p. 220: "Point de conseil, d'interrogation, point de coutume. Le chef ici [dans le groupe domestique] décide". In dezelfde zin Weber 1960, p. 91: "Der urwüchsige

Wij zullen hieronder (par. 4.2.4 en hoofdstukken 5 en 6) zien dat de ontwikkeling van het rechterschap in moderne zin niet alleen samenhangt met het feit dat de rechter zelf het oordeel velt. Daarnaast is het oordeel van de rechter in moderne zin gebaseerd op een geschreven, voorgegeven recht. Weber onderscheidt het gezag van de *pater familias* binnen de huisgemeenschap als patriarchaal gezag van het bureaucratische gezag van de middeleeuwse koningen:

> Und die Bedeutung der Normen ist für beide grundverschieden. Bei der bürokratischen Herrschaft ist es die gesatzte Norm, welche die Legitimation des konkreten Gewalthabers zum Erlass eines konkreten Befehls schafft. Bei der patriarchalen Herrschaft ist es die persönliche Unterwerfung unter den Herrn, welche die von diesen gesatzten Regeln als legitim garantiert, und nur die Tatsachen und die Schranken seiner Herrengewalt entstammen ihrerseits 'Normen', jedoch ungesatzten, durch die Tradition geheiligte Normen.[458]

3.3.3 Rechtshandhaving binnen de stam: het stamding

3.3.3.1 Geen themis maar dikè?

Geheel anders ligt de rechtshandhaving binnen de stam. Zoals hierboven opgemerkt worden de verhoudingen binnen de huisgemeenschap gekenmerkt door hiërarchie en onvrijheid, terwijl de verhoudingen tussen *vrijen* gekenmerkt worden door onafhankelijkheid en het ontbreken van enig boven hen staand centraal gezag.[459] Met Weber kan verwezen worden naar de Griekse *themis* als interne conflictregulering, dat wil zeggen rechtshandhaving binnen de hiërarchische orde van de huisgemeenschap en naar de Griekse *dikè* als externe conflictregulering, dat wil zeggen de rechtshandhaving tussen gelijken. Weber noemt de interne rechtshandhaving een vorm van administratie en

> Träger aller 'Verwaltung' ist die Hausherrschaft. In ihrer primitiven Schrankenlosigkeit gibt es subjektive Rechte der Gewaltunterworfenen dem Hausherrn gegenüber nicht und objektive Normen für sein Verhalten ihnen gegenüber allenfalls als heteronomen Reflex sakraler Schranken seines Handelns. (….) Das Verfahren des hausvaters im Umkreis seiner Gewalt weiss von alledem [feste Formen, Fristen, Beweisregeln] nichts. Es ist ebenso die primitive form der 'Regierung' wie jenes der Rechtsfindung".

458 Weber 1976, p. 580.

459 Zie Berman 1983, p. 52 e.v. die (te) weinig onderscheid maakt tussen ordehandhaving binnen de huisgemeenschap en binnen de sibbe. Ook Weber 1960, p. 96 lijkt de ordehandhaving binnen de sibbe al te zeer gelijk te stellen met die binnen de huisgemeenschap.

spreekt met betrekking tot de externe rechtshandhaving van rechtspraak.[460] *Dikè* is dan bij uitstek het type recht dat in de bemiddelende procesvorm gevonden en gevormd wordt en *themis* lijkt beter te passen bij de inquisitoire procesvorm.[461]

Het bestuur van de stam ligt bij de volksvergadering, het *ding*, dat onder leiding staat van een rechter in oude zin,[462] die niet meer is dan *primus inter parus*. Op gezette tijden komen alle weerbare mannen van de stam (*ding*genoten) bijeen op een bepaalde plaats die wordt afgezet door het spannen van koorden (voorloper van de vierschaar). De taak van de rechter bestaat uit het voorzitten van het *ding* en het vorderen van voorstellen van de *ding*genoten.[463] Beslissingen worden genomen door het *ding*, niet door de rechter, die de beslissing vervolgens afkondigt en eventueel zorg draagt voor de uitvoering.

460 Salas 1992, p. 58-59, zie Weber 1960, p. 87-104, in het bijzonder p. 91: "Urwüchsig ist demgemäss auch das Nebeneinanderstehen der prinzipiell ganz schrankenlosen Verwaltung des Hausherrn innerhalb der Hausgemeinschaft auf der einen Seite und des auf Sühne- und Beweisvertrag beruhenden Schiedsverfahrens zwischen den Sippen andererseits". Over de Oudgriekse oorsprong van de begrippen *themis* en *dikè* Ellul 1999-1/2, p. 30. Vergelijk ook Peters' onderscheid tussen proces (kennelijk een vorm van *themis*) en procedure (kennelijk een vorm van *dikè*), Peters (1975) 1993, p. 88-95.

461 Over de betekenis van *themis* en *dikè* in Homerische en post-Homerische teksten zie Vos 1956, in het bijzonder zijn samenvatting a.w. p. 29-35. Op p. 35 meent Vos dat aannemelijk is dat het woord *themis* etymologisch gezien de betekenis toekomt van 'was gesetzt, Ge-setz, und fest ist'. Hirzel 1907 vat op p. 162 samen: "Um die Spuren der alten und echtgriechischen Ordnung des Rechts zu finden muss man sich erinnern, dass die beiden ältesten Worte, die der Grieche für Recht im weitesten Sinne des Wortes besass, *themis* und *dikè*, ursprünglich nicht einen Complex von Rechten, sondern beide urprünglich einen Akt bedeuten. Ursprünglich, als es noch kein codifizirtes Recht gab, in den Zeiten einer sich erst bildenden Rechtsgemeinschft konnte dies kaum anders sein. *Themis* ist der Rath, das Gebot des sorgenden Hausvaters, Königs oder Gottes; *dikè* der entscheidende Spruch des Richters". Zie ook Hirzel 1907, p. 162-169 over *themis* en *dikè* als onderscheiden aspecten van de oud-Griekse rechtsorde in relatie tot Aristoteles onderscheid tussen de verdelende en ruilrechtvaardigheid.

462 Zie Tacitus 1992, *Germania* cap. 11 en 12.

463 Vergelijk het strafproces uit de laatste honderd jaar van de Romeinse republiek. Kunkel 1974, p. 12: "(..) das komitale Strafverfahren, bei dem gewisse Magistrate (Volkstribune, Aedile oder Quäestoren) als Anklager und zugleich als Verhandlungsleiter auftraten und das Urteil von der organisierten Volksversummlung (den Zenturiats- oder den Tributkomitien) gefällt wurde - im Wege einer Abstimming, die ganz in der gleichen Weise stattfand wie über einen Gesetzesvorschlag oder bei Magistratswahlen".

Omdat de *ding*voorzitter zelf *ding*genoot is, neemt hij deel aan de besluitvorming.[464]

Het feit dat de Oudgermaanse samenleving geen centraal overheidsgezag kent betekent niet dat er geen leiderschap bestaat. Over het onderscheid tussen de positie van leiders in niet-statelijke samenlevingen en die van leiders in statelijke samenlevingen, zegt de antropoloog Clastres:

> Il n'y a donc pas de roi dans la tribu, mais un chef qui n'est pas un chef d'Etat. Qu'est-ce que cela signifie? Simplement que le chef ne dispose d'aucune autorité, d'aucun pouvoir de coercition, d'aucun moyen de donner un ordre. Le chef n'est pas un commandant, les gens de la tribu n'ont aucun devoir d'obéissance.[465]

Ook Wesel geeft aan dat geïnstitutionaliseerde macht in de zin van 'Autorität' in voorstatelijke samenlevingen vrijwel geen rol speelt:

> Am Anfang spielt die Autorität [auctoritas, mh] nur eine geringe Rolle. Manchmal fehlt sie überhaupt. Viel wichtiger ist hier der sich in der gemeinsamen Diskussion langsam einpendelnde Konsens der Gruppe. (….) Umgekehrt ist es mit dem zweiten Faktor [veritas, mh]. Die allgemeine Überzeigung von der Richtigkeit und Notwendigkeit einer Regel oder Lösung eines Konflikts ist besonders wichtig am Anfang.[466]

Consensuele besluitvorming impliceert overigens niet dat contingente machtsverhoudingen geen rol spelen. In dat verband meent Clastres:

> Si le pouvoir politique n'est pas une nécessité inhérente à l'homme comme être naturel (et là Nietzsche se trompe), en revanche il est une nécessité inhérente à la

464 In minder belangrijke zaken kon de rechter wel zelfstandig beslissen, al was het maar omdat het ding niet permanent bijeen was. De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 33. Immink 1973, p. 58-59 onderscheidt met Tacitus (cap. 11 en 12) tussen een ding waaraan alle dinggenoten deelnamen en locale tribunalen waarin de *principes* een belangrijke rol speelden.

465 Clastres 1974, p. 175.

466 Wesel 1985, p. 67. Wesel werkt de tegenstelling tussen het Hobbesiaanse begrippenpaar 'auctoritas' en 'veritas' op dialectische wijze uit, door de betekenis van de term recht niet op te hangen aan een van beide maar een historisch en cultureel bepaald evenwicht tussen beide te signaleren. In voorstatelijke' samenlevingen overweegt het 'veritas'-aspect, in statelijke samenlevingen krijgt het 'auctoritas'-aspect meer nadruk. Positivisten leggen - volgens hem ten onrechte - de nadruk eenzijdig op het 'auctoritas'-aspect, in navolging van Hobbes en Austin. Zie over de relevantie van Hobbes 'auctoritas' en 'veritas' vanuit cultureelantropologisch gezichtspunt ook Sahlins 1974, hoofdstuk 4 waarin hij *L'Essay sur le don* van Marcel Mauss vergelijkt met Hobbes' *Leviathan*.

> vie sociale. On peut penser le politique sans la violence, on ne peut pas penser le social sans le politique: en d'autres termes, in n'y a pas de sociétés sans pouvoir.[467]

Deze macht is volgens Clastres echter niet noodzakelijk een bevelsmacht: het onderscheid tussen statelijke en niet-statelijke samenlevingen is nu juist dat pas in statelijke samenlevingen sprake is van bevelsmacht of 'pouvoir coercitif'.

Immink is op zijn interpretatie van de Germaanse vrijheid aangevallen vanwege het speculatieve karakter van zijn reconstructie van de Germaanse samenleving.[468] Van den Bergh suggereert dat Immink zich met deze reconstructie in het voetspoor van een aantal germanisten begeeft, die zich op selectieve wijze baseren op de *Germania* van Tacitus.[469] Imminks reconstructie zou voortbouwen op de gedachte dat de Franse koningen afstamden van de Germaanse rex die als *primus inter pares* functioneerde binnen een egalitaire samenleving.[470] Die gedachtegang zou afkomstig zijn van Montesquieu, die in zijn *De l'Esprit des Lois* het ontstaan van de adel en het koningschap in verband brengt met de positie van de Germaanse *vrijen* onder verwijzing naar de *Germania* van Tacitus. Montesquieu zou met deze verklaring politieke bedoelingen hebben gehad. Van den Bergh verwijst daarbij naar Sjöholm die de ideeënhistorische achtergrond van de idee dat de Germaanse samenleving geen overheidsgezag kende tracht te schetsen. Zij komt tot de conclusie dat dit een volstrekt speculatief idee is dat verklaard moet worden door politieke

467 Clastres 1974, p. 21. Zie Loose 1997, p. 76-78 over de positie van Lefort ten aanzien van Clastres (met wie hij enige tijd de redactie vormde van het tijdschrift *Libre*, zie Loose 1997, p. 19 en 26. Zie ook par. 7.2 hieronder. Volgens Roberts 1979 wordt de consensus die de normvorming en -bevestiging bepaalt in sterke mate beïnvloed door contingente machtsverhoudingen. Dat impliceert dan weer niet dat de gevormde norm geheel en al door de concrete belangenstrijd gedicteerd werd, zie Comaroff en Roberts 1981, p. 5 die zich verzetten tegen zowel een normativistische als tegen een pragmatische opvatting van rechtsvorming in niet-statelijke samenlevingen.

468 Van den Bergh 1979, p. 33: "So Immink had, as Scheltema acknowledges, no other base for his opinions and theories than pure speculation, starting from some axiomatic original position which remains highly hypothetical". Zie Scheltema in zijn inleiding bij Immink 1969, p. XV: "Dat alles klinkt aannemelijk, maar het valt niet te bewijzen". Geschiedenis is in zekere zin altijd speculatief: op grond van het beschikbare bronnenmateriaal zijn meestal verschillende reconstructies mogelijk van de historische werkelijkheid.

469 Van den Bergh 1979, p. 34.

470 Immink 1958, p. 48, meent overigens: "The widespread opinion that the ancient Germanic freedom had survived among certain groups of free men throughout the Middle Ages, or at least til the eleventh or twelfth century, must therefore be termed a mistake".

opportuniteit.[471] Ten aanzien van de politieke opportuniteit van het standpunt van Montesquieu zij verwezen naar par. 6.3.3. Ten aanzien van het speculatieve karakter van de opvattingen van Immink en Montesquieu kunnen wij vaststellen dat de inzichten van Immink in grote lijnen bevestigd worden door cultureel-antropologisch onderzoeksmateriaal met betrekking tot niet-statelijke samenlevingen.[472] Vanuit die hoek kan het beeld dat sommige rechtshistorici wellicht hebben van een niet-statelijke samenleving worden bijgesteld: *een egalitaire samenleving is geen samenleving waarin macht geen rol speelt of waar zich geen vormen van leiderschap voordoen.*[473] Cruciaal is, zoals hierboven benadrukt, dat het leiderschap in een niet-statelijke samenleving niet geïnstitutionaliseerd is en dus volstrekt afhankelijk van contingente machtsverhoudingen. Leiderschap binnen deze samenlevingen hangt af van het vermogen om van de eigen rijkdom uit te delen en langs die weg anderen aan zich te binden, of van grote militaire successen. Kortom, het leiderschap in een niet-statelijke samenleving hangt af van contingente economische of fysieke macht. Pas wanneer een leider kans ziet anderen tot surplusproductie te dwingen, zodat hij zijn macht niet ontleent aan het *weggeven* maar aan het *ontvangen* van economische goederen, ontstaat een vorm van 'Herrschaft'.[474] Zo onderscheidt Clastres tussen de indianen in het Amazonegebied en de indianen uit het Incarijk:

> Le premier produit en somme pour vivre, tandit que le second travaille, en plus, pour faire vivre les autres, ceux que ne travaillent pas, les maîtres qui lui disent: il faut payer ce que tu nous dois (…).[475]

471 Van den Bergh 1979, p. 34 en noot 23 waar hij verwijst naar Sjöholm. 1972. Het onderzoek van Sjöholm betreft de ideeënhistorische achtergrond van theorieën waarmee het ontstaan en voortbestaan van de jury worden verklaard en verdedigd.

472 Van den Bergh 1979, p. 43 merkt in noot 26 op: "Strangely enough Immink never seems to have contemplated the possibility to use the very rich anthropological material form contemporary tribes without government on a comparative basis to elucidate the very shallow data from the early Germanic period". Juist deze vergelijking biedt een bevestiging van Imminks reconstructie van een gesegmenteerde, niet-statelijke samenleving en van overgang naar de Frankische protostaat. Zie hieronder.

473 Zie hierboven par. 3.3.2. Clastres 1974, p. 20 maakt onderscheid tussen twee vormen van politieke macht: 'pouvoire coercitif, pouvoir non coercitif'. Over 'pouvoir coercitif' zegt hij vervolgens t.a.p.: "le pouvoir politique coercitif (ou comme relation de commandement-obéissance) n'est pas le modèle du pouvoir vrai, mais simplement un cas particulier, une réalisation concrète du pouvoir politique en certaines cultures, telle l'occidentale (mais elle n'est pas la seule, naturellement)". Deze 'pouvoir coercitif' valt samen met Weber's 'Herrschaft' en met Imminks 'bevelsrecht'.

474 Zie Kloos 1976, p. 45. Zie hieronder par. 3.5.1 voor een nadere omschrijving van 'Herrschaft' in termen van Weber.

475 Clastres 1974, p. 168-169. Zie ook Sahlins 1974 passim.

Dat militaire successen daarbij een grote rol spelen wordt veroorzaakt door het feit dat krijgsheren tijdens het voeren van oorlogen door anderen onderhouden moeten worden.

In de Germaanse periode kan geen sprake zijn van wetgeving in moderne zin; dat zou immers een bevelsverhouding veronderstellen op grond waarvan de wet gehoorzaamd moet worden. Het *ding* beslist op grond van een ongeschreven recht dat als ongedifferentieerd aspect van een gemeenschappelijk rechtsbewustzijn van generatie op generatie wordt overgedragen en dat zich met ieder nieuw geval verder ontwikkelt. De vluchtigheid van het gesproken recht vindt haar contrapunt in de duurzaamheid van het gemeenschappelijk rechtsbewustzijn, dat van geval tot geval gearticuleerd wordt in de reactie van het *ding* op hetgeen wordt voorgelegd. Dat gemeenschappelijk bewustzijn mag dan ook niet worden opgevat als een voorgegeven entiteit maar veeleer als een voortdurend in het samenhandelen van *ding*genoten geconstitueerd betekenissysteem.[476] Het oordeel van het *ding* wordt in later eeuwen - doordat daarin een toepasselijke, *maar niet noodzakelijk voorgegeven* regel wordt geformuleerd - met de term 'wijsheid' aangeduid.[477] Een aantal 'wijsheden' zijn in opdracht van de Frankische koningen opgetekend in de *leges barbarorum*.[478] Hieronder zal de aard van de in het dingproces gevonden en gevormde rechtsnorm in contrapunt tot Harts analyse van rechtshandhaving in 'primitieve' samenlevingen nader worden onderzocht.

3.3.3.2 De aard van de geschonden rechtsnorm in het dingproces: kritiek op de analyse van Hart

De aard van de normen (in de zin van par. 1.5) die door het *ding* worden bevestigd lijkt een ongedifferentieerde integratie van het normatieve en het imperatieve aspect: het *ding*proces vormde en bevestigde het rechtsbewustzijn van de *ding*genoten. Het imperatieve aspect is niet verbonden met een bevelsrecht. In vroege antropologische literatuur[479] en in veel rechtshistorische

476 Zie par. 1.4 hierboven over de aard van het gesproken recht en het verband met de ongearticuleerde achtergrond van iedere vorm van handelen.

477 Vergelijk ook Gerbenzon en Algra 1987, p. 18-22 over het 'gewoonterecht' van de Germanen: het *ewa*.

478 Over de betekenisfixatie die met het optekenen van dit 'gewoonterecht' plaatsvindt, zie par. 1.4.5.1 hierboven. Over de *leges barbarorum*, zie par. 3.5.3 hieronder.

479 Wesel 1985, p. 19-20 en 319 beschrijft de theorie van de 'automatische Unterwerfung der Gruppenkonsens', in 1926 door Malinowski werd weerlegd in zijn onderzoek *Crime and Custom in Savage Society*. Veel niet-antropologen denken het ongeschreven recht nog steeds in termen van een statisch gewoonterecht.

literatuur[480] wordt deze vorm van rechtspraak in termen van 'gewoonte' geduid. Geertz verzucht 'the mischief done by the word 'custom' in anthropology, where it reduced thought to habit, is perhaps only exceeded by that which it has done in legal history, where it reduced thought to practice. And when, as in the study of *adat*, the two mischiefs have been combined, the result has been to generate a view of the workings of popular justice perhaps best characterized as conventionalistic: usage is all'.[481] Aan het begrip 'custom' wordt meestal een statisch karakter toegekend, als zouden in het gewoonterecht regels of normen samenvallen met gedragsregelmatigheden. Zo stelt Hart in *The Concept of Law* bij zijn bespreking van de regel die gelden in 'primitieve' samenlevingen:

> A second defect is the *static* character of the rules. The only mode of change in the rules known to such a society will be the slow process of growth, whereby courses of conduct once thought optional become first habitual or usual, and then obligatory, and the converse process of decay, when deviations, once severely dealt with, are first tolerated and then pass unnoticed.[482]

De toonzetting van deze beschrijving is negatief: het zou gaan om een *defect*. In de culturele antropologie, waar bijzondere kennis en ervaring van niet-statelijke samenlevingen verwacht mag worden, is tegen deze statische opvatting verweer gevoerd. Zo verwijt de Clastres de aanhangers van dit soort theorievorming etnocentrisme:

480 Berman 1983, p. 82: "Custom is so sacred that it might not even be called sacred; it is simply unquestioningly and unquestionably respected". De overdrijving die Berman hier toepast heeft als strategisch doel het aanwijzen van het Christendom als dynamisch aspect dat de ontwikkeling van onze huidige 'Western Legal Tradition' mogelijk heeft gemaakt. Op andere momenten in zijn boek heeft hij meer aandacht voor het dynamische karakter van wat hij 'Germanic folklaw' noemt. Zie p. 77: "Rights and duties were not bound to the letter of legal texts but instead were a reflection of community values, a living law, which sprang, in Fritz Kern's words, "out of the creative wells of the sub-conscious". Zie Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 1995, p. 6 waar onder verwijzing naar dezelfde Kern de stelling wordt verdedigd dat het recht in de middeleeuwen 'een overgeleverde en onveranderlijke zaak' was.

481 Geertz 1983, p. 208. Geertz uit scherpe kritiek op de wijze waarop met name de Leidse School van Van Vollenhoven de 'legal sensibility' (het *adat*) ten onrechte interpreteert als een 'homespun corpus juris', door de antropoloog bijeenverzameld door middel van 'category fixing and rule describing'. Zie Geertz 1983, p. 208-215.

482 Hart 1994, p. 92. Kritiek op het vermeend statische karakter van 'custom' ook bij Winch 1958, p. 63 die daartoe met instemming Michael Oakeshott, *Political Education* 1951, p. 20 citeert: "And anyone who has studied a tradition of customary behaviour (or a tradition of any other sort) knows that both rigidity and instability are foreign to its character. (..) Indeed, no traditional way of behaviour, no traditional skill, ever remains fixed; its history is one of continuous change".

> Ces sociétés sont donc *incomplètes*. Elles ne sont pas tout à fait de vraies sociétés - elles ne sont pas *policées* -, elles subsistent dans l'expérience peut-être douloureuse d'un *manque* - manque de l'Etat - qu'elles tenteraient, toujours en vain, de combler. Plus ou moins confusément, c'est bien cela que disent les chroniques des voyageurs ou les travaux des chercheurs: on ne peut pas perser la société sans l'Etat, l'Etat est le destin de toute société. On décèle en cette démarche un ancrage ethnocentriste d'autant plus solide qu'il est le plus souvent inconscient.[483]

Tegenover de statische voorstelling van zaken van Hart kunnen de inzichten van de antropologen Comaroff en Roberts worden gesteld. In hun *Rules en Processes* keren zij zich tegen het 'rule-centered' paradigma van de normativistische benadering van het recht, zonder zich te bekeren tot wat zij noemen het 'processuele' paradigma van de interpretatieve benadering binnen de 'legal antropology'.[484] Met een 'rule-centered' paradigma doelen zij op een Kelsiaans regelbegrip, dat veronderstelt dat regels in de vorm van voorschriften deel uitmaken van een andere werkelijkheid dan het handelen van mensen in de empirie. Met het 'processuele' paradigma doelen zij op het interpreteren van rechtsvorming in termen van de daaraan ten grondslag liggende machtsverhoudingen. Vanuit het 'rule-centered' paradigma wordt de normatieve structuur van de niet-statelijke samenleving bij voorbaat als een statisch en ahistorisch geheel van bijna onveranderlijke regels begrepen. Daartegenover constateren Comaroff en Roberts met betrekking tot 'normative transformations' bij de Tswana in Afrika:

[483] Zie Clastres 1974, p. 161. Zie over de bijzondere mechanismen die de orde binnen een gesegmenteerde samenleving bepalen ook de cultureel antropoloog Sahlins 1974, p. 170: "Thus the condition of peace as understood by Mauss - and as in fact it exists in the primitive societies - has to differ politically from that envisioned by the classic contract, which is always a structure of submission, and sometimes of terror. Except for the honor accorded to generosity, the gift is no sacrifice of equality and never of liberty. The groups allied by exchange each retain their strength, if not the inclination to use it". Sahlins 1974 heeft - onder andere onder verwijzing naar Mauss *L'Essay sur le don* de verschillende vormen van reciprociteit als basismechanismen van de politieke en economische ordening van de gesegmenteerde samenleving beschreven.

[484] Comaroff en Roberts 1981, p. 5. Geertz kan naar mijn mening niet als aanhanger van dit soort interpretatieve benadering worden begrepen. Zijn standpunt komt overeen met dat van Comaroff en Roberts in de afwijzing van Kelsiaans normativisme en reductie van recht tot belangenstrijd, die beide 'seem to me rather to miss this point: the first through an overautonomous view of law as a separate and self-contained 'legal system' struggling to defend its analytic integrity in the face of the conceptual and moral sloppiness of ordinary life; the second through an overpolitical view of it as an undifferentiated, pragmatically ordered collection of social devices for advancing interests and managing power conflicts' (a.w. p. 214).

> The repertoire of *mekgwa le melao* [geheel van sociale regels, mh] is not regarded by the Tswana as immutably bounded or unchanging. Rather, it is held to be involved in a constant process of formation and transformation.[485]

En, in hun concluderend hoofdstuk:

> We have attempted to demonstrate that, among the Tswana , where the social field is recognized to be fluid and negotiable, *mekgwa le melao* represent a symbolic grammar in terms of which reality is continually constructed and managed in the course of everyday interaction and confrontation. Far from constituting an 'ideal' order, as distinct form the 'real' world, the culturally inscribed normative repertoire is constantly appropriated by Tswana in the contrivance of social activity, just as the latter provides the context in which the value of specific *mekgwa* may be realized or transformed. In short, notwithstanding the classical opposition drawn between them, norm and reality exist in a *necessary* dialectical relationship, a relationship that gives form to the manner in which Tswana experience and navigate their universe.[486]

Deze beschrijving van de relatie tussen regel en praktijk komt overeen met de hiervoor aangehaalde interpretatie van Charles Taylor van het regelbegrip van Wittgenstein.[487] Uit de bevindingen van Comaroff en Roberts kan worden afgeleid dat het normatieve aspect van rechtsnormen in niet-statelijke samenlevingen niet gescheiden kan worden van het imperatieve aspect, hetgeen gezien de afwezigheid van een instantie die bevelsrecht heeft niet mag verbazen. Dat betekent intussen niet dat het imperatieve aspect afwezig is. Zoals hiervoor in par. 1.3.5 is vastgesteld zou het ontbreken van het imperatieve aspect van normen leiden tot een betekenischaos: juist wanneer een gezagscentrum afwezig is moet het toekennen van betekenis langs andere wegen worden beperkt. Immink zoekt het imperatieve aspect van de niet-statelijke rechtsorde in het normatieve aspect: hij stelt dat bij afwezigheid van overheidsgezag het precedent als 'autoriteit' functioneert.[488] De vraagt blijft dan echter hoe de regel die met het precedent ge- en bevestigd wordt in voorkomende gevallen geïnterpreteerd moet worden: wie of wat beslist welke interpretatie doorslaggevend is. In andere woorden: hoe worden gevallen elkaar als vallend onder dezelfde regel toegeordend? Het ontbreken van een eenduidig antwoord op die vraag impliceert dat het imperatieve aspect van rechtsnormen in niet-sta-

485 Comaroff en Roberts 1981, p. 79.

486 Comaroff en Roberts 1981, p. 247.

487 Zie par. 1.3.4 hierboven.

488 Immink 1973, p. 58: "Le droit germanique nous met en présence d'une société qui ne connaît pas de législation et qui ne connaît même pas de gouvernement humain. Cela ne veut pourtant pas dire qu'elle ne connaisse pas d'autorité". Deze autoriteit werd geproduceerd door het precedent: "Pour pouvoir 'appliquer' le coutume il faut donc non seulement la connaître mais encore l'interpréter en vue du cas spécial".

telijke samenlevingen op veel complexer wijze verweven is met het normatieve aspect dan in een samenleving waarin sprake is van centralistische machtsuitoefening. De functie en het belang van rituelen in niet-statelijke samenlevingen zou verband kunnen houden met de noodzaak om de rechtszekerheid niet in een instantie maar in 'manieren van doen' te zoeken. Dat zou tegelijk de belangrijke positie van priesters en andere bewakers van de rituelen verklaren.[489] De afwezigheid van monopolistische machtsuitoefening impliceert dat Harts onderscheid tussen 'primary' en 'secundary rules' met het oog op niet-statelijke samenlevingen heel anders moet worden uitgewerkt dan hij zelf doet. Bij Hart zijn 'secundary rules' pas mogelijk wanneer er sprake is van overheidsorganen die zich gezaghebbend met recht en rechtsvorming bezig houden. De afwezigheid van die overheidsorganen sluit echter het bestaan van 'secundary rules' niet uit. De 'secundary rule' van Hart is rechtstreeks verbonden met het performatieve karakter van de taalhandelingen die als mogelijkheidsvoorwaarde voor bepaalde rechtsfiguren gelden. In niet-statelijke samenlevingen springt het performatieve karakter van zowel taal- als andere handelingen in de rituele sfeer onmiddellijk in het oog.[490] Een 'secundary rule' zonder imperatief aspect is ondenkbaar, maar dat wil niet zeggen dat dat aspect verbonden is met een bevelsrecht.[491]

De beschrijving van Hart van de rechtsvinding in de niet-statelijke samenleving gaat uit van een extern standpunt, zonder enige aandacht voor de ongearticuleerde achtergrond waaraan handelingen in ieder type samenleving hun betekenis ontlenen. Hart blijkt ondanks zijn 'social practice theory of rules' in termen van Comaroff en Roberts toch een 'rule-centered' benadering te hanteren,[492] waarin geen enkele aandacht wordt besteed aan het betekenissysteem waarbinnen regels zich tot elkaar verhouden. Hart stelt:

489 Vergelijk Eder 1976, p. 28-29: "Eine Eigenschaft ritueller Handlungssystem ist, kommunikative Gehalte zu formalisieren und ihren Bedeutungsgehalt einzuschränken; die rituelle Formalisierung ist der adäquate Mechanismus dafür, die Alternativlosigkeit sozialer Normierungen zu stabilisieren".

490 Geertz 1983, p. 232 spreekt van 'the notion that legal thought is constructive of social realities rather than merely reflective of them'.

491 Zie ook het commentaar van Roberts 1979, p. 25 op Harts veronderstelling dat vanwege de inefficiency van de ordehandhaving in een samenleving zonder 'secondary rules' maar weinig samenlevingen (hebben) bestaan zonder wetgevende en rechtsprekende instanties: "Hart appears simply wrong upon this last point: many societies *have* existed without them and it is with how order is secured in such societies that we shall be primarily concerned".

492 In gelijke zin Roberts 1979, p. 24. Dit zou ervoor kunnen pleiten dat het verwijt van Dworkin dat Hart met zijn 'practice theory of rules' toch een extern standpunt inneemt, in ieder geval opgaat ten aanzien van Hart's beschrijving van het recht in niet-statelijke samenlevingen. In het nawoord bij de tweede editie van *The Concept of Law*

> In the first place, the rules by which the group lives will not form a system, but will simply be a set of separate standards, without any identifying or common mark, except of course that they are the rules which a particular group of human beings accepts.[493]

Deze voorstelling van zaken grenst aan het absurde.[494] Hoewel antropologen zoals hiervoor reeds opgemerkt vroeger wel neigden naar een statische interpretatie van de normen die het handelen binnen voorstatelijke samenlevingen regelden, is juist die zienswijze binnen de antropologie reeds lang verlaten. De complexe interne samenhang van de regels die de orde van gesegmenteerde samenlevingen constitueren moet begrepen worden als de achtergrond waartegen die regels überhaupt betekenis krijgen.

Omdat Hart met zijn beschrijving van de niet-statelijke samenleving een welbepaald doel voor ogen heeft, noemt hij als derde 'defect' de inefficiency van de diffuse handhavingsmechanismen waarmee regels gehandhaafd kunnen worden. Deze inefficiency is dan redengevend voor het ontstaan van de 'secundary rules', die volgens hem alleen in samenlevingen met een gezagscentrum zouden voorkomen. Deze inefficiency is echter in tegenspraak met zijn tweede punt, dat het statische karakter van de normatieve orde betrof. Als normen samenvallen met gewoonten[495] en bovendien statisch zijn is er juist geen handhavingsprobleem, maar een systeem met een (te) grote mate van rigiditeit. Hart wil zelf intussen niet spreken van 'custom', maar liever van

verwoordt Hart/Raz deze kritiek zelf als volgt: "Dworkin's central criticism of the practice theory of rules is that it mistakenly takes a social rule to be constituted by its social practice and so treats the statement that such a rule exists merely as a statement of the external sociological fact that the practice-conditions for the existence of the rule are satisfied".

493 Hart 1994, p. 92.

494 Zie hierboven de bespreking van de ongearticuleerde achtergrond waarmee 'regels' noodzakelijkerwijs verweven zijn: par. 1.4.3 en 1.4.4.

495 Hart 1994 analyseert expliciet het onderscheid tussen *rules* en *habits* (p. 55-57) waarbij hij aangeeft dat *habits* adequaat beschreven kunnen worden vanuit een extern standpunt en *rules* alleen vanuit een intern standpunt begrepen kunnen worden. Vanuit die analyse is zijn beschrijving van normvorming in een 'primitieve' samenleving eerder de beschrijving van een gewoontevorming. Hij vermijdt expliciet de term 'custom' 'because it often implies that the customary rules are very old and supported with less social pressure than other rules' (p. 91). Desondanks bevestigt zijn analyse van het recht van 'primitieve' samenlevingen precies deze implicaties. Zie Winch 1958, p. 57-63 over 'rules and habits'. Ondanks de suggestie in de noot bij p. 55 van Hart 1994 dat de visie van Hart overeenkomt met die van Winch, lijkt mij dat dit nu juist niet het geval is: bij Winch verleent een 'rule' betekenis aan het handelen hetgeen niet samenvalt met wat Hart beschrijft als het 'interne aspect' dat eigen zou zijn aan regels. Zie par. 1.2.2.3 en par. 1.3.4 hierboven.

'primary rules' omdat daarmee tot uitdrukking kan worden gebracht dat in primitieve samenlevingen geen sprake is van 'secondary rules'. De stap van primitieve naar statelijke samenleving wordt volgens Hart gezet met de introductie van 'secondary rules', dat wil zeggen de 'rules of recognition', de 'rules of change' en de 'rules of adjudication'.[496] Hier blijkt wederom dat Hart 'primary rules' ziet als na te leven voorschriften en in die zin een aanhanger is van wat Comaroff en Roberts het 'rule-centered paradigm' noemen. Vanuit hun ervaring met niet-statelijke samenlevingen bekritiseren Comaroff en Roberts precies deze rechtsconceptie:

> At its most fundamental, the rule-centered paradigm is grounded in a conception of social life as rule-governed and of normal behavior as the product of compliance with established normative precepts. (…) Associated with this view of order is the contingent assumption, which goes a long way back in political theory, that societies do not cohere effectively in the absence of centralized authorities, which formulate rules and ensure conformity with them.[497]

Met zijn nadruk op het statische karakter van het recht in 'primitieve' samenlevingen lijkt Hart zich aan te sluiten bij de theorie over de vermeende 'automatic obedience' van leden van een 'primitieve' samenleving. Volgens deze theorie zouden leden van 'primitieve' samenlevingen geheel en al zijn overgeleverd aan onveranderlijke regels die het leven van de groep beheersen. De theorie stamt uit het begin van de twintigste eeuw en is in 1926 door Malinowski weerlegd in het verslag van zijn onderzoek bij de Trobianders: *Crime and Custom in Savage Society*.[498] Het beeld dat antropologen van 'primi-

496 Hart 1994, p. 96-98.

497 Comaroff en Roberts 1981, p. 5.

498 Wesel 1985, p. 319-320. "Man begann mit Vorstellungen von der automatischen Unterwerfung unter den Gruppenkonsens. Ihre bekannteste Formulierung stammt von Sydney Hartland, der davon sprach, die 'Wilden' seien, 'eingebunden in die Ketten einer uralten Überlieferung', die sie als selbstverständlich hinnähmen und niemals Uberträten (Hartland 1924.138). Ihre bekannteste Widerlegung stammt von Malinowski, der zwei Jahre später in seinem kleinem Buch über die Trobiander gezeigt hat, dass es durchaus Überträtungen gäbe, sich aber letztlich doch alles wieder auf ganz einfache Art von selber regeln würde, nämlich im wesentlichen durch eine Art 'Privatrecht', wie er es nannte, Privatrecht ohne Staat, dessen wichtigsten Bestandteil die Gegenseitigkeit wäre (Malinowski 1926.20)". Zie Malinowski 1926, p. 56: "As a matter of fact the dogma of automatic obedience, i.e. the absolute rigidity of the rules of custom implies an over-emphasis of criminal law in primitive communities and a corresponding denial of the possibility of civil law". Onder 'civil law' verstaat Malinowski in dit verband, a.w. p. 58: "'Civil law', the positive law governing all the phases of tribal life, consists then of a body of binding obligations, regarded as a right by one party and acknowledged as a duty by the other, kept in force by a specific mechanism of reciprocity and publicity inherent in the structure of their society".

tieve' samenlevingen hadden kwam volgens Malinowski voort uit een naïeve methode van onderzoek die bestond uit het bevragen van 'inboorlingen' (de 'hearsay-method'). De hoogtijdagen van het positivisme in de rechtswetenschap zullen er mogelijk toe hebben bijgedragen dat de normen die opgetekend werden vervolgens geïnterpreteerd werden als *voorschriften*. Het onderzoek van Malinowski wordt wel gezien als het begin van een nieuwe methode in de culturele antropologie: de methode van de participerende observatie. Malinowski stelde dat die 'hearsay method' tot onjuiste conclusies leidde en zijn eigen onderzoek bevestigde dat voor een goed begrip van een andere samenleving een meer ingrijpend onderzoek noodzakelijk is dan het optekenen van uitspraken van leden van de betreffende samenleving:

> But it is worth while to realize once more that throughout our discussion we found the real problem not in bald enumeration of rules, but in the ways and means by which these are carried out. (...) All this, which could be called the cultural-context of a primitive system of rules is equally important, if not more so, than the mere recital of a fictitious native *corpus juris* codified into the ethnographer's note-book as the result of question and answer, in the hearsay method of fieldwork.[499]

De 'primary rules' blijken anders dan Hart suggereert bij nader onderzoek een vloeiend karakter te hebben, terwijl de secundaire regels waarvan hij het bestaan in gesegmenteerde samenlevingen ontkent in geval van conflicten juist daar van levensbelang zijn.[500] Het ontbreken van het schrift in combinatie met het ontbreken van een centraal gezag maakt de precieze strekking van 'primary rules' of materiële normen in hoge mate afhankelijk van de concrete

[499] Malinowski 1926, 125. Over de betekenis van Malinowski voor de culturele antropologie Wesel 1985, p. 20-22 en voor de methode van de participerende anticipatie in het bijzonder Kloos 1976, p. 135 e.v. en Kloos 1988, p. 15-21. De idee dat het opvragen van gegevens bij autochtonen los van de context geen inzicht geeft in de betekenis van die gegevens wordt door Van Brakel 1998, p. 20-29 aan de orde gesteld naar aanleiding van het wetenschappelijke onderzoek naar de waarneming van kleuren.

[500] Wesel 1985, p. 318: "Es geht einfach darum, dass es in jeder Gesellschaft allgemeine Regeln für das Zusammenleben geben muss. Das ist die Ordnung. Und es muss Regeln dafür geben, wie Konflikte gelöst werden, wenn diese Ordnung gestört wird. (…) In sehr unvollkommener Weise entspricht das der Unterscheidung von materiellem Recht und Verfahrens- oder Prozessrecht in westlichen Gesellschaften. Unvollkommen deswegen, weil im frühen Recht das Ergebnis eines Streits sehr viel stärker vom Verfahren beeinflusst wird als bei uns. Das materielle Recht, die 'Ordnung', ist weniger fest ausgebildet". In gelijke zin Berman (a.w. p. 77): "This gave rise to legal procedures which depended heavily on ritual and symbol and which in that sense were highly technical, but by the same token the substantive law was plastic and largely nontechnical".

omstandigheden van het geval,[501] terwijl de regels die het proces reguleren constitutief zijn voor de gelding van het gevormde oordeel. Die regels zijn 'secundary rules' in de zin van Hart, en juist vanwege de afwezigheid van een bevelsrecht sterk geritualiseerd in de vorm van verbale formules en tot in detail voorgeschreven handelingen met bepaalde voorwerpen.[502]

3.3.3.3 Bemiddelende procesvorm en straf

Kenmerken van het *ding*proces zijn de collectieve besluitvorming, de openbaarheid, de gelijkheid van de *ding*genoten die samenhangt met hun *on*afhankelijkheid jegens elkaar, het mondelinge karakter van het proces en de bijzondere rol van de rechter of *ding*voorzitter. In feite besloten de rechtsgenoten - zijnde de *vrije*, weerbare mannen - *zelf* over zaken die kennelijk van algemeen belang werden geacht voor de stam. Hoewel de rol van de rechter waarschijnlijk cruciaal was en niet onderschat mag worden, lag het oordeel bij de *ding*genoten en niet bij de rechter. Het proces doet denken aan een vorm van radicale democratie, waarin alle rechtsgenoten naar aanleiding van een uitgebreid

501 Zo wijst Roberts 1979, p. 136 op de grote invloed van feitelijke machtsverhoudingen bij conflictbemiddeling in niet-statelijke samenlevingen: "Rules in acephalous [niet-statelijke samenlevingen, mh] must rather be seen as guidelines which third parties may invoke in shaping the negotiations, and bargaining counters in the hands of the disputants themselves. Because rules cease to be decisive under these conditions, the likelihood that other criteria will assume central importance is enhanced". Zoals uit zijn hierboven aangehaalde tekst over 'rules and processes' (met Comaroff) blijkt, betekent het bewustzijn van de invloed van contingente machtsverhoudingen niet dat Roberts van mening is dat conflictbemiddeling volledig bepaald wordt door deze machtsverhoudingen.

502 Esmein 1882, p. 45 beschrijft de accusatoire procedure uit later tijden waarin dit rituele, formalistische aspect nog voortleeft: "L'accusateur formait sa demande de vive voix, sans omettre aucune des paroles nécessaires, sans faire aucune faute qui eût permis à son adversaire de le *prendre à point*, c'est-à-dire de faire déclarer nulle la demande. L'accusé devait répondre sur-le-champ; le silence de sa part eût équivalu à un aveu, et l'aveu est la meilleure preuve pour les législations primitieves. La défense ne peut consister que dans une négation exactement adéquate à la demande, la réfutant mot à mot, de *verbo ad verbum*; (…)". Zie ook Van Caenegem 1956, p. 26 over het oud-Vlaamse strafproces in de vierschaar: "Wie de vormen schendt verliest zijn recht". Dit geeft aan dat secundaire regels in de zin van Hart het primaat hebben: de rituele regels van de bemiddelende procesvorm zijn niet regulatief maar constitutief voor het tot stand komen van het gewenste oordeel. Over de primaire - regulatieve - regels valt te praten. Zie ook Roberts 1979 t.a.p. : "A lack of enforcement agencies found in societies with some form of state organization may also mean, as we saw in the Maring example, that much of the burden of securing an outcome once reached has to be carried in the ritual sphere". Over de functie van rituelen in niet-statelijke samenlevingen ook Eder 1976, p. 28-29.

debat met elkaar tot een gezamenlijk oordeel komen.[503] De rechter als voorzitter van het *ding* is bij uitstek rechter in oude zin, in een proces dat op voorbeeldige wijze het bemiddelende procesmodel van Salas illustreert:

> On pourrait dire, en empruntant un concept à P. Bourdieu, qu'il est un 'orchestrateur d'habitus': n'ayant aucun droit à appliquer ni de véritable pouvoir, il excelle tout au contraire dans un art judiciaire particulier, celui de libérer les aptitudes d'un groupe sociale à se gouverner lui-même.[504]

Wie de oorsprong van de straf binnen de rechtsorde van de stam zoekt, vindt drie kandidaten: de tijdens het ding overeengekomen zoen of compositie (bestaande uit *weergeld* voor de verwanten van het slachtoffer en *fredum* voor het gerecht),[505] de door het ding verkondigde vredeloosheid (bestaande uit verlies van de status van rechtsgenoot en 'woesting' van de *allodiale* hoeve) en de door de priesters tijdens het ding opgelegde doodstraf (in reactie op ernstige religieuze of militaire vergrijpen).

De soevereiniteit van de Germaanse *vrije* impliceert het recht om in geval van een ernstige aantasting van de eer van zijn familie de zaak zelf via bloedwraak af te doen. Het feit dat de zaak aan het *ding* wordt voorgelegd betekent dat in het kamp van het slachtoffer de bereidheid bestaat tot het aangaan van een compositie, waardoor de zaak kan worden afgekocht. De jurisdictie van het *ding* is vrijwillig. Immink meent in het verlengde van die vrijwillige rechtsmacht dat wanneer een compositie tot stand kwam, deze niet als een straf gekwalificeerd mag worden: het betalen van het *weergeld* is het voorkomen van wraak en het *fredum* is het inkopen van de vrede (bescherming) van de *ding*-genoten.[506] Degene die zich niet met het oordeel van het *ding* kan verenigen,

503 Rechterschap in oude zin omvat rechtspraak, wetgeving en bestuur, in die zin is de rechtspraak van het 'ding' evenzeer een vorm van democratische besluitvorming als de uitoefening van beide andere functies. Zie De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 11. Deze vorm van democratie kan niet gelijkgesteld worden met die van de Atheense polis, en al helemaal niet met die van onze representatieve democratie. Het proces in Homerische tijden (waarnaar Salas verwijst) maakte deel uit van de context van een gesegmenteerde samenleving, die in veel opzichten vergelijkbaar is met de Oudgermaanse samenleving. De Atheense polis daarentegen is een stadstaat, waarbinnen de vrijheid geconstitueerd werd door lidmaatschap van de polis en niet van de stam.

504 Salas 1992, p. 41. De verwijzing naar Bourdieu komt uit *'Le sens pratique'*, Parijs 1980, p. 88-89.

505 In Oudgermaanse tijden bestaande uit paarden en vee, zie Tacitus 1992, *Germania*, cap. 12.

506 Immink 1969, p. 38-39. Op p. 17 geeft Sjöholm 1972 aan dat Montesquieu in het boetegeld of *fredum*, dat aan het gerecht in oude zin betaald moet worden een Germaansrechtelijke oorsprong ziet: "Dieser Teil [van de compositie, mh] sei als Bezahlung für den vom Gerichtsherrn zu gewährenden Schutz vor weiterer Rache

heeft daarenboven de mogelijkheid de klager of anderen uit te dagen tot een tweekamp.[507]

Deze voorstelling van zaken pleit ervoor een besluit van het *ding* tot het 'opleggen' van een compositie niet onder het strafbegrip te brengen:[508] omdat tussen *ding* en *ding*genoot geen relatie van ondergeschiktheid bestaat is de 'rechtsmacht' van het gerecht gebaseerd op de vrijwillige onderwerping van de *vrije* man.[509]
Ook het opleggen van de dood'straf' door de priesters in geval van ernstige religieuze of militaire vergrijpen[510] en het vredeloos verklaren van een dingge-

seitens der benachteiligten Partei bestimmt gewesen. Montesquieu betont, dass in der schwedischen Sprache *fred* das gleiche sei wie *la paix*".

507 Esmein 1882, p. 26. Sjöholm 1972, p. 14-15 bespreekt de visie die Montesquieu in het 28ste boek van *De l'esprit des lois* geeft van de tweekamp. Montesquieu ziet hierin een uitvloeisel van de op eer en vrijheid gerichte aard van de Germaanse samenleving.

508 Vergelijk ook Gerbenzon en Algra 1987, p. 45: "Strafrecht is er in zover, dat op enkele zware vergrijpen tegen de stam een doodstraf stond, die waarschijnlijk sakraal was - eerder een mensenoffer dan een straf in moderne zin". Weber 1960, p. 96 daarentegen meent dat met name religieuze en militaire delicten wel aanleiding waren tot straffen, die hij 'interne straffen' noemt omdat zij volgens hem op een administratieve wijze werden afgedaan, net als de straffen die binnen de huisgemeenschap werden opgelegd. Hij meent dat de positie van de beschuldigde hier zo ondergeschikt is, dat geen sprake is van straf*recht*: "Da aber Grund, Art und Mass in allen diesen Fällen im freien Ermessen der Gewalthaber steht, gibt es kein 'Strafrecht' ". Volgens Weber was de bestraffing van religieuze en militaire delicten een vorm van *themis* of interne conflictbeslechting, die steeds een administratief, niet-rechterlijk karakter (*themis*) zou hebben. Pas de conflictbeslechting tussen stammen zou een rechterlijk karakter (*dikè*) hebben.

509 Zie ook Esmein 1882, p. 26 over het recht van een vrije om het oordeel van zijn gelijken te weigeren: "Au moment où les jugeurs émetaient leur avis le plaideur déclarait le jugement faux et mauvais, et pour prouver son dire il provoquait tous les jugeurs ou l'un d'eux au duel judiciaire en jetant son gage de bataille".

510 Zoals Van den Bergh 1979, p. 39 opmerkt, spreekt Tacitus 1992, *Germania* cap. 12, zelf over straffen, die worden uitgesproken door het ding. Immink 1969, p. 34-39 wijst erop dat Tacitus hier de terminologie van het hem bekende Romeinse recht gebruikt om punitieve handelingen te beschrijven die in zijn eigen rechtsorde inderdaad op grond van het bevelsrecht van de keizer kunnen worden *opgelegd*. Tacitus 1992 stelt echter in *Germania* cap. 7: "Maar noch tot het opleggen van de doodstraf, noch tot het in de boeien slaan, noch zelfs tot geselen heeft iemand anders de bevoegdheid dan de priesters, en dan nog wel niet eens als straf of op bevel van de legeraanvoerder, maar als het ware krachtens een gebod van de god die, naar zij geloven, hen terzijde staat als zij oorlog voeren". In *Germania* cap. 11 stelt Tacitus 1992: "Er wordt stilte bevolen bij monde van de priesters, bij wie ook dan het recht tot straffen berust. Vervolgens wordt er naar de koning of naar deze of gene leider - in de rangorde van zijn leeftijd, adel, krijgsroem, welsprekendheid - geluisterd, meer uit hoofde van diens zedelijk overwicht bij het overreden dan krachtens diens bevelsbevoegdheid". Immink meent - naar mijn mening terecht - dat hier blijkt dat Tacitus bevestigt dat het uitspreken van

noot [511] kan niet als straf in de hier bepleite zin begrepen worden. Een door priesters opgelegde dood'straf' en een door het *ding* afgekondigde vredeloosstelling zijn het gevolg van het zich buiten de religieuze orde en buiten de rechtsorde stellen van de dader. De dood'straf' kan begrepen worden als de rituele executie van een krijgsgevangene of zelfs als een ritueel mensenoffer met als doel de beveiliging van de samenleving.[512] Volgens Immink moet zelfs de 'woesting' die op de vredeloosheid volgt in oorsprong niet als punitieve handeling begrepen worden. De 'woesting' is de totale vernietiging van het huis van de vredeloze. Het is een demonstratie van de uitstoting van de *ding*-genoot, die met de vernietiging de *allodiale* titel van zijn vrijheid verliest:

> Il est évident qu'on ne voulait atteindre que l'allodium du coupable. (…) Vu l'importance capitale de d'*allodium* pour le statut du libre, il paraît tout indiqué de considérer la dévastation de la maison allodiale comme une atteinte à ce statut même.[513]

Het besluit van de priesters of van het *ding* is volgens Immink een declaratoir vonnis, waaraan de ter dood veroordeelde of de vredeloos gestelde zich niet kunnen onttrekken. Dat laatste echter niet vanwege het feit dat zij onderworpen zijn aan priesters of *ding*, maar omdat zij geacht worden zichzelf buiten de goddelijke en maatschappelijke orde van de stam te hebben gesteld.

3.3.4 Rechtshandhaving buiten het stamding

Conflicten tussen leden van verschillende stammen kunnen niet worden bijgelegd in bijeenkomsten als het *ding,* aangezien in de Germaanse stammenmaatschappij buiten het *ding* geen centraal gezag bestond. De conflictbeheersing lijkt hier meer op het bezweren van een oorlog tussen de verschillende

straffen door het ding niet gebaseerd is op enig bevelsrecht en dus geen straf in de zin van een door een overheid opgelegde sanctie kan zijn.

511 Met Immink 1973, p. 39 kan het Germaanse begrip van de vrede worden begrepen als 'l'empire de la norme de droit, de telle façon que les membres de la communauté s'y sont inconditionnellement assujettis'. Zie verder Immink 1973, p. 41-47 over de 'bris de la paix': de onderworpenheid aan een gemeenschappelijk referentiekader is de vooronderstelling van iedere niet-statelijke samenleving. Wanneer het handelen van een dinggenoot de intentie verraadt zich buiten dat gemeenschappelijke kader te plaatsen op een wijze die de interne of externe veiligheid van de stam bedreigt wordt hem zijn status ontnomen. Zie ook Geertz 1983, p. 175-181 over de uitstoting van een Balinese man, die de 'legal sensibility' van zijn samenleving schoffeert en om die reden geen deel meer uit kan maken van die samenleving.

512 Immink 1973, p. 66.

513 Immink 1973, p. 53.

stammen en kent geen rechter.[514] Dat wil natuurlijk niet zeggen dat in ernstige conflicten tussen verschillende stammen nooit bemiddelaars gezocht worden die onderhandelingen tussen partijen 'voorzitten'. Die bemiddeling is echter niet geïnstitutionaliseerd en hangt af van contingente machtsverhoudingen en de beschikbaarheid van een persoon die voor beide partijen aanvaardbaar is.[515] Er is geen sprake van continuïteit en duurzaamheid bij dergelijke procedures: anders dan bij het *ding* is er geen forum waarbinnen leden van verschillende stammen volgens een geïnstitutionaliseerde procedure hun stem kunnen inbrengen. Wesel beschrijft het dynamische evenwicht dat bij afwezigheid van centraal gezag voortdurend opnieuw in onderhandeling of strijd gevestigd moet worden:

> Wohl die meisten Streitigkeiten in segmentären Gesellschaften werden friedlich beigelegt, durch Verhandlung und Vermittlung, mit dem Ergebnis einer Einigung. Diese Einigung, die am Ende der Verhandlungen steht, kann aus vielen Gründen zustandekommen. Häufig steht dahinter der Druck der sozialen Umgebung oder auch die Angst vor Gewalt. Trotzdem, es ist ein Konsens. Er allein sträg t die friedliche Beilegung und is damit eine der wichtigsten Grundlagen der gesellschaftlichen Ordnung. Eine Art immer wieder neu bekräftigter Gesellschaftsvertrag.[516]

Sommige conflicten zijn aanleiding tot de zogenaamde bloedwraak of private wraak. Net als bij de straf is bij de private wraak het handelen van (de omgeving van) het slachtoffer niet gericht op herstel of restitutie maar op een opzettelijke inbreuk op de belangen van de vermeende dader.[517] Hoewel de pri-

514 Zie ook Weber 1960, p. 96, die meent dat het straf*recht* ontstaat uit de onderhandelingen tussen sibben - externe conflictbeslechting - ter voorkoming van de private wraak: "Vornehmlich von der Rache aus aber führte direkt ein Weg zu einem 'Kriminalverfahren' welches (…) an feste Formen und Regeln gebunden war". Zoals hierboven aangegeven situeer ik deze vorm van conflictbeslechting binnen de stam. Pas later, met het ontstaan van de accusatoire procedure ontstaat een procesvorm waarbinnen ook conflicten tussen stammen kunnen worden voorgelegd. Zie hieronder par. 3.5.2.

515 Zie Van Caenegem 1954, p. 301 over het totstandkomen van de zoen.

516 Wesel 1985, p. 329.

517 Dit is natuurlijk ook de reden dat velen de oorsprong van de straf in de private wraak zoeken. Zie Van der Poel 1942, p. 2-3: "Op één punt stemmen de auteurs [die hij overigens niet noemt, mh] vrijwel overeen. De straf wegens aan een ander toegebracht leed zal haar oorsprong vinden in de bloedwraak". De bloedwraak speelt echter i.t.t. de straf tussen gelijken. De overgang van compositie naar lijfstraf kan dan ook niet verklaard worden als men de hierarchische verhouding tussen straffer en bestrafte niet als constitutief element van de straf ziet. Van der Poel 1942 p. 45 komt ten aanzien van de verdringing van de compositie door de lijfstraf niet verder dan de gedachte dat dit te wijten zou zijn aan de invloed van het Romeinse recht. Zie hieronder par. 4.3.3

vate wraak niet gelijk gesteld kan worden met een straf, vanwege de afwezigheid van een overheid, is hier dus wel sprake van punitief handelen. Voor zover conflicten zich onttrekken aan het gezag van het *ding* - omdat het gaat om conflicten tussen leden van verschillende stammen of omdat partijen hun zaak niet aan het *ding* voorleggen dan wel het *ding*oordeel naast zich neerleggen - kan het punitieve handelen een zekere mateloosheid in zich dragen die aanleiding is tot ontwrichtende veten of oorlogen. Hoebel omschrijft de vete als volgt:

> Feud is a state of conflict between two kinship groups within a society, manifest by a series of unprivileged killings and counter-killings between the kinship groups, usually initiated in response to an original homicide or other grievous injury.[518]

De bloedwraak en de vete kunnen volgens Hoebel bijzonder destructieve gevolgen hebben voor een samenleving. De angst voor die gevolgen zou wel eens constitutief kunnen zijn voor de verzoening of compositie van de wraak:

> Thus, in my rethinking of feud, I suggest that there is no conflict between the theory which sees the threat of feud as a positive social force and that which views the occurrence negatively as a breakdown of law. If human beings did not recognize and fear the negative consequences of feud for the maintenance of society, the threat of feud would have no effect. The fear of feud nourishes and sustains legal systems; yet these systems persistently fall short of perfection.[519]

Het wreken van de dood van een familielid was een plicht voor de verwanten, die niet zonder verlies van de eer van de familie of van de sibbe geschonden kon worden.[520] De wraak is een vorm van rechtshandhaving die vanwege het

en 4.4.2 voor een verklaring van het feit dat het keizerlijke Romeinse recht zo goed aansloot bij de ontwikkelingen vanaf het einde van de elfde eeuw.

518 Hoebel 1971, p. 506.

519 Hoebel 1971, p. 511.

520 Stein-Wilkeshuis 1991, p.17: "Nog in de dertiende eeuw schreef een Brabantse geestelijke na bezoek aan Friesland: "Vanaf de vroegste tijden hadden de Friezen de gewoonte om, wanneer iemand van de familie gedood was door een lid van een andere, het lijk niet te begraven, maar het opgehangen in een hoekje van hun woning te bewaren en te roken, totdat de gekwetste familie uit wraak een of meer leden van de familie van de tegenstanders had gedood om de doodslag goed te maken en pas dan werd de dode met grote luister een gepaste begrafenis gegeven". Het voorbeeld vormt een duidelijke illustratie van de onontkoombare plicht tot wraakneming en de collectieve verantwoordelijkheid ten aanzien van de eer die op het spel stond. Zie ook p. 22 n.a.v. een voorbeeld uit de IJslandse sagenliteratuur: "Deze passage getuigt van eenzelfde mentaliteit als het hierboven aangehaalde Friese voorbeeld: de wraak is een ongeschreven plicht, en pas na de voltrekking ervan vindt eerherstel plaats. (....) Bekend zijn ook de woorden van een IJslander, wanneer hij een vergelijk weigert: 'Ik wil mijn broer niet in de beurs dragen' ".

ontbreken van een monopolie op de rechtshandhaving het gevaar van anarchie in zich draagt. Schending van de eer moet vergolden of 'geëvend' worden. Een van de belangrijkste mechanismen waarmee de eer zonder bloedvergieten geëvend kan worden, is het betalen van zoengeld.[521] Het verschil tussen wraak en verzoening ligt in het feit dat verzoening anders dan wraak een potentieel desastreus conflict tussen verwantschapsgroepen of stammen voorkwam. De overeenkomst tussen beide is dat de bloedwraak evenals verzoening de geschonden eer van de sibbe beoogt te herstellen:

> Ideologically, however, both the institution of blood feud and the institution of monetary compensation as a replacement of the blood feud are to be explained, in Germanic societies, by the high value placed upon honor (…). Honor, for Germanic man, meant 'getting even'; only by getting even could he conquer the forces of darkness that surrounded his life.[522]

Ten aanzien van de hoogte van het zoengeld ontwikkelt zich een vorm van proportionele vergelding: voor iedere vorm van letsel ontstaat een vaste prijs, waarmee de eer kan worden hersteld en de inbreuk op de eer geëvend. De wraak of zoen komt overeen met het letsel dat is toegebracht: oog om oog, tand om tand. Deze vorm van proportionele vergelding wordt vaak aangeduid als de talio.

Ebert ziet de taliogedachte als een zelfstandige *onafhankelijke* institutie waarvan de zin is 'auf magische Weise die rechtliche Ordnung wiederherzustellen'.[523] Los van eventuele functionele, afschrikkende aspecten van de talio, is de talio volgens Ebert een magische vorm van verevening die het evenwicht in de symbolische orde van de sibben herstelt. Deze gedachte sluit aan bij het concept van de 'vereveningsschuld' van Mooij.[524] Dit type schuld

[521] Bijvoorbeeld bestaande uit 'een vastgesteld aantal stuks grootvee en kleinvee', zie Tacitus 1992, *Germania*, cap. 21: "en de sibbe in haar geheel neemt deze genoegdoening aan, hetgeen tot nut strekt voor de gemeenschap, aangezien veten meer te vrezen zijn onder een vrij volk".

[522] Berman 1983, p. 55. Over het begrip eer, zie Immink 1967. Zie ook par. 4.2.2.2 hieronder waarin het belang van de Germaanse eer binnen de feodale verhoudingen wordt besproken.

[523] Ebert 1991, p. 266.

[524] Mooij 1997, p. 9 en 14. Mooij werkt in zijn oratie een schuldbegrip uit dat zowel binnen het strafrecht als binnen de psychiatrie relevantie heeft. Hij onderscheidt drie typen schuld: de oorzaakschuld, de faalschuld en de vereveningsschuld. Vergelijk ook hetgeen in par. 2.2.2 hierboven is besproken ten aanzien van het doel van de straf: het aspect van vergelding kan gerelateerd worden aan de vereveningsschuld (private wraak) en/of aan de faalschuld (straf), terwijl het aspect van preventie alleen aan kan knopen bij de oorzaakschuld voorzover preventie al iets met schuld te maken heeft.

heeft volgens Mooij een relationeel karakter:[525] het gaat om een verstoring van de verhoudingen die vraagt om herstel tot een nieuw evenwicht. Dat evenwicht moet gelokaliseerd worden in de geschokte (rechts)orde, en moet niet in causale of psychologische maar in symbolische zin begrepen worden.[526] Een belangrijk verschil tussen de verevening van inbreuken op de maatschappelijk orde in een gesegmenteerde samenleving en de verevening waarover Mooij spreekt ten aanzien van onze moderne samenleving, ligt in de nadruk die bij Mooij op individuele toerekening ligt. In de niet-statelijk georganiseerde Germaanse samenleving zal die nadruk liggen op toerekening aan de sibbe. De normschender uit het tweede element van het hier gehanteerde strafbegrip verwijst in een gesegmenteerde samenleving niet naar de persoon van de dader maar naar de familie of lineage waar hij toe behoort. De schending wordt aan die verwantschapsgroep toegerekend.[527] Als de dader binnen de stam gevonden wordt zal het gaan om een strijd tussen families of sibben, als de dader deel uitmaakt van een andere stam ontstaat een strijd tussen stammen. Alleen in het eerste geval kan een beroep worden gedaan op het *ding*. Pas wanneer met het ontstaan van het Frankische koningschap een gemeenschappelijkheid ontstaat die de verwantschappelijke ordening en die van de stammen overstijgt, ontstaat de accusatoire procedure waarbinnen ook

525 Mooij 1997, p. 14: "Het derde betekenisveld betreft niet de schuldvorm (als nuancering van de daadschuld) en evenmin de verdieping van de schuld tot een schuld aan de schuld, maar heeft betrekking op de omvang, de breedte ervan. Het gaat hier om wat wel de ernst van het feit heet, welke wordt bepaald door de omvang van de schade, maar ook door de context ervan, de evenuele perfiditeit van de daad. Uiteindelijk gaat het om de geschoktheid van de omgeving (de rechtsorde, de samenleving). Deze schuld behoort tot het derde betekenisveld: de vereveningsschuld, als relationele schuld jegens een ander als particulier persoon, of de ander met grote A (de rechtsorde of samenleving), die als zodanig niet bestaat maar in de schuldhuishouding wel wordt verondersteld. (...) Zo vormt vergelding, naar het inzicht van Pompe, het wezen van de straf. En ook al is vergelding geen vergoeding en vergoedt zij slechts ten dele, met mate of symbolisch, toch behoort de vergelding tot het register van de verevening, restitutie, herstel van de relatie". Zie voor een verdere uitwerking Mooij 1999 en par. 4.2.4.10 hieronder.

526 Deze op vereffening gerichte zin van de taliogedachte verbindt zich volgens Ebert historisch gezien met inperking van de private wraak en later met de strafdoelen van vergelding en preventie die in de talio een eenvoudige maatstaf vinden om rechtzekerheid te bieden binnen het kader van het publieke strafrecht.

527 Tegen het eind van de middeleeuwen is die niet-individuele toerekening inmiddels ondenkbaar geworden. In zijn bespreking van het invloedrijke werk van Philips Wielant (1440-1520), 'Corte Instructie omme jonge practisenen in Materie Criminele, dienende in Vlaenderen', meldt De Monté ver Loren 1942, p. 113: "Wielant staat op het moderne standpunt, dat in het algemeen de straf alleen de daders en medeplegers mag treffen en niet tevens onschuldige derden".

conflicten tussen (leden van) verschillende stammen bemiddeld kunnen worden. Zie par. 3.5.2.

Hieronder zal blijken dat de compositie als afkoop van de private wraak in de loop van de late middeleeuwen verdrongen zal worden door het lijfstraffelijk recht, waarin niet de eer van de sibbe maar de aantasting van het gezag van de vorst voorop staat. De aantasting van het lichaam van een *vrije* man, die met het lijfstraffelijk recht mogelijk wordt, kan overigens pas gedacht worden als de vrijheid een positie is geworden die door de koning is toegekend.[528] Hierdoor verschuift de positie van de *vrije* man ten opzichte van die van on*vrijen*: beiden blijken onder gezag van een heer te staan. Hieronder zal blijken dat de verdringing van de compositie door de lijfstraf samenhangt met een radicale wijziging van de procesvorm waarbinnen tot strafoplegging besloten kan worden.

3.4 Samenvattend: straf en strafproces in de Germaanse periode

Huisgemeenschap: lijfstraf en overheid

De Germaanse samenleving kent drie verbanden waarbinnen de rechtshandhaving en daarmee verbonden punitieve praktijken zich afspelen. De kleinste kring wordt gevormd door de huisgemeenschap binnen het *allodiale* domein. Dit is het domein van de *pater familias*, heer of *princeps* die zeggenschap heeft over alle onvrijen binnen zijn territorium. Deze zeggenschap omvat de mogelijkheid om lijfstraffen uit te delen, die zonder twijfel een opzettelijke inbreuk op de belangen van de gestrafte zijn. De Germaanse onvrije is geen slaaf in Romeinse zin: geen zaak. De belangen van onvrijen waarop de lijfstraf een inbreuk maakt kunnen - zo niet als rechten - dan toch als vrijheden geconcipieerd worden. Daarmee is aan het eerste element van het strafbegrip voldaan. Ten aanzien van het tweede element zou gesteld kunnen worden dat een heer zijn onvrijen in beginsel naar willekeur kan 'straffen', ook zonder dat sprake is van een normschending: er is geen instantie waar de onvrije zich over zijn heer kan beklagen. Wanneer lijfstraffen echter naar willekeur worden opgelegd verliezen zij hun betekenis als straf; zij zullen als een aanval en niet als straf worden opgevat. In beginsel mogen we ervan uitgaan dat ook

[528] Immink 1969, p. 95: "De fidelisering, de opkomst van de overheidsgedachte dus, had het binnendringen van de straf in de wereld der *vrijen* en mitsdien het ontstaan van het publieke strafrecht tengevolge". En over de lijfstraf, a.w. p. 99: "Wie zich niet houdt aan de eenmaal tot stand gekomen zoen, wordt als meinedige gestraft met het verlies van de rechter hand. (…) Zo dringen geleidelijk naast de doodstraf ook de lijfstraffen in de sfeer der vrijen binnen". Over de betekenisverschuiving binnen het vrijheidsbegrip zie par. 3.3.2 hierboven en par. 3.5.1 hieronder.

aan het tweede element is voldaan. De heer functioneert als overheid: zijn gezag is duurzaam verbonden met het instituut van de heer-schappij over een territorium dat verwantschappelijke verbanden overstijgt. De onvrijen die zijn land bewerken en bewonen hoeven geen verwantschappelijke relatie met elkaar te hebben: zij behoren tot dezelfde rechtsgemeenschap uit hoofde van hun relatie tot de heer. Daarmee is aan het derde element voldaan. De rechtsnormschending die aanleiding is tot de straf kan betrekking hebben op normen die de verhouding tussen heer en onvrijen normeren en op normen die vooral tussen onvrijen onderling spelen. In dat laatste geval is niet ondenkbaar dat de heer de afwikkeling van het conflict aan partijen of aan door henzelf gevormde gerechten overlaat, wellicht met een vertegenwoordiger van de heer als voorzitter. Wanneer de heer de normschending als een aantasting van zijn eigen gezag ziet, ligt een inquisitoire procesvorm voor de hand, met dien verstande dat geen sprake is van een schriftelijk proces. Het zal gaan om een proces waarbinnen de verdachte object is van onderzoek en waarbij de heer de vervolgende, rechtsprekende en uitvoerende macht in zich verenigt. Aan het vierde element zal net als aan het tweede element op straffe van betekenisverlies zijn voldaan: willekeurig straffen zal niet meer als straf (h)erkend worden. De lijfstraffen die de heer uitdeelt zullen gericht zijn op herstel van het imperatieve gezag van de geschonden norm. Juist die handelingen die het gezag van de heer aantasten zullen door hem met een lijfstraf 'beloond' worden. Dat neemt niet weg dat de heer er belang bij heeft dat ook de schending van normen die het handelen tussen onvrijen onderling regelen in geval van een dreigende vete wordt bestraft. Ook aan het vijfde element is voldaan.

De continuïteit die Immink, Radbruch en Weber zien tussen de lijfstraf binnen de huisgemeenschap en het latere publieke strafrecht hangt vooral samen met het derde element: de nadruk op de hiërarchische relatie tussen straffer en gestrafte. Anders dan de rechtspraak van het Germaanse *ding* en anders dan de private wraak en zoen, is het statelijke, publieke strafrecht net als dat binnen de huisgemeenschap gebaseerd op het bevelsrecht van een overheid of heer tegenover diens onderdanen.

Dingrechtspraak: bemiddeling in het publieke belang

De rechtspraak van het *ding* is een schoolvoorbeeld van de bemiddelende procesvorm. Van straffen kan geen sprake zijn om de eenvoudige reden dat het derde element afwezig is: noch de compositie, noch de dood'straf', noch de vredeloosheid kunnen worden opgelegd door een overheid. De vraag die overblijft is of zij überhaupt punitieve handelingen vormen. De compositie is niet zozeer een vorm van punitief handelen als wel een handelen gericht op het voorkómen van punitief handelen. In beginsel kan een partij zich aan het oordeel van het gerecht onttrekken en alsnog zijn recht op wraak uitoefenen.

Wanneer het *ding* oordeelt dat het handelen van een *ding*genoot niet meer begrepen kan worden als gericht op deelname aan de vrede van de stam, verliest hij zijn status van vrije en van *ding*genoot en daarmee de vrede die hij als zodanig genoot. De vredeloze maakt geen deel meer uit van de *ding*gemeenschap en moet op straffe van betekenisverlies uit de gemeenschap verwijderd worden. Het gedogen van normschending zou een nieuwe norm vestigen dan wel aanleiding zijn tot anomie: juist omdat het opleggen van een straf niet mogelijk is moet de normschender worden verbannen of buiten de bescherming van de vrede worden gesteld en gehouden. Alleen op die manier kan het gezag van de geschonden norm worden bevestigd. De vredeloosstelling is vanuit die optiek geen punitieve handeling, maar kan als een vorm van 'défense sociale' of beveiliging van de samenleving gezien worden. Hetzelfde geldt voor de dood'straf' die volgens Tacitus door de priesters wordt opgelegd. Deze is het gevolg van verraad aan de meest fundamentele aspecten van de niet-statelijke rechtsorde: schending van de rituele ordeningen die de rechtszekerheid moeten verzekeren en/of desertie of verraad in tijden van oorlog. Nu de priesters overigens geen gezagsrechten uitoefenen kunnen zij niet als overheid gekwalificeerd worden en kan deze dood'straf' niet anders gezien worden dan als een lot dat de dader over zich en de zijnen heeft afgeroepen.

Private wraak: punitief handelen maar geen straf

Ook in geval van private wraak of zoen kan geen sprake zijn van een straf: wederom bij gebreke aan een overheid. Private wraak is in ieder geval een opzettelijke inbreuk op de belangen van de dader. De verzoening brengt betaling mee van zoengeld (weergeld voor de familie) en later *fredum* (vergoeding van kosten aan rechter of gerecht, waarmee de dader zich inkoopt in de vrede van de stam). De normschending wordt in de Germaanse samenleving zoals hiervoor al is opgemerkt toegerekend aan de sibbe of aan de familie van de dader. Als het conflict tussen personen binnen een sibbe speelt, zal de schending aan de familie worden toegerekend; als het speelt tussen personen uit verschillende sibben zal de schending aan de sibbe worden toegerekend: private wraak richt zich tegen de familie of tegen de sibbe van de dader, een zoen wordt overeengekomen met de familie of sibbe van de dader. Zowel wraak als zoen zijn gericht op herstel van de geschonden eer van familie of sibbe. Het imperatieve aspect van de geschonden rechtsnorm is aangetast omdat de eer van de rechtshandhaver - zijnde iedere vrije man - is aangetast. Omdat iedere vrije man als lid van zijn verwantschapsgroep gehouden is de rechtsorde te handhaven, kunnen verschillende percepties van die rechtsorde bij gebreke van een rechtshandhavingsmonopolie tot ontwrichtende conflicten leiden. Wraak is in ieder geval een punitieve handeling, maar het gezichtspunt van waaruit gehandeld wordt is eenzijdig. Om die reden is de kans dat

het gezag van de geschonden norm niet wordt bevestigd groot, hetgeen aanleiding kan zijn tot een vete. De zoen is gericht op het voorkomen van wraak en vete, dus op het voorkomen van punitief handelen. Wanneer het gaat om wraakoefeningen tussen leden van verschillende stammen zal al snel sprake zijn van oorlog.

3.5 De Frankische periode

3.5.1 Inleiding

De rechter in oude zin (*ding*voorzitter) had weinig of geen formele macht, maar door zijn bepalende invloed op het proces van besluitvorming werden vaak mannen tot het rechterschap geroepen die dankzij militaire successen een groot gezag genoten binnen de stam. Soms werden deze rechters in oude zin dan ook tot koning gekozen.[529] Deze koningen waren binnen de egalitair georganiseerde gemeenschappen van de Germanen *primus inter pares*. Het gezag van deze koningen was gebaseerd op persoonlijke macht en invloed.[530] In het Frankische tijdperk weten een aantal Frankische koningen een veelheid van andere Germaanse stammen aan zich te onderwerpen. Met name de heerschappij van Clovis (486-511) en later Karel de Grote (768-814), vestigt een nieuwe vorm van macht, die niet - zoals bij het Germaanse rechterschap - een opdracht is van de *ding*genoten, 'maar was geworden tot een eigen recht

[529] De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 33-34: "De koning was, zoals dat van een rechter in oude zin te verwachten was, geenszins onbeperkt heerser (..). Tacitus wijst hierop [*Germania* VII, I]: 'aan de koningen komt geen onbeperkte willekeurige macht toe'. Immers de koning-stamrechter had weliswaar de leiding van de stamvergadering, maar deze laatste nam de beslissingen, althans in belangrijke aangelegenheden, (…). Bij de Friezen treft men - (…) als stamrechter een dergelijke koning aan; van deze koningen is Radboud (…) de bekendste". Zie ook Immink 1969, p. 38-42 over de ontwikkeling van het koningsschap van *dux* naar rex. De *dux* (hertog) was een 'slechts voor de tijd van oolog telkens ad hoc gekozen aanvoerder', die geen *potestas iubendi* maar alleen *auctoritas suadendi* had. Zie Tacitus 1992, *Germania* cap. 11: "Vervolgens wordt er naar de koning of naar deze of gene leider - in de rangorde van zijn leeftijd, adel, krijgsroem, welsprekendheid - geluisterd, meer uit hoofde van diens zedelijk overwicht bij het overreden dan krachtens diens bevelsbevoegdheid".

[530] Immink 1969, p. 5: "De notabelen hadden een zekere autoriteit, de koning, indien er een koning was, een nog grotere, maar het recht tot bevelen, afgezien van wanneer de stam als geheel in oorlogstoestand verkeerde, kwam niemand toe". Vergelijk Clastres 1974, p. 176 over de persoonlijke kwaliteiten die personen in een niet-statelijke samenleving tot leider kunnen maken.

des konings, dat deel uitmaakte van diens vermogen'.[531] Dit recht - het bevelsrecht - werd aangeduid met de term *bannum*, 'de macht om te gebieden en verbieden'.[532] Een belangrijk aspect van de nieuwe, koninklijke rechtsorde is het overstijgen van de verwantschappelijke ordening van de gesegmenteerde samenleving.[533] In dat kader is de rol van de kerk en het gemeenschappelijk referentiekader van het christelijk geloof van groot belang: het rijk van de Frankische koningen is het *imperium christianum* waarvan de onderdanen de *pupulus christianus* vormen. De invloed van de christelijke geloofsleer op het punitieve handelen in het Frankische tijdperk - en daarna - kan nauwelijks overschat worden.

De overgang naar het Frankische koningschap kan in termen van Weber gezien worden als een overgang van macht naar 'Herrschaft'. Weber spreekt van 'Herrschaft' wanneer de macht geïnstitutionaliseerd is. In de woorden van Wesel:

> Macht ist die eher allgemeine Möglichkeit, Einfluss zu nehmen auf das Verhalten von Menschen. Sie kann auf sehr persönlichen Umständen beruhen, auf physischer Kraft, Klugheit, persönlicher Autorität. Für Max Weber ist es im wesentlichen wirtschaftlicher Einfluss. Herrschaft ist mehr, ist institutionalisierte Macht. Herrschaft ist ein sozial normiertes Verhältnis, Macht ein bloss faktisches.[534]

Voor goed begrip van de 'Herrschaft' - het *bannum* - van de Frankische koningen hernemen wij de uiteenzetting in par. 3.3.2 over de betekenisverschuiving die Immink signaleert binnen het vrijheidsbegrip. Met de opkomst van het Frankische koningschap komt een einde aan de hiervoor besproken *allodiale* vrijheid. Volgens Immink weten de Frankische koningen

531 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 56-57. Voor kritiek op deze privaatrechtelijke terminologie, zie Scheltema in Immink 1969, p. XVI en Immink a.w. p. 64 e.v. waarin Immink de gangbare opvattingen over de aard van de rechtsbetrekkingen tussen koning en onderdanen aan de kaak stelt.

532 Van Caenegem 1956, p. 3. Zie ook Van Caenegem 1954, p. 209-210. Zie ook Goldschmidt 1902, p. 1-13 over 'der Bannbruch' als oudste vorm van het door hem als 'bestuursstrafrecht' benoemde publieke strafrecht, zie par. 6.5.4 hieronder.

533 Zie Van Caenegem 1977, p. 47-53 en Immink 1973, p. 67-241 over het Frankische tijdperk.

534 Wesel 1985, p. 23. Zie Weber 1976, p. 28: "Macht bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht. Herrschaft soll heissen die Chance, für einen Befehl bestimmten Inhalts bei angebbaren Personen Gehorsam zu finden; (…)". Immink 1969, p. 45 spreekt over het moment waarop de 'koninklijke auctoritas suadendi plaats maakte voor een potestas iubendi, waarop m.a.w. het koninklijk overheidsgezag een feit werd'. Zie ook Gerbenzon en Algra 1967, p. 24-25.

gaandeweg alle vrijen aan zich te verplichten door hen een eed van trouw af te laten leggen. Hij spreekt van 'fidelisering' van de verhouding tussen koning en vrijen. Dankzij het zogenaamde *sacramentum fidelitatis* wordt de vrije man tot subject van de koning en verplicht hij zich tot steun en raad (*auxilium et consilium*) in ruil voor bescherming en politieke medezeggenschap.[535] Dat laatste geldt overigens alleen voor de *principes* (de vrijen met gezagsrechten over onvrijen), die de eed van trouw volgens Immink afleggen in aanwezigheid van de koning en die aldus toetreden tot de *populus,* die deelt in het koninklijk gezag.[536]

> Bref, au fondement absolu de la liberté de l'époque allodiale s'était substituée la base relative de l'allégeance au roi: la fidélité. (…) Ainsi l'allodium s'était rapproché jusqu'à un certain degré de son antipode idéal, feodum d'une époque plus récente.[537]

Door middel van de eed 'droegen zij [de vrijen, mh] als het ware hun vrijheid aan de koning op om deze weer, getransformeerd van hem terug te ontvangen'.[538] De constante betekenislaag van het begrip vrijheid is in deze analyse dan ook *niet* de onafhankelijkheid van de *vrije* van ieder boven hem staand gezag, maar de *politieke zeggenschap*, die vanaf de vestiging van het koningschap niet meer bij de onafhankelijke *vrijen* ligt, maar bij degenen die hun vrijheid ontlenen aan de bescherming van de koning.[539]

535 Over de 'fidelisering' van de relatie tussen koning en vrijen, zie Immink 1973, p. 67-81. Zie de kritiek van Van den Bergh 1979, p. 33 op het speculatieve karakter van deze eedaflegging. Tacitus 1992 vermeldt in cap. 14 van zijn *Germania* de eed van trouw van degenen die zich in tijden van oorlog aan het gezag van de legeraanvoerder onderwerpen (zijn *comitatus*). Het is niet onaannemelijk dat het Frankische koningsschap uit de gezagsverhouding tussen legeraanvoerder en volgelingen voort is gekomen. Ook Berman, benadrukt het persoonlijke karakter van de gezagsorde van de Frankische koninkrijken. Zie Berman 1983, p. 306 over de contractuele relatie tussen heer en vazal en in noot 11 over het performatieve karakter van de sluiting van het contract.

536 Over deze gekwalificeerde fideliteit zie Immink 1973, p. 81-91.

537 Immink 1973, p. 78.

538 Immink 1969, p. 55.

539 De vrije boeren die geen gezagsrechten over onvrijen hebben, legden de eed van trouw volgens Immink af via een tussenpersoon (ambtenaar van de koning). Zij delen niet in de politieke zeggenschap. Hun vrijheid is daarmee volgens Immink gedegradeerd: in de Germaanse periode maakten zij nog wel deel uit van de volksvergadering, waar de belangrijke politieke beslissingen genomen werden. Immink 1973, p. 100, meent dan ook dan de 'echte' vrijheid na de 'fidelisering' alleen nog maar toekomt aan de *principes*.

Nieuw in het Frankische tijdperk is dus de gezagsrelatie tussen koning en 'onderdanen'. Daarbij moet bedacht worden dat alleen de *vrijen* door hun eed van trouw aan de koning aan zijn gezag zijn onderworpen. De onvrijen vallen onder het gezag van hun heer, die op zijn beurt - als *vrije* - onder het gezag van de koning valt.

De rechtshandhaving binnen het territorium van de Frankische koningen is dus deels in handen van de koning (de jurisdictie van de koning over zijn subjecten, de vrijen) en deels in handen van zijn *principes* (de jurisdictie van de *princeps* over zijn subjecten, de onvrijen). Jurisdictie en imperium vallen in Frankische tijden nog grotendeels samen: 'The king ruled by holding court.'[540] Het ontbreken van een centralistisch gestuurde bureaucratie en politiemacht betekent dat de Frankische koningen zich voortdurend moeten verplaatsen om aldus op locatie recht te spreken: Berman spreekt van het peripatetische karakter van het Frankische koningschap.[541]

Daarnaast ontwikkelen de Frankische koningen verschillende methoden om hun macht te consolideren en een zekere eenheid binnen hun territorium af te dwingen. Zij trekken de rechtspraak aan zich door hun vertegenwoordiger (de graaf) aan te stellen als rechter (in oude zin). Daarbij proberen zij door optekening van bestaand recht in de *leges barbarorum* greep te krijgen op het recht zoals dat binnen de verschillende stammen geldt. Bovendien trachten zij door het afkondigen (stellen) van nieuw recht in de *capitularia* de eenheid tussen de aan hen onderworpen stammen binnen het door hen beheerste territorium verder af te dwingen. Hieronder zal eerst de rechtspraak worden besproken die vorm krijgt in de accusatoire procedure, waar ook conflicten worden beslecht die de verwantschappelijke orde van de sibbe overstijgen (par. 3.5.2).Vervolgens zullen de *leges barbarorum* en de *capitularia* worden besproken (par. 3.5.2). Tenslotte zal de invloed van het Christelijke zondebegrip en de boetedoening op het strafbaar feit en de straf worden belicht.

[540] Berman 1983, p. 89.

[541] Berman 1983, p. 406. Zie ook p. 301: 'The story of the peripatetic emperor or king, always on the move, (…) with an immobilized agricultural population living in sparsely settled villages and manors (…)".

3.5.2 De accusatoire procedure

3.5.2.1 Themis en dikè hernomen

Denis Salas opent zijn *Du procès pénal. Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès* met een citaat uit de *Ilias* van Homerus over het proces dat verbeeld is op het schild van Achillus.[542] Salas vervolgt:

> Voici un procès. Probablement un des premiers dont on ait gardé une trace. Il apparaît à l'occasion d'un antagonisme entre deux hommes dont l'enjeu est ici le prix de la vengeance. La scène est publique et souligne la présence tumultueuse du groupe social, témoin du conflit, acteur du débat, spectateur du jugement. Elle se déroule dans un espace circulaire et sacré, c'est-à-dire radicalement séparé au sein de l'espace sociale ou l'assemblée délibérative des juges, tous rangés en cercle, parle de choses communes qui ne peuvent faire l'objet d'appropriations individuelles. Là, chacun - juges et parties - est par rapport à l'autre dans une relation réciproque et réversible. La parole est un bien commun déposé au milieu des hommes. A tour de rôle, chacun s'empare (...).[543]

Volgens Köstler gaat het in dit proces om twee mannen die in conflict zijn over de hoogte van het te betalen weergeld inzake een doodslag. Zij hebben besloten het conflict voor te leggen aan het gerecht. Als het gerecht tot een voor beide partijen aanvaardbaar oordeel komt, kan een oorlog tussen de sibben waar deze mannen deel van uitmaken voorkomen worden: 'Es geht mithin praktisch um Krieg oder Frieden'.[544]

In dit type proces gaat het om wat hiervoor is aangeduid als *dikè*: rechtspraak tussen gelijken. Bij de bespreking van de conflictbeslechting binnen de stam is het onderscheid tussen *dikè* en *themis* al aan de orde gesteld. Daar is de rechtspraak van het ding in termen van *dikè* besproken tegenover de 'administratie' binnen de huisgemeenschap die in termen van *themis* werd geduid. Anders dan in de Germaanse periode komt de gelijkheid van de rechtsgenoten binnen de accusatoire procedure niet voort uit hun onafhankelijkheid maar uit

542 Homerus, *Ilias*, zang XVIII, regels 497-508. Zie Köstler 1950.

543 Salas 1992, p. 11, 12. Zie Wiltshire 1992, p. 154-157 over het proces in het Athene van de vijfde eeuw voor Christus (dus alweer veel later dan het Homerische proces). Op a.w. p. 155: "A magistrate presided, but the dicasts were the judges of both law and fact". Ook hier beslist een representatie van het volk als gerecht in oude zin, voorgezeten door een rechter in oude zin. Zie ook haar beschrijving van Aeschylus' Oresteia en haar kritiek op David Lubans interpretatie daarvan in termen van een keuze voor 'social control' en tegen 'legal justice'; zij meent dat Aeschylus in zijn Oresteia 'the possibility for a peaceful rule of law in the civic realm' verbeeldt door de overwinning van het oordeel van het gerecht op de dreiging van private wraak en vete.

544 Köstler 1950, p. 67.

hun relatie met de koning (de 'fideliteit'). De gang van zaken in de accusatoire procedure uit het Frankische tijdperk komt in een aantal opzichten overeen met beschrijvingen van conflictoplossing binnen de Homerische samenleving, die evenals de Frankische koninkrijken voortkwam uit een gesegmenteerde samenleving.[545] De hiervoor in par. 3.3.3.1 genoemde termen *themis* en *dikè* stammen uit de niet-statelijke Griekse samenleving: Ellul situeert de *themis* binnen het *genos* of de clan en de *dikè* binnen de *phatries* of *phylé*, die meerdere clans omvat. Hij suggereert dat de *themis* afkomstig is van de goden via de bemiddeling van de priesters, hetgeen een bevestiging van het rituele karakter van de rechtsvorming zou zijn.[546] Weber en Salas situeren de *themis* als conflictregulering binnen de verwantschapsgroep en de *dikè* in conflictbeslechting tussen verschillende verwantschapsgroepen.[547] Zij maken daarbij - evenals overigens Berman en Ellul - vaak geen onderscheid tussen de huisgemeenschap van de *pater familias* en de sibbe.[548] De huisgemeenschap van de *pater familias* omvat zijn 'extended family' maar dat is iets anders dan de sibbe. De sibbe bestaat een patrilineaire verwantschapsgroep van vrije mannen en hun familie, terwijl die vrije mannen over hun familie een bevelsrecht uitoefenen. Sibbe en familie kunnen dus niet samenvallen.[549] De via uitwisseling van vrouwen verbonden sibben vormen tezamen het stamverband waarbinnen op grond van gelijkheid en onafhankelijkheid over zaken van algemeen belang wordt vergaderd.[550] Ook Köstler maakt geen helder onderscheid tussen de hiërarchische relaties binnen de familie en de principiële gelijkheid tussen de vrije mannen die deel uitmaken van de sibben.[551] Op grond van de hierboven

545 Wesel 1985, p. 317 e.v. In gelijke zin Berman 1983 p. 78. Ellul 1999-1/2,p. 29-33.

546 Ellul 1999-1/2, p. 30.

547 Salas 1992, p. 32-33 die naar aanleiding van Aeschylos' tragedie Oresteia spreekt over de 'un procès équitable conforme aux lois de la cité (*dikè*)' en van 'la victoire du lien social sur le lien du sang, du monde inter-familial de la *dikè* qui institue la présomption d'innocence, sur le monde intra-familial de la *themis* qui présume de la culpabilité'.

548 Salas 1992, p. 58. Zie Weber 1960, p. 87-104. Berman 1983, p. 52 e.v.

549 Zie Sahlins 1974, p. 199 die onderscheidt tussen huisgemeenschap, verwantschapsgroep, stam en de rest van de wereld. De stam is het geheel van verwantschapsgroepen die door de uitwisseling van vrouwen met elkaar zijn verbonden. Zie ook Eder 1976, p. 33-37.

550 Tacitus 1992, *Germania*, cap. 13: "Dan rusten - staande de landsvergadering - hetzij een van de leiders, of ook wel zijn vader, of anders een van de sibbegenoten, de jongeman uit met schild en framea: dit is bij hen de 'toga', dit is het eerste eerbewijs van de jeugd; voordien worden zij beschouwd als leden van de sibbe, voortaan als leden van de gemeenschap".

551 Köstler 1950, p. 25: "Geschichtlich betrachtet ist auch bei Homer Ausgangspunkt des Rechtes die Grossfamilie under deren Zusammenschluss in der Sippe". Op a.w. p. 11 spreekt hij naar aanleiding van de Homerische Cyclopen over de 'einer Familien- oder

gemaakte analyse zou ik de *dikè* situeren in de bemiddelende procesvorm (zowel in het Germaanse *ding* als in de accusatoire procedure) en de *themis* in de rechtsorde van de *principes* binnen hun *allodium*. *Dikè* normeert onderhandelingen tussen mensen, *themis* reguleert de toepassing van een recht dat volgens Köstler gezien wordt als afkomstig van de goden.[552] *Dikè* is vloeibaar en onzeker, *themis* biedt rechtszekerheid. De belangrijke rol die de priesters als behoeders van het ritueel spelen binnen de bemiddelende procesvorm verwijst dus naar de *themis*, hetgeen suggereert dat *dikè* zonder *themis* geen (rechts)zekerheid kan bieden. *Dikè* kan dan worden begrepen als rechtsvorming die zich oriënteert op het normatieve aspect van de rechtsorde en *themis* als rechtvorming georiënteerd op het imperatieve aspect.[553]

3.5.2.2 De accusatoire procedure als bemiddelende procesvorm

Met het toenemende centrale gezag in de Frankische periode, onstaat de mogelijkheid om conflicten tussen leden van verschillende stammen via een proces op te lossen in plaats van via private wraak (tussen stammen staat dat vrijwel gelijk aan oorlog).[554] Deze procesvorm wordt in het algemeen

Hausrechtordnung' ofwel 'Patriarchat', die hij dan vervolgens in termen van een 'Grossfamilie' associeert met een 'urtümliche Sippenrechtsordnung'.

552 *Themis* is de tweede vrouw van *Zeus* die de wetten van de goden belichaamt die zowel de *physis* als de *nomos* omvatten, *dikè* is haar dochter die het recht of de gerechtigheid bij de mensen respresenteert. Andere dochters van *Themis* en *Zeus* waren de *Horae* of seizoenen, *Eunomia* of de wijze wetgeving, *Eirene* of vrede en de *Moerae* of het lot. Zie *New Larousse Encyclopedia of Mythology*, New York: The Hamlyn Publishing Group 1968, p. 98. Ook Köstler 1950, p. 12-13.

553 Deze uitleg komt overeen met de strekking die Ellul 1999-1/2, p. 69 geeft aan de *dikè* in zijn beschrijving van de politieke orde van de Griekse samenleving aan het eind van de zesde eeuw voor Christus. Hij verwijst ten aanzien van de *dikè* naar de *isonomia*, de gelijkheid voor de wet: "La loi, comme la diké, c'est l'ensemble des choses qui sont, ou ont été, habituellement bien faites, garantissant contre l'arbitraire d'un despote et le désordre social". Zie ook Hirzel 1907, p. 162-168 waar hij de relatie legt tussen de verdelende rechtvaardigheid en de *themis* als constitutionele orde die grenzen stelt aan wat nog als recht kan gelden en tussen de ruilrechtvaardigheid en de *dikè* als rechterlijke interventie in geval van verstoring van die orde. Op p. 165 stelt Hirzel 1907: "Wenn daher *themis* und *dikè* die beiden Säulen der ältesten Rechtsordnung sind, so erscheint hier nur wieder dieselbe Zweigliederigkeit des Rechts, die in verschiedenen Worten und Formen das politische Denken und Gestalten der Griechen immer wieder erfüllte".

554 Salas 1992, p. 75: "L'émergence historique du procès pénal dans les principaux pays européens réside dans cette spécialisation des appareils étatiques pour le règlement des conflicts que les liens de parenté et d'allégeance ne peuvent plus réguler". Salas maakt deze opmerking in het kader van het strafproces dat zich ontwikkelt tijdens het Ancien Régime. Hij doelt dan ook op de inquisitoire procedure. Toch is juist de accusatoire

gekwalificeerd als een accusatoire procedure,[555] met als hoofdkenmerken (1) het feit dat een proces alleen door een privaat persoon kan worden ingeleid en (2) het feit dat de rol van de rechter een lijdelijke is.[556] Drenth formuleert deze procesvorm en de overgang naar de inquisitoire procesvorm als volgt:

> Aanvankelijk bestond er maar één principe van strafvervolging, namelijk die door den beleedigden persoon of zijn familieverwanten zelf. De Overheid bemoeide zich er niet mee. Strafvervolging was privaatzaak, geschiedde alleen op klacht, accusatio. Vandaar de benaming accusatoir.
> Toen, tengevolge van dit systeem orde en rust dreigden te worden verstoord, ontstond naast de private strafvervolging die van Overheidswege, maar deze werd eerst dan ingesteld wanneer een aanklacht achterwege bleef. Dus subsidiaire strafvervolging van overheidswege, ten onrechte inquisitoir genoemd. Het subsidiaire karakter der strafvervolging door den Staat verdwijnt vervolgens met het toenemen van het Staatsgezag.
> De rollen worden dan omgekeerd. Het accusatoire strafproces wordt uitzondering en verdwijnt, het inquisitoire wordt regel.[557]

Bij deze beschrijving van de accusatoire procedure moeten twee kanttekeningen gemaakt worden. Ten eerste gaat het hier om een proces dat gevoerd wordt in de vierschaar, die wordt voorgezeten door een vertegenwoordiger van de koning, de graaf.[558] Het gaat niet meer om een vorm van interne conflictregulering binnen de stam. Het Germaanse *ding* was in die zin geen accusatoire procedure omdat er in het geheel geen 'overheid' bestond, die zich ergens mee zou kunnen bemoeien.

procedure een eerste poging om conflicten tussen leden van verschillende stamverbanden op te lossen door middel van een proces. Over de mislukking van die poging en het succes van de inquisitoire procedure, zie par. 4.4 hieronder.

555 Zie expliciet over het gebruik van de termen accusatoir en inquisitoir Drenth 1939, p. 9-23, die onderscheidt tussen het accusatoire principe (geen klager geen rechter; lijdelijke rechter) en de accusatoire vorm van een proces (partijgelijkheid zoals in het Amerikaase strafproces). In gelijke zin onderscheidt hij daar tussen inquisitoir beginsel (vervolging van overheidswege, onderzoek naar materiële waarheid als taak van de rechter) en de inquisitoire procesvorm (de verdachte als object van onderzoek).

556 Drenth 1939, hoofdstuk 1 par. 1.3 De term lijdelijk geeft in dit verband aan dat het gaat om een rechter in oude zin, die niet zelf vonnis wijst, maar recht vordert en de beslissing van de vierschaar of de schepenbank afkondigt en eventueel uitvoert, zie par. 2.2.2 van Drenth 1939.

557 Drenth 1939, p. 236

558 De graaf had bevoegdheden op militair, rechterlijk en bestuurlijk terrein, zie Immink 1969, p. 46 e.v. Boven de graaf stond dan nog de hertog die zich vooral met militaire aangelegenheden bezighield.

De tweede opmerking betreft de subsidiaire vervolging van overheidswege, die zou zijn ontstaan omdat 'ten gevolge van dit systeem orde en rust dreigden te worden verstoord'. De eerdere vorm van conflictregulering tussen leden van verschillende sibben of stammen bestond uit private wraak of zelfs oorlog die eventueel gezoend kon worden door betaling van een weergeld aan (sibbengenoten van) het slachtoffer. De overgang van deze private wraak en zoen naar een door de overheid voorgezeten accusatoire procedure hangt samen met de pogingen van de koningen om de ordehandhaving binnen hun territorium aan zich te trekken.[559] Het Germaanse *ding* kwam bijeen om te oordelen over de aangelegenheden van de stam (personele jurisdictie), de betrokkenheid van de *ding*genoten was groot omdat het ging om het veiligstellen van de eigen belangen. In de accusatoire procedure wordt getracht een (dreigend) conflict tussen verschillende families, sibben of stammen langs de weg van een geïnstitutionaliseerde procedure tot een oplossing te brengen. Pas op het moment dat leden van verschillende sibben zich *op grond van hun relatie tot de koning* zien als leden van een politieke en rechtsgemeenschap die de verwantschappelijke ordening overstijgt, zullen zij bereid zijn hun conflicten voor te leggen aan de vierschaar. De *principes* zullen er overigens - anders dan de koning - weinig moeite mee hebben dat de orde door wraak en vetes verstoord wordt, want zoals eerder opgemerkt zijn zij zeer krijgslustig. De orde die volgens Drenth verstoord dreigt te worden is dan ook niet hun rechtsorde maar de nieuwe, door de koning afgedwongen orde.

Het 'bewijsrecht' van de accusatoire procedure (de onschuldeed, de eedhelpers en de godsoordelen)[560] wordt vaak als irrationeel voorgesteld.[561] In feite werd - wanneer men het over de toedracht van het conflict niet eens kon

559 Immink 1969, p. 53 wijst er op dat de ernstiger misdrijven, 'de causae criminales, die voor de dader verlies van het leven kunnen meebrengen, zijn voorbehouden aan de jurisdictie van de graaf'. Causae minores vallen voor de vrije boeren onder de iurisdictio van de heer op wiens domein zij verblijven. Zie ook het door Drenth 1939, p. 187 besproken 'Rügeverfahren', waarin de Frankische koningen hun onderdanen dwongen om zaken aan te brengen, te getuigen en te oordelen (de zogenaamde 'dingplicht'). Zie ook Van Caenegem 1956, p. 92 over de door Karel de Grote ingestelde dingplicht.

560 De accusatoire procedure leidde tot problemen wanneer partijen er ten overstaan van de (lijdelijke) rechter niet uitkwamen. Het (vaak ten onrechte als bewijsrecht gekwalificeerde) gebruik van eedhelpers (door leden van de eigen sibbe) en van de onschuldseed (door beklaagde), kon tot een onduidelijke situatie leiden, die - vanwege het ontbreken van een onafhankelijk onderzoek naar de waarheid - door de rechter niet kon worden opgelost, tenzij door het lot te laten beschikken in de vorm van een tweekamp of godsoordeel. Zie nader Van de Vrugt 1982, p. 4-7. Drenth hoofdstuk VI par. 1 en ook Immink 1967, p. 113-141.

561 Zie bijvoorbeeld Van Heijnsbergen 1927, p. 7: "Het bewijsrecht der Germanen berustte op voor ons schier onbegrijpelijke denkbeelden; (..)".

worden - de meest rationele oplossing gekozen die zich laat denken: partijen moeten zich neerleggen bij de uitkomst van een geritualiseerde procedure (eenzijdige of meerzijdige godsoordelen) die krachten inschakelt waar geen van beide partijen uiteindelijk de beheersing over heeft. Het lot kon in die context als meest rationele beslispunt functioneren, juist vanwege de volstrekte willekeur. Van bewijsrecht is dan ook eigenlijk in het geheel geen sprake.[562] In dit verband is nog van belang te wijzen op het onderscheid tussen de onschuldeed en de tweekamp als gerechtelijke tegenhangers van het recht op private wraak. Zowel de onschuldeed als de tweekamp zijn een specifiek recht van de *vrije* man:

> Telkens weer zien wij deze bewijsmiddelen [onschuldeed en tweekamp, mh] in de bronnen gesteld tegenover de eenzijdige godsoordelen, die evenals de tortuur, in beginsel tot de kring der onvrijen beperkt bleven.[563]

De eenzijdige godsoordelen, zoals de water- en vuurproef lijkt in veel opzichten op een lijfstraf en kunnen alleen op onvrijen worden toegepast.

562 Aldus ook Simons 1909, p. 14 "(...) eene bewijsvoering greep niet plaats. (...)Bij dit geheele proces, dat in het openbaar tegenover het geheele volk of zijne vertegenwoordigers werd gevoerd, stonden beide partijen als gelijkgerechtigd tegenover elkander, beide van den rechter de beslissing vragende in hun strijd".

563 Immink 1969, p. 101. Van Caenegem 1956, p. 131, 139 en 148. Zie ook Simons 1909, p. 23 "In het oude Germaansche strafproces was de tortuur onbekend; zij was geheel in strijd met de positie, in dat proces door den beklaagde ingenomen. (...) De tortuur was aanvankelijk in het Romeinsche recht slechts een middel, dat gebruikt werd tegen slaven, die gehoord werden als getuigen in zaken tegen hunnen heer. Eerst in den lateren Keizertijd werd de tortuur een onderzoekingsmiddel tegen beklaagden en, vooral bij misdaden tegen majesteit des Keizers, ook aangewend tegen vrijen". In dezelfde zin ook Esmein 1882, p. 93: "Dans une procédure purement accusatoire et chez un people libre, la torture n'a pas de place; l'accusateur et l'accusé sont deux adversaires qui combattent au grand jour et à armes égales". Ten aanzien van de tortuur meent ook Esmein dat ten aanzien van de horige: "Ce dernier devait alors se défendre lui-même, mais on ne lui reconnaissait pas les mêmes droits qu'aux hommes libres: il ne pouvait se purger par le serment soutenu des cojuratores; il devait subir l'ordalie du feu ou de l'eau bouillante". Hij verwijst op p. 98-99 naar de invloed van het keizerlijke Romeinse recht: "dans les pages du Digeste et du Code, nos juristes trouvaient l'usage de la torture expliqué par les grands jurisconsultes, réglé par les constitutions des empereurs". Zie ook De Monté ver Loren 1942, p. 212 over de controverse tussen Simon van Leeuwen en Bavius Voorda over de vraag of 'aanzienlijke personen vrijgesteld behooren te zijn van de pijnbank'. Van Leeuwen vindt dat zij wel en Voorda dat zij niet vrijgesteld horen te zijn van de tortuur. Voorda geeft volgens De Monté ver Loren aldus blijk van verlichte 18e eeuwse denkbeelden. In de lijn van Immink zou in deze denkbeelden een poging tot gelijkschakeling van vrijen en onvrijen ten opzichte van het recht gezien kunnen worden.

In de accusatoire procedure gaat het niet om onderzoek naar de toedracht van een handeling maar om het voorkomen van verstoring van de vrede door eigenrichting:

> Onderzoek doen, dit is een bezigheid, welke aan de oude rechterlijke functie ten enenmale vreemd is, onverschillig of het onderzoek betrekking heeft op vervolging dan wel op de bewijsvoering. Evenals het 'straffen' vereist het 'onderzoeken' in rechte de aanwezigheid van een verhouding van subordinatie. Vandaar, dat er een correlatie bestaat tussen de opkomst van de straf en die van de inquisitoire procedure in de samenleving der vrijen.[564]

Onder de Karolingers onstaat het zogenaamde 'Rügeverfahren'. Dit hield in dat een rondreizende vertegenwoordiger van de koning de inwoners van een bepaald territorium dwingt om een gerecht te vormen en daar alle misdrijven waarvan zij kennis hebben aan te geven en te berechten. Het feit dat deelname aan het 'Rügeverfahren' en het aangeven van misdrijven *verplicht* is geeft al aan dat de betrokkenheid van de onderdanen niet groot is. Drenth beschrijft in dat kader de oud-vaderlandse gewoonte om buiten de vierschaar om - in het geheim - getuigen te horen en op de resultaten daarvan vonnis te wijzen. Deze geheime onderzoekingen werden 'stille waarheid' of 'schepenkenning' genoemd. Zij zijn volgens Drenth een uitvloeisel van de verwording van het 'Rügeverfahren' en van de mislukte poging van de grafelijke gerechten om voldoende greep te krijgen op begane misdaad:

> (..) reeds in den aanvang der 9e eeuw, overal bepaalde personen uit de ingezetenen werden gekozen, die dergelijke misdrijven moesten opsporen en op de algemeene placita of de ongeboden grafelijke gerechten aangeven. (..) Wij herkennen hier het 'Rügeverfahren' uit den Karolingischen tijd. Volgens Van den Bergh is uit dit Rügeverfahren de zoogenaamde 'stille waarheid' voortgekomen, als een ontaarding van de oude Karolingische inrichting, die eerst later, toen de openbare en algemeen jaargedingen begonnen te verouderen in zwang gekomen is.[565]

De 'stille waarheid' of 'veritasprocedure' bestaat dus uit een geheim onderzoek buiten de vierschaar om (dus ook buiten partijen om), waarbij getuigen worden gehoord.[566] In de steden heet diezelfde procedure de 'schepenkenning'.

564 Immink 1969, p. 100.

565 Drenth 1939, p. 187. Over deze voorboden van de inquisitoire procedure ook Esmein 1882, p. 51-54, 73 en 81 en Van Caenegem 1956, p. 35-51, die voor Vlaanderen onderscheidt tussen de dorghenga (in eerste instantie een betichtingsprocedure die de private klacht vervangt), de placita generalia (vergelijkbaar met een verplichte dingzitting) en de stille waarheid (buitengerechtelijk onderzoek naar de waarheid).

566 Het geheime karakter van het onderzoek is een voorloper van het gebrek aan openbaarheid waardoor de inquisitoire procesvorm gekenmerkt wordt. De openbaarheid van de accusatoire procedure valt niet samen met ons begrip van externe open-

Volgens Drenth leveren zowel 'waarheid' als 'kenning' "het voorbeeld van ingrijpen der overheid in crimineele zaken teneinde de materieele waarheid aan den dag te brengen".[567] Hij spreekt van een "zeer duidelijke inquisitoire gedachte".

De tendens naar een meer inquisitoire procedure lijkt samen te hangen met de behoefte van het centrale gezag om greep te krijgen op de handhaving van de orde binnen een territorium. De accusatoire procedure is daarvoor niet geschikt.

De accusatoire procedure valt volgens Salas onder het bemiddelende procesmodel:

> Il [de koning, mh] n'intervient pas si l'une des parties ne le lui a pas demandé. Il arbitre les débats mais ne juge pas le litige. [568]

Het rechterschap in oude zin en de bemiddelende procesvorm van Salas vallen in feite samen. Dat betekent dat er ook in de accusatoire procedure nog geen sprake is van een door de overheid opgelegde straf.[569] Het standpunt van Salas komt overeen met dat van Immink die meent dat pas wanneer de compositie verandert van een vrijwillige overeenkomst in een door een (vertegenwoordiger van) de koning *opgelegde* boete sprake is van straf.[570] In dat laatste geval wordt de straf opgelegd wegens schending van de majesteit, en niet wegens schending van de rechtsvrede binnen de gemeenschap. Het

baarheid: de openbaarheid kwam vooral tot uitdrukking in de plek waar het proces gehouden werd (het spannen van de vierschaar vond plaats in de open lucht, op een openbare plek), zie bijvoorbeeld Van Caenegem 1956, p. 88. Vergelijk Kunkel 1974, p. 23, die ten aanzien van de openbaarheid van het Romeinse strafproces tijdens de Republiek en de aanvang van het Principiaat stelt dat 'Öffentlichkeit' in die periode een andere betekenis had dan voor ons: ook in die periode werd het proces in de open lucht, op openbare plekken gehouden.

567 Drenth 1939, p. 191.

568 Salas 1992, p. 63.

569 Zie ook zijn definitie a.w. p. 65 van een strafproces: "(..) le procès pénal (…) n'apparait que dans les sociétés à Etat à partir du moment où le souverain, au sein même des conflits privés, se substitue à la victime dans le rôle d'accusateur et cesse d'être un simple arbitre pour devenir juge et partie". Zie ook Berman 1983, p. 307 en Immink 1969, p. 100.

570 Immink 1973, p. 211 en idem 1969, p. 97-98. Zie ook Van Caenegem 1954, p. 307 over de oneigenlijke zoen: "We staan hier dus voor een FICTIE. Haar oorzaak ligt in de noodzaak om de moderne, grafelijke opvatting in te kleden in de oude, vertrouwde vormen; deze vormen mogen ons nochthans niet bedriegen wat de essentie van dit soort zoen betreft". Van Caenegem doelt op de publieke straf die wordt voorgesteld als een verzoening van de dader met de graaf.

'Rügeverfahren' en de 'waarheid' of 'kenning' geven aan dat door de Frankische koningen wel degelijk pogingen werden ondernomen om tot een meer inquisitoire procesvorm over te gaan, maar pas de ontwikkeling van een bureaucratisch en centralistisch georganiseerd overheidsgezag maken de inquisitoire procedure mogelijk en noodzakelijk.[571] De aanzetten tot een daadwerkelijk overheidsgezag dat het eenzijdig opleggen van straf mogelijk maakte worden zichtbaar in de lijfstraf voor *vrijen* die in geval van heterdaad mogelijk is en in de lijfstraf voor *vrijen* die stond op het verbreken van een overeengekomen zoen: de meinedige wordt daarvoor gestraft wordt met het verlies van de rechterhand.[572]

3.5.3 Leges barbarorum en capitularia[573]

De Frankische koningen namen het initiatief tot het optekenen van het gewoonterecht, zoals dat tijdens het *ding* gevonden en gevormd werd. Deze *leges barbarorum*[574] bevatten een groot aantal 'rechtsregels' waarvan de gelding zich

571 Zo verwijst Esmein 1882, p. 27 naar een ordonnantie van 1260, waarin het duel wordt verboden als mogelijkheid voor de vrije man die zich niet bij het oordeel van het gerecht neer wil leggen. In plaats van het duel werd in zo'n geval een zogenaamde 'enquête' gehouden. Het verbod impliceert dat het gezag van het gerecht vóór die tijd berustte op vrijwillige onderwerping van de beschuldigde aan het oordeel van het gerecht.

572 Immink 1969, p. 99-100: "Het strafrechtelijk karakter van de bedoelde bepaling [waarin het verlies van de rechterhand wegens meineed wordt geboden, mh] wordt voorts nog geaccentueerd door de oplegging van de koningsban. De koningsban in de zin van sanctie is inderdaad een boete (…) en derhalve een daadwerkelijke straf".

573 Over het belang van de zogenaamde Karolingische renaissance voor het omvangrijke wetgevingswerk van Karel de Grote zie Van den Bergh 2000, p. 21-22. Het optekenen van bestaand recht is een fenomeen dat zich steeds voordoet wanneer het centrale gezag zijn positie wil versterken. De codificatiegolven van de Karolingers in de vroege Middeleeuwen, de codificatiepogingen aan het eind van de Middeleeuwen en na de Franse Revolutie moeten dan ook steeds mede in termen van modificatie worden gezien. Zie in dat verband de kritiek van Foqué en 't Hart 1990, p. 50, nader uitgewerkt in hoofdstuk 6a, op de wijze waarop Koopmans het overigens verhelderende onderscheid tussen codificatie en modificatie historisch uitwerkt. In gelijke zin de kritiek van Geertz 1983, p. 208-209, op de vervorming van het *adat* door met name Van Vollenhoven die het als een catalogus van regels opvat en ordent. Zie ook par. 1.4.5.1 hierboven.

574 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 73-80. De naam *leges barbarorum* is afkomstig van de humanisten, die daarmee deze *leges* onderscheidden van de *leges Romanorum* die golden voor de Romeinse onderdanen op het veroverde territorium. Ellul 1999-3, p. 42-47 wijst op de Salische wet als één van de belangrijkste 'barbaarse' wetten die weinig of geen Romeinse invloed heeft ondergaan; andere 'barbaarse' wetten waren die

beperkte tot de betreffende Germaanse stam (Visigoten, Bourgondiërs, Friezen en Franken). De normadressaten van de *lois barbares* waren de vrijen: het gaat om een regeling van de verhouding tussen hen die door een eed van trouw met de koning verbonden zijn en die in verhouding tot de koning elkaars gelijke zijn.[575] Deze verzameling van Germaanse 'wijsheden' had vooral betrekking op de overgang van de wraak naar de compositie. Zo toont de *Lex Frisionum* dat private wraak en compositie naast elkaar bestonden. Terwijl de private wraak in oorsprong waarschijnlijk eerder een plicht dan een recht was, ontstond zoals hierboven aangehaald de mogelijkheid om die plicht 'af te kopen' door betaling van een geldsom (het *weergeld* of de *compositio*).[576] Naarmate het centrale gezag sterker is, werd de private wraak langzaam aan verboden en veranderde de *compositio* van een *weergeld* dat aan het de verwanten van het slachtoffer betaald moet worden in een *fredum* dat aan de rechter betaald moest worden.[577] Immink meent dat noch het *weergeld*, noch het *fredum* dat aan de gemeenschap betaald moest worden als een vorm van straffen gezien mag worden. Hij ziet de compositie zoals die door het *ding* wordt opgelegd of tussen leden van verschillende sibben tot stand kwam als een beperking van de private wraak en als poging de vete te voorkomen, gereguleerd vanuit de Germaanse stammensamenleving en niet geïnitieerd door de Karolingische koningen. Pas als de compositie verandert in een door een (vertegenwoordiger van) een centraal gezag *opgelegde* boete[578] is volgens Immink sprake van straf.[579] Schending van de rechtsvrede is dan tevens een schending van de majesteit (*crimen majestatis*).

De aarzeling van de *Lex Frisionum* tussen private wraak, zoen en straf komt voort uit een hinken op twee gedachten: enerzijds werd met deze wet beoogd het recht vast te leggen zoals zich dat in de Germaanse samenleving had ontwikkeld, anderzijds werd beoogd de macht van de koning te vestigen door de

van de Visigoten en van de Bourgondiërs. Immink 1956a passim wijst op het belang van de *Lex Frisionum* als belangrijke 'barbaarse' wet.

575 Immink 1973, p. 208-209.

576 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p.75-76; Stein-Wilkeshuis 1991.

577 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 76. In de overgangstijd moeten zowel het *weergeld* als het *fredum* respectievelijk aan de verwanten van het slachtoffer en aan de rechter betaald worden. Met het fredum kocht de beschuldigde als het ware de vrede (bescherming) van de gemeenschap.

578 Van Caenegem 1954, p. 302: "Hetgeen in de Karonlingische tijd geen vaste wortel had kunnen schieten wordt nu [dertiende eeuw, mh] tot stand gebracht: de overheid verplicht partijen-in-vete een zoen te maken en verplicht ze de voorwaarden door de overheid voorgesteld te aanvaarden".

579 Immink 1973, p. 211. Zie ook Immink 1969, p. 97-98. Van Caenegem 1954, p. 302-306.

bestraffing van ernstige normschendingen aan de koning toe te delen.[580] De verplichting om ernstige misdrijven niet via eigenrichting maar via een proces af te doen, leidt er uiteindelijk toe dat het breken van de zoen *zelf* een strafbaar feit wordt, dat met een lijfstraf wordt bedreigd. Langs deze weg 'dringen geleidelijk naast de doodstraf ook de lijfstraffen in de sfeer der vrijen binnen'.[581] Om zijn onderdanen te dwingen hun conflicten bij uitsluiting aan zijn gerechten voor te leggen, kan weigering worden gestraft met de koningsban. Immink zegt hierover:

> Het instituut past volkomen in het kader van de beschreven ontwikkeling: de koning als uiteindelijke bron van het recht, als de bewaarder van de vrede bij uitstek, geeft, ter uitoefening van zijn taak, voorschriften en bevelen en de overtreding daarvan wordt gestraft met de hoge boete van 60 solidi.[582]

Met de *leges barbarorum* sluiten de Frankische koningen in feite aan bij het verwantschappelijk gedeelde referentiekader van de verschillende stammen die onder hun 'heerschappij' vallen:

> The so-called codes (…) were incomplete collections of specific customs, or specific rules, elliptical in character, without definitions of principles or concepts. (…) The basic law of the peoples of Europe from the sixth to the tenth centuries was not a body of rules imposed from on high but was rather an integral part of the common consciousness, the 'common conscience', of the community. The people themselves, in their public assemblies, legislated and judged; and when kings asserted their authority over the law it was chiefly to guide the custom and the legal consciousness of the people, not to remake it.[583]

Hier is sprake van de optekening van ongeschreven recht. De koning trekt zich de handhaving van dat recht aan in het kader van zijn verantwoordelijkheid voor vrede en gerechtigheid.

Naast de optekening van bestaand recht, vaardigden de Frankische koningen echter ook nieuw recht uit: de *capitularia*. Deze bestonden uit verordeningen van de Frankische koningen op fiscaal en bestuurlijk terrein. Zij richtten zich

580 Berman 1983, p. 67: "Gradually, more and more offenses became triable before the king. Treason, intentional homicide, and adultery were made capital offenses. In the eighth and ninth centuries the Frankish emperors, and in the ninth and the tenth centuries the Anglo-Saxon kings as well, openly undertook responsibility for maintaining the king's peace throughout their territories".

581 Immink 1969, p. 99.

582 Immink 1969, p. 100.

583 Berman 1983 p. 76 en 77. Berman 1983, p. 65 wijst er overigens op dat deze optekening 'strenghtened the incipient jurisdiction of public authorities to punish the most serieus forms of crime'.

in tegenstelling tot de *leges barbarorum* niet op de regeling van de verhoudingen binnen verwantschappelijke orde, maar op de regulering van zaken die voortvloeiden uit de persoonlijke relatie van de koning met zijn leenmannen. De normadressant was ook hier de vrije man.[584] De *capitularia* bevatten regelingen van wat wij nu bestuursrechtelijke aard zouden noemen, zij zijn gericht op het totstandbrengen van een gewenste orde. Volgens Immink is in de conceptie van het Frankische koningschap al een zorg voor de *res publica* te onderkennen.[585] *Hun verbindende kracht ontlenen deze 'capitularia' 'uitsluitend aan het bannum van de koning, d.w.z. zijn recht om te gebieden, te verbieden en te straffen'*.[586] Op schending van deze voorschriften reageerde de koning niet met wraak maar met straf (boete); in ernstige gevallen werd de dader niet buiten de vrede van de gemeenschap gesteld maar buiten de bescherming van de koning.[587]

De Monté ver Loren stelt dat deze *capitularia* de oudste vorm van wetgeving in moderne zin[588] zijn in de Germaanse landen. Omdat het *bannum* van de koning in deze periode vaak op zijn onderdanen bevochten moest worden, had hij voor het 'opleggen' van dit nieuwe recht vaak toestemming nodig van degenen op wie de nieuwe regels van toepassing zouden zijn.[589] De term 'bede' inzake het heffen van nieuwe belastingen heeft betrekking op deze toestemming van de 'onderdanen'.[590] In een verhandeling van Ganshof over de

584 Immink 1973, p. 208-226.

585 Zie Immink 1973, p. 72-73. Zie over de rol van de *res publica* in de conceptie van het laat middeleeuwse koningschap par. 4.3.4.1 en 4.3.4.2 hieronder over Filips van Leiden en Bodin.

586 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 81, Gerbenzon en Algra 1987, p. 60-62. Ganshof 1955, hoofdstuk V, die het koninklijk 'bannum' omschrijft als het recht te 'bevelen, te verbieden en de straffen'. Zie Van Caenegem 1954, p. 209: "Wanneer deze maatschappij een moderne staatsorganisatie begint te kennen in hoofdzaak gesteund op het vorstelijk recht te bevelen (=imperium, hoog-middeleeuw: bannus) duiken nieuwe vermogensstraffen op: de geldelijke sancties van deze vorstelijke bevelen, boeten in moderne zin, die door het staatsgezag worden geïnd (…)". Over het *crimen majestatis* als kenmerk van de overheidsstraf zie par. 4.2.4.10 hieronder.

587 Immink 1973, p. 213.

588 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 79. Onder wetgeving in moderne zin verstaat De Monté ver Loren kennelijk 'gesteld recht' of *ius positivum*. Hier tegenover staat dan het recht zoals dat zich binnen de gemeenschap vormt. De tegenstelling is dus niet *ius positivum* en *ius naturale*. Het *ius naturale* wordt gekenmerkt door een universele, ahistorische inhoud die uit de menselijke natuur kan worden afgeleid of door openbaring is te kennen. De tegenstelling is die tussen een uitgevaardigd en een niet uitgevaardigd recht. Zie nader par. 4.2.4.9 hieronder.

589 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 81. Berman 1983, p. 68.

590 De Monté ver Loren/Spruit 2000 p. 150.

capitularia van de Frankische koningen, is een paragraaf opgenomen over 'Het 'consensus' onder Karel de Grote en Lodewijk de Vrome'. Omdat deze koningen meer macht en gezag ontwikkelen blijken zij deze instemming (het 'consensus') te kunnen eisen.[591] Hoewel de consensuele afdoening van strafbare feiten, die de aanleiding vormt tot dit onderzoek - niets te maken heeft met de consensus die Karel de Grote van zijn 'onderdanen' wist af te dwingen, is er één punt van overeenstemming: de overheid vraagt instemming voor iets dat zij ook eenzijdig kan opleggen.

De boete die op overtreding van de *capitularia* (een *contraventie*) stond viel als schuldvordering onder het 'civiele' recht: oorspronkelijk viel alles dat geen strafrecht was, in het bijzonder al hetgeen wij nu met de term bestuursrecht duiden, onder het 'civiele' recht.[592] Deze boetes vielen dus onder de civiele of lage jurisdictie, waar een rechter in oude zin (de graaf) als voorzitter van de vierschaar recht vorderde in naam van de koning: de ambtenaar die de boete vorderde moest het bestaan van de vordering stellen en bewijzen.

3.5.4 Misdaad en zonde

Volgens Berman werd het *imperium* van de Frankische koningen bijeengehouden onder de noemer van het christendom. Nadat Clovis (486-511) zich had bekeerd tot het christelijk geloof, ontstond een gemeenschappelijk referentiekader voor de verschillende Germaanse stammen die onderworpen waren aan het gezag van de koning:

> Politically, too, Christianity served to transform the ruler from a tribal chief (dux) into a king (rex). Once converted to Christianity, the king no longer represented only the deities of his tribe: he represented, in addition, a universal deity whose authority extended to all tribes, or at least to many tribes. He became, in effect, the head of an empire. Christianity was a unifying ideology.[593]

Het universele karakter van de aanspraken van de koningen oversteeg het beperkte referentiekader van verwantschappelijke ordening en maakte het mogelijk dat zich daarnaast een nieuwe ordening ontwikkelde: die van het *imperium christianum* waarvan de koning of keizer het hoofd vormde. De koning was niet alleen militair heerser over de onderworpen stammen maar ook hoofd van de kerk waartoe zij behoorden en vanuit die dubbele hoedanigheid kon hij zich de handhaving van vrede en gerechtigheid aantrekken.

591 Ganshof 1955, p. 28.
592 Van der Poel 1951, p. 184. Monballyu 1991, p. 124. Zie par. 4.5.6 en 4.5.7 hieronder.
593 Berman, a.w. p. 66.

Hierboven is het doel van het punitieve handelen binnen de voorstatelijke Germaanse samenleving geduid als het herstel van de eer van de *vrije* of van de sibbe.[594] Voor een goed begrip van de ontwikkeling van de straf is de invloed van de begrippen zonde en boete doorslaggevend. Onder invloed van het christendom werd de betekenis van het begrip misdaad in de Frankische periode vermengd met de betekenis van het begrip zonde. Berman gaat zelfs zo ver te stellen dat alle misdaad zonde was en alle zonde misdaad.[595] Terwijl misdaad oorspronkelijk een aantasting van de eer was die om genoegdoening vroeg, was de zonde een verstoring van de relatie met God, die om verzoening en verlossing (van de zonde) vroeg. Deze verzoening kreeg vorm in de boetedoening:

> (..) the system of ecclesiastical penances was administered chiefly by local priests and monks, whose purpose was not punishment as such but care for souls, renewal of moral life, and restauration of a right relationship with God. Similarly, the primary purpose of secular sanctioning was not punishment as such but satisfaction of honor, reconciliation, and restoration of peace.[596]

Het woord boete is afkomstig van het Angelsaksische 'bot', dat weergeld of compensatie betekende en zag op de afkoop van private wraak. Dit woord werd geannexeerd als term voor de boetedoening die de zondige verricht om de geschonden relatie met God te herstellen.[597] Het is volgens Berman dan ook niet verrassend dat dit 'bot' vermengd raakte met begrippen als verlossing en verzoening die voortkwamen uit het gedachtegoed van de kerkelijke boetedoening. De betekenis van het begrip misdaad verschoof hierdoor van een verstoring van de verwantschappelijke orde naar een verstoring van de persoonlijke relatie met God.[598] Zo stelt Van Caenegem:

> Volgens de primitieve [Germaanse, mh] opvatting is de zoen een verdrag tussen strijdende partijen die elkaar als twee gelijkwaardige, op voet van oorlog staande partijen behandelen, waarbij het geleden onrecht wordt vergoed, de vrede gesticht

[594] Zie Immink 1969, p. 22 over de betekenis van de eer voor de vrije: "Het gehele streven van de germaanse mens was gericht op vermeerdering van eer en op het waken tegen elke vermindering ervan". Interessant en relevant is in dat verband het inzicht dat het Germaanse begrip eer volgens Immink 1967, p. 91 'geen enkele ethische inhoud' heeft. Zie par. 4.2.2.2. hieronder.

[595] Berman 1983, p. 185.

[596] Berman 1983, p. 185.

[597] Berman 1983 p. 73.

[598] Berman 1983 p. 72: "The folklaw was concerned primarily with the control of the blood feud; the penitential law of the church was concerned primarily with the care of souls. (…) The folklaw rested fundamentally on concepts of honor and fate; the penitential law of the church rested fundamentally on concepts of repentance and forgiveness".

> en er zelfs vriendschap ontstaat voor de toekomst. (….) Het christelijk geweten beschouwt hem als een misdadiger en zondaar die slechts door de *genade* van de andere partij aan de *straf* ontsnapt door betaling van weergeld (vroeger was het een *recht* de wraak af te kopen; nu is het een *gunst* de straf te ontlopen).[599]

In par. 3.3.4. hebben wij de inbreuk op de eer van de verwantschapsgroep in termen van Mooij beschreven als een tekort dat 'verevening' vraagt. De verstoring van de persoonlijke relatie met God roept - wederom in termen van Mooij - naast deze vereveningsschuld ook een faalschuld op. De faalschuld vertegenwoordigt hier het wezenlijke tekort van de mens tegenover God dat pas kan worden rechtgezet als de zondige mens inziet dat hij de relatie met God heeft verbroken en openstaat voor vergeving. Het boeten is een teken van de erkenning van het falen tegenover God. Omdat alle mensen gelijk zijn tegenover God, kan de mate waarin de mens tekort schiet per zonde worden 'berekend'.[600]

De verschuiving van een inbreuk op de eer naar een verbroken relatie met God impliceert dat misdaad niet alleen vanuit een extern perspectief bekeken kan worden, zichtbaar in de schade die is veroorzaakt aan personen, goederen of aan de sociale orde. Daarnaast moet de misdaad vanuit het interne perspectief van de persoon van de dader bekeken worden, om de intenties te achterhalen die het doorslaggevend referentiepunt van de zonde vormen. De betekenis van ons begrip strafbaar feit wordt voor een deel nog steeds bepaald door deze dubbele oorsprong: enerzijds is in het schadebeginsel als criterium voor strafbaarstelling de eis van zichtbare schade aan (potentiële) slachtoffers herkenbaar (het Germaanse misdaadbegrip) en anderzijds is in de schulduitsluitingsgronden de eis van een verkeerde intentie (verwijtbaarheid) herkenbaar (het Christelijke zondebegrip).[601]

599 Van Caenegem 1954, p. 290.

600 Zie Mooij 1999 over de faalschuld. In Aristotelische zin hangt deze faalschuld samen met de verdelende rechtvaardigheid, die gebaseerd is op een geometrisch perspectief op gelijkheid. Mooij spreekt over de gelijkheid van allen tegenover de wet; hier gaat het om de gelijkheid van alle mensen tegenover God. De 'berekening' van de boetedoening vond zijn neerslag in de boeteboeken, waarin specifieke boetedoeningen werden gekoppeld aan specifieke zonden. Zie over de boeteboeken en de invloed op de straf Berman 1983, p. 68-76.

601 Het belang van de intentie van de zondige mens heeft niet alleen betrekking op disculpatie wegens gebrek aan verwijtbaarheid. Het belang van die intentie speelt daarvoor al wanneer vastgesteld moet worden of er überhaupt wel sprake is van een zonde. Hierdoor wordt de noodzaak van een onderzoek of inquisitio naar die intentie opgeroepen. Zie ook Drenth 1939, hoofdstuk III, par. 3.3. De aldus ingezette moralisering van het strafrecht is in de eerste helft van de twaalfde eeuw uitgewerkt door de Franse theoloog Abelard in zijn *Ethica*, die de grondslag vormde voor het *Decretum* uit

3.6 Samenvattend: straf en strafproces in het Frankische tijdperk

Het ontstaan van Herrschaft
Met het ontstaan van 'Herrschaft' in Weberiaanse zin ontstaat de mogelijkheid tot het *opleggen* van publieke straffen. De 'Herrschaft' van de Frankische koningen heeft een dubbele legitimatie: enerzijds was de koning militair aanvoerder die de andere *vrije* mannen vanuit die machtspositie via een *sacramentum fidelitatis* aan zich wist te binden, anderzijds was de koning hoofd van de kerk en vanuit die hoedanigheid kon hij grote invloed uitoefenen op de vestiging van kerkelijke gezagsdragers binnen zijn rijk. Het ontstaan van het *bannum* van de koning, te weten het recht om te gebieden, te verbieden en te straffen tekent *de cesuur tussen de niet-statelijke Germaanse samenleving en het Frankische koningschap*. Voor het strafbegrip is deze cesuur van het allergrootste belang: zonder overheid kunnen wel punitieve handelingen worden verricht maar kan geen straf worden opgelegd. Daarmee wordt ook de continuïteit duidelijk die Immink zag tussen het gezag van het hoofd van de Germaanse huisgemeenschap en het gezag van de Frankische koningen. In de Germaanse samenleving kon straf alleen worden opgelegd aan een on*vrije*, door de heer onder wiens gezag hij stond. In de Frankische samenleving ontstaat de mogelijkheid om straffen op te leggen aan *vrijen*, die hun vrijheid niet meer danken aan de afwezigheid van enig boven hen staand gezag, maar juist aan de bescherming die hun door de koning werd toegekend. In het zogenaamde 'Rügeverfahren' zijn de eerste trekken van een inquisitoire procesvorm zichtbaar, waarin de vervolging niet meer afhangt van particulier initiatief en waar een geheim onderzoek de waarheid omtrent de gestelde feiten moet uitwijzen.

De accusatoire procedure: de zwakke institutie van het centrale gezag
De Frankische koningen hebben het echter te druk met het veroveren en verdedigen van de noord-, oost- en zuidgrenzen van het rijk tegen invallen van vijandelijke stammen, om het gezag binnen hun grondgebied op systematische wijze uit te bouwen.[602] Dit heeft tot gevolg dat het strafrecht grotendeels voortbouwt op de compositie van private wraak en maar in beperkte mate een verbod daarvan combineerde met de bevoegdheid tot het opleggen

1140 van Gratianus, die gezien kan worden als grondlegger van de wetenschap van het kanonieke recht. Zie par. 4.2.4.9 en 4.4.3.3 hieronder.

602 Berman 1983, p. 301. Zie ook de teksten van Thomas S. Brown, 'Barbarian Kingdoms in the First Half of the Sixth Century', 'Merovingian Gaul, c. 600', 'The Carolingian Empire under Charlemagne, 768-814', 'Division of the Carolingian Empire, 843', 'France and its Principalities, c. 1000' en van de tekst van Ross Samson, 'The Ottonian Empire 962' in: Angus Mackay with David Ditchburn 1997.

van straf. De accusatoire procedure is een teken van het ontstaan van overheidsgezag: de voorzitter van het gerecht vordert geen recht in naam van de gemeenschap maar in naam van de koning. Daarmee wordt het imperatieve aspect van de gevonden en gevormde rechtsnormen verbonden met het overheidsgezag. Het aanbrengen van zaken verschuift - met de uitbanning van de eigenrichting - van een vrijwillig particulier initiatief naar een verplichting. Deze pogingen om het oude *ding*recht en de private wraak, die beide gestoeld waren op de onafhankelijkheid van de *vrije* Germaanse man, om te zetten in een recht dat als enige rechtsbron het *bannum* van de koning erkent, zijn echter gedoemd te mislukken zolang met de accusatoire procedure de nadruk blijft liggen op het bijleggen van een strijd tussen *vrijen* en hun verwantschapsgroepen. In het accusatoire 'bewijs'recht is zichtbaar dat in de Frankische periode een eenzijdige onderzoeksbevoegdheid vanwege de overheid nog niet in het gemeenschappelijk referentiekader past: onschuldeed, eedhelpers en tweezijdige godsoordelen waren niet meer dan een rituele voortzetting van de strijd tussen onafhankelijke *vrijen*. Dat ligt overigens geheel anders wanneer het gaat om de berechting van onvrijen, die onderworpen zijn aan eenzijdige godsoordelen. Dit type godsoordelen vertoont een sterke gelijkenis met de lijfstraf. In de accusatoire procedure overwegen de kenmerken van het bemiddelend procesmodel.

Misdaad en zonde: de aard van de normschending

De verschuiving van een samenleving die uitsluitend georganiseerd is rond complexe verwantschapsrelaties naar een samenleving die gestructureerd is op grond van centralistische machtsuitoefening, heeft bijzondere gevolgen voor de aard van de normschending. In het eerste geval leidt de normschending tot aantasting van de eer van een verwantschapsgroep, terwijl in het tweede geval de normschending leidt tot aantasting van het gezag van de koning. Het *crimen majestatis* wordt in zekere zin de grondslag van het strafrecht in het Frankische rijk: schending van de *capitularia* is strafbaar vanwege de inbreuk op het *bannum* van de koning.

Het gezag van de Frankische koningen overstijgt de verwantschappelijke kaders van de Germaanse sibben en van de verschillende stammen, die geïntegreerd worden in het *imperium christianum*. De verbinding tussen koninklijk en kerkelijk gezag heeft gevolgen voor de conceptie van misdaad en straf. Van groot belang is de invloed van het zondebegrip dat binnen de Christelijke geloofsleer wordt ontwikkeld en dat via de combinatie van biecht en boetedoening het dagelijks leven bepaalt. De zonde is niet noodzakelijkerwijs een zichtbare verstoring van enigerlei orde. Voorop staat de verbroken relatie met God, die meer met een gebrekkige innerlijke houding te maken heeft dan met zichtbare schade. Doordat de koning zich als hoofd van de kerk manifesteert

en zich bemoeit met de benoeming van kerkelijke gezagsdragers, dringen aspecten van het zondebegrip door in het boetebegrip dat gebruikt wordt voor de verplichte compositie ter voorkoming van private wraak.
De invloed van het christelijk geloof op het strafrecht wordt veelal samengevat in termen van 'moralisatie van het strafrecht'. [603] Ons huidige strafbegrip combineert nog steeds aspecten van de Germaanse en de Christelijke opvatting van de normschending: het schadebeginsel als leidraad voor de strafbaarstelling en de verwijtbaarheid als voorwaarde voor strafbaarheid.

[603] Van Caenegem 1954, p. 4.

Hoofdstuk 4 Strafbaarstelling: schending van het gestelde recht

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht welke radicale veranderingen de punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid - binnen Europa - ondergaat vanaf het einde van de elfde eeuw.[604] Binnen welke deelrechtsorden functioneert de straf in de late middeleeuwen? Wat is de aard van de geschonden norm (de verhouding tussen het normatieve en het imperatieve aspect) binnen deze verschillende deelrechtsorden en wat is het gevolg van het feit dat ten aanzien van dezelfde handelingen soms door verschillende overheden jurisdictie geclaimd kan worden? Wat is in dat verband de betekenis van het ontstaan van hoger beroep en het ontstaan van rechtsmacht in eerste instantie bij de koninklijke gerechten? Binnen welke deelrechtsordes ontstaat de inquisitoire procesvorm en wat is het verband met de aard van de geschonden rechtsnorm en met het doel of de strekking van de straf?

'Van de twaalfde eeuw heeft men gezegd dat ze 'the most legal of all centuries' was',[605] waarin veranderingen optreden met een 'marvellous suddenness'.[606]

604 Uit de aard der zaak kunnen niet alle bevindingen die in dit hoofdstuk aan de orde komen zich onverkort en op dezelfde wijze binnen 'Europa' hebben gemanifesteerd. Vergelijk hetgeen hierboven in par. 3.2.1 is opgemerkt over de toedeling van typen rechterschap en procesvormen aan bepaalde perioden. Onder Europa versta ik hier in navolging van Koschaker niet een scherp afgebakend territorium ('geografisch gegeven') maar een politiek-cultureel geheel dat als 'resultante van een historische ontwikkeling' in de loop van de middeleeuwen ontstaat. Kenmerk van dat politiek-culturele geheel is 'de vervlechting van de Germaanse cultuur met Romeins-christelijke elementen'. Zie Koschaker 1997, p. 1-7. Vergelijk Immink 1958, p. 9-26 die spreekt over 'the making of Europe' als een proces waarin Romeinse, christelijke en Germaanse continuïteiten en transformaties een rol hebben gespeeld. Immink 1958, p. 13, spreekt van 'its [Europa's, mh] non-geographical, ideological value'.

605 Van Caenegem 1956, p. 319 zonder verwijzing naar Maitland, maar het is duidelijk dat deze hier bedoeld wordt.

Vanaf eind elfde eeuw ontwikkelen zich in snel tempo en gelijktijdig een feodale rechtsorde, een nieuwe rechtsorde binnen de hof, een nieuwe stedelijke rechtsorde, een aparte rechtorde voor kooplieden en tenslotte een nieuwe koninklijke rechtorde. Deze pluraliteit van seculiere rechtsorden is overlappend van aard: veel betrekkingen tussen mensen worden genormeerd door meerdere rechtsorden. Naast de nadelen die aan deze fragmentering verbonden zijn, ontstaat er door die overlap ook een vorm van vrijheid. Wie zijn gelijk niet binnen het kader van de ene rechtsorde kan verkrijgen heeft soms de kans een beroep te doen op de normering van een andere orde. Tegelijkertijd wordt aan het eind van de elfde eeuw een krachtige, centralistisch gestuurde, juridisch onderbouwde kerkelijke rechtsorde gevestigd met een ambtelijke, hiërarchische, bureaucratische structuur en een eigen jurisdictie, die door Berman als voorloper en mogelijkheidsvoorwaarde van de seculiere koninklijke rechtsorde wordt gezien. De feodale verhoudingen, de verhoudingen binnen de hof, tussen kooplieden en geldschieters, tussen stedelingen en tussen koning en onderdaan ondergaan een transformatie die gestuurd wordt door de juridische conceptualisering die zich meester maakt van al deze verhoudingen.[607] De omwentelingen die de werkelijkheid in de late middeleeuwen ondergaat onder invloed van de nieuwe conceptie van recht waar pausen en koningen zich van bedienen, illustreren Geertz' inzicht dat 'law is part of a distinctive manner of imagining the real': het recht is deels constitutief voor de sociale en politieke werkelijkheid.

Hieronder worden om te beginnen in par. 4.2 een aantal deelrechtsordes besproken die in de late middeleeuwen jurisdictie hebben ten aanzien van de punitieve rechtshandhaving: met name de feodale rechtsorde en de rechtsorde van de hof (par. 4.2.2), de stedelijke rechtsorde (4.2.3) en de pauselijke rechtsorde (4.2.4). Dit overzicht wordt in par. 4.3 voortgezet met een analyse van de koninklijke rechtsorde met een bespreking van de overgang van suzereiniteit (opperleenheerschap) naar soevereiniteit (heerser over onderdanen) . Bij de bespreking van de pauselijke rechtsordes volgen wij in grote lijnen het betoog van de Amerikaanse rechtshistoricus Berman die de wortels van het Europese recht zoekt in de volstrekt eigensoortige claim van jurisdictie van Paus Gregorius VII uit 1075. De radicale omslag van gegroeid en gesproken recht naar uitgevaardigd en geschreven recht die deze paus bij het vestigen van zijn hiërarchische kerkelijke rechtsorde teweegbracht, vormt volgens Berman de grondslag voor soortgelijke aanspraken binnen de seculiere

606 Aldus Berman 1983, p. 50 onder verwijzing naar Maitland, overigens zonder bronvermelding. Het meest aangehaalde werk van F.W. Maitland is zijn samen met F. Pollock geschreven *The History of English Law* uit 1898.

607 Berman 1983, p. 532.

rechtsorden van de verschillende vorsten die zich in de loop van de late middeleeuwen aan de feodale verhoudingen wisten te onttrekken. Vanuit deze radicale omwentelingen is ook de verdringing van de accusatoire procedure door de inquisitoire procedure te begrijpen als de omwenteling van een bemiddelende procesvorm naar een inquisitoire procesvorm (par. 4.4). In par. 4.5 wordt het onderscheid besproken tussen drie typen handelingen die vanaf de late middeleeuwen aanleiding vormen voor punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid: de *crimina*, de delicten en de *contraventie*s. Deze normschendingen worden vanuit hun ontstaan in de middeleeuwen besproken, met name aan de hand van het werk van de fiscalist en rechtshistoricus Van der Poel, in samenhang met de verschillende procesvormen waarlangs straf (voor de *crimina*) en boete (voor de *contraventie*s) werden opgelegd. Besproken zal worden hoe het prerevolutionaire onderscheid tussen straf en boete geproblematiseerd wordt door de opkomst van de mengvorm van het delict en verdwijnt met de privatisering van het civiele recht na de Franse revolutie: zowel het politiestrafrecht als het civiele strafrecht worden begin 19e eeuw overgeheveld naar wat daarvoor het criminele strafrecht heette. De ideeënhistorische achtergrond van deze overheveling komt in hoofdstuk 6 uitgebreid aan de orde. Par. 4.6 sluit af met samenvattende overwegingen over straf en strafproces in de late middeleeuwen. In par. 4.7 worden de samenvattende conclusies getrokken uit de voorgaande analyse door de dubbele oorsprong van de straf te beschrijven en door de betekenis van vrijheid te bespreken in relatie tot de straf.[608]

608 In dit hoofdstuk baseer ik mij op Berman 1983 (voor de betekenis van Berman's werk zie Hunter 1996), Coenraad 2000, De Monté ver Loren/Spruit 2000, Drenth 1939, Duby 1993, Esmein 1882, Immink 1946, 1950, 1958, 1967/1961, 1969 en 1973, Koschaker (1947) 1997, Kunkel 1974, Monballyu 1991, Van den Bergh 2000, Van Caenegem 1954, 1956 en 1977, Van der Poel 1942, 1951 en 1953 en Van de Vrugt 1982.

4.2 Feodaliteit[609] en pauselijke revolutie

4.2.1 Inleiding

Wanneer het Frankische Rijk binnen een eeuw na de dood van Karel de Grote uiteenvalt, ontwikkelt het leenstelsel dat hier in navolging van Immink als een proces van 'fidelisering' is beschreven tot een netwerk van relaties waarin de verhouding tussen leenheer en leenman centraal staat.[610] De koningen zijn voor het bestuur van hun territorium aangewezen op de *principes* die hun *allodium* sinds de fidelisering van de verhouding tussen koning en *principes* niet meer voor zichzelf maar voor de koning houden. Het *allodium* verdwijnt en keert als leengoed terug in handen van de leenman. Als gevolg van de verzwakte macht van de koningen gaan de leenmannen hun leengoed de facto steeds meer voor zichzelf houden. Leenmannen gaan er bovendien vaker toe over om delen van hun leengoed wederom in leen te geven aan weer nieuwe leenmannen (achtervazallen). Dat betekent dat de meeste leenmannen zelf ook leenheer zijn en de meeste leenheren zelf ook leenman. Boven aan de keten van leenheren en leenmannen staat de koning als opperleenheer en onderaan de heer die een hof bestuurt, die bestond uit een landgoed met de daarbij behorende horigen. De relatie tussen koning en leenmannen komt niet alleen voort uit de wederzijdse rechten en plichten die voortvloeiden uit het in leen geven van een leengoed (het *beneficium*, of *feod*), maar ook uit de wederzijdse rechten en plichten die voortvloeien uit een persoonlijke dienstbaarheid (*commendatio*),[611] zoals in het bijzonder de krijgsplicht

609 Zie de kritiek van Berman 1983, p. 541 op de verabsolutering van het feodale perspectief door sommige vertegenwoordigers van de sociale theorie, die in niet-Westeuropese samenlevingen een vergelijkbaar stadium van ontwikkeling zoeken onder de noemer van het 'feodalisme'. Berman spreekt in dat verband van 'academic imperialism'. Interessanter is volgens hem dan ook de vraag: 'how and why did Western feudalism produce a very different kind of superstructure from that produced by Japanese or Russian feudalism?'. Zie par 4.2.4 voor een mogelijk antwoord op die vraag. Standaardwerken over de feodaliteit zijn Marc Bloch, *La société féodale. I. La formation des liens de dépendance. II. Les classes et le gouvernement des hommes*, Parijs 1939-1940 (2 delen); F. Pollock et F.W. Maitland, *The history of English law before the time of Edward I,* tweede druk 1898, herdruk Cambridge 1968; H. Mitteis, *Lehnrecht und Staatsgewalt,* Weimar 1933. Zie samenvattend Ganshof 1957 en de bespreking daarvan door Immink 1959.

610 Zie voor een algemeen overzicht T. S. Brown, p. 21, 28-30 en R. Samson, p. 35-37, in Mackay en Ditchburn 1997.

611 Zie Berman 1983, p. 298 en 299. Commendatio (die door middel van een eed van een vazal tegenover de heer werd bevestigd) en feod of fief werden gaandeweg verbonden: "The linking of vassalage with fiefs through the oath of fealty became characteristic of

voor de ridders (milites). De leenmannen/ridders (de feodale edelen) fungeren dus *niet als ambtenaren* van de koning en delen in zijn publiekrechtelijke gezagsrechten doordat zij binnen hun territorium het gezagsrecht uitoefenen over de met de grond verbonden horigen en doordat zij de koning met *auxilium et consilium* bijstaan in het besturen van zijn rijk.[612] Dit laatste geldt alleen voor de machtige leenmannen die een directe leenband hebben met de koning zelf. Alleen binnen zijn eigen domeinen heeft de koning via ambtenaren een direct gezag over zowel de horige als de vrije boeren. Over aan zijn leenman onderworpen horigen heeft de koning geen gezagsrechten.

Vanaf het einde van de elfde eeuw namen de agrarische productie en de bevolking in Europa aanzienlijk toe. Overal in Europa ontstaan *nieuwe* steden, waar vrije boeren en horigen nieuwe middelen van bestaan vinden in de ambachten en de handel.[613] Deze steden onderhouden betrekkingen met de landsheer in wiens gebied zij zich bevinden, terwijl het meest opvallende kenmerk van de betrekkingen binnen deze nieuwe steden de aparte juridische en politieke status is van de poorters (de ingezetenen van de steden). De stad vormt een eigen rechtsorde met rechten en plichten die voor een groot deel los staan van de feodale rechtsbetrekkingen buiten de stad.

4.2.2 Feodaal recht en hofrecht

4.2.2.1 De betekenis van de term vrijheid hernomen

Hiervoor is verwezen naar de stelling van Immink[614] dat met de overgang van *allodiaal* naar 'gefideliseerd' grondbezit een betekenisverschuiving is verbon-

Frankish feudal custom, though there were wide variations in that custom, both in time and in space". Zie ook De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 122 over de 'versmelting' van de leenmannen en de ministeriales militares in de feodale adel en Ganshof 1957, p. 193 e.v. over de 'réalisation des relations féodo-vassalique'. Ganshof bespreekt de feodale verhoudingen hoofdzakelijk in privaatrechtelijke termen: als versmelting van een persoonlijke recht (de vazalliteit) met een zakelijk recht (het feod of beneficium). In mijn bespreking van de feodale verhoudingen volg ik Imminks publiekrechtelijke interpretatie, zie ook diens bespreking van Ganshof in Immink 1959.

612 Immink 1946, p. 24 over het verschil tussen een ambtelijke en een feodale organisatie van het overheidsgezag.

613 Berman 1983, p. 319 e.v.. Zie verder D. Ditchburn in: Mackay and Ditchburn 1997, p. 129-131 en 132.

614 Par. 3.3.2 en 3.5.1 hierboven. De betekenis van de term vrijheid is binnen het werk van Immink een centraal thema, zie Veen 1987, p. 406: "Vrijheid en recht, recht en overheidsgezag, overheidsgezag en straf, de verhouding van publiek- en privaatrecht vormden de steeds terugkerende kernthema's van zijn onderwijs en zijn onderzoek

den van het vrijheidsbegrip. Terwijl de vrijheid die een heer of vrije aan zijn *allodium* ontleende, bestond uit de onafhankelijkheid ten opzichte van andere heren of vrijen met een *allodiaal* goed en aan de afwezigheid van enig boven hem geplaatst gezag, bestaat de vrijheid van de door een eed van trouw aan de koning gebonden edele uit de rechten en plichten die hem door de koning zijn toegekend. De continuïteit of betekenisidentiteit van het vrijheidsbegrip bestaat volgens Immink daarom niet uit onafhankelijkheid maar uit de politieke zeggenschap, die alleen toekomt aan de door een persoonlijke eed van trouw met de koning verbonden mannen (de *nobiles* of *principes* van het Frankische tijdperk). De overgang van de fidelisering naar de feodalisering hangt samen met het afnemende gezag van de koning en met de toenemende fragmentarisering van het overheidsgezag van de leenmannen dat veroorzaakt wordt door het wederom in leen geven van delen van het leengoed (aan een achtervazal).

In zijn onderzoek naar de verhouding tussen openbare en privé-macht in de late middeleeuwen, stelt Duby:

> Aan de basis [van zijn onderzoek naar de verhouding tussen openbare en privé-macht, mh] staat wat het Latijn populus noemt: een gemeenschap van mannen, mannelijke volwassenen die zich onderscheiden door hun status: ze zijn vrije mannen.[615]

Duby stelt vervolgens dat 'bij de opkomst van wat wij de feodaliteit noemen' het 'volk' in twee delen uiteenvalt. Het ene deel is via een soort van 'adoptiesymboliek' verbonden met de landsheer. De 'heren' die deel uitmaakten van de populus ontlenen hun vrijheid aan deze adoptiesymboliek en delen op grond daarvan in de politieke zeggenschap. Deze heren vormden samen met hun landsheer de feodale rechtsorde waarin vrijheid en gelijkheid voorop staan (zie par. 4.2.2.2 hieronder). Het andere deel van het volk bestaat uit horigen die onderworpen zijn aan het gezag van de hofheren. Deze horigen vormen samen met hun heer de rechtsorde van de hof, waarin onderworpenheid voorop staat (zie par. 4.2.2.3 hieronder). De oorspronkelijke betekenis van de term volk (*populus*) betreft uitsluitend dat deel van het volk dat vrij is

over de geschiedenis van de juridische structuur van de middeleeuwse samenleving". Zie ook Immink's onvoltooid opstel *Vrijheid en Recht*, in 1967 postuum uitgegeven door Algra in de Mededelingen van het Rechtshistorisch Instituut RUG, nr. 5.

615 Duby 1993, p. 19-20. De vrijheid van deze 'heren' bestaat volgens Immink uit de wederzijdse onafhankelijkheid en uit de gezagsrechten die zij binnen hun feodale grondbezit uit kunnen oefenen. Immink 1946, p. 16-25 meent dan ook dat een goed begrip van de feodale verhoudingen niet verkregen kan worden wanneer deze - onder invloed van het gerecipieerde Romeinse recht in privaatrechtelijke termen beschreven worden. Zie ook Veen 1987, p. 406.

en politieke zeggenschap heeft.[616] In gelijke zin meent ook Immink dat het moderne begrip van de term 'volk', waaronder dan wordt verstaan 'het totaal van die individuen, die als leden van één staatsgemeenschap worden aangemerkt' *niet* overeenkomt met de oorspronkelijke betekenis van de term volk:[617]

> Moeten wij niet veeleer erkennen, dat, terwijl naar Griekse begrippen van 'aristoi' eerst sprake was binnen den alleen in het staatkundig gezichtsveld vallende 'demos', deze 'demos' zelf naar onze begrippen reeds aristocratisch was bepaald?[618]

De relevantie van deze overwegingen voor ons onderzoek kan nauwelijks overschat worden: het *opleggen* van een straf aan een vrije is pas mogelijk wanneer de vrijheid gedacht wordt als een door de vorst aan anderen toegekend recht. Binnen de feodale verhoudingen, waarin naast een zekere mate van onderwerping toch vooral de wederkerigheid voorop stond, kan een straf niet eenzijdig worden opgelegd maar behoeft de bemiddeling van de accusatoire procedure waarin de berechting door gelijken voorop staat.[619] Het eenzijdig opleggen van een straf zou in strijd zijn met de vrijheid van de feodale edele. Pas wanneer de feodale verhoudingen doorbroken worden door een verhouding van rechtstreekse onderworpenheid kan aan alle 'onderdanen' eenzijdig een straf worden opgelegd. Vanaf dat moment vindt berechting plaats door een rechter in moderne zin die zelfstandig oordeelt als ambtenaar van de koning in een inquisitoire procedure.[620] In feite zijn vrijen en onvrijen vanaf dat moment gelijkgeschakeld ten opzichte van de koning en is deze koning de enig vrije man die geheel alleen de *populus* vormt.

Met de opkomst van de steden ontstaat in de loop van de middeleeuwen een nieuwe categorie van personen (de poorters, 'les citoyens'), die hun vrijheid

616 Vergelijk ook Ganshof 1955, p. 27, die in gelijke zin spreekt over de rijksgroten in het Frankische tijdperk als vormend de *populus* van het Frankische koninkrijk. Ook Immink maakt binnen de kring van vrijen onderscheid tussen de machtige vrijen of *principes* met een leengoed waarbinnen zij gezagsrechten uitoefenen en vrijen die binnen zo'n leengoed als boer werkzaam zijn. Die laatste vrijen maken geen deel uit van de *populus*. Zie Immink 1973, p. 73 en 81-91. Vergelijk 't Hart 1979, p. 239 e.v. over de wijze waarop Vico de aristocratische 'staats'vorm beschrijft.

617 Immink 1950 passim, in het bijzonder p. 119 e.v.

618 Immink 1950, p. 123.

619 Zie over de betekenis van de term 'liber homo' in de Magna Carta van 1215 in gelijke zin Gelinck 1929: het recht op berechting door gelijken bestond alleen voor de vrije man (zijnde de adel). Zie ook Wiltshire 1992, p. 51-62 en Van Caenegem 1977, p. 252-261.

620 Van Caenegem 1956, p. 1: "Een strafproces waarin de staat, in de persoon van zijn ambtenaar, de eerste geïnteresseerde is, moet noodzakelijk verschillen van een proces waarin alleen private belangen van de partijen op het spel staan".

komen opeisen, en die uiteindelijk een aan *ieder mens* toekomende vrijheid zullen bewerkstelligen, zoals met de Franse revolutie geproclameerd in de *Déclaration des droits des hommes* van 1789.[621] Langs die weg worden vrijen en onvrijen wederom gelijkgeschakeld, maar nu zodanig dat zij in beginsel allemaal vrij zijn en aldus gezamenlijk de *populus* - het volk - vormen dat de politieke zeggenschap uitoefent.

4.2.2.2 Feodale rechtsorde

Zoals hierboven reeds aangegeven, zijn de meeste leenheren zelf leenman en omgekeerd. Feodale rechtsbetrekkingen bestaan dus uit een netwerk van betrekkingen tussen *vrije* mannen (de feodale adel), die zich jegens elkaar verplicht hebben tot het verlenen van diensten en het bieden van bescherming. Deze relaties worden gekenmerkt door een sterke mate van reciprociteit: de relatie tussen leenheer en leenman is niet analoog aan die tussen meester en knecht.[622]

Conflicten tussen leenmannen onderling worden berecht in het feodale of landsheerlijke gerecht in een accusatoire procedure. Tot in de zestiende eeuw hebben deze landsheerlijke gerechten vaak zowel de hoge als de lage jurisdictie. Dat wil zeggen dat zij het recht hebben te oordelen over 'capitale' of 'lijfstraffelijke' zaken (hoge jurisdictie) en over civiele vorderingen, waaronder ook de boetestraf valt. De landsheer of zijn vertegenwoordiger zit dit gerecht voor maar functioneert verder als rechter in oude zin: de adel wordt berecht door zijn gelijken (peers).[623] In eerste instantie kan in deze accusatoire proce-

621 Zie hoofdstukken 6 en 7. Dat de 'homme' van de Franse revolutie na de Napoleontische machtsgreep vooral een man en een bourgeois blijkt (vrouwen, arbeiders en boeren zullen nog een eeuw voor hun vrijheden moeten vechten) doet niet af aan de conceptuele sprong die gemaakt wordt met de toekenning van vrijheid en gelijkheid als geboorterecht (art. 1 van de *Déclaration* van 1789).

622 Over de reciprociteit binnen de feodale betrekking Berman 1983, p. 304-307 en Salas 1992, p. 61 en ook Esmein 1882, p. 8.

623 Berman 1983, p. 307: "The dominant concept of the judicial process was 'suit of court': the lord presided, either in person or through his steward, but the judging was done by the 'suitors', that is, the vassals or tenants". Het recht om te worden berecht door gelijken is in de Magna Carta van 1215 en in veel andere constituties van die tijd opgenomen, zie Berman 1983, p. 307-308. Zie ook Esmein 1882, p. 43-66. Feteris 1993, p. bespreekt de Magna Carta van 1215 waarin in art. 39 het opleggen van (onder meer) vrijheidsstraffen alleen werd toegestaan op grond van een vonnis van een rechter, in overeenstemming met 'the law of the land', hetgeen zou verwijzen naar het plaatselijke gewoonterecht. Hij verwijst ook naar een wet van 1188 van Alfonso IX van Léon in Spanje waarin de koning zich tegenover de 'Cortes' vastlegde met een recht op een behoorlijke proces voor een aangeklaagde in strafzaken. Zie ook R.

dure geen lijfstraf worden opgelegd, maar in de loop van de late middeleeuwen wordt ook de adel geconfronteerd met de lijfstraf.[624] Het samengaan van een accusatoire procedure (waarin het oordeel van gelijken de vrijheid van de adel bevestigt) met de mogelijkheid een lijfstraf op te leggen (een teken van onderworpenheid en onvrijheid) is kenmerkend voor de bijzondere verhoudingen tussen leenheren en leenmannen, die tegelijk vrij en ongelijk zijn.[625] Berman stelt dan ook:

> Feudal law gave the West its first secular experience of mutuality of legal obligation between persons of superior and inferior rank.[626]

Over de aard van het recht dat door het feodale gerecht werd toegepast, zegt Salas:

> Le droit ne préexiste pas à ce procès. Il s'élabore en même temps que lui et se découvre peu à peu avec le consensus qui se dégage du débat.[627]

Net als het recht dat door het *ding* en door het gerecht in de accusatoire procedure van het Frankische tijdperk werd vastgesteld is er geen of nauwelijks sprake van een geschreven recht[628] of van rechtsregels die zijn voorgegeven en alleen om 'toepassing' vragen. In termen van het rechtsbegrip van Glastra van Loon hebben de rechtsnormen die hier worden gevonden en gevormd

Oram, 'The Rise of Representative Assemblies', in: Angus Mackay with D. Ditchburn 1997, p. 127. Deze Cortes bestonden niet alleen uit de adel, maar tevens uit de vertegenwoordigers van de steden die inmiddels veel macht en - door de vorst gewenste - rijkdom bezaten. Over de betekenis van de 'homo liber' in art. 39 van de Magna Carta zie ook Gelinck 1929.

624 Vergelijk Montesquieu (1748) 1973, VI, 11: 'Des Anciennes Lois Françaises': "C'est bien dans les anciennes lois françaises que l'on trouve l'esprit de la monarchie. Dans les cas où il 's agit de peines pécuniaires, les non-nobles sont moins punis que les nobles. C'est tout le contraire dans les crimes; le noble perd l'honneur et réponse en cour, pendant que le vilain, qui n'a point d'honneur, est puni en son corps".

625 Esmein 1882, p. 43: "Le système des compositions pécuniaires avaient généralement disparu; les délits étaient, selon leur gravité, punis de peines afflictives cruelles, ou d'amendes dont profitaient les seigneurs justiciers; mais la procédure criminelle était restée accusatoire dans le sens le plus étroit".

626 Berman 1983, p. 309. Hij doet deze uitspraak n.a.v. de mogelijk voor leenmannen om in het landsheerlijk gerecht van de heer van hun heer beroep aan te tekenen tegen beslissingen van het gerecht van hun eigen heer.

627 Salas 1992, p. 63.

628 In de dertiende eeuw werd het *Libri Feudorum* toegevoegd het *Corpus Iuris Civilis*. Het betrof hoofdzakelijk een restatement van het gewoonterecht, zie Berman 1983, p. 310 en Van den Bergh 2000, p. 38 en De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 144.

een geïntegreerd normatief en imperatief aspect dat via de voorzitter van het gerecht een aanzet tot een meer gedifferentieerd imperatief aspect kent.[629]

Net als bij de normschendingen die in de Germaanse samenleving door het *ding* en in het Frankische koninkrijk binnen de accusatoire procedure werden berecht gaat het bij de normschending die in het feodale gerecht wordt voorgelegd veelal om de schending van de eer van een *vrij* man. Met het oog op de betekenis van de straf staan wij hier kort stil bij het Germaanse begrip 'eer' dat in de feodale verhoudingen binnen de middeleeuwse samenleving een doorslaggevende rol speelt.[630] Immink heeft een studie gemaakt van de middeleeuwse begrippen *honor*, heerlijkheid en koningsgezag. Zijn studie vangt aan met een onderzoek naar de Latijnse en Germaanse etymologische achtergrond van het begrip *honor* of eer. Vanuit beide achtergronden blijkt het begrip verband te houden met de maatschappelijke positie van de vrije man. Daarbij blijkt dat de Germaanse vrije meer of minder 'eer' kan bezitten, al naar gelang men zich maatschappelijk meer of minder kan doen gelden. Dat laatste houdt verband met militaire macht, rijkdom en vrijgevigheid en het daarmee samenhangende vermogen om anderen aan zich te binden. De eer is een kwaliteit die de onaantastbaarheid van een persoon verwoordt 'met deze restrictie althans dat het bij honor gaat om die rechtssubjecten die in de maatschappij met een zekere gezagspositie zijn bekleed'.[631] De *honorati* vormen de klasse van politiek volwaardigen en elke inbreuk is een *dehonoratio*, een vermindering van de eer die om die reden rechtgezet moet worden. Volgens Immink is het middeleeuwse eerbegrip een publiekrechtelijk begrip, dat verbonden is met gezagsrechten. Over de factoren die als voorwaarden of aspecten van de eer functioneren zegt hij:

> Na het geslacht en zijn leden [de verwantschappelijke orde, mh] vooral de 'rijkdom', de economische basis van de 'eer', en dan uiteraard in het bijzonder het 'land', waarover men kon gebieden hetzij als werkelijk heerser omdat het geheel bewerkt werd door onvrijen, hetzij als 'eigenaar', omdat men als boer de grond zelf bebouwde, al dan niet met behulp van enkele dienstbaren.[632]

629 Zie par. 3.2.3.2 hierboven.

630 Zie ook Berman 1983 op vele plaatsen, bijvoorbeeld p. 55-62, 72-76 (in contrast met het christelijke zondebegrip).

631 Immink 1967, p. 110. Volgens Immink 1967, p. 91 mag aan het Germaanse eerbegrip geen enkele ethische inhoud worden toegekend.

632 Immink 1967, p. 93. Immink bekritiseert hier de gebruikelijke interpretatie van de feodale betrekkingen tot het land (de heerlijkheid) in termen van privaatrechtelijke eigendom, waar hij de publiekrechtelijke gezagsrechten tegenover stelt. Zie ook Imminks oratie uit 1946, p. 15 e.v. Zie ook Berman 1983, p. 312 over de betekenis van de Latijnse term *dominium*: "(..) which meant, on the one hand, something like lordship and, on the other hand something like ownership. 'Lordship' is the right word

Inzicht in de betekenis van de Germaanse eer is de sleutel voor inzicht in de feodale betrekkingen tussen leenheer en leenman en tussen leenmannen onderling: het punitieve handelen binnen de feodale betrekkingen betreft steeds de vergelding van een inbreuk op de eer van een vrij man. Dit kan verklaren hoe het mogelijk is dat het tweezijdig godsoordeel (het gerechtelijk duel) zich zolang heeft kunnen doorzetten als alternatief voor de lijfstraf: met name de hogere adel weigert zich te onderwerpen aan het oordeel van zijn leenheer (in dat geval de koning) vanuit de idee dat zij met de koning de *populus* vormen en in die zin zijn gelijken zijn. Deze hoge adel vormt gaandeweg de *curia regis* waarbinnen een *Cours des Pairs* wordt gevormd zodat de berechting van deze hoge adel in eigen hand kan worden gehouden.

4.2.2.3 Rechtsorde binnen de hof

Anders dan de feodale betrekkingen tussen *vrijen* (de feodale adel), gaat het bij de rechtsorde van de hof om betrekkingen tussen horigen en een *vrije*: de landsheer of diens vertegenwoordiger, de hofmeier. De rechtsorde van een ten hofrechte uitgegeven grootgrondbezit is dan ook anders ingericht dan de feodale rechtsorde.[633] De hof is, net als de huisgemeenschap in het Germaanse tijdperk, de kleinste eenheid waarbinnen ten plattelande gewerkt wordt.[634] De meeste boeren die het land van de hof bewerken zijn horig. In tegenstelling tot slaven zijn horigen personen met rechten en plichten[635] en in tegenstelling tot *vrijen* zijn zij onderworpen aan het gezag van een heer.

Conflicten tussen heer en horige komen in beginsel voor het hofgerecht, waar de horigen berecht worden in een accusatoire procedure door hun gelijken.[636]

if it is understood to include jurisdiction, that is, the right to hold court and declare law".

633 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 119-122. De Engelse term voor hof is 'manor'. Over 'Manorial Law', zie Berman 1983, p. 316-333. Het is deze rechtsorde die de uitbreiding van het patriarchale gezag van de heer van de huisgemeenschap realiseert. Het patrimoniale karakter van dat gezag mag niet verward worden met het feodale gezag dat in de verhouding tussen leenheer en leenman speelt.

634 Berman 1983, p. 322: "The manor was in many ways like a small clan or village, or a large houshold".

635 Berman 1983, p. 316-317.

636 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 190-191. In gelijke zin Berman 1983, p. 324-328. Anders Duby 1993, p. 29 die juist meent dat vanaf het begin van de elfde eeuw 'de openbare machtsmiddelen een domaniaal karakter krijgen als ze worden toegepast op het niet bewapende deel van het volk'. De gang van zaken in het hofgerecht zal plaatselijk en afhankelijk van de economische en politieke ontwikkelingen verschild hebben, maar ten aanzien van de hoge jurisdictie is in ieder geval duidelijk dat de feodale edele door zijn gelijken berecht wordt, terwijl de horige daar geen recht op heeft.

Dit lijkt in scherp contrast te staan met de ordehandhaving in de huisgemeenschap in het Germaanse tijdperk, waar geen sprake was van een recht op berechting door gelijken omdat de *pater familias* rechter in eigen zaak was. Berman verklaart de verbeterde positie van de horige in het feodale tijdperk door de verbeterde economische omstandigheden vanaf het einde van de elfde eeuw, die ertoe leidden dat de klasse van horige boeren bepaalde voorrechten af konden dwingen.[637] Deze verbeterde machtspositie van de horigen als klasse maakt het mogelijk om de relatie met de hofheer te juridiseren 'if only to curb the arbitrary exercise of his power'.[638]

De regel dat horigen recht hebben op berechting door hun gelijken gaat met name op voorzover het de lage jurisdictie betreft. Horigen die zich schuldig maken aan capitale misdrijven, zoals moord of diefstal, moeten naar het landsheerlijk gerecht waar zij worden berecht door edelen.[639] Daar blijken eenzijdige godsoordelen en lijfstraffen hun deel te zijn.

Het hofgerecht spreekt niet alleen recht maar stelt ook regels vast voor het bestuur van de hof. Deze regelgevende bevoegdheid ligt volgens Berman in het verlengde van de rechtspraak:

> Then, lawmaking itself was regarded as a process of deliberation and discovery. Laws were considered to be either true or false, either just or unjust, and therefor the making and administering of them were not sharply distinguished from their application in cases of dispute.[640]

Wetgeving ontwikkelt zich aldus voor een deel uit de rechtspraak.[641] De wetgeving in moderne zin daarentegen begint bij de *capitularia per se scribenda*, die hun verbindende kracht uitsluitend ontlenen aan het *bannum* van de koning.[642] Het kenmerk van die wetgeving is dat zij niet ontstaat uit de rechtspraak van een gerecht in oude zin, maar berust op een *eenzijdig* besluit van de koning die daarmee zijn wil oplegt aan zijn onderdanen. De Monté ver Loren geeft aan dat een dergelijke eenzijdige bevoegdheid vanwege het zwakke gezag van de Frankische koningen nauwelijks betekenis had; in feite

637 Berman 1983, p. 319. Idem, p. 320: "European serfs [horigen, mh] in the eleventh and twelfth centuries were for the first time in a strong enough position to take the risk of illegal escape from their lords to other lords who offered better working conditions".

638 Berman 1983, p. 322 en ook 325: "(..) the justice of the lord of the manor was a substantial restriction upon the arbitrary exercise of the lord's power and a substantial means of maintaining the reciprocity of rights of lords and peasants".

639 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 191. Berman 1983, p. 325.

640 Berman 1983, p. 325.

641 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 11.

642 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 80-81.

kon de koning zijn nieuwe recht pas na afloop van langdurige onderhandelingen met betrokkenen aan hen 'opleggen', in ruil voor tegenprestaties. Pas met de opkomst van de rechter in moderne zin aan het eind van de middeleeuwen ontstaat ook de wetgeving in moderne zin, die wordt ontworpen door de juristen die tegen die tijd zitting hebben in de *curia regis,* waaruit ook de koninklijke rechtspraak zich tegen die tijd heeft afgesplitst. Met het ontstaan van de staat in moderne zin verschuift het zwaartepunt van de overheidsactiviteiten van de rechtspraak naar wetgeving die tijdens de absolutistische koninkrijken in feite beiden vormen van bestuur zijn.[643]

4.2.3 Stadsrecht

Het ontstaan van een nieuw type steden in de late Middeleeuwen valt samen met een enorme toename van de productiviteit ten plattelande, met aanhoudende groei van de bevolking van Europa,[644] met een revolutionaire toename van de handel en een daarmee samenhangende toename van de mobiliteit. In de culturele antropologie wordt het ontstaan van steden in het algemeen gerelateerd aan het ontstaan van het schrift, aan de opkomst van een klasse van ambachtslieden en aan een klasse van ambtenaren en bestuurders die het ontstaan van de bureaucratische staat überhaupt mogelijk maken.[645] Weber onderscheidt volgens Berman vijf criteria waaraan een stad zou moeten voldoen: '(1) a fortification, (2) a market, (3) a court of its own and at least partially autonomous law, (4) a related form of association, and (5) at least partial autonomy and autocephaly, thus also an administration by authorities in the election of whom the burghers participated'.[646]

643 Zie over de ideeënhistorische context van de verhouding tussen *justitie* (rechtspraak in criminele en civiele zaken) en *politie* (bestuur) uitgebreid hoofdstuk 6.

644 Berman 1983, p. 359.

645 Wesel 1985, p. 34-35 onder verwijzing naar Gordon Childe die in 1950 de term 'urban revolution' in dit kader gemunt heeft en daarmee voortbouwde op het werk van Lewis Henry Morgan in diens *Ancient Society* uit 1877. Berman vergelijkt de Europese steden uit de late Middeleeuwen met de Romeinse steden die vooral administratieve en bestuurlijke centra waren, waartegenover de laatmiddeleeuwse steden eerder handelscentra waren.

646 Geciteerd bij Berman 1983, p. 399-400 naar Weber's *The city*, trans. and ed. Don Martindale and Gertrud Neuwirth, New York 1958, p. 54-55. Zie Weber 1976, p. 736. De door Weber betrachte definitie betreft in het bijzonder de door hem als typisch Westers gekwalificeerde 'Stadtgemeinde'.

Ten aanzien van het type steden dat zich in de late middeleeuwen in Europa ontwikkelt wijst Berman op de vrijheid van de poorter als belangrijkste verschil met steden in andere hoogontwikkelde beschavingen. Deze vrijheid heeft een juridisch statuut.[647] Ook de vergelijking met de Griekse stadstaten gaat volgens Berman niet helemaal op: de economie van de nieuwe Europese steden is niet afhankelijk van slavenarbeid[648] en zij zijn in tegenstelling tot de Griekse polis voor een deel ingebed in de feodale orde van de landsheer binnen wiens gebied zij liggen. Geestelijke en wereldlijke landsheren hopen door middel van het toekennen van stadsrechten hun macht te vergroten door hun deel te eisen van de welvaart die in de steden gegenereerd wordt.[649]

Een belangrijk gegeven betreffende veel van de nieuw gevormde steden is dat hun vestiging een revolutionair karakter heeft:

> The new cities and towns of the eleventh and twelfth centuries were religious associations in the sense that each was held together by religious values and rituals, including religious oaths. Many of them were sworn communities (…), and of these a considerable number had been founded by insurrectionary organizations. (…) In fact, it was by a legal act, usually the granting of a charter, that most of the European cities and towns came into being; they did not simply emerge but were founded.[650]

Bij het verlenen van het stadsrecht ('the granting of a charter') wordt een nieuwe rechtsorde geïnstalleerd, die aan de gezworen poorters een aantal vrijheden toekent, waaronder het recht om via verkiezing van vertegenwoordigers deel te nemen aan het bestuur van de stad.[651] De totstandkoming van de stedelijke gemeenschap vindt de facto en de jure plaats in de vorm van een sociaal contract waarin de verhouding tussen bestuur en bestuurden in termen van zelfbestuur wordt vastgelegd.[652] Berman somt vijf kenmerken op waaraan

647 Berman 1983, p. 401. Zie ook Weber 1976, p. 736: "Ein besonderes, den Stadtbürgern als solchen eignendes materielles oder Prozesrecht oder autonom von ihnen bestellte Gerichte waren den asiatischen Städten unbekannt". Zie Immink over de betekenis van de stadse vrijheden in de zin van stedelijke privileges, p. 314 van zijn 'De stadsvrijheid van Utrecht', in: *Opstellen aangeboden aan Prof. Jhr. Dr. D.G. Rengers Hora Siccam 1906-1942*, Utrecht 1942, p. 314-434.

648 Berman 1983, p. 360.

649 Berman 1983, p. 360.

650 Berman 1983, p. 362. Zie ook Esmein 1882, p. 15 en 16 en Weber 1976, 2 Halbband. Kap. IX. Herrschaftssoziologie. 7. Abschnitt, par. 2. Die Stadt des Okzidents, p. 749 e.v.

651 De poorters bezaten in eerste instantie dus vrijheid in de zin die Immink daaraan geeft: politieke zeggenschap.

652 Gerbenzon en Algra 1987, p. 22 spreken over het 'gekoren recht', dat wil zeggen het door de leden van een rechtsgemeenschap afgesproken recht: willekeur of keur.

het stadsrecht meestal voldoet: (1) het stadsrecht is vrijwel altijd gebaseerd op een geschreven statuut waarin de rechten en vrijheden van de poorters vastliggen (2) de staatkundige organisatie van het stadsbestuur is in veel opzichten vergelijkbaar met hedendaagse constituties (3) de grondrechten omvatten meestal het recht op een rationele procedure, berechting door gelijken, verbod van willekeurige arrestatie en een verbod van vrijheidsbeneming zonder vorm van proces (4) de burgerlijke vrijheden omvatten meestal de vrijstelling van een aantal feodale verplichtingen en (5) aan de burgers worden rechten en vrijheden toegekend die deelname aan het bestuur van de stad mogelijk moeten maken.

Het stadsbestuur in de Nederlanden bestaat uit een gerecht van schepenen, gekozen door de poorters,[653] voorgezeten door de schout die als vertegenwoordiger van de landsheer rechter is in oude zin. Aanvankelijk heeft de schepenbank een brede taakopvatting, waaronder zowel rechtspraak als bestuur als wetgeving vallen. In de loop der tijd worden deze taken toegedeeld aan verschillende bestuursorganen, waarbij de schepenbank de rechtspraak en deelname aan de wetgeving als voornaamste taken behoudt. Het stadsrecht omvat vaak zowel de lage als de hoge jurisdictie. Dat betekent dat niet alleen het boetestrafrecht voor eenvoudige overtredingen maar ook het lijfstraffelijke recht voor capitale misdrijven tot de jurisdictie van de schepenbank behoort.[654] De schout trekt zich bij de beraadslaging over het vonnis terug, omdat hij als vertegenwoordiger van de landsheer geen stem heeft in het oordeel.[655] De schepenen worden geacht in hun besluitvorming het recht te vinden als representanten van de poorterij en aldus aansluiting te zoeken bij het rechtsbewustzijn van de stedelijke gemeenschap:

653 Vaak ontstond in de loop der tijd een patriciaat dat door coöptatie in nieuwe schepenen voorzag. Zie De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 206 en Weber 1976, 2. Halbband. Kap. IX, par. 3: 'Die Geslechtsstadt in Mittelalter und in der Antike', p. 757-775. Over de politieke elite die tijdens de Republiek (1648-1795) de zo ongeveer 2000 bestuursfuncties bezetten, zie Beliën e.a. 1983, p. 254-255. Deze zogenaamde regenten kwamen voort uit de oude landadel maar vooral ook uit het stedelijk patriciaat, dat 'naarmate de economische bloei afname, en de regentenfamilies meer op ambten raakten aangewezen om hun status te handhaven, (..) hun kring naar onderen steeds meer' afgrendelden (Beliën e.a. spreken van 'oligarchisering'.

654 Van Caenegem 1954, p. 200 wijst erop dat 'de grote steden' aanvankelijk 'een opvallende afkeer voor de toepassing van bloedige straffen op hun poorters' vertonen. Op p. 201 stelt hij echter vast dat in later eeuwen de toenemende centralisatie van de staatsorganisatie ertoe leidt dat ook de stedelingen steeds meer als 'onderdanen' gezien worden 'op wie een streng en bloedig strafrecht wordt toegepast'.

655 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 208.

> Offt den Scepenen ennige puncten aanvalle, dair der Stad Boeck neyt van begrepen en heeft, dat sullen sy sceppen en richten nae den besten redenen ende nae oeren vijff synnen nae gelegenheit der saeken.[656]

Wanneer de tekst van het stadsrecht niet tot een oplossing kon leiden, moeten de schepenen 'zich richten naar beste redenen volgens hun vijf zinnen met oog voor de omstandigheden van het geval'. De rechtsregels die door de schepenbank worden toegepast hebben op die manier een evenwichtig samenspel van imperatieve en normatieve aspecten. Anders dan het feodale en hofrecht, is het stadsrecht voor een groot deel schriftelijk vastgelegd. Het schriftelijk vastleggen en uitvaardigen van recht is een vorm van wetgeving in moderne zin: het veronderstelt een bevoegdheid om eenzijdig regelgeving op te leggen aan de normadressaten. Dat sluit - zoals het stadsrecht laat zien - niet uit dat de normadressaten via representatie tevens geacht worden normadressant te zijn. Het feit dat over de toepassing van dit gestelde recht niet door een rechter in moderne zin, maar door een gerecht in oude zin wordt beslist, verstevigt het normatieve karakter van de toegepaste normen.

4.2.4 De pauselijke revolutie

4.2.4.1 Inleiding

In de paragrafen over de Germaanse en Frankische tijdperken is de cesuur besproken tussen het recht in de niet-statelijke Germaanse samenleving en het recht dat zich onder invloed van de Frankische koningen ontwikkelt binnen de *populus christianus* die deel heeft aan het gezag van de koning waar het tegelijk aan is onderworpen. Vóór deze cesuur kon geen sprake van zijn van een overheidsstraf, uitgezonderd de door de *pater familias* aan de onder zijn gezag staande on*vrijen* uitgedeelde sancties. De tweede cesuur die hier aan de orde is wordt gevormd door het geheel van veranderingen in recht en samenleving dat zich vanaf het einde van de elfde eeuw voltrok onder invloed van *het ontstaan van een moderne overheid in de gestalte van de paus en zijn ambtelijk gereorganiseerde kerk*. Berman spreekt van een revolutie, die hij kortheidshalve de pauselijke revolutie[657] noemt, maar die naar zijn zeggen veel

656 Geciteerd bij De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 207-208 uit het in 1486 herziene stadsrecht van Deventer.

657 Net als Berman signaleert ook Weber 1960, p. 236-239 dat het kanonieke recht afwijkt van het heilige recht in andere hoogontwikkelde samenlevingen. Hij noemt het dualisme tussen kerkelijk en wereldlijk recht, het rationele karakter van het kerkelijk recht, de afwezigheid van theocratische vermenging van kerkelijke en wereldlijke macht en het rationele, bureaucratische, ambtelijke karakter van de kerkelijke organisatie. A.w. p.

meer omvat dan alleen de strijd om de macht tussen paus en keizer, die in 1122 eindigt met het Concordaat van Worms. Hieronder wordt het door hem ontworpen beeld van deze revolutie voor zover relevant in tien punten samengevat[658] met het oog op de gevolgen dit volgens hem heeft voor het recht.

4.2.4.2 Investituurstrijd

In 1075 stuurt paus Gregorius VII[659] zijn *Dictatus Papae*[660] de wereld in, waarin hij zijn macht en gezag (*plenitudo potestas*) als soeverein heerser over de katholieke kerk vestigt, zowel ten aanzien van alle andere bisschoppen en kerkelijke ambtsdragers als tegenover het kerkvolk. Nieuw zijn ook zijn aanspraken ten aanzien van keizers en koningen. Tot dan toe had de kerk gesteund op de Frankische koningen: Clovis bekeerde zich in de vijfde eeuw tot het christendom en verklaarde dit tot staatsgodsdienst.[661] De positie van de bisschop van Rome was er steeds een geweest van *primus inter pares* en de feitelijke heerschappij van de kerk was een locale aangelegenheid.[662] De kerkelijke ambten werden door de koning of keizer toebedeeld en de locale ambtsdragers wisten zich vaak mede via een uitgekiende huwelijkspolitiek een plaats te veroveren binnen de locale machtsstructuren.[663] In de *Dictatus Papae* ves-

237: "In ungleich stärkren Masse als irgendeine andere religiöse Gemeinschaft hat daher die okzidentale Kirche den Weg der Rechtschöpfung durch rationale Satzung beschritten". In zekere zin herleidt Berman de rationaliseringsthese van Weber tot de omwentelingen die vanaf de pauselijke revolutie plaatsvonden en localiseert Berman de oorsprong van de door Weber onderscheiden 'legale Herrschaft' in de pauselijke machtsaanspraken. Vergelijk ook Van Caenegem 1977, p. 111-121 over de pauselijke theocratie, met nadruk op de eeuwen tussen Gregorius VII 1073 en Bonifacius VIII (1294). Voor een relativering van de invloed van de pauselijke reformatie zie Van Caenegem 1956, in het bijzonder p. 66-69.

658 Gezien het feit dat hij zelf 558 pagina's tekst en 74 pagina's met noten nodig heeft om zijn betoog te formuleren en te staven, kan deze samenvatting niet meer dan een beknopte interpretatie van een deel van zijn betooglijn zijn.

659 Gregorius VII - wiens eigen naam Hildebrand was - wordt door Berman beschreven als 'a man with an overpowering sens of mission, who pressed his ideas with "frightening severity and heroic persistence … regardless of the consequences to himself or to others [and who] had, to say the least, the temper of a revolutionary" (Berman citeert K.J. Leyser, The Polemics of the Papal Revolution, in: Beryl Smalley (ed.), *Trends in Medieval Political Thought*, Oxford 1965, p. 53).

660 Berman 1983, p. 95-96. Van den Bergh 2000, p. 35.

661 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 45. In het Romeinse keizerrijk werd het christendom in de vierde eeuw staatsgodsdienst, zie Van den Bergh 2000, p. 20, 34.

662 Berman 1983, p. 92, 93. Van Caenegem 1977, p. 103 en 114. Tot de *Dictatus papae* was de bisschop van Rome de plaatsvervanger van St Petrus, pas dan wordt hij de plaatsvervanger van Christus.

663 Berman 1983, p. 90.

tigt de Gregorius VII aanspraken op een soeverein gezag over een hiërarchisch gestructureerde kerkgemeenschap enerzijds en op een soeverein gezag over keizers en koningen anderzijds.[664] Zo dicteert hij eenvoudigweg dat aan hem de bevoegdheid toekomt om keizers af te zetten.[665] Deze brute machtsaanspraken geven aanleiding tot de investituurstrijd (1075-1122) waarvan de inzet de bevoegdheid betreft om kerkelijke ambtsdragers te benoemen. Deze strijd wordt in 1122 beëindigd met een overwinning van de paus doordat in het Concordaat van Worms die bevoegdheid aan de wereldlijke machthebbers wordt ontnomen.[666]

4.2.4.3 Gregoriaanse reformatie

De investituurstrijd hangt samen met de Gregoriaanse reformatie, die gebaseerd is op de *Dictatus Papae*. Gregorius VII biedt hiermee volgens Berman een nieuwe en radicaal andere interpretatie van de tweezwaardenleer van Paus Gelasius I (492-496), die weer voortbouwt op de tweerijkenleer van kerkvader Augustinus.[667] Volgens Berman valt het onderscheid tussen het wereldlijke en goddelijke rijk bij Augustinus *niet* samen met dat tussen een wereldlijke en een kerkelijke macht: beide machten vielen voor Augustinus onder het wereldlijke oftewel seculiere rijk. Dit was het rijk van de tijdelijkheid waarin de mens nu eenmaal moet verkeren. De vergankelijkheid van het bestaan binnen dit rijk en de vergeefsheid van menselijke inspanningen ter verbetering van dit bestaan verwezen de gelovige naar het andere rijk, een eeuwig rijk waarin tijd, vergankelijkheid en alle vergeefse inspanningen die daarmee verbonden zijn

664 Als plaatsvervanger van Christus claimde de paus niet minder dan de *plenitudo potestatis*, in andere woorden de soevereiniteit in de zin van een gezag dat geen enkel gezag boven zich erkent, zie Berman 1983, p. 581-582.

665 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 84. Zie ook idem, p. 51: volgens de Imperiale theorie (de keizerlijke opvatting) ontlenen paus en keizer hun gezag beiden rechtstreeks aan God, volgens de Curialistische theorie (de opvatting van de pausen) was alle macht aan de paus gegeven, zodat de keizer zijn wereldlijke macht aan de paus ontleende. De theorievorming over het naast elkaar bestaan van twee rechtsorden, wordt meestal geïnterpreteerd als een uitvloeisel van de tweezwaardenleer van paus Gelasius I (492-496), die zich daarbij baseerde op Augustinus die een essentieel onderscheid maakte tussen het eeuwige, geestelijke en het tijdelijke, wereldlijke (tweerijkenleer). Zie Van de Vrugt 1982, p. 7. Berman's stelling is dat er nu juist sprake is van een radicale herinterpretatie van deze doctrine door Gregorius VII en zijn opvolgers. Zie 4.2.4.2.

666 Berman 1983, p. 98: "The concordats left the pope with extremely wide authority over the clergy, and with considerable authority over the laity as well". De paus deed uiteraard wel enige concessies die hier echter van minder belang zijn.

667 Aurelius Augustinus, *De civitate Dei*, ca 420. Berman 1983, p. 109-110. Zie ook Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 1995, p. 4-5 en Van Caenegem 1977, p. 104.

geen betekenis hebben. De christenmens was degene die in staat was om naast zijn bestaan in de vergankelijke wereld deel te hebben aan het bestaan in de *Civitas Dei*, de stad van God.[668] De tweezwaardenleer van Gelasius I zette deze doctrine voort door in zaken van openbare orde het gezag van de keizer voorop te stellen en in aangelegenheden die het bedienen van de sacramenten betroffen het gezag van kerkelijk ambtsdragers voorop te stellen.[669]

De nieuwe taakverdeling tussen kerkelijke en wereldlijke orde van Paus Gregorius VII berust op een radicale herformulering van de taak van de Christelijke kerk. In plaats van het *gedogen* van een ten dode opgeschreven tijdelijk bestaan, hoort de kerk de verwezenlijking van het Goddelijke rijk in de wereld na te streven. Berman wijst op de betekenisverschuiving die het begrip *saeculum* ondergaat: van een negatieve connotatie van vergeefse moeite in een per definitie tijdelijk bestaan verschuift de betekenis naar een positieve connotatie die de mogelijkheid van vooruitgang impliceert.[670] De kerk kan het zich vanuit die nieuwe conceptie niet meer veroorloven om een levenshouding voor te staan die zoveel mogelijk is afgewend van het tijdelijke, maar ziet zich vanaf dat moment voor de taak gesteld om een programma te ontwerpen voor de verbetering van de wereld. In dat programma is aan het recht een constitutieve rol toegekend ten aanzien van de nieuwe relatie tussen kerk en wereld.[671]

4.2.4.4 Kerk als staat in moderne zin

Volgens Berman is de kerk, zoals die zich vanaf het einde van de elfde eeuw ontwikkelt de eerste staat in moderne zin.[672] Deze kerk-staat of kerkelijke overheid weet zijn macht zonder leger of politie te consolideren in een juridisch-politieke institutie die langs de weg van de zorg voor de individuele

668 De stad van God gelijkt in zekere zin op de ideeënwereld van Plato. Over de invloed van de neoplatonici op Augustinus zie R.A. Markus in Edwards 1967, p. 198-207. Over de betekenis van de twee steden zie Goudriaan 2001, p. 43-46.

669 Berman 1983, p. 92.

670 Berman 1983, p. 109. Volgens John A. Mourant in Edwards 1967, p. 208 ligt de kiem van dit vooruitgangsdenken al bij Augustinus: "Augustine rejected emphatically the cyclical conception of history as expressed in the Christian revelation and the doctrines of the Incarnation and salvation. (…) Few medieval philosophers escaped the influence of this Augustinian conception. (…) And it is indirectly represented in modern secularized versions of the idea of progress and social utopias".

671 Berman 1983, p. 528: "Canon law became a specific means, first of holding the church-state together, and second, of reforming the world".

672 Berman 1983, p. 553. In gelijke zin Van Caenegem 1977, p. 119: "De klassieke pauselijke monarchie behoort tot de merkwaardigste realisaties van de universele geschiedenis. Ze vormde de eerste Europese regering".

mensenziel rechtstreeks heerst over al zijn onderdanen in de *populus christianus*. De vorming van deze *populus christianus* onder leiding van de Frankische koningen die daarmee de verwantschappelijke orde van de Germaanse stammen wisten te overstijgen, was volgens Berman één van de mogelijkheidsvoorwaarden voor het ontstaan van de centralistische, hiërarchische, bureaucratisch en juridisch georganiseerde kerkelijke overheid in een tijdperk waarin de macht van de Frankische koningen zelf ernstig is verzwakt. Deze kerk heeft twee opdrachten: (1) de interne orde te handhaven van de kerk als corporatie, met een bijzondere taak en verantwoordelijkheid voor het zielenheil van de leken, en (2) de hervorming van de wereld. De wereld is nu het werkterrein voor het naderbij brengen van de *Civitas Dei*. Deze staat van God kan niet meer in de afwending van het tijdelijke gezocht worden, maar moet vorm krijgen als incarnatie van het goddelijke in de wereld.

4.2.4.5 De reformatie van Cluny

Voorafgaand aan de pauselijke revolutie ontstond vanuit de Abdij van Cluny in Frankrijk een beweging die zich richtte op het uitbannen van de corruptie die kerkelijke ambtsdragers door hun locale inbedding in feodale verhoudingen bedreigde.[673] De corruptie waartegen deze beweging zich verzette bestond uit de zogenaamde 'simonie', de koop en verkoop van kerkelijke ambten en het 'nicolaïsme', de hierboven reeds genoemde politiek van huwelijk en concubinaat waarmee de kerkelijke ambtsdragers zich een plaats verworven binnen de locale machtsverhoudingen. De methode waarmee de beweging van Cluny de strijd aanbond tegen deze corrupte praktijken bestond om te beginnen uit de vorming van een bovenlokale, hiërarchisch georganiseerde corporatie die weerstand kon bieden aan de negatieve invloeden van locale machtspolitiek op de kerkelijk ambtsdragers. Daarnaast was de beweging gericht op een positief doel: de vrede voor het kerkvolk.[674] Deze vrede moest de bevolking van militaire plichten bevrijden en de veiligheid verhogen door een verbod op het gebruik van geweld.[675] De plicht om van geweld af te zien

673 Zie Berman 1983, p. 88-95. Van Caenegem 1977, p. 105-106, 113, en 164-165.

674 Van Caenegem 1954, p. 20: "Ontstaan in het zuiden van Frankrijk, bereikte de godsvredebeweging een gedeelte van onze streken in 1023 (..)".

675 Ook bij het ontstaan en versterken van het wereldlijk gezag speelde de handhaving van de 'vrede' een doorslaggevende rol. Zie Van Caenegem 1956, p. 11: 'In de XIe eeuw begint een dubbel proces dat de structuur van de maatschappij grondig zal veranderen, hetgeen natuurlijk niet zonder weerslag zal zijn op de rechterlijke organisatie. Enerzijds zullen de Vlaamse graven hun gezag veel sterker vestigen over hun gehele graafschap en zullen zij de opbouw ondernemen van een echte territoriale, gecentraliseerde en krachtig geregeerde ambtenarenstaat. Hun meest opvallende, doch niet hun enige,

stond lijnrecht tegenover de wraakplicht van de Germaanse *vrije*, die met het afzien van geweld zijn eer ongewroken zou laten.

Het succes van de hervorming van Cluny heeft volgens Berman te maken met de verbeterde positie van de horigen ten opzichte van de *vrijen*. Deze positieverbetering kan zowel aan het koningschap als aan het christendom worden toegeschreven, die beide een aanzet vormen om alle mensen een gelijke positie toe te kennen (respectievelijk ten opzichte van de koning en ten opzichte van God)[676]. De gelijkschakeling van *vrijen* en on*vrijen* ten opzichte van koning en God dringt de eigenrichting terug waarop *vrijen* aanspraak maken (private wraak en tweekamp) ten gunste van het geweldsmonopolie van de koning, die met dat monopolie de vrede in zijn territorium kan gaan afdwingen.[677]

4.2.4.6 Hiërarchisering interne orde van de kerk: een nieuwe conceptie van recht

De hervormingen van Cluny werden uitgedragen door een bovenlokaal en hiërarchisch georganiseerde corporatie, die volgens Berman model stond voor de hervormingen van Paus Gregorius VII:

> (..) the formation of a single, separate ecclesiastical state headed by the papacy gave the clergy a kind of political power that they had never had before, and in addition the establishment of the universal celibacy of priests helped to lessen their personal involvement in tribal kinship relations.[678]

Rond de centrale positie van de paus ontstaan een professionele juridische en financiële bureaucratie. Dit overheidsgezag in moderne zin maakt zowel de

bedrijvigheid in dit verband is hun optreden ter handhaving van de openbare orde door bloedige bestraffing van hen die het grafelijk vredesgebod overtreden".

676 Zie over het verminderde belang van het verschil tussen vrijen en onvrijen Immink 1969, p.77.

677 De gelijkschakeling van vrijen en onvrijen ten opzichte van de koning kan leiden tot absolutisme (zoals in de zeventiende en achttiende eeuw) en tot volkssoevereiniteit (na de Franse revolutie), zie Immink 1950, p. 140: "Absolutisme en volkssouvereiniteit veronderstellen immers beide een in beginsel volkomen genivelleerd 'volk', sluiten ook beide, eveneens in beginsel, het staatkundig dualisme volledig uit". Met staatkundige dualisme verwijst Immink naar het evenwicht van machten tussen adel en koning dat voorkomt dat zich een dictatuur (hetzij van de koning, hetzij van het volk) kan vestigen. Ook op dit punt is zijn gedachtengoed verwant met dat van Montesquieu, zie par. 6.3.3 hieronder.

678 Berman 1983, p. 227. In 1075 beval Gregorius VII alle christenen om geen sacramenten meer te ontvangen van priesters die in concubinaat leefden of getrouwd waren: "Thus priests were required to choose between their responsibilities to their wives and children and their responsibilities to their parishioners". (a.w. p. 95)

eigen ambtsdragers als de leken rechtstreeks toegankelijk voor de *bevelen* van de pauselijke macht. De vestiging en uitbreiding van de macht van de paus verloopt grotendeels via het claimen van jurisdictie over zowel de kerkelijke ambtsdragers (*ratione personae*) als leken (*ratione materiae*).[679] De legitimatie van de vele hervormingen die tegelijkertijd van bovenaf aan kerkelijk ambtsdragers en leken worden *opgelegd*, kan alleen worden verschaft door een nieuwe conceptie van recht te installeren. In deze nieuwe conceptie wordt de bron van het recht niet meer in verwantschappelijke verhoudingen of een persoonlijke relatie tot de koning gezocht maar in de soevereiniteit van de paus als plaatsvervanger van Christus. Voor de reciprociteit die de verhoudingen tussen *vrijen* onderling en tussen *vrijen* en koning kenmerkte is in het pauselijke soevereiniteitsconcept geen plaats. De paus vestigt zich met zijn pauselijke dictaten in 1075 als bron van alle recht, en verwezenlijkt daarmee het onvoltooide streven van de Frankische koningen. In tegenstelling tot de Frankische koningen - die door hun zwakke centrale macht hun gezag niet waar konden maken - weet de paus de randvoorwaarden voor een succesvolle beheersing van de interne orde van zijn rijk af te dwingen.[680]

4.2.4.7 Een nieuwe conceptie van recht: de paus als schepper van nieuw recht

Deze nieuwe conceptie van recht staat lijnrecht tegenover het Germaanse recht als niet 'uitgedifferentieerd' aspect van de niet-statelijke samenleving. Tegenover het gesproken recht dat gevormd en gevonden werd in de beraadslagingen van het gerecht in oude zin, verschijnt het geschreven recht dat afkomstig is van een soeverein die nieuw recht schept, stelt en vestigt.[681] Het besturen van de christelijke gemeenschap van de Rooms-katholieke kerk omvat dan ook als belangrijkste attribuut het recht om nieuwe wetten te maken, een recht dat wordt voorbehouden aan de paus. Ook het recht om deze nieuwe wetten in concreto toe te passen is uiteindelijk een recht van de paus zelf:

679 Daarover Esmein 1882, p. 18-20.

680 Ook Van Caenegem 1956, p. 16 maakt de vergelijking met het gezag van de Frankische koningen (maar nu niet in vergelijking met de pauselijke 'staatsvorming'): "Aan de jonge vorstendommen die vanaf de XIe en XIIe eeuw in Europa zijn ontstaan en aan hun vorsten is het gegeven geworden de vervolging ex officio tot een normale, adequate procedure op te bouwen. Het vorstelijk gezag was er stevig genoeg ingericht en had voldoende steun bij de publieke opinie om te verwezenlijken wat de Karonlingen hadden gedroomd: een sluitend en effectief systeem van staatsstrafvervolging".

681 Vergelijk ook Van Caenegem 1977: "Zo weigerachtig stond de officiële leer tegenover de spontaan, langs gewoonterechtelijke weg ontstane normen, dat ze de fictie formuleerde dat deze costumiere regels op een stilzwijgende pauselijke goedkeuring berustten".

> Gregory declared the papal court to be 'court of the whole of Christendom'. From then on, the pope had general jurisdiction over cases submitted to him by anyone - he was 'judge ordinary of all persons'. This was wholly new. [682]

Deze nieuwe bevoegdheden vormen de mogelijkheidsvoorwaarden voor de systematische uitbouw van het recht tot een conceptueel coherent systeem waarin voor ieder probleem in beginsel een oplossing is voorzien. Die oplossing komt niet meer voort uit de omstandigheden van het geval maar moet worden afgeleid uit het systeem van het recht, zodat de oplossing altijd een bevestiging is van de door de paus gewenste orde.

4.2.4.8 Professionalisering van de rechtsvinding en de scholastiek

Om de mogelijkheden die in deze nieuwe conceptie verborgen liggen ook daadwerkelijk gestalte te geven is een intellectueel gevormde beroepsgroep nodig die de uitbouw van een complex coherent conceptueel systeem van begrippen, regels en beginselen ter hand kan nemen.[683] Aan het begin van de late middeleeuwen sluiten zich groepen meesters en leerlingen als 'universitas' aaneen voor de overdracht van kennis en kunde omtrent de bronnen van het kerkelijke en wereldlijke recht. Het uitgangspunt van waar zij vertrekken is de autoriteit van de teksten, die aldus de bron van legitimatie van alle overheidsgezag kan worden.[684] Deze teksten, die bestaan uit verhalen (bijbel), beschrijvingen van casus (Digesten), en andere gezaghebbende teksten (Codex Justinianus, de geschriften van de kerkvaders), voorzien de docenten en

[682] Berman 1983, p. 99.

[683] Van den Bergh 2000, p. 23 over de overlevering van de Digesten, dit 'vereist een technisch goed geoutilleerd schrijfbedrijf, met schrijvers die zowel Latijn als Grieks kennen. (…). De bestudering en overlevering van zo'n kolossaal boek vergde echter behalve technisch ook intellectueel potentieel. (…) Alleen een georganiseerde vorm van onderwijs en onderzoek maakte het mogelijk dan men geleidelijk doordrong in een zo omvangrijk schriftcomplex en de verworven kennis doorgaf en accumuleerde".

[684] De samenhang tussen professionalisering van de rechtsvinding (het ontstaan van een juristenstand) en het zoeken van aansluiting bij enigerlei vorm van autoriteit heeft volgens Koschaker (1947) 1997, p. 173 e.v. te maken met het feit dat juristenrecht zich juist dan ontwikkelt wanneer sprake is van politiek centralisme. Dit geldt dan natuurlijk zowel de kerkelijke als de wereldlijke vormen van politiek centralisme die ik hier dan ook tegelijk aan de orde stel: in de eerste universiteiten waren de studie van de theologie, het canonieke recht en het Romeinse recht nog hecht verbonden. De nadruk op de autoriteit van de gezaghebbende teksten is een expressie van de noodzaak de feitelijke autoriteit van zowel de kerkelijke als de wereldlijke vorsten te legitimeren. Die legitimatie is echter meer dan een ideologisch verhaal dat achteraf toegevoegd kan worden. Het betoog van Berman kan worden opgevat als een verwijzing naar de *constitutieve* werking van het geleerde recht voor monopolistische, centralistische machtsvorming.

studenten van de 'universitas' van een onoverzichtelijk, niet-gesystematiseerd geheel van innerlijk tegenstrijdige fragmenten. Vanuit die stand van zaken ontwikkelt zich de scholastieke methode, die erop gericht is de tegenstrijdigheden binnen en tussen teksten via het maken van de juiste onderscheidingen op te lossen op een hoger abstractieniveau (analyse en synthese):

> They [de juristen, mh] taught the West to synthesize cases into rules, rules into principles, principles into a system.[685]

4.2.4.9 De nieuwe verhouding tussen gesteld en gegroeid recht

De samenwerking tussen juristen en theologen in de eerste universiteiten heeft beslissende invloed gehad op het recht in moderne zin.[686] In 1140 schrijft Gratianus zijn *Concordantia discordantium canonum*, meestal aangeduid als het *Decretum*. Daarin stelt hij onder meer de verhouding tussen begrippen als natuurrecht, positief recht, universeel recht, nationaal recht, gewoonterecht en gesteld recht op systematische wijze aan de orde.[687] Hij begint met

685 Berman 1983, p. 529. Ik vat de scholastieke methode hier onder verwijzing naar Berman wel erg kort samen. Het gaat mij echter niet om een gedetailleerde uiteenzetting van *summae, questiones en distinctiones,* verg. Koschaker (1947) 1997, p. 68-69 en Buijsen 1996, p. 24-29 maar om de stelling dat in de scholastiek een werkwijze ontwikkeld werd waarin aspecten van autoriteit en consensus langs lijnen van complexiteit, systematiek en verschuivende abstractieniveaus plaatsvond die ook de huidige relatie tussen recht en macht nog beheersen. Over de methode en invloed van de scholastiek kort Berman 1983, p. 127-152 en Van den Bergh 2000, p. 28-34.

686 Over het canonieke recht Van den Bergh 2000, p. 35: "Bij een kerk met een eenhoofdige leiding, hiërarchische structuur en bureaucratisch bestuursapparaat paste ook de gedachte om alle bestaande recht in één systematisch en alomvattend geheel samen te brengen". Over het seculiere geleerde recht Van den Bergh 2000, p. 27: "Hoe dat zij, het Romeinse recht als rationeel instrument voor het beheersen van maatschappelijke processen en het produceren van ideologie, dat wil zeggen van theorieën die machtsverhoudingen rechtvaardigen, heeft zeker een zeer belangrijke rol gespeeld in de ontwikkeling van het moderne Europa. Rond 1250 vormden de juristen zonder twijfel een van de krachten van de toekomst en rond 1400 hadden zij zich goed en wel gevestigd als een nieuwe machtselite, de juristenstand".

687 Zie ook Thomas van Aquino, *Summa Theologico* I-II, qq. 90-97, 1270 (vertaling Buijsen 1996). Het *middeleeuwse* onderscheid tussen natuurrecht en positief recht is reeds in de twaalfde eeuw verwoord door de Franse filosoof Abelard (1079-1142), die grote invloed had op Gratianus (die het onderscheid in 1140 in zijn *Decretum* op scholastieke wijze verder uitwerkt) en op de canonisten. Zie Van den Bergh 2000, p. 144. Het onderscheid stamt overigens uit de oudheid, zie Berman 1983, p. 145 en 146 over de middeleeuwse integratie van de rechtsconcepties van de Griekse filosofen met die van de Romeinse juristen en met de Joodse en Christelijke conceptie van het geweten. Zie ook Wiltshire 1992. Voor de Grieken was het recht een aspect van de politieke filosofie, voor de Romeinen al veel meer een autonoom (juridisch) betekenissysteem.

het onderscheid tussen goddelijk recht en menselijk recht, waar hij het natuurrecht als derde aan toevoegt. Goddelijk recht is de wil van God zoals geopenbaard in de heilige schriften. Ook het natuurrecht weerspiegelt de wil van God, maar nu niet alleen in goddelijke openbaring maar tevens in de *menselijke rede en het menselijke geweten*. Hieruit concludeert hij dat menselijk recht in de zin van *leges* (gesteld recht) nooit in tegenspraak mag zijn met het natuurrecht. '

> *Ius*', he wrote, 'is the genus, *lex* is a species of it.[688]

In de verhouding tussen wereldlijk en kerkelijk gesteld recht gaat dat laatste voor. Nog interessanter wordt het wanneer wij zien hoe Gratianus de verhouding tussen gewoonterecht en gesteld recht en natuurrecht ziet: zowel gesteld recht als natuurrecht gaan in geval van een tegenspraak voor gewoonterecht. Deze verhouding tussen gewoonterecht en zowel gesteld als natuurrecht is een revolutionaire inbreuk op de verhoudingen binnen de Germaanse gedachtewereld:

> When Gratian lived, most law in the West was customary law; that is, most legal norms were binding not because they had been promulgated by political authorities, whether ecclesiastical or secular, but because they were practices accepted as binding by the communities in which they prevailed. Enacted laws were relatively rare. Also, enacted laws were still justified, for the most part, as restatements of preexisting custom.[689]

Hoewel de soevereiniteitsgedachte niet vreemd is aan de Frankische koningen, wordt deze pas veel later door de legisten (bij voorbeeld Filips van Leiden) en nog weer later door sommige humanisten (met name Bodin) voorzien van een uitgewerkte *legitimatie*.[690] Deze legitimatie werd geïnitieerd door de pauselijke dictaten. Eén van de meest belangrijke aspecten van die

688 Berman 1983, p. 145. De idee dat het natuurrecht boven het positieve recht zou staan stamt niet uit het Romeinse recht, zie Wiltshire 1992, p. 25-26. Hoewel de digesten aanvangen met de van Ulpianus afkomstige driedeling van het recht in *ius civile* (het recht van een bepaald volk, met name het recht van de Romeinse burger), het *ius gentium* (het recht dat de verhoudingen tussen volken en tussen Romeinen en niet-Romeinen beheerst) en het *ius naturale* (het recht dat de verhoudingen tussen alle dieren (!) en tussen alle mensen beheerst) was hiermee volgens Wiltshire geen onderscheid tussen een positief en een niet-positief recht verbonden. Wiltshire situeert de antieke wortels van het natuurrecht in de ethische en cosmopolitsche aspecten van de Stoïcijnse filosofie zoals met name door Cicero vertaald naar het Romeinse rechtsdenken. Zie Wiltshire 1992, p. 9-30.

689 Berman 1983, p. 145.

690 Zie hieronder par. 4.3.4.1 en 4.3.4.2. Zie ook Van Caenegem 1977, p. 261-268 over de middeleeuwse uitleg van het adagium *princeps legibus solutus est*.

legitimatie is de idee dat het natuurrecht eist dat koningen en keizers gebonden zijn door het (positieve) recht dat ze zelf uitvaardigen.[691] Daarmee wijkt het soevereiniteitsbegrip dat Gratianus de seculiere heersers voorhoudt volgens Berman radicaal af van het Frankische soevereiniteitsbegrip dat de koning analoog aan de soevereiniteit van de Germaanse *vrije* man vrij hield van enig boven hem gesteld gezag.[692] Hieronder zal blijken dat ook de koningen zich onder verwijzing naar Romeinsrechtelijke adagia uit de keizertijd niet gebonden achten aan de wet die zij zelf uitvaardigen.[693]

4.2.4.10 Crimen majestatis en de autonomie van het recht

De betekenis van de pauselijke revolutie voor de ontwikkeling van het strafbegrip en het daarmee samenhangende strafproces kan nauwelijks worden overschat. De overgang van de niet-statelijke Germaanse samenleving naar het Frankische koningsschap had het punitieve handelen vanwege de over-

691 Berman 1983, p. 145.

692 Berman 1983, p. 145: "In its strict form - that kings are 'bound' by their laws - it was not a part, however, of *older* Roman and Germanic law [cursief, mh]". Immink 1969, p. 27-28. Anderzijds wordt de bevoegdheid nieuw recht uit te vaardigen in de loop van de late middeleeuwen gebaseerd op de aan het Romeinse keizerlijke recht ontleende gedachte dat 'princeps legibus solutus' (D. 1, 3, 31 - Ulpianus), die impliceerde dat de vorst/wetgever boven de wet staat. Zie Wiltshire 1992, p. 39-40 over de ascending and descending theme of governement and law': "In the ascending theory, the people are the source of the law. (…) In the descending theme of government, the source of laws resides not in the people but in some otherworldly being or divinity considered the source of all power both public and private. Earthly rulers have a direct relationship with that source and preside as its surrogate". Over de van Ullmann afkomstige theorie over 'ascending and descending theory of power' zie Van Caenegem 1977, p. 39. Anders dan Berman menen wij dat juist de niet-statelijke Oudgermaanse en de zwakstatelijke Frankische evenals de niet-statelijke Romeinse en de republikeinse Romeinse samenleving een illustratie vormen van 'ascending' rechts- en machtsvorming, terwijl het latere Keizerlijke Romeinse recht en de koninklijke rechtsorden zoals die zich aan het einde van de late middeleeuwen consitueerden een illustratie vormen van 'descending' rechts- en machtsvorming. Overigens impleren de 'ascending' en de 'descending' typen van politieke macht- en rechtsvorming beide een onbemiddelde relatie tussen volk en vorst, waarin hetzij het volk hetzij de vorst soeverein zijn. De nieuwe - middeleeuwse - conceptie van de verhouding tussen natuurrecht en positief recht bevat de kiem voor een relationeel recht, dat als contrafaktisch recht de bemiddeling tussen vorst en volk realiseert. Wiltshire 1992, p. 50: "The pervasive presence of natural law and Roman law in medieval Christian civilization thus helped enhance the possibilities for human freedom because they kept alive the possibility of conflicting loyalties that eventually would clear a space for the individual in society".

693 Par. 4.3.4.1 en 4.3.4.2 hieronder.

heid jegens *vrijen* mogelijk gemaakt.[694] Bij de bespreking van de *leges barbarorum* en de *capitularia* van de Frankische koningen is al naar voren gebracht dat aan die laatste vorm van wetgeving een nieuwe conceptie van recht ten grondslag lag, waarin de koning uiteindelijk de bron is van al het recht.[695] De uiterste consequentie van die conceptie is de gedachte dat iedere schending van een rechtsnorm tevens een *crimen majestatis*[696] is: een aantasting van het gezag van de koning die zich immers als bezitter van het bevelsrecht heeft verbonden met de betreffende (rechts)norm:[697]

> Désormais, 'en brisant la loi, l'infracteur atteint la personne même du prince'[698], gardien des lois exclusivement établie au sceau de son autorité. Le procès pénal

694 In geval van overtreding van de *capitularia per se scribenda* en in geval van het verbreken van de zoen.

695 Met name de capitularia per se scribenda. Zo stelt Lüderssen 1995, p. 888: "Der öffentliche Strafanspruch - im Hochmittelalter allmählich herausgebildet, Hand in Hand mit dem Aufkommen von Herrschaft, später des Staates, förmlich identifiziert mit ihm als Folge kirchlicher und theologischer Entwicklungen sowie äusserer kriminogener Veränderungen der Gesellschaft - ist in Europa gegen Ende des Neuzeit, im Absolutismus, mit der Staatsräson identifiziert (…)".

696 Hiermee wordt *niet* gedoeld op het bijzondere misdrijf van de *crimen majestatis*, dat vaak evenals het misdrijf van ketterij op grond van een bijzondere jurisdictie in een apart proces met een extreem inquisitoire procesvorm werd berecht. Zo werden in art. 60 van de Ordonnantie op de Stijl van 1570 de strafbare feiten van majesteitschennis, ketterij en nog enkele andere die de openbare orde betroffen, uitgesloten van de 'gewone' criminele jurisdictie. Deze feiten werden berecht voor de Raad van Beroerten te Brussel, die speciaal daartoe in het leven geroepen was. Het gaat hier niet om dit bijzondere delict, maar om het feit dat het straffen eerder een reactie was op de schending van het bevel van de soeverein dan op de schending van de tussen rechtsgenoten *onderling* geldende norm. Zie Van de Vrugt 1982, p. 31 die in het kader van zijn bespreking van het werk van de strafrechtgeleerde Antonius Matthaeus II (1601-1654) verwijst naar het werk van Jean Bodin, 'die in de latijnse vertaling van 1586 van zijn in 1576 verschenen boek 'Six livres de la République' het woord souverainité vertaalt met het woord majestas. Hierdoor zijn het staatsrechtelijke begrip soevereiniteit en het strafrechtelijk begrip majestas zo zeer met elkaar verbonden geraakt, dat ze vrijwel synoniem zijn geworden".

697 Salas 1992, p. 100: "Cette relation du procès pénal avec le pouvoir, même lorsque celui-ci se différencie peu de la société, peut être approchée à travers le phénomène transhistorique du *crimen majestatis*".

698 Foucault 1975, volgens Salas p. 57 (aangehaalde tekst niet gevonden). In gelijke zin Foucault 1975, p. 58: "Le crime outre sa victime immédiate, attaque le souverain; il l'attaque personnellement puisque la loi vaut comme la volonté du souverain; il l'attaque physiquement puisque la force de la loi, c'est la force du prince". Foucault citeert vervolgens P.F. Muyart de Vouglans, Les Lois criminelles en France, 1780, p. xxxiv: "Pour qu'une loi puisse être en vigueur dans ce royaume, il faillait nécessairement qu'elle fût émanée directement du souverain, ou du moins qu'elle fût confirmée par le sceau de son autorité".

devient le lieu d'un échange où le souverain offre sa justice à ses sujets en échange de leur soumission.[699]

De in par. 4.2.4.9 beschreven soevereiniteitsconceptie van de pauselijke dictaten van 1075 en de verwezenlijking van een centralistisch gestuurde, hiërarchische, juridisch geconceptualiseerde kerkelijke orde impliceert dat iedere overtreding van kerkelijke en wereldlijke regelgeving een aantasting van het gezag van de paus dan wel van de koning of keizer is. Deze regelgeving hoeft immers niet meer gedacht te worden als een vertaling van het recht dat voortkomt uit *gegroeide* verhoudingen tussen de leden van een politieke gemeenschap, maar kunnen worden gedacht als een geheel van bevelen die door een soeverein aan zijn onderdanen zijn uitgevaardigd. Schending van het gestelde recht staat in dat geval gelijk aan het niet opvolgen van een bevel.[700]

Tegelijkertijd impliceert de complexiteit van het systeem van het recht dat de bestudering en de toepassing daarvan niet meer aan ongeschoolde rechtsvinders kan worden overgelaten. De paus omringt zich vanaf het begin van de pauselijke revolutie met een raad, de pauselijke curie, die hem adviseert omtrent het bestuur, de rechtspraak en de wetgeving die hij aan zich heeft getrokken. Deze raad, die we later als *curia regis* terug zien als adviesraad bij de grote landsheren en koningen, wordt vanaf het ontstaan van de universiteiten in toenemende mate bezet door professioneel geschoolde juristen. Daarmee komt de rechtsvinding in handen van een groep intellectuelen die zich door de bestudering van tekstuele bronnen uit de oudheid hebben getraind in het vinden van een *bovenlokaal perspectief* met bijzondere aandacht voor de coherentie van het systeem van het recht.[701]

699 Salas 1992, p. 101-102: "Comme Innocent III l'avait fait pour les cours ecclésiastiques, comme auparavant Auguste avait créé à Rome une justice impériale, le monarque - tel Frédéric II selon E. Kantorowicz - instaure dans son royaume le procès inquisitorial d'une justice au service exlusif de l'Etat et de la personne sacrée du prince".

700 Vervaele 1990, p. 60 over het Ancien Régime, waarin deze gedachtegang praktijk is geworden: "Niet alleen het strafproces verloopt geheim, maar ook de strafnorm is niet specifiek naar het publiek gericht. (…) Daarentegen is de afschrikking geïdentificeerd met de strafuitvoering. (…) Deze publieke strafuitvoering als spektakel heeft niet zozeer de functie de normhandhaving in se, maar de legitimatie van het openbaar gezag, in zijn centrale en lokale aspecten". Het imperatieve aspect van de rechtsnormen, die de verhouding tussen normadressant en normadressaten beheerst primeert dus op het normatieve aspect, dat de regeling van het handelen van normadressaten onderling beheerst. A.w. p. 464: "De strafrechtspraktijk wordt daarenboven niet ondersteund door een crimineel-politieke visie, want iedere bestraffing rechtvaardigt zich door het loutere feit dat iedere inbreuk een *crimen laesae majestatis* is".

701 Over dit systeemkarakter zie Koschaker (1947) 1997, hoofdstukken VII en VIII waarin hij de stelling onderbouwt dat het systeemkarakter niet eigen is aan de teksten die na de receptie met de termen *Corpus Iuris Civilis* werden aangeduid, maar dat dit

De differentiatie van de beroepsgroep die zich met de ontwikkeling van het recht bezig houdt impliceert een verdere ontwikkeling van de nieuwe rechtsconceptie. In deze conceptie kunnen paus of koning als bron van alle recht de betekenis van dat recht uiteindelijk niet meer uitputtend bepalen: het systeemkarakter van het recht eist een consistente uitleg, die ingevolge de complexiteit van dat systeem voorbehouden moet zijn aan een professionele elite. Het systematische karakter van het recht leidt aldus niet alleen tot een autonome ontwikkeling van het recht ten opzichte van de justitiabele (voorrang op het gewoonterecht), maar tegelijk tot een systeem dat door zijn complexiteit niet meer door een niet-jurist is aan te sturen. De schending van rechtsnormen kan niet meer uitsluitend in termen van het niet opvolgen van een bevel worden gezien, maar moet tevens als een inbreuk op de rechtsorde zelf en daarmee een aantasting van het gezag van die - inmiddels als een autonoom systeem gedifferentieerde - rechtsorde worden gezien. Vanuit deze conceptie van recht als een autonoom systeem, dat de bemiddeling gaat vormen tussen de macht van de soeverein en het handelen van de onderdanen, kan de door Berman aangehaalde stelling van Thomas van Aquino worden verklaard:

> both criminal and civil offenses require payment of compensation to the victim; but since crime, in contrast to tort, is a defiance of the law itself, punishment, and not merely reparation, must be imposed *as the price for the violation of the law*.[702]

systeemkarakter het gevolg is van de reconstructieve arbeid van met name de postglossatoren, zie p. 90. De regels die door de glossatoren uit de casus geabstraheerd konden worden, verkregen - met het oog op de oplossing van actuele problemen waarmee de postglossatoren zich geconfronteerd zagen - door een vergaande veralgemening een veel groter bereik dan zij oorspronkelijk hadden. Juist deze bewerking van de glossen maakte het mogelijk het Romeinse recht in te zetten als een steeds belangrijker methode van rechtsvinding voor privaatrechtelijke problematieken. Over de strijd tussen het geschreven stadsrecht en het civiele Romeinse recht, zie in het bijzonder a.w. p. 89, 90. Deze methode wordt de *mos italicus* genoemd, waartegenover dan de *mos gallicus* van de zestiende eeuwse humanisten gesteld worden, die de ratio van de teksten juist in de historische omstandigheden zochten waarin zij tot stand kwamen. Zie 't Hart 1979 p. 81-84 over de bijzondere positie die Vico innam t.a.v. de strijd over de *mos italicus* en de *mos gallicus*, die veelal in termen van 'La Querelle des Anciens et des Modernes' wordt geduid. Zie ook Van den Bergh 2000, p. 69 en 97.

[702] Berman 1983, p. 183. Thomas Aquinas, *Summa Theologicae*, pt. II-II, qu. 62, arts. 3,6. Vergelijk de Nijmeegse oratie van W.J.A.J. Duynstee uit 1928: *De leer der straf van den H. Thomas van Aquino*, p. 7 n.a.v. 'Summa contra Gentiles', lib. III cap. 146: "En dan vat Thomas in het laatste hoofdstuk (146) heel zijn gedachtengang samen in een van die kernachtige uitdrukkingen, die hem kenmerken en even diep als lichtgevend zijn: *'per poenam culpa ordinator'*: 'de schuld wordt door de straf geordend' ".

In termen van Mooij is in geval van *schending van de wet* sprake van faalschuld, die niet tussen particuliere rechtsgenoten speelt maar vanuit het centrum van de wet gedacht moet worden.[703] De gelijke afstand tussen alle rechtsgenoten en de wet impliceert dat de schending van de wet vergolden moet worden volgens de verdelende of geometrische rechtvaardigheid. Dit is anders dan de vergelding van de vereveningsschuld, die in termen van ruil- of aritmetische rechtvaardigheid begrepen kan worden. De vereveningsschuld wordt niet vanuit een centrum gedacht maar vanuit de relatie tussen twee rechtsgenoten (en/of de daarmee geïmpliceerde verwantschapsgroepen). Vergelijk hetgeen in par. 3.3.4 en 3.5.4 over de vereveningsschuld en de faalschuld is opgemerkt: private wraak veronderstelt een vereveningsschuld die op grond van ruilrechtvaardigheid wordt vergolden; de zonde of de misdaad jegens god en de schending van de wet veronderstellen een faalschuld die op grond van verdelende rechtvaardigheid wordt vergolden. Het perspectief van waaruit het tekort (de schuld) bekeken wordt verschuift van een privaatrechtelijk, bilateraal perspectief naar een publiekrechtelijk, geometrisch perspectief. Zo kan ook de differentiatie tussen onrechtmatige daad en misdaad, die voorheen onder het privaatrechtelijke begrip delict samenvielen,[704] gezien worden als de erkenning van het *publieke* karakter van de straf, die niet gericht is op eerherstel maar op het herstel van het gezag van het recht. Doordat het recht zich als een autonoom betekenisveld heeft gedifferentieerd van de andere betekenisvelden binnen de middeleeuwse samenleving kan de schending *van het recht zelf* als een aantasting worden gezien die alleen al om die reden moet worden rechtgezet.[705]

Onder verwijzing naar par. 1.4.5.2 zien wij hier bevestigd dat het gesproken recht in de loop van de late middeleeuwen plaats maakt voor een geschreven, uitgevaardigd recht dat in eerste instantie onder de voogdij staat van de vorst/wetgever maar dat zich uiteindelijk als autonoom recht emancipeert en een eigen - steeds opnieuw te interpreteren - betekenis verkrijgt. De politieke implicaties van die autonomie worden in de inleiding tot het zesde hoofdstuk hernomen en betrokken op de onafhankelijke positie van de rechterlijke macht en de daarmee verbonden waarde van het procesbeginsel.

703 Mooij 1999 passim. Zie ook par. 3.3.4 hierboven.

704 Hiermee maakte het middeleeuwse geleerde recht zich dan ook los van de privaatrechtelijke benadering die in de Romeinsrechtelijke benadering van het 'damnum iniuria datum' op grond van de Lex Aquilia te vinden is. De *actio leges Aquiliae* kon - afhankelijk van de omstandigheden - zowel tot schadevergoeding als tot boete leiden, zie Feenstra, 1993, p. 7-14.

705 Berman 1983, p. 194: "The Western law of crimes emerged from a belief that justice in and of itself, justice *an sich*, requires that a violation of a law be paid for by a penalty, and that the penalty should be appropriate to the violation".

4.2.4.11 Rechtsstaat en 'Rule of Law'

De vestiging van de kerkelijke overheid als een soevereine rechtsorde vanaf het eind van de elfde eeuw heeft volgens Berman het ontstaan van de seculiere staat mogelijk en noodzakelijk gemaakt.[706] Kenmerkend voor de late middeleeuwen is niet alleen de universele pretentie van de jurisdictie van de katholieke kerk, maar evenzeer het coëxisteren van een pluraliteit van rechtsorden. Berman wijst erop dat deze pluraliteit van rechtsorden een beperking vormt op de macht van de kerk:

> the limitations placed on ecclesiastical authority, especially by the secular polities (…) fostered something more than legality in the Rechtsstaat sense, something more akin to what the English later called 'the rule of law'.[707]

Zowel in vergelijking met de rechtsorde van de Frankische koningen die aan de nieuwe orde vooraf ging, als in vergelijking met niet-westerse samenlevingen die zich vanuit een gesegmenteerde samenleving ontwikkelden voltrekt de staatsvorming in Europa zich volgens Berman vanaf het einde van de elfde eeuw op een aantal punten op unieke wijze.[708] De macht die de kerk in termen van jurisdictie en soevereiniteit voor zichzelf opeist op grond van haar religieuze opdracht impliceerde voor de overblijvende jurisdicties een geheel nieuwe *seculiere* opdracht: anders dan eerdere en andere statelijke samenlevingen werden de niet-kerkelijke machthebbers gedwongen hun jurisdictie en soevereiniteit in niet-religieuze termen te formuleren en te legitimeren. Dat die legitimatie pas eeuwen later geëxpliciteerd wordt in het seculiere, rationalistische natuurrecht van de Verlichting en de Franse revolutie[709] doet niet af aan deze verklaring, maar bevestigt integendeel het revolutionaire karakter

706 Berman 1983, p. 23: "The new papal concept of the church, as Joseph R. Strayer has said, 'almost demanded the invention of the State' ". Joseph R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, N.J. 1970, p. 22. In vergelijkbare zin Van Caenegem 1977, p. 111-121. Van Caenegem 1956 verwijst overigens naar de politiek van de Vlaamse graven, die onafhankelijk van pauselijke invloeden tot een geslaagd centralistisch - door ambtenaren uitgevoerd - bestuur kwamen. Van Caenegem 1956, p. 67 merkt daarbij op: "Overigens de strafpolitieke motieven van graaf en paus waren gelijklopend".

707 Berman 1983, p. 215. Volgens Berman t.a.p. identificeerden de canonisten *imperium* met *iurisdictio*, hetgeen verklaart wat hij bedoelt met rechtsstaat: een staat die zijn macht uitoefent door middel van het recht. Zie hoofdstuk 6 hieronder over de betekenismogelijkheden van de term rechtsstaat. Competitie en samenwerking tussen de rivaliserende rechtsorden heeft volgens Berman 1983, p. 224 in belangrijke mate bijgedragen tot het succes van het Westen 'in achieving freedom from political and moral tyranny'.

708 Berman 1983, p. 552, 553. In gelijke zin Van Caenegem 1977, p. 119.

709 Zie voor een (ideeën)geschiedenis van het *ius puniendi* vanaf de moderniteit Vervaele 1990 passim.

van de pauselijke revolutie: "The term revolution is used to refer not only to the initial violent events by which a new system is introduced but also the entire period required for that system to take root. (…) more than one generation is needed to make a genuine revolution".[710]

De nieuwe conceptie van recht die zich met de pauselijke revolutie doorzet veronderstelt enerzijds een instrumentalisering van het recht als middel in handen van de vorst (paus of koning). De 'staat' die zich aldus ontwikkelt is een 'rechtsstaat' in die zin dat het recht als instrument van maatschappelijke beheersing constitutief wordt voor diezelfde orde. Dat is uiteraard alleen mogelijk dankzij de installatie van een ambtenarenapparaat dat de implementatie van nieuw recht door een combinatie van hiërachisering en bureaucratisering afdwingt. Het gevaar van die rechtsstaat is de grenzeloosheid van de macht die de overheid zichzelf toebedeelt. Binnen de middeleeuwse verhoudingen vormen de - door Berman steeds weer benadrukte - pluraliteit aan jurisdicties en de daarmee verbonden constitutionele verhoudingen tussen kerk, adel en koning een rem op die grenzeloosheid. In de hieronder in par. 4.3.4.1 en 4.3.4.2 te bespreken posities van Filips van Leiden en Jean Bodin is deze middeleeuwse 'Rule of Law' duidelijk herkenbaar: de legitimatie van het soevereine overheidsgezag gaat samen met de begrenzing van datzelfde gezag door het goddelijke recht, het natuurrecht en de constitutionele verhoudingen tussen adel en koning. Wanneer die begrenzingen doorbroken worden ontstaan de absolutistische monarchieën van de zeventiende en achttiende eeuw. Zowel het reactionaire regiem van Lodewijk XIV (1643-1715) als de verlichte despotieën van Frederik II (1740-1786) en Catharina de Grote (1762-1796) tonen hoe een 'rechtsstaat' functioneert zonder 'Rule of law', dat wil zeggen hoe het recht functioneert binnen een staat waar het uitsluitend als instrument van beleid en bestuur gedacht wordt. In dat type 'rechtsstaat' ziet de overheid haar wetgeving en rechtspraak als instrumenten van bestuur, en wordt in termen van de betreffende periode de *justitie* door de *politie* geannexeerd. In het zesde hoofdstuk wordt deze ontwikkeling ideeënhistorisch uitgewerkt, maar het is van belang de kiemen van het beheersingsdenken dat eigen is aan de politiestaat te lokaliseren in wat Berman de pauselijke revolutie noemt.[711]

710 Berman 1983, p. 20.

711 Hoewel Van Caenegem in 1977 in *Over koningen en bureaucraten* de grote invloed van de 'pauselijke theocratie' erkent, relativeerde hij de invloeden van de pausen op de wereldlijke rechtsorde in zijn *Geschiedenis van het strafrecht in Vlaanderen van de Xie tot de XIVe eeuw*. Daarin (Van Caenegem 1956) beschrijft hij op p. 320 het recht dat door de Vlaamse graven werd geïnitieerd en dat zich binnen de machtsevenwichten tussen graven en steden ontwikkelde als een recht met een 'empirisch' en 'pragmatisch' karakter: "In zijn geheel is het niet de vrucht van een geleerde constructie of van de overname van een vreemd pasklaar juridisch systeem, evenmin is het een rechters-

Berman illustreert de nieuwe conceptie van recht die in de pauselijke revolutie gestalte krijgt met de architectuur die in hetzelfde tijdperk tot bloei komt: de gotiek. In het bijzonder de gotische kathedralen representeren volgens Berman het ambitieuze vooruitgangsstreven en de incarnatie van universele waarden in een bouwwerk waarvan de interne constructie drager is van een tot dan toe ongekende alles omvattende grootsheid. Een dergelijk project kan alleen gerealiseerd worden door de inzet van meerdere generaties:

> In contrast not only to the earlier Western folklaw but also to Roman law both before and after Justinian, law in the West in the late eleventh and twelfth centuries, and thereafter, was conceived to be an organically developing system, an ongoing, growing body of principles and procedures, constructed - like the cathedrals - over generations and centuries.[712]

Het recht werd - samenvattend - een instrument:

1. voor de centrale autoriteiten om een wijd verspreide populatie met verschillende groepsloyaliteiten te beheersen;
2. om de corporatieve identiteit van de kerkelijk ambtsdragers te handhaven en om een nieuwe, juridische dimensie aan hun klassenbewustzijn toe te voegen;
3. om de verhouding tussen rivaliserende kerkelijke en wereldlijke jurisdicties te reguleren;

recht, langzaam opgebouwd volgens de ideeën van wijze juristen. Integendeel, het hangt absoluut samen met de politieke constellatie. (...) Zoals de publiekrechtelijke structuur van het graafschap zelf zo is ook het strafprocesrecht een compromis tussen een systeem van straffe staatsorganisatie en een systeem van vrije stadsburgerij". Dit pragmatische recht kan niet gelijk worden gesteld met het geleerde canonieke en seculiere recht dat de ontwikkeling van het recht als autonome discipline mogelijk maakte (zie par. 4.2.4.10 hierboven). Dit autonome, seculiere recht kan dan ook niet eenvoudigweg als verdere uitbouw van de vorstelijke macht van bijvoorbeeld de Vlaamse graven wordt begrepen.

712 Berman 1983, p. 118-119. Over de betekenis van de gotische kathedralen Klein 1999. Zie Foqué 1994, die een analyse maakt van de vrees van Proust dat de ondergang van de katholieke traditie als gemeenschapsstichtende fundering voor de symbolische orde tot een gefragmenteerde cultuur leidt waarin contingente machtsverhoudingen het laatste woord hebben. Vergelijk Bermans analyse van de crisis van de 'Western legal tradition', in Berman 1983, p. 33-41. Op p. 37 stelt hij: "It is a crises not only of individualism as it has developed since the eighteenth century, or of liberalism as it has developed since the seventeenth century, or of secularism as it has developed since the sixteenth century; it is a crisis also of the whole tradition as it has existed since the late eleventh century".

4. om de wereldlijke autoriteiten in staat te stellen om op doordachte en programmatische wijze hun opdracht uit te voeren om vrede en gerechtigheid in hun respectievelijke jurisdicties te (be)vestigen;
5. om de kerk in staat te stellen op doordachte en programmatische wijze hun opdracht uit te voeren om te wereld te hervormen. [713]

4.3 Koninklijk recht

4.3.1 Terminologie

De wisselende machtsverhoudingen tussen leenheren en leenmannen leidden er toe dat grote landsheren een positie bekleedden die in veel opzichten gelijkwaardig was aan die van de koningen.[714] Zo bestaat het Heilige Roomse Rijk van de middeleeuwse keizer uit een groot aantal landen die door hertogen, koningen en prinsen bestuurd worden die - meer nog dan de keizer - een territoriale jurisdictie weten te vestigen die in veel opzichten vergelijkbaar is met die van de Franse en Engelse koningen.[715] Voor de Nederlandse gewesten is het landsheerlijk gezag van de Bourgondische hertogen vergelijkbaar met het koninklijk gezag. Op het moment dat de opstandige gewesten in 1581 met het Plakkaat van Verlatinghe Filips II de wacht aanzeggen, gaat het formeel om het afzweren van de landsheer.[716] De koningen vormen gaandeweg een internationale professionele elite,[717] die dankzij een doordachte huwelijkspolitiek verwantschappelijk een aparte klasse vormt waar ook vorsten zonder koningstitel deel van uitmaken.

Het 'koningschap' dat zich in de loop van de late middeleeuwen ontwikkelt beperkt zich dus niet tot vorsten die de titel van koning dragen. Ter voorko-

713 Berman 1983, p. 118.

714 Over de politieke verhoudingen in de late middeleeuwen, zie Mackay en Ditchburn 1997, p. 71-110.

715 Berman 1983, p. 482 e.v.

716 Philips II is formeel leenman van de Duitse keizer.

717 Berman 1983, p. 408-409 noemt negen kenmerken van het nieuwe type politieke gemeenschap, dat vanaf het einde van de elfde eeuw gestalte krijgt in de vorm van een 'secular territorial kingdom'. Als negende kenmerk noemt hij het feit dat 'kings constituted an international professional elite'. Hij wijst er daarbij op dat de wederzijdse erkenning van de legitimiteit van het koninklijke, seculiere, territoriale gezag bijdroeg aan de duurzaamheid van deze nieuwe rechtsorden, die immers moesten concurreren met de kerkelijke, de feodale en andere rechtsorden.

ming van begripsverwarring ten aanzien van termen als landsheerlijk gezag, die zowel op feodale als op moderne verhoudingen kunnen wijzen wordt het overheidsgezag van landsheren, prinsen, keizers en koningen dat de feodale verhoudingen overstijgt in het vervolg aangeduid als koninklijk gezag. Wanneer hieronder wordt gesproken van koningen verwijzen wij naar dit type overheidsgezag.

4.3.2 Van suzerein naar soeverein

De centrale stelling van Berman's betoog is dat 'the Gregorian concept of the Church almost demanded the invention of the concept of the State'.[718] In tegenstelling tot de Frankische koningen was de koning na de overwinning van de Gregoriaanse conceptie van de kerkelijke rechtsorde geen hoofd meer van de kerk maar seculier heerser.[719] De taak die voor de wereldlijke overheid overbleef was - naast de militaire verdediging van de buitengrenzen - het zorgdragen voor vrede en gerechtigheid: de interne ordehandhaving.[720] In het Frankische tijdperk was het gezag van de koning in feite beperkt tot het gezag ten aanzien van zijn leenmannen, die op grond daarvan een *eigen* gezag uitoefenden over hun leenmannen, of - als hofmeier - over de aan hun jurisdictie toevertrouwde *vrijen* en on*vrijen*. De koning was opperleenheer of suzerein en dat betekent vooral dat hem *geen direct gezag* toekwam over de 'onderdanen' die het leengoed bewoonden en/of bewerkten. Het gezag van de Frankische koningen was een *persoonlijk* gezag dat speelde binnen de wederkerige betrekkingen tussen leenheer en leenman (in andere woorden: tussen koning en adel).[721]

Met de toenemende agrarische productie, de bevolkingstoename en het opkomen van handel en nijverheid kwamen de feodale verhoudingen onder

718 Aldus Joseph Strayer, geciteerd door Berman 1983, p. 404 (Joseph R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, N.J. 1970, p. 22).

719 Berman 1983, p. 408-409. Het feit dat de koning geen spiritueel leider maar seculier heerser is, noemt hij als eerste kenmerk van de nieuwe koninklijke rechtsorde. Dit seculiere gezag behoeft een seculiere legitimatie, zie Gerbenzon en Algra 1987, 111 e.v. over de opkomst van het koninklijk gezag en de 'vaak uit hun verband gerukt citaten uit het Corpus juris' die gebruikt werden als legitimatie en als juridisch fundament van de toenemende koninklijke macht. Zie par. 4.3.4 hieronder over de legitimatie van het koninklijk gezag.

720 Berman 1983, p. 408, dit is het derde kenmerk van de 'secular territorial kingdom'.

721 Dit was - nog - geen adel van geboorte, zie Immink 1973, p. 171. Tegen de tijd dat de adel de gelederen sluit door zich op geboorte te baseren is volgens Immink al sprake van degeneratie. Zie over die situatie Ellul 1999-4, p. 211-214, op p. 212 merkt hij op dat 'Le noble n'a plus de puissance publique'.

druk te staan: zoals hiervoor al is aangestipt ontwikkelt zich met het ontstaan van de steden de mogelijkheid voor horigen om zich aan het gezag van hun heer te onttrekken door de rechtsorde van de stad te betreden. Ook de koningen gebruiken de steden om hun machtspositie ten opzichte van de feodale adel (hun leenmannen) te versterken. De ambitie van de koningen is het vestigen van een direct gezag over alle onderdanen,[722] analoog aan het directe gezag van de paus over zijn gelovige onderdanen. In plaats van het installeren van leenmannen die hun leengoed besturen als hoofd van een eigen jurisdictie, benoemen de koningen *ambtenaren* als vertegenwoordiger die in hun naam bestuur, wetgeving en rechtspraak uitoefenen.[723] Hoewel ook de Frankische koningen ambtenaren benoemden om hun belangen te behartigen, waren deze ambtenaren in het algemeen niet bevoegd om het territorium van de leenmannen van de koning te betreden.[724] Met de opkomst van het koninklijk gezag in de late middeleeuwen verandert deze situatie. De koning vestigt een eigen jurisdictie die niet langer is gebaseerd op de persoonlijke relatie tussen leenheer en leenman maar op *territorialiteit*. De koning ontleent zijn *auctoritas* en *potestas* (gezag en macht) niet langer aan zijn positie als opperleenheer (suzerein) maar aan zijn positie als heerser over onderdanen (soeverein). In par. 4.3.4.1 en 2 zal deze overgang ideeënhistorisch worden uitgewerkt aan de hand van het werk van Filips van Leiden en Jean Bodin.

4.3.3 Rol van de juristen bij de overgang van suzereiniteit naar soevereiniteit

Net als de paus zich in zijn *Dictatus Papae* tot taak stelt om zijn territorium te besturen door middel van het uitvaardigen van wetten waarvoor hij exclusieve gelding opeist, gaan ook de koningen er toe over het bestuur van hun territo-

722 Berman 1983, p. 408, dit is het tweede kenmerk van de 'secular territorial kingdom'. Volgens Immink 1973, p. 186-199, is deze ambitie ook bij de Carolingische koningen herkenbaar.

723 Berman 1983, p. 408 noemt dit als vierde kenmerk van het nieuwe 'secular territorial kingdom'. Zie Esmein 1882, p. 8 over de verdringing van feodale rechtspraak door rechtspraak door een vertegenwoordiger van de koning en a.w. chapitre II, waar hij ten aanzien van de criminele jurisdictie de 'prévots', 'baillis' en 'sénéchaux' noemt als koninklijke ambtenaren die in eerste, tweede en derde instantie rechtspraken namens de koning. Vergelijk Van Caenegem 1956, p. 65-66 over de Vlaamse baljuws in vergelijking met de Franse baillis. De legitimatie van deze nieuwe vorm van overheidsgezag (waarin ambtenaren de plaats in namen van de adel) werd in Nederland door Philips van Leiden (1355: *De cura rei publicae et sorte principantis*) en in Frankrijk door Bodin (1583: *Les six livres de la République*) uitgewerkt. Over de soevereiniteitsleer van Bodin Foqué 2000. Zie verder par. 4.3.4.

724 Immink 1973, p. 91-105 over de betekenis van de 'immuniteit' van het leengoed in Frankische tijden.

rium door middel van wetgeving aan zich te trekken.[725] Op die manier trachten zij het locale recht te verdringen, dat veelal ongeschreven was of in ieder geval niet was uitgevaardigd. Het primaat van het uitgevaardigde recht (waarin het imperatieve aspect in eerste instantie op de voorgrond staat) wordt op deze wijze uitgebouwd.[726] Dat recht kan niet meer gevonden en gevormd worden door een gerecht in oude zin, bestaande uit (vertegenwoordigers van) alle rechtsgenoten, maar behoeft professioneel geschoolde rechters die niet alleen kunnen lezen en schrijven maar die de vorst kunnen adviseren over een coherent ontwerp en een consistente toepassing van het nieuwe recht.[727] De koningen gaan er dan ook toe over steeds meer juristen op te nemen in hun adviesraad (de *curia regis*) waardoor op den duur een *noblesse de robe* ontstaat die door de feodale (land-) adel met argusogen wordt bezien. In eerste instantie hebben deze juristen in de *curia regis* een ongedeelde politieke en juridische competentie. Dankzij hun ervaring met de systematische bestudering van het *Corpus iuris* wordt het mogelijk om een rechtssysteem te ontwerpen[728] en in te voeren dat een seculiere orde kan vestigen en handhaven die in staat is te

725 Berman 1983, p. 408 noemt dit als vijfde kenmerk: "The king also asserted for the first time the right and duty to legislate, that is, to enact new laws more or less frequently as the need for them arose". Zie Foqué 2000, p. 11, die in Bodins soevereiniteitsleer een verschuiving signaleert van de rechtsprekende naar de wetgevende macht als centrum van soevereiniteit.

726 Aan het eind van de late middeleeuwen verschijnen ten aanzien van het straf(proces)recht belangrijke codificaties, die - ondanks strijd over hun gelding als uitgevaardigd recht - grote invloed hadden in de Nederlanden. In 1532 verscheen de Constitutio Criminalis Carolina van Karel V, keizer van het Heilige Roomse Rijk, waarmee de Nederlanden verbonden waren en in 1570 verschenen de Criminele Ordonnantieën van Philips II, landsheer van de Nederlanden. Bij de Pacificatie van Gent van 1576 werden deze Ordonnantieën opgeschort, maar hun invloed als 'goed boek' kan nauwelijks onderschat worden. In art. 73 van de Ordonnantie op de Stijl werden alle gebruiken, gewoontes e.d. die in strijd waren met de ordonnantie expliciet afgeschaft. Het geleerde recht werd als subsidiair recht voorgesteld, zodat het positieve recht voorrang had op het niet-uitgevaardigde recht, en het niet-uitgevaardigde romeinse recht voorrang had op het gewoonterecht.

727 Berman citeert in dit verband Beaumanoir die benadrukt dat het gelijkheidsbeginsel de uitschakeling van het gerecht in oude zin vordert: "Thus Beaumanoir states that where a (similar) case has been judged before, 'even if the judgement was made for different persons', it should not be presented to the suitors of the court for judgement but should be decided directly by the bailiff on the basis of precedent, 'since one should not render diverse judgements in the same case'". Phillipe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, ed. A. Salmon, Parijs 1970, section 31. Deze mechanische uitleg van het gelijkheidsbeginsel impliceert een bureaucratische, ambtelijke opvatting van rechtspraak.

728 Berman 1983, p. 408 noemt als zesde kenmerk de ontwikkeling van een eigen 'body of law'.

concurreren met de kerkelijke, feodale en stedelijke jurisdicties.[729] Geïnspireerd door de scholastieke methode analyseren en interpreteren de juristen de teksten van het *Corpus iuris* alsof zij een logisch en niet-innerlijk-tegenstrijdig geheel vormden. De hiermee verbonden nadruk op tekstualiteit, logica en autoriteit[730] maakt een proces van rationalisering mogelijk dat dankzij de professionalisering van rechtspraak, wetgeving en bestuur aan de basis ligt van de staatsvorming in Europa. Het belang van de receptie van het Romeinse recht 'als rationeel instrument voor het beheersen van maatschappelijke processen en het produceren van ideologie, dat wil zeggen van theorieën die machtsverhoudingen rechtvaardigen'[731] kan dan ook nauwelijks worden onderschat:

> Rond 1250 vormden de juristen zonder twijfel een van de krachten van de toekomst en rond 1400 hadden zij zich goed en wel gevestigd als een nieuwe machtselite, de juristenstand.[732]

De pogingen van de koningen om rechtstreeks greep te krijgen op het handelen van hun onderdanen worden langs twee kanten geïnstitutionaliseerd: ten eerste stelt de koning beroep open ingevolgde 'défaute de droit' en 'faux jugement' van een feodaal gerecht[733] en ten tweede vestigt de vorst een jurisdictie in eerste instantie.[734] Aangezien de feodale gerechten, zoals we hier-

729 Van den Bergh 2000, p. 45 merkt dan ook op dat de receptie van het Romeinse recht noch door een daad van een bevoegde wetgever, noch door gewoonte heeft plaatsgevonden, maar via het geleidelijke binnendringen van de rechtspraktijk: 'de opmars van geleerde juristen in de hoogste bestuursorganen rond de landheer'. Zie over de ontwikkeling van de Franse *curia regis* Ellul 1999-3, p. 280-285.

730 Van den Bergh 2000, p. 31-34.

731 Van den Bergh 2000, p. 27. Zie verder par. 4.3.4 hieronder.

732 Van den Bergh 2000, p. 27, reeds eerder geciteerd in noot 486 hierboven. Zie ook hoofdstuk XIIA van Koschaker (1947) 1997: 'De juristenstand als drager van het juristenrecht'.

733 In Frankrijk is dit het Parlement van Parijs dat zich rond 1260 afsplitst van de *curia regis* die daarvoor een ongedeelde politieke, juridische en fiscale competentie had. Ook het 'Cour des Pairs' maakt deel uit van het Parlement van Parijs als eerste en laatste instantie voor de hoge adel. In de veertiende eeuw vestigt het Parlement zich definitief en permanent in het 'Palais du Louvre' en gaat rechtspreken in eigen naam. De rechters laten zich betalen door de rechtzoekende en behouden aldus in ieder geval een zekere mate van onafhankelijkheid ten opzichte van de koning. De criminele procedure van het Parlement (La Tournelle) is een inquisitoire procedure. Zie Ellul 1999-3, p. 280-285 en 376-379. Zie ook Esmein 1882, p. 11 e.v. en p. 38 en Koschaker (1947) 1997, p. 163-165.

734 Esmein 1882, p. 25, over de eerste instantie p. 23: "Les cas royaux étaient exclusivement réservé aux justices royales (…) on créa seulement à leur profit un droit de concurrence avec les justices seigneuriales, (..)". De koninklijke jurisdictie wordt uitgeoefend door ambtenaren: in eerste instantie de 'prévots', in tweede instantie de

boven gezien hebben, de hoge jurisdictie hadden over de horigen van de hof, opent het beroep op de *curia regis* de mogelijkheid voor alle onderdanen om zich via de koning tegen hun heer te verzetten. Daarmee ontlenen zij hun bescherming aan de koning en ontstaat tegelijk een directe relatie van ondergeschiktheid tussen koning en onderdaan. Het instellen van een koninklijke jurisdictie in eerste instantie (de extraordinarisgerechten) naast de feodale en hofgerechten (de ordinarisgerechten) heeft zo mogelijk nog groter gevolgen.[735] De terminologie waar het hier om gaat is geënt op de invoering van *keizerlijke* rechtbanken in het Romeinse keizerrijk, de zogenaamde *extraordinaire cognitiones*, die werden ingesteld naast de permanente *quaestiones ordo judicorum publicum* uit de tijd van de Republiek die in naam van *Senaat en volk* rechtspraken.[736] Wanneer de middeleeuwse koningen op grond van het feit dat misdrijven een aantasting zijn van het gezag van de koning de hoge jurisdictie aan zich trekken (de bestraffing van capitale misdrijven), is de feodale heer zijn middenpositie tussen koning en onderdaan kwijt en ontstaat de rechtstreekse relatie tussen vorst en subject.[737] De hoge jurisdictie omvat voor de adel overigens nog lange tijd het recht op compositie en gerechtelijk duel: alleen in geval van heterdaad is de oplegging van een lijfstraf mogelijk. Zoals we hierboven gezien hebben, ontstond de lijfstraf voor *vrijen* aanvankelijk op het moment dat bijvoorbeeld het verbreken van de compositie gestraft werd met het verlies van de hand. Pas wanneer de koningen de hoge jurisdictie aan zich weten te trekken[738] wordt het ook

'baillis' en in derde instantie de 'sénéchaux', zie Ellul 1999-3, p. 376. Over beroepsmogelijkheden in geval van 'denial of justice' en 'false judgement' en over de vestiging van koninklijke jurisdictie in eerste instantie, zie ook Berman 1983, p. 478-79.

735 De koninklijke jurisdictie moet overigens niet alleen met de feodale gerechten concurreren maar ook met jurisdicties die het territorium van de koning overstijgen. Berman's achtste kenmerk van de nieuwe koninklijke rechtsorde betreft het feit dat de macht van de koningen feitelijk beperkt wordt door het bestaan van andere rechtsorden die de territoriale grenzen van de koninkrijken te buiten gaan (zoals in geval van kerkelijk ambtsdragers, die onder de jurisdictie van de kerk vielen en kooplieden die zich met internationale handel bezighielden).

736 Zie Drenth 1939, par. 2.3. Zie ook Coenraad 2000 over het *questio-proces* p. 91-93 en over het strafrechtelijk *cognitio-proces* p. 131-133 en Kunkel 1974.

737 Berman 1983, p. 408 noemt als zevende kenmerk van de koninklijke rechtsorde de constitutionele verhoudingen tussen adel en koning die in de politieke filosofie en de daarmee verbonden rechtstheorieën een recht op verzet tegen de tiran bevatten (met name bij de monarchomachen). Deze constitutionele verhoudingen - ook wel de *lois fondamentales* genoemd, zie Ellul 1999-3, p. 355-359 - worden aan het eind van de middeleeuwen doorbroken door de monopolistische machtsaanspraken van de koningen. De rechtstreekse relatie tussen vorst en subject is de mogelijkheidsvoorwaarde voor die doorbreking.

738 Uiteraard hebben de feodale edelen zich verzet tegen deze inbreuk op hun recht om door hun gelijken berecht te worden. Zie De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 171-

buiten heterdaad mogelijk lijfstraffen op te leggen aan de adel: de positie van *vrijen* en on*vrijen* wordt door dit recht tot straffen gelijkgeschakeld:

> Thus there was a transition from the tribal system of criminal law to a state system, in which crimes were seen as offenses primarily against public authority.[739]

Het proces dat voor de extraordinaris gerechten gevoerd wordt kan geen accusatoire procedure zijn: de geschonden rechtsnorm kan niet meer door een gerecht in oude zin worden *gevonden en gevormd*, want deze norm geldt als uitgevaardigd bevel dat in naam van de koning moet worden *toegepast*. Kennis van het recht wordt kennis van een geschreven en geleerd recht, dat niet bij leken gevonden kan worden maar ontleend wordt aan de bestudering van textuele rechtsbronnen.[740] De rechter in moderne zin die met de extraordinaris gerechten ontstaat onderzoekt zelfstandig of het gedrag van de beschuldigde onder de uitgevaardigde rechtsregel valt: *misdaad kan dan ook niet meer bestaan als er geen regel aan vooraf is gegaan die het betreffende gedrag verbiedt*. Deze loskoppeling van het misdaadbegrip van het ongeschreven recht kan in verband worden gebracht met de ontwikkelingen binnen de kerkelijke jurisdictie waar vanaf de pauselijke revolutie het door de paus gestelde recht primeert. Dit leidt tot een nieuw begrip van misdaad:

172, die erop wijzen dat 'de bevoegdheid van het Hof om personen te dagvaarden een inbreuk op het 'ius de non evocando' van de onderzaten [was, mh], d.w.z. op hun recht, dat zij alleen voor de ordinaris gerechten hoefden te verschijnen (…). De tegenstanders van de Hoven betoogden dan ook , dat de onderzaten op grond van hun 'ius de non evocando' niet verplicht konden worden om voor het Hof te verschijnen. Dat rechtspraak in hoogste instantie door een college van deskundige juristen alleen maar een verbetering van de rechtspraak betekende, kon dergelijke tegenstanders niet overtuigen". Esmein 1882, p. 15 kwalificeert de Franse tegenhangers van deze hoven, de parlementen, dan ook in termen van de strijd van de koningen tegen de macht van de adel: "Ainsi organisé, le Parlement va devenir une arme terrible aux mains de la royauté dans sa lutte contre le monde féodale; (…)". Gaandeweg ontwikkelen deze parlementen zich echter tot autonoom functionerende tribunalen, zie Ellul 1999-3, p. 376-379 en Ellul 1999-4, 45-48, 83-87, 184-187, 256-257. Zie verder hoofdstuk 6.

739 Berman 1983, p. 509. T.a.p.: "Also, corporal punishment came to be applied to free man and not only to unfree".

740 De Monté ver Loren/Spruit 2000., p. 169-170: "In deze Hoven hadden landsheerlijke ambtenaren, die over het algemeen jurist moesten zijn, zitting. Deze rechterlijke colleges oefenden voor de landsheer het rechterschap in moderne zin uit en wezen vonnis in naam van de landsheer. Hier ligt derhalve een principieel verschil met de oude ordinaris gerechten: de leden van deze colleges hadden daarin zitting als representanten van het volk; voorts waren zij over het algemeen juridisch niet geschoold".

> This was expressed in the twelfth century by Peter Lombard in the following way: 'There is no [criminal, mh] sin if there was no prohibition.[741]

Berman herleidt het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel *nullum crimen, nulla poena sine lege*[742] uit de Franse *Déclaration* van 1789 in feite tot precies deze twaalfde-eeuwse omwenteling in het strafbegrip. De idee dat alleen sprake kan zijn van misdaad in geval van schending van *een vooraf gestelde regel* is dus niet alleen een bescherming van de verdachte tegen willekeurige bestraffing, maar vestigt tegelijk de mogelijkheid voor paus en koning om eenzijdig te besluiten tot het strafbaarstellen van gedragingen die tot schending van de pauselijke of koninklijke orde zouden kunnen leiden. Omdat schending van uitgevaardigd recht niet noodzakelijkerwijs een schending van het rechtsbewustzijn van de onderdanen is moet het onderzoek naar strafbare feiten in handen komen van de ambtenaren van paus of koning. Daarmee zijn de voorwaarden voor het ontstaan van de inquisitoire procedure geschapen.[743]

4.3.4 Legitimatie van de overgang van suzereiniteit naar soevereiniteit

4.3.4.1 Filips van Leiden (1326(?)-1382): De cura reipublicae et sorte principantis

De legitimatie van de moderne vorm van overheidsgezag die zich vanaf het eind van de twaalfde eeuw doorzet wordt vooreerst geleverd door juristen,

741 Berman 1983, p. 186. Vergelijk de in par. 4.2.4.10 hierboven aangehaalde uitspraak van Aquino.

742 Door Beccaria in 1764 verdedigd in *Dei dellite e della pene* en in 1801 door Feuerbach verder uitgewerkt, zie par. 5.3.2.2 hieronder. Art. 8 van de *Déclaration* luidt: '(…) et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi etablie et promulguée anterieurement au délit et legalement appliquée'. Zie over het legaliteitsbeginsel als beginsel waarin de legaliteit de materiële norm en niet noodzakelijkerwijs de strafbaarstelling betreft, par. 5.3.2.2 hieronder (de positie van Binding). Volgens Binding 1885, p. 17-28, is de huidige versie van het beginsel waarin de legaliteit slaat op de *strafbaarstelling* een negentiende eeuwse uitvinding van met name Feuerbach; oorspronkelijk ging het volgens Binding om de legaliteit van de geschonden materiële norm.

743 Esmein 1882, p. 43 signaleert bij zijn bespreking van de accusatoire procedure van de feodale gerechten, dat de verdringing van de compositie door de lijfstraf aanvankelijk plaatsvond binnen de accusatoire procedure. Deze anomalie kon volgens hem dan ook niet duren, a.w. p. 67: "Un tel état de choses ne pouvait durer; aussi nous allons voir apparaître aux XIIIe siècle et se dévélopper rapidement une véritable poursuite d'office, en même temps que les vieux modes de preuves feront place aux *enquêtes*". Hij a.w. p. 92 merkt op dat de koningen in hun eigen domeinen een inquisitoire procedure doorvoeren die zij in eerste instantie niet op kunnen leggen aan de feodale gerechten.

met name uit de school van de legisten.[744] De legisten baseren zich op de *leges* die de Romeinse keizers van de tweede tot de zesde eeuw uitvaardigden. De middeleeuwse keizer Frederik I (1152-1190) beschouwt zich als opvolger van de Oost-Romeinse keizer Justinianus en geeft opdracht aan vier doctores uit Bologna om de regalia (de rechten die met het keizerschap verbonden zijn) met behulp van het Romeinse recht te herformuleren.[745] De middeleeuwse keizer identificeert zich als keizer van het Heilige Roomse Rijk met de *princeps* van de Romeinse *leges*.[746]

Ten aanzien van de verhouding tussen de Duitse keizer en de koningen en landsheren buiten het Duitse rijk worden met name door de canonisten verschillende standpunten ingenomen. Enerzijds het standpunt dat de paus het *imperium* (de keizerlijke macht) bij de kroning van Karel de Grote in 800 heeft overgedragen, waaruit dan zou volgen dat alle vorsten - ook de Franse koningen - *de jure* aan de keizer zijn onderworpen.[747] Anderzijds het standpunt dat wat voor de keizer geldt, voor iedere *princeps* geldt die geen heer boven zich weet. De feitelijke machtsverhoudingen tussen de keizer van het Heilige Roomse Rijk en de Franse en Engelse koningen zouden er dan voor pleiten aan deze koningen het gezag toe te kennen van de *princeps* en hen te beschouwen als gelijken van de keizer:

> Ieder heeft dezelfde *jurisdictio* in zijn eigen *regnum* als de keizer in het *imperium*. (…) Het behoren tot een eigen *natio* ging steeds meer prevaleren boven het gevoel deel uit te maken van het Latijnse *imperium*; het *imperium* zelf werd steeds meer geïdentificeerd met de Duitse *natio*.[748]

Tegen die achtergrond moet het middeleeuwse adagium *rex est princeps in regno suo* begrepen worden. *Rex est princeps in regno suo* suggereert dat ook al zou de koning formeel leenman zijn van de keizer, hij desondanks binnen zijn koninkrijk aanspraak kan maken op de rechten van de *princeps* van de *leges*.

744 Zie over de legisten Ellul 1999-3, p. 350-355.

745 Leupen 1975, p. 203.

746 De *leges* zijn de keizerlijke constituties uit de tweede tot de zesde eeuw na Christus; het *ius* werd gevormd door de juristengeschriften uit de eerste eeuw voor tot de derde eeuw na Christus.

747 Leupen 1975, p. 204. Leupen verwijst voor dit standpunt naar de kanonist Johannes Teutonicus.

748 Leupen 1975, p. 205, verwijst naar de kanonist Alanus. Zie ook Ellul 1999-3, p. 351 die aangeeft dat met name de legisten de onafhankelijkheid van de Franse koning ten opzichte van de keizer beargumenteren en bepleiten dat de koning in zijn rijk dezelfde rechten heeft als de keizer. Zie ook Feenstra 1970, p. 69-79, die het adagium *rex superiorem non recognoscens est princeps in regno suo* aanhaalt en de positie van Filips inzake *rex est princeps in regno suo* bespreekt.

Deze kwestie speelt mee bij de legitimatie van het gezag van graaf Willem V, die leenman is van de Duitse keizer en overigens ook geen koning.

De cura reipublicae et sorte principantis (Over de staatszorg en de positie van de vorst)[749] is een vorstenspiegel voor graaf Willem V door de in Orleans opgeleide Nederlandse legist Filips van Leiden.[750] Een vorstenspiegel was een geschrift waarin een vorst werd geadviseerd op grond waarvan en/of hoe hij zijn koninklijke macht kon vestigen, behouden of uitbreiden.[751] Volgens Leupen, die een proefschrift schreef over Filips' *De cura*, geeft het traktaat een gedegen weergave van de gangbare opvattingen van de legisten inzake het gezag en de macht van de *principes*. Zijn geschrift is minder conceptueel van aard dan het hieronder te behandelen werk van Bodin, maar geeft een indruk van de feitelijke ontwikkelingen van het koningsschap[752] in de late middeleeuwen. Feenstra meent dat het traktaat de grenzen van een vorstenspiegel in een aantal opzichten overschrijdt:

> (..) we find him to be unique in that he succeeds in combining moralizing advice with legal concepts, culminating in his abstraction of the 'state'. The key-sentence of his treatise is that 'princes have certain rights which they cannot renounce and this in order to save the state, for the prosperity of the state depends on the powers of the prince'.[753]

Filips onderscheidt in zijn *De cura* twee soorten *principes*: de *maiores* en de *minores* of *inferiores*. Keizers en koningen zijn *maiores* die aanspraak kunnen maken op het gezag van de Romeinse keizers. Hertogen, graven en baronnen zijn *principes* die - althans formeel - in een relatie van ondergeschiktheid staan tot de keizer van het Heilige Roomse Rijk (de Duitse keizer). Het middeleeuwse beginsel *princeps legibus solutus est*, waarin de *princeps* geacht wordt boven de wet te staan, wordt volgens Leupen door dertiende eeuwse glossatoren zo uitgelegd dat een *princeps* de enige is die niet door een ander gedwongen

749 Zo vertaalt Pikkemaat 1967, p. 21 de latijnse titel.

750 Zie Pikkemaat 1967 voor een interessante biografie van Filips van Leiden. Zie verder het proefschrift van Leupen 1975, Feenstra 1970 en Feenstra 1971, die de heruitgave inleidt van de 'editio princeps' van 1516. Pikkemaat en Feenstra schrijven Philips, ik volg hier de spelling van Leupen (Filips). Filips van Leiden was in het bezit van de grootste middeleeuwse bibliotheek van de Noordelijke Nederlanden (73 banden!), in 'Templum Salomonis' te Leiden waar hij zijn laatste jaren doorbracht, zie Pikkemaat 1967, p. 46 en Feenstra 1970, p. 19 e.v. .

751 Zo was *Il Principe* van Machiavelli een vorstenspiegel voor Lorenzo dei Medici, die in 1513 het bestuur over de stad Florence in handen kreeg. Zie de inleiding van Frans van Dooren bij Machiavelli (1532) 1995.

752 In de hierboven (par. 4.3.1) omschreven zin, zodat ook het gezag van Willem V daar onder kan vallen.

753 Feenstra 1970, p. 65, onder verwijzing naar Casus I, 7 van *De Cura*.

kan worden om zich aan de wet te houden.[754] De *princeps* moet zich volgens Filips door interne discipline aan de wet houden: de *princeps* is soeverein. Het begrip soevereiniteit is in 1282 door Philippe de Beaumanoir gedefinieerd als een vorm van gezag waarvan de drager door niemand ter verantwoording kan worden geroepen.[755] De onafhankelijkheid is kennelijk het belangrijkste kenmerk van de soevereiniteit. De vergelijking met het Oudgermaanse vrijheidsbegrip van Immink dringt zich op: volgens Immink is in het tijdperk van de Frankische koningen alleen de koning vrij in Oudgermaanse zin. Die vrijheid valt - ook volgens Immink - samen met soevereiniteit.[756] Leupen noemt als kenmerken van de soevereiniteit van de graaf: de majestas; het merum et mixtum imperium (hoge en lage jurisdictie); de bevoegdheid wetten uit te vaardigen; de bevoegdheid anderen in de adelstand te verheffen en oorlog te voeren en vrede te sluiten.[757]

De onafhankelijkheid die het centrale kenmerk van de soevereiniteit van de *princeps* vormt betekent echter niet dat soevereiniteit in de middeleeuwen een absoluut begrip is. De vorst is gebonden aan het *ius publicum*, aan de *res publica*; hij kan geen bevelen geven (of wetten uitvaardigen) die in strijd zijn met het natuurrecht, het *ius gentium* of het Goddelijk recht.[758] Voor Filips is het grote belang van de soevereiniteit van de *princeps* de zorg voor het algemeen belang of de *res publica*. Volgens hem mag er in Holland 'maar één echte drager van de publieke bevoegdheden zijn: de graaf als de *princeps*', want 'grafelijk bestuur en rechtspraak bood meer garantie voor orde, rust en vooral welvaart dan een locale heer ooit kon bieden, hoe invloedrijk hij verder ook was'.[759]

754 Zie ook Van Caenegem 1977, p. 262 over de glosse van Accursius (ongeveer 1263), waarin eenzelfde positie werd ingenomen: "Dit betekende dat de uitspraak van Dig. I, 3,31 geen principiële verklaring was, maar alleen een gevolg van de afwezigheid van de nodige instellingen die de keizer zouden kunnen bedwingen, welke afwezigheid niet belette dat in principe ook de keizer de wet moest naleven.

755 In zijn *Coutumes de Beauvaisis*, aldus Leupen 1975, p. 236.

756 Immink 1973, p. 246.

757 Zie Leupen 1975, p. 236-237, zie ook zijn noot 198.

758 Leupen 1975, p. 236. Feenstra 1970, p. 43-44, meent dat De Cura niet gelezen moet worden als een vorstenspiegel maar als een commentaar op de 'publiekrechtelijke' delen van het Corpus Iuris.

759 Leupen 1975, p. 266. Een tegenovergestelde visie is evenzeer pleitbaar; vergelijk Ellul 1999-4, p. 113, in het kader van de opstand van de adel tegen het centralisatiestreven van de Franse koning in de zeventiende eeuw: "C'est le seigneur qui protège ces paysans souvent contre les officiers du Roi, qui les fait dispenser de péages et de corvées etc. (..)". En in het kader van de opstand van boeren en arbeiders: "Mais dans les deux cas [révoltes paysannes et ouvrières, mh], c'est l'établissement ou l'aggravation des impôts royaux qui est toujours la cause occarionnelle de ces révoltes: (…)".

Het belang van de soevereiniteit van de *princeps* voor het algemeen belang, blijkt wanneer Filips de verhouding beschrijft tussen de zogenaamde *potentes* en de *princeps*. Binnen de adel onderscheidt Filips tussen de welgeborenen of *nobiles* en de *domini* 'heren die in hun eigen gebied, in hun *dominium*, zoals hij enkele malen zegt, overheidsrechten uitoefenen'.[760] Het overheidsgezag van deze *potentes* (te vergelijken met de *principes* of *nobiles* van Immink uit het Oudgermaanse en Frankische tijdperk) wordt door Filips niet één maal als *potestas* benoemd: hij spreekt over een *portio*. De *potestas publica* is voorbehouden aan de graaf, die op geen enkele wijze afbreuk mag doen aan zijn publieke gezag omdat hij daarmee zijn vermogen om zorg te dragen voor het algemeen belang zou schaden.[761]

> Hij zegt namelijk, dat de graaf van Holland er goed aan zou doen om nooit iemand tot een zijner raden aan te stellen, die afstamde van de machtige heren (*potentes*) van de patria. Zulke edelen bevoordelen alleen zichzelf, zij zorgen slecht voor het belang (*utilitas*) van de graaf en van het vaderland. Hun aanstelling tot raad (of schepenen) gaat altijd gepaard met het uitbreken van partijschappen. Het gevolg is, dat de rechtspraak niet wordt uitgeoefend en de iustitia niet word geëerd.[762]

Het probleem van deze *potentes* is dat zij de graaf alleen als leenheer erkennen en niet als landsheer 'dus niet als drager van soevereine publieke macht'.[763] Leupen constateert overigens dat de graven vanaf de dertiende eeuw de onafhankelijke heren binnen hun territorium aan zich binden door een leenband af te dwingen en aldus via het afdwingen van een feodale verhouding uiteindelijk hun soevereine gezag realiseren:

> De feodaliteit heeft dus ook hier niet tot verbrokkeling en fragmentarisatie geleid, maar is eerder een machtig wapen in handen der graven geweest op weg naar unificatie, evenals dat in Frankrijk eerder het geval was.[764]

Samenvattend zoekt Filips de legitimatie van het soevereine gezag dat hij aan graaf Willem V toekent in de noodzaak van een soevereine *potestas publica* ter bescherming en bevordering van de *res publica*. Het belangrijkste kenmerk

760 Leupen 1975, p. 295.

761 Leupen wijst herhaaldelijk op de waarschuwingen van Filips aan het adres van Willem V dat hij geen privileges mag uitdelen die zijn verantwoordelijkheid voor het algemeen belang kunnen schaden. Zie ook Feenstra 1970, p. 15. Vervreemding van het koninklijke domein wordt bijvoorbeeld ook in het Franse koninkrijk gezien als in strijd met de *lois fondamentales,* zie Ellul 1999-3, p. 357-359.

762 Leupen 1975, p. 296-297 verwijst naar de heren van Brederode, Van Polanen, Arkels, Wassenaars, Egmonds en Van Duivenvoorde.

763 Leupen 1975, p. 298.

764 Leupen 1975, p. 299.

van het soevereine gezag is de wetgevende macht van de soeverein: de wet is de wil van de soeverein. Schending van de wet is een *crimen laesae majestatis*.

4.3.4.2 Jean Bodin (1529-1596): Six livres de la République

Twee eeuwen na Filips van Leiden schreef de Franse humanist Jean Bodin zijn *Six livres de la République*. Een aantal thema's die Filips in zijn vorstenspiegel bespreekt, worden ook door Bodin behandeld. Bodin richt zich niet rechtstreeks tot de Franse koning. Zijn werk vormt een pleidooi voor en een legitimatie van de soevereiniteit van de koning, maar het feit dat zijn boek eerst in het Frans gepubliceerd is kan er op te wijzen dat hij zich richt tot de Franse *publicum*. Net als Filips van Leiden staat ook bij Bodin het algemeen belang, de *res publica* voorop. Ook Bodin meent dat de onderdanen best gediend zijn met een soeverein monarch, omdat die als enige in staat is vrede en gerechtigheid te waarborgen. Anders dan het traktaat van Filips is het werk van Bodin een veel conceptueler uitwerking van de soevereiniteit als essentie van de republiek. Goyard-Fabre vergelijkt de *Six livres de la République* qua omvang en qua methode met Montesquieus *De l'esprit des lois*: zowel de zestiende eeuwse humanist als de achttiende eeuwse Verlichtingsdenker werkt tientallen jaren aan het onderzoek waarvan genoemde werken het resultaat zijn en beiden integreren een veelheid van historisch materiaal in hun werk hetgeen een inductieve methode suggereert. Evenals Montesquieu verzet Bodin zich tegen het realisme van Machiavelli, maar anders dan Montesquieu wijst hij een gematigde en een gemengde staatsvorm af als een gevaarlijke vorm van idealisme.[765] Bodin combineert de praktische inzichten die hij als jurisconsult heeft opgedaan met de abstracte inzichten die hij als filosoof ontwikkelt. Volgens Goyard-Fabre verbindt hij in zijn werk delen van de middeleeuwse traditie met een moderne conceptie van de verhouding tussen overheid en onderdanen: enerzijds stelt de soeverein de wet en is daarmee een modern vorst, anderzijds is hij over zijn handelen verantwoording schuldig aan God en wordt hij beperkt door de ongeschreven middeleeuwse constitu-

[765] Goyard-Fabre 1989, p. 164-173. De afwijzing van de gemengde staatsvorm hangt samen met het belang dat Bodin hecht aan de eenheid van de soeverein. Het pleidooi voor een evenwicht van machten, zoals bepleit door zijn tijdgenoot Claude de Seyssel (koning, parlement en staten-generaal als vertegenwoordigers van respectievelijk het monarchale, het aristocratische en het democratische beginsel) wordt door Bodin bestreden omdat hij deze 'countervailing powers' niet binnen de eenheid van de soevereiniteit kan conceptualiseren. Die - conceptuele - eenheid ligt twee eeuwen later wellicht als vanzelfsprekende en onuitgesproken vooronderstelling besloten in het denken van Montesquieu denken, die zich wellicht juist daarom kan permitteren de interne differentiatie van de overheid te eisen als voorwaarde voor de politieke vrijheid. Zie verder par. 6.3 hieronder.

tie (de 'lois fondamentales') van het koninkrijk en is daarmee een middeleeuws vorst. Goyard-Fabre zet vraagtekens bij de gebruikelijke interpretatie van Bodin als grondlegger van het absolutisme.[766] Bij Bodin is de soevereiniteit de mogelijkheidsvoorwaarde voor het beheer van de *res publica*. Niet de vorst als machtigste *persoon*, maar de vorst als hoogste *ambtenaar* moet de veiligheid en het welzijn van de onderdanen garanderen. Alleen door alle macht in de staat in een hoogste ambt te concentreren kan de meest volstrekte rechtszekerheid aan een ieder geboden worden.[767] Het soevereiniteitsbegrip van Bodin sluit de suzereiniteit volledig uit; de overgang van feodale verhoudingen naar een ambtenarenstaat valt samen met de overgang naar een conceptie van soevereiniteit waarin de soeverein zelf als - hoogste - ambtenaar gedacht wordt. Hoewel de soeverein aan niemand verantwoording schuldig is dan aan God, is hij gehouden zijn handelen te richten op de *res publica*.

Het soevereiniteitsbegrip van Bodin verwijst naar drie constitutieve voorwaarden: (1) puissance publique de commandement; (2) continuité de la puissance publique en (3) puissance absolue.[768]

Puissance publique de commandement
Het bevelsrecht van de soeverein van Bodin betreft een *publiek* bevelsrecht dat volgens hem onderscheiden moet worden van het bevelsrecht binnen de verhouding tussen man en vrouw; vader en kind; meester en slaaf en heer en horige.[769] De soeverein richt zich naar de *res publica* en zijn bevelsrecht manifesteert zich in de eerste plaats doordat hij als enige de wet kan stellen. De wetgevende macht is het belangrijkste attribuut van de soevereiniteit en omvat volgens Bodin alle andere aspecten van de soevereiniteit:

766 Goyard-Fabre 1989, p. 159-173.

767 Zie Goyard-Fabre 1989, p. 129-135 over Bodins conceptualisering van de magistraten. Voor Bodin is een magistraat een ambtenaar met het recht om te bevelen, eventueel in de vorm van regelgeving. De magistraat is daarbij gehouden binnen de wet van de soeverein te blijven. Alleen de soeverein is gemachtigd wetten uit te vaardigen, en kan door niemand - behalve God - ter verantwoording worden geroepen. Zie ook Goyard-Fabre 1989, p. 99, waar zij spreekt van het *officium* van de prins: in zekere zin is de soeverein de hoogste magistraat.

768 Goyard-Fabre 1989, p. 91-97. Het gaat hier in termen van Bodin om de 'nature de la souveraineté'.

769 Anders dus Immink 1973, p. 62-65, die in de verhouding tussen heer en horige nu juist wel een publiekrechtelijke gezagsverhouding ziet. Binnen de Germaanse huisgemeenschap vormen private en publieke gezagsrechten overigens een ongedifferentieerd geheel. Bodins werk kan als een pleidooi voor een differentiatie van publiek en privaat gezag worden gelezen.

> Le point principal de la majesté souveraine et puissance absolue gît principalement à donner loi aux sujets en général sans leur consentement.[770]

De eenzijdigheid die uit het bevelsrecht voortvloeit onderscheidt volgens Bodin de wet van het contract. Anders dan de monarchomachen[771] leidt hij de wetgevende bevoegdheid van de soeverein niet af uit een maatschappelijk verdrag:

> Or, dans la République, s'affirme l'éminente supériorité de la loi, et 'il y a bien de la différence entre le droit et la loi: l'un n'emporte rien que l'équité, la loi emporte commandement: car la loi n'est autre que le commandement du souverain usant sa puissance'.[772]

De wet ontleent zijn verbindende kracht uitsluitend aan het bevelsrecht van de soeverein, die in beginsel dan ook niet - door het opzeggen van een maatschappelijk verdrag - afgezet kan worden.[773] Deze conceptie van soevereiniteit impliceert een breuk met de oude opvatting van suzereiniteit: de *wederkerigheid* van de relatie tussen leenheer en leenman, maakt plaats voor de *eenzijdigheid* van de bevelsmacht van de soevereine overheid over haar onderdanen.[774] Het imperatieve aspect van het recht verkrijgt een absoluut primaat boven het normatieve aspect.

Continuité de la puissance publique

Het bevelsrecht is 'perpétuelle'. Met deze voorwaarde wordt geduid op de duurzaamheid van het koningschap, dat de persoon van de koning overstijgt.

770 I,VIII, p. 142 van *Les Six Livres de La République* (1576), Facsimile uitgave van de uitgave van 1583 (éd. Du Puys de Paris) uit 1961 van Scientia Aalen (verder af te korten als *La République*), geciteerd bij Goyard-Fabre 1989, p. 97.

771 Over de monarchomachen zie De Jong 1914 passim. De Jong behandelt de standpunten ten aanzien van herkomst en aard van het koninklijk gezag uit de *Politica* van Althusius, de *Vindiciae contra tyrannos* van Junius Brutus, het anonyme *De Jure magistratum in subditos* en *De Jure regni apud Scotos* van Buchanans. De oorsprong en legitimatie van het koninklijk gezag moet volgens de monarchomachen gezocht worden in het *corpus consociatum* (het volk), waarvan de koning op grond van delegatie de hoogste magistraat is. De verhouding tussen koning en volk is contractueel: wanneer de koning het contract verbreekt mag hij worden heengezonden. Tegenover het *princeps legibus solutus* van de legisten stellen zij het *potestas legibus adstricta,* De Jong 1914, p. 142-143.

772 Aldus Goyard-Fabre 1989, verwijzend naar I, VIII, p. 133 van *La République*.

773 Over de positie van Bodin inzake het verzetsrecht, zie Goyard-Fabre 1989, p. 116-118. Voor het tegenovergestelde standpunt van de monarchomachen zie De Jong 1914 passim.

774 Uiteraard verloopt de overgang van suzereiniteit naar soevereiniteit geleidelijk. Zie Ellul 1999-3, p. 273-275, hij spreekt inzake de Franse koningen van de XIIIde eeuw over een koning die tegelijk 'Roi suzerain fieffeux' en 'Roi souverain' is.

De soevereiniteit hangt niet af van de sterfelijke persoon van de koning maar van het instituut koning. Bodin was een van de eersten die in deze voortzetting van het koningschap van de dode koning niet alleen een mystiek element zag, maar ook een teken van het publieke karakter van het koningschap: de erfopvolging was geen kwestie van 'droit commun'.[775] De koning is als publiek figuur onsterfelijk. Daarmee ontstaat een begrip van soevereiniteit dat niet meer verwijst naar een bepaalde persoon maar naar een institutie: in beginsel kan ook het volk de soevereiniteit dragen. Het abstractieniveau dat Bodin hier bereikt, maakt de conceptie van volkssoevereiniteit mogelijk. Dat neemt niet weg dat de soevereiniteit hier - anders dan bij Rousseau - niet is gebaseerd op een sociaal contract en niet voortkomt uit 'het volk'.[776] De gedachte dat de soevereiniteit altijd *gerepresenteerd* moet worden[777] - door de koning, de aristocratie of door het volk - ligt dichter bij het gedachtegoed van Bodin, die deze gedachte met zijn conceptualisering van soevereiniteit in feite mogelijk heeft gemaakt.[778]

De duurzaamheid van de soevereiniteit maakt een nieuwe vorm van rechtszekerheid mogelijk. Het imperatieve aspect van de rechtsorde wordt verbonden met de eenzijdige beslissingsmacht van de soeverein. De gelijkheid van alle onderdanen voor de wet van de soeverein is een gelijkheid die weliswaar niet democratisch gelegitimeerd kan worden maar die wel een duurzame vorm van rechtszekerheid biedt die volgens Bodin zonder *plenitudo potestas* niet gegarandeerd kan worden.

775 Goyard-Fabre 1989, p. 95 onder verwijzing naar I, VIII, p. 29 van *La République*.

776 Interessant is de tweede stelling bij het proefschrift van De Jong 1914 over de monarchomachen: 'Het is onjuist de monarchomachen aanhangers te noemen van de volkssoevereiniteit in den zin, waarin Rousseau die leerde'. Wellicht meent De Jong dat de conceptie van soevereiniteit van Bodin eerder dan die van de monarchomachen ten grondslag ligt aan de volkssoevereiniteit van Rousseau, ook al kan de soevereiniteit bij Bodin nooit voortkomen uit een maatschappelijk contract. Bij zowel Bodin als Rousseau is de soevereiniteit ondeelbaar, terwijl de monarchomachen een individualistischer en/of nominalistischer conceptie van soevereiniteit voorstaan die eerder aansluit bij de contractstheorieën van Hobbes. Zie ook Goyard-Fabre 1989, p. 83 over Bodins primaat van de politieke gemeenschap boven het individu.

777 Zie Lindahl 1999.

778 Lindahl 1997, p. 124-126 meent: "Een nadere beschouwing van Bodins soevereiniteitsleer laat echter zien dat de hoogste macht niet 'binnen' de politieke samenleving, maar daarbuiten moet liggen, d.w.z. buiten hen die de politieke macht uitoefenen of kunnen uitoefenen" (p. 124), hij vervolgt: "Soevereine macht dient dus *transcendent*, niet *immanent*, te zijn aan een politieke samenleving. Kortom, *politieke macht dient soevereiniteit te bemiddelen, d.w.z. politieke macht dient een afwezige of transcendente hoogste macht te vertegenwoordigen*" (p. 126).

Puissance absolue

Het absolute karakter van de Bodins soevereiniteitsbegrip kan gemakkelijk verkeerd worden verstaan. Het gaat er Bodin om dat de publieke macht - de *plenitudo potestas* - onafhankelijk is. Dit geldt naar buiten toe: de soeverein erkent geen heer boven zich. Het geldt evenzeer binnen zijn republiek: de *potestas* is onvoorwaardelijk; de soeverein is tegenover zijn onderdanen niet gebonden aan zijn eigen wetten. Het absolute karakter van de soevereiniteit wordt door Bodin in verband gebracht met het aan Ulpianus ontleende, middeleeuwse adagium *princeps legibus solutus est*. De gedachte dat de soeverein niet gebonden wordt door de menselijke wet impliceert echter noch dat de soeverein naar willekeur kan handelen, noch dat zijn macht onbeperkt is:

> Mais, Bodin le souligne vigoureuement, le pouvoir royal n'est ni arbitraire ni illimité.[779]

Om te beginnen is de soeverein tegenover zijn onderdanen niet gebonden aan de menselijke wet, maar is hij wel gehouden zijn handelen steeds te richten op de *res publica* en is hij steeds verantwoording schuldig aan God. Zijn handelen kan dus nooit arbitrair zijn: hij is vrij in de zin van onafhankelijk maar die vrijheid is bij Bodin doelgebonden. Bodin onderscheidt drie belangrijke beperkingen op zijn handelen: 'les lois divines et naturelles; les lois fundamentales du royaume et le respect du droit de propriété'.[780]

De beperkingen van het goddelijke recht en het natuurrecht impliceren de verantwoording die de soeverein af heeft te leggen tegenover God; de beperkingen van de fundamentele wetten van het koninkrijk vormen een ongeschreven constitutioneel recht dat ten grondslag ligt aan de institutie van het koningschap[781] en het respect voor het eigendomsrecht ten slotte garandeert de 'dictamina de la coutume, de la jurisprudence et de l'équité'.[782]

Het absolute karakter van de soevereiniteit moet dus - evenals het tijdloze karakter - niet begrepen worden als een pleidooi voor absolutisme.[783] Het gaat

779 Goyard-Fabre 1989, p. 162.

780 Goyard-Fabre 1989, p. 162-163.

781 Over de *lois fundamentales* zie Goyard-Fabre 1989, p. 163 en Ellul 1999-3, p. 355-359. Het gaat in het bijzonder om de wetten die de troonopvolging regelen en de wetten aangaande de onvervreemdbaarheid van het kroondomein. Dit laatste is een punt waar ook de legist Filips van Leiden steeds weer op hamert: het in leen geven van koninklijke domeinen om heren aan zich te binden is schadelijk voor het koningschap.

782 Goyard-Fabre 1989, p. 163.

783 Zie nogmaals Lindahl 1997, p. 124-126 die wijst op de tegenstrijdigheid binnen Bodins soevereiniteitsconcept: enerzijds is de soeverein de hoogste macht, anderzijds erkent de soeverein God als hoogste macht boven zich. Lindahl verklaart hoe precies deze

Bodin om de vestiging van een volstrekt onafhankelijk, onvoorwaardelijk en duurzaam publiek gezag, dat zich met het oog op het publieke belang ongehinderd door kan zetten zolang het in overeenstemming is met de goddelijke wet, het natuurrecht, de fundamentele wetten van het koninkrijk en zolang het de met het eigendomsrecht verbonden private rechten respecteert. Het onvoorwaardelijke karakter impliceert opnieuw de eenzijdigheid van de beslissingsmacht van de soeverein: over de *res publica* kan niet worden onderhandeld. Om een ordinaire belangenstrijd te voorkomen moeten de bescherming en de bevordering van de *res publica* in één hand gedacht worden.[784]

Het soevereine gezag is bij Bodin principieel ondemocratisch en monistisch, want de soevereiniteit mag onder geen enkele voorwaarde af komen te hangen van een machtsstrijd tussen verschillende krachten binnen het koninkrijk. In par. 6.3 zal het gedachtegoed van Montesquieu worden onderzocht, die - zonder overigens een pleitbezorger van de democratie te zijn - zijn voorkeur voor de monarchie combineert met een pleidooi voor een scheiding der machten en een gematigde staatsvorm.[785]

Samenvattend kan Bodins soevereiniteitsconceptie worden gezien als voortzetting van de pauselijke revolutie in het seculiere domein:

> La souveraineté, puissance publique de commandement, puissance perpétuelle et puissance absolue désigne en la République une *potestas* qui mérite d'être qualifiée, comme lorsqu'elle était atribuée au pape ou souverain pontifice, dans la formule de *plenitudo potestatis*.[786]

tegenstrijdigheid het mogelijk maakt om de soevereiniteit als een transcendente categorie te zien die door de politieke machthebber gerepresenteerd moet worden, maar er niet mee samenvalt.

784 Dat daarmee een ander gevaar in het leven wordt geroepen, namelijk dat van de despotie, is vooral aanleiding om de - aanstaande - koning zo goed mogelijk op te voeden en te adviseren. Het hele bouwwerk van Bodin - en ook dat van Filips van Leiden - staat of valt met de persoonlijke kwaliteiten van de soeverein.

785 Het zoeken naar eenheid vanuit de conceptualisering van de soevereiniteit opent de mogelijkheid om op basis van die conceptuele, transcendente eenheid een overheid zodanig te organiseren dat het verzet tegen overheidshandelen door interne differentiatie van diezelfde overheid mogelijk wordt. In die zin kan Bodin als voorganger van Montesquieu worden gezien. Over de conceptualisering van de eenheid of identiteit in de veelheid Lindahl 1997, p. 127: "Soevereine macht fungeert als de algemeenheid waardoor verscheidene handelingen als *hetzelfde* kunnen worden aangeduid, namelijk als particuliere manifestaties van één en dezelfde politieke gemeenschap, i.p.v. als een willekeurige verzameling van gebeurtenissen".

786 Goyard-Fabre 1989, p. 96.

4.4 De inquisitoire procedure

4.4.1 Inleiding

Bij de bespreking van de accusatoire procedure in paragraaf 3.5.2 kwam reeds naar voren dat de toenemende invloed van het centrale gezag een tendens naar een meer inquisitoir strafproces meebracht.[787] De toename van het gezag van de kerkelijke en wereldlijke vorsten en de daarmee samenhangende bevoegdheid om nieuw recht uit te vaardigen leiden tot de creatie van een extraordinaire jurisdictie. Binnen die extraordinaire jurisdictie wordt de inquisitoire procedure de normale procedure voor criminele zaken. Een inquisitoire procedure wordt gekenmerkt door een vervolging vanwege de overheid (wereldlijk of kerkelijk) en door een onderzoek naar de materiële waarheid.[788] Conform het eerder besproken onderscheid van Drenth wordt hier onderscheiden tussen het *inquisitoire beginsel* en de *inquisitoire procesvorm*.[789] Het inquisitoire *beginsel* ziet op het uitgangspunt van de vervolging *ex officio* en het daaruit voortvloeiende onderzoek naar de materiële waarheid. De inquisitoire proces*vorm* ziet op de verhouding van volstrekte ondergeschiktheid waarin de verdachte tegenover het gerecht staat: de verdachte als object van onderzoek tegenover een gerecht waarin de functies van aanklager, rechter en executeur samenvallen. Het inquisitoire procesmodel van Salas betreft zoals gezegd de inquisitoire proces*vorm*.

Met het toenemen van de macht van de koningen krijgt de inquisitoire procedure steeds meer trekken van de inquisitoire proces*vorm*. De inquisitoire procedure wordt hieronder bekeken als antwoord op het tekort van de accusatoire procedure (par. 4.4.2) en als gevolg van de pauselijke revolutie (par. 4.4.3).

787 Zie Drenth 1939, par. 2 van hoofdstuk I, die vaststelt dat bij toenemende centralisatie de inquisitoire procesvorm opkomt, terwijl bij afnemende macht van het centrum het strafproces meer accusatoire trekken gaat vertonen. Ook Van Caenegem 1956 wijst steeds weer op de samenhang tussen het ontstaan van de centralistische ambtenarenstaat en de inquisitoire procedure, zie bijvoorbeeld zijn inleiding a.w. p. 1-19.

788 Drenth 1939, hoofdstuk I, par. 1.3. Van Heijnsbergen 1927, p. 3 somt in die zin de tekortkomingen van de accusatoire procedure op: de ondeugdelijke bewijsmiddelen en het 'geen klager geen rechter'.

789 Zie par. 3.5.2.2 hierboven in het bijzonder noot 555.

4.4.2 Het tekort van de accusatoire procedure

Het probleem van een accusatoire procedure is dat deze procedure pas op gang kan komen wanneer (1) een klager bestaat en (2) deze er belang bij heeft zijn zaak aan te brengen. In de Germaanse *ding*procedure werden alle schendingen van de *ding*vrede die door de gemeenschap (bestaande uit de *ding*genoten) of door afzonderlijke *ding*genoten werden aangebracht direct door diezelfde *ding*gemeenschap 'berecht'. In de Frankische tijd ontstond een vorm van centrale machtsuitoefening die voor een deel plaatsvond via het vastleggen van inheems recht (*leges barbarorum*) en via het uitvaardigen van bestuurlijke wetgeving (*capitularia*). De schending van de in de *capitularia* vastgestelde regels was een directe aantasting van het gezag van de koning (*crimen majestatis* als legitimatie van strafbaarstelling) maar was niet noodzakelijk tevens een inbreuk op het rechtsbewustzijn van diens 'onderdanen'. Daarmee wordt het toevertrouwen van het rechterlijk oordeel aan een gerecht in oude zin problematisch. De accusatoire procedure als bemiddeling tussen *vrije* mannen of sibben voldoet niet aan de eisen die een hiërarchische rechtsorde aan de rechtsvinding stelt. In zijn bespreking van het Romeinse strafrecht, vergelijkt Drenth de overgang van de accusatoire naar de inquisitoire procedure met een gelijksoortige ontwikkeling bij de overgang van de Romeinse Republiek naar het Romeinse Keizerrijk. Met de komst van het absolutistische keizerrijk trad een fundamentele verandering in de handhaving van het recht op. Drenth verwijst naar een uitspraak van Cicero die zou hebben gesteld dat het ten tijde van de Republiek 'nooit in iemand' was 'opgekomen om de strafwet toe te passen enkel omdat zij bestond, nu moest zij, juist omdat zij bestond, bij inbreuk op hare bepalingen worden toegepast'.[790] Dit verklaart de hierboven gesignaleerde terminologische overeenkomst tussen het extraordinaire proces bij de (vertegenwoordiger) van de vorst in de late middeleeuwen en de procesvorm van de keizerlijke rechtspraak: de *extraordinaire cognitiones*.

Het feit dat veel bepalingen van nieuw recht geen aansluiting hebben op een gemeenschappelijk rechtsbewustzijn, impliceert dat er - zo er al sprake was van een slachtoffer - geen behoefte was de schending van deze bepalingen aan te klagen. Vanaf het moment dat het gestelde recht voorrang verkrijgt op

[790] Drenth 1939, hoofdstuk II, par. 2.3. Om handhaving van het keizerlijke recht te verzekeren ontstond een aparte vorm van keizerlijke rechtspraak: de *extraordinaire cognitiones*. Tijdens de Romeinse Republiek functioneerde de praetor in feite als een variant op de rechter in oude zin, namelijk degene die actie verleende. In de Keizertijd werden ambtelijke rechters ingesteld, wier rechtsgezag rechtstreeks werd afgeleid van de Keizer. De rechtsbronnen die tijdens de Republiek ontwikkeld waren werden langzaamaan vervangen door keizerlijke wetgeving. Zie ook Kunkel 1974. Vergelijk het citaat van Thomas van Aquino in par. 4.2.4.10 hierboven.

het ongeschreven recht, moet onderscheiden worden tussen twee soorten rechtsnormschendingen. Enerzijds zijn er rechtsnormschendingen die los van de vraag of de norm door de overheid als rechtsnorm erkend is als schending van een rechtsnorm worden ervaren (deel uitmaken van het rechtsbewustzijn). Anderzijds zijn er rechtsnormschendingen die hun strafbaarheid uitsluitend danken aan de strafbaarstelling door de overheid. Dit onderscheid is vanuit een natuurrechtelijk denkkader geschematiseerd als het onderscheid tussen een *malum in se*, een 'kwaad' dat uit de aard der zaak 'slecht' is en een *malum prohibitum,* dat haar 'kwade' karakter vooralsnog uitsluitend dankt aan het verbod van een kerkelijke of wereldlijke overheid.[791] In het laatste geval zal de overheid zich binnen de accusatoire procedure als eiser moeten melden, want van een slachtoffer zal geen sprake zijn. Maar ook wanneer het een *malum in se* betreft dat tevens een *malum prohibitum* is, krijgt de overheid een eigen belang bij de vordering. De opdracht tot handhaving van de vrede leidt ertoe dat ook die delicten die voor het slachtoffer geen aanleiding zijn om een proces te beginnen, desondanks vervolgd en berecht moeten worden. De prominente positie van de wetgeving als teken van soevereiniteit en de exclusieve gelding van het recht dat afkomstig is van de koning, leidt er toe dat alleen die *mala* die door de koning als *mala prohibita* worden erkend strafbaar zijn. De koning wordt bron van alle recht. Het *malum in se* tevens *malum prohibitum* ontwikkelt zich van een schending van de eer van een vrij man naar een schending van het gezag van de koning. De nieuwe conceptie van recht[792] die met de pauselijke revolutie en met het centralisatiestreven van de koningen ontstaat vormt aldus de kiem van de inquisitoire procedure. Deze nieuwe conceptie van recht is nauw verbonden met een soevereiniteitsconceptie die uitgaat van de eenzijdigheid van het handelen van de soeverein, hetgeen een discontinuïteit impliceert ten opzichte van de wederkerigheid die in de suzereiniteit verondersteld was. Deze eenzijdigheid heeft tot gevolg dat de opsporing, het onderzoek en de bestraffing van de *mala in se* tevens *male prohibita* niet meer overgelaten kan worden aan de rechtsgenoten onderling (het gerecht in oude zin) maar ter hand moet worden genomen door - een vertegenwoordiger/ambtenaar van - de overheid (de rechter in moderne zin).

De tegenstelling tussen *malum in se* en *malum prohibitum* komt ideeënhistorisch voort uit de *middeleeuwse tegenstelling* tussen natuurrecht en positief recht.

791 De voorrang van het gestelde recht op het gewoonterecht leidt er uiteindelijk toe dat de strafbaarheid van *mala in se* niet meer gelegitimeerd kan worden door de morele waarde van het beschermde rechtsgoed, maar uitsluitend door het gezag dat de overheid daaraan in de vorm van een strafbaarstelling heeft verleend. Strafbaarheid heeft dan alleen nog betrekking op *mala prohibita*, waar de *mala in se* een deelverzameling van vormen.

792 Zie ook Ellul 1999-3, p. 344-347.

Het idee dat er naast het door de overheid gestelde (wellicht wat rechtvaardigheid betreft indifferente) wettenrecht (*leges*) een aan de geldende rechtsorde ten grondslag liggende ongeschreven logica is die door de rechter als recht kan worden toegepast (*ius*) stamt uit het Romeinse recht.[793] De praetor had in de tijd van de Romeinse Republiek de mogelijkheid aan te sluiten bij het ongeschreven recht, door bij zijn installatie als praetor zijn beleid kenbaar te maken in de vorm van een edict. De praetor was aldus rechtsvormer bij uitstek met betrekking tot dit *ius*.[794] In de canoniekrechtelijke interpretatie van de tegenstelling tussen *ius* en *leges,* wordt een verband gelegd tussen ongeschreven recht (*ius*) en natuurrecht, terwijl het geschreven en door de overheid uitgevaardigde recht (*leges*) daar als positief recht *tegenover* wordt gesteld.[795] Het natuurrecht wordt dus niet gezien als het ongeschreven recht dat zich binnen een bepaalde historische context heeft ontwikkeld en dat ten grondslag ligt aan de actuele rechtsorde, maar als een universeel, bovenhistorisch *ius naturale*.[796] Zoals hiervoor (par. 4.2.4.9) bij de bespreking van het *Decretum* van Gratianus bleek wordt dit natuurrecht geconcipieerd als het recht dat kan worden afgeleid uit de menselijke rede of door goddelijke openbaring kan worden verkregen. Aldus wordt het natuurrecht de maatstaf voor de beoordeling van het positieve recht.

Bij de omslag van een accusatoire procedure die het recht zoekt in het actuele rechtsbewustzijn naar een inquisitoire procedure die gericht is op een tevoren

793 Van den Bergh 2000, p. 17. Zie ook Wiltshire 1992, p. 19 over het Romeinse *ius civile* en *ius gentium*. Het *ius civile* is 'each people's particular law' en het *ius gentium* 'the law revealed by natural reason and observed everywhere' en a.w. p. 21 over het *ius naturale* 'the law that expresses a higher and more permanent standard, the law of nature, *ius naturale*, that corresponds to 'that which is always good and equitable (*bonum et aequum*)'.

794 Zie bijvoorbeeld de tekst van Papinianus in de Digesten: D.1.1.7. Papinianus. *Definities* II. *Ius civile* vloeit voort uit wetten, volksbesluiten, senaatsbesluiten, keizerlijke beslissingen en gezag van rechtsgeleerden. (1) Preaetorisch recht is recht dat de praetoren met het oog op het algemeen belang hebben ingevoerd om het *ius civile* te helpen uitvoeren, aan te vullen en te verbeteren. Geciteerd uit *Textus Iuris Romani. Teksten ten gebruike bij de studie van het Romeinse recht*, samengesteld en vertaald door J.E. Spruit en R. Feenstra, Deventer: Kluwer 1989, p. 78.

795 Daarmee wijkt de middeleeuwse interpretatie van de verhouding tussen positief recht en natuurrecht af van de Romeinsrechtelijke. Zie D.1.1.6.: Ulpianus, *Instituten* I. *Ius civile* is recht dat niet in alle opzichten van het natuurrecht en het *ius gentium* afwijkt, maar zich daar ook niet in alle punten naar schikt. Want wanneer wij aan het voor iedereen geldende recht iets toevoegen of daarvan af halen, brengen wij eigen recht tot stand: *ius civile*.

796 Zie Wiltshire 1992, p. 19 die wijst op de ontwikkeling van het *ius gentium* tot een *ius commune* dat onder invloed van Cicero's Stoïcijnse invloed 'transformed (..) into a rational system flexible enough to embody a system of equity for all of Western society'.

afgekondigd, geschreven recht, gaat het niet om de middeleeuwse tegenstelling tussen natuurrecht en positief recht maar om de tegenstelling tussen wat meestal wordt aangeduid als gewoonterecht en positief recht. Het gaat in andere woorden om de schending van normen die eenzijdig door een overheid zijn afgekondigd tegenover de schending van normen die in een specifieke historische gemeenschap als een ernstige aantasting van het algemeen belang wordt ervaren. Het gebrek aan aansluiting op het rechtsbewustzijn van het door de kerkelijke en wereldlijke overheden gestelde recht en het feit dat schending van het *ius positivum* niet altijd een slachtoffer oplevert, produceren het fundamentele tekort van de accusatoire procedure.

4.4.3 De invloed van de pauselijke revolutie

4.4.3.1 Verklaringen voor het ontstaan van de inquisitoire procedure

Coppens merkt in een studie naar de inquisitoire procedure in het canonieke recht op, dat over de overgang van de accusatoire naar de inquisitoire procedure verschillende theorieën bestaan.[797] Enerzijds theorieën die de nadruk leggen op de tekorten in de accusatoire Germaanse procedure, anderzijds theorieën die de nadruk leggen op de receptie van het Romeinse recht, dat een vervolging *ex officio* kende. Zoals hierboven reeds aangestipt is de inquisitoire procedure uit het Romeinse recht (het *extraordinaire cognitio* proces) een procesvorm die ontstond tijdens het Keizerrijk, toen het recht zijn gelding ging ontlenen aan het gezag van de Keizer. De hierboven geschetste samenhang tussen het toenemende gezag van de kerkelijke en koninklijke overheden en de systematische studie van het - keizerlijke - Romeinse recht aan de universiteiten, doet vermoeden dat deze theorieën samen een aannemelijke verklaring bieden voor het ontstaan van de inquisitoire procedure.[798]

Naast deze verklaringen moet gewezen worden op de grote invloed van de pauselijke revolutie op het ontstaan van de inquisitoire procedure in de middeleeuwen. Allereerst blijkt de nieuwe conceptie van recht die met de *Dictatus Papae* geïnitieerd wordt van betekenis voor de opkomst van een seculiere en uiteindelijk soevereine koninklijke rechtsorde. Op die manier is de pauselijke

[797] Coppens 1991, p. 39

[798] Zie ook Drenth 1939, die er in par. 1.4 op wijst dat de vraag of de inquisitoire procedure door de wereldlijke (Keizer Frederik II) dan wel door de geestelijke overheid (Paus Innocentius III) is geïnitieerd niet eenduidig te beantwoorden is. Van Heijnsbergen 1927, p. 5 meent: "De verbreiding van het nieuwe proces over Europa is toe te schrijven aan zijne practische bruikbaarheid, de behoefte aan een beter strafproces, de receptie van het Rom. recht en den invloed der Kerk".

revolutie van invloed op de nieuwe conceptie van recht die zich met het nieuwe soevereiniteitsconcept van de koninklijke rechtsorde doorzet. Zoals in de vorige paragraaf is uitgewerkt produceren de nieuwe concepties van recht en soevereiniteit het tekort in de accusatoire procedure. Daarnaast heeft de nieuwe, hiërarchische en bureaucratische vormgeving van de pauselijke staat gevolgen voor de verhouding tussen de kerkelijke en wereldlijke jurisdicties, vanwege de 'imperialistische' neigingen van de kerkelijke jurisdictie (par. 4.4.3.2); vanwege de nieuwe conceptie van de begrippen zonde en misdaad (par. 4.4.3.3) en vanwege de invloed van de inquisitoire proces*vorm* die door de inquisitie werd ontworpen met het oog op de bestrijding van ketterij (par. 4.4.3.4).

4.4.3.2 Kerkelijke Jurisdictie

Om te beginnen worden alle gevallen die dankzij de aard van de zaak of dankzij de hoedanigheid van de persoon onder de jurisdictie van de kerk vallen vanaf de *Decretalen* van paus Innocentius III (1199) en het vierde concilie van Lateranen (1215) in een inquisitoire procedure berecht, terwijl de accusatoire procedure - althans de daarmee verbonden godsoordelen - verboden worden.[799] Door de betrokkenheid van professionele juristen bij de wereldlijke rechtspraak heeft het canonieke recht grote invloed buiten de kerkelijke jurisdictie. Juristen zijn meester in de recht*en*; zij scholen zich aan de universiteiten in zowel het canonieke als in het Romeinse recht.[800] Bovendien overlappen de kerkelijke en de seculiere jurisdictie elkaar regelmatig: nu de kerk niet alleen gevallen *ratione personae* maar ook *ratione materiae* onder haar jurisdictie rekent, worden ook niet-geestelijken in veel gevallen onder haar jurisdictie gebracht. Een ander gevolg van de afschaffing van de accusatoire procedure binnen de kerkelijke jurisdictie is dat kerkelijke ambtenaren sinds het pontificaat van paus Alexander III (1159-1181) niet meer betrokken mogen zijn bij de godsoordelen die in de accusatoire procedure van de wereldlijke gerechten gebruikt worden.[801] Het is niet onwaarschijnlijk dat de inquisitoire procedure *mede* onder invloed van deze omwentelingen in de kerkelijke jurisdictie door de wereldlijke gerechten is overgenomen.[802]

799 Zie Coppens 1991, p. 40, Van de Vrugt 1982, p. 9-10, Esmein 1882, p. 74 e.v.

800 Zie Van den Bergh 2000, p. 37.

801 Van de Vrugt 1982, p. 10.

802 Van Caenegem 1956, p. 66-69 meent dat de overgang van het accusatoire naar het inquisitoire strafproces in Europees perspectief niet uitsluitend als een gevolg van de pauselijke reformaties gezien kan worden. Van Heijnsbergen 1927, p. 5 signaleert een samenhang tussen de toenemende misdadigheid, in de zin van beroepsmisdadigers, landlopers en struikrovers die het platteland onveilig maakten en het ontstaan van de inquisitoire procedure in Italië in de 13e eeuw. Zie Vervaele 1990, p. 51 e.v. voor een

4.4.3.3 De Ethica van Abelard

Van de Vrugt geeft aan dat met name paus Bonifacius XIII (1294-1303) een zeer ruime opvatting van de *ratione materiae* voorstaat, doordat hij daaronder alle *peccata* (zonden) vat.[803] Daarmee wordt de zonde een *crimen* en gaat de kerkelijke jurisdictie vrijwel het hele strafrecht omvatten (de meeste *crimina* zijn in de ogen van de kerk immers ook zonden). In dat verband is de *Ethica* van Pierre Abelard (1079-1142)[804] van belang, een geschrift uit de twaalfde eeuw waarin hij een uiteenzetting geeft van de voorwaarden die vervuld moeten zijn wil een zonde onder de jurisdictie van de kerkelijke gerechten vallen.[805] Grote delen van ons materiële strafrecht, met name waar het om verwijtbaarheid en opzet gaat, zijn terug te vinden in dit invloedrijke werk, dat hier vanwege de relatie tussen zonde, misdaad, jurisdictie en procesvorm bespreking behoeft.

Abelard maakt een lucide onderscheid tussen zonde en boete(doening) enerzijds en misdaad en straf anderzijds. Het belangrijkste aspect van de zonde is volgens Abelard de intentie van de zondaar. In de introductie op zijn vertaling van de *Ethica* schrijft Luscombe:

> Deed, being common to the damned and to the elect, are all in themselves indifferent and are called good or evil only on account of the intention of their agent.[806]

Daaruit volgt dat de zonde een innerlijke component heeft of zelfs geheel bestaat uit een innerlijke intentie, die de zonde als zodanig constitueert:

> (…) sin is consent to evil and contempt of God.[807]

Deze opvatting van de zonde impliceert dat herstel van de relatie met God wederom een innerlijk gebeuren is, dat wel begeleid maar niet afgedwongen

analyse van het criminaliseren van bedelarij: hij plaatst deze ontwikkeling in het licht van de overgang van de feodale naar de mercantilistische economie.

803 Van de Vrugt 1982, p. 9.

804 Abelard en Luscombe (begin twaalfde eeuw) 1971. Abelard heeft achteraf naar dit werk als *Ethica* verwezen; de oorspronkelijke titel was een verwijzing naar de Socratische gedachte: *Scito te ipsum*, ken uzelf. Zie over de invloed van de *Ethica* Berman 1983, p. 187-190.

805 Zonde die daar niet onder valt, kan na de biecht door de priester worden 'afgedaan'. Zie Berman 1983, p. 186.

806 Luscombe in Abelard en Luscombe (begin twaalfde eeuw) 1971, p. xxxii.

807 Luscombe in Abelard en Luscombe (begin twaalfde eeuw) 1971, p. xxxiii.

kan worden. De enige die inzicht heeft in de zonde en in het berouw is God zelf; ook de priester kan zich daar uiteindelijk geen oordeel over aanmeten.[808]

Deze opvatting van de zonde geeft antwoord op een buitengewoon belangwekkende vraag die Abelard in zijn *Ethica* formuleert:

> Why works of sin are punished rather than sin itself.[809]

Het antwoord dat hij geeft klinkt ons modern in de oren:

> For men do not judge the hidden, but the apparent, nor do they consider the guilt of a fault so much as the performance of a deed.[810]

Wil een zonde als misdaad gelden, dan moet die zonde zich in een zichtbare handeling manifesteren. Ook de zwaarte van de zonde moet worden afgeleid uit feiten en omstandigheden: alleen God heeft inzicht in de innerlijke motivaties van de mens. De enige uitzondering betreft de verdenking van verraad of ketterij.[811]

Abelards *Ethica* heeft grote invloed op Gratianus en op de canonisten, die zijn afwijzing van onderzoek naar het innerlijk van de mens bij de vaststelling van misdaad en straf echter *niet* overnemen. Wat zij wel overnemen is de nadruk op de intentie van de zondaar. Doordat zij het zondebegrip in sterke mate integreren in het misdaadbegrip heeft de nadruk op de intentie van de zondaar/misdadiger twee gevolgen, die het strafrecht en het strafproces tot op de dag van vandaag bepalen.[812] Ten eerste worden de schuldvormen (op-

808 Luscombe in Abelard en Luscombe (begin twaalfde eeuw) 1971, p. xxxiv: "Just as consent was seen to be the constituent feature of sin, so too inward sorrow for sin was seen to be the constituent feature of penance, and this interiorizing emphasis of Abelard led to his redefenition of the role of confession and of priestly absolution in the penitential scheme". De boetedoening is bij uitstek een consensuele straf! Vergelijk par. 0.2.5 hierboven.

809 Abelard in Abelard en Luscombe (begin twaalfde eeuw) 1971, p. 39.

810 Abelard in Abelard en Luscombe (begin twaalfde eeuw) 1971, p. 41.

811 Berman 1983, p. 188. Overigens beziet Abelard de straf niet alleen vanuit een oogpunt van rechtvaardigheid; anders dan God heeft de kerkelijke overheid vaak pragmatische gronden voor de strafoplegging, Abelard in Abelard en Luscombe (begin twaalfde eeuw) 1971, p. 45: "These proceedings are in accordance not so much with the obligation of justice as with the practicalities of government, so as to ensure, as we have said, the common utility by preventing public injuries". Het lijkt erop dat het eindoordeel over de zonde bij God ligt, die in het laatste oordeel de finale vergeldingsmaatstaf zal hanteren. Voor de kerkelijke en wereldlijke overheden vormt de preventie intussen ook buiten de maat van de vergelding een legitiem strafdoel.

812 Berman 1983, p. 189-190. Vergelijk ook par. 3.5.4 hierboven voor aanzetten in de Frankische periode.

zet of verwijtbaarheid) als intentie van de zondaar/misdadiger een voorwaarde voor strafbaarheid. Dat heeft tot gevolg dat - ten tweede - een onderzoek naar de innerlijke intentie van de verdachte noodzakelijk is om vast te stellen of überhaupt sprake is van zonde/misdaad. Dat onderzoek kan de verdachte overigens ook ontlasten. De selectieve overname van het gedachtegoed van Abelard leidt dus tot belangrijke materieelrechtelijke en procesrechtelijke hervormingen van het strafrecht. Materieelrechtelijk ontstaan de schuldvormen als voorwaarden voor strafbaarheid,[813] procesrechtelijk ontstaat een inquisitoire procedure die het onderzoek naar de materiële waarheid niet beperkt tot feiten en omstandigheden maar zich uitbreidt naar het onderzoeken van de innerlijke gesteldheid van de verdachte. Precies dit laatste onderzoek kan aanleiding zijn tot een radicale wijziging van de positie van de verdachte in het strafproces, wiens innerlijkheid transparant gemaakt moet worden en wiens persoon aldus tot voorwerp van onderzoek is geworden.

4.4.3.4 Ketterij en inquisitie

In de loop van de twaalfde eeuw wordt de kerk geconfronteerd met allerhande ketterijen.[814] Door de pauselijke claim van jurisdictie inzake geloofskwesties ontstaat een nieuwe misdaad: afwijking van de dogma's van het kerkelijk leerstellig gezag. Deze misdaad, de ketterij, was daarvóór een overtreding van de spirituele orde waarover kerkelijke rechtbanken geen jurisdictie hadden. De vestiging van de pauselijke *plenitudo potestas* leidt ertoe dat ketterij als één van de meest ernstige misdrijven wordt beschouwd, te straffen als verraad. Afwijking van de officiële leer van de kerk wordt gezien als een aantasting van het gezag van de paus, het *crimen majestatis* bij uitstek. De ketter die ondanks tortuur zijn afwijking van de kerkelijke dogma's niet wil afzweren, kan door de kerkelijke rechtbanken worden veroordeeld.[815] Ketterij is een misdrijf waarbij in beginsel geen aanklager te verwachten is; vervolging en opsporing zullen op initiatief van de kerkelijke overheid plaats moeten vinden. Daarnaast vraagt deze zonde zoals we hierboven gezien hebben om een diepgaand onderzoek naar de geestesgesteldheid van de verdachte.[816] Alleen een bekentenis kan tot verzoening met God leiden en omdat

[813] Het gaat hier met name om *crimina*, die - ook nu nog - hetzij opzet hetzij schuld veronderstellen (doleuze en culpoze delicten). Over de *contraventie*s die par. 4.5 (in het bijzonder 4.5.4.2) en hoofdstuk 6 hieronder.

[814] Zie Borngässer 1999 over de Katharen.

[815] Daarna volgde overdracht aan de wereldlijke autoriteiten voor de tenuitvoerlegging van het vonnis, Berman 1983, p. 186: "Thus the church overcame its aversion to the shedding of blood by engaging in it only indirectly".

[816] Van de Vrugt 1982, p. 9. Zie Drenth 1939, par. 3.3. waarin hij stelt dat het wezen van de straf in het canonieke recht 'de verzoening van de schuldige met God' is.

straf en boetedoening door de integratie van het misdaad- en zondebegrip hier in zekere zin met elkaar gelijk worden gesteld moet de kerkelijke overheid alles doen om de verdachte tot berouw, bekentenis en boetedoening[817] te dwingen. De inquisitie geeft dan ook hèt voorbeeld van de inquisitoire procesvorm. Over de invloed van deze procesvorm merkt Van de Vrugt op:

> De ketterprocessen tenderen er dan ook toe in overdreven vorm de kenmerken van de inquisitoire procedure te tonen. Het proces wordt ex officio gevoerd en berust minder op formele dan op rationele bewijzen, die door feitelijke opsporing worden verkregen. Vroeg, reeds in de 13e eeuw splitst de inquisitie (de procedure inzake ketterij) zich af van de hoofdstroom van het romeins-canonieke proces, waarvan de gewone kerkelijke gerechten gebruik maken en dat zij in niet onbelangrijke mate heeft geïnspireerd.[818]

Als slachtofferloos delict is de ketterij bepalend voor de opkomst van het inquisitoire *principe* als uitgangspunt van het strafrechtelijk beleid van de kerkelijke overheid.[819] De bijzondere aard van het delict, dat bestaat uit een ontkenning van door de kerk gestelde dogma's, is bepalend voor de inquisitoire *procesvorm* van het canonieke strafproces.[820]

Mede onder invloed van de hierboven aangeduide imperialistische praktijken van de kerkelijke jurisdictie gaan de seculiere overheden er in *criminele zaken*, dat wil zeggen in zaken die uit een schending van 'lijf ende lit' bestaan, toe over dit inquisitoire beginsel en deze inquisitoire procesvorm, waartoe de aanzetten al in het 'Rügeverfahren' en in de veritasprocedure herkenbaar waren, te implementeren.[821]

817 Abelard in Abelard en Luscombe (begin twaalfde eeuw) 1971, p. 77 'Of the reconciliation of sins' waar hij stapsgewijs de *repentance*, de *confession* en de *satisfaction* behandelt. Dat het afdwingen van berouw, bekentenis en boetedoening vanwege de principiële ondoorzichtigheid van de mens onmogelijk is, ontgaat Abelard overigens zoals hiervoor beschreven niet. Voor hem spelen deze zaken zich af tussen God en mens. Inzake ketterij zijn de afschrikkende werking van straf en strafproces – in de relatie tussen kerkelijke overheid en gelovige – echter van het grootste belang.

818 Van de Vrugt 1982, p. 9-10.

819 In gelijke zin ook Esmein 1882, p. 74 e.v.

820 Esmein 1882, p. 75: "Le décrétales [waarin het recht werd afgeschaft om zich via een zuiveringseed vrij te pleiten wanneer er geen formele aanklager was, mh] invoquent des passages de l'ancien et du nouveau Testament (…); mais en réalité, ce fut sur la toute-puissance papale et sur le droit de surveillance qu'elle entraîne qu'on s'appuya surtout".

821 Esmein 1882, p. 81: "Ne pourrait-on pas en conclure que, comme institution normale, l'enquête criminelle avant de gagner le Nord se serait implantée dans le Midi, où l'inquisition contre les hérétiques avait d'abord fait son apparition". Zie ook Van Caenegem 1954, p. 4, die overigens geen direct verband legt met de kerkelijke inquisi-

4.5 Crimen, delict en contraventie

4.5.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt het onderzoek naar de betekenis van de straf voortgezet met een historische analyse van de aard van normschendingen die ten grondslag liggen aan de straf. Daartoe volgen wij de ontwikkeling van twee strafsoorten zoals die vanaf de late middeleeuwen worden onderscheiden: de criminele straf en de boetestraf. Deze strafsoorten onderscheiden zich in eerste instantie doordat de criminele straf in tegenstelling tot de boetestraf onterend is. De strafbare feiten die aanleiding zijn tot beide straffen worden onderscheiden in *crimina* (voor de criminele straf) en *contraventie*s (voor de boetestraf). Omdat dit onderscheid van groot belang is voor het ontstaan en de ontwikkeling van het politiestrafrecht in de periode na de middeleeuwen worden *crimina* en *contraventie*s hier vanuit historisch perspectief nader onderzocht. Daarbij zal de ontwikkeling op een aantal punten worden doorgetrokken tot aan de Franse revolutie, ter voorbereiding van de ideeënhistorische analyse van het procesbeginsel in hoofdstuk 6. In deze paragraaf zal namelijk blijken dat het onderscheid tussen *crimen* en *contraventie* niet alleen aanleiding is tot zeer verschillende typen straf maar ook tot verschillende wijzen van berechting. Het onderscheid tussen *crimen* en *contraventie* wordt geproblematiseerd door het ontstaan van het delict als derde type strafbaar feit dat de eenduidige onderscheiding van *crimen* en *contraventie* doorbreekt.

Om te beginnen wordt het doel van de straf hernomen in termen van normatief en imperatief gezag (par. 4.5.2), waarna wordt onderscheiden tussen strafbaarstelling ter *be*vestiging van normen en strafbaarstelling met als doel normen te *vestigen* (par. 4.5.3). Dit onderscheid is van belang voor een goed begrip van het middeleeuwse onderscheid tussen *crimina* en *contraventie*s (par. 4.5.4) en het na de middeleeuwen ontstane onderscheid tussen *crimina*, *contraventie*s en delicten (par. 4.5.5). Ten slotte wordt de derde cesuur besproken die bij de ontwikkeling van straf en strafproces van belang is: de privatisering van het civiele recht bij de codificaties in de 19e eeuw (par. 4.5.6) is aanleiding om het voorheen civiele boetestrafrecht op te nemen in het criminele straf(proces)recht (par. 4.5.7).

tie: "De graaf beschouwt de misdrijven als overtredingen van zijn vredesgebod door zijn onderdanen die hij daarom straft; de rechten van de beledigde partij worden op een tweede en verschillend plan verdrongen; het is de centralistische staatsopvatting".

4.5.2 Normatief en imperatief gezag van de straf

In vervolg op hetgeen in par. 1.4.5.3 en 2.2.3.2 is uiteengezet, kunnen wij onderscheiden tussen het normatieve en het imperatieve gezag van de straf. Zoals iedere handeling heeft ook de straf normatief gezag in die zin dat er een precedentwerking van uitgaat die in dit geval versterkt wordt door het imperatieve gezag dat betrekking heeft op de handhaving van de norm als voorschrift binnen de verhouding tussen straffer en gestrafte. Het normatieve gezag van de straf ziet enerzijds op preventie van normschending: wanneer de straf de geschonden norm bevestigt zodat deze het handelen weer regelt zal normschending *voorkomen* worden. Anderzijds ziet het normatieve gezag op vergelding: de *verevening* van de schending effent de weg voor een hernieuwde anticipatie op de norm als regeling van het handelen. Wanneer de norm waarvan de schending bestraft wordt het handelen van rechtsgenoten onderling (nog) niet regelde, kan geen sprake zijn van een verevening. In dat geval kan ook geen sprake zijn van vergelding: het gaat dan om de vestiging van het normatieve gezag en niet tevens om bevestiging.

Ook het imperatieve gezag van de straf ziet enerzijds op preventie: met de straf wordt binnen de bevelsverhouding tussen normadressant en normadressaat een reden of motief gegeven om normschending *in de toekomst na te laten*. Anderzijds ziet het imperatieve gezag op vergelding: de straf biedt *genoegdoening* voor de schending van het gezag van de koning (*crimen majestatis*), van God (boetedoening) of van het systeem van het recht (seculiere vergelding). Ook in dit geval doet zich de vraag voor of in geval van nieuw recht sprake kan zijn van vergelding. Zoals hierboven vastgesteld kan het normatieve gezag van een norm die het handelen nog niet regelde niet hersteld maar alleen gesteld worden: er valt in dat geval (nog) niets te verevenen. Vanuit het imperatieve aspect ligt dit anders. Als het imperatieve gezag van rechtsnormen wordt verbonden met het gezag van de staat zal het voorschrift vanaf zijn uitvaardiging gelden en in ieder geval imperatief gezag hebben, dat kan worden aangetast.

Zowel preventie als vergelding kunnen dus binnen het perspectief van normadressaten onderling als binnen het perspectief van normadressant en normadressaten spelen. Voor een goed begrip van de rol die preventie en vergelding binnen beide perspectieven spelen is het noodzakelijk deze begrippen niet te reduceren tot een causaal respectievelijk moreel gezichtspunt. Het geïntegreerde gezichtspunt dat hier bepleit wordt is in het eerste hoofdstuk uitgebreid uitgewerkt, met name in par. 1.3.

4.5.3 Strafbaarstelling ter (be)vestiging van normen

De straf heeft als doel het herstel van het gezag van de geschonden norm. Dit veronderstelt dat de norm aan de straf vooraf gaat. Zoals we hiervoor hebben gezien[822] komt deze gedachte voort uit de omwentelingen vanaf het einde van de elfde eeuw, die ertoe leidden dat een straf alleen *denkbaar* is wanneer een vooraf gegeven regel geschonden is: schending van een voorafgegeven rechtsregel wordt een constitutief element van het strafbegrip. Voor die tijd werd de geschonden norm tijdens het proces van oordeelsvorming impliciet of expliciet vastgesteld door de *pater familias* (eenzijdige besluitvorming) of door het *ding* (consensuele besluitvorming, die dan ook niet tot het opleggen van een straf kon leiden) of door het gerecht in oude zin onder voorzitterschap van de vertegenwoordiger van de koning of heer (consensuele besluitvorming, die alleen ten aanzien van horigen tot strafoplegging kon leiden).[823]

Vanaf het moment dat paus en - later - koningen zichzelf als bron van alle recht gaan beschouwen kan rechtshandhaving niet meer voortkomen uit consensuele besluitvorming van een gemeenschap van *vrije* (jegens elkaar onafhankelijke) mannen. Ook de punitieve rechtshandhaving moet vanaf dat moment worden gebaseerd op de exclusieve bevoegdheid van de paus of de koning om recht *uit te vaardigen*. Deze absolutistische pretenties culmineren in de negentiende eeuwse gedachte dat het gewoonterecht alleen geldt als de staat dat verordonneert of toestaat. De gelding van het recht in de seculiere, koninklijke rechtsorde die zich vanaf de zestiende eeuw steeds meer als enige rechtsorde profileert, raakt steeds exclusiever verbonden met het recht van de koning om zijn onderdanen de wet te stellen. Zoals hiervoor onder verwijzing naar Berman is aangegeven werd met de creatie van de kerkelijk jurisdictie ook een seculiere jurisdictie geschapen.[824] Deze exclusieve kerkelijke jurisdictie impliceerde immers de secularisering van de jurisdictie van de andere overheden die de opdracht kregen de vrede te handhaven en zich daartoe als bron van alle (seculier) recht te presenteren. Rond het einde van de middel-

822 In het bijzonder de paragrafen 4.2.4.10 en 4.3.3.

823 Het is de vraag of de abstracte formulering van normen die voor ons vanzelfsprekend vooraf gaat aan bestraffing van normschending überhaupt plaatsvond. Zoals in het eerste hoofdstuk is besproken is het handelen van mensen per definitie regelgeleid maar impliceert dit in het geheel niet dat er enig bewustzijn van de gevolgde regels bestaat. De betekenis van de straf is norm(be)vestiging maar ook dat impliceert niet dat de norm als zodanig gearticuleerd is - anders dan in manieren van doen.

824 Volgens Berman is het ontstaan van een seculiere jurisdictie in de wereldgeschiedenis volstrekt uniek en afwijkend van de 'normale' gang van zaken, waarbij macht en religie conceptueel (legitimatie) en institutioneel (macht van klasse van priesters) verbonden zijn.

eeuwen wordt de legitimatie van de soevereine macht nog verbonden met een goddelijk recht dat transcendent is aan de contingente machtsverhoudingen waarboven de soeverein claimt zich te verheffen. Zijn handelen moet dan ook steeds voldoen aan de eisen die het goddelijk recht stelt. Als gevolg van de godsdienstoorlogen ontstaat juist voor de seculiere vorst de opdracht om de legitimatie van zijn jurisdictie buiten de goddelijke orde te zoeken: de strijd om de vraag wie het patent heeft op 'de' goddelijke orde leidt ertoe dat de koning alleen overleeft als hij de bemiddeling tussen de verschillende godsdienstige claims op zich neemt vanuit een seculier standpunt.[825] Wanneer de koning zijn legitimatie echter geheel buiten de goddelijke orde zoekt, lijkt de wil van de soeverein als enige bron van recht over te blijven. Dit zou betekenen dat de kiem van het negentiende eeuwse positivisme gezocht moet worden in de exclusieve jurisdictionele aanspraken van de *Dictatus Papae* uit 1075, die enerzijds de secularisering van de koninklijke rechtsorde afdwongen en anderzijds de Reformatie en de godsdienstoorlogen over zich afriep door de onbuigzame dictatoriale monopolisering van het geloofsleven binnen de kerkelijke jurisdictie.

Het positivisme veronderstelt dat alleen het uitgevaardigde recht geldt en verwijst daarmee naar de normadressant als enige rechtsbron. Wanneer deze normadressant de legitimatie van zijn gezag niet meer aan een goddelijke orde kan ontlenen is de verleiding groot die legitimatie in zijn soevereine wil te zoeken. Daarmee impliceert dit positivisme tegelijkertijd voluntarisme en decisionisme. De rechtsvorming krijgt een instrumentalistisch karakter: het recht, met name het uitvaardigen van wetten, wordt gereduceerd tot een middel tot een doel. Hierdoor kan dit recht de relatie tussen normadressant en normadressaten en die tussen normadressanten onderling niet meer vanuit het horizontale, normatieve perspectief bemiddelen. Het imperatieve aspect van rechtsnormen dreigt het enige aspect te worden dat telt.[826]

Het feit dat alle recht vanaf de moderniteit gedacht wordt als afkomstig van een monopolistische seculiere heerser neemt echter niet weg, dat onderscheiden kan worden tussen rechtsnormen die hun rechtskarakter danken aan de *erkenning* van bestaande sociale normen en rechtsnormen die hun rechtskarakter danken aan het *stellen of uitvaardigen* van nieuwe normen. Het onder-

825 Zie Beliën e.a. 1983, p. 92-206 over 'Vorsten, vrijheden en religie', in het bijzonder p. 202 over de godsdienstoorlogen en de noodzaak om de legitimatie van overheidsgezag niet langer in de godsdienst te zoeken, onder verwijzing naar met name Bodin.

826 Vergelijk de vier kenmerken die volgens Foqué 1987, p. 66-68 verbonden zijn met het 19e eeuwse legalisme: imperativisme, instrumentalisme, eenzijdig systeemdenken en afbeeldend denken. Zie in het verlengde van dit positivisme de 19e eeuwse formele conceptie van de rechtsstaat par. 6.4.3 hieronder.

scheid tussen sociale en rechtsnormen ligt in het feit dat rechtsnormen anders dan sociale normen *altijd* een imperatief aspect hebben, dat in een statelijke samenleving is verbonden met het bevelsrecht dat inherent is aan een statelijke ordening.[827] Wanneer dat imperatieve aspect *wordt verbonden met een* norm die het handelen als norm regelt, kunnen we spreken van het *be*vestigen van een norm. Wanneer dat imperatieve aspect in de zin van een uitgevaardigd voorschrift *vooraf gaat aan* een beoogd normatief aspect, kunnen we spreken van (een poging tot) het vestigen van een norm. Zoals hiervoor bij de bespreking van de verhouding tussen geschreven en ongeschreven recht al aan de orde is gesteld, zal bij het uitvaardigen van normen die het handelen al regelen een vorm van betekenisfixatie optreden die tegelijk codificeert en modificeert.[828]

Hiervoor is aandacht besteed aan het onderscheid tussen *mala in se* en *mala prohibita*.[829] Zoals opgemerkt gaat dit onderscheid e*nerzijds* terug op de uitbanning van het gewoonterecht, dat langzamerhand werd teruggedrongen naar een positie van aanvullend recht, dat uitkomst kon bieden bij leemten in het gestelde recht. Schending van rechtsnormen met een sterke basis in het locale rechtsbewustzijn werd - ook zonder strafbaarstelling - als een kwaad ervaren. In die zin is het *malum in se* een verwijzing naar het rechtsbewustzijn of gedeelde referentiekader van de rechtsgenoten die aan de jurisdictie van de koning zijn onderworpen. Het feit dat de koning gezag verleent aan de 'levende' rechtsnormen door schending strafbaar te stellen, leidt er in combinatie met het monopolie op de rechtsvorming toe dat alleen sprake is van strafbaarheid wanneer een *malum in se* tevens een *malum prohibitum* is. Schendingen van rechtsnormen die door de vorst zijn uitgevaardigd zonder vertrekpunt in het locaal gedeelde referentiekader, zijn geen *mala in se*, maar wel *mala prohibita*.

Anderzijds gaat het onderscheid tussen beide 'kwaden' terug op de tegenstelling tussen natuurrecht en positief recht. Bij Gratianus en de canonisten is het natuurrecht het recht dat voortvloeit uit de menselijke rede (dan wel de goddelijke openbaring). De secularisering van het natuurrecht in de zeventiende en achttiende eeuw leidt tot een steeds grotere nadruk op het rationele en universele karakter van het natuurrecht, dat tegenover de willekeur van het positieve recht wordt gesteld.[830] Het rationele Verlichtingsdenken laat tegelijk

827 Zie par. 1.3.3 hierboven.

828 Zie par. 1.4.5.1 hierboven.

829 Zie par. 4.4.2.

830 Interessant is het omgekeerde verwijt van de negentiende eeuwse positivisten, zoals Feuerbach, die nu juist de willekeur van het rationele natuurrecht (over wat redelijk is

weinig ruimte voor het gewoonterecht, dat als particularistisch en fragmentarisch wordt afgedaan. Het *malum in se* als een in het gewoonterecht gefundeerde, historisch en cultureel bepaalde normstelling, verdwijnt als het ware in de universalistische aanspraken van het rationele natuurrecht enerzijds en de monopolistische aanspraken van het positieve recht anderzijds.

4.5.4 Crimen en contraventie

4.5.4.1 Crimen

Ten aanzien van de vroege middeleeuwen onderscheidt Van der Poel tussen het *crimen* en de *contraventie*. Het *crimen* was volgens hem 'het strafbaar feit iuris naturalis, dat uit zijn aard boos en onterend is'.[831] Zoals hiervoor aangegeven zijn termen als 'ius naturalis' in de late middeleeuwen geïntroduceerd, onder verwijzing naar een door openbaring of door de menselijke rede te kennen natuurrecht. Ten aanzien van de vroege middeleeuwen kan beter gesproken worden van een rechtsnormschending die ook zonder strafbaarstelling als een ernstige aantasting van de rechtsorde wordt ervaren. Dit impliceert dat het *crimen* voortkomt uit het gewoonterecht, dat door de Frankische koningen werd opgetekend in de *leges barbarorum*.[832] Deze leges bestonden grotendeels uit minutieuze opsommingen van boetetarieven voor allerhande vredeverstorende daden. Uit het feit dat deze wetten personele werking hadden kan worden afgeleid dat zij gebaseerd waren op het recht dat gold binnen de verschillende Germaanse stammen. Het oogmerk van de boeten (compositie) was niet het afdwingen van nieuw recht, maar het voorkomen van een verstoring van de vrede door private wraak, zie par. 3.3.3 en 3.3.4. Het ging om ernstige aantastingen van de eer van een *vrije* en zijn verwantschapsgroep (familie of sibbe). De compositie beoogde de *plicht* tot bloedwraak af te kopen en de Frankische koningen probeerden in hun *capitularia* deze plicht tot een recht te verzwakken en uiteindelijk zelfs te verbieden.

In de late middeleeuwen vindt een belangrijke verschuiving plaats in de betekenis van het *crimen*. Zoals hierboven in 4.2.4.10 is besproken verdwijnt met de pauselijke en koninklijke machtsaanspraken het recht op private wraak en

zullen we het wel nooit eens worden) aangrijpen om met het oog op de rechtszekerheid de nadruk op het positieve recht te leggen.

831 Van der Poel 1953, p. 230. Zie ook Prins 1958, p. 147-157 over 'Politie en Justitie, Civiel en Crimineel'. Prins sluit nauw aan bij Van der Poel en bij het onderscheid dat in de Duitse literatuur werd gemaakt tussen 'Strafrecht en Verwaltungs- of Polizeirecht', zie hoofdstuk 6 hieronder, in het bijzonder par. 6.2 en 6.5.4.

832 Zie par. 3.5.3 hierboven.

ontstaat de strafbaarheid van het *crimen*. Die strafbaarheid is niet gericht op herstel van de eer van een persoon en zijn verwantschapsgroep maar op herstel van het imperatieve gezag van de geschonden norm: genoegdoening voor de inbreuk op de majesteit van de vorst die zijn gezag verbonden heeft met de geschonden norm. De taakverdeling tussen paus en koning maakt de koning bij uitstek verantwoordelijk voor de vrede in zijn territorium. Aantastingen van 'lijf ende goet' die aanleiding kunnen vormen tot eigenrichting zijn als bedreiging van de vrede een ernstige aantasting van het gezag van de koning: *het crimen mag niet meer worden afgekocht maar moet worden bestraft*. In plaats van de geldelijke afkoop van het *crimen*, die in oorsprong speelt in de verhouding tussen (verwanten van) dader en (verwanten van) slachtoffer, komt de lijfstraf, die speelt in de verhouding tussen koning en onderdaan. In de verhouding tussen gelijken past geen lijfstraf: als binnen die verhouding geweld wordt gebruikt gaat het om oorlog, private wraak of om de tweekamp. Pas de verticalisering van de verhoudingen die in de late middeleeuwen onder de invloed van de pauselijke revolutie doorzet maakt de lijfstraf voor *vrijen* mogelijk. Compositie wordt in geval van een *crimen* verboden:[833] de koning laat zich niet afkopen als ware de schending van zijn eer in geld uit te drukken. Daarentegen kan hij vanuit zijn almacht wel overgaan tot het verlenen van gratie. Het *crimen* komt dus voort uit een normschending die binnen de rechtsgemeenschap als normschending ervaren werd, maar ontleent zijn strafbaarheid aan het bevelsrecht van de koning.

Vanaf het eind van de elfde eeuw wordt onderscheiden tussen 'crimen capitale', die gestraft worden met de dood, de verbanning of algehele verbeurdverklaring en 'crimen niet capitale', die gestraft worden met een boete.[834] In een verhelderend artikel zet Monballyu het onderscheid als volgt uiteen:

833 Art. 13 van de Ordonnantie op de Criminele Justitie van 5 juli 1570, vanwege de landsheer, koning Filips II van Spanje. Het feit dat deze Ordonnantie bij art. 5 van de Pacificatie van Gent (8 november 1576) werd opgeschort (en bleef opgeschort) deed niet af aan het gezag dat de Ordonnantiën hadden.

834 Zie ook Van de Vrugt 1982, p. 14 e.v. over de Criminele Ordonnantieën van 1570, de 'hekkesluiter in de rij van grote zestiende eeuwse strafrechtcodificaties (..) bedoeld voor de 'Nederlandse' gewesten onder Habsburgse heerschappij'. In art. 32 van de Ordonnantie op den Stijl wordt de extraordinaire (inquisitoire) procesvorm voorgeschreven als uitgangspunt voor de berechting van crimina. Zie Van der Poel 1942, p. 50-53 die er op wijst dat de Ordonnantieën *alleen* betrekking hebben op de *crimina* en niet op de *contraventie*s. Zie ook Van de Vrugt 1982, p. 45 over de onderscheidingen die Antonius Matthaeus II in zijn 'De criminibus' van 1644 maakt tussen ernstige en lichte delicten en daarmee samenhangend tussen capitale en niet-capitale misdrijven.

> Het onderscheid tussen het 'civilijck' dan wel 'criminelijck' instellen van een strafvordering hing samen met het onderscheid dat men toen maakte tussen de 'capitale' en de 'niet-capitale' of 'civiele' misdrijven.
> a. 'Capitale misdrijven waren de misdrijven 'daer lyf of let ancleeft', die met andere woorden met een 'capitale' of 'corporele pugnitie', zijnde een doodstraf of een zware lijfstraf (met inbegrip van langdurige verbanning), waren bedreigd. Typische voorbeelden waren goddelijke of wereldlijke majesteitsschennis, moord, verkrachting, brandstichting, roof, diefstal met verzwarende omstandigheden.
> b. De 'niet-capitale' of civiele misdrijven waren slechts met een 'civile pugnitie' bedreigd. Tot de 'civile pugnitie' behoorden straffen zoals een geldboete, een 'amende honorable' of profijtelijke betering, een boetebedevaart en een korte verbanning van zes maanden of één jaar. Zoals gezegd kon de oplegging van deze sancties ook door het slachtoffer of zijn verwanten in de vordering tot schadeloosstelling worden gevorderd.[835]

Civiele misdrijven worden berecht tijdens civiele rechtsgedingen die in niets afwijken van andere civiele zaken.[836] Capitale misdrijven worden in beginsel[837] in een 'criminelijck' proces berecht. Monballyu schrijft hierover:

> In een civiel strafproces bestreden de gerechtsofficier en de verdachte elkaar als gelijkwaardige partijen met gelijke wapens in een rechtstrijd waarbij de strafrechter zoals in burgerlijke zaken een lijdelijke rol speelde. In een crimineel proces werd de verdachte echter voorwerp van ambtelijk onderzoek. Niet alleen geschiedde de vervolging er van overheidswege, maar vooral konden de strafrechters er - al dan niet op vordering van de vervolgende gerechtsofficier - alle maatregelen treffen die zij voor het ontdekken van de materiële waarheid nodig achtten. Een crimineel strafproces was dus duidelijk inquisitoir van aard.[838]

835 Montballyu 1991, p. 124. Zie ook Knigge 1994, p. 42 e.v. die het artikel van Montballyu als leidraad neemt bij zijn beschrijving van de historische wording van ons stelsel van strafvordering. Zie ook Van der Poel 1942, p. 41 e.v. die het onderscheid doorslaggevend acht voor een goed begrip van de ontwikkeling van het strafrecht, zie nader volgende paragraaf. Zie bijvoorbeeld ook Philips Wielant (1440-1520) (geciteerd in De Monté ver Loren 1942, p. 111), die onderscheidt tussen 'crismen capitale', "die men punieert metter doot, oft met eeuwege bannen ende confiscatie van goed" en 'crismen niet capitale', "die men punieert met ghelde oft met eeniger cleeynder punitie corporelle".

836 Vergelijk Van der Poel 1953, p. 229: "Gosses, *De rechterlijke organisatie van Zeeland in de Middeleeuwen*, Gron. 1917, p. 189, vermeldt nog, dat toen niet alleen het besef leefde, dat boeteschulden zich niet van privaatschulden onderscheidden, maar dat de Heer die zelfs *moest bewijzen met zijn eed*. Elke sanctie (of boete dus) is civiel, als het begane feit maar niet onterend is. Onterend is alles, wat 'aan lijf en lid roert' en slechts kunstmatig wordt er later meer onder gebracht".

837 Over de mogelijkheid een criminele vordering om te zetten in een civiele vordering, zie Monballyu 1991, p. 125 en noot 25 op p. 126, alsmede uitgebreid Van der Poel 1942, p. 44 e.v.

838 Monballyu 1991 p. 125-126.

Wij zien hier het hierboven gelegde verband tussen enerzijds de ontwikkeling van een nieuwe vorm van overheidsgezag in de late middeleeuwen en anderzijds het ontstaan van de lijfstraf en de inquisitoire procedure in zaken die voorheen werden 'afgedaan' door middel van private wraak, compositie of tweekamp.[839]

4.5.4.2 Contraventie

In de vroege middeleeuwen treffen wij volgens De Monté ver Loren de oudste voorbeelden aan van wetgeving in moderne zin. In paragraaf 3.5.3 zijn de *capitularia* van de Frankische koningen besproken, waarin zij nieuw recht uitvaardigden. Dit nieuwe recht bestond deels uit aanvullingen op het gewoonterecht (*capitularia legibus addenda*) en deels uit bestuurlijke maatregelen (*capitularia per se scribenda*).[840] Deze laatste hebben geen personele maar territoriale werking. Het overtreden van bepalingen van het nieuwe recht is een *contraventie*:

> Contraventie betekent over-tredinge, verbreekinge; d.i. de inexecutie of nalatigheid in het uitvoeren van iemant zijn woort, pligt of gebod; *de nalatigheid in het nakomen van de beveelen van een ordonnantie of wet*.[841]

Van der Poel leidt uit het onderscheid tussen *crimen* en *contraventie* twee conclusies af. Ten eerste meent hij dat het doel van de straffen die op de *contraventie*s zijn gesteld alleen bestaat uit 'een prikkel te geven, om de naleving van de (administratieve) wetten, om de rechtsorde ten dezen, zo goed mogelijk te verzekeren'.[842] Het doel van deze sancties is volgens hem - anders dan bij de

839 Van Caenegem 1956, p. 15 stelt vast dat pas vanaf dat moment sprake is van een publiek strafrecht en legt direct het verband met de opkomst van de inquisitoire procedure: "Ontstaat echter de opvatting dat de staatsmacht, in de persoon van de vorst, de universele behoeder is van de vrede van alle onderdanen en de plicht heeft alle vredesstoornissen, alle misdrijven als dusdanig te bestraffen, dan staan we voor een publiek strafrecht. De procedure moet deze ommekeer van de grondprincipes volgen, aangezien ze bij definitie geroepen is om voor dat nieuwe doel de adequate procesmiddelen te scheppen".

840 De Monté ver Loren/Spruit 2000, p. 80-81.

841 Van der Poel 1953, p. 230, die hier citeert uit de 'Woordentolk hedendaagse en aloude reghtspleginge' van Th. R.M. Boey, 's-Hage 1773.

842 Van der Poel 1951, p. 182. Zie ook Prins 1958, p. 233: "Het onderscheid tussen criminele en civiele vervolging onderstreept het verschil in functie van de straf, ten criminele treedt de overheid op als dienaresse van de wrekende gerechtigheid; de civiele vervolging wordt ingesteld, wanneer zulks doelmatig wordt geacht om de overtreder of zijn omgeving in te scherpen, dat zijn optreden niet wordt geduld". Zie vrijwel gelijkluidend de oratie van Rogier 2001, p. 12-16: 'Met welk doel straft het bestuur?'. Zie ook de oratie van Vervaele 1994, p. 12 noot 45 waarin hij verwijst naar Van der Poel

straf - niet 'het behartigen van gerechtigheid'.[843] Hij gaat ervan uit dat deze strafbare handelingen voordat zij door het uitgevaardigde recht verboden werden door 'de publieke opinie' niet als 'onbehoorlijk' werden ervaren. Zij krijgen dat 'karakter hoogstens, door de gewoonte van het (gedwongen) naleven er van'.[844] Kort gezegd meent Van der Poel dat de boetestraf alleen gericht is op preventie en niet op vergelding. Het feit dat deze *contraventie*s niet als zodanig worden ervaren leidt er volgens Van der Poel ten tweede toe, dat 'wil zij [de overheid, mh] naleving er van verzekeren, die sancties niet maar als het geval er zo toe ligt, maar altijd op de overtredingen ervan laten volgen'.[845] In termen van het hier ontwikkelde rechtsnormbegrip meent Van der Poel dat de boetestraf alleen speelt in het verticale, imperatieve perspectief. Tenzij de norm door (afgedwongen) gewoontevorming ook in het normatieve perspectief tot leven komt zal de straf zijn effect verliezen zodra controle opsporing en bestraffing ophouden.

Het onderscheid dat Monballyu hierboven maakte tussen 'crimen capitale' en 'crimen niet-capitale' valt samen met het onderscheid tussen *crimen* en *contraventie*, tussen mala in se en mala prohibita, of - zoals Hugo de Groot in zijn Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid het verwoordt - tussen 'blijckelicke misdaed' (maleficio) en 'wetduidinge' (quasi-maleficio).[846] Misdaad door wetsduiding wordt door Hugo de Groot in 1631 als volgt omschreven:

> Misdaed door wetduiding is wanneer de wet eenige uitkomste iemand toe-rekent tot misdaed. 't Welck wel kan gheschieden, oock daer waerlick geen misdaed en is,

en Prins en waar hij in de tekst wijst op de historische achtergrond van de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht. Voor een uitwerking van die achtergrond zie hieronder hoofdstuk 6.

843 Van der Poel 1951, p. 183.

844 Van der Poel 1951, p. 183.

845 Van der Poel 1951, p. 183.

846 De Groot, Dovring, Fischer en Meijers (1631) 1965, boek III, deel 32, punt 2. De Groot behandelt de straf als een verbintenis, die in geval van 'blijckelicke misdaed' t.a.p. punt 7: 'spruit uit eenige wet, ende uit de aengeboren wet wel in 't gemeen, alzoo de reden ons leert, datmen in deze boosheid des werelds de misdaden niet en kan verhinderen, ten zy dan door schrick, welcke schrick niet en kan te weghe ghebracht werden, anders als door eenig leed datmen doet aen de achterhaelde misdadighe: maer de bepalinghe moet komen uit eenige gegeven wet: want opwat wijze sulcs ofte sulcs sal werden gestraft, kan niet gestelt werden anders als door tusschen-komste van eenig verstand ende wille". Het delict wordt hier dus als een onderdeel van het privaatrecht beschreven, waarbij het delict aspecten van de onrechtmatige daad en van het strafbare feit heeft. Vergelijk de verbintenis uit delict in het Romeinse recht (de Lex Aquilia). Zie Feenstra 1993, met name V: 'Doodslag en verwonding in de Inleidinge van Hugo de Groot', zie ook De Monté ver Loren 1942, p. 130 e.v.

> maer nochtans niet zonder wettelicke oorzaecke, als wanneer iemand, uit het onze of door het onze, werd verkort.[847]

Hier is duidelijk zichtbaar dat sommige 'strafbare feiten' hun strafbaarheid uitsluitend ontlenen aan de wet: ook wanneer sprake is van een feit dat 'waarlijk geen misdaad is' kan 'gestraft' worden, zolang er maar een 'wettelijke oorzaak' kan worden gevonden. In termen van het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon stelt De Groot hier vast dat ook rechtsnormen die uitsluitend een imperatief aspect hebben door middel van 'straffen' gehandhaafd kunnen worden.

Met betrekking tot de *contraventie* is de boetestraf de normale strafsoort; boetestraf en beschermde rechtsnorm maken deel uit van het civiele recht. De term civiel verwijst in de late middeleeuwen - en ook nog ten tijde van de Republiek - niet alleen naar private aangelegenheden tussen burgers onderling - maar verwees *naar al het niet-criminele recht.*[848] Alles wat op geld waardeerbaar is, valt onder het civiele recht en aldus vallen alle schulden die voortvloeien uit de overtreding van bestuurlijke maatregelen onder het civiele recht:

> (…) dat de tegenstelling civiel en crimineel in het landsheerlijke tijdperk de juridische praktijk beheerscht. Civiel staat dus niet tegenover publiek. Civiel is niet alleen burger versus burger, doch kan ook beteekenen burger tegenover overheid. Dat beteekent echter niet, dat er b.v. geen administratief recht was. Integendeel, juist in het Oud-Vaderlandsch recht heeft men den oorsprong en de eerste onwikkeling van dat recht te zoeken. Het begrip civiel was echter ruimer en omvatte ook een deel van het publiek recht.[849]

Na afloop van de middeleeuwen ontstaat naast het civiele boetestrafrecht een - vaak gemeentelijk - politiestrafrecht, waar geen rechter meer aan te pas komt. Een deel van de niet-criminele punitieve rechtshandhaving wordt dus als civiel strafrecht afgedaan en een ander deel valt binnen het nieuwe domein van de *politie*. In hoofdstuk 6 komen we daar uitgebreid op terug.

4.5.5 Crimen, contraventie en delict

Het onderscheid tussen *crimen* en *contraventie* kan met het oog op de Frankische periode goede diensten doen. Het *crimen* was aanleiding tot eigenrich-

847 De Groot, Dovring, Fischer en Meijers (1631) 1965, Boek III, deel 38, punt 1.

848 Over de tegenstelling civiel-crimineel in samenhang met de tegenstelling politie-justitie Van der Poel 1942, p. 41 e.v. en Prins 1958, p. 147-157. Zie hoofdstuk 6 hieronder.

849 Van der Poel 1942, p. 38.

ting, die door de Frankische koningen zoveel mogelijk werd teruggedrongen in het kader van hun gezag als handhaver van de vrede. De *contraventie* daarentegen was een aantasting van het gezag van de koning, die niet kon toestaan dat zijn bevelen niet werden nageleefd. Als in de late middeleeuwen de aard van het overheidsgezag verandert, wordt het *crimen* in steeds sterkere mate gezien als een aantasting van het overheidsgezag, hetgeen zich zichtbaar wordt in de verdringing van de compositie door de lijfstraf.

Van der Poel wijst op een tussencategorie die in de late middeleeuwen ontstaat naast *crimen* en *contraventie*: het delict.[850] Het aantal wetten waarin bestuurlijke maatregelen worden afgekondigd neemt als gevolg van de nieuwe opvattingen over de taak van de overheid enorm toe: sinds de pauselijke revolutie is het scheppen van nieuw recht een van de belangrijke taken van de overheid. Deze bestuurlijke wetgeving constitueert een nieuwe maatschappelijke orde, die niet langer langs lijnen van verwantschap begrepen kan worden, maar bepaald wordt door de gelijkheid van alle rechtgenoten als subjecten van dezelfde soeverein. Schending van deze nieuwe orde kan een ernstige bedreiging van de koninklijke rechtsorde met zich meebrengen. Van der Poel meent dat het delict een categorie schendingen vertegenwoordigt die qua herkomst het karaker van de *contraventie* hebben, omdat de geschonden regel door de overheid als nieuw recht is uitgevaardigd, maar qua bedreiging van de koninklijke rechtsorde het karakter van het *crimen* hebben, omdat de schending 'zó ernstig is, dat het opleggen van een dergelijke sanctie als voor de *contraventie* gold, niet voldoende is'.[851] Het onderscheid tussen *crimen* en delict is vergelijkbaar met het onderscheid tussen *mala prohibita* tevens *mala in se* enerzijds en *mala prohibita* niet zijnde *mala in se* anderzijds. Het onderscheid tussen delict en *contraventie* bestaat in het feit dat het delict - anders dan de *contraventie* - een schuldvorm (dolus of culpa) veronderstelt (die voortvloeit uit de ernst van de aantasting van de maatschappelijk orde). Voor Van der

850 Van der Poel 1951, p. 183 e.v. en idem 1953, p. 230 e.v. Deze tussencategorie is na de Franse revolutie in Nederland (naar aanleiding van de Franse bezetting) en in Duitsland (onder invloed van Feuerbach) overgenomen: in Nederland werd naast de misdaad en de overtreding het wanbedrijf onderscheiden en in Duitsland naast het 'Verbrechen' en de 'Uebertretung' het 'Vergehen'. Zie ook Michels 1963. Zie verder hoofdstuk 6. Voor de situatie in Engeland zie Maitland 1885.

851 Van der Poel 1951, p. 183. Zie ook Prins 1958, p. 233: "(…) het recht dezer wetsdelicten is in beginsel dus altijd politie-recht, maar daarbij hoeft het niet te blijven. Betekent de overtreding een ernstig gevaar voor de samenleving, dan vraagt zij om een reactie, waarin naast haar ongeoorloofdheid ook tot uiting komt, dat de dader haar volstrekte onduldbaarheid had horen te beseffen en zo ontstaat een groep van 'wetsdelicten' die in strafwaardigheid uitgaan boven de - van nature onbehoorlijke - excessen en ongeregeldheden".

Poel is doorslaggevend dat het delict evenals de *contraventie* tot het civiele recht (in oude zin) behoorde en *niet* tot het strafrecht; herkomst en doel van de geschonden norm zijn volgens Van der Poel van een fundamenteel andere orde dan in geval van een *crimen*:

> Dergelijke zaken nu, die hun oorsprong vonden in wetgeving die 's lands oirbaar, het algemene belang, wilden dienen, noemde men in haar geheel 'civiele zaken'.[852]

Het *crimen* wordt berecht in een crimineel proces dat gebaseerd is op het beschreven inquisitoire beginsel. Deze inquisitoire procedure kon dan nog op twee manieren gevoerd worden. Monballyu schrijft:

> Zoals Wielant, Damhouder en de criminele ordonnantie van 9 juli 1570 het duidelijk aangeven, werden de criminele strafprocessen in de 16e eeuw nu eens 'ordinairlijck' en dan eens 'extraordinairlijk' gevoerd.[853]

Over het onderscheid tussen de ordinaire en de - vaak uiterst negatief beoordeelde - extraordinaire procedure, zegt Monballyu:

> De beslissing tot het volgen van de ordinaire dan wel de extraordinaire rechtspleging, werd derhalve in elk crimineel proces genomen na het vooronderzoek, dat tenminste uit een 'information préparatoire' en een ondervraging van de verdachte bestond. In wezen was het ordinaire strafproces niet anders dan een fase in een crimineel proces die zich afspeelde na het vooronderzoek, waarbij tussen de verdachte en de vervolgende gerechtsofficier een debat werd aangegaan over de verder te nemen rechterlijke maatregelen. Indien die procesfase in een crimineel proces werd overgeslagen, sprak men van een extraordinair proces.[854]

852 Van der Poel 1951, p. 184.

853 Monballyu 1991, p. 126. Hij neemt daarmee afstand van de visie van Esmein en velen na hem, die 'steevast enerzijds de ordinaire procesgang met de oude accusatoire procesvorm verbonden en anderzijds de pijniging met de extraordinaire procesgang [hebben, mh] geassocieerd'. Zie bijvoorbeeld ook Van Heijnsbergen 1927, p. 9-10 die het extraordinaire en het inquisitoire proces onder verwijzing naar onder meer Esmein aan elkaar gelijkstelt. Het is intussen niet onwaarschijnlijk dat de reconstructie van Esmein voor Frankrijk opgaat, terwijl die van Monballyu voor Vlaanderen opgaat. Zie de opmerkingen van Van Caenegem 1956, p. 65-66 over de positie van de Vlaamse baljuws in vergelijking met de Franse baillis. Van Caenegem meent dat het inquisitoire beginsel in Frankrijk pas veel later dan in Vlaanderen opkomt en dat om die reden naast de baillis een nieuw ambtenarencorps moet worden geïnstalleerd dat - anders dan deze baillis - georiënteerd is op een inquisitoire procesvorm.

854 Monballyu 1991, p. 131. Over de verschillende opvattingen over de verhouding tussen de ordinaire en de extraordinaire procedure in de Criminele Ordinantieën van 1570, zie Van de Vrugt 1982, p. 20: "De belangrijkste strijdvraag is, welke artikelen te samen, de kern van het zogenaamde extraordinaire proces omvatten. Vele van de andere verschillen vloeien voort uit het antwoord dat op deze vraag wordt gegeven. Voor Simon van Leeuwen ligt de kern van dit proces in de artikelen 2 t/m 17. Bavius Voorda daar-

Het extraordinaire proces is eigenlijk een verkort geding met een inquisitoire procesvorm. De *praktijk* van het extraordinaire proces is dan ook bijzonder problematisch: de verdachte verblijft in de kerker, heeft geen toegang tot rechtsbijstand en is permanent beschikbaar voor getuigenverhoren waarbij getracht wordt door 'strikvragen, door bedreigingen, ja zelfs door hulp der torture hem tot eene bekentenis van het fait te krijgen'.[855] Het zijn de misstanden binnen deze procedure, die de aanleiding vormen van Beccaria's invloedrijke geschrift tegen een strafproces dat door geheimhouding en door de grenzeloze beschikbaarheid[856] van de verdachte voor de willekeur van de magistraten tot een bot instrument van weerzinwekkende machtsuitoefening is verworden.[857]

Delicten en contraventiën worden daarentegen berecht in een *civiel proces*. Dit proces wordt beheerst door een accusatoir beginsel en een accusatoire procesvorm. Een feit dat civiel wordt afgedaan kan worden bovendien worden gecomposeerd. Deze compositie mag niet worden verward met de compositie van de private wraak, die was gericht op het voorkomen van eigenrichting en betrekking had op ernstige misdrijven (*crimen*). In de late middeleeuwen zijn juist de *crimina niet* meer composibel, omdat deze compositie door de lijfstraf is verdrongen.[858] Bij de compositie van delicten en contraventiën gaat het om

entegen leest in deze artikelen iets geheel anders. Voor hem omvatten deze artikelen het vooronderzoek dat zowel aan het extraordinaire als aan het ordinaire proces vooraf behoort te gaan. Hij ziet in de voorschriften van de artikelen 18 tot en met 27 het extraordinaire proces dat dan in de daarop volgende artikelen gevolgd wordt door een beschrijving van het ordinaire proces". Zie ook Drenth 1939, p. 194 e.v.

855 Aldus Amalry in 1777, geciteerd in De Monté ver Loren 1942, p. 185. Ook Batavius Voorda meent in 1792 dat tegen de praktijk van de extraordinaire procedure velerlei bezwaren zijn aan te voeren, zoals 'bezwaar tegen gewoonte om crimineel te dagvaarden zonder de ten laste gelegde feiten in de citatie te vermelden, bezwaar tegen het feit dat de beklaagde geen bijstand van practizijn of andere raadgever heeft'. Deze praktijken acht hij overigens in strijd met de Ordonnantie, die hij voortreffelijk acht. Zo meent hij ook dat het feit dat een vonnis gewezen op grond van een bekentenis niet appellabel is, onjuist is. Zie De Monté ver Loren 1942, p. 212. Precies die regel leidde ertoe dat de tortuur een ongekende vlucht nam, ter voorkoming van hoger beroep.

856 Juist bij criminele processen was het uitgangspunt - anders dan bij civiele processen - dat de verdachte ingesloten werd. Zie bijvoorbeeld ten aanzien van de situatie in Amsterdam tijdens de Republiek Faber 1983, p. 29 e.v. en 36 over het onderscheid tussen het criminele proces dat 'beneden' werd gevoerd, waar de verdachten vast zaten en het civiele proces dat 'boven' werd gevoerd ten aanzien van verdachten in civiele strafzaken.

857 Beccaria (1764) 1982.

858 Zie Van der Poel 1942, p. 50 e.v. over het verbod tot compositie in de 'Crimineele ordonnantie' van Philips II en idem p. 45 e.v. over de verdringing van de compositie door de lijfstraf. Hij wijt dit aan de invloed van het Romeinse recht. Dat is echter nog

het voorkomen van een civiel proces waarlangs de boetestraffen worden ingevorderd. Deze compositie kan worden vergeleken met onze strafrechtelijke transactie. Wat wel gebeurt is dat zaken met een crimineel karakter door de schout of baljuw civiel worden ingesteld, zodat ze alsnog composibel zijn. Dat van die bevoegdheid in ruime mate misbruik is gemaakt wijst op een gebrek aan checks en balances in de organisatie van de vervolgende en berechtende instanties.[859] Op het belang van die checks en balances komen we in het zesde hoofdstuk uitgebreid terug.

4.5.6 Privatisering van het civiele recht

Het delict heeft kenmerken van zowel het *crimen* als de *contraventie*. De toenemende overheidsbemoeienis die met de pauselijke revolutie wordt ingezet en door de seculiere heersers wordt voortgezet leidt tot een nieuwe maatschappelijke orde die in steeds sterkere mate als een door het recht *gemaakte* orde gedacht kan worden. Het onderscheiden van categorieën strafbare feiten op grond van hun herkomst kan ten aanzien van het Frankische tijdperk nog goede diensten doen, wanneer de private wraak en compositie als reactie op schending van ongeschreven recht tegenover de boete als reactie op schending van een uitgevaardigde regel kan worden gesteld. Vanaf de pauselijke revolutie verschuift de betekenis van het *crimen* echter steeds meer naar die van de *contraventie*. De schade die door het *crimen* aan personen of zaken wordt

geen verklaring voor het feit dat juist in de late middeleeuwen het keizerlijke recht van de Justiniaanse codificatie kennelijk zo goed past in de rechtsontwikkeling. Met Immink meen ik dat die verklaring gevonden kan worden in de veranderde verhouding tussen koning en vrijen, zoals die hierboven in par. 3.5.1 en 4.3 is beschreven.

859 Zie Van der Poel 1942, p. 48: "Wèl werd het op den duur een middel tot 'ongeoorloofde' compositie, een middel in de hand van baljuwen en schouten, om zich zelf te bevoordeelen, door zich financieele voordeelen te verschaffen, als zij zich lieten 'bewerken' om een criminele zaak civiel te instrueeren, of door de strafbepaling aan den rechter te laten, de mogelijkheid te openen, dat een zaak composibel werd gemaakt". Dit misbruik van de compositie, zie ook a.w. p. 105, neemt volgens Van der Poel niet weg, dat het instituut gezien moet worden tegen de achtergrond van het onderscheid tussen lijfstraffelijke zaken en boetezaken, welk onderscheid te maken heeft met de aard van de geschonden norm. Zie ook a.w. p. 106 waar hij zich verzet tegen s' Jacob 1937: "Van een onderscheiding in strafrechtelijk en bestuursrechtelijk (onderdeel van oud civiel) milieu vindt men bij hem niets; evenmin van de onderscheiding gratie voor lijfstraffelijke-, en compositie voor boetezaken, en zoo komt het, dat het volgens schrijver, p. 7 "het niet te verwonderen is, dat de theorie met het instituut compositie geen raad heeft geweten". Anders dan Van der Poel ook Van Caenegem 1954, p. 311-320 over de compositie met de baljuw, die a.w. p. 312 spreekt van een 'wettige en zeer verspreide praktijk'.

aangericht kan via een civiele actie tot schadevergoeding worden verhaald, maar de punitieve reactie raakt steeds meer verbonden met de verdediging van een door de soeverein gestelde maatschappelijke orde. Het ineenschuiven van *crimen* en *contraventie* wordt zichtbaar in wat Van der Poel het 'caractère mixte' noemt van het delict:[860] de schending van normen die als nieuw recht door de overheid zijn uitgevaardigd (de *contraventie*) is steeds vaker ook een schending van normen die het gedeelde referentiekader schragen (het *crimen*). De herkomst van de geschonden norm kan niet meer als criterium gebruikt worden om twee typen strafbare feiten te onderscheiden.

Wanneer na de Franse revolutie de derde stand de constitutie van een door de overheid beschermde *vrije* ruimte zoekt waarbinnen gehandeld kan worden op grond van private belangen,[861] ontstaat de behoefte aan een privaat recht waarin deze belangen in de vorm van vanzelfsprekende subjectieve rechten[862] geconsolideerd worden. Onder verwijzing naar het gedachtegoed van Montesquieu wordt in de negentiende eeuw een 'historic bargain'[863] tussen politiek en recht tot stand gebracht, waarin de rechter zijn onafhankelijkheid verkrijgt in ruil voor een strikte gebondenheid aan de wet. Door de gelijkstelling van wet en recht kan de rechtsvorming worden toegedeeld aan de politiek

860 Van der Poel 1951, p. 184.

861 Vervaele 1990, p. 51-57 (overgang van feodalisme naar mercantilisme). Weber 1960, p. 278 benadrukt het bijzondere karakter van deze door het recht geconstitueerde economische ruimte, in vergelijking met niet-westerse hoogontwikkelde samenlevingsvormen: "Für die Gütermarktsinteressen bedeutete die Rationalisierung und Systematisierung des Rechts, allgemein und unter dem Vorbehalt späterer Einschränkung gesprochen: zunehmende Berechenbarkeit des Funktionierens der Rechtspflege - eine der wichtigsten Vorbedingungen für ökonomische Dauerbetriebe, speziel solche kapitalistischer Art, welche ja der juristischen 'Verkehrssicherheit' bedürfen". Hij a.w. p. 277-278 wijst erop dat de leden van de derde stand ('Träger der rationalen Wirschaft') zich eerst 'mit der Fürstenmacht (..) zum Sturz der ständischen Gewalten verbunden, dann aber revolutionär gegen sie kehrten'.

862 Zie over de naturalisering van deze belangen in de Napoleontische codificatie Foqué en 't Hart 1990, hoofdstuk 2a en 6a. De vanzelfsprekendheid van de gecodificeerde subjectieve rechten werd ontleend aan de 'natuur van de mens' (a.w. p. 45), die wordt afgebeeld in termen van een 'privaatrechtelijk mensbeeld van het autonome en rationele en daardoor voorspelbare subject' (a.w. p. 44), dat best functioneert in 'een nieuw maatschappijmodel dat gericht dient te zijn op doorzichtigheid, voorspelbaarheid en (rechts)zekerheid' (a.w. p. 43).

863 Nonet & Selznick 1978, p. 58. De verwijzing naar Montesquieu is gebaseerd op het idee van de machtenscheiding en op een bepaalde interpretatie van de rol die hij de rechter toe zou kennen. Over de rechter als 'bouche de la loi' zie de oratie van Witteveen 1991 en Schönfeld 1979. Een dergelijke interpretatie van het gedachtegoed van Montesquieu leidt onvermijdelijk tot legalisme. Zie daarover Foqué 1987 en Foqué en 't Hart 1990, hoofdstuk 2c. Zie verder par. 6.3 hieronder.

(de wetgever) en kan de rechter worden voorgesteld als een apolitieke rechtstoepasser. De ruimte van het recht wordt de ruimte van het apolitieke, neutrale, op rechtszekerheid gerichte privaatrecht. Het sleutelbegrip van deze rechtszekerheid is de contractsvrijheid, kort samen te vatten in termen van het oude Burgerlijk Wetboek: 'overeenkomsten strekken partijen tot wet'. Tegenover de contractsvrijheid van burgers die juridisch gezien als gelijken worden behandeld, verschijnt dan het bevelsrecht van de overheid dat de relatie van ondergeschiktheid tussen burger en overheid constitueert. Aldus ontstaan een geprivatiseerd civiel recht en een alleen nog maar in termen van het imperatieve aspect gedacht publiekrecht. De tegenstelling tussen beide vormen van recht wordt in de loop van de negentiende eeuw zo groot dat sommige juristen eind negentiende, begin twintigste eeuw het publiekrecht niet meer als recht kunnen concipiëren.[864]

Een van de meest radicale herschikkingen van het prerevolutionaire recht vindt plaats met de totstandkoming van de *Code Civil* van Napoleon. Zoals wij hierboven gezien hebben verwees de term civiel in het prerevolutionaire tijdperk naar alles wat geen strafrecht is.[865] Onder het civiele recht vielen bijvoorbeeld alle schuldvorderingen die de overheid op grond van *contraventie*s van bestuurlijke regelgeving meende te hebben. Het boetestrafrecht maakte - voor zover het niet als *politie* aan het recht was onttrokken, deel uit van het civiele recht. Met de totstandkoming van de *Code Civil* wordt het bereik van de term *Civil* ingeperkt tot privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen, zijnde rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling met betrekking tot hun private belangen:

[864] Zie par. 6.4.3 hieronder.

[865] Zie Prins 1958, p. 150-157 over de periode vanaf de Bataafse Republiek (1795) tot na de afscheiding van België (1930) met betrekking tot de overheveling van het civiele recht naar het strafrecht, met in een bijlage een overzicht van de 'omschrijving van de overtredingen, waarvan de bestraffing behoort tot de civiele justitie' in (ontwerp)wetgeving van 1799 (Instructie Vrederechters, behorende tot de Algemene Manier van Procederen), 1808 (Ontwerp-instructie voor de civiele rechtbanken van Commissie-Farjon-Both-Hendriksen-Fockema), 1809 (Wetboek op de rechterlijke instellingen en rechtspleging in het Koninkrijk Holland) , 1815 (Ontwerp van wet op de organisatie der rechterlijke macht, red. Farjon) en 1820 (Ontwerp van wet op de samenstelling, regeling en macht der provinciale rechtbanken etc. Verworpen door tweede kamer 5 juni 1820). Samenvattend stelt hij op p. 150: "Men blijft vasthouden aan civiele vordering van boeten, aan compositie van minder ernstige criminele zaken. Eerst de inlijving bij Frankrijk brengt een radicale verandering, dan is van compositie geen sprake meer en van civiele vordering van boeten evenmin, maar na de restauratie komen de plannen uit de tijd van Lodewijk Napoleon onmiddellijk weer ter tafel. De vereniging met België heeft echter verhinderd, dat zij nog een kans kregen".

> Aujourd'hui les mots droit civil et droit privé sont synonymes. Le code civil lui-même en est la preuve; toutes ses dispositions ne se rapportent qu'aux intérêts particuliers, son objet: régler les rapports individuels, (…), son matière, la propriété (..) sa forme dans le droit positif. [866]

Vanaf dat moment komt het bestuursrecht ongecodificeerd in de lucht te hangen. Met ongecodificeerd wordt gedoeld op het feit dat het bestuursrecht niet op systematische wijze wordt ondergebracht in een materieel en een formeel deel, noch tot coherentie wordt gebracht door het ontwerp van een algemeen deel. Het boetestrafrecht dat deel uitmaakt van het civiele recht wordt overgeheveld naar het strafrecht: de 'lois criminelles' worden samen met het (civiele en politie-) boetestrafrecht opgenomen in de *Code Pénal*. Lijfstraf en boete vallen samen onder één strafbegrip, waarin *niet* de aard of herkomst van de geschonden norm (gegroeid of gesteld)[867] voorop staat maar het simpele feit dat sprake is van een punitieve reactie van de overheid. Vrijwel tegelijkertijd wordt de lijfstraf afgeschaft als volstrekt in strijd met de ge-

866 Aldus Locré, de secretaris-generaal van de Conseil d'état in *Esprit du Code Napoléon*, Parijs: L'Imprimerie Impériale 1805, p. 24 geciteerd bij Van der Poel 1951, p. 186. Locré a.w. p. 49 verstaat onder civiel recht oorspronkelijk het positieve recht. Zo stelt hij op a.w. p. 43: "Le droit positif, dans nos idées, est formé des lois que les Romains appellent le droit civil, c'est-à-dire, de celles que chaque peuple se constitue". Vergelijk ook de wijze waarop Montesquieu (1748) 1973 de term civiele regering gebruikt in de titel van XXXI, 2: 'Comment le gouvernement civil fut réformé', waar hij de civiele regering gelijkstelt met de politieke regering, als tegenhanger van de vermenging van private en publieke macht aan het begin van de feodaliteit. In gelijke zin John Locke in zijn *Second Treatise of Government* uit 1690, waarvan de titel luidt: 'An Essay concerning the true original, Extent and End of civil Government'. Ook voor Locke zijn 'political' en 'civil' synoniem waar het gaat om de constitutie van de samenleving, zie hoofdstuk 7 van genoemd traktaat. Vergelijk noot 96, p. 93 in Teunissen 1996, die drie betekenissen onderscheidt aan het begrip civiel in oude zin: (1) civiel recht is gelijk aan positief recht, onder verwijzing naar Hugo de Groot, (2) civiel recht is al het niet-criminele recht en (3) civiel recht als het vermogensrechtelijke deel van het recht, ook wanneer het om politie gaat. Zie ook de betekenisverschuiving die bij de interpretatie van de term 'civil' uit art. 6 EVRM door het Hof in Straatsburg aan het licht komt, Van Dijk en Van Hoof 1998, par. 6.2.3: 'Is 'Civil to be Equated with 'Private'?'.

867 Zie Van der Poel 1942, p. 31, die de aard van de norm aldus onderscheidt: "Zeer duidelijk, mijns inziens, staan hier tweeërlei soort normen en gevolgen tegenover elkaar. De norm is in het eene geval het verbod van toebrengen van lichamelijk (c.q. ander) leed aan den privaat persoon en daarnaast het verbod van het verstoren van den vrede (waarvoor men vredeloos werd). Op het eerste volgt betaling van weergeld, schadevergoeding aan de familie, op het tweede straf, n.l. het betalen van vredegeld aan den fiscus, waardoor men den vrede weer inkocht. De norm in het tweede geval is overtreding, breucke, van bestuursvoorschriften, die de overheid heeft ingesteld ter behartiging van het algemeen belang, met een boete of straf".

dachte dat alle burgers vrij zijn. De lijfstraf wordt vervangen door de gevangenisstraf.[868]

4.5.7 Overheveling van het bestuurssanctierecht naar het strafrecht

De privatisering van het civiele recht heeft dus een gevolg dat van groot belang is voor het onderzoek naar de betekenis van de straf: naast het politiestrafrecht[869] werd ook de punitieve handhaving van het bestuursrecht die plaatsvond via het civiele strafrecht naar het (voorheen criminele) strafrecht overgebracht. Deze overheveling heeft uiteraard grote gevolgen voor de manier waarop boetestraffen worden berecht. Als we ons richten op de Nederlandse situatie blijkt dat terwijl in het *Wetboek op regterlijke instellingen en regtspleging in het koningrijk Holland* van 1809 het boetestrafrecht nog op civiele wijze kan worden berecht, deze mogelijkheid met het van kracht worden van de *Code d'Instruction Criminelle* in 1811 verdwijnt. In de Franse Code, wordt een onderscheid gemaakt tussen misdaden (*crimen*), wanbedrijven (delicten) en overtredingen (*contraventie*s). De misdaden worden in aanwezigheid van de verdachte door een jury berecht, met een grote nadruk op openbaarheid en onmiddellijkheid en steeds voorafgegaan door een geheime instructie (vooronderzoek door de onderzoeksrechter). Hoger beroep is niet mogelijk. Verdachten van wanbedrijven en overtredingen kunnen ook bij verstek worden veroordeeld, instructie is bij wanbedrijven niet verplicht, bij overtredingen niet mogelijk. Tegenover een zeer uitgebreide wettelijke regeling van de terechtzitting met betrekking tot misdaden, zijn de regelingen ten aanzien van wanbedrijven en overtredingen summier. Hoewel in 1813 de jury in Nederland weer wordt afgeschaft, blijven de uitgebreide bepalingen voor het hoofdonderzoek ter terechtzitting bestaan. In het nieuwe Wetboek van Strafvordering van 1838 worden de voorschriften voor de berechting van misdaden, afgezien van een aantal afwijkingen, mede van toepassing verklaard op

868 De idee dat de gevangenisstraf de humanitaire opvolger van de lijfstraf zou zijn, is door Foucault aan een scherpe kritiek onderworpen. Zie ook de uitgebreide bespreking van Vervaele 1990, p. 56 e.v., die de gevangenisstraf koppelt aan de behoefte aan goedkope arbeidskrachten enerzijds en aan het van de straat houden van onproductieve krachten die het arbeidsethos van anderen zouden kunnen verstoren anderzijds.

869 Vanaf de zestiende eeuw wordt binnen het bevelsrecht naast wetgeving en rechtspraak een derde vorm van overheidsbemoeiienis onderscheiden: de politie (het bestuur). De *politie* verwijst naar een juridisch nauwelijks genormeerde ruimte waarbinnen de overheid doelen nastreeft die vaak punitief ondersteund worden met boeten. Aldus ontstond naast het civiele boetestrafrecht een politiestrafrecht dat gehandhaafd werd *door het bestuur* en aldus buiten de civiele en criminele jurisdictie viel. Zie verder hoofdstuk 6.

de berechting van wanbedrijven en overtredingen. De gelijkschakeling van civiele en criminele strafzaken in één wetboek in 1811, gevolgd door de gelijkschakeling van de procedure bij misdaden enerzijds en wanbedrijven en overtredingen anderzijds in het nieuwe wetboek van 1838, vindt zijn bekroning in het wetboek van 1886 waarin de wanbedrijven met de misdaden worden samengevoegd tot één categorie: de misdrijven. Instructie voor misdrijven is niet verplicht en hoger beroep steeds mogelijk.

Knigge constateert dat in de loop van de negentiende eeuw de berechting van de zware misdrijven (misdaden) steeds minder de kenmerken van een inquisitoire procesvorm vertoont, terwijl tegelijkertijd de berechting van minder zware vergrijpen steeds minder accusatoire trekken vertoont.[870] Hij verbindt aan deze constatering de suggestie dat het ontstaan van de vereenvoudigde procedure voor de kantonrechter, het instituut van de politierechter (beide 1921) en de enorme uitbreiding van de afdoening buiten geding in de vorm van de strafrechtelijke schikking en de bestuursrechtelijke sanctiebeschikking, mede veroorzaakt zijn door de gelijkschakeling van twee soorten punitieve ingrepen die naar zijn inzicht een verschillende benadering (afdoening) rechtvaardigen.[871]

Ook Van der Poel is van mening dat deze negentiende eeuwse operatie het zicht op het eigen karakter van de punitieve handhaving van het bestuursrecht heeft ontnomen. Zoals wij hierboven reeds zagen meent hij dat de punitieve handhaving van bestuursrecht *een geheel ander doel* heeft dan het straffen van capitale misdrijven. Theoretisch zoekt hij voor dit onderscheid aansluiting bij Goldschmidt,[872] die aan het begin van de twintigste eeuw de

870 Knigge 1994, p. 47.

871 Knigge 1994, p. 75 meent daarbij overigens dat het criterium voor een eenvoudige of zware procedure niet de proceshouding van de verdachte mag zijn maar de belangen die voor de verdachte op het spel staan: de hoogte van de sanctie.

872 James Goldschmidt 1902. Voor een bespreking van het wezensonderscheid dat Goldschmidt maakt tussen 'Verfassungsstrafrecht' en 'Verwaltungsstrafrecht' zie Goldschmidt 1902, p. 539-553 en Michels 1963, p. 9-11, deze stelt op p. 11: "Damit tritt neben dat eigentliche Strafrecht ein Pseudo-Strafrecht: das Verwaltungsstrafrecht. Dieses hat mit jenem nur die Form gemein, bleibt aber seiner Natur nach ein Institut der Verwaltung. Es ist der Inbegriff derjenigen Vorschriften, durch welche die mit Förderun desöffentlichen oder Staats-Wohl bestraute Staatsverwaltung im Rahmen staatsrechtlicher Ermächtigung in der Form von Rechtssätzen an die Ubertretung einer vewaltungsvorschrift als Tatbestand eine Strafe als Verwaltungsfolge knüpft. Während die früheren Lösungsversuche die Einheitlichkeit des Strafrechts unangetastet lassen, kommt die Verwaltungsstrafrechtstheorie zur Aufstellung zweier gänzlich verschiedener Strafrechte, von denen das eine seine eigentliche Heimat im Verwaltungsrecht haben soll". Er is een intern verband tussen deze opvatting van het

grondslagen legde voor het Duitse bestuursstrafrecht. Ik citeer de samenvatting van Van der Poel:

> Zeer kort weergegeven, ziet Goldschmidt den oorsprong van het latere 'administratief' strafrecht in den verordenings-'bannus', in het Koningsrecht der Frankische vorsten. De strafbaarstelling door den koning geschiedde te dien aanzien niet omdat de handelingen troffen, die op zich zelf rechtstreeks voor de rechtsorde - zooals hij dit begrip ziet - belangrijk waren. Dit geschiedde te haren aanzien alleen, omdat die handelingen een beletsel waren om een toestand in het leven te roepen, die de onontbeerlijke voorwaarde voor iedere verdere ontwikkeling vormt en dus de eerste zorg van het bestuur is: *de goede ordening van de gemeenschap* of wel: Het administratieve strafrecht is niet gericht op instandhouding van de rechtsorde - zooals hij die ziet - maar op de werkzaamheid van het bestuur, die op *bevordering van het algemeen welzijn* is gericht. Dit bestuursrecht richt zich dus op het bereiken van een bepaald doel in de toekomst. Reeds bestaande, in de vrije maatschappij voorkomende verkeerde toestanden of omstandigheden, trachtte men ten allen tijde te keeren of althans te vergelden door ze te bestraffen. Bij het bestuursrecht is het andersom. Men wil een bepaald ('welvaarts') doeleinde bereiken en stelt daarom den regel, die moet worden gevolgd. Het nakomen van dien regel kan slechts in den vorm van de op hare verwezenlijking gerichte werkzaamheid, door het juist daarvoor aangewezen orgaan, den koning, worden beschermd. Dit doet hij wederom door sancties op niet-naleving te stellen. Objectief gezien ligt dan het strafbare in het enkele feit van het handelen tegen zulk een verbod (het contrafacere) en subjectief beschouwd (beleediging van den koning) in het zich zelf ervan bewust zijn, dat men een door den Koning uitgevaardigd verbod overtrad (Bewusstsein der Verwaltungswidrigkeit). De banboete wordt niet volgens een gewoon proces, doch langs administratieven weg ingevorderd.[873]

Van der Poel bekritiseert Goldschmidt ten aanzien van het door hem gebruikte begrip 'rechtsorde', dat Van der Poel kennelijk als een inadequaat anachronisme beschouwt. In plaats daarvan stelt hij voor te onderscheiden tussen de "Staat 'vrede'-bevorderaar (vrede in middeleeuwschen zin) en den Staat welvaartsbevorderaar, die beide ingesteld zijn op behartiging van het algemeen welzijn. De Staat is in beide gevallen de vorst, doch in het eerste geval behoeft deze de medewerking van het volk (het gerecht [in oude zin, mh]), in het andere treedt hij geheel zelfstandig (door zijn ambtenaren) op".[874] Deze kritiek is niet consistent met Van der Poels analyse van het civiele karakter van het boetestrafrecht.

onderscheid tussen het criminele en civiele strafrecht en de formele conceptie van de rechtsstaat zoals die zich in de 19e eeuw in Duitsland ontwikkelde, zie par. 6.4.3 en 6.5.4 hieronder.

873 Van der Poel 1942, p. 34.

874 Van der Poel 1942, p. 40.

Zoals wij hierboven hebben gezien is een strafproces waarbij het gerecht in oude zin vonnis velde (de accusatoire procedure) een verschijnsel uit de vroege middeleeuwen, dat zich voortzet in het feodale gerecht waar de berechting door gelijken voorop staat. Deze accusatoire procedure wordt echter juist op het moment dat de staat volgens Van der Poel als 'vrede'-bevorderaar optreedt verdrongen door de inquisitoire procedure (zie par. 4.4).[875] De gevallen waarin de staat volgens Van der Poel optreedt als welvaartsbevorderaar vallen in zijn eigen analyse onder het civiele strafrecht hetgeen een accusatoire berechting impliceert. Goldschmidt meent daarentegen dat wanneer de staat optreedt als welvaartsbevorderaar geen sprake kan zijn van een accusatoire berechting binnen het civiele recht. Hij wijst op de administratieve herkomst van het politiestrafrecht, dat hij rechtstreeks in het verlengde van de koningsban van de Frankische koningen plaatst, die volgens hem 'buiten recht' op administratieve wijze (door de ambtenaren van de koning) werd afgedaan. Kennelijk is het boetestrafrecht in de loop van de middeleeuwen deels civielrechtelijk en deels administratief gehandhaafd. In dat laatste geval is de afdoening in handen van het bestuur en heeft alle kenmerken van de inquisitoire procesvorm.[876] Het naast elkaar voortbestaan van een civiel boetestrafrecht en een administratieve handhaving van politieovertredingen mag niet verbazen gezien de geleidelijke en vaak onderbroken uitbouw van het soevereine gezag van de middeleeuwse koningen.

De privatisering van het civiele recht en het overhevelen van het bestuurssanctierecht naar het strafrecht brengt het bestuur dus in een gunstiger positie ten opzichte van de te straffen persoon voorzover de betreffende normschending tijdens de Republiek in een civiel proces werd afgedaan. De verdachte komt nu - anders dan in het civiele proces - in een ondergeschikte positie te verkeren ten opzichte van de vervolgende overheid. Tegelijkertijd wordt, met de invoering van het negatief wettelijk bewijsstelsel in 1838, de bewijslast voor de overheid echter ernstig verzwaard in vergelijking met het

875 De jury die we in de koninklijke rechtspraak in Frankrijk en Engeland tegenkomen is geen 'gerecht in oude zin'. Zie bijvoorbeeld Berman 1983, p. 448 e.v. In gelijke zin Esmein 1882, p. 8, die stelt dat de jury niet gezien kan worden in het verlengde van de feodale 'jugement par les pairs'. Dat neemt niet weg dat de achterliggende gedachte van berechting door gelijken mede geïnspireerd is op het Germaanse ding, in het verlengde van het hierboven besproken 'Rügeverfahren' van de Frankische koningen, die een 'dingplicht' impliceerde en de 'stille waarheid' of 'schepenkenning'. Zie Sjöholm 1972 over de vraag of de jury oorspronkelijk een bewijsmiddel was (hetgeen wijst op een inquisitoire gedachte) of juist de oordelende instantie (hetgeen in accustoire zin verstaan kan worden); Sjöholm is met name geïnteresseerd in de vraag op welke gronden het Germaanse recht door een aantal germanisten als inspiratie of oorsprong van de jury is voorgesteld.

876 Zie verder hoofdstuk 6.

vrije bewijs dat in de civiele procesgang gebruikelijk was.[877] Dit gaat natuurlijk niet op voor zover sprake was van politionele afdoening, die geheel in handen was van het bestuur. In dat laatste geval is het de verdachte die met de overheveling van het politiestrafrecht naar het criminele strafrecht in een veel gunstiger positie komt te verkeren.

Het indelen van wanbedrijven en overtredingen bij het strafrecht betekent een verschuiving in het criterium op grond waarvan zaken door een strafproces werden afgedaan. In plaats van de herkomst en aard van de beschermde norm (gesteld of gegroeid), het doel van de straf (afdwingen van wenselijk gedrag of vergelden van onwenselijk gedrag), of de hoogte en soort van de straf (boete of gevangenisstraf), wordt het criterium eenvoudig de *vraag of sprake is van een voorgenomen punitieve handeling vanwege de overheid.*

4.6 Samenvattend: straf en strafproces in de late middeleeuwen

Feodaal recht, hofrecht en koninklijk recht
Naast de kerkelijke rechtsorde die aan het eind van de elfde eeuw een nieuwe conceptie van bestuur en recht installeert, ontwikkelen zich een aantal wereldlijke jurisdicties waarbinnen de laatmiddeleeuwse rechtsbetrekkingen gestalte krijgen. Naast het feodale recht waarin de relatie tussen *vrijen* (leenheer en leenman) voorop staat en het hofrecht waarin de relatie tussen heer (*vrije*) en horigen (on*vrijen*) voorop staat, groeit het koninklijk recht uit tot een gedifferentieerd samenspel van wetgeving, bestuur en rechtspraak waarin de koning in feite als enig vrije soeverein overblijft tegenover zijn tot subject geworden onderdanen.

In de feodale rechtsorde staat de eer van de *vrije* man, de edele, voorop. De bloedwraak als voorrecht en teken van die vrijheid wordt in de accusatoire procedure afgekocht met een compositie, dan wel op rituele wijze voortgezet in het tweezijdig godsoordeel (de tweekamp). De edele wordt berecht door zijn gelijken in het feodale, landsheerlijk gerecht. Gaandeweg wordt het in steeds meer gevallen mogelijk lijfstraffen op te leggen aan edelen, ook al blijft het oordeel over de schuld van de verdachte nog lange tijd voorbehouden aan het gerecht in oude zin. Pas als de koning beroep open stelt van uitspraken

[877] Knigge 1994, p. 48. Ten aanzien van overtredingen was het bewijs - mede dankzij de leer van het materiële feit - geen groot probleem, maar ten aanzien van de categorie wanbedrijven, die in 1886 bij de misdaden werden ingedeeld zouden deze strengere bewijsregels problematisch worden.

van de feodale gerechten wordt de adel geconfronteerd met een inquisitoire procedure, die vervolgens ook in eerste instantie binnen de koninklijke gerechten de accusatoire procedure gaat verdringen.

In de rechtsorde van de hof gaat het om de handhaving van een hiërarchische rechtsorde waarin de relatie tussen landsheer of hofmeier en horigen voorop staat. Ten aanzien van delicten die 'lijf ende lit' raken en aldus tot capitale straffen kunnen leiden, is het landsheerlijk gerecht bevoegd (hoge jurisdictie). De horige wordt daar berecht door een gerecht dat bestaat uit edelen. De berechting vindt plaats in een accusatoire procedure waarin ten aanzien van horigen de *eenzijdige* godsoordelen in geval van twijfel uitkomst moeten bieden. Wanneer deze godsoordelen vanwege de paus verboden worden en de koningen een koninklijke jurisdictie installeren worden ook de horigen gaandeweg onderworpen aan een inquisitoire procedure waarin tortuur en lijfstraf - mede onder invloed van de inquisitie - de hiërarchische verhouding tussen koning en onderdaan demonstreren.

In de koninklijke rechtsorde staat de handhaving van het gezag van de koning voorop. Doordat deze zich ten opzichte van adel en horigen gelijkelijk als soeverein opstelt, begint het onderscheid tussen beiden binnen de koninklijke jurisdictie te vervagen. Dat heeft uiteindelijk tot gevolg dat ook edelen met capitale (lijf)straffen bedreigd worden en dat ook de adel zich in een inquisitoire procedure moet verantwoorden. De compositie verdwijnt als instituut waarin de private wraakplicht kon worden bemiddeld. De koninklijke of extraordinaire jurisdictie wordt uitgeoefend door ambtenaren die rechtspreken namens de koning en die zich daarbij richten op de implementatie van het koninklijke recht.

Koninklijk recht en pauselijke revolutie

Terwijl het herstel van het gezag van geschreven abstracte rechtsnormen in de feodale rechtsorde en in de rechtsorde van de hof nauwelijks een rol speelt, vormt het koninklijk recht een voorgegeven, geschreven en uitgevaardigd recht dat geconcipieerd moet worden als een geheel van algemene regels. Deze algemeenheid is tweeërlei: enerzijds geldt het koninklijk recht in beginsel voor alle bewoners van een bepaald territorium (het onderscheid tussen *vrijen* en on*vrijen* wordt tegenover de koning steeds minder relevant) en anderzijds gelden de regels van het koninklijk recht in beginsel voor alle gevallen die binnen het bereik van de regel vallen. Het subject van de koning is normadressaat van de regel en kan daaruit aflezen welk handelen wel of niet van hem verwacht wordt. Het recht is voorgegeven; het komt niet pas in de beraadslagingen van een gerecht in oude zin tot stand. Deze oriëntatie op een abstract regelsysteem dat als gesteld recht functioneert binnen de relatie tus-

sen koning en onderdaan, komt volgens Berman voort uit de soevereiniteitsaanspraken van de pausen vanaf het einde van de elfde eeuw. Door het vestigen van een bureaucratische, hiërarchische, centralistische kerkelijke jurisdictie - geconstitueerd door de soevereiniteitsaanspraken van de pausen - worden de andere overheden gedwongen hun macht (potestas) en gezag (auctoritas) te ontlenen aan een seculiere jurisdictie.

Omdat dit gestelde recht geldt vanwege het bevelsrecht van de koning, is de schending ervan automatisch een aantasting van zijn gezag. Het koninklijke recht ontleent zijn gelding aan het onvoorwaardelijke en duurzame bevelsrecht van de koning, dat tot uitdrukking komt in het voortdurend uitvaardigen van nieuw recht. De implementatie van het nieuwe recht komt in handen van ambtenaren, die als rechter in moderne zin de berechting van rechtsschendingen uitvoeren. Schending van het recht van de koning staat gelijk aan het niet opvolgen van een bevel, hetgeen ertoe leidt dat de legitimatie van de straf gezocht moet worden in de schending van de majesteit. Ieder strafbaar feit is een *crimen majestatis*. De betekenis van de straf ligt allereerst in het herstel van het imperatieve gezag van de geschonden norm.

Stadsrecht

De explosieve groei van de agrarische productie en van de bevolking van Europa valt samen met het ontstaan van steden, waarin zich een geheel nieuwe rechtsorde manifesteert. Het stadsrecht, de constitutie van de stad, wordt door de landsheer binnen wiens territorium de stad zich bevond toegekend in ruil voor bijvoorbeeld belastingen. De constituties van de steden zijn gebaseerd op een vorm van zelfbestuur, waarbij vooral het verkrijgen van de hoge jurisdictie over de poorters de vrijheid van de stad ten opzichte van de landsheer vestigt. De rechtspraak vindt plaats voor de schepenbank, waarin de schepenen als vertegenwoordigers van de poorters een gerecht in oude zin vormen. Gezien het feit dat het stadsrecht voor een deel geschreven recht is, dat door het bestuur van de stad wordt uitgevaardigd, zien we hier de bijzondere combinatie van een gerecht in oude zin en de toepassing van een voorgegeven, geschreven recht. Het bijzondere van het uitgevaardigde recht van de steden is het feit dat het bestuur van de stad oorspronkelijk niet functioneert als vertegenwoordiging van de landsheer maar als representatie van de poorters: het imperatieve karakter van het uitgevaardigde recht kan zich aldus verbinden met een normatief aspect. Voor zover het criminele zaken betreft ontstaat met de zich uitbreidende jurisdictie van de koningen ook in de steden een extraordinaire inquisitoire procedure waarin de schout als vertegenwoordiger van de landsheer de vervolgende instantie is maar waar de schepenen het oordeel vinden. De schout is dus rechter in oude zin in een inquisitoire procedure.

Een nieuwe conceptie van recht

Samenvattend kunnen de radicale verschuivingen in de middeleeuwse samenlevingen die zich vanaf het eind van de elfde eeuw voordoen worden begrepen als de institutionalisering van een nieuwe conceptie van recht. Deze nieuwe conceptie ging niet vooraf aan de nieuwe politieke en maatschappelijke werkelijkheid maar valt er in zekere zin mee samen: het verband tussen recht en samenleving is niet causaal maar constitutief. 'Law is', zoals Geertz schrijft 'part of a distinctive manner of imagining the real'. Voor wie de veranderingen in recht en samenleving in de turbulente twaalfde eeuw beschouwt, dringt de cesuur tussen de nieuwe en de oude manier van verbeelden van de werkelijkheid zich op.[878] De nieuwe verbeelding van de werkelijkheid vat het recht intussen juist wél op als causaal voor de hervorming van de samenleving: het recht en de straf worden instrumenten in handen van overheden die een nieuwe maatschappelijke orde willen scheppen. Juist omdat het recht zijn eigen werkelijkheid creëert blijkt deze nieuwe conceptie het effect te bewerkstelligen dat het veronderstelt: het uitgevaardigde recht lijkt met gebruikmaking van lijf- en boetestraf het afdwingen van de naleving van voorschriften mogelijk te maken.

Crimen, delict en contraventie en de privatisering van het civiele recht

Hoewel deze nieuwe conceptie van recht in de kiem reeds aanwezig was in het 'bannum' van de Frankische koningen, ontbraken in de vroege middeleeuwen de randvoorwaarden voor een succesvolle implementatie ervan. Hoewel de pausen geen politie of legers op de been brachten, wisten zij deze nieuwe rechtsopvatting in vergaande mate te verwezenlijken via de hiërarchisering, bureaucratisering en juridisering van de kerkgemeenschap. De *capitularia* van de Karolingers bevatten dus wel nieuw recht en de breuk ervan werd wel met boete bedreigd, maar pas wanneer de koningen in de loop van de late middeleeuwen het recht - in navolging van de pausen - ontdekken als instrument voor machtscentralisatie krijgt deze nieuwe rechtsopvatting vaart.

Vanaf dat moment wordt de compositie van private wraak verdrongen door de lijfstraf en wordt het onderliggende conflict tussen rechtsgenoten opgevat als een inbreuk op door de overheid erkende en beschermde rechtsnormen: het *crimen*. De *crimina* zijn de 'capitale' misdrijven, dat wil zeggen misdrijven die met lijfstraf werden bedreigd. Crimineel strafrecht was oorspronkelijk synoniem met lijfstraffelijk strafrecht. Tegenover deze 'captitale' misdrijven

[878] Het recht beeldt de werkelijkheid dus niet af, maar uit. Zie 't Hart 1991 over afbeeldingsdenken. Af-beelden veronderstelt een voorgegeven, 'voorhanden' werkelijkheid; ver-beelden veronderstelt dat - in termen van het eerste hoofdstuk - de extrasystematische betekenis (het betekende, de wereld, 'the real') niet los van de intrasystematische betekenis (het verband van het teken binnen het geheel van tekens) gevat kan worden.

stonden de 'niet-capitale' of civiele misdrijven, die met een boete werden bedreigd. In die gevallen ging het meestal om de schending van een door de overheid uitgevaardigde rechtsnorm, welke schending (nog) niet als een inbreuk op de relaties tussen rechtsgenoten onderling werd ervaren. Deze schending, de contraventie, viel binnen het civiele of boetestrafrecht of binnen 'de politie'.

Terwijl de *crimina* in de loop van de late middeleeuwen steeds vaker werden berecht in een inquisitoire procesvorm, werden de *contraventies* afgedaan in een civiele procedure ofwel als politieovertreding 'bestuurlijk' (zonder tussenkomst van een rechter) afgedaan. Zoals hiervoor beschreven raken recht en samenleving door de toenemende macht en invloed van de koningen in steeds sterkere mate verweven, waardoor sommige conventies zich tot een nieuw type ontwikkelen dat een aantal aspecten gemeen heeft met de *crimina*. Dit nieuwe type, het delict, is weliswaar een schending van uitgevaardigd recht maar heeft met de *crimina* gemeen dat de schending meer is dan een inbreuk op het bevelsrecht van de koning. Het delict schendt evenzeer de onderlinge verhoudingen tussen rechtsgenoten, waardoor het een uitdijende tussencategorie gaat vormen tussen *crimen* en *contraventie*. Een andere manier om het verschijnen van het delict te verklaren is het op te vatten als een teken dat *crimina* en *contraventies* steeds meer ingroeien: het *crimen* is steeds zowel een inbreuk op de verhoudingen tussen rechtsgenoten als een inbreuk op het bevelsrecht van de soeverein, maar door de constitutieve verhouding tussen recht en samenleving leidt ook de *contraventie* steeds meer tot een verstoring van de verhoudingen tussen rechtsgenoten onderling.

De uiterste consequentie van het ineengroeien van *crimen* en *contraventie* wordt getrokken wanneer na de Franse revolutie alle vormen van punitieve rechtshandhaving door de overheid binnen het strafrecht komen te vallen: het civiele boetestrafrecht wordt overgeheveld naar het criminele strafrecht. Deze overheveling heeft grote gevolgen, die in hoofdstuk 6 nader worden uitgewerkt. In dat hoofdstuk zal ook nader worden ingegaan op de gevolgen van de privatisering van het civiele recht, die ten grondslag ligt aan deze operatie.

4.7 Conclusies delen I en II

4.7.1 Inleiding

In het tweede hoofdstuk is in aansluiting op de definities van Hart, Packer en Immink een materieel strafbegrip ontworpen ten einde het bereik van het

procesbeginsel in kaart te brengen. Dit strafbegrip is kort samengevat als punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid en vergeleken met de wijze waarop in de Nederlandse doctrine over punitieve sancties wordt gedacht. Daarbij is uiteraard aandacht besteed aan de wijze waarop het EHRM het begrip 'criminal charge' uit art. 6 EVRM heeft afgebakend. Het tweede hoofdstuk was gericht op de reconstructie van een strafbegrip waarbinnen verschillende bestaande punitieve praktijken onder één noemer gebracht kunnen worden. Het perspectief van het tweede hoofdstuk was synchroon. In het derde en vierde hoofdstuk is een poging ondernomen de historische achtergronden van ons begrip van de straf te schetsen door een onderzoek naar de oorsprong en de ontwikkeling van straf en strafproces. Bij dit onderzoek zijn ten aanzien van het strafbegrip twee relevante discontinuïteiten gereconstrueerd: ten eerste de overgang van een niet-statelijke naar een statelijke samenleving en ten tweede de overgang van een statelijke samenleving die grotendeels was gebaseerd op ongeschreven naar een statelijke samenleving die is gebaseerd op een nieuwe conceptie van recht, waarbij het primaat komt te liggen bij het gestelde, geschreven, uitgevaardigde recht. Terwijl de berechting van ernstige schendingen van de maatschappelijke orde in de loop van de late middeleeuwen plaats gaat vinden in een inquisitoire procedure, worden overtredingen van gesteld recht die een veel mindere inbreuk op de maatschappelijke orde vormen in een civiele, accusatoire procedure afgedaan of buiten geding 'afgekocht', dan wel administratief bestraft. In aansluiting op de twee beschreven cesuren heb ik een derde discontinuïteit beschreven, die de overheveling van die laatste vormen van punitieve handhaving betreft van het civiele recht in oude zin en van de *politie* naar het strafrecht in nieuwe zin.

Hieronder worden het synchrone perspectief van het tweede hoofdstuk en het diachrone perspectief van het derde en vierde hoofdstuk geïntegreerd tot een analyse van de dubbele oorsprong van de straf en van de betekenis van de vrijheid in relatie tot de straf. Daarmee ontstaat een nieuw zicht op de betekenis van de straf en wordt de relevantie duidelijk van de hier beproefde identificatie van bepaalde vormen van punitief handelen als straf (het in hoofdstuk twee ontwikkelde strafbegrip).

4.7.2 Dubbelzinnigheid van de straf

Wanneer wij het strafbegrip uit het tweede hoofdstuk hernemen en integreren met de bevindingen van het derde en vierde hoofdstuk, blijkt dat de omschrijving van het doel van de straf als 'het (her)stellen van het gezag van de geschonden rechtsnorm' verwijst naar de *dubbele oorsprong van de straf*. Daarmee wordt gedoeld op het inzicht dat de straf zowel historisch als systema-

tisch betrekking heeft op de schending van rechtsnormen die enerzijds deel uit kunnen maken van een gemeenschappelijk referentiekader (*crimen*) en anderzijds door een overheid op grond van haar bevelsrecht als zodanig zijn gesteld (*contraventie*). Voor zover een norm deel uitmaakt van een gemeenschappelijk referentiekader gaat het om het *herstellen* van het gezag van de geschonden norm. Voor zover daar geen sprake van is zal het moeten gaan om het *stellen* van het gezag van de geschonden norm. *Her*stel van het gezag van een geschonden norm impliceert dat deze rechtsnorm een sterk normatief karakter heeft in de zin van het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon. Het *stellen* van het gezag van een geschonden norm kan betekenen dat de rechtsnorm een overwegend of zelfs uitsluitend imperatief karakter heeft in termen van datzelfde rechtsnormbegrip.

Dit onderscheid mag er *niet* toe leiden dat normen uit een gemeenschappelijk referentiekader zonder meer tegenover normen worden gesteld die zijn uitgevaardigd door een soeverein op grond van diens bevelsrecht. Kenmerk van de straf is dat deze afkomstig is van een overheid, dat wil zeggen een institutie die heerschappij of bevelsrecht heeft. Dat betekent dat *alle straf*rechtelijk beschermde normen - ook de normen die deel uitmaken van het rechtsbewustzijn[879] - gedacht worden als afkomstig van de overheid. Vanaf de twaalfde eeuw ontstaat de gedachte dat alleen gestraft kan worden naar aanleiding van de schending van een uitgevaardigde rechtsnorm. Bij de beschrijving van de overgang van niet-statelijk naar statelijk recht is getracht te verduidelijken hoe cruciaal deze omwenteling is voor het rechtsnormbegrip dat ermee samen hangt. In niet-statelijke samenlevingen is geen sprake van differentiatie tussen rechts- en andere normen: het ontbreken van een centrale instantie met bevelsrecht impliceert dat het recht een aspect is van de constitutie van de sociale orde en geen autonoom systeem in handen van een speciaal daartoe aangewezen beroepsgroep. Zodra de handhaving van bepaalde (rechts)normen in handen komt van een soeverein die monopolistische aanspraken maakt op die handhaving, moeten de te handhaven normen als afkomstig van deze soeverein gedacht kunnen worden. Zij gaan hun gelding als *recht*snormen ontlenen aan het gezag van de soeverein die deze normen als rechtsnormen erkent. Deze verschuiving van de herkomst van de norm, die pas aanspraak op handhaving kan maken na uitvaardiging, gaat samen met de codificatie van het gesproken recht:[880] het uitgevaardigde recht is het geschreven recht. Daarmee verandert het vloeiende en in zekere zin consensuele karakter van het recht in een meer stabiel en op eenzijdige beslissingsmacht gebaseerd recht.

879 Zie par. 1.4.5.3 hierboven voor de betekenis van de term 'rechtsbewustzijn'.

880 Zie par. 1.4.5.1 hierboven voor het onderscheid tussen optekening en codificatie van het gesproken recht.

In termen van het hier gehanteerde rechtsnormbegrip differentieert het imperatieve aspect van rechtsnormen zich doordat het geannexeerd wordt door een instantie die zich de handhaving van de rechtsorde op exclusieve wijze aantrekt.

In het verlengde van de verdringing van het door een gerecht in oude zin gevormde gesproken recht door het uitgevaardigde geschreven recht, ontstaat een systeem van rechtregels dat haar coherentie ontleent aan de voortdurend hernomen reconstructie op een hoger abstractie niveau. De bijzondere verhouding tussen positief (uitgevaardigd) recht en de reconstructie daarvan in ethische en rationele termen (natuurrecht) leidt ertoe dat het recht als systeem in ontwikkeling een eigen leven gaat leiden. Vanaf het moment dat het recht in geschreven teksten wordt verankerd en een aparte beroepsgroep zich bezig gaat houden met het formuleren, implementeren en interpreteren van het recht, is de weg vrij voor een emancipatie van het recht als autonome maatschappelijke praktijk. Uiteindelijk zal de interpretatie van het recht zich niet alleen aan de consensuele besluitvorming van het gerecht in oude zin onttrekken, maar evenzeer aan de bevelhebber/normadressant/auteur die het recht uitvaardigt. Dit betekent dat *zowel* die rechtsnormen die deel uitmaken van een gemeenschappelijk referentiekader als die normen die als nieuw recht worden uitgevaardigd een ander karakter hebben dan de normen die in het *ding* gevonden en gevormd werden. Zij onderscheiden zich daarvan in eerste instantie doordat het imperatieve aspect van rechtsnormen in de statelijke samenleving verbonden is met bevelsmacht en in tweede instantie doordat het imperatieve aspect van rechtsnormen via de professionalisering van de rechtspraak wordt verbonden met het normatieve aspect. Dat normatieve aspect komt echter niet door middel van consensuele besluitvorming tot stand maar wordt door de rechter gereconstrueerd.

In een niet-statelijke samenleving kan geen sprake zijn van straf, hooguit binnen de beslotenheid van de huisgemeenschap. De 'straf' wordt in dat laatste geval geheel gedetermineerd door de volstrekt hiërarchische relatie tussen de 'heer' en de aan zijn gezag en bevel onderworpenen. Private wraak kan niet met straf worden gelijkgesteld, want zij komt voort uit de noodzaak de eigen vrijheid in de zin van onafhankelijkheid te bevechten. Die vrijheid (in de zin van onafhankelijkheid) hangt samen met de *eer* van de vrije man en diens verwantschapsgroep (sibbe). De private wraak is dan ook niet zozeer een reactie op de schending van een abstracte rechtsnorm maar een reactie op de schending van het relationele evenwicht dat de orde van de samenleving constitueert. De inbreuk op belangen die met de wraakneming plaatsvindt is ook niet noodzakelijkerwijs gericht tegen de individu die de orde geschonden heeft, maar op de verwantschapsgroep waar hij deel van uitmaakt. Ook de

afkoop van de wraak, de compositie uit de Germaanse en Frankische samenleving kan niet onder het strafbegrip vallen. Zelfs in het geval dat het gerecht in oude zin een compositie afdwingt kan de 'gedaagde' zich nog verweren door voor een tweekamp te kiezen. De compositie is in tegenstelling tot de straf in laatste instantie gebaseerd op consensualiteit en niet op een bevelsrecht. Voor mijn onderzoek naar consensuele procedures in het strafprocesrecht is dit een belangrijk punt: de consensualiteit die in onze consensuele procedures aan de orde is ontleent zijn betekenis nu juist aan het feit dat de overheid in beginsel gerechtigd is eenzijdig tot het opleggen van een straf over te gaan. In die zin is het vertrekpunt van de consensuele afdoening van strafzaken - te weten de mogelijkheid de straf eenzijdig op te leggen - van een heel andere orde dan het vertrekpunt van de compositie van private wraak. In dat laatste geval bestaat tussen partijen immers in het geheel geen gezagsverhouding.

Pas met de verdringing van de compositie door de lijfstraf in de loop van de late middeleeuwen ontstaat de straf voor wat vanaf dat moment *crimina* gaan heten: ernstige aantastingen van 'lijf ende goet' waarvoor 'capitale' straffen kunnen worden opgelegd. Voor die tijd was alleen de *contraventie* van door de Frankische koningen afgekondigde *capitularia straf*baar. De verdringing van de compositie valt samen met de verdringing van de godsoordelen, die in feite twee geheel verschillende vormen van geschilbeslechting representeren. Het eenzijdig godsoordeel komt dichtbij de lijfstraf: de verdachte wordt aan een ernstige aantasting van zijn persoon onderworpen. Het tweezijdig godsoordeel daarentegen was het voorrecht van de *vrije* man, die zich niet aan een compositie wilde onderwerpen. De tweekamp is in feite een geritualiseerde voortzetting van de private wraak. Het ontstaan van de lijfstraf voor de edelen wordt dan ook gevolgd door het ontstaan van de inquisitoire proces*vorm*, waarin de onderwerping van de edele aan de overheid (kerkelijk of wereldlijk) vorm krijgt. Binnen die procesvorm past de tortuur als teken van de onbegrensde toegankelijkheid van het subject voor de vorst. Lijfstraf, inquisitie en tortuur impliceren een strafbegrip waarbij de normschending geheel betrokken wordt op de aantasting van het gezag van de vorst die de norm heeft uitgevaardigd. Het herstel van het gezag van de vorst is van nog groter belang dan het herstel van het gezag van de geschonden norm. Waar het doel van private wraak niet zozeer het herstel van het gezag van een abstracte norm als wel het herstel van de eer van de *vrije* man en/of sibbe betrof, gaat het bij de lijfstraf die zich in de late middeleeuwen ontwikkelt om het herstel van het gezag van de majesteit (de eer van de soeverein). Pas met de ontwikkeling en uitbouw van een autonoom recht dat zich gaat onttrekken aan de almacht van de soeverein komt het herstel van het gezag van de norm als strafdoel op zichzelf te staan.

De dubbele oorsprong van de straf is zichtbaar in de twee procesvormen die elkaar historisch gezien opvolgen. De bemiddelende procesvorm die in het Germaanse *ding* en in de Frankische accusatoire procedure vorm kreeg en tot ver in de late middeleeuwen de strafrechtspraak ten aanzien van *vrijen* beheerste, constitueert een recht dat gevonden en gevormd wordt in aanwezigheid van alle rechtsgenoten dan wel hun vertegenwoordigers. Het proces is daarmee constitutief voor het rechtsbewustzijn: het punitieve handelen van de rechtsgemeenschap beschermt normen die het handelen regelen. De inquisitoire procesvorm die in de late middeleeuwen de berechting van capitale misdrijven gaat beheersen vanuit de pauselijke en vanuit de 'koninklijke' jurisdictie, vooronderstelt een positief recht dat exclusief wordt gebaseerd op het bevelsrecht van pausen en vorsten. Het punitieve handelen van (de vertegenwoordigers van) deze pausen en vorsten beschermt dan ook niet alleen normen die het handelen *regelen* maar evenzeer normen die het handelen van onderdanen *moeten gaan regelen*.

In het volgende hoofdstuk zullen de rationalisering en instrumentalisering van het recht die met de pauselijke revolutie zijn ingezet worden besproken vanuit de derde procesvorm van Salas, het 'fair trial', waarin aspecten van de bemiddelende en de inquisitoire procesvorm worden geïntegreerd. De eerste aanzet tot dit model breekt na de Franse Revolutie door in Frankrijk en wordt na de Bataafse revolutie en de Franse bezetting in Nederland overgenomen. Daarmee ontstaat een nieuwe verhouding tussen de beide aspecten van de strafrechtelijk beschermde norm, die herleid kunnen worden tot de dubbele oorsprong van de straf. In het zesde hoofdstuk zal de hier gevolgde interpretatie van de dubbele oorsprong worden hernomen en zal worden bepleit dat deze niet moet worden begrepen als reden om twee typen strafbare feiten te onderscheiden maar kan worden gezien als de verklaring en de bevestiging van het dubbelzinnige karakter van de straf, die steeds gericht is op vestiging èn bevestiging van het normatieve èn imperatieve gezag van de geschonden norm.

4.7.3 Straf en vrijheid

Wanneer de ontwikkeling van de straf vanaf de Germaanse samenleving wordt bezien in relatie tot het vrijheidsbegrip, verschijnt het volgende beeld. In de niet-statelijke samenleving van de Germaanse stammen werd binnen huisgemeenschap 'gestraft', terwijl binnen de sibbe en tussen sibben de private wraak en de compositie daarvan voorop stonden. De straf die zich binnen de rechtsorde van de huisgemeenschap ontwikkelde speelde in de relatie tussen een *vrije* en de aan zijn gezag onderworpen on*vrijen*. Deze 'straf' kon

alleen worden opgelegd aan on*vrijen*. De vrijheid van de Germaanse *vrije* was de onafhankelijkheid van enig boven hem gesteld gezag en in het verlengde daarvan de vrijheid om in samenspraak te beschikken over zaken van algemeen belang: de *vrije ding*genoot had deel aan de politieke machtsuitoefening binnen de stam. Het opleggen van een straf aan een *vrije* was volstrekt ondenkbaar binnen dit vrijheidsbegrip.

In de Frankische koninkrijken veranderde de relatie tussen de *vrijen* doordat zij hun vrijheid niet langer ontleenden aan de onafhankelijkheid van enig boven hen staand gezag, maar aan hun persoonlijke relatie tot de koning. Deze onderwierp hen aan zijn gezag, maar steunde bij het besturen van zijn rijk op hun raad en bijstand: aldus deelden zij in het gezag van de koning. In dat laatste bestond hun vrijheid. De onderwerping aan het gezag van de koning opende intussen de mogelijkheid om tot het straffen van *vrijen* over te gaan. De betekenisverschuiving binnen het vrijheidsbegrip maakte het mogelijk dat ook aan vrijen straffen werden opgelegd. Deze straffen beperkten zich echter tot boeten wegens het overtreden van de *capitularia*: de *contraventies*. Ernstige schendingen van 'lijf ende goet' werden in de accusatoire procedure gecomposeerd of via private wraak of tweekamp afgedaan. In die accusatoire procedure werd de *vrije* door zijn gelijken berecht: de samenstelling van het gerecht was een teken van de vrijheid in politieke zin.

Pas in de late middeleeuwen ontstond een nieuwe vorm van overheidsgezag waardoor *vrijen* en on*vrijen* in steeds sterkere mate gelijkgeschakeld werden in hun relatie tot de vorst. Vanaf het einde van de elfde eeuw begon de lijfstraf zowel de private wraak en compositie als de tweekamp te verdringen. Tegelijkertijd trachtten de koningen hun rechtsmacht en dus hun gezag uit te breiden tot degenen die tot ver in de landsheerlijke periode meestal volledig aan het gezag van de hofheer waren onderworpen. Het feit dat in diezelfde periode de lijfstraffen aan *vrijen* werden opgelegd door een rechter in oude zin, die aan het oordeel van het gerecht in oude zin was gebonden, toont aan dat in deze periode de macht van de vorsten (die tot uitdrukking komt in de lijfstraf) beperkt werd door het recht van de adel om door gelijken berecht te worden (welk recht tot uitdrukking komt in de accusatoire procedure). De betekenis van het vrijheidsbegrip wordt complexer door deze paradoxale ontwikkeling; enerzijds was de lijfstraf een teken van onderwerping en anderzijds was het voortbestaan van de accusatoire procedure een teken van de macht van de feodale adel, die zich tegen berechting door de koninklijke ambtenaren in een inquisitoire procedure verzette. Die complexiteit werd nog vergroot toen in de loop van de late middeleeuwen zowel *vrijen* als on*vrijen* zich door middel van een beroep op de *curia regis* aan de feodale rechtsmacht konden onttrekken, waardoor zij hun vrijheid rechtstreeks leken te ontlenen

aan de koning. Die vrijheid was echter afhankelijk van de machtsverhouding tussen leenmannen, leenheren en opperleenheer. Aan het einde van de middeleeuwen werd het machtsevenwicht tussen on*vrijen*, adel en koning doorbroken, toen het de vorsten lukte de hoge jurisdictie rechtstreeks aan zich trekken en zowel *vrijen* als on*vrijen* te berechten in een procesgang met een bij uitstek inquisitoire procesvorm. In die situatie was geen sprake meer van vrijheid, noch voor '*vrijen*' noch voor on*vrijen*. De monopolisering van de seculiere jurisdictie culmineerde in Frankrijk in het absolutisme van het Ancien Régime en maakte een einde aan de constitutionele verhoudingen tussen adel en koning. De absolutistische machtsaanspraken van deze vorsten leidden ertoe dat alle sub-jecten in beginsel rechtstreeks toegankelijk werden voor de centralistische machtsuitoefening van de soeverein. De enige die nog vrij was in de zin dat hij politieke zeggenschap kon uitoefenen, was de soeverein. De absolutistische soeverein gelijkt in die zin op het hoofd van de Germaanse huisgemeenschap.

In de volgende twee hoofdstukken wordt de procesvorm van het 'fair trial' geanalyseerd als procesvorm waarin het evenwicht van de wetgevende, bestuurlijke en rechterlijke macht op bijzondere wijze geïnstitutionaliseerd is. Aan dat evenwicht dankt de verdachte burger zijn kunstmatig - door het recht geconstrueerde - positie, van waaruit hij het oordeel over zijn handelen ter discussie kan stellen. De vrijheid die daarmee aan de verdachte wordt toegekend, dankt hij aan de overheid die door een interne differentiatie gelegenheid biedt die vrijheid te gebruiken om zich tegen haar eigen (voorgenomen) punitieve handelen te verzetten.

Deel III

Het procesbeginsel

Grond voor en object van [de straf] is het delict inderdaad als handeling, die in zijn subjectieve algemeenheid een norm, een voorbeeld stelt en wel een, naar de opvattingen van de gemeenschap, waarin zij gesteld wordt, verwerpelijke norm, die dan echter ook verworpen moet worden om hem te ontkrachten.

Jan Glastra van Loon

Hoofdstuk 5 Procesbeginsel en 'fair trial'

5.1 Inleiding

Nadat in de vorige twee hoofdstukken een historisch perspectief op straf en strafproces is uitgewerkt, keren we in dit hoofdstuk terug naar het systematische perspectief om de betekenis en de waarde van het procesbeginsel in kaart te brengen. Daarbij moeten verschillende vragen beantwoord worden. Verwijst de term procesbeginsel naar de eisen die aan een 'fair trial' gesteld moeten worden? In dat geval zou een onderzoek naar het beginsel zich richten op de constitutieve voorwaarden voor de procesvorm van het 'fair trial'. Het procesbeginsel verwijst dan naar het feit dat áls een strafproces wordt gevoerd, dit in een specifieke *procesvorm* moet gebeuren die afwijkt van de hiervoor besproken bemiddelende en inquisitoire procesvormen. Of verwijst het procesbeginsel naar het uitgangspunt dat punitieve handhaving niet zonder vorm van proces plaats mag vinden? In dat geval gaat het niet alleen om de proces*vorm* maar (bovendien) om het proces als voorwaarde voor strafbaarheid: het *nulla poena sine iudicio*. Met het oog op de consensuele afdoening van strafbare feiten is het verband tussen beide interpretaties van belang: in hoeverre wordt bij consensuele punitieve rechtshandhaving afgeweken van de in het 'fair trial' model uitgewerkte procesvorm?

Bij de bespreking van het procesbeginsel vanuit systematisch perspectief richten wij ons om te beginnen op een vergelijking van de procesvorm van het 'fair trial' met de bemiddelende en de inquisitoire procesvormen die in de hiervoor ontwikkelde geschiedenis van de straf beschreven zijn. Vanwege het eminente belang van de codificatie van deze procesvorm in art. 6 van het EVRM en de gezaghebbende interpretatie daarvan door het EHRM zal herhaaldelijk aansluiting gezocht worden bij de tekst van art. 6 en bij de rechtspraak van het EHRM dienaangaande. Na de verkenning van de constitutieve voorwaarden voor het 'fair trial' in par. 5.2, uitgezonderd de onschuldpresumptie, wordt in par. 5.3 de onschuldpresumptie aan de orde gesteld in relatie tot het *nulla poena sine iudicio*. We zullen daarbij onderscheiden tussen

twee interpretaties van de onschuldpresumptie: ten eerste een strikte uitleg die leidt tot een procesverplichting en ten tweede de - in het geldende recht erkende - ruimere uitleg die neerkomt op een recht van toegang tot de rechter waarvan afstand kan worden gedaan. In par. 5.4. wordt gekozen voor een derde interpretatie waarbij het 'fair trial' als regulatieve voorwaarde functioneert die noch een procesverplichting noch een van de willekeur van de betrokken burger afhankelijke afstand van recht bevat. In par. 5.5 zullen we tenslotte het tekort van de consensuele procesvorm bespreken door deze procesvorm te analyseren vanuit het perspectief van het 'fair trial' als regulatieve voorwaarde van de straf. Par. 5.6 bevat tot slot de samenvattende evaluatie van de verhouding tussen consensuele procesvorm en procesbeginsel.

5.2 De procesvorm van het 'fair trial'

5.2.1 Inleiding

Een bespreking van de constitutieve voorwaarden voor het 'fair trial' leidt vanaf de eerste poging daartoe naar de vraag hoe de verhouding is van deze voorwaarden onderling. Die verhouding kan cumulatief of alternatief begrepen worden. Cumulatief zou betekenen dat alleen wanneer aan iedere afzonderlijk voorwaarde voldaan is van een 'fair trial' sprake kan zijn, terwijl alternatieve voorwaarden zou betekenen dat voldoening aan een van de voorwaarden voldoende zou zijn. Om de verhouding tussen voorwaarden op die manier te kunnen beschrijven moeten voorwaarden conceptueel niet tot elkaar herleid kunnen worden, zij moeten als het ware los van elkaar staan. Hieronder zal echter blijken dat deze voorwaarden sterk met elkaar verweven zijn en onmogelijk los van elkaar besproken kunnen worden. Het feit dat de ene voorwaarde vaak onvermijdelijk in termen van de andere beschreven wordt duidt erop dat zij gezamenlijk de uitwerking zijn van een aantal achterliggende uitgangspunten. Zo zal bij een bespreking van de onafhankelijkheid van de rechter onvermijdelijk de centrale positie van de rechter in het proces ter sprake komen, die te maken heeft met de het feit dat de rechter een eigen verplichting heeft om de materiële waarheid vast te stellen, hetgeen ertoe leidt dat de bewijslevering ter terechtzitting ten overstaan van zowel de rechter als beide 'partijen' plaats moet vinden. Daarmee blijkt de onafhankelijkheid van de rechter samen te hangen met zijn onpartijdigheid, met het onmiddellijkheidsbeginsel, de vereiste 'equality of arms' en met het feit dat strafzaken in

beginsel op tegenspraak worden behandeld. De achterliggende beginselen zien uiteindelijk op de institutionalisering van de rechtstatelijke verhouding tussen overheid en burger die in het 'fair trial' gestalte krijgt. Zo is de onafhankelijkheid gerelateerd aan de onpartijdigheid omdat in het strafproces geen burgers tegenover elkaar staan, maar een overheidsinstantie (het OM) tegenover een burger (verdachte). Het feit dat de rechter zich ten opzichte van het bestuur onafhankelijk op moet stellen, betekent dat hij zich ter zitting tegenover de officier van justitie onpartijdig op moet stellen,[881] hetgeen in het Nederlandse strafprocesrecht bijvoorbeeld tot uitdrukking komt in art. 268 lid 2 Sv dat bepaalt dat de officier niet aan de tafel van de rechters plaats mag nemen.

Het uitgangspunt van het 'fair trial' is *tegelijk* de daadwerkelijke bestraffing van de schuldige ter handhaving van de rechtsorde èn de controle op de statelijke interventies die in de vorm van dwangmiddelen en straffen een inbreuk vormen op grondrechten.[882] Het proces is steeds tegelijk gericht op het (her)stellen van het gezag van de geschonden norm en op het (her)stellen van het gezag van de normen die het punitief handelen van de overheid normeren.[883] Deze *dubbele instrumentaliteit* impliceert een voortdurende spanningsverhouding bij de concrete uitwerking van deze uitgangspunten in constitutieve voorwaarden voor deze procesvorm. De uitgangspunten van het 'fair trial' zijn niet tot elkaar te herleiden (incommensurabel) en kunnen zich

881 Hiermee wil niet gezegd zijn dat het OM zonder meer als bestuursorgaan geconceptualiseerd zou moeten worden. Zie over de bijzondere positie van het OM 't Hart 2001.

882 Zie de vaak geciteerde passage uit de MvT bij het ontwerp van het nieuwe Wetboek van Strafvordering uit 1921, Bijl. Hand. II, 286, nr. 3, p. 3, waarin de bevoegdheidstoedeling die een 'krachtige repressie' mogelijk moet maken onlosmakelijk verbonden wordt met de begrenzing van die bevoegdheid zodat deze repressie 'niet meer dan noodig individueele rechten aantast of in gevaar brengt'.

883 Aldus keert een van de belangrijkste constitutieve voorwaarden voor het strafbegrip hier terug in de betekenis van het 'fair trial'. Zoals hieronder in par. 5.2.3 over de externe openbaarheid zal blijken, is deze normbevestigende werking van de straf - die ook in de bemiddelende procesvorm tot uitdrukking komt - in de loop van de late middeleeuwen verschoven van het straf*proces* naar de *tenuitvoerlegging* van de straf. Zie hierover Corstens 1999, p. 6-7, en p. 9-11 over de doelen van het strafproces, die hij onderscheid in een hoofddoel (verwezenlijking van het materiële strafrecht) en nevendoelen (speciale en generale preventie, voorkomen eigenrichting, orde scheppen en genoegdoening slachtoffer). Zijn visie op het hoofddoel van het strafproces hangt samen met zijn visie op het proces als noodzakelijk schakel tussen het materiële recht en de feitelijke strafoplegging (Corstens 1999, p. 4-5 en 11). Het lijkt mij - conform de in het eerste hoofdstuk besproken opvatting van het doel van de straf - onlogisch het door Corstens als hoofddoel geformuleerde doel los van de andere doelen te conceptualiseren en deze laatste dan ook nog eens als nevendoelen te zien.

in concreto soms niet tegelijk doorzetten (incompatibel).[884] Bij de toetsing van vermeende schendingen van art. 6 EVRM beziet het Europese Hof de constitutieve voorwaarden van het 'fair trial' die de uitwerking vormen van deze antinomische uitgangspunten dan ook altijd in hun onderlinge samenhang, die niet voor eens en altijd kan worden vastgelegd.[885]

884 Ik volg met deze conceptualisering van het onderscheid tussen incommensurabiliteit en incompatibliteit Kekes 1993. In geval van onrechtmatig verkregen bewijs zal gekozen moeten worden tussen bewijsuitsluiting die tot vrijspraak kan leiden (controle op overheidshandelen) dan wel bestraffing in het geval dat de strafbaarheid van de verdachte mede op grond van het onrechtmatig verkregen bewijs vast komt te staan. Vanuit een breder perspectief kunnen beide uitgangspunten overigens gecompatibiliseerd worden door de controle op overheidshandelen en de bestraffing van wie zich schuldig maken aan het begaan van een strafbaar feit als twee aspecten van het algemeen belang te zien: de veiligheid van de burger bestaat er nu juist in dat het recht hem beschermt tegen inbreuken op rechten en vrijheden van de kant van alle rechtsgenoten, waaronder ook de overheid valt. Deze opvatting van veiligheid vormt de kern van het vrijheidsbegrip van Montesquieu, en daarmee ook een belangrijk aspect van het procesbeginsel, zie hoofdstuk 6.

885 Zie bijvoorbeeld EHRM 21 februari 1975 A-18 (NJ 1975, 462: het Golderarrest), par. 28: "It [het eerste lid van art. 6 EVRM, mh] enunciates rights which are distinct but stem from the same basic idea and which, taken together, make up a single right not specifically defined in the narrower sense of the term". Deze verwevenheid van de in art. 6 opgesomde constitutieve voorwaarden voor het 'fair trial' impliceren dat de toetsing aan art. 6 niet in abstracto kan plaatsvinden, maar altijd (eventueel tevens) een toetsing in concreto zal moeten zijn. Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 428-9: " However, the Commission and the Court have avoided to give an enumeration of criteria in the abstract. In each individual case the course of the proceedings has to be assessed to decide whether the hearing concerned has been a fair one. What counts is the picture which the proceedings as a whole present, although certain aspects *per se* may already conflict with the principle of a fair hearing in such a way that an opinion can be give about the fairness of the trial irrespective of the further course of the proceedings (…). " Deze opvatting van de betekenis van het 'fair trial' impliceert bovendien dat de in het tweede en derde lid opgesomde eisen niet uitputtend bedoeld zijn. Daaromtrent schrijven Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 429 dan ook:"Although the enumeration in the second and third paragraph might create a different impression, the content of the term 'fair hearing' is not confined to the provisions of paragraph 3 and 3 of Article 6. The guarantees implied in the requirement of a 'fair hearing' in paragraph 1 fully apply to criminal proceedings as well, and this *a fortiori*. Consequently, the finding that the proceedings are in conformity with the requirements of the second and third paragraph does not make a review for their conformity with the 'fair-hearing' principle superfluous in all cases".

5.2.2 Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter

Verkenning ten aanzien van 'fair trial'

In beginsel kan onderscheiden worden tussen enerzijds de onafhankelijkheid van de rechter ten opzichte van het bestuur en anderzijds de onpartijdigheid van de rechter ten opzichte van partijen.[886] De onafhankelijkheid van de rechter wordt onder meer gewaarborgd door de benoeming voor het leven en heeft als doel de volledige vrijwaring van interventies vanwege de overheid in rechterlijke uitspraken of in het beleid van de rechter.[887] De onpartijdigheid van de rechter kan subjectief worden opgevat (het gaat dan om het ontbreken van de persoonlijke onbevangenheid van de rechter)[888] maar ook objectief (het gaat dan om het feit dat de wijze waarop het gerecht georganiseerd of samengesteld is aanleiding geeft tot twijfel aan de onpartijdigheid).[889] Naast de persoonlijke onpartijdigheid van een individuele rechter kan immers ook sprake zijn van het vermoeden van partijdigheid van een instantie, zoals het EHRM bijvoorbeeld vaststelde inzake geschillenbeslechting door de Luxemburgse Raad van State. In dat geval was niet uit te sluiten dat leden van de betreffende rechterlijke instantie in zaken die aan hun oordeel werden onderworpen in een eerdere fase advies hadden gegeven, waardoor niet zeker was dat zij in de betreffende zaken een onbevooroordeeld oordeel zouden hebben.[890]

886 Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 451. Zij wijzen er op dat het Hof de grens tussen onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet scherp trekt. Zo stelt het Hof in EHRM 22 oktober 1984, A-84 (Sramek) dat hier sprake is van een ontbrekende onafhankelijkheid van een van de rechters omdat deze hiërarchisch ondergeschikt was aan een van de partijen. Van Dijk en Van Hoof menen dat hier sprake is van een ontbrekende onpartijdigheid. Dat beide aspecten niet altijd gescheiden kunnen worden is in het strafproces overigens onvermijdelijk, nu een der partijen hier deel uitmaakt van de overheid (het OM).

887 Op dit punt werd dan ook kritiek geleverd op de voorstellen van de commissie Leemhuis om een Raad voor de rechtspraak in te stellen die bevoegdheden zou krijgen om het beleid van de individuele rechter op nationaal niveau gelijk te schakelen. Zie Haak 1998, in het bijzonder par. 4.

888 Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 454. Deze persoonlijke onbevangenheid wordt vooronderstelt deel uit te maken van het rechterlijk ambt zolang het tegendeel niet is vastgesteld. In het Nederlandse strafprocesrecht is in de artikelen 268, leden 1 en 2 en 271 lid 2 Sv de *onpartijdigheid* van de rechter jegens verdachte en OM uitgewerkt, welke onpartijdigheid overigens uit hoofde van de aanstelling als lid van de rechterlijke macht wordt vooronderstelt. Zie bijvoorbeeld HR 18 april 1995, NJ 1996,73, HR 26 mei 92, NJ 1992, 676, m.nt. 't Hart.

889 Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 454-457, onder verwijzing naar onder andere EHRM 1 oktober 1982, A-53 (Piersack) en EHRM 24 mei 1989, A-154 (NJ 1990, 627: Hauschildt) en 28 september 1995, A-326 (NJ 1995, 667: Procola).

890 EHRM 28 september 1995, A-326 (NJ 1995, 667: Procola).

De onafhankelijkheid van de rechter is uiteraard niet absoluut.[891] In beginsel is de rechter onafhankelijk van het bestuur maar gebonden aan de wet(gever). Die binding aan een vooraf gegeven, grotendeels geschreven recht is het contrapunt van de institutionele onafhankelijkheid ten opzichte van de bestuurlijke overheid. Het *samengaan van deze beide aspecten* (onafhankelijkheid van het bestuur en gebondenheid aan de wet(gever)) onderscheidt het 'fair trial' als procesvorm van zowel de bemiddelende als de inquisitoire procesvorm.

Verkenning ten aanzien van de bemiddelende procesvorm

De bemiddelende procesvorm doet zich voor bij afwezigheid van overheidsgezag of bij een zwakke vorm daarvan. De positie van de rechter creëert de ruimte voor partijen om zich ten overstaan van alle rechtsgenoten uit te spreken en biedt daarmee een uitweg voor situaties waarin rechtstreekse onderhandelingen tussen partijen dreigen te ontaarden in geweld en aldus een bedreiging vormen voor de gemeenschap. De duale relatie tussen beschuldiger en beschuldigde wordt omgevormd in een triade waarbinnen contingente machtsverhoudingen minder doorslaggevend zijn voor het verloop en de uitkomst van het geding. De verhoudingen binnen deze triade zijn in beginsel horizontaal: er is geen sprake van een bevelsrecht waaraan de rechter zijn oordeel ontleent. Voorzover er geen sprake is van een overheid is de rechter in oude zin onafhankelijk van het bestuur omdat dit bestuur in de vorm van een overheid ontbreekt. Voorzover er sprake is van een zwakke vorm van overheidsgezag, zoals ten tijde van de Frankische koningen, is de rechter in oude zin desondanks geheel afhankelijk van het gerecht in oude zin dat immers het oordeel velt en om die reden is hij inhoudelijk gezien onafhankelijk

[891] Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 452 onderscheiden drie vormen waarin de onafhankelijkheid gestalte moet krijgen: (1) het gerecht moet onafhankelijk van het bestuur functioneren in die zin dat het oordeel gevormd wordt 'on its own free opinion about facts and legal grounds'; (2) het onafhankelijk functioneren moet gewaarborgd worden door benoeming voor het leven en/of andere vormen van rechtspositionele onafhankelijkheid die ontslag door het bestuur in beginsel onmogelijk maken; (3) ook de schijn van afhankelijkheid moet vermeden worden: zelfs een *mogelijk* ingrijpen van de minister of staatssecretaris in een individuele zaak is in strijd met de vereiste onafhankelijkheid. Dat laatste punt geeft aan dat het Openbaar Ministerie in ieder geval niet als een onafhankelijke instantie in de zin van art. 6 EVRM gezien kan worden. Bij de herziening van de Wet op de Rechterlijke Organisatie is in art. 127 de bevoegdheid aan de Minister van Justitie toegekend om zowel algemene als *bijzondere* aanwijzingen te geven 'betreffende de uitoefening van taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie'. Zie hierover 't Hart 2001, deel I.

van de vorst. Bij het uitspreken van het oordeel is de rechter in oude zin tenslotte niet gebonden aan enig voorafgegeven recht, maar aan het oordeel dat het gerecht zich ter plekke en ter bestemder ure vormt.

Verkenning ten aanzien van de inquisitoire procesvorm
De inquisitoire procesvorm daarentegen doet zich voor bij een absolutistische variant van overheidsgezag. De positie van de rechter schept geen ruimte voor partijen om hun geschil te verwoorden omdat de rechter in feite zelf partij is. De relaties binnen de inquisitoire procesvorm zijn duaal en bovendien volledig verticaal: de verdachte is object van onderzoek en volstrekt ondergeschikt. De rechter in dat proces is volledig afhankelijk van de vorst, in feite heeft het zelfs geen zin te spreken van afhankelijkheid van het bestuur want er is in die situatie - nog - geen sprake van een scheiding tussen beide functies. De rechter spreekt recht *namens* de koning, aan wie dan ook de vrijheid toekomt te interveniëren als de uitspraak hem niet aanstaat. Anders dan de rechter in oude zin bij de bemiddelende procesvorm is de rechter in moderne zin bij de inquisitoire procesvorm volledig gebonden aan een voorafgegeven geschreven recht: zijn taak is niet anders dan de implementatie van dit voorgegeven recht. In die zin is hij volledig gebonden aan de wet(gever), die echter niet gescheiden kan worden van het bestuur omdat alle functies in het ongedeelde gezag van de vorst samengaan. Omdat de inquisitoire procesvorm een vorm van overheidsgezag implementeert waarin de wil van de soeverein wet is, staat de gebondenheid van de rechter aan de wet geheel in het kader van het afdwingen van een door de soeverein gesteld recht.

Herneming ten aanzien van het 'fair trial'
In het 'fair trial' zien we een combinatie van de onafhankelijkheid van de rechter uit de bemiddelende procesvorm met de gebondenheid aan een voorafgegeven grotendeels geschreven recht uit de inquisitoire procesvorm.[892] De positie van de rechter schept - net als bij de bemiddelende procesvorm - ruimte voor een uitwisseling van argumenten tussen beschuldiger en beschuldigde. De relatie tussen rechter, officier en verdachte is opnieuw die van een triade, maar anders dan bij de bemiddelende procesvorm moet de rechter hier zelfstandig oordelen over de voorgelegde zaak. Zijn positie ten opzichte van verdachte en officier is verticaal: zijn oordeel is gezaghebbend op grond van zijn verbondenheid met de staat. De onafhankelijkheid is nu niet gebaseerd

[892] Een aantal kenmerken van het 'fair trial' zien we in de tussenvorm van bemiddelende en inquisitoire procesvorm voor het stadsgerecht in de late middeleeuwen. Het stadsrecht was neergelegd in keuren en werd - zie ook par. 4.2.3 hierboven - toegepast door de schepenen met een scherp oog voor het ongeschreven recht dat zich vanuit de casus opdrong.

op de afwezigheid of het zwakke gezag van de overheid maar is juist door diezelfde overheid gewaarborgd dankzij een interne differentiëring van haar gezag. Tegelijkertijd betekent de gebondenheid aan het voorafgegeven recht *geen* rechtstreekse implementatie van een aan het bevelsrecht ontleende verzameling bevelen met een algemene inhoud, maar een autonome interpretatie van de toepasselijkheid van rechtsregels op de voorliggende casus. De autonomie van die interpretatie moet daarbij niet als een subjectieve willekeur worden begrepen maar als een zoeken naar de betekenis van de casus in het licht van het gestelde recht en een zoeken naar de betekenis van het gestelde recht in het licht van de casus. Bij die interpretatie speelt dan ook niet alleen het imperatieve aspect van de mogelijk toepasselijke rechtsnorm een rol maar steeds ook het normatieve aspect dat betrekking heeft op de gerechtvaardigde wederzijdse verwachtingen die het handelen in de casus hebben bepaald. De positie van de rechter in het 'fair trial' is dan ook verbonden met een relationele rechtsopvatting waarin het recht meer is dan een verzameling bevelen met algemene inhoud, hetgeen implicaties heeft voor de rechtsvinding die niet meer uitsluitend - zoals in de inquisitoire procesvorm - als een implementatie van een voorgegeven recht geconceptualiseerd kan worden. [893]

5.2.3 Externe openbaarheid

Verkenning ten aanzien van het 'fair trial'

De externe openbaarheid heeft twee aspecten: enerzijds maakt het de machtsuitoefening vanwege de overheid transparant en maakt het daarmee publieke controle mogelijk op het handelen van de rechter, de officier en de verdediging. Anderzijds zijn de zichtbaarheid van de gang van zaken ter zitting en de zichtbaarheid van de uitkomst van het proces constitutief voor de preventieve en vergeldende functie van de straf.[894] Het herstel van het gezag

[893] Zie par. 2.4.2 hierboven en 6.4 hieronder over het verband tussen een relationele rechtsopvatting en de conceptualisering van de rechtsstaat.

[894] De openbaarheid van de terechtzitting kan - rekening houdend met de belangen van verdachte en/of getuigen enerzijds en het algemeen belang anderzijds - gerelativeerd worden; de openbaarheid van de uitspraak is echter absoluut, art. 6 lid 1 EVRM: "Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice". Over de externe openbaarheid zie Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 438-442, die de open-

van de geschonden norm kan alleen tot stand komen als het beroep op die norm - welk beroep in de straf en in het strafproces vervat is - in de openbaarheid plaatsvindt.

Verkenning ten aanzien van de bemiddelende procesvorm
In een bemiddelende procesvorm is de externe openbaarheid niet weg te denken. Het gerecht dat zich een oordeel vormt over de voorliggende zaak bestaat in beginsel uit alle rechtsgenoten, die dus *niet als publiek* maar als *oordeelvormer* bij de zaak betrokken zijn. Ook daar waar het gerecht in oude zin bestaat uit vertegenwoordigers of representanten van alle rechtsgenoten is eo ipse sprake van externe openbaarheid. Het recht komt in diezelfde openbaarheid tot stand: niet als toeschouwer maar als rechtsvormer delen de rechtsgenoten in het (her)stellen van het gezag van de geschonden norm. De controlefunctie die in de externe openbaarheid van het 'fair trial' belichaamd is, veronderstelt een scheiding tussen rechter en publiek die in het bemiddelend proces feitelijk samenvallen.

Verkenning ten aanzien van de inquisitoire procesvorm
In de inquisitoire procesvorm ligt de zaak geheel anders. Foucault heeft er in zijn *Surveiller et punir* op gewezen dat de opkomst van de lijfstraf in de late middeleeuwen samenging met de openbaarheid van de *tenuitvoerlegging* van de straf.[895] Doel van de straf was dan ook minder het herstel van het gezag van een abstracte rechtsnorm als wel het herstel van het gezag van de vorst, dat door de schending van de norm was aangetast.[896] Rechtsnormen werden - zo-

baarheid evenals het Hof vooral betrekken op de controle van het punitieve handelen van de overheid. Het EHRM staat overigens vergaande inperkingen toe op de openbaarheid van de terechtzitting, zowel in de zin van een afstand van recht door de verdachte als in de zin van beperkingen door de nationale wetgever of rechter. In het Nederlandse strafprocesrecht is de openbaarheid uitgewerkt in art. 269 Sv (behandeling met gesloten deuren) en art. 362 Sv (openbaarheid van de uitspraak).

895 Foucault 1975, p. 44: "Le corps supplicié s'inscrit d'abord dans le cérémonial judiciaire qui doit produire, en plein jour, la vérité du crime. En France, comme dans la plupart des pays européens - à la notable exception de l'Angleterre - , toute la procédure criminelle, jusqu'a la sentence, demeurait secrète: c'est-à-dire opaque non seulement au public, mais à l'accusé lui-même". Zie ook Vervaele 1990, p. 88 in gelijke zin: "Alhoewel de strafuitvoering tot en met openbaar is - de veroordeelden staan dagenlang aan de schandpaal of worden op een publiek 'feest' verbrand - is er van openbaarheid, als klankbord van de publieke stem, absoluut geen sprake. (..) De strafwetgeving daarentegen is niet tot de openbaarheid, tot het publiek gericht, maar tot de praktijkmensen in het gerechtelijke apparaat".

896 Foucault 1975, p. 129: "Dans l'acien système, le corps des condamnés devenait la chose du roi, sur laquelle le souverain imprimait sa marque et abattait les effets de son pouvoir".

als hiervoor beschreven - in de loop van de late middeleeuwen steeds meer gezien als door een soeverein uitgevaardigde bevelen met algemene inhoud en de schending daarvan was dus in de eerste plaats een handelen in strijd met het koninklijk bevel. De lijfstraf was de ultieme expressie van de macht van de soeverein om zijn gezag te stellen. De controlefunctie van de externe openbaarheid was op deze manier geheel afwezig: de totstandkoming van het oordeel over de schuld van verdachte was geheel aan het zicht onttrokken. De appelfunctie van de externe openbaarheid beperkte zich daarenboven tot een appel aan het gezag van de vorst en pas in het verlengde daarvan aan de geschonden rechtsnorm. Naarmate de absolutistische verhouding tussen vorst en onderdaan meer naar de despotie neigde nam de willekeur bij de tenuitvoerlegging van straffen toe en daarmee nam het appel aan het gezag van de geschonden norm af. De inquisitoire procesvorm wordt gekenmerkt door een scheiding van de externe openbaarheid, die alleen de tenuitvoerlegging van de straf betreft,[897] van de interne openbaarheid die volledig afwezig is.

Herneming ten aanzien van het 'fair trial'

Het 'fair trial' combineert de zichtbaarheid van het proces ter terechtzitting (externe openbaarheid) van de bemiddelende procesvorm, met de *naar buiten toe afgeschermde voorbereiding* van de zitting die overeenkomt met de onzichtbaarheid van de inquisitoire procesvorm. De prominente rol van het dossier uit de inquisitoire procesvorm van de late middeleeuwen keert terug in de continentale variant van het 'fair trial'. Daar staat tegenover dat - anders dan bij een inquisitoire procesvorm - in het 'fair trial' sprake is van interne openbaarheid, die in het bemiddelend proces nog samen viel met de externe openbaarheid. De interne openbaarheid hangt samen met het beginsel van de 'equality of arms' dat hieronder besproken wordt.[898]

[897] De tenuitvoerlegging van de gruwelijke lijfstraffen die naar aanleiding van de ketterprocessen werden opgelegd, werd door de kerk overigens uitbesteed aan de wereldlijke overheid, aangezien de kerkelijke ambtsdragers zelf geen bloed aan hun handen konden velen.

[898] De interne openbaarheid betreft met name ook de voorbereidende niet-openbare fase van het proces. De artikelen 30 t/m 35 Sv bieden de verdachte in beginsel volledige toegang tot alle processtukken die voor zijn verdediging van belang (kunnen) zijn, in de art. 50 t/m 51 Sv wordt deze toegang mede aan de raadsman verleend. Uitzonderingen op deze openbaarheid - in het belang van het onderzoek - zijn mogelijk, maar onder strikte voorwaarden en deze uitzonderingen moeten altijd tijdelijk zijn. Zie ook EHRM 6 september 1978, A-28 (Klass) waar het Hof in het kader van de nationale veiligheid bepaalde beperkingen aan het recht op een 'fair trial' toestaat, die samenhangen met het feit dat de verdachte in sommige gevallen uit de aard der zaak niet op de

De externe openbaarheid krijgt ook gestalte in het motiveringsbeginsel, dat van het rechterlijk oordeel eist dat de beslissing narekenbaar is voor partijen en voor de appelinstantie. Het is in zekere zin het complement van het hierna nog te bespreken onmiddellijkheidsbeginsel, dat ziet op de confrontatie tussen rechter en bewijs en/of in bredere zin op de confrontatie tussen rechter en alles dat van belang is voor het vaststellen van de betekenis van de te bestraffen handeling in het licht van de beweerdelijk geschonden rechtsnorm. Waar het onmiddellijkheidsbeginsel geassocieerd wordt met het mondelinge karakter van het geding voor de rechter, ziet het motiveringsbeginsel in het algemeen op een schriftelijke verantwoording van het gevelde oordeel.

5.2.4 Onmiddellijkheid

Verkenning ten aanzien van het 'fair trial'

De onmiddellijkheid van het onderzoek ter terechtzitting betreft in de eerste plaats de verhouding tussen de rechter en het bewijs,[899] maar kan daarnaast ook betrokken worden op de kwalificatie van het bewezenverklaarde en de toepasselijkheid van strafuitsluitingsgronden.[900] Het beginsel impliceert dat de rechter geen recht doet op de stukken, zoals dat in een civiel proces mogelijk zo niet gebruikelijk is. Het onmiddellijkheidsbeginsel bewaakt de precaire verhouding tussen het *vermoeden van schuld* dat ten grondslag ligt aan de dagvaarding en aan het dossier waarover de rechter in de continentale traditie be-

hoogte kan worden gebracht van het feit dat er een onderzoek naar hem loopt. Het Hof lijkt bij het onderzoeken van de reikwijdte van deze beperkingen aansluiting te zoeken bij de beperkingen die volgens het tweede lid van art. 8 EVRM aan inbreuken op de privacy mogen worden gemaakt. Zie Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 426 en ook 428: "Moreover, the limitations applied must pursue a legitimate aim, while there must be an reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved".

899 Nijboer 1999, p. 92-93 spreekt over het onmiddellijkheidsbeginsel als een 'normatief principe dat twee functies heeft. Naar zijn formele functie is het procesmaxime, (…). Naar zijn bewijs-inhoudelijke functie gaat het om een optimaliserings- of maximaliserings-instructie: (…)'. In het eerste geval gaat het om zaken als 'de vaste samenstelling van het gerecht, de aanwezigheid van belangrijke getuigen en deskundigen ter zitting, openbaarheid en mondelinge procesvoering'. In het tweede geval gaat het om 'zoveel mogelijk naar directe, authentieke, informatiebronnen streven'. Voor dat laatste verwijst hij op p. 100-103 naar de invloed van de Franse bezetting waarmee een 'dossiercultuur' zijn intrede deed.

900 't Hart 2001, p. 151 spreekt over het feit dat 'de strijd om de feitenvaststelling en de strafrechtelijke semantisering' dient plaats te vinden binnen een kunstmatige enscenering, die hij verder uitwerkt als een eenheid van tijd, plaats en handeling (zie volgende noot).

schikt en het *vermoeden van onschuld* dat een onbevangen onderzoek naar de feiten vraagt.[901] Het onmiddellijkheidsbeginsel eist van de rechter dat hij na kennisneming van het dossier *zijn voorlopig oordeel opschort* en kennis neemt van hetgeen ter terechtzitting aan de orde komt, met dien verstande dat zijn uiteindelijk oordeel gegrond moet zijn op zijn onderzoek ter terechtzitting en niet op het dossier voorzover dat ter zitting niet aan de orde is geweest.[902] De onmiddellijkheid is langs die kant hecht verbonden met de interne en externe openbaarheid omdat juist die zaken die ter zitting aan de orde komen in ieder geval ter kennis komen van zowel verdachte als officier als van het publiek.[903]

Verkenning ten aanzien van de bemiddelende procesvorm

In de bemiddelende procesvorm staan oraliteit en eenheid van tijd, plaats en handeling voorop. Tussen onmiddellijkheid en het primaat van mondelinge procesvoering bestaat een intern verband dat voortvloeit uit de directe verhouding tussen sprekers die bij schriftelijke communicatie niet noodzakelijk is.[904] Zoals wij hiervoor gezien hebben betreft de onmiddellijkheid in de bemiddelende procesvorm niet zozeer het bewijsrecht *maar de totstandkoming van het recht zelf*. Het ontbreken van een voorafgegeven, geschreven recht betekent dat het recht ter bestemder plekke en ter bestemder ure wordt ge-

901 't Hart 2001, p. 131-167 bespreekt het 'fair trial' met het oog op de gevaren van de mediatisering van het strafproces. Hij legt daarmee het verband tussen de onmiddellijkheid van het proces en de externe en interne openbaarheid ervan. De onmiddellijkheid van het strafproces kan worden samengevat in het adagium uit de theaterkunst van de 18e eeuw, dat teruggaat op de *Poetica* van Aristoteles: de eenheid van tijd, plaats en handeling. Anders dan een oppervlakkige beschouwing zou kunnen suggereren, doorbreekt het toelaten van camera's in de rechtszaal de afgeschermde ruimte waar de actoren van het proces binnen de grenzen van de toegemeten tijd kunnen handelen, a.w. p. 50: "Verder komt de voortdurende mogelijkheid tot onmiddellijke tegenspraak, gerealiseerd in de bijzondere 'setting' van een terechtzitting, bij de media te vervallen. Dat komt omdat er geen eenheid van tijd, plaats en handeling is, maar ook doordat de logica van de media, ook al treden zij binnen het kader van hun eigen beroepsethiek nog zo fatsoenlijk op, niet gericht is op het contradictoire".

902 Art. 301 lid 5 Sv bepaalt: 'Ten bezware van verdachte wordt geen acht geslagen op stukken, die niet zijn voorgelezen of waarvan de korte inhoud niet overeenkomstig het vierde lid is meegedeeld'. Dit wordt wel het formele onmiddellijkheidsbeginsel genoemd.

903 Zie Garé 1994, die spreekt van het onmiddellijkheidsbeginsel als 'structuurbeginsel' dat veel meer omvat dan alleen een verwijzing naar het bewijsrecht.

904 Deze onmiddellijkheid impliceert overigens niet dat de rechter op deze wijze rechtstreeks toegang heeft tot de materiële waarheid. Zie 't Hart 2001, p. 131-167 over de gevaren van de mediatisering van het strafproces.

vonden en gevormd. Het normatieve aspect van de steeds weer te actualiseren rechtsnormen hangt direct samen met de onmiddellijkheid die de verhouding tussen het gerecht in oude zin en het door hen te vormen recht beheerst.

Verkenning ten aanzien van de inquisitoire procesvorm

In de inquisitoire procesvorm is de onmiddellijkheid weggeschreven. Aangezien het proces gericht is op de implementatie van een voorgegeven recht,[905] mag niets aan het toeval worden overgelaten. De distantie die wordt opgeroepen door de introductie van het geschreven recht en van het dossier dat de loop van het proces bepaalt, is in de inquisitoire procesvorm totaal.[906] Het onvoorspelbare dat eigen is aan mondelinge communicatie is geheel verdrongen ten gunste van een minutieuze regie vanuit het dossier. De volstrekte distantie tussen rechter en verdachte waarborgt het imperatieve karakter van de beschermde rechtsnorm, die uitsluitend gezien wordt als een voorschrift waarvan de naleving in het geding is. Implementatie van een voorgegeven recht verdraagt geen discussie over aard en bereik van de betreffende norm, omdat in dat laatste geval het gezag van die norm mede af zou komen te hangen van de normatieve betekenis ervan.

Herneming ten aanzien van het 'fair trial'

Het 'fair trial' combineert de eis van het zoveel mogelijk ter zitting bespreken van alle relevante feiten en omstandigheden die de strafbaarheid van feit en dader bepalen met de mogelijkheid om gebruik te maken van bewijs dat voorafgaand of buiten de zitting is verzameld - zolang de verdediging maar de mogelijkheid heeft (gehad) om zich op een adequate manier tegen dit bewijs te verweren.[907] De onmiddellijkheid maakt het mogelijk om de oordeelsvor-

905 Zie hierboven par. 1.4 over de implicaties van de introductie van geschreven recht, par. 3.2.3.3 over de inquisitoire procesvorm en par. 4.4 over de inquisitoire procedure zoals die zich in de late middeleeuwen ontwikkelt.

906 Die distantie mag niet verward worden met de distantie waarover 't Hart spreekt in het kader van de procesvorm van het 'fair trial' in 't Hart 2001, p. 131-167 (over de mediatisering van het strafproces). In paragraaf 1.4.5 is de relatie gelegd tussen de ontwikkeling van het recht als autonome discipline en het geschreven karakter van het recht. Historisch gezien is aan die autonomie een fase voorafgegaan waarin de distantiatie die door het geschreven recht wordt opgeroepen eenzijdig is: tussen auteur (vorst) en het door hem uitgevaardigde geschreven recht is nog geen afstand ontstaan. De justitiabele daarentegen wordt geconfronteerd met de afstand tussen een voorgegeven geschreven recht en zijn rechtsbewustzijn. Die *eenzijdige* distantie - die samenhangt met politiek absolutisme en juridisch instrumentalisme - vormt de kern van de inquisitoire procesvorm.

907 Zie het in dit verband zo belangrijke recht om getuigen op te roepen en te ondervragen van art. 6 lid 3 EVRM sub d: "Everyone charged with a criminal offence has the

ming van de rechter te gronden in een gecombineerd perspectief: niet alleen het imperatieve aspect van het voorgegeven recht bepaalt het oordeel maar tegelijk ook het normatieve aspect dat in de wisselwerking tussen concrete casus en maatschappelijke aanvaardbaarheid van de daaruit af te leiden rechtsnorm geconstitueerd wordt. Binnen dit 'reflective equilibrium' wordt de betekenis of subjectieve algemeenheid van de tenlastegelegde handeling vastgesteld. Omdat die betekenis of subjectieve algemeenheid een norm voorondersteld volgens welke de handeling als zodanig geïdentificeerd wordt, is die betekenisvaststelling cruciaal voor het antwoord op de vraag of de beweerdelijk geschonden norm inderdaad op het spel staat. Ik verwijs naar par. 1.3 voor een goed begrip van de relevantie van de betekenisvaststelling of identificatie van de tenlastegelegde handeling voor het (be)vestigen van het gezag van de rechtsnorm die in het geding is.

Anders dan in de bemiddelende procesvorm kent het 'fair trial' net als de inquisitoire procesvorm een voorbereidende fase voor en/of buiten de zitting, met een grote nadruk op schriftelijke stukken. De eis dat alleen die stukken tot bewijs mogen dienen die ter zitting aan de orde zijn gesteld verbindt de inquisitoire nadruk op onderzoek van de verdachte als object met de nadruk die in de bemiddelende procesvorm op de beschuldigde als subject ligt. Die laatste eis vloeit tegelijkertijd voort uit zowel de 'equality of arms' als uit de contradictoire procesvoering.

5.2.5 Equality of arms

Verkenning ten aanzien van het 'fair trial'

Omdat de verdachte tijdens het voorbereidend onderzoek als object van onderzoek fungeert en zich in geval van dagvaarding zal moeten verdedigen tegen de telastelegging van een strafbaar feit door de overheid, moet hij door diezelfde overheid *kunstmatig* in de positie worden gebracht om zich op adequate wijze te kunnen verdedigen. De verticale verhouding tussen overheid

following minimum rights: (d) to examine or to have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him". Zie hierover Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 473-477. Het betreft hier in feite de hieronder te bespreken 'equality of arms', die echter niet los van de onmiddellijkheid bezien kan worden: hoewel getuigenissen van buiten de zitting onder omstandigheden als bewijs gebruikt mogen worden, is het normatieve uitgangspunt het horen van de getuige ter zitting (conform EHRM 6 december 1988, A-146, par. 34. Barberà, Messegué and Jabardo).

en burger die constitutief is voor de straf wordt in het 'fair trial' bemiddeld door de *rechts*positie van de verdachte, die vanaf het moment dat hij verdacht wordt van een strafbaar feit, een aantal rechten kan uitoefenen die hem een vorm van ongelijkheidscompensatie bieden tegenover de mogelijke overmacht van de opsporende en vervolgende overheidsinstanties.[908] De belangrijkste van deze rechten zijn het recht op hoor en wederhoor, de interne openbaarheid, het recht om getuigen à charge te ondervragen en het recht om in gelijke mate getuigen en/of andere bewijsmiddelen in te brengen.[909] Ook het motiveringsbeginsel is - voorzover het een adequate verdediging in beroep of cassatie mogelijk maakt - verbonden met de 'equality of arms'; het raakt naast de externe openbaarheid aldus evenzeer de interne openbaarheid.

Verkenning ten aanzien van de bemiddelende procesvorm

In de bemiddelende procesvorm is de 'equality of arms' het uitgangspunt van het proces. In dit geval speelt het proces zich buiten de aanwezigheid van een overheid af tussen vrijen, die vrij zijn in de zin dat tussen hen geen bevelsrecht van kracht is. De verhoudingen zijn fundamenteel horizontaal, hetgeen impliceert dat contingente machtsverhoudingen tussen hen normaliter de doorslag geven. Die macht kan dan zowel economische macht (het vermogen om veel weg te geven en aldus mensen aan zich te binden) als succesvol krijgsmanschap inhouden. Aangezien partijen niet gedwongen kunnen worden hun conflicten aan het gerecht voor te leggen, zullen zij dit alleen doen als zij binnen het proces een positie toegewezen krijgen van waaruit de contingente machtsverhoudingen opgeschort zijn, zodat zij in vrijheid hun zaak kunnen bepleiten. Ware dit niet het geval, dan zou het proces niet verschillen van de gang van zaken tijdens onderhandelingen waarbij de wederzijdse machtsposities en de wijze waarop daarmee gemanipuleerd wordt wèl door-

908 Het gehele derde lid van art. 6 EVRM ziet op deze ongelijkheidscompensatie: "Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him; (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence; (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when interests of justice so require; (d) to examine or to have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him; (e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court".

909 Zie Van Dijk en Van Hoof 1998 over de 'minimum rights for the criminal suspect', zoals neergelegd in het derde lid van art. 6 EVRM, p. 463-479. In een aantal opzichten is de rechtsbescherming van de verdachte dan ook groter dan die van bijvoorbeeld een getuige, zie bijvoorbeeld in het Nederlandse procesrecht art. 29 Sv (waarin het zwijgrecht en de cautie zijn verwoord).

slaggevend zullen zijn. Het voordeel van het bemiddelend proces is het voorkomen van het escaleren van conflicten die bedreigend zijn voor de hele gemeenschap en aldus in potentie ook schadelijk voor de partij die buiten proces zijn gelijk toch wel zou weten te vestigen. Zoals hiervoor al ter sprake kwam, is de bemiddelende procesvorm sterk geritualiseerd en geformaliseerd om partijen zekerheid te bieden omtrent hun procespositie. De 'equality of arms' ziet dus niet zozeer op het aanbrengen en/of betwisten van bewijs in moderne zin, maar op een adequate spreekbeurtverdeling en - in de accusatoire procedure in de middeleeuwen - op het inroepen van de onschuldeed en/of van eedhelpers.

Verkenning ten aanzien van de inquisitoire procesvorm
In de inquisitoire procesvorm is het verticale aspect van de verhouding tussen vorst en onderdaan verabsoluteerd, zodat een vorm van 'equality of arms' zich niet laat denken. In de vorm van het proces is een mate van ongelijkheid ingeschreven die de absolute macht spiegelt van de vorst wiens gezag is aangetast.

Herneming ten aanzien van het 'fair trial'
Het 'fair trial' bemiddelt de verticale relatie tussen overheid en burger door het toekennen van een bijzondere positie aan de burger vanaf het moment dat deze verdacht wordt van een strafbaar feit. Het (proces)recht brengt de verdachte aldus op kunstmatige wijze in een aantal opzichten in een positie van waaruit hij de tijd en de middelen heeft om zich op adequate wijze tegen de aanklacht te verdedigen. Deze ongelijkheidscompensatie betreft niet het opschorten van de contingente machtsverhoudingen die in de bemiddelende procesvorm kunnen spelen maar het opschorten van de geïnstitutionaliseerde machtsuitoefening die zich in de inquisitoire procesvorm ongebreideld door kan zetten.[910]

[910] Zo bevestigt het Hof in EHRM 6 september 1978, A-28 (Klass) dat de geheimhouding die in het kader van de nationale veiligheid geboden kan zijn, desondanks niet langer mag duren dan noodzakelijk 'for the protection of the interest envisaged by the measures, after which period access to court is fully open again for the person in question" (Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 426).

5.2.6 Het contradictoire aspect

Verkenning ten aanzien van het 'fair trial'

Het 'fair trial' heeft - zoals al eerder opgemerkt - twee functies of te wel een dubbele instrumentaliteit: enerzijds wordt door middel van het proces het gezag van de geschonden rechtsnorm hersteld en anderzijds wordt door middel van het proces controle mogelijk op het handelen van de overheid. Beide functies spelen zowel op het niveau van het algemeen belang als op dat van de individuele verdachte. Het herstel van het gezag van de geschonden norm appelleert aan het rechtsbewustzijn van alle rechtsgenoten (generale preventie) en aan dat van de concrete verdachte/veroordeelde. Controle op het handelen van de overheid is van belang voor de verhouding tussen overheid en alle rechtsgenoten die in het kader van de rechtszekerheid en de individuele vrijheid gebaat zijn bij een stelselmatige en beperkte toekenning en uitoefening van bevoegdheden. Die controle is ook van belang voor de concrete verdachte die zich tegenover de rechter tegen de beschuldiging van het Openbaar Ministerie moet verweren. De dubbele instrumentaliteit van het 'fair trial' realiseert zich in het proces op tegenspraak. Het uitgangspunt dat de verdachte in persoon aanwezig is, is verbonden met het herstel van het gezag van de geschonden norm: als hij niet persoonlijk wordt aangesproken op de strafbaarheid van zijn handelen dreigt de straf een prijs te worden die betaald wordt voor het behaalde voordeel.[911] Daarmee wordt het gezag van de geschonden norm niet hersteld, want de norm blijft hangen in de verhouding tussen overheid en burger in plaats van die tussen burgers onderling. De mogelijkheid om zich bij de verdediging te doen bijstaan door een raadsman/advocaat verzekert de controle op het handelen van de overheid in het strafproces - en via controle op de bewijsvergaring ook op het handelen in het kader van de strafvordering buiten de zitting. Daarmee dient de verdedi-

[911] In EHRM 22 september 1994, A- 297-A en 297-B (NJ 1994, 733: Lala en Pelladoah) besloot het Hof dat ook de afwezige verdachte die geen goede reden heeft om niet ter terechtzitting te verschijnen, het recht heeft zich aldaar te doen verdedigen door een raadsman. Zie over deze uitspraken en een aantal uitspraken van de HR J.W. Fokkens, Het EVRM en de afwezige verdachte. De gevolgen van LaLa, Trema 1995, no. 2, p. 29-34. Zie inmiddels art. 279 Sv, waarin de mogelijkheid wordt geopend dat de verdachte zich laat vertegenwoordigen door zijn raadsman. Dit lijkt een verschuiving van het perspectief van het proces als appel op het normatieve aspect van de geschonden rechtsnorm naar een perspectief waarin het enerzijds gaat om het betalen van een prijs voor het schenden van de norm en anderzijds om het controleren van de straffende overheid. Het proces functioneert dan vooral binnen de verhouding tussen overheid en burger.

ging dus niet alleen het eigen belang maar ook en juist het algemene belang van een behoorlijke strafvordering.[912]

Verkenning ten aanzien van de bemiddelende procesvorm
De bemiddelende procesvorm is ondenkbaar zonder tegenspraak. De tegenspraak vormt de structuur van het proces tegenover een lijdelijke rechter, die niet gericht is op het vinden van een materiële waarheid maar op het voorkomen van de escalatie van eigenrichting. Het hoor en wederhoor is het ritme van deze procesvorm die haar rituele, formele karakter ontleent aan de institutionalisering van de tegenspraak. De afwezigheid van een instantie met bevelsrecht leidt ertoe dat deze tegenspraak te allen tijde weer in geweld kan ontaarden: wie zich niet kon vinden in het oordeel van het gerecht in oude zin kon alsnog uitdagen tot een duel waardoor de escalatie van geweld die voorkomen moest worden zich alsnog doorzet.

Verkenning ten aanzien van de inquisitoire procesvorm
De inquisitoire procesvorm kan de tegenspraak niet denken. Alles in deze procesvorm is gericht op het uitbannen van het weerwoord van de beschuldigde. Het voorgegeven geschreven recht verdraagt geen discussie want het laat zich identificeren als een geheel van bevelen met algemene inhoud: discussie impliceert ongehoorzaamheid en tast daarmee het gezag van de vorst aan die het bevel gaf. Om die reden is zelfs de beschuldiging vaak geheim want zo de verdachte die kende kon hij zich daartegen verweren.

Herneming ten aanzien van het 'fair trial'
In het 'fair trial' herkennen wij het op tegenspraak gestructureerd proces van de bemiddelende procesvorm,[913] waarbij de instabiliteit die inherent is aan die procesvorm door het bestaan van een overheid wordt weggenomen. Het geweldmonopolie van de overheid sluit de eigenrichting uit en geeft bovendien gezag aan het oordeel dat de rechter naar aanleiding van het contradictoire geding velt.

912 Zie ook Schalken 1989, p. 8-11 over 'het belang van de verdachte als algemeen belang'.

913 Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 435 verwijzen naar EHRM 6 december 1988, A-146 (Barberà, Messegué and Jabardo), par. 34. Zij schrijven: "From the fact that an accused person is entitled in principle to 'take part in the hearing and to have his case heard' the Court has deduced that 'all the evidence must in principle be produced in the presence of the accused (…) with a view to adversarial argument' ".

Ook het contradictoire aspect van het 'fair trial' is van belang bij de vaststelling van de betekenis of subjectieve algemeenheid van de tenlastegelegde handeling. Zonder tegenspraak kan de context waarbinnen de handeling gesteld is niet goed uit de verf komen en/of kan de betekenis die de verdachte of betrokkene zelf aan zijn handelen beweert toe te kennen niet meewegen in de rechterlijke oordeelsvorming. Juist wanneer de rechter besluit een andere betekenis aan het tenlastegelegde handelen toe te kennen dan de verdachte of betrokkene, dan wel dan de OvJ zijn de externe openbaarheid, de onmiddellijkheid, de 'equality of arms' en het contradictoire aspect doorslaggevend voor het vestigen van het normatieve gezag van de beweerdelijk geschonden norm.

5.3 Onschuldpresumptie: nulla poena sine iudicio?

5.3.1 Inleiding

In termen van het EVRM luidt de onschuldpresumptie: 'Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law'. Een ieder wordt - in geval van strafvervolging[914] - voor onschuldig gehouden totdat de schuld in rechte is vastgesteld. Het *nulla poena sine iudicio* is anders geformuleerd.[915] In deze versie van de onschuldpresumptie staat het *punitieve handelen* van de overheid voorop: geen *straf* zonder rechterlijk oordeel. Het verschil tussen beide formuleringen betreft het feit

914 De term 'vervolging' heeft in het EVRM een andere betekenis dan in het Nederlandse strafprocesrecht. 'Vervolging' (charge) in de zin van het verdrag vangt aan op het moment dat 'the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence' although 'it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect', aldus EHRM 21 februari 1984, A-73, par. 55. (NJ 1988, 937: Oztürk). In het Nederlandse strafprocesrecht verwijst de term vervolging naar het moment dat de rechter in de zaak betrokken wordt: (1) bij een vordering tot voorlopige hechtenis, (2) bij een vordering tot een gerechtelijk vooronderzoek of (3) bij de dagvaarding.

915 Aldus verwoordt Vervaele 1990, p. 66 een van de basisbeginselen van de strafrechtshervormingen die in de loop van de achttiende eeuw werden voorgesteld, onder verwijzing naar 'Les lois pénales' van graaf Pastoret uit 1790: 'tot aan veroordeling moet de verdachte als onschuldig beschouwd en behandeld worden - *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. In die formulering gaat het niet alleen om de vaststelling van strafrechtelijke schuld maar evenzeer om het punitieve handelen. *Beide* vereisen een rechterlijk oordeel.

dat de eerste formulering in beginsel niet uitsluit dat punitieve handelingen plaatsvinden zonder rechterlijk oordeel, zolang daarbij geen sprake is van de vaststelling van strafrechtelijke schuld.[916] Consensuele afdoening valt precies binnen die categorie gevallen, omdat wordt aangenomen dat het voldoen aan de voorwaarden van het voorwaardelijk sepot of van de transactie geen erkenning of vaststelling van schuld impliceert. Ook ten aanzien van de bestuurlijke boete zou kunnen worden beweerd dat de oplegging daarvan geen schuldoordeel impliceert maar hooguit een weerlegbaar vermoeden van schuld, dat kan worden aangevochten door middel van een beroep op de rechter.[917]

Wanneer het *nulla poena sine iudicio* als uitgangspunt wordt genomen, is het rechterlijk oordeel waarin de schuld van verdachte wordt vastgesteld een voorwaarde voor strafbaarheid. Met strafbaarheid bedoel ik dan: de bevoegdheid om een bepaalde burger een straf (in materiële zin) te laten ondergaan. In beginsel vormen de elementen en bestanddelen van het strafbare feit,[918] samen met de geldigheid van de dagvaarding, de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van de officier van justitie de voorwaarden voor strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht. Die voorwaarden zijn neergelegd in de artikelen 348 en 350 Sv. In het Nederlandse strafrecht valt de vraag of het proces een voorwaarde is voor strafbaarheid dan ook samen met de vraag in hoeverre het feit dat dit beslissingsmodel zich tot de rechter richt en eist dat

916 Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 427: "Moreover, certain implicit restrictions apply in the sense that a criminal prosecution may also be terminated without intervention of the court, provided that this does not lead to a formal or factual 'determination' ".

917 Daartegenover staat dat ht Hof - ook volgens Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 424-5 - niet uit wil sluiten dat bestuursorganen overgaan tot de vaststelling van 'strafrechtelijke' schuld, zolang daarbij maar de mogelijkheid van beroep op de onafhankelijke en onpartijdige rechter bestaat. Zie par. 5.3.2.3 hieronder.

918 De bestanddelen van het strafbare feit worden gevormd door alle onderdelen van de delictsomschrijving; de elementen van het strafbare feit zijn de wederrechtelijkheid en de schuld (in de zin van verwijtbaarheid) voorzover niet opgenomen in de delictsomschrijving. In de leer van het strafbare feit wordt het voldoen aan de eisen die door de bestanddelen en elementen worden gesteld, geformuleerd als het voldoen aan de vier voorwaarden voor strafbaarheid: er moet sprake zijn van: (1) een menselijke gedraging, die (2) valt onder een delictsomschrijving, (3) wederrechtelijk is en (4) aan schuld te wijten. Conform Wemes 2000 (*T&C Strafrecht*), aantekening 2d vóór art. 39 Sr, vergelijk Remmelink 1995, par. 2.3.1 en Kelk 2001, par. 1.2. Zie over de herkomst van deze opvatting over de constitutie van het strafbaar feit Vermunt 1984, p. 208: "Spreekt men over het strafbare feit, dan wordt daarbij van een 'dreistufige' opbouw uitgegaan: 'Verbrechen' is "eine tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung".

het onderzoek naar genoemde voorwaarden plaats vindt ter terechtzitting, *deel uitmaakt* van de voorwaarden voor strafbaarheid. In formele zin is in Nederland alleen sprake van een straf als deze door de rechter is opgelegd.[919] Hierdoor vallen alle vormen van straf in materiële zin die niet door een rechter zijn opgelegd per definitie buiten het bereik van de strafbaarheid waarop het rechterlijk beslissingsmodel van de art. 348 en 350 Sv is gericht. Deze tautologische benadering van de verhouding tussen straf en de toepasselijkheid van het rechterlijk beslissingsmodel heb ik afgewezen. Het gaat immers om de vraag in hoeverre de bepalingen van 348 en 350 Sv en die van art. 6 EVRM de oplegging van een straf in materiële zin *horen te normeren* en het EHRM heeft die vraag dan ook serieus genomen door met het oog op de termen 'criminal charge' een materieel strafbegrip te ontwikkelen dat hiervoor in par. 2.6 is besproken. In zijn proefschrift over *Fiscale administratieve sancties en het recht op een behoorlijk proces* stelt Feteris ten aanzien van de vraag of straffen in materiële zin mogen worden opgelegd zonder dat sprake is van een 'fair trial':

> Het gaat hier om de belangrijkste vraag die art. 6 EVRM in verband met administratieve sancties oproept. Met deze vraag wordt immers het bestaansrecht van deze sancties ter discussie gesteld. Indien deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, doet het niet meer ter zake of de procedure voor de rechter aan de eisen van het EVRM voldoet.[920]

Hier zal ik vanuit systematisch perspectief twee interpretaties van de onschuldpresumptie onderzoeken met het oog op deze vraag. In par. 5.3.2 zal ik de onschuldpresumptie bespreken als constitutieve voorwaarde voor strafbaarheid, hetgeen een *procesverplichting* impliceert. Deze interpretatie kan als een strikte uitleg van de onschuldpresumptie worden gekwalificeerd, tegenover een meer rekkelijke interpretatie die in par. 5.3.3 wordt besproken. In die laatste paragraaf zal ik de onschuldpresumptie bespreken als constitutieve voorwaarde voor het 'fair trial', waar de betrokken burger al dan niet expliciet afstand van kan doen. Dat wil zeggen: een 'fair trial' moet om als 'fair trial' te gelden voldoen aan de voorwaarde die door de onschuldpresumptie gesteld wordt, tenzij afstand wordt gedaan van het recht op een 'fair trial'. Deze laatste interpretatie leidt ertoe dat - afgezien van de procesverplichting in geval van vrijheidsbeneming die voortvloeit uit art. 5 lid 1 sub a EVRM en art. 113 lid 3 GW - geen sprake is van een procesverplichting maar van een in het 'fair trial' beginsel in te lezen *recht op toegang tot de rechter*. In geval van een proces*verplichting* wordt aan het tweede lid van art. 6 van het EVRM een zelfstandige betekenis toegekend, in geval van een recht op toegang tot de rechter wordt aan het tweede lid - evenals aan het derde lid - slechts betekenis toege-

[919] Zie par. 5.3 hieronder.
[920] Feteris 1993, p. 343.

kend als uitwerking van het 'fair trial' van het eerste lid.[921] Dat laatste wil zeggen dat als sprake is van een 'fair trial' voldaan moet zijn aan de eisen die de onschuldpresumptie stelt en niet dat de onschuldpresumptie eist dat een straf alleen kan worden opgelegd binnen een 'fair trial'. Deze omkering van de verhouding tussen het eerste en tweede lid van art. 6 kan ertoe leiden dat - afgezien van de reeds genoemde vrijheidsbeneming - een principieel onbegrensde mogelijkheid ontstaat om de punitieve rechtshandhaving buiten 'fair trial' af te doen. De rechtvaardiging van deze buitengerechtelijke afdoening ligt dan enerzijds in het zelfbeschikkingsrecht van de betrokken burger en anderzijds in de eis van doelmatigheid die aan de overheid gesteld moeten worden.[922] In par. 5.4 zal ik een derde interpretatie bepleiten, waarin het afzien van het geding ter terechtzitting niet impliceert dat de consensuele procesvorm in het geheel niet hoeft te voldoen aan de eisen die aan een 'fair trial' worden gesteld.

5.3.2 Procesverplichting

5.3.2.1 Zelfstandige betekenis tweede lid art. 6 EVRM

In termen van het *nulla poena sine iudicio* eist de onschuldpresumptie dat niemand punitieve ingrepen vanwege de overheid ondergaat zolang niet in rechte vaststaat dat hij schuldig is aan een strafbaar feit.[923] Dat zou verklaren

[921] Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 458: "As in the case of het third paragraph, this paragraph deals with a special aspect of the general concept of 'fair trial' in criminal cases".

[922] Zijlstra 1997, p. 50-51, formuleert terecht deze eis: 'Een tweede, uit de sociale rechtsstaat voortvloeiend nader beginsel is dan ook dat overheidshandelen doelmatig moet zijn; steeds moet worden gekozen voor het instrument dat relatief de minste lasten voor de algemene middelen meebrengt. Om die reden is bijvoorbeeld het over de balk smijten van overheidsgeld niet alleen immoreel maar ook onrechtsstatelijk'.

[923] De onschuldpresumptie bevat heel in het algemeen de eis dat de overheid geen handelingen verricht en/of uitspraken doet over de schuld van verdachten (EHRM 10 februari 1995, A-308, NJ 1997, 523: Allenet de Ribemont) waaruit strafrechtelijke schuld zou kunnen worden afgeleid, zolang de schuld niet door de strafrechter is vastgesteld. Daarnaast vloeit uit de onschuldpresumptie ook een bijzondere bewijslast voort, die er op neer komt dat met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid komt vast te staan dat de verdachte het tenlastegelegde heeft begaan. In het Salabiaku-arrest EHRM 7 oktober 1988, A-141, NJ 1991, 351) gaat het Hof akkoord met strafbare feiten die een vermoeden van schuld bevatten, zolang maar de reële mogelijkheid bestaat om dit vermoeden te weerleggen. Zie ook Keijzer 1987 die drie aspecten onderscheidt aan de onschuldpresumptie: (1) bij twijfel omtrent schuld van de betrokkene dient

waarom dwangmiddelen of andere onderzoekshandelingen in het kader van de strafvordering geen punitief karakter mogen hebben.[924] De onschuldpresumptie roept in deze formulering - zolang niet 'in rechte' vaststaat - de vraag op welk orgaan van de overheid op welke wijze de schuld van een verdachte vaststelt. Met de term schuld wordt in geval van de onschuldpresumptie niet alleen verwezen naar de vraag of de verdachte 'het gedaan heeft', maar naar de juridische schuld. Deze juridische schuld omvat in ieder geval de feitelijke schuld, maar eist daarnaast - in termen van het Nederlandse strafprocesrecht - dat aan de andere voorwaarden van de art. 348 en 350 Sv is voldaan. De geldigheid van de dagvaarding, de ontvankelijkheid van de OvJ, de kwalificatie van de bewezenverklaring als strafbaar feit, de afwezigheid van rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden constitueren samen met de feitelijke schuld die in de bewezenverklaring tot uitdrukking komt de juridische schuld. Zeer verhelderend in dat verband is nog steeds het onderscheid dat Packer in 1968 maakte tussen 'factual guilt' en 'legal guilt'.[925] Het redelijk vermoeden van

deze niet veroordeeld te worden, (2) zolang geen veroordeling heeft plaatsgevonden moet betrokkene als onschuldig behandeld worden en (3) betrokkene hoeft zijn onschuld niet te bewijzen. Zie in gelijke zin Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 458-463 onder verwijzing naar onder andere Barberà, Messegué en Jabardo, EHRM 6 december 1988, A-146, par. 33. Met het oog op mijn onderzoek spits ik de behandeling hier toe op het feit dat geen punitieve handelingen verricht mogen worden zolang geen sprake is van een veroordeling door de rechter.

924 Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 461.

925 Packer 1968, 16-162 en 167. Het onderscheid tussen 'factual guilt' en 'legal guilt' wordt door Packer gemaakt binnen het kader van de door hem onderscheiden modellen van 'crime control' en 'due process'. Over de wijze waarop Packer deze modellen ontwikkelt en gebruikt, zie de kritiek van Melai in 'Polariteit en tegenspraak'. Ik vraag mij bij die kritiek af of ze gericht is tegen Packers tekst of tegen het simplistische gebruik dat – met name in beleidsstukken – van zijn modellen wordt gemaakt. Daarbij wordt de criminaliteitsbestrijding als doelstelling tegenover de rechtsbescherming gesteld in termen van 'crime control' en 'due process'. Ook Peters (1990, p. 216) lijkt in zijn identificatie van het instrumentalistische beleidsdenken en 'crime control' enerzijds en zijn identificatie van een machtskritische positiebepaling en 'due process' anderzijds, model en werkelijkheid te laten samenvallen. Dat past in zijn *afwijzing* van de idee dat criminaliteitsbestrijding een doel is van het strafrecht en zijn daarmee samenhangende machtskritische rechtsopvatting. Packer 1968, p. 153 legt zelf de nadruk op het ideaaltypische karakter van zijn modellen: "Two models of the criminal process will let us perceive the normative antinomy at the heart of the criminal law. These models are not labeled Is and Ought, nor are they to be taken in that sense. Rather, they represent an attempt to abstract two separate value systems that compete for priority in the operation of the criminal system". Hij gaat ervan uit dat juist in de strafrechtspleging beide perspectieven voortdurend tegelijk aan de orde zijn. Het is dan ook interessanter zijn om zijn modellen te interpreteren vanuit een relationele rechtsopvatting: als een voor het strafrecht specifieke integratie van instrumentaliteit en rechtsbescherming.

schuld op basis waarvan de meeste strafvorderlijke bevoegdheden in de fase voor de veroordeling gebaseerd zijn, betreft veel meer een inschatting van de feitelijke schuld van verdachte. De onschuldpresumptie daarentegen heeft betrekking op de juridische schuld, waarbij naast de bewijsvraag ook bevoegdheids-, ontvankelijkheidsvragen en de vraag naar kwalificatie en strafuitsluitingsgronden een rol spelen. De Doelder spreekt over de 'veroordeelbaarheid' van de verdachte, die door de officier van justitie getoetst moet worden voordat hij tot het aanbieden van een transactie overgaat: "de veroordeelbaarheid, inclusief alle formele en materiële strafprocessuele vragen van de artikelen 348 en 350 Sv".[926] Deze 'veroordeelbaarheid' is de anticipatie op de 'legal guilt' waar Packer over schrijft. De vaststelling van de juridische schuld kan volgens Packer niet aan andere instanties dan de onafhankelijke rechter worden overgelaten:[927]

> Only an impartial tribunal can be trusted to make determinations of legal as opposed to factual guilt. In this concept of legal guilt lies the explanation for the apparently quixotic presumption of innocence of which we spoke earlier. A man who, after police investigation, is charged with having committed a crime can hardly said to be presumptively innocent, if what we mean is factual innocence. But if what we mean is that it has yet to be determined if any of the myriad legal doctrines that serve in one way or another the end of limiting official power through the observance of certain substantive and procedural regularities may be appropriately invoked to exculpate the accused man, it is apparent that as a matter of prediction it cannot be said with confidence that more probably than not he will be found guilty.[928]

Deze uitleg van de onschuldpresumptie veronderstelt dat de procesvorm van het 'fair trial' *inclusief de interventie van een onafhankelijke en onpartijdige rechter* een constitutief bestanddeel is van de onschuldpresumptie. De verhouding tussen het eerste en tweede lid van art. 6 EVRM zou dan moeten worden gelezen als een verhouding waarbij het 'fair trial' van het eerste lid *voortvloeit uit* de onschuldpresumptie van het tweede lid: *omdat* de strafrechtelijke schuld

926 De Doelder 1988, p. 26.

927 Packer 1968, p. 167: "The police and the prosecutors are ruled out by lack of competence, in the first instance, and by lack of assurance of willingness, in the second". Ten aanzien van het OM gaat het argument van gebrek aan competentie niet op, maar de eis om binnen beperkte tijd zoveel mogelijk zaken 'af te doen' zet het OM wel onder grote druk. In het Jaarplan voor 1997 wordt in de Inleiding, p. 7 opgemerkt: "Hierbij staat kwaliteit voorop; de maatstaf die zowel betrekking moet hebben op doeltreffendheid als doelmatigheid". Kennelijk moet kwaliteit hier in zuiver instrumentele (crime control) termen begrepen worden.

928 Packer 1968, p. 167.

alleen door de rechter *kan* worden vastgesteld (tweede lid) moet aan de strafoplegging een 'fair trial' (eerste lid) voorafgaan. De formulering van Packer betekent dat de onschuldpresumptie een procesverplichting ten aanzien van strafzaken bevat. Er zij opnieuw op gewezen dat wanneer wij het begrip straf opvatten in formele zin, het positieve recht met enige moeite in overeenstemming gebracht kan worden met deze interpretatie van de onschuldpresumptie. Als wij namelijk - zolang de rechter niet heeft veroordeeld - niet spreken van straffen maar van het voldoen aan voorwaarden om aan strafvervolging te ontkomen (voorwaardelijk sepot en/of transactie) of van bestuurlijke boetes, zou kunnen worden volgehouden dat er ten aanzien van de betrokken burger geen sprake is van strijd met deze interpretatie van de onschuldpresumptie. Zolang het punitieve handelen geen uitspraak over strafrechtelijke schuld bevat is in dat geval geen sprake van straf en dus ook geen sprake van strijd met de onschuldpresumptie. *Dat zou impliceren dat de onschuldpresumptie niet beschermt tegen punitief handelen maar alleen tegen de vaststelling van strafrechtelijke schuld.*[929] De bescherming die aan de onschuldpresumptie is verbonden zou in dat geval beperkt zijn tot de mogelijkheid het oordeel van de rechter in de vorm van een 'fair trial' in te roepen. In de volgende paragraaf (5.3.3) zal ik dit perspectief verder uitbouwen. Wanneer wij echter een materieel strafbegrip hanteren zou het geldende recht op dit punt in strijd zijn met zijn eigen uitgangspunten. *Enerzijds* heeft het openbaar ministerie (en ook de politie) de bevoegdheid om van vervolging af te zien als door de verdachte aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Een deel van deze voorwaarden valt onder het begrip punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid.[930] Het openbaar ministerie is dan wel gehouden alleen van die bevoegdheid gebruik te maken als aan de voorwaarden van het rechterlijk beslissingsmodel is voldaan,[931] maar aangezien het OM zelf geen onafhankelijke en

929 Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 427.

930 Ten aanzien van de transactie geldt dat in ieder geval voor de voorwaarde genoemd onder art. 74 lid 2 sub a en de voorwaarden sub b en c met betrekking tot de verbeurdverklaring. Ten aanzien van het voorwaardelijk sepot ligt het punitieve karakter niet voor de hand, gezien het feit dat het blijkens de MvT, toelichting bij art. 247, p. 112 moet gaan om 'voorwaarden voor levenswijze en gedrag'. De idee dat, omdat opzettelijke leedtoevoeging uitsluitend aan de onafhankelijke rechter is overgelaten, transactie en voorwaardelijk sepot sowieso nooit punitief kunnen zijn, gaat geheel voorbij aan de werkelijkheid. Zie Van den Biggelaar 1994, p. 55 onder verwijzing naar Reijntjes, Voorwaardelijk sepot, in: *Liber Amoricum Th. W. van Veen*, Arnhem 1985, p. 303-304. De extra voorwaarden die op grond van art. 36 WED gesteld kunnen worden hebben een reparatoir karakter.

931 Osinga 1996, p. 415 suggereert dat "de commissie Korthals Altes in haar rapport *Het recht ten uitvoer gelegd* de rechtstreekse relatie tussen de transactie en de op te leggen sanctie door de rechter, zoals die tot nu toe werd gelegd [wil] verbreken. Dit is een es-

onpartijdige rechter is in de zin van het 'fair trial' kan per definitie niet aan alle voorwaarden zijn voldaan. *Anderzijds* heeft het bestuur in steeds meer gevallen de bevoegdheid om bij wijze van beschikking een punitieve sanctie op te leggen aan burgers om de naleving van het ordeningsrecht te bevorderen. Daarbij is *geen* sprake van oriëntatie op het rechterlijk beslissingsmodel van art. 348 en 350 Sv. Anders dan bij de afdoening door het openbaar ministerie door middel van een voorwaardelijk sepot of transactie is het normatieve uitgangspunt niet een door de strafrechter verricht onderzoek naar strafbaarheid van een verdachte (welk onderzoek kan worden afgekocht door voldoening aan de voorwaarden die de OvJ stelt),[932] maar een door het bestuur opgelegde punitieve sanctie, welke sanctie door een beroep op de *bestuurs*rechter kan worden aangevochten.[933]

Discussie: overheveling punitieve handhaving van strafrecht naar bestuursrecht

In de discussie die naar aanleiding van de voorstellen van A. Mulder met betrekking tot overheveling van delen van het strafrecht naar het bestuursrecht begin jaren tachtig werd gevoerd,[934] stelde Van Dijk dat de onschuldpresumptie van lid 2 van art. 6 EVRM naar zijn mening in de weg staat aan administratiefrechtelijke afdoening van 'strafbare feiten':

sentiële afwijking van het huidige systeem, waarin juist voorop staat dat alleen kan worden getransigeerd, indien de zaak zich leent voor afdoening door de rechter".

932 Over het onderscheid tussen voorwaardelijk sepot en transactie zie Groenhuijsen en Van Kalmthout 1983, naar aanleiding van de inwerkingtreding van de Wet Vermogenssancties 1983: "De nieuwe artt. 74 e.v. Sr bevatten een gedetailleerde regeling van de transactie; als zodanig hebben deze voorschriften een *structuur* die is geëigend om de beslissingsmarge van leden van het OM te beperken. Dit effect zou volledig worden geneutraliseerd indien een OvJ deze restricties blijvend zou kunnen ontgaan door op andere titel [bedoeld wordt het voorwaardelijk sepot, mh] vergelijkbare prestaties van een verdachte te verlangen". Zie Schaffmeister 1984, p. 247 die voorstelt om de transactie te beperken tot afdoening van massale normschendingen en het voorwaardelijk sepot te bewaren voor schending van normen met een 'hoge normconformiteit'.

933 Over het verschil tussen het bestuursprocesrecht (dat eenzijdig gericht is op bescherming tegen onrechtmatig overheidshandelen) en strafprocesrecht (dat tegelijk gericht is op rechtshandhaving en op bescherming tegen onrechtmatig overheidshandelen), zie het zesde hoofdstuk. Dit verschil heeft een historische achtergrond. Zie over de historische ontwikkeling van de instrumentele en beschermende dimensies van het bestuursrecht Van der Hoeven 1989 passim.

934 Zie A. Mulder 1980, 1981 en 1982. Zie echter ook A. Mulder 1957 en 1957a, waarin hij het probleem aan de orde stelt dat de normen van het ordeningsrecht 'niet appeleren aan het rechtsbewustzijn' en waarin hij problemen voorziet wanneer de punitieve handhaving van die normen niet tot 'levende en werkelijk geldende normen' leidt.

> Aangezien in dit stelsel de beslissing aangaande wederrechtelijkheid, schuld en strafmaat worden genomen door een niet-rechterlijke instantie en de betrokkene zelf het initiatief moet nemen tot een daaropvolgende rechterlijke instantie, acht ik dit stelsel in strijd met de naar mijn mening in artikel 6 vervatte garantie dat de zojuist genoemde beslissing in handen van een rechter ligt. (...) Het beroep op overbelasting van het justitiële apparaat of op een streven de beschikbare menskracht en financiële middelen zo efficiënt mogelijk aan te wenden, kunnen dan ook geen rechtvaardiging vormen voor een op een dergelijke uitholling of omzeiling gerichte uitleg van artikel 6; die bepaling is niet geschreven in het belang van een zo efficiënt mogelijke, maar van een zo rechtvaardig mogelijke afdoening van de daar geregelde zaken.[935]

Overigens heeft Van Dijk geen bezwaar tegen de figuur van de transactie, 'zolang daarbij geen sprake is van dwang of druk. Een dergelijke afstand van recht door een *handelen* van de verdachte kan naar mijn mening echter niet worden gelijkgesteld met de constructie zoals die in het voorstel van Mulder besloten ligt, waarbij een recht voor de verdachte automatisch komt te vervallen door diens *niet-handelen*'.[936]

Tegen de opvatting die Van Dijk op dat moment verdedigde is veel in te brengen, zeker wanneer de interpretatie van het EHRM als uitgangspunt wordt genomen.[937] Op het moment dat Van Dijk zijn standpunt formuleerde was er nog geen uitspraak van het hof in de zaak Oztürk, zodat hij nog kon speculeren op de interpretatie van het Hof van het recht op toegang tot de

935 Van Dijk 1982, p. 11.

936 Van Dijk 1982, p. 11.

937 Zo stelde A. Mulder 1982, p. 497: "De verwijzing naar de presumptio innocentiae acht ik meer modieus dan overtuigend, temeer nu ook Van Dijk niet in staat blijkt een deugdelijk criterium te geven voor het onderscheid van met geldboete te straffen en administratief te sanctioneren feiten". Dit onderscheid komt echter niet aan de orde als zou blijken dat de stelling van Van Dijk juist is, dat in geval van punitief handelen van de overheid de vraag of er een proces komt niet mag afhangen van het initiatief van de burger. In die visie is administratieve afdoening van strafbare feiten in strijd met de onschuldpresumptie. In zijn preadvies verzucht Van Dijk naar aanleiding van deze opmerking van Mulder: "De toenemende tendens bij de overheid om datgene waar iemand recht op heeft, slechts te verlenen, indien hij of zij daarom uitdrukkelijk vraagt, betekent in feite een gedeeltelijk van zich afschuiven van de verantwoordelijkheid en leidt gemakkelijk tot rechtsongelijkheid". In zijn preadvies voor de NJV 1984, p. 64-70 wijst Corstens diens standpunt af (p. 65): "In zaken waar het hier om gaat heeft de praktijk zich, zo zou ik durven veronderstellen, niet erg ver van de leer van het materiële feit verwijderd. (…) Van Dijk praat hier derhalve over situaties die een klein deel van een uitzonderingssituatie beslaan". Voor een overzicht van de discussie over het Rapport van de Cie. Mulder in samenhang met het inmiddels gewezen arrest in de zaak Oztürk, zie Van den Biggelaar 1994, p. 128-136.

rechter in geval van een *criminal charge*.[938] In Le Compte, Van Leuven en De Meyere had het hof dan wel gesteld dat 'demands of flexibility and efficiency, (…) may justify the prior intervention of administrative or professional bodies (…) which do not satify the said requirements in every respect (…)', maar dit betrof, evenals het Golder-arrest – waarin het recht op toegang tot de rechter erkend werd als een recht dat voortvloeit uit lid 1 van art. 6 EVRM – de vaststelling van burgerlijke rechten en plichten. Van Dijk meende dat wanneer het een *criminal charge* zou betreffen, het tweede lid van artikel 6 (de onschuldpresumptie) in de weg staat aan het feit

> dat de betrokkene, teneinde het hem in artikel 6 toegekende recht op een rechterlijk onderzoek naar zijn schuld te realiseren, zelf handelend zou moeten optreden tegen een vaststelling van schuld die reeds heeft plaatsgevonden en wel via een procedure die niet overeenkomstig artikel 6 is. Dat zou er immers op neerkomen alsof het tweede lid van artikel 6 zou bepalen dat de juistheid van een schuldvaststelling - hoe ook tot stand gekomen - kan worden aangenomen indien en voor zolang als betrokkene geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid daartegen in beroep te gaan bij de rechter.[939]

Alkema, die het door Van Dijk destijds ingenomen standpunt niet deelde, stelde onder verwijzing naar bijvoorbeeld Minelli[940] dat het Hof als element van de presumptie noemt de voorwaarde 'dat de verdachte de gelegenheid moet hebben gehad om zijn rechten uit te oefenen'. 'Dat veronderstelt' volgens Alkema 'dat de verdachte (eigener beweging) van een dergelijke gelegenheid gebruik maakt'.[941] Hij was bovendien van mening dat de stringente uitleg van verdragbepalingen zoals Van Dijk die voorstond, 'de (..) internationale garantiefunctie van mensenrechten en speciaal de relatieve betekenis van

938 De interpretatie van Van Dijk wijkt af van die van het Hof, dat in EHRM 21 februari 1984, A-73 (NJ 1975, 462: Oztürk), par. 56 stelt: "It in no wise follows from this, the Court would want to make clear, that the very principle of the system adopted in the matter by the German legislature is being put in question. Having regard to the large number of minor offences, notably in the sphere of road traffic, a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment. Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6".

939 Van Dijk 1982, p. 10.

940 EHRM 21 februari 1983 A-62.

941 Alkema 1983, p. 179. Zie Meijers 1993 over de actieve rol die volgens hem door het EHRM van verdachte en raadsman verwacht wordt bij het inroepen van verdragsrechten.

het recht op een eerlijke berechting enigszins uit het oog' doet verliezen.[942] Ten aanzien van de onschuldpresumptie verwees hij naar de 'gedegen studie' van Trechsel,[943] waaruit duidelijk zou worden 'dat de presumptie een beperkte strekking heeft'.

Bij nadere bestudering van Trechsel blijkt deze echter een onderscheid te maken tussen een relatief en een absoluut aspect aan de onschuldpresumptie. Het relatieve aspect betreft de wijze waarop het proces moet worden ingericht, namelijk zo dat de veroordeling van onschuldigen wordt voorkomen. Daartoe rekent Trechsel met name het bewijsrecht (*in dubio pro reo*), de rechterlijke onpartijdigheid en de eis van wettelijkheid van de totstandkoming van een veroordeling. Het relatieve aspect ziet de onschuldpresumptie als aspect van het 'fair trial'. Het absolute aspect van de onschuldpresumptie staat los van de vraag of er een veroordeling tot stand komt. Juist in die gevallen waarin het niet tot een veroordeling komt, zou de onschuldpresumptie voorkomen dat (1) officiële uitspraken worden gedaan over de schuld van een niet-veroordeelde; (2) dwangmiddelen worden ingezet met een punitief doel en (3) neveneffecten in geval van niet-veroordeling alsnog belastend zijn voor de betrokken burger. Het relatieve aspect betreft de onschuldpresumptie als aspect van het 'fair trial'. Het absolute aspect betreft het feit dat het de overheid zonder een 'fair trial' niet is toegestaan punitief te handelen:

> aber der Staat ist zur Durchführung eines Gerichtsverfahrens verpflichtet, wenn er strafen will (…) Zum andern schützt sie [die absolute Aspekt, mh] unmittelbar vor Nachteilen, die Schuldspruch oder Strafe gleichkommen, denen aber kein rechtsstaatliches Verfahren vorausgegangen ist.[944]

Het absolute aspect betreft *niet* de onschuldpresumptie *als aspect van* het 'fair trial' (dus als nadere uitwerking van lid 1 van art. 6 EVRM) maar de procesverplichting als uitvloeisel van de onschuldpresumptie (dus als zelfstandige betekenis van lid 2 van art. 6 EVRM). Trechsel besteedt geen aandacht aan de vraag of het afkopen van vervolging dan wel de bestuurlijke afdoening in strijd zijn met de onschuldpresumptie. Het lijkt mij, nu in die gevallen sprake is van 'Nachteilen, die Schuldspruch oder Strafe gleichkommen' in de vorm van belastende voorwaarden of punitieve sancties, dat deze vormen van con-

942 Alkema 1983, p. 179. Het argument dat de rechter met een te extensieve uitleg van mensenrechten zijn eigen gezag aantast en daarmee het tegendeel bereikt van wat hij met die extensieve uitleg hoopt te bereiken kan een *pragmatisch* argument zijn. Daarmee zijn de inhoudelijke argumenten die voor een dergelijke extensieve uitleg pleiten nog niet weerlegd.

943 Trechsel 1981.

944 Trechsel 1981, p. 319.

sensuele afdoening onder het derde door Trechsel genoemde aspect vallen. Het Hof heeft inmiddels gekozen voor een verabsolutering van het relatieve aspect van de onschuldpresumptie door het tweede lid van art. 6 te zien als een nadere uitwerking van het begrip 'fair trial' in strafzaken en *niet* als een zelfstandige waarborg die een procesverplichting bevat.[945] Het procesbeginsel wordt door het Hof geïnterpreteerd als een recht op toegang tot de rechter dat wordt ingelezen in het eerste lid van art. 6 EVRM.[946] Daarmee is het procesbeginsel gerelativeerd in die zin dat er geen absolute gelding aan kan worden toegekend. Wanneer uit de onschuldpresumptie een procesverplichting voort zou vloeien, die gerelativeerd kan worden, zou dat betekenen dat het door Trechsel als absoluut benoemde aspect van de onschuldpresumptie in feite eveneens een relatief aspect betreft.
Het is overigens niet nodig om in termen van 'absoluut aspect' over de verhouding tussen procesbeginsel en onschuldpresumptie te spreken. Het gaat er vooral om dat Trechsel een zelfstandige betekenis toekent aan het tweede lid van artikel 6 EVRM en dat daaruit een procesverplichting kan worden afleid. *Niet* in de zin dat ieder strafbaar feit vervolgd zou moeten worden maar wel in die zin dat *als* de overheid wil straffen het proces een dwingende voorwaarde is.[947] Doordat hij spreekt van 'Nachteilen, die Schuldspruch oder

945 Zie bijvoorbeeld par. 27 van EHRM 21 februari 1983, A-62 (Minelli).

946 Het recht op toegang tot de rechter is in de interpretatie van het hof net als de onschuldpresumptie een element van het 'fair trial', zie bijvoorbeeld EHRM 5 februari 1980, A-53 (Deweer), par. 49. Aangezien dit element volgens het hof niet expliciet is toegekend, is het onderhevig aan 'implied limitations'. Zie hieronder par. 5.3.3.3.

947 Baumann 1977, vat de verhouding tussen formeel en materieel strafrecht nog eens duidelijk in termen van het procesbeginsel samen, p. 42/43: "Materielles Strafrecht kann dagegen nur im Wege des Strafverfahrens verwirklicht werden. Nur Zwei Hauptgründe seien genannt: Einmal ist das öffentliche Interesse an der Verwirklichung des materielles Strafrechts sehr viel grösser als an der Verwirklichung des materiellen Zivilrechts. Das erfordert ein der Parteidispositions entzogenes Verfahren, in welchem genau geprüft wird (Prinzip der materiellen Wahrheit), ob der staatliche Strafanspruch entstanden ist. (...) Zum anderen geht schon das materielle Strafrecht von einer 'Arbeitsteilung' zwischen Rechtsnorm und Richter (also einem Prozesssubjekt) aus. (...) Ohne Richtertätigkeit (im Strafverfahren) gibt es also keine bestimmte Rechtsfolge. Schon deshalb kann materielles Strafrecht nur im Prozess verwirklicht werden". P. 45: "Der Strafprozess hat die Aufabe, den staatlichen Strafanspruch festzustellen und durchzusetzen (Verwirklichung des materiellen Strafrechts) und Stafprozessrecht hat das Verfahren zur Feststellung und Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu regeln. (...) Daraus ergibt sich vice versa auch, dass es sich bei der Verhängung von Strafrechtsfolgen nicht nur um ein Recht, sondern auch um eine Pflicht des Staates handelt". Hoewel hij een vervolgingsplicht uitdrukkelijk afwijst, meent hij dus dat àls de overheid punitief handelt, daaraan een proces vooraf

Strafe gleichkommen' leidt zijn betoog ertoe dat het 'fair trial' vooraf moet gaan aan iedere straf in materiële zin. In feite wordt daarmee de verhouding tussen onschuldpresumptie en 'fair trial' omgekeerd ten opzichte van de interpretatie van het Hof. Terwijl het betoog van Trechsel tot de conclusie leidt dat de eis van een 'fair trial' voortvloeit uit de onschuldpresumptie,[948] meent het Hof immers dat de onschuldpresumptie voortvloeit uit het 'fair trial'.[949]

5.3.2.2 Materiële betekenis art. 113 lid 1 GW

Wanneer aan het tweede lid van art. 6 EVRM een zelfstandige betekenis in bovenstaande zin moet worden toegekend, zou dit in beginsel leiden tot een procesverplichting. Deze zou ook kunnen worden afgeleid uit art. 113 lid 1 GW, wanneer daaraan een materiële betekenis wordt toegekend.[950] Het eerste lid van art. 113 GW luidt: 'aan de rechterlijke macht is voorts opgedragen de berechting van strafbare feiten'. In de literatuur wordt aan deze bepaling in beginsel een formele betekenis gegeven: het zou gaan om de competentie van de rechterlijke macht als 'orgaancomplex'. Dat zou slechts betekenen dat de *berechting van strafbare feiten* in handen ligt van de rechterlijke macht. Daarmee

moet gaan. Deze visie op de verhouding tussen leden 1 en 2 van art. 6 EVRM vloeit voort uit de verhouding tussen materieel en formeel strafrecht, zoals in Nederland door met name Enschedé, Corstens en Peters verdedigd. Zie Nijboer 1987, p. 94-95, 98 en 140 over de procesverplichting als *vooronderstelling* van de systematische grondslag van de strafrechtscodificatie. Zie hieronder par. 5.3.2.2.

948 Volgens Den Hartog 1999 (*T&C Strafvordering*), aantekening 9 impliceert het 'fair trial' (a) het onmiddellijkheidsbeginsel, (b) contradictoire procesvoering en (c) 'equality of arms' (waaronder dan ook de interne openbaarheid valt). Ik heb de eisen van een onpartijdige en onafhankelijke rechter en die van de externe openbaarheid daaraan toegevoegd, hoewel de tekst van art. 6 kan worden opgevat in de zin van Den Hartog: art. 6 eist dat de 'criminal charge' wordt berecht door een onafhankelijke en onpartijdige rechter naar aanleiding van een openbaar 'fair trial'.

949 Feteris 1993, p. 296-319, in het bijzonder p. 309, leidt dit onder meer af uit het feit dat de werking van de onschuldpresumptie tijdens de voorfase van het 'fair trial' gezien wordt als een temporele uitbreiding van het 'fair trial'.

.950 Zie Prins 1958, p. 136-137 over art. 2 RO (oud), naar aanleiding van de stelling van Donner 'Ons rechtsstelsel is nu eenmaal op de gedachte gebouwd, dat geen burger van overheidswege kan worden gestraft dan door de strafrechter'. Prins bestrijdt deze opvatting, p. 136: "De slotwoorden van art. 2 R.O. behelzen inderdaad een suggestie in die richting, want daar staat, dat 'de toepassing van alle soort van wettig bepaalde straffen' bij uitsluiting is opgedragen aan de 'gewone' rechterlijke macht, maar dat is meer dan de wetgever ooit heeft kunnen, of zelf willen waarmaken". En in noot 2 p. 137: "De suggestie van Van Vollenhoven (Staatsrecht Overzee, blz. 307) om in de Grondwet een bepaling op te nemen die de rechter bij uitsluiting bevoegd verklaart tot oplegging van straffen, zou vermoedelijk alleen maar leiden tot oneindige discussies over de begrippen 'straf' en 'rechter' ".

zou dan ten eerste niet zijn uitgesloten dat *andere vormen van afdoening* van strafbare feiten in handen van andere organen kan worden gesteld[951] en daarmee zou ten tweede niet zijn uitgesloten *dat punitieve handelingen die niet formeel als straf zijn aangemerkt* door andere organen dan de rechterlijke macht worden 'berecht' of afgedaan.[952] Gezien de massaliteit van buitengerechtelijke afdoening ten tijde van de vaststelling van de tekst van de nieuwe Grondwet van 1983 ligt het voor de hand aan te nemen dat de grondwetgever op dat moment niet voor ogen had deze vormen van punitieve rechtshandhaving ongrondwettig te verklaren. Dat betekent niet dat daarmee de vraag naar de strekking van de bepaling uitputtend is beantwoord.[953] Mevis pleit in zijn oratie voor een materiële uitleg van art. 113 lid 1 van de Grondwet,[954] waardoor aan de in deze bepaling vervatte norm een rechtsbeschermende constitutionele strekking wordt toegekend. In dat geval impliceert de bepaling 'dat de berechting van strafbare feiten zal zijn opgedragen aan, en daarmee zal zijn voorbehouden aan de rechterlijke macht'.[955] Omdat de term straf in die zinsnede alsnog in formele zin verstaan kan worden, kan de materiële betekenis van art. 113 wat mij betreft beter worden geformuleerd als de eis 'dat puni-

951 Het voorwaardelijk sepot en de transactie kunnen in die visie zonder strijd met art. 113 Gw in handen van het Openbaar Mininsterie worden gesteld, zolang daarbij maar geen sprake is van berechting en zolang daarbij geen schuldoordeel wordt uitgesproken.

952 Volgens de MvT bij de grondwetsherziening 1983, TK 1979-1980, 16 162, nr. 3, p. 6 en 11, gaat het bij de termen 'strafbare feiten' om de gangbare betekenis daarvan en dus niet om feiten die via het bestuursrecht bestraft worden.

953 De strekking van een bepaling kan pas worden vastgesteld wanneer zich een actueel geval voordoet dat vraagt om toepassing van de bepaling. De strekking is meer en wellicht ook minder dan de gereconstrueerde wil van de historische wetgever. Om de strekking van de bepaling vast te stellen zal de bepaling per geval bezien moeten worden tegen de achtergrond van de systematiek van de wet waarbinnen de bepaling functioneert èn in het licht van de voorliggende casus. Zie hierboven par. 1.4.

954 Mevis 1998, p. 29-33. Ook de Raad van State legt de term straf uit art. 113, lid 1 van de Grondwet materieel uit, maar ontleent daaraan niet meer dan een recht op toegang tot de rechter (Advies Raad van State 22 september 1987, TK, 20329 B, p. 3-4). Zie Van den Biggelaar 1994, p. 144. De Hoge Raad, die in navolging van het EHRM een materieel strafbegrip hanteert ten aanzien van de toepasselijkheid van art. 6 EVRM, stelt op 7 september 1988, FED, 715 m.nt. Wattèl: "De omstandigheid dat het opleggen van een verhoging moet worden aangemerkt als 'a criminal charge' in de zin van art. 6 eerste lid van het EVRM, brengt niet mee dat op zodanige oplegging de regels en/of beginselen van het nationale strafrecht van toepassing zijn". Het gaat Mevis overigens niet alleen om de term straf maar om een materiële uitleg van de gehele bepaling, waarin ook de term 'berechting' een rol speelt. Zie over de interpretatie van art. 113 Gw ook Hartmann 2000, p. 80-83.

955 Mevis 1998, p. 29.

tieve rechtshandhaving in beginsel plaatsvindt na berechting door de onafhankelijke rechter'.[956] Deze interpretatie van de grondwettelijke bepaling over de berechting van strafbare feiten staat in nauw verband met de ratio van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel, art. 1 Sv, zoals met name door Simmelink bepleit.[957] Art. 1 Sv luidt: 'strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien'. Een letterlijke interpretatie van deze bepaling zou ertoe kunnen leiden dat zodra de wetgever een bevoegdheid heeft toegekend voor strafvorderlijk handelen, daarmee aan het legaliteitsbeginsel is voldaan.[958] Op die manier kan aan het beginsel nauwelijks enige bescherming worden ontleend tegen een wetgever die het als zijn taak ziet de mogelijkheden tot repressieve rechtshandhaving zo veel mogelijk uit te breiden met ruim omschreven bevoegdheden.[959] Iedere mogelijke invulling van die bevoegdheden zou dan 'gedekt' zijn door het feit dat de bevoegdheid door de wetgever is toegekend. Simmelink wijst een dergelijke legistische benadering van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel af en doet daarbij onder meer een beroep op De Bosch Kemper, die al ten tijde van het ontstaan van het wetboek in 1838 een verband legde tussen art. 1 Sv en de grondrechten die in de Grondwet gewaarborgd zijn.[960] Wanneer de ratio van het legaliteitsbeginsel gezocht moet worden in de bescherming van grondrechten, die zowel in de fase van de opsporing als in die van de vervolging, de berechting en de tenuitvoerlegging van een eventuele straf geschonden kunnen worden, kan de invulling van wettelijk toegekende bevoegdheden geen discretionaire bevoegdheid bevatten die volstrekt afhankelijk is van persoonlijk of bestuurlijk inzicht. Ook de invulling van toegekende bevoegdheden zal dan getoetst moeten worden aan beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, en andere beginselen van

956 De bezwaren van Mevis richten zich in het bijzonder op het bestuursstrafrecht. Zelf meent hij dat een buitengerechtelijke afdoening 'waar de betrokken burger kennelijk mee instemt' niet in strijd is met art. 113 GW, zie Mevis 1998, p. 31 noot 46. Wel spreekt hij zijn twijfel uit over de mate waarin de overheid haar verantwoordelijkheid neemt voor de rechtsbescherming die een burger toekomt wil sprake zijn van een legitieme instemming. Zie ook Mevis 1989, hoofdstuk II, over het betreden van woningen met toestemming van de bewoner.

957 Simmelink 1987.

958 Dit is de rechtsstaatsopvatting van de 'Etat légal'. Zie 't Hart 2001, p. 124-125 over het feit dat het legaliteitsbeginsel op zichzelf genomen geen bescherming kan bieden. Zie par. 6.4 hieronder voor een uitwerking van de tegenstelling rechtsstaat-politiestaat, die rechtstreeks verband houdt met dit punt.

959 Wanneer het primaat van de wetgever op deze wijze geïnterpreteerd wordt is sprake van een 'Etat légal', zie daarover par. 5.4.1 hieronder.

960 Simmelink 1987, p. 39 e.v. Zie ook Cleiren 1994, aantekening 9, p. 91-97. Tegenover De Bosch Kemper stond overigens De Pinto die een veel legistischer standpunt huldigde, zie Corstens 1987, p. 94.

behoorlijke strafrechtspleging.[961] Het toekennen van bevoegdheden heeft dan steeds een constitutief en een limitatief aspect,[962] doordat een bevoegdheid steeds tegelijk geïnterpreteerd wordt als instrument dat overheidshandelen mogelijk maakt èn als instrument van bescherming. In die optiek zou het voor de hand kunnen liggen om in de bevoegdheidstoekenning van art. 113 GW naast de instrumentele (constitutieve) functie ook een beschermende (limitatieve) functie te veronderstellen doordat het in beginsel steeds de rechterlijke macht moet zijn die deze bevoegdheid uitoefent.

De hier voorgestelde verbinding tussen art. 113 GW en 1 Sv inzake de vraag of er in beginsel sprake is van een procesverplichting ligt volgens het bovenstaande in de rechtsstatelijke ratio van beide bepalingen. De materiële interpretatie van art. 113 GW kan ook gerelateerd worden aan het door sommige auteurs ingenomen standpunt dat het materiële strafrecht *niet* tot de burger maar tot de *rechter* is gericht en dat de verwezenlijking van het materiële strafrecht dus afhangt van de betrokkenheid van de rechter. Aldus wordt - vaak onder verwijzing naar Bindings normentheorie - door een aantal schrijvers een bijzondere verbinding gelegd tussen het materiële en het formele strafrecht, die neerkomt op een procesverplichting. Zo meende Enschedé:

> Daarom heeft de wetgever de strafrechtsmacht gebonden aan het oordeel van de rechter; van diens toestemming vooraf is de overheid afhankelijk, wanneer zij haar machtsmiddelen voor het toedienen van straf wil aanwenden.[963]

In gelijke zin zijn leerling Corstens:

> Strafrecht is sanctierecht. Dit betekent dat het pas tot leven komt als daadwerkelijk wordt gesanctioneerd. Daartoe moet de voorgeschreven procedure worden gevolgd. Het proces is, *afgezien van de nog te bespreken ontwikkeling van de afdoening buiten geding*, een noodzakelijke voorwaarde voor de oplegging van de strafrechtelijke sanctie. Materieel en formeel strafrecht zijn dus ten nauwste aan elkaar verbonden. Het strafproces is de noodzakelijke schakel tussen het strafbaar feit en de door de rechter op te leggen sanctie [cursivering mh]. [964]

Volgens Enschedé en Corstens is het strafrecht niet meer dan sanctierecht. Daarmee bedoelen zij dat de materiële norm, dat wil zeggen de rechtsregel die zich als norm of voorschrift tot de burger richt, geen deel uitmaakt van het

961 Zie daarover uitgebreid Cleiren 1990.
962 Cleiren 1994, aantekening 3, p. 25.
963 Enschedé 1999, p. 368.
964 Corstens 1995, p. 4.

strafrecht, maar slechts door middel van het strafrecht wordt beschermd, bevestigd, gehandhaafd. Het strafrecht doet niet meer dan met grote precisie vaststellen welke normschending strafbaar is, dat wil zeggen welke materiële normen strafrechtelijke bescherming toekomen. Niet alleen het formele maar ook het materiële strafrecht zou zich volgens Enschedé en Corstens niet in de eerste plaats tot de burger richten, maar tot de rechter en tot andere overheidsfunctionarissen die - in de fase van opsporing, vervolging en berechting - specifieke, zo duidelijk mogelijk omschreven bevoegdheden toegedeeld krijgen.[965] Enschedé stelde:

> (…) de rechtsnorm, schept voor de burger een rechtsplicht; *de burger is de geadresseerde van de norm*. (…) *de normen behoren niet tot het strafrecht*, maar tot het materiële recht. (…) de deliktsomschrijving, schept strafrechtsmacht voor overheidsorganen als politie, justitie, executieve, maar aan de burger voegt zij geen recht, plicht of bevoegdheid toe; *politie, justitie, executieve zijn geadresseerden van de deliktsomschrijvingen*.[966]

Uiteraard waarborgen het strafrechtelijk en het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel het feit dat de burger met grote precisie uit het strafrecht kan afleiden *welke* inbreuken op zijn rechten en vrijheden[967] hij kan verwachten bij overtreding van *welke* materiële normen. De functie van het strafrecht is in deze visie echter geen andere dan het handhaven van materiële normen die elders - buiten het strafrecht - gevonden moeten worden. De strafbepaling - het materiële strafrecht - zou volgens deze schrijvers gericht zijn tot de strafrechter en aldus een procesverplichting impliceren die ten grondslag ligt aan de verhouding tussen het materiële en het formele strafrecht.[968]

De theorie van Enschedé en Corstens wordt vaak in verband gebracht met de uit Duitsland afkomstige theorie van het beschermde rechtsgoed,[969] die overigens in par. 6.5.3 opnieuw aan de orde zal komen met het oog op het onderscheid tussen delicten en overtredingen. Hier zal het werk van Binding worden onderzocht met het oog op de vraag of zijn werk impliceert dat het materiële strafrecht gericht is tot de rechter en om die reden een procesverplich-

965 Zie Enschedé 1999, p. 372-373, waar hij verwijst naar Binding.

966 Enschedé 1999, p. 373.

967 Die inbreuken kunnen bestaan uit dwangmiddelen ter opsporing en - na veroordeling - in straffen (en eventueel maatregelen).

968 Zie met name Nijboer 1987 passim, die meent dat dit *nulla poena sine iudicio* deel uitmaakt van de constitutionele grondslag van de strafrechtcodificatie en - hoewel niet expliciet verwoord - in de systematiek van die codificatie voorondersteld is.

969 Zie Enschedé 1999, p. 372 en Remmelink 1995, p. 10. Zie over de theorie van het rechtsgoed Vervaele 1990, p. 238-241 en Vermunt 1984, in het bijzonder hoofdstuk III.

ting vooronderstelt. De theorie van het beschermde rechtsgoed gaat ervan uit dat de wetgever bij het vaststellen van rechtsnormen de taak heeft daarmee de achterliggende rechtsgoederen te beschermen. Rechtsgoederen zijn waarden en/of belangen die door het materiële recht beschermd worden doordat de norm die de betreffende waarde of het betreffende belang beoogt te beschermen door het recht wordt erkend dan wel gesteld:[970]

> Rechtsgut ist alles, was in den Augen des Gesetzgebers für die Rechtsordnung von Wert ist, dessen ungestörte Erhaltung er deshalb durch Normen sicher stellen muss.[971]

In de theorie van Binding gaat de norm die het rechtsgoed beoogt te beschermen logisch vooraf aan een eventuele strafbaarstelling.[972] Voor een goed begrip van Bindings visie op het strafrecht en de betekenis van de strafwet moet zijn normbegrip nader worden onderzocht. Binding ziet het recht als uitdrukking van een 'autoritative Wille'[973] en spreekt vervolgens over de 'Rechtssatz' als grondvorm van het recht waarmee rechten en plichten kunnen worden toegekend.[974] Vervolgens onderscheidt hij twee typen 'Rechtssätze': (1) normen of imperatieven, die handelingen gebieden of verbieden[975] en (2)

970 Binding 1885, p. 9-10: "Die Rechtgüter und Rechte, zu deren Schutz Normen und Strafgesetze bestimmt sind, liegen auf allen Rechtsgebieten zerstreut".

971 Binding 1885, p. 169.

972 Vermunt 1984, p. 199: "Spreken wij dus van het strafbare feit als van een strafbaar gestelde ('schuldhafte') normovertreding, dan impliceert dit dat de norm moet bestaan alvorens overtreding ervan strafbaar kan worden gesteld". Historisch hoeft de norm niet aan de strafbaarstelling vooraf te gaan: zij kunnen tegelijk worden uitgevaardigd en vastgesteld.

973 Hoewel hij het imperatieve aspect van de rechtsorde aldus voorop stelt, vloeit daar niet uit voort dat de uitleg van het recht zou bestaan uit het reconstrueren van de zogenaamde wil van de wetgever, zie Binding 1885, p. 454-457. Op p. 454: "(…) was aber autoritativ gewollt ist, darüber entscheidet selbst im absolutesten Staate kein Herrscher". En op p. 455: "Die Gesetzgebung bedeutet für den Inhaber der gesetzgebenden Gewalt geradezu eine Entäusserung seines Individual-Willens: der Wille des Rechts tritt ihm nun als objektive Macht gegenüber". Afgezien van de sterke nadruk op de 'wil' komt Bindings opvatting van de uitleg van de wet in grote lijnen overeen met hetgeen hierboven in par. 1.4 is uiteengezet over de autonomie van het geschreven recht tegenover de auteur ervan.

974 Binding 1885, p. 3. Een 'Rechtssatz' hoeft niet per se geschreven of uitgevaardigd te zijn om positief recht te vormen, zie a.w. p. 197-201 waar hij vier typen 'Rechtssätze' onderscheidt naar gelang de verhouding tussen geschreven en ongeschreven recht.

975 Binding stelt een 'Norm' gelijk met een imperatief. In termen van het door mij uitgewerkte rechtsnormbegrip richt hij zijn aandacht volledig op het imperatieve aspect van rechtsnormen. Een norm is voor Binding een voorschrift dat moet worden nageleefd.

'bejahende Rechtssätze', die bepalen wat iemand mag (in juridische zin: kan).[976] Het onderscheid tussen deze twee typen rechtsregels is voor Binding van cruciaal belang als het om de strafbepaling gaat. Een strafbepaling bevat in de delictsomschrijving een verwijzing naar een norm of imperatief, die bij overtreding het subjectieve recht tot straffen doet ontstaan. De norm zelf maakt geen deel uit van de strafbepaling, alleen de overtreding (de delictsomschrijving) is bestanddeel van de strafbepaling. De 'Norm' maakt deel uit van het materiële recht, dat wil zeggen het geheel van normen (imperatieven) die als normadressaat de burger hebben. De strafbepaling daarentegen *is volgens Binding geen norm of imperatief en de normadressaat van de strafbepaling is dan ook volgens hem noch de rechter, noch het openbaar ministerie als aanklager of executeur, noch de staat als strafgerechtigde*. Omdat Binding meent dat de strafbepaling geen imperatief is heeft de strafbepaling *geen normadressaat*:

> Das Strafgesetz ist überhaupt kein Befehl, sondern berechtigender Satz, und zwar Festsetzung und Normirung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Strafberechtigten und dem Verbrecher, - an erster Stelle im Interesse des Strafberechtigten, an zweiter in dem des Sträflings erlassen.[977]

Als wij het door Hart gemaakte onderscheid tussen 'primary' en 'secundary rules' vergelijken met het door Binding gemaakte onderscheid, lijken zij in ieder geval in zoverre overeen te komen dat Bindings 'Normen' en Harts 'primary rules' regulatieve regels zijn die bepaald handelen voorschrijven of verbieden, terwijl Bindings 'bejahende Rechstssätze' en Harts 'secundary rules' constitutieve regels zijn, die bepaald handelen überhaupt mogelijk maken. De strafbepaling 'doet' volgens Binding twee dingen: (1) hij constitueert het subjectieve recht tot straffen en (2) hij normeert dit op hetzelfde moment, in andere woorden de strafbepaling vestigt een rechtsverhouding tussen de strafgerechtigde en de te bestraffen burger.

De gerechtigde van het subjectieve recht tot straffen is volgens Binding de staat.[978] De rechter is in zijn ogen niet meer maar ook niet minder dan een ambtenaar aan wie de toepassing van de strafbepaling door de wetgever is ge-

976 Binding 1885, p. 155-165.

977 Binding 1885, p. 191.

978 Binding 1885, p. 478: "Inhaber des Strafrechts ist nach allgemeiner Auffassung heute stets unmittelbar oder mittelbar (…) der Staat, richtiger der oder die persönliche Träger der Staatsgewalt, insbesondere der Monarch". Reden daarvan is, a.w. p. 479 "entweder (..) dass der Staat als derjenige, dessen Normen der Delinquent übertritt, somit als Inhaber des Gehorsamsrechtes, zugleich Inhaber des Strafrechts gegen den Uebertreter sein muss, oder aber darin, dass das Strafrecht realisirbar wird erst durch den staatlichen Richterspruch, dass es sommit dem Staate kraft seiner Straf-Gerichtsbarkeit über den Verbrecher zustehe".

delegeerd.[979] Over de verhouding tussen wetgever en rechter is Binding zeer expliciet: hoewel de rechter gebonden is aan de wet, is hij gehouden tot interpretatie van de wet in het licht van de voorliggende casus en die interpretatie mag niet als een mechanisch of zuiver logisch proces begrepen worden.[980] De taak van de rechtswetenschap en de taak van de rechter bestaat grotendeels uit interpretatie van de wet en daartoe is een reconstructie nodig die voor een groot deel berust op ongeschreven recht. Om die reden is hij een tegenstander van het analogieverbod in het strafrecht. Dit verbod perkt volgens Binding de interpretatieruimte voor zowel rechter als rechtswetenschap ten onrechte in.[981] Hij herleidt het verbod van analogie tot een naar zijn mening foutieve interpretatie van het *nulla poena sine lege*, waarin de term *lex* sinds Feuerbach niet (meer) verwijst naar de geschonden 'Norm' maar naar de geschreven strafbaarstelling, waardoor niet het delict (de 'Norm'schending) maar de strafbepaling centraal komt te staan. Hij verdedigt de interpretatie naar analogie dan ook door de 'Norm'schending (het delict) voorop te stellen:

> Denn der Richter ist nicht blindes Werkzeug, sondern lebendiger Vertreter des Gesetzgebers für Aufgaben, welche diesem im einzelnen Falle unlösbar sind, und Bestrafung per analogiam ist ihm natürlich nur da gestattet, wo feststeht, dass der Angeklagte schuldhaft *delinquirt* hat [cursief mh].[982]

Het analogieverbod maakt samen met het verbod van terugwerkende kracht deel uit van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel dat aan het begin van de negentiende eeuw door Feuerbach werd geformuleerd als *nulla poena sine lege* (geen straf zonder voorafgaande wettelijke strafbedreiging); *nulla poena sine crimine* (geen straf zonder strafbaar feit) en *nullum crimen sine poena legali* (geen strafbaar feit zonder voorafgegane strafbaarstelling).[983] Binding meent

979 Binding 1885, p. 190. Dit betekent vooralsnog dat de wetgever deze bevoegdheid ook aan anderen kan delegeren - zoals bijvoorbeeld aan het bestuur.

980 Binding 1885, p. 32-34.

981 Binding 1885, p. 3-37. Op p. 16 spreekt hij van 'Diese Geschichte wissenschaftlicher Degradation infolge der Ueberschätzung des gesetzgeberischen Könnens (…)'.

982 Binding 1885, p. 28.

983 Feuerbach (1801) 1847, par. 19: "Aus obiger Deduction ergibt sich folgendes höchste Princip des peinlichen Rechts: Jede rechtliche Strafe im Staate ist die rechtliche Folge eines durch ide Notwendigkeit der Erhaltung äusserer Rechte begründeten, und eine Rechtsverletzung mit einen sinnlichen Uebel bedrohenden Gesetzes". Hieruit volgt dan volgens par. 20: "Hieraus fliessen folgende, keiner Ausnahme unterworfenen untergeordnete Grundsätze: I. Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus. (Nulla poena sine lege) Denn lediglich die Androhung des Uebels durch das Gesetz begründet den Begriff und die rechtsliche Möglichkeit einer Strafe. II. Die Zufügung

dat deze versie van het legaliteitsbeginsel teruggaat op twee onderscheiden bronnen, die vaak met elkaar verward worden, en die naar zijn inzicht 'gleich falsch sind und ausserdem einander widersprechen'.[984] De ene bron is de theorie van de psychologische dwang van Feuerbach, die in de strafwet een bedreiging ziet om de 'Neigung des Verbrechers zu überbieten'[985] en de andere bron is de staatsrechtelijke theorie van de machtenscheiding uit de 18e eeuw, die volgens Binding de rechters 'zum Sklaven macht'[986] van de wetgever. Kennelijk is voor Binding de positie van de rechter bij de toepassing van de wet van groot belang en vertrouwt hij de rechter een meer autonome positie toe dan een legalistische interpretatie van het legaliteitsbeginsel zou toelaten:

> Das Charakteristische des Satzes [nulla poena sine lege, mh] in seiner neueren Bedeutung besteht aber gerade darin, dass die Regel: 'wo kein Gesetz, da keine Uebertretung, da keine Strafe', welche Regel also nur die Positivität der Norm fordert, sich umgewandelt hat in die andere: 'wo kein positives und zwar geschriebenes Strafgesetz, da keine Strafe.[987]

Zijn eigen interpretatie van het legaliteitsbeginsel, waarbij dus de eis van een 'voorafgaande wet' niet slaat op de strafbedreiging maar op de materiële norm, stelt extra eisen aan de ambtenaar die de strafwet toepast. Dit zou ervoor pleiten dat die taak alleen aan een onafhankelijke en onpartijdige rechter kan worden toevertrouwd: *nulla poena sine iudicio*. Die taak zou dan bestaan uit het onderzoek naar de vraag of sprake is van een voorafgaande positieve norm en naar de vraag of er sprake is van een handeling die daarmee in strijd is.[988] Voor Binding was het feit dat het materiële strafrecht gerealiseerd wordt

> einer Strafe ist bedingt durch das Dasein der bedrohten Handlung. (Nulla poena sine crimine) Denn durch das Gesetz ist die gedrohte Strafe an die That als rechtlich nothwendigen Vorraussetzing geknüpft. III. Die gesetzlich bedrohte That (die gesetzliche Voraussetzung) ist bedingt durch die gesetzliche Strafe. (Nullum crimen sine poena legali) Denn durch das Gesetz wird an die bestimmte Rechtsverletzung das Uebel als eine nothwendige rechtliche Folge geknüpft".

984 Binding 1885, p. 27.

985 Binding 1885, p. 27: "Nicht ist das Strafgesetz dazu da, durch seine Drohung die Neigung des Verbrechers zu überbieten: nicht Kenntniss des Strafgesetzes, sondern nur Kenntniss der Norm (…) ist die unentbehrliche Voraussetzung des Delicts".

986 Binding 1885, p. 27. Zie par. 6.3 hieronder voor een geheel andere opvatting van de leer van de machtenscheiding van Montesquieu.

987 Binding 1885, p. 19. Over 'Die Entstehung des Satzes nulla poena sine lege und seine Rückwirkung auf die Theorie', zie p. 17-28.

988 Uiteraard meent Binding, dat nu de wetgever besloten heeft het analogieverbod te codificeren, rechter en wetenschap gehouden zijn zich van analoge interpretatie te onthouden bij de vaststelling van de omvang van het recht tot straffen. Binding 1885, p. 28: "Ist aber der Wissenschaft untersagt per analogiam Rechtssätze zu entdecken,

naar aanleiding van een rechterlijk oordeel volstrekt vanzelfsprekend in geval van *crimina*. Juist omdat het *nulla poena sine iudicio* voor *crimina* als vanzelfsprekende vooronderstelling in zijn werk aanwezig is, wordt nauwelijks expliciet naar deze procesverplichting verwezen.[989] In hoofdstuk zes zal vanuit een (ideeën)historisch kader getoond worden hoe vanzelfsprekend de procesverplichting voor de *crimina* was, terwijl ten aanzien van de overtredingen die vanzelfsprekendheid geheel ontbrak.[990]

Het feit dat Binding het materiële en het formele strafrecht samen als sanctierecht tegenover 'het materiële recht' stelt impliceert in ieder geval niet dat hij in de rechter de normadressaat van de strafbepaling ziet en dat om die reden art. 113 GW materieel geïnterpreteerd zou moeten worden. Binding denkt in tegendeel in termen van een subjectief recht op straf, dat toekomt aan de staat zelf en dat geconstitueerd wordt met de strafbepaling, die aldus een rechtsverhouding in het leven roept tussen staat en dader. Hoewel voor Binding de procesverplichting in geval van *crimina* zo vanzelfsprekend was dat hij er nauwelijks aandacht aan besteedde, betekent dit niet dat zijn theorie over 'Normen' en 'bejahende Rechtssätze' een procesverplichting impliceert. Juist omdat in zijn theorie de rechter niet meer is dan een ambtenaar aan wie door de wetgever de bevoegdheid tot toepassing van het materiële strafrecht is gedelegeerd, kan deze bevoegdheid op grond van diezelfde theorie ook aan andere ambtenaren worden toegekend.

zo hat sie sich diesem Verbote einfach zu fügen. Dagegen beginnt damit ihre Pflicht Beseitigung dieser ihrer unwürdigen Fessel zu fordern, und endet ihre pflicht nicht, die Tatbestände nachzuweisen, die das Gesetz analogisch ergreifen würde, hätte es sich nicht selbst die Adern unterbunden". Over de positiefrechtelijke gevolgen van het analogieverbod, neergelegd in art. 2 van het Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 26. Februar 1876, zie Binding 1885, p. 204-222. Art. 2: 'eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die handlung begangen wurde', aldus Binding 1885, p. 205.

989 Zie bijvoorbeeld de hierboven reeds aangehaalde passage over de staat als bezitter van het subjectieve recht tot straffen, Binding 1885, p. 478: 'dass das Strafrecht realisirbar wird erst durch den staatlichen Richterspruch'. Heel anders wordt dat wanneer het om overtredingen gaat, zie par. 6.5.3 hieronder.

990 Over het onderscheid zie Binding 1885, p. 510-517, waar hij zich verzet tegen de van het Franse postrevolutionaire recht overgenomen driedeling van strafbare feiten: Verbrechen, Vergehen en Übertretungen.

5.3.3 Recht op toegang tot de rechter

5.3.3.1 Inleiding

Het mag duidelijk zijn dat het standpunt dat de onschuldpresumptie uit het tweede lid van art. 6 EVRM en/of art. 113 GW een procesverplichting bevatten niet verenigbaar is met de massaliteit van de consensuele afdoening. Dit zou - als het bovenstaande standpunt wordt volgehouden - tot de conclusie leiden dat de rechtspraktijk op grote schaal in strijd is met de nationale en met de Europese constitutie. Tegelijkertijd zou het bovenstaande standpunt leiden tot de conclusie dat het positieve recht - waarin deze praktijk gelegaliseerd is - in tegenspraak is met de ongeschreven beginselen die eraan ten grondslag liggen. In het geldende recht zijn immers de transactie, het voorwaardelijk sepot en de bestuurlijke boete als buitengerechtelijke afdoeningsvarianten geregeld, die volgens bovenstaande visie alleen door de rechter zouden mogen worden behandeld omdat sprake is van straffen in materiële zin.

In de doctrine en ook in de rechtspraak van het EHRM wordt dan ook een andere interpretatie van het procesbeginsel verdedigd. Den Hartog, die in haar commentaar op het tweede lid van art. 6 EVRM spreekt van een proces*verplichting*, blijkt in feite te doelen op een *recht op toegang tot de rechter*:

> De onschuldpresumptie bevat een procesverplichting: de verdachte mag geen straf worden opgelegd voordat hij in staat is gesteld zijn verdedigingsrechten uit te oefenen.[991] Hieruit kan worden afgeleid dat een straf pas ten uitvoer mag worden gelegd indien de verdachte aanspraak heeft kunnen maken op een procedure die voldoet aan de eisen van art. 6.[992]

Zij vervolgt:

> De procesverplichting is niet absoluut. Zo mag van een (rechterlijke) procedure worden afgezien, indien de verdachte hiermee instemt, zoals het geval kan zijn bij de afdoening door transactie.[993]

Hierboven bleek reeds dat het feit dat het Hof een materieel strafbegrip hanteert niet impliceert, dat iedere vorm van straffen in materiële zin volgens het Hof voorafgegaan moet worden door een proces. Het door Trechsel nog als absoluut geformuleerde aspect van de onschuldpresumptie dat 'Nachteilen,

991 Onder verwijzing naar EHRM 25 maart 1983, A-62, par. 37 (Minelli), in gelijke zin Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 459.

992 Den Hartog 1999, aant. 10 bij art. 6 EVRM.

993 T.a.p. met verwijzing naar EHRM 27 februari 1980, A-35, par. 49 (NJ 1980, 561: Deweer).

die Schuldspruch oder Strafe gleichkommen' verbiedt zolang de schuld niet in rechte is vastgesteld, is door het Hof reeds lang gerelativeerd. Hieronder zal ik de positie van het Hof ten aanzien van het procesbeginsel analyseren aan de hand van drie arresten, die als standaardarresten nog steeds doorwerken in de huidige jurisprudentie van het Hof: het Golder-arrest van 21 februari 1975, gepubliceerd in A-18 (NJ 1975, 462); het Deweer-arrest van 27 februari 1980, gepubliceerd in A-35 (NJ 1980, 561) en het Öztürk-arrest van 21 februari 1984, gepubliceerd in A-73 (NJ 1988, 937).

5.3.3.2 Golder-arrest: het recht op toegang tot de rechter vloeit voort uit het eerste lid van art. 6 EVRM

In het Golder-arrest, dat een civielrechtelijke zaak betrof, stelt het Hof in r.o. 25 de volgende twee vragen:

> (i) Is Article 6 par. 1 limited to guaranteeing in substance the right to a fair trial in legal proceedings which are already pending, or does it in addition secure a right of access to the courts for every person wishing to commence an action in order to have his civil rights and obligations determined?
> (ii) In the latter eventuality, are there any implied limitations on the right of access or on the exercise of that right which are applicable in the present case?

Ten aanzien van de eerste vraag stelt het Hof in r.o. 28 vast dat 'article 6 par. 1 does not state a right of access to the courts in express terms. (….). It is the duty of the Court to ascertain, by means of interpretation, whether access to the courts constitutes one factor or aspect of this right'. Vervolgens gaat het Hof in r.o. 35 in op de vraag wat het gevolg zou zijn van een interpretatie waarin *geen* sprake zou zijn van een recht op toegang tot de rechter:

> Were art. 6 par. 1 to be understood as concerning exclusively the conduct of an action which had already been initiated before a court, a Contracting State could, without acting in breach of that text, do away with its courts, or take away their jurisdiction to determine certain classes of civil actions and entrust it to organs dependent on the Government. Such assumptions, indissociable form a danger or arbitrary power, would have serious consequences which are repugnant to the aforementioned principles and which the Court cannot overlook.

De beginselen waar het Hof naar verwijst zijn het beginsel 'whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge' en het beginsel 'that forbids the denial of justice'[994]. De conclusie luidt in r.o. 36:

> Taking all the preceding considerations together, it follows that the right of access constitutes an element which is inherent in the right stated by Article 6 par. 1.

Het Hof is dus van mening dat in civiele zaken een recht op toegang tot de rechter moet worden ingelezen in het eerste lid van art. 6 EVRM,[995] omdat een andere interpretatie de mogelijkheid zou openlaten dat nationale staten de jurisdictie met betrekking tot bepaalde civiele zaken aan de onafhankelijke rechterlijke macht zouden onttrekken, hetgeen in strijd zou zijn met de 'rule of law'.[996]

Vervolgens stelt het Hof in r.o. 38 dat het recht op toegang tot de rechter niet absoluut is, omdat de aanspraak op dit recht pas verwezenlijkt kan worden wanneer de nationale staten daartoe de mogelijkheid openen en de wijze waarop zij dat doen onvermijdelijk tot inperkingen van het recht moet leiden. Zo zal bijvoorbeeld toegang tot de rechter ontzegd kunnen worden aan minderjarigen en/of onder curatele gestelden. Het Hof vergelijkt het recht op toegang tot de rechter met het recht op onderwijs, dat ook pas gerealiseerd kan worden als de nationale overheden onderwijsvoorzieningen in het leven hebben geroepen. Het Hof stelt wel vast ten aanzien van de beperkingen die inherent zijn aan het regelen van dergelijke voorzieningen:[997]

994 Het Hof roept deze beginselen in r.o. 35 in bij de interpretatie onder verwijzing naar de Vienna Convention, die in art. 31 lid 3 sub c bepaalt dat de interpretatie van verdragsbepalingen plaats vindt in het licht van 'any relevant rules of relevant international law applicable in the relations between the parties'. Daarvan maken 'general principles of law recognized by civilized nations' deel uit, zoals art. 38 lid 1 sub c van het Statuut van het Internationale Hof van Justitie bepaalt. Zie Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 418-419.

995 Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 419 spreken van een 'extensive, teleological interpretation'.

996 Dat de interpretatie van verdragsbepalingen gericht moet zijn op overeenstemming met 'the rule of law' concludeert het Hof in r.o. 34.

997 Het lijkt erop dat het Hof het gebruikelijke onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten inroept: de eerste zouden een rechtstreekse aanspraak op de overheid bevatten terwijl de tweede een instructienorm voor de overheid in zouden houden. Het recht op toegang tot de rechter is echter mogelijkheidsvoorwaarde voor het uitoefenen van alle klassieke grondrechten in geval van een inbreuk en gaat daarmee logisch gezien nog aan deze rechten vooraf. Hoewel het onderscheid tussen beide soorten grondrechten zinvol is vanuit historisch perspectief, kan vanuit systematisch oogpunt bezwaar gemaakt worden tegen een strikt onderscheid.

> It goes without saying that such regulation must never injure the substance of the right to education nor conflict with other rights enshrined in the Convention.[998]

Datzelfde geldt voor het recht op toegang tot de rechter: het is geen absoluut recht maar dat betekent niet dat de beperkingen die inherent zijn aan het institutionaliseren van de toegang tot de rechter zo ver mogen gaan dat het recht geen inhoud meer heeft.[999]

In civiele zaken is dus niet voldoende dat *wanneer* er sprake is van een proces, dit aan de eisen van een 'fair trial' voldoet. Daarenboven moet de overheid in geval van civielrechtelijke geschillen de mogelijkheid scheppen om de vordering in een 'fair trial' te laten beslissen. Van een procesverplichting is geen sprake, maar dat zou in een civiele zaken ook niet denkbaar zijn. Een procesverplichting in civiele zaken zou betekenen dat voor het kopen van een brood een 'fair trial' zou moeten worden doorlopen.[1000]
De twee belangrijkste consensuele vormen van afdoening van strafzaken, de schikking in de zin van voorwaardelijk sepot of transactie en de bestuurlijke boete, zijn beide vormen van punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid die onder de 'criminal charge' vallen van art. 6 EVRM. Zie par. 2.6 hiervoor. In het eerste geval - schikking - is sprake van een expliciete instemming van de verdachte met het voorstel van de OvJ, zonder welke instemming de

998 Het Hof citeert hier (r.o. 38) haar eigen uitspraak van 23 juli 1968, A-6, par. 5.

999 EHRM 9 oktober 1979, A-32 (Airey), stelt dan ook in par. 24: "The Government contend that the application does enjoy access to the High Court since she is free to go before that court without the assistance of a lawyer. The Court does not regard this possibility, of itself, as conclusive of the matter. The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective. (..) This is particularly so of the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial". Het betrof ook hier een civiele zaak. Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 428 wijzen op het feit dat beperkingen een legitiem doel moet hebben en proportioneel moeten zijn ten opzichte van het te bereiken doel. Op p. 426 leggen zij het verband met de expliciete beperkingen die bijvoorbeeld in het tweede lid van art. 8 geformuleerd zijn. Zie ook nog over de verhouding tussen art. 6 en art. 13 EVRM Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 419.

1000 De hier besproken betekenis van de term procesverplichting impliceert immers dat het materiële strafrecht niet buiten de rechter om gerealiseerd kan worden. De normen uit het materiële strafrecht richten zich - in die opvatting - niet tot de burger maar tot de rechter, die als enige gemachtigd is het rechtsgevolg van een strafbaar gestelde rechtsnormschending te realiseren. De gedachte dat de normen uit het materiële burgerlijk recht zich tot de rechter zouden richten is - zoals het voorbeeld aangeeft - absurd. Zie Winkel 1989 over de problematiek van de normadressaat van de wet vanuit een privaatrechtelijk en rechtshistorisch perspectief.

zaak alsnog aan de rechter moet worden voorgelegd. Op het moment dat aan de voorwaarde(n) voldaan is, ontstaat een *vervolgingsbeletsel* op grond van de wet (art. 74 Sr) of op grond van het vertrouwensbeginsel. In het tweede geval - bestuurlijke boete - is geen sprake van expliciete instemming van de betrokken burger, maar van een vooronderstelde instemming die pas van de baan is als er beroep wordt ingesteld. In het eerste geval is het proces het uitgangspunt waarvan wordt afgeweken, in het tweede geval is de oplegging van de straf buiten proces het uitgangspunt, waarvan alleen op initiatief van de betrokken burger wordt afgeweken.

Hieronder zal ik in par. 5.3.3.3 de vraag of het recht op een 'fair trial' geschonden is in geval van een *buitengerechtelijke schikking* allereerst behandelen aan de hand van de jurisprudentie van het EHRM, met als uitgangspunt het Deweer-arrest uit 1980. Na een analyse van het arrest en een samenvattende conclusie zal ik ingaan op de vraag welke opvattingen van grondrechten met de problematiek van de afstand van grondrechten verbonden zijn en wat de mogelijke implicaties van die opvattingen zijn voor diezelfde problematiek. Vervolgens zal ik in par. 5.3.3.4 de vraag of het recht op een 'fair trial' geschonden is in geval van een *buitengerechtelijke strafoplegging* behandelen aan de hand van de jurisprudentie van het EHRM, met als uitgangspunt het Öztürk-arrest uit 1984. Na een analyse van dit arrest en een samenvattende conclusie zal ik ingaan op problematiek van de bestuurlijke punitieve handhaving in relatie tot de vaststelling van strafrechtelijke schuld.

5.3.3.3 Deweer-arrest: afstand van het recht op toegang tot de rechter

In het Deweer-arrest stelt het Hof vast dat een aanbod om door middel van betaling van een boete strafvervolging te voorkomen *in combinatie met* de aanzegging dat bij niet-betaling de slagerij van betrokkene als voorlopige maatregel gesloten zou worden een 'criminal charge' in de zin van art. 6 lid 1 EVRM impliceert. Naar aanleiding van de stelling van de Belgische regering dat noch het aanbod om strafvervolging af te kopen, noch de aangezegde sluiting van de zaak, noch de combinatie van beide een 'criminal charge' betreffen, wordt door het Hof in par. 44 overwogen:

> However, the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (..) prompts the Court to prefer a 'substantive', rather than a 'formal', conception of the 'charge' contemplated by Art. 6 par. 1. The Court is compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question.

Nadat het Hof op grond van zijn onderzoek geconcludeerd heeft dat wel degelijk sprake is van een 'criminal charge', stelt het Hof in par. 49:

> The 'right to a court', which is a constituent element of the right to a fair trial, is no more absolute in criminal than in civil matters.

Met deze uitspraak staat vast dat het Hof ook in strafzaken geen procesverplichting afleidt uit art. 6 EVRM. De vraag wordt dan welke beperkingen op het recht op toegang tot de rechter zijn toegestaan. Het Hof stelt vast dat in casu sprake is van een 'waiver' ten aanzien van het recht op toegang door de rechter en vervolgt:

> In the Contracting States' domestic legal systems a waiver of this kind is frequently encountered both in civil matters, notably in the shape of arbitration clauses in contracts, and in criminal matters in the shape, inter alia, of fines paid by way of composition. The waiver, which has undeniable advantages for the individual concerned as well as for the administration of justice, does not in principle offend against the Convention; (…).

Vervolgens stelt het Hof dat het recht op toegang tot de rechter in een democratische samenleving niet zonder meer teniet kan gaan 'solely by reason of the fact that an individual is a party to a settlement reached in the course of a procedure ancillary to court proceedings'. Wanneer alsnog een beroep wordt gedaan op het recht op toegang tot de rechter is onderzoek vereist naar de totstandkoming van het betreffende 'settlement', want:

> Absence of constraint is at all events one of the conditions to be satisfied; this much is dictated by an international instrument founded on freedom and the rule of law.

De Commissie was van mening dat in casu sprake was van 'constraint' omdat verzoeker alleen afstand deed van de garanties van art. 6 lid 1 'under threat of [the] serious prejudice' die het gevolg zou zijn van de sluiting van zijn zaak. Daartegenover stelt de regering dat er in geval van schikkingen altijd een vorm van 'constraint' bestaat, omdat *het strafproces zelf* voor betrokkenen al een afdoende bedreiging vormt die hen er toe brengt afstand te doen van het recht op een 'fair trial'. Het Hof meent dat de druk die van het verschijnen ter openbare terechtzitting uitgaat bij het aangaan van een schikking in geen enkele zin onverenigbaar is met de Conventie, zolang de rechten die in art. 6 en 7 van de Conventie maar gewaarborgd zijn.[1001] De 'constraint' in de voorlig-

[1001] Over de mate waarin de vrees voor de uitkomst van een 'fair trial' als een vorm van dwang kan worden gezien, zie Kipnis 1975/76, die overigens schrijft met het oog op de Amerikaanse praktijk van *plea bargaining*. Vergelijk Van Caenegem 1954, p. 314 over de afwegingen van de middeleeuwse baljuw, die 'soms echt cynisch in zijn optreden en in zijn uitdrukkingen' is: "Vaak gaat hij tot compositie over omdat hij een

gende zaak lag veeleer in de voorlopige maatregel waarmee gedreigd werd, bestaande uit de sluiting van de zaak van Deweer. Bovendien was het bedrag dat met de schikking gemoeid was, substantieel lager dan het bedrag van de boete die hij in geval van een veroordeling riskeerde. Van deze substantiële verlaging ging volgens het Hof een grote druk uit om af te zien van het uitoefenen van het recht op toegang tot de rechter.[1002] De Commissie zag in de combinatie van deze twee vormen van 'pressure' of 'constraint' een inbreuk op het recht op toegang tot de rechter. De regering stelt daar volgens het Hof tegenover dat:

> (..) the breach of Article 6 stemmed in substance from a 'favour' granted to Mr. Deweer, namely the offer of a settlement whereby the procureur du Roi was to adopt a solution milder, more flexible and less burdensome than closure. In this way, claimed the Government, an 'absurd conclusion' was reached' [door de Commissie, mh].

Dit is een belangrijk argument voor iedere vorm van consensuele afdoening die - zoals het Hof eerder opmerkte - voor zowel betrokkene als overheid voordelen kan bieden.[1003] Hoe zou een dergelijke 'win-win' situatie aanleiding

geringe doch zekere compositiesom (..) de voorkeur geeft boven een grote doch onzekere, door het gerecht uit te spreken boete". Zijn grootste bezwaar tegen deze praktijken is op p. 319 'dat de VERDENKING de plaats heeft ingenomen van het BEWIJS'.

1002 Swart 1994, p. 40 stelt naar aanleiding van de overwegingen van het Hof in deze zaak: "Het Hof hanteert hier het beeld van een weegschaal. De voordelen van een afdoening zonder proces mogen voor de verdachte niet zo groot zijn dat hem eigenlijk geen andere keuze openstaat dan zijn recht op een proces te laten varen". Hij verwijst naar Corstens die voorstelt 'dat transactiebedragen het plafond zouden moeten vormen voor de eis ter terechtzitting zowel als voor de rechterlijke straftoemeting'. Zie Corstens 1999, p. 755.

1003 Die voorwaarden liggen in het algemeen onder hetgeen de officier ter terechtzitting zal eisen. Van Veen 1983 merkt dan ook op, p. 541: "Uit art. 74 Sr is het begrip 'vrijwillige voldoening' aan de door de OvJ gestelde voorwaarden verdwenen. Er staat nu zonder meer 'voldoening aan de voorwaarden'. Dat is een verbetering want de vrijwilligheid was zo groot niet. De richtlijnen, die thans zijn uitgevaardigd, stellen zelfs dwang op het betalen. Wie niet op het voorstel van de OvJ tot transactie ingaat zal ter terechtzitting worden geconfronteerd met een vordering, waarin een aanzienlijk hogere boete wordt geëist dan waarvoor men af had kunnen kopen". Zie 's Jacob 1936, p. 99/100 over de visie van de minister van justitie bij de invoering van de transactie: 99 "Deze [de minister van justitie, mh] beantwoordde haar [de vraag welke maatstaven aangelegd moeten worden ter bepaling van het bedrag van de transactie, mh] in zijn circulaire van 1922 als volgt: 'in het algemeen zou ik daarop willen antwoorden, dat de voorwaarden moeten overeenkomen met de straf, die beklaagde vermoedelijk toch van den kantonrechter gekregen zou hebben.' (...) [100] Deze opvatting is in de geschiedenis van art. 74 W.v.Sr duidelijk te lezen en het is dan ook zeer te betreuren, dat

kunnen zijn voor een inbreuk op het recht op toegang tot de rechter. Het Hof komt op dit punt met een belangrijk tegenargument:

> Besides, in the area of human rights he who can do more cannot necessarily do less. The Convention permits under centain conditions some very serious forms of treatment, such as the death penalty (Art. 2 par.1, second sentence), whilst at the same time prohibiting others which by comparison can be regarded as rather mild, for example 'unlawful' detention for a brief period (Art. 5 par. 1) or the expulsion of a national (Art. 3 par.1 of Protocol No. 4). The fact that it is possible to inflict on a person one of the first-mentioned forms of treatment cannot authorise his being subjected to one of the second-mentioned, *even if he agrees or acquiesces* (..)[cusief mh].[1004]

Het Hof concludeert tenslotte dat de afstand van recht vanwege Deweer 'besmet' was door 'constraint' en dat daarmee een inbreuk was gepleegd op art. 6 lid 1 EVRM.

Uit de bovenstaande analyse kunnen de volgende samenvattende conclusies worden getrokken, mede onder verwijzing naar meer recente jurisprudentie:

1. Het aanbieden van voorwaarden ter voorkoming van strafvervolging valt onder het begrip 'criminal charge' in art. 6 lid 1 EVRM.[1005]

zij in de tekst der wet niet tot uiting is gekomen". Zie Van den Biggelaar 1994, p. 336, die tot de conclusie komt dat deze gang van zaken in strijd is met het bestuursrechtelijke beginsel van 'fair play' in art. 2:4 Awb.

[1004] Dit argument speelt ook bij de rechtvaardiging van het voorwaardelijk sepot, dat na sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek gebaseerd kan worden op art. 244 lid 3 en daarbuiten wordt gebaseerd op de art. 167 lid 2 ingelezen sepotbevoegdheid. Ten aanzien van de buitenwettelijke praktijk van het voorwaardelijk sepot - dus in die gevallen waarin geen sprake is geweest van een gerechtelijk vooronderzoek - wordt die rechtvaardiging gezocht in de gedachte dat wie het meerdere mag (onvoorwaardelijk sepot) ook het minder mag (voorwaardelijk sepot). Het standpunt dat wie het meerdere mag (afzien van vervolging) ook het mindere mag (onder voorwaarden afzien van vervolging), gaat echter uit van het perspectief van het OM. Vanuit de verdachte bezien is het voorwaardelijk sepot het meerdere en het onvoorwaardelijke sepot het mindere.

[1005] Zie recent EHRM 24 september 1997, Reports 1997-V (Garyfallou), par. 32: "The Court recalls that in order to determine whether an offence qualifies as 'criminal' for the purposes of the Convention, the first matter to be ascertained is whether or not the text defining the offence belongs, in the legal system of the respondent State, to the criminal law; next, the nature of the offence and, finally, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring must be examined, having regard to the object and purpose of Article 6, to the ordinary meaning of the

2. Het recht op toegang tot de rechter heeft in beginsel in strafzaken geen andere betekenis dan in civiele zaken en is dus onderhevig aan 'implied limitations', die echter nooit zover mogen gaan dat het recht geen betekenis meer heeft.[1006] Het recht op toegang tot de rechter wordt in geval van strafzaken niet afgeleid uit het tweede lid maar net als in geval van civiele zaken uit het eerste lid van art. 6 EVRM.

3. Net als in civiele zaken is het doen van afstand van het recht op toegang tot de rechter in beginsel niet in strijd met het verdrag.[1007]

4. Wanneer door middel van een schikking afstand is gedaan van het recht op toegang tot de rechter betekent dit niet zonder meer dat het recht op

terms of that Article and to the laws of the Contracting States (see, among other authorities, the above-mentioned Öztürk judgment, p. 18, § 50)". Zie par. 1.3 hierboven.

[1006] Deze beperkingen kunnen vervaltermijnen, verjaring, betaling van griffierechten betreffen maar ook beperkingen in de toegang tot de rechter voor minderjarigen, onder curatele gestelden. Zie Lawson & Schermers 1997 in n. 11 bij het Golder-arrest: "It emerges from subsequent case-law that the State-parties are allowed a certain margin of appreciation, but a limitiation on the right of access will not be compatible with Article 6 par. 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved' (Ashingdane, A-93, par. 57, confirmed in Lithgow, A-102, par. 194, and for instance in Tolstoy Miloslavsky, A-316-B, par. 59, (..)". Zij concluderen in n. 12 bij het Golder-arrest dat de criteria voor de aanvaardbaarheid van de beperkingen grotendeels samenvallen met de expliciete criteria die in het tweede lid van de artikelen 8-11 zijn opgenomen.

[1007] Volgens Lawson & Schermers 1997 in n. 7 bij EHRM 22 februari 1996, Reports 1996-II (NJ 1996, 483 Bulut) moet een 'waiver' in het algemeen worden vastgesteld 'in an inequivocal manner', zij verwijzen naar Albert & Le Compte (A-58, par. 35), Colozza (A-89, par. 28), Barberà, Messegué & Jabardo (A-146, par. 82) en Oberschlick (A-204, par. 51). In Pfeifer & Planki (A-227, par. 37) voegt het Hof daar nog aan toe dat in geval van procedurele rechten 'a waiver, in order to be effective for Convention purposes, requires minimum guarantees commensurate to its importance'. Dit zou tot de conclusie kunnen leiden dat stilzwijgende toestemming niet voldoet maar zoals Lawson & Schermers 1997 in n. 9 bij het Bulut-arrest opmerken, blijkt dat het Hof in sommige gevallen geen moeite heeft met stilzwijgende toestemming, tenzij daarmee zaken van 'public interest' gemoeid zijn. In n. 10 blijkt in feite een stilzwijgende maar volstrekt duidelijke afstand voldoende te zijn: 'This suggests that the right to appear at trial and defend oneself may be tacitly, if unequivocally, waived'. In n. 12 tenslotte leiden zij uit het Bulut-arrest af dat het Hof onderscheid maakt tussen het materiële recht op toegang tot de rechter, waarvan al dan niet afstand kan worden gedaan en het procedurele recht om een schending van het verdrag in te roepen, dat vervalt wanneer de verzoeker daar in de procedure voor de nationale rechter geen beroep op heeft gedaan. Dit zou kunnen betekenen dat de eisen die aan een 'waiver' gesteld worden strikter en formeler zijn dan die aan het niet inroepen van een recht gesteld worden.

toegang tot de rechter daardoor is vervallen: wanneer de schikking tot stand is gekomen dankzij 'constraint' is de afstand van recht niet geldig.[1008]

5. Het feit dat het vooruitzicht van het verschijnen ter openbare terechtzitting voor een verdachte aanleiding kan zijn om in te stemmen met een schikking, vormt geen 'constraint' in bovengenoemde zin.

6. Het feit dat de staat de bevoegdheid heeft om onder bepaalde voorwaarden ernstige inbreuken te maken op grondrechten, impliceert niet dat daarom ook de bevoegdheid bestaat om onder andere voorwaarden minder ernstige inbreuken te maken - ook niet als de verdachte daar mee instemt of daarin berust.

Theoretische veronderstellingen van de idee van de afstand van recht

Een buitengerechtelijke schikking ter voorkoming van strafvervolging impliceert een afstand van het recht op toegang tot de rechter. Daaruit volgt dat de verdachte *het initiatief* moet nemen om in te gaan op een eventueel aanbod van de vervolgende instantie; wanneer verdachte daarvan af ziet zal voor een punitieve sanctie alsnog het oordeel van de rechter moeten worden ingeroepen. De rechtsbescherming die in het 'fair trial' geboden wordt kan hier dus alleen op initiatief van verdachte vervallen. Ter onderscheiding van de hierna te bespreken bestuurlijke boete - *die geen afstand van recht* bevat maar het *afzien van de uitoefening van het recht* - zou deze afstand van recht naar analogie van de privaatrechtelijke benadering van de figuur van afstand van recht, als een rechtshandeling gezien kunnen worden.[1009] Vanuit datzelfde perspectief zou de afstand van recht dan getoetst kunnen worden aan de vereisten voor de totstandkoming (is er van beide partijen een verklaarde wil, art. 3:33 BW; bestaande uit een aanbod en een aanvaarding) en ten aanzien van eventuele

[1008] De vraag wanneer sprake is van een 'constraint' laat zich niet op voorhand beantwoorden maar het is duidelijk dat niet iedere druk op verdachte om een schikking aan te gaan onder 'constraint' valt. Het moet gaan om een ongeoorloofde vorm van druk.

[1009] Tjittes 1992a en 1992b, bakent het 'afstand van recht' ten opzichte van rechtsverwerking af door vast te stellen dat het eerste een rechtshandeling is en het laatste een rechtsfeit dat wordt afgeleid uit eigen gedragingen van rechthebbende (die afleiding is gegrond op de redelijkheid en de billijkheid). Tjittes meent dat men afstand kan doen van (1) subjectieve rechten, te onderscheiden in zakelijke, persoonlijke en wilsrechten en van (2) bevoegdheden, niet zijnde subjectieve rechten. Op p. 23 meent hij 'Afstand van grondrechten door de burger t.b.v. de overheid lijkt mij gezien de strekking van de grondrechten niet mogelijk'.

wilsgebreken (is er sprake van dwaling, art. 6:228 BW; bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden, art. 3:44 BW). De vraag of de afstand expliciet moet geschieden zou in het verlengde van de privaatrechtelijke doctrine daaromtrent beantwoord kunnen worden met een verwijzing naar het feit dat de verklaarde wil die in art. 3:33 BW voor de totstandkoming van een rechtshandeling wordt vereist, ook uit bepaalde gedragingen kan worden afgeleid.[1010] De 'constraint' waar het Hof over spreekt zou in deze terminologie vertaald kunnen worden door bedreiging en/of misbruik van omstandigheden. Bij een privaatrechtelijk perspectief mag uiteraard de eigen aard van de rechtsbetrekking tussen verdachte en OvJ niet uit het oog verloren worden, die - ook volgens het Hof - publieke belangen raakt. In par. 49 van het Deweer-arrest spreekt het Hof zelfs van de 'public order'. Het uit de Franse doctrine afkomstige begrip 'l'ordre public' verwijst niet zomaar naar publieke belangen, maar naar de fundamentele, constitutieve aspecten van de maatschappelijke orde van een rechts- en politieke gemeenschap.[1011] In het algemeen betekent het argument dat de 'ordre public' aangetast dreigt te worden dat er geen ruimte meer is voor een afweging tussen publieke en andere belangen, omdat de 'ordre public' de mogelijkheidsvoorwaarde is voor bestaan en ontwikkeling van enig belang en dus te allen tijde voorrang verdient. Het argument van de aantasting van de 'ordre public' leidt echter in het Deweer-arrest niet tot de conclusie dat afstand van het recht op toegang tot de rechter onder alle omstandigheden uitgesloten is. Het Hof ziet er een extra reden in voor een zorgvuldig onderzoek naar de totstandkoming van de 'waiver'.

In haar onderzoek naar de betekenis van art. 6 EVRM voor 'de grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen' besteedt Den Hartog ruim aandacht aan de mogelijkheid van een 'afstand van recht'. Enerzijds ziet zij in de afstand van recht een aantasting van de publieke belangen die door het betreffende grondrecht beschermd zijn, hetgeen ervoor zou pleiten die afstand niet toe te staan. Anderzijds meent zij dat art. 6 EVRM een verderliggende doelstelling heeft, 'namelijk de bescherming van de individuele vrijheid'.[1012] Zij grondt deze reconstructie van de strekking van de bepalingen van het EVRM op een 'liberale grondrechtstheorie'. Binnen een liberale grondrechtstheorie zijn grondrechten gericht op bescherming van de individuele

[1010] Conform het Hof, dat eist dat de afstand van recht plaatsvindt 'in an inequivocal manner'. Zie hiervoor noot 1007.

[1011] Zie Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 772 onder verwijzing naar art. 2 sub 3 van het vierde Protocol bij het EVRM.

[1012] Den Hartog 1993, p. 161.

vrijheid. Op grond daarvan noemt zij drie argumenten die pleiten voor de mogelijkheid om afstand van grondrechten te zien als een vergroting van de individuele vrijheid:

1. Het kan zijn dat de verdachte, om wat voor redenen dan ook, de respectering van de in artikel 6 EVRM genoemde rechtsbelangen[1013] niet wil. Niet-respectering van die rechtsbelangen betekent dan dat gevolg wordt gegeven aan de wil van de verdachte, hetgeen dus een vergroting inhoudt van de individuele vrijheid. (…) Het is aan de individuele verdachte te bepalen of het rechtsbelang moet worden gerespecteerd, hoezeer hij ook, in de ogen van anderen, zich door niet-uitoefening van zijn recht in de vingers snijdt. (…)

2. Het tweede argument betreft de stelling dat respectering van een in artikel 6 EVRM genoemd rechtsbelang een aantasting kan betekenen van andere - eveneens aan de verdachte toekomende - verdragsbepalingen.[1014] (…)

3. Ten derde zou nog kunnen worden aangevoerd dat de verdachte, indien op basis van zijn afstand van recht de in artikel 6 EVRM genoemde rechtsbelangen kunnen worden aangetast, in een betere positie kan geraken. Deze betere positie kan bijvoorbeeld bestaan uit een lagere sanctie. (…)

Naast deze drie argumenten die pleiten voor het erkennen van de mogelijkheid om afstand te doen van recht op toegang tot de rechter, noemt zij als tegenargument nog de stelling dat bijvoorbeeld 'de positie van de verdachte een zodanige is dat deze niet in vrijheid zou kunnen beslissen over een afstand van recht'. Door deze afstand niet toe te staan wordt de verdachte dan tegen zichzelf beschermd. Den Hartog verwijst bovendien nog kort naar andere grondrechtstheorieën, waarin andere belangen dan het rechtsbelang van de individuele verdachte aan de orde zijn, maar zij kiest zelf voor een liberale - ik zou zeggen liberalistische - grondrechtstheorie. In een liberalistische grondrechtstheorie worden individuen verondersteld in het bezit te zijn van vrij-

[1013] Met Amelung maakt Den Hartog een onderscheid tussen een recht en een rechtsbelang, zo stelt zij op p. 156: "In navolging van Amelung zal ik in dit verband onder 'recht' verstaan: de aanspraak op respectering van een rechtsbelang". Wanneer de verdachte afstand doet van een grondrecht, wordt volgens haar geen inbreuk gemaakt op dat recht, maar wel op het door dat recht beschermde rechtsbelang. De verwijzing naar Amelung betreft: K. Amelung, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtgutes*, Berlin 1981, p. 13 en 14. Over Amelung en diens positie binnen de Duitse 'theorie van het rechtsgoed', zie Vervaele 1990, p. 238- 241.

[1014] Bijvoorbeeld het door artikel 8 beschermde 'rechtsbelang' privéleven, of het eveneens door artikel 6 beschermde 'rechtsbelang' van een berechting binnen een redelijke termijn.

heid, die als het ware als een substantie, een ding wordt gezien. In een liberale grondrechtstheorie kan vrijheid worden geconcipieerd als aspect van relaties tussen mensen. Verabsolutering en verdinglijking van dat aspect leidt tot een grondrechtentheorie die de vervreemding van grondrechten mogelijk maakt.[1015]

De gedachte dat het 'fair trial' een grondrecht zou zijn dat in laatste instantie gericht is op het vergroten van de individuele vrijheid van de verdachte lijkt mij niet in overeenstemming met de constitutionele betekenis van de bescherming van rechten en vrijheden van burgers in een democratische rechtsstaat. Vanuit die optiek is de vraag of de vergroting van de individuele vrijheid van de verdachte het enige en belangrijkste belang is dat in art. 6 EVRM wordt beschermd. Het 'fair trial' beschermt de vrijheid van *iedere* burger en het is goed mogelijk dat juist met het oog op de bescherming van die vrijheid de vrijheid van een individuele verdachte moet worden beperkt.[1016] De 'vrijheid van iedere burger' betreft dan zowel de negatieve vrijheid in de zin van een staatsvrije ruimte als de positieve vrijheid om het eigen leven in te richten en daartoe - materieel gezien - de kans te krijgen. De vrijheid van de individuele verdachte die daartoe zou moeten worden opgeofferd betreft de vrijheid in de zin van een particulier belang, een verabsolutering van het zelfbeschikkingsrecht van de als consument opgevatte burger.[1017]

[1015] Zie ook par. 7.2 en 7.3 hieronder, waarin de politiek filosofische positie van Lefort ten aanzien van het tegelijk individuele, burgerlijke en politieke karakter van de grondrechten verdedigd wordt tegenover de Marxistische kritiek op het atomistische karakter van deze rechten. Zie Lefort 1994.

[1016] Zie Schalken 1989, p. 8-15, waar hij onderscheid maakt tussen 'het belang van de verdachte als algemeen belang' en 'het belang van de verdachte als verdedigingsbelang'.

[1017] Zie verhelderend over de consumentistische intepretatie van vrijheid als te claimen goed, Mooij 1995, p. 91-95. Mooij analyseert daarin de liberale ethiek vanuit een psychoanalytisch kader. De daarin zo prominente waarde van de autonomie of zelfbeschikking kan op twee manieren worden uitgelegd. Wanneer autonomie in de vorm van 'alles moet kunnen' niet meer is dan een verbinding van vrijblijvendheid en bindingsloosheid kan de autonomie als een uiting van narcisme wordt geduid, terwijl de eigenlijke liberale visie op autonomie juist verbonden is met de universaliseerbaarheidseis (de kantiaanse categorische imperatief) waarin de betrekking met de ander en de samenleving centraal staat. De zelfbeschikking wordt dan verbonden met een ethiek van verantwoordelijkheid voor het eigen handelen. Vanuit dat gezichtspunt is het nog maar de vraag of een liberale grondrechtenfilosofie samenvalt met het primaat voor de vrijheid van de individuele verdachte; het primaat zou ook vanuit een liberale grondrechtenfilosofie eerder bij de *institutionalisering* van de vrijheid van de burger liggen en het is juist die vrijheid die in de institutie van het 'fair trial' beschermd wordt.

Om te beargumenteren waarom het bij de afstand van recht op toegang tot de rechter niet alleen om de vrijheid van de individuele verdachte gaat, zou ik aan willen knopen bij een onderscheid dat Tjittes maakt bij zijn bespreking van de *privaatrechtelijke figuur* van de afstand van recht. Nadat hij heeft vastgesteld dat de afstand van recht een rechtshandeling is, onderscheidt hij eenzijdig gerichte, eenzijdig ongerichte en meerzijdige rechtshandelingen. Een eenzijdig gerichte rechtshandeling is bijvoorbeeld de opzegging van een huurovereenkomst; een eenzijdig ongerichte rechtshandeling is bijvoorbeeld de erkenning van een kind (die niet alleen gericht is op moeder en kind maar tot *alle* rechtsgenoten die vanaf dat moment rekening zullen moeten houden met de erkenning) en een meerzijdige rechtshandeling is bijvoorbeeld het sluiten van een overeenkomst. De afstand van het recht op toegang tot de rechter is geen privaatrechtelijke rechtshandeling, maar heeft wel vergelijkbare aspecten. Omdat de afstand alleen gedaan kan worden als de OvJ daartoe een aanbod doet en omdat het rechtsgevolg waarop de afstand van het recht op toegang tot de rechter gericht is (het vervallen van het vervolgingsrecht) pas tot stand komt als aan de gestelde voorwaarden is voldaan,[1018] lijkt deze vorm van consensuele afdoening in deze opzichten op een overeenkomst, dus een meerzijdige rechtshandeling. Tegelijkertijd heeft de afstand van recht met de eenzijdig ongerichte rechtshandeling gemeen, dat het vervallen van het vervolgingsrecht in beginsel ten opzichte van alle rechtsgenoten geldt. Daarmee bedoel ik dat het vervolgingsrecht (de bevoegdheid tot strafvordering) een bevoegdheid is die niet gericht is op de bescherming van een particulier belang binnen de rechtsbetrekking tussen verdachte en officier. Ten eerste is er in geval van een slachtoffer sprake van een particulier belang dat buiten de rechtsbetrekking tussen officier en verdachte lijkt te vallen. Om die reden heeft het slachtoffer dan ook de bevoegdheid om beklag te doen bij het gerechtshof over de niet-vervolging, hetgeen ertoe kan leiden dat alsnog - in opdracht van het gerechtshof - tot vervolging wordt over gegaan.[1019] Ten

[1018] Art. 74 lid 1 Sr, laatste volzin: Door voldoening aan die voorwaarden vervalt het recht tot strafvervolging. Wanneer wij denken in termen van aanbod en aanvaarding, is ingevolge de wet pas sprake van aanvaarding wanneer aan de voorwaarden is voldaan. Zie Wladimiroff 1994, p. 79 en ook de interpretatie van Osinga 1992 in zijn dissertatie die echter niet verder kijkt dan de overeenkomst, terwijl voor een goed begrip van de aard van de rechtsverhouding tussen officier en verdachte de figuur van de eenzijdig ongerichte rechthandeling evenzeer van belang is.

[1019] Art. 12 Sv spreekt over de 'rechtstreeks belanghebbende'. Art. 12k Sv bepaalt dat in geval van een transactie inzake een misdrijf het beklag binnen drie maanden moet worden gedaan na de datum waarop aan de voorwaarden is voldaan. Art. 12l Sv bepaalt dat in geval van een transactie inzake een overtreding geen beklag mogelijk is.

tweede betreft het strafrecht *niet* zonder meer de bescherming van particuliere belangen. In termen van het hiervoor ontwikkelde strafbegrip is het straffen gericht op het (her)stel van het gezag van een rechtsnorm. Doel is dat deze geschonden rechtsnorm het handelen van rechtsgenoten jegens elkaar gaat of blijft regelen. In die zin hebben alle rechtsgenoten belang bij de rechtshandhaving. Een afdoening buiten de procesvorm van het 'fair trial' speelt zich af binnen de relatie tussen burger en overheid, tussen normadressant en normadressaat en bevestigt daarmee vooral het imperatieve aspect van de rechtsnorm. Een afdoening binnen de procesvorm van het 'fair trial' speelt zich in beginsel af in een zichtbare publieke ruimte en geeft aldus gestalte aan het normatieve aspect van rechtsnormen. Tegelijkertijd maakt de procesvorm van het 'fair trial' de wijze waarop de overheid gebruikt maakt van het ius puniendi zichtbaar, waardoor controle mogelijk is op het punitieve handelen van de overheid. De *dubbele instrumentaliteit* van het 'fair trial', die hiervoor in par. 5.2 is geanalyseerd in contrapunt tot de bemiddelende en de inquisitoire procesvorm, beschermt aldus de bijzondere verhouding van overheid en burger die constitutief is voor de democratische rechtsstaat. Dat betekent dat afstand van het recht op toegang tot de rechter afbreuk zou kunnen doen aan het algemeen belang dat alle rechtsgenoten hebben bij de rechtshandhaving.

Een andere manier om de positie van grondrechten vanuit liberalistisch perspectief te vergelijken met de positie van grondrechten vanuit het perspectief van de hiervoor in par. 2.4.2 besproken relationele rechtsopvatting betreft de betekenis van de individuele vrijheid. Vanuit het door Den Hartog geschetste perspectief op grondrechten lijkt de individuele vrijheid een gegeven dat voorafgaat aan de bescherming, een soort natuurlijk bezit van de mens, dat al dan niet beschermd kan worden.[1020] Vanuit een relationele rechtsopvatting wordt de vrijheid geconstitueerd door de wijze waarop de verhouding tussen mensen wordt bepaald: vrijheid kan niet als een individuele zaak worden gezien waarover een individu al dan niet beschikt. Zoals gezegd *is vrijheid dan geen ding maar een aspect van relaties tussen rechtsgenoten.*[1021] In het derde hoofd-

[1020] Deze manier van denken komt voort uit de school van het natuurrecht van de 17e en 18e eeuw, waarin het individu niet alleen het primaat heeft op de staat maar gedacht wordt als voorafgaand aan de staat. De staat wordt daarmee volledig geïnstrumentaliseerd, zie Chevallier 1994, p. 56: "l'Etat de droit repose en fin de compte sur l'affirmation de la primauté de l'individu dans l'organisation sociale et politique, ce qui entraîne à la fois l'instrumentalisation de l'Etat, dont le but est de servir les libertés, et la subjectivisation du droit (…) qui dote chacun d'un statut, lui attribue un pouvoir d'exigibilité et lui confère une capacité d'action".

[1021] Zie over deze interpretatie van de verhouding tussen individu en staat en de rol die mensenrechten daarin spelen Lefort 1994 en Loose 1997, p. 149-169. Over de samenhang tussen een liberalistisch individualisme (dat in de negentiende eeuw leidt tot pri-

stuk heb ik bij de bespreking van het vrijheidsbegrip van Immink het verband weergegeven tussen vrijheid en politieke zeggenschap. De onafhankelijkheid van de Oudgermaanse *vrije* impliceerde de politieke zeggenschap, terwijl na het ontstaan van het bevelsrecht van de Frankischgermaanse koningen de *vrijen* niet meer vrij waren in de zin van onafhankelijk maar wel - dankzij de koninklijke behoefte aan raad en bijstand - vrij waren in de zin van politieke zeggenschap. Hieronder (par. 6.3) zullen wij zien hoe Montesquieu de vrijheid begrijpt als de door het *recht* beschermde ruimte waarbinnen mensen zeggenschap hebben over hun eigen leven.[1022] Terwijl de vrijheid van de Oudgermaanse *vrije* gebaseerd is op contingente machtsverhoudingen tussen enerzijds de *vrijen* onderling en anderzijds de vrije heer tegenover de onvrijen binnen zijn huisgemeenschap; de vrijheid van de feodale adel gebaseerd is op de bijzondere machtsverhouding tussen koning en *vrijen* enerzijds en *vrijen* en horigen anderzijds, is de vrijheid van de burger in het denken van Montesquieu gebaseerd op en geïnstitutionaliseerd door het recht.

Vanuit een relationele rechtsopvatting is het doen van afstand van recht op toegang tot de rechter problematisch. Het gaat binnen die rechtsopvatting niet om een zelfbeschikkingsrecht omdat de verdachte die afstand doet daarmee over veel meer dan zijn eigen positie beschikt.[1023] Dat betekent dat de be-

vaatrechtelijk georiënteerd subjectivisme) en een politiek soevereiniteits denken (dat in de 19e eeuw leidt tot publiekrechtelijk etatisme) zie de Rotterdamse oratie van Foqué 1992, p. 18-23 en 25-29. Over de relatie tussen het mensbeeld en de relationele rechtsopvatting 't Hart 1997, p. 161: "Rechtssubjectiviteit en burgerschap kunnen juist uitsluitend geschapen worden binnen en in wisselwerking met geëigende juridische en maatschappelijke structuren. Juist daarom kunnen deze begrippen, aldus verstaan, aansluiten bij een nieuw mensbeeld dat principieel afwijkt van het traditionele dat in hoofdlijnen nog een voortzetting is van het zeventiende eeuwse rationalisme en natuurwetenschappelijk denken". Zie tot slot de epiloog hieronder (hoofdstuk 7).

1022 Ook deze 'negatieve' vrijheid is een politieke vrijheid, want de staatsvrije ruimte die geïmpliceerd is in die vorm van vrijheid is geen voorgegeven of van nature aanwezige entiteit, maar het resultaat van een politieke keuze die - zoals juist Monstesquieu heeft laten zien - juridisch geconstrueerd moet worden. Zie Foqué en 't Hart 1990, hoofdstukken 3a, 3b en 8b. Tegenover de negatieve vrijheid van Montesquieu staat de positieve vrijheid van Immink, zie voor een conceptualisering van deze beide opvattingen van vrijheid Berlin 1969.

1023 De verdachte kan echter niet verantwoordelijk gehouden worden voor een juiste inschatting van de algemene belangen die met de buitengerechtelijke afdoening betrokken zijn: hij is juist niet gehouden om bij het bepalen van zijn procespositie enig algemeen belang na te streven. Zie bijvoorbeeld Baumann 1977, p. 46: "Deshalb gelten im Zivilprozessrecht die Verhandlungsmaxime und die Dispositionsmaxime, gilt im Strafprozessrecht dagegen der Untersuchungsgrundsatz".

slissing over het al dan niet overgaan tot een buitengerechtelijke afdoening in laatste instantie niet bij de verdachte hoort te liggen maar bij een instantie die het *algemene* belang van de *recht*shandhaving dient.[1024]

5.3.3.4 Öztürk-arrest: bestuurlijke afdoening van punitieve rechtshandhaving

In de zaak Oztürk draaide het om de vraag of de kosten van de tolk van verzoeker op grond van het derde lid onder e van art. 6 EVRM moeten worden vergoed. Het derde lid vermeldt onder e: 'Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court'. De vraag die beantwoord moest worden was in de eerste plaats of er in casu sprake was van een 'criminal charge'. Voorafgaand aan het onderzoek naar die vraag stelt het Hof in par. 49:

> The Convention is not opposed to States, in the performance of their task as guardians of the public interest, both creating or maintaining a distinction between different categories of offences for the purposes of their domestic law and drawing the dividing line, but it does not follow that the classification thus made by the States is decisive for the purposes of the Convention.
>
> By removing certain forms of conduct from the category of criminal offences under domestic law, the law-maker may be able to serve the interests of the individual (see, mutatis mutandis, the above-mentioned Engel and others judgment, ibid., p. 33, § 80) as well as the needs of the proper administration of justice, in particular in so far as the judicial authorities are thereby relieved of the task of prosecuting and punishing contraventions - which are numerous but of minor importance - of road traffic rules. The Convention is not opposed to the moves towards "decriminalisation" which are taking place - in extremely varied forms - in the member States of the Council of Europe. The Government quite rightly insisted on this point. Nevertheless, if the Contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as "regulatory" instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7), the application of these provisions would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention.

[1024] Dat pleit tegen bestuurlijke afdoening van de punitieve rechtshandhaving, maar dat impliceert nog niet dat er dus een bestuurlijke tak binnen het OM moet worden opgericht voor de punitieve handhaving van de bestuurlijke orde. Daarmee zou de verbestuursrechtelijking van de punitieve rechtshandhaving wellicht voorkomen worden, maar de verbestuurlijking van de strafrechtspleging zou vaart krijgen. Het is de vraag of dat winst is: vermoed mag worden dat bestuurlijke uitgangspunten de buitengerechtelijke strafrechtspleging in dat geval gaan bepalen. Zie over de verschillende uitgangspunten van straf- en bestuursrecht hoofdstuk 6.

Nadat het Hof aldus zijn standpunt herhaalt dat het begrip 'criminal charge' een autonome interpretatie vergt, en daarbij aantekent dat overheveling van punitieve handhaving van het strafrecht naar het bestuursrecht niet in strijd is met het Verdrag, komt de vraag aan de orde naar het 'criminal character' van de overtreding waarvoor Oztürk een boete had moeten betalen. Het standpunt van de regering ten aanzien van het criminele karakter van deze *contraventie* wordt door het Hof in par. 52 als volgt weergegeven:

> For the Government in contrast, the offence in question was beyond doubt one of those contraventions of minor importance - numbering approximately five million each year in the Federal Republic of Germany - which came within a category of quite a different order from that of criminal offences. The Government's submissions can be summarised as follows. *By means of criminal law, society endeavoured to safeguard its very foundations as well as the rights and interests essential for the life of the community. The law on Ordnungswidrigkeiten, on the other hand, sought above all to maintain public order.* As a general rule and in any event in the instant case, commission of a "regulatory offence" did not involve a degree of ethical unworthiness such as to merit for its perpetrator the moral value-judgment of reproach (Unwerturteil) that characterised penal punishment (Strafe). The difference between "regulatory offences" and criminal offences found expression both in procedural terms and in relation to the attendant penalties and other legal consequences. [cursief, mh]

De stelling van de Duitse regering, dat crimineel strafrecht een ander doel heeft dan de bestuursrechtelijke punitieve handhaving, lijkt rechtstreeks ontleend aan de hiervoor in hoofdstuk vier aangehaalde theorie van Goldschmidt,[1025] die bij ons in licht gewijzigde vorm door Van der Poel werd bepleit. In deze theorie wordt een essentieel onderscheid gemaakt tussen crimineel en politiestrafrecht. Het doel van crimineel strafrecht zou dan het bevestigen van de bestaande rechtsorde of het bestaande rechtsbewustzijn zijn, terwijl het doel van politiestrafrecht het vestigen van een nieuwe, bestuurlijke orde zou zijn. Crimineel strafrecht betreft in termen van de Duitse regering de bescherming van de constitutie van de samenleving, terwijl bestuursstrafrecht slechts de handhaving van de bestuurlijke orde zou betreffen. Overtreding van bepalingen van die bestuurlijk orde zou dan geen ethisch verwijt treffen en dat zou aan de daarop gestelde sancties het punitieve karakter ontnemen.

[1025] Par. 4.5.7 hierboven. De theorievorming van Goldschmidt ligt dan ook ten grondslag aan het Duitse systeem van 'bestuursstrafrecht', zie Hartmann en Van Russen Groen 1994, p. 34-38, Schaffmeister 1984, p. 138-139 en A. Mulder 1957a, p. 49-51. Zie hieronder par. 6.5.4.

Het Hof relativeert de tegenstelling tussen beide vormen van strafrecht in par. 53:

> It matters little whether the legal provision contravened by Mr. Öztürk is aimed at protecting the rights and interests of others or solely at meeting the demands of road traffic. *These two ends are not mutually exclusive*. Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature. [cursief mh]

Daar komt volgens het Hof bij dat er *geen* reden is om er van uit te gaan dat het criminele karakter van een overtreding een zekere mate van ernst veronderstelt:

> In this connection, a number of Contracting States still draw a distinction, as did the Federal Republic at the time when the Convention was opened for the signature of the Governments, between the most serious offences (crimes), lesser offences (délits) and petty offences (contraventions), whilst qualifying them all as criminal offences. Furthermore, it would be contrary to the object and purpose of Article 6 (art. 6), which guarantees to "everyone charged with a criminal offence" the right to a court and to a fair trial, if the State were allowed to remove from the scope of this Article (art. 6) a whole category of offences merely on the ground of regarding them as petty.

Dit is een bevestiging van de in par. 1.3. onderzochte autonome betekenis van het begrip 'criminal charge'. Het feit dat wanneer er geen sprake is van een sanctie met een 'crimineel' karakter, de zwaarte van de sanctie ertoe kan leiden dat de 'charge' desondanks onder art. 6 EVRM valt, doet niet af aan het feit dat het 'criminele karakter' van een sanctie *zelfstandig* tot de conclusie leidt dat deze sanctie binnen het bereik van art. 6 EVRM valt. Dat is niet anders wanneer de sanctie laag is.

Tenslotte overweegt het Hof dat het feit dat zij art. 6 EVRM van toepassing acht, niet betekent dat zij daarmee de uitgangspunten van de 'Ordnungswidrigheiten' ter discussie stelt. Gezien de massaliteit van 'minor offences', kunnen de bij het verdrag aangesloten staten goede redenen hebben om hun gerechten te verlossen van de vervolging en bestraffing van dit soort overtredingen:

> Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6 (art. 6) (see, mutatis mutandis, the above-mentioned Deweer judgment, Series A no. 35, p. 25, § 49, and the Le

> Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 23, first sub-paragraph.[1026]

Deze overweging past in de prudente en pragmatische koers die het Hof ten aanzien van het evenwicht tussen 'crime control' en 'due process' lijkt te varen. Met het oog op het precaire gezag dat zij bij de wetgevende, bestuurlijke en rechterlijke machten in de nationale staten moet (be)vestigen, betrekt het Hof de gevolgen van haar beslissingen vaak expliciet in haar afwegingen.[1027] Zo besliste het Hof dat met het oog op de grote hoeveelheid overtredingen van het belastingrecht:

> Contracting States must be free to empower the Revenue to prosecute and punish them, even if the surcharges imposed as a penalty are large ones. Such a system is not incompatible with the Convention so long as the taxpayer can bring any such decision affecting him before a court that affords the safeguards of that provision.[1028]

Samenvattend kan geconcludeerd worden dat het Hof van mening is:

1. Het is niet in strijd met het verdrag om punitieve sancties over te hevelen van het strafrecht naar het bestuursrecht of de punitieve handhaving van

[1026] Uit deze interpretatie van de betekenis van het 'fair trial' blijkt een soort van 'alles of niets' verhouding tussen het 'fair trial' en de consensuele procesvorm. Wanneer de betrokken burger aanspraak maakt op het 'fair trial' moet in beginsel aan alle daarmee verbonden eisen worden voldaan; wanneer daarentegen geen aanspraak wordt gemaakt op een 'fair trial' hoeft in beginsel niet meer aan de daarmee verbonden eisen te worden voldaan.

[1027] In EHRM 21 september 1994, A-294-B (NJ 1995, 463: Fayed) stelde het Hof in par. 62 ten aanzien van controlebevoegdheden van onafhankelijke inspecteurs benoemd door de Britse staatssecretaris voor Handel en Industrie, dat deze bevoegdheden weliswaar materiaal konden opleveren voor de vervolging en bestraffing van overtredingen, maar dat deze handelingen desondanks niet onder het begrip 'criminal charge' vielen, want: 'the requirement that such a preparatory investigation should be subject to the guarantees of a judicial procedure as set forth in Article 6 par. 1 would in practice unduly hamper the effective regulation in the public interest of complex financial and commercial activities'. In gelijke zin EHRM 17 december 1996, Reports 1996-VI , par. 67 (NJ 1997, 699: Saunders). De hier gesignaleerde pragmatische koers impliceert niet dat het Hof niet bereid is om bij substantiële aantasting van fundamentele uitgangspunten van het Verdrag, het beroep op argumenten van doelmatigheid af te wijzen. Zie de bespreking van het Golderarrest in par. 5.3.3.2 hierboven.

[1028] EHRM 24 februari 1994, A-284 (NJ 1994, 496: Bendenoun), par. 46.

overtredingen van bestuurlijke rechtsnormen *in handen van het bestuur* te stellen.[1029]

2. Deze overheveling impliceert echter *niet* dat artikel 6 van het verdrag *niet* van toepassing zou zijn. Met name het argument dat het overtreden van bestuurlijke rechtsnormen geen moreel verwijt impliceert gaat volgens het Hof niet zonder meer op: het feit dat sommige rechtsnormen gericht zijn op het veilig stellen van de bestuurlijke orde sluit niet uit dat zij gericht zijn op de bescherming van de rechten en belangen van anderen. Daarmee lijkt het Hof enerzijds het onderscheid tussen crimineel en politiestrafrecht te erkennen, maar aan dat onderscheid anderzijds slechts een praktische betekenis toe te kennen: er is geen sprake van een essentieel verschil tussen beide vormen van punitieve handhaving voor zover het om de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM gaat. Daarmee bevestigt het Hof in feite de overheveling van het civiele strafrecht naar het criminele strafrecht die bij de codificatie aan het begin van de negentiende eeuw plaatsvond. Beide vormen van strafrecht behoeven de bescherming die het criminele strafrecht sinds de Franse revolutie aan de burger biedt.

3. De gelijkschakeling van beide typen punitieve rechtshandhaving in het licht van artikel 6 EVRM betekent echter niet meer dan een verplichting voor de overheid om de betrokken burger de reële mogelijkheid te verschaffen het oordeel van de onafhankelijke en onpartijdige rechter in een 'fair trial' in te roepen. Voorzover de burger van dat recht gebruik maakt, moet de betreffende procedure aan alle eisen van artikel 6 EVRM voldoen: er is geen sprake van dat sommige waarborgen achterwege kunnen worden gelaten wanneer de betrokkene daar aanspraak op maakt.[1030]

[1029] Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 425 concluderen uit par. 16 van EHRM 10 februari 1983, A-58 (NJ 1987, 315: Albert and Le Compte): "This means that, for instance, the situation in which appeal against administrative action lies with an administrative body, does not conflict with Article 6, also not if the appeal proceedings amount to a determinantion of civil rights and obligations or a criminal charge, provided that there is in the last resort the possibility of review by a court. (…) It also means that in the case of a criminal charge the penalty may be determined by an administrative body, e.g., the Revenue or the public prosecutor, or by (summary) court proceedings not fulfilling all the requirements of Article 6, provided that from this decision appeal lies to a court with full jurisdiction".

[1030] Zie Lawson & Schermers 1997 in n.11 bij het Oztürk-arrest: "In the literature some commentators applaud the Court's ruling; others give more weight to considerations of economy of process. Whereas the former group supports an unimpaired applicability of Article 6, the latter favours the introduction of a 'de minimis rule', according to which only serious cases attract the protection of fundamental rights".

Bestuurlijke punitieve rechtshandhaving en de vaststelling van strafrechtelijk schuld
Wanneer de onschuldpresumptie gelezen wordt als een procesverplichting in de zin dat het proces voorwaarde is voor strafbaarheid (het *nulla poena sine iudicio*) is de bestuurlijke punitieve rechtshandhaving daarmee zonder meer in strijd.[1031] Wanneer echter de formulering van art. 6 lid 2 wordt gevolgd, doet zich de vraag voor of het opleggen van een bestuurlijke boete de vaststelling van strafrechtelijke schuld impliceert en zo ja, of het feit dat deze vaststelling niet door een rechterlijke instantie in de zin van het eerste lid van art. 6 plaatsvindt in strijd is met art. 6 EVRM. Omdat in geval van een bestuurlijke boete - anders dan in geval van de strafrechtelijke schikking - sprake is van de *oplegging* van een punitieve sanctie, zou het tweede lid van art. 6 impliceren dat de strafrechtelijke schuld in rechte is vastgesteld door het bestuursorgaan dat de boete oplegt. Omdat het Hof aan het tweede lid geen zelfstandige betekenis toekent en aan het eerste lid alleen een recht op toegang tot de rechter ontleent, moet geconcludeerd worden dat in de interpretatie van het Hof inderdaad geen bezwaar bestaat tegen vaststelling van strafrechtelijke schuld door een bestuursorgaan. Die vaststelling moet dan wel kunnen worden aangevochten bij de rechter in 'fair trial'. Hier dringt zich de vergelijking op met het Salabiaku-arrest[1032] waarin het Hof vaststelde dat een vermoeden van schuld op grond van een geobjectiveerde delictsomschrijving[1033] niet in strijd

1031 Zie par. 5.3.2 hierboven. Met deze formulering (het proces als voorwaarde voor strafbaarheid) lijkt een formeelrechtelijke voorwaarde te worden toegevoegd aan de materieelrechtelijke voorwaarden die de strafbaarheid constitueren. De onschuldpresumptie als procesverplichting kan worden begrepen als een formeelrechtelijke voorwaarde zonder welke niet kan worden vastgesteld of - gezien de materieelrechtelijke voorwaarden - sprake is van strafbaarheid.

1032 EHRM 7 oktober 1988, A-141 (NJ 1991, 351). Zie over de implicaties van dit arrest voor de bestuurlijke afdoening in de WAHV: Steenbrink en Westerbeke 1990, p. 64-65. Over de reikwijdte van het arrest en de rechtspraak van de HR op dit punt ook: Kessler 1998, p. 89-91. Zie ook Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 461. Zie ook Lenos 1998, p. 203-204, onder verwijzing naar Feteris 1993, p. 633.

1033 Een geobjectiveerde delictsomschrijving wil zeggen dat het vervuld zijn van de delictsomschrijving onafhankelijk van enig schuldverwijt tot strafbaarheid leidt. Voorafgaand aan het Water en melk arrest, HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681, heerste ten aanzien van overtredingen (waarin de verwijtbaarheid niet als bestanddeel is opgenomen) de 'leer van het materiële feit'. Volgens deze leer bestonden overtredingen uit geobjectiveerde delictsomschrijvingen, met als gevolg dat een beroep op een schulduitsluitingsgrond de strafbaarheid niet kon opheffen. In genoemd arrest besliste de HR dat in geval van 'afwezigheid van alle schuld' geen sprake kon zijn van strafbaarheid, waardoor het vervullen van de delictsomschrijving niet meer kon betekenen dan een weerlegbaar vermoeden van schuld.

was met de onschuldpresumptie zolang er maar een reële mogelijkheid was om het vermoeden te weerleggen. Ten aanzien van de claim dat sprake zou zijn van strijd met het tweede lid van art. 6, stelt de Franse regering volgens het Hof in par. 24:

> The Government contended that Article 392 para. 1 of the Customs Code establishes not a presumption of guilt, but one of liability. In their view this distinction is "crucial": "the persons in question do not commit the offence themselves", but "answer for it before the courts" (page 4 of the written observations of June 1985 submitted to the Commission). They did not however argue that there was no "criminal charge" within the meaning of paragraph 1 of Article 6 (art. 6-1) of the Convention; nor did they claim that the dispute fell outside the scope of paragraph 2 (art. 6-2) thereof on the ground that this provision referred to the notion of "guilt" and not that of "liability".

Het Hof reageert op de claim dat in casu sprake zou zijn van een zo goed als onweerlegbaar vermoeden van schuld in par. 27 om te beginnen met de vaststelling:

> In particular, and again in principle, the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence. Examples of such offences may be found in the laws of the Contracting States.

Over de bewering dat het zou gaan om strafrechtelijke *aansprakelijkheid* en niet om de vaststelling van strafrechtelijke *schuld*, zegt het Hof naar aanleiding van het feit dat die aansprakelijkheid weliswaar een schuldvermoeden oplevert maar dat daarna een beroep op de rechter mogelijk is die alsnog overgaat tot de vaststelling van strafrechtelijke schuld:

> This shift from the idea of accountability in criminal law to the notion of guilt shows the very relative nature of such a distinction. It raises a question with regard to Article 6 para. 2 (art. 6-2) of the Convention.

Ten aanzien van rechtsvermoedens stelt het Hof vervolgens:

> Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. *It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law*. If, as the Commission would appear to consider (paragraph 64 of the report), paragraph 2 of Article 6 (art. 6-2) merely laid down a guarantee to be respected by the courts in the conduct of legal proceedings, its requirements would in practice overlap with the duty of impartiality imposed in paragraph 1 (art. 6-1). Above all, the national legislature would be free to strip the trial court of any genuine power of assessment and deprive the presumption of innocence of its substance, if the words "according to law" were construed exclusively with reference to domestic law. Such a situation could not be reconciled with the object

> and purpose of Article 6 (art. 6), which, by protecting the right to a fair trial and in particular the right to be presumed innocent, is intended to enshrine the fundamental principle of the rule of law (see, inter alia, the Sunday Times judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 34, para. 55). [cursief mh]

Het lijkt erop dat - hoewel het Hof geen principieel bezwaar heeft tegen een vermoeden van schuld - in deze overweging wel degelijk een zelfstandige betekenis wordt toegekend aan het tweede lid van art. 6: als de onschuldpresumptie alleen betekenis zou hebben voor de wijze waarop de rechter zich ten opzichte van een verdachte opstelt, zou het tweede lid samenvallen met de door het eerste lid vereiste onpartijdigheid van de rechter. Bovendien zou deze reductie van de betekenis van het tweede lid volgens het Hof ruimte scheppen voor de nationale wetgever om door middel van het formuleren van objectieve delictsomchrijvingen de garanties van de onschuldpresumptie teniet te doen. Het Hof vervolgt:

> Article 6 para. 2 (art. 6-2) does not therefore regard presumptions of fact or of law provided for in the criminal law with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.

De relevantie van dit arrest voor de bestuurlijke punitieve rechtshandhaving wordt nu duidelijk: in feite wijst het Hof de leer van het materiële feit in zoverre af, dat het daarin geobjectiveerde vermoeden van schuld te allen tijde moet kunnen worden aangevochten bij de rechter in 'fair trial'. Vervulling van de delictsomschrijving mag voldoende zijn voor het punitieve handelen van het bestuur, maar de betrokkene moet steeds in de gelegenheid zijn de daaruit af te leiden schuld bij de rechter te weerleggen. Aldus is de eis van de weerlegbaarheid van een eventueel rechtsvermoeden van schuld bij de bestuurlijke punitieve rechtshandhaving direct verbonden met het recht op toegang tot de rechter.

Wanneer deze vorm van consensuele punitieve rechtshandhaving vergeleken wordt met de hiervoor behandelde afstand van recht, valt op dat de consensus als het ware vooronderstelt wordt zolang de verdachte geen beroep doet op het recht op toegang tot de rechter. In termen van de hiervoor beschreven privaatrechtelijke benadering is hier dan ook geen sprake van afstand van recht maar eerder van rechtsverwerking en na het verstrijken van de termijn voor beroep zelfs van verval van recht. Wanneer de betrokken burger binnen de daarvoor gestelde termijn geen initiatief neemt om zich tot de rechter te wenden, vervalt daarmee immers zijn recht op toegang tot de rechter. Het

gaat om een niet-handelen waaruit kan worden geconcludeerd dat het recht niet wordt uitgeoefend. Zo is wel gesteld dat er in het privaatrecht een glijdende schaal is van afstand van recht (een rechtshandeling die het recht teniet doet gaan) naar rechtsverwerking (een uit het niet-handelen af te leiden situatie waarin het recht wel blijft bestaan maar de rechthebbende daar geen beroep meer op kan doen) naar verjaring (art. 3:306 BW - het recht blijft bestaan maar de rechtsvordering gaat teniet; hier moet een beroep op worden gedaan) naar verval (vorderingsrecht gaat teniet; het recht gaat van rechtswege teniet).[1034] De grondslag voor de verschillen in rechtsgevolg zou dan volgens Tjittes gevonden kunnen worden in een verschuiving van de wil naar de redelijkheid en billijkheid en naar de rechtszekerheid. Wat er ook zij van begrippen als wil en redelijkheid en billijkheid, het verschil tussen de strafrechtelijke schikking en de oplegging van een bestuurlijke boete zou op grond van het voorgaande begrepen kunnen worden als een verschuiving van de bescherming van de vrijheid van de verdachte burger (waaronder ook de wilsvrijheid) naar de bescherming van incasso- en andere effiency-belangen bij de overheid (dat zou dan een vorm van rechtszekerheid kunnen worden genoemd, vanuit het gezichtspunt van de overheid).

Deze opvatting van de rechtszekerheid kan in breder verband worden geplaatst. Ten aanzien van de bestuurlijke punitieve handhaving werd en wordt vaak gepleit voor een automatische punitieve handhaving.[1035] Daarmee wordt bedoeld dat gestreefd moet worden naar een volledige pakkans en een tariefmatige oplegging van de punitieve sanctie. Beide factoren lijken de rechtsge-

1034 Tjittes 1992b, onder verwijzing naar Verheul, *Rechtsverwerking*, p. 84.

1035 Pleidooien voor automatische punitieve rechtshandhaving bijvoorbeeld Schaffmeister 1984, p. 227. De theorie van de psychologische dwang van Feuerbach (1801) 1847, par. 13 doet nog steeds opgeld: "Alle Uebertretungen haben ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sittlichkeit, inwiefern das Begehrungsvermögen des Menschen durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung derselben angetrieben sind. Dieser sinnliche Antrieb kann dadurch aufgehoben werden, dass Jeder weiss, auf seine That werde *unausbleiblich* ein Uebel folgen, welches grösser ist, als die Unlust, die aus den nicht befriedigten Antrieb zur That entspringt [cursief mh]". Op dit automatisme gaat hij in par. 14 nog door in het kader van zijn causaliteitsleer: "Und damit die Realität jenes gesetzlich bestimmten idealen Zusammenhanges in der Vorstellung Aller begründet werde, muss jener ursachliche Zusammenhang auch in der Wirklichkeit erscheinen, mithin, sobald die Uebertretung geschehen ist, das in dem Gesetze damit verbundene Uebel zugefügt werden". Deze naïeve mechanistische opvatting van de sociale werkelijkheid lijkt met name vanuit bestuurlijke hoek nog steeds de grondslag te vormen voor de betekenis van begrippen als 'handhavingstekort' en voor de remedies die ontwikkeld worden om van dit 'handhavingstekort' af te komen.

lijkheid en de rechtszekerheid te dienen.[1036] De geïndividualiseerde afweging waartoe de officier op grond van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel geroepen is blijft bij de oplegging van de bestuurlijke boete dan ook in beginsel achterwege. De leidende gedachte achter deze wijze van rechtshandhaving is de eenzijdige gerichtheid op het afdwingen van normconform gedrag. Zo stelde de Utrechtse hoofdcommissaris van politie Tiara in 1990 onder het kopje 'De Wet Mulder en beleid gericht op gedragsbeïnvloeding':

> Ik keer terug tot het normconform gedrag. Daar gaat het in de Wet Mulder natuurlijk om: gedragsbeïnvloeding. Ik geloof daarbij niet in generale preventie: dat werkt niet, nu niet en m.i. ook niet met de Wet Mulder. Het punt zit in het feit dat we een maatschappelijke situatie hebben bereikt, waarvan we toch mogen aannemen, dat als de pakkans niet vijftig procent is, de generale preventie ook niet werkt. En een pakkans van vijftig procent betekent een politiestaat en dat is nog erger.
>
> De te verwachten speciale preventie is laag omdat de kosten voor een belangrijk deel kunnen worden afgewenteld. [1037]

Zijn tekst vangt aan met de stelling:

> In de Wet Mulder staat centraal, dat de kentekenhouder aansprakelijk is voor de betaling. Hij is niet verantwoordelijk voor de gedraging, maar aansprakelijk voor de betaling. Het is dus eigenlijk een heffingssysteem, waarbij de vraag wie de heffing in dit 'rekeningrijden' moet betalen, afhankelijk is van de vraag wie door de politie gepakt wordt.[1038]

Deze visie op de doelstelling van de Wet Mulder verwijst naar de verzwegen premisse van de bestuurlijke punitieve rechtshandhaving: het lijkt daarbij vaak niet te gaan om het bevestigen van normen die het handelen van burgers onderling regelen, maar om het afdwingen van de na-leving van voor-schriften die als bevelen met algemene inhoud de verhouding tussen bestuur en burger bepalen. Wiarda pleit vervolgens voor 'gewoontevorming' als niet-punitief alternatief, dat bereikt zou kunnen worden door uitgebreide voorlichtingscampagnes vanwege de overheid. In termen van het gehanteerde rechtsnormbe-

[1036] Zie op dit punt Foqué 1995 die de wetstoepassing in het verlengde van de zorg voor het algemeen belang plaatst, waardoor noch automatische sanctietoepassing noch ongenormeerd gedogen aan de orde zijn.

[1037] Wiarda 1990, p. 32.

[1038] Wiarda 1990, p. 31. Vergelijk de discussie over 'guilt' en 'liability' tussen Hof en regering in de Salabiaku-zaak, zie hierboven par. 5.3.3.4.

grip kan dit pleidooi verstaan worden in die zin dat het niet moet gaan om het afdwingen van de naleving van voorschriften binnen de verhouding overheid-burger maar om het genereren van rechtsnormen die het handelen van rechtsgenoten onderling regelen. De communicatieve houding van de overheid die daarbij vereist is zou vanuit die optiek beter gestalte kunnen krijgen in een persoonlijk contact tussen officier en verdachte, waarbij een appel op het gezag van de geschonden norm wordt gedaan, dan door de acceptgirokaart die de betrokkene naar aanleiding van zijn overtreding krijgt toegestuurd.[1039] Zelfs Schaffmeister moet toegeven:

> Misschien kan zelfs enkel de rechter die een rechtstreeks kontakt met de voor hem terechtsstaande persoon weet te leggen er nog in slagen om de zin achter de vaak gecompliceerde en vreemd overkomende (detail-)regelingen voor de betrokkene te vertalen en begrijpelijk te maken.[1040]

5.4 De onschuldpresumptie als regulatieve voorwaarde van de straf

5.4.1 'Fair trial' tussen bemiddeling en implementatie

In het 'fair trial' keert de triade van de bemiddelende procesvorm terug nadat de inquisitoire procesvorm eeuwenlang een duale (onbemiddelde) relatie tussen rechter/aanklager/beul en verdachte had geïnstitutionaliseerd. De instabiliteit van de horizontale betrekkingen tussen rechter en gerecht in oude zin, en tussen klager en beschuldigde wordt in het 'fair trial' doorbroken door de verticale relatie tussen rechter enerzijds en officier en verdachte anderzijds. Het geïnstitutionaliseerde gezag van de rechter in het 'fair trial' is echter niet meer de ongedifferentieerde wil van de soevereine vorst in wiens naam de rechter in de inquisitoire procesvorm rechtsprak.

In het eerste hoofdstuk heb ik met het oog op de betekenis van de straf het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon uitgewerkt. In de hoofdstukken 3 en

[1039] De automatisering van het handhavings- en incassotraject is het antwoord op de massaliteit van de normoverschrijdingen en kan gemakkelijk als onvermijdelijke rationalisering gepresenteerd worden, zie hieronder par. 5.5.4. De vraag is echter of de eenzijdige nadruk die daardoor ontstaat op het imperatieve aspect van de geschonden rechtsnorm de effectiviteit van deze rationalisering niet bij voorbaat te niet doet.

[1040] Schaffmeister 1984, p. 255. Schaffmeister geeft op p. 254 echter drie overtuigende argumenten tegen uitbreiding van de rechterlijke macht: (1) tekort aan financiële middelen, (2) tekort aan geschikte kandidaten en (3) versplintering van de rechtspraak: bedreiging van de rechtszekerheid.

4 heb ik vervolgens de relevantie van dit rechtsnormbegrip voor het conceptualiseren van het doel van de straf in termen van 'het (her)stellen van het gezag van de geschonden rechtsnorm' vanuit historisch perspectief onderzocht. Bij het onderzoek naar de punitieve rechtshandhaving binnen de Oudgermaanse stam, biedt het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon meer mogelijkheden dan het bekende onderscheid dat Hart maakt tussen primaire en secundaire rechtsnormen. De samenhang en differentiatie van beide aspecten blijken afhankelijk van de politieke organisatie van de samenleving, zoals met name bleek bij de overgang van suzereiniteit naar soevereiniteit en absolutisme. Ook het 'fair trial' blijkt in contrapunt tot zowel de bemiddelende als de inquisitoire procesvorm goed te analyseren aan de hand van het door Glastra van Loon onderscheiden normatieve en imperatieve aspect van rechtsnormen. In de bemiddelende procesvorm is het normatieve aspect van rechtsnormen vanwege het ontbreken van overheidsgezag via rituele spreekbeurtverdeling verbonden met het imperatieve aspect. Dat laatste is niet verbonden met een bevelsrecht en dus niet herleidbaar tot een centrum van geïnstitutionaliseerde machtsuitoefening maar wel van cruciaal belang voor inzicht in de manier waarop in de niet-statelijke samenleving de rechtszekerheid wordt geïnstitutionaliseerd. In de inquisitoire procesvorm staat het imperatieve aspect van rechtsnormen vanwege de absolutistische staatsvorm die met deze procesvorm verbonden is voorop. Rechtsnormen kunnen vanuit deze staats- en procesvorm niet anders gedacht worden dan in de vorm van bevelen met een algemene inhoud afkomstig van een absoluut vorst. Het normatieve aspect van rechtsnormen dat verwijst naar het feit dat rechtsgenoten hun handelen *onderling* afstemmen op de betreffende norm is hier uit het zicht verdwenen. Het perspectief is een kwart slag gedraaid: het horizontale perspectief van het normatieve aspect heeft plaats gemaakt voor het verticale perspectief van het imperatieve aspect.

In de procesvorm van het 'fair trial' heeft de rechter de opdracht om bij zijn onderzoek naar de strafbaarheid van daad en dader, zowel het normatieve als het imperatieve aspect van de beweerdelijk geschonden norm te onderzoeken. Zijn taak kan dan ook niet meer gezien worden als een mechanische implementatie van door de overheid uitgevaardigde rechtsnormen. Hoewel hij gehouden is om een voorgegeven recht te implementeren, is hij tegelijkertijd gehouden de inhoud van dit voorgegeven recht in het licht van de concrete feiten en omstandigheden vast te stellen. Het voorgegeven recht verwijst naar

de imperatieve context van de beweerdelijk geschonden norm,[1041] terwijl de constitutieve rol die feiten en omstandigheden spelen bij het vaststellen van de strafbaarheid van daad en dader verwijst naar de normatieve context.[1042] De erkenning van het performatieve karakter van het rechterlijk oordeel verwijst naar het moment dat de rechter een bindend (imperativiteit) oordeel (normativiteit) uitspreekt, waarin hij het normatieve en het imperatieve aspect van de betreffende rechtsnorm (be)vestigt.

Het verband tussen de procesvorm van dit 'fair trial' en de relationele opvatting van de rechtsstaat die hieronder in hoofdstuk 6 verdedigd zal worden, bestaat uit de verbinding van het imperatieve aspect van de geschonden rechtsnorm met het normatieve aspect. De instituties van de tegenspraak en de 'equality of arms', die op onmiddellijke wijze ten overstaan van de onafhankelijke en onpartijdige rechter in de volle openbaarheid ter terechtzitting vorm krijgen, belichamen het normatieve en relationele karakter van een rechtsorde die niet als een geheel van bevelen met algemene inhoud gedacht kan worden. In deze procesvorm wordt de positiviteit van het recht niet alleen verbonden met het imperatieve aspect van de rechtsorde maar door middel van het debat dat aan het rechterlijk oordeel voor af gaat wordt de positiviteit tegelijk verbonden met het normatieve aspect van de rechtsorde, waardoor de positiviteit intern verbonden worden met de legitimiteit.[1043]

[1041] In dat kader zal de strafrechter zich regelmatig uit moeten spreken over de verbindendheid van strafbepalingen die mogelijk in strijd zijn met hoger recht. Dat kan zowel gemeentelijke verordeningen betreffen die zaken beogen te regelen die door de wetgever in formele zin zijn geregeld als ook wetten in formele zin die in strijd zijn met direct werkende bepalingen van internationaal recht die op grond van art. 93 en 94 van de Grondwet kunnen leiden tot het buiten toepassing laten van hetgeen daarmee in strijd is.

[1042] Hier gaat het om de vraag wat de betekenis van het handelen van verdachte is. Die betekenis is bepalend voor de bewezenverklaring in relatie tot de delictsomschrijving (kwalificatievraag), voor de toepasselijkheid van rechtvaardigingsgronden of schulduitsluitingsgrond en bijvoorbeeld bij materieel omschreven delicten voor de vaststelling van de causaliteit tussen het handelen van verdachte en het strafbaar gestelde gevolg. Zie voor dat laatste Loth 1988, hoofdstuk 4.

[1043] Deze *interne* verbinding tussen positiviteit en legitimiteit is in een democratische rechtsstaat ook reeds op het niveau van de wetgeving geïnstitutionaliseerd doordat de wet in formele zin door een representatie van alle rechtsgenoten wordt vastgesteld. Kenmerkend voor de relationele rechtsopvatting is dat daarmee de relatie tussen positiviteit en legitimiteit niet 'af' is. Pas in het rechterlijk oordeel dat het voorgegeven recht concretiseert met betrekking tot de voorliggende casus wordt het actuele normatieve aspect van de beweerdelijk geschonden rechtsnorm met het imperatieve aspect van het voorgegeven recht verbonden. Vergelijk Cleiren 1992, passim, die in dat verband spreekt van *de openheid van de wet en de geslotenheid van het recht*. Niet alleen de historische wetgever bepaalt de strekking van de door hem vastgestelde rechtsregels

5.4.2 'Fair trial' als regulatieve voorwaarde voor de straf

In par. 5.2 zijn de constitutieve voorwaarden voor het 'fair trial' model beschreven en in par. 5.3 zijn twee versies van het *nulla poena sine iudicio* beschreven. In de tweede versie is het 'fair trial' geen constitutieve voorwaarde voor strafbaarheid, want daar is slechts sprake van een door de betrokken burger in te roepen recht op toegang tot de rechter. Kennelijk heeft noch de nationale noch de Europese rechter doorslaggevende bezwaren tegen de gedachte dat in een aantal gevallen punitieve rechtshandhaving plaats vindt buiten de rechter om. Het EHRM kent geen eigenstandige betekenis toe aan de in het tweede lid van art. 6 EVRM verwoorde onschuldpresumptie, hoewel daar juist vanuit rechtsstatelijk oogpunt naar mijn mening goede argumenten voor te geven zijn.[1044] Doorslaggevend is in ieder geval wel dat de betrokken burger de mogelijkheid moet hebben gehad om zijn zaak aan de rechter voor te leggen.

Ter uitwerking van de rechtsstatelijke gedachte dat punitieve rechtshandhaving plaats zou moeten vinden binnen de procesvorm van het 'fair trial', kan deze procesvorm gezien worden als een *regulatieve* voorwaarde die ook wanneer sprake is van een consensuele afdoening *als richtlijn* geldt voor een legitieme afdoening. Dat betekent bijvoorbeeld dat de instantie die de punitieve rechtshandhaving ter hand neemt zich niet als partij zou mogen opstellen en een zekere distantie ten opzicht van de bestuurlijke overheid zou moeten bewaren.[1045] Het betekent vervolgens dat het onderzoek naar strafbaarheid van

maar ook de actuele maatschappelijke aanvaarding daarvan bepaalt die strekking. Het oordeel van de rechter is performatief in die zin dat hij het 'reflective equilibrium' zoekt en de uitkomst van dat onderzoek in zijn gezaghebbend oordeel positiveert.

1044 Zie echter de bespreking van het Salabiuku-arrest in par. 5.3.3.4 hierboven, waar het Hof de weerlegbaarheid van rechts- en schuldvermoedens eist en baseert op het tweede lid. Die eis van weerlegbaarheid kan bij een bestuurlijke afdoening gevolgen hebben voor het recht op toegang tot de rechter. Daarmee lijkt het Hof enige zelfstandige betekenis toe te kennen aan het tweede lid in de zin dat daaruit rechtsstreeks een recht op toegang tot de rechter kan voortvloeien.

1045 Dit leidt er allereerst toe dat het bestuursorgaan dat direct belang heeft bij de punitieve handhaving van bepaalde rechtsregels niet de aangewezen instantie is om die handhaving toegewezen te krijgen. Daarmee ligt het concentreren van de punitieve rechtshandhaving bij het Openbaar Ministerie als relatief zelfstandig overheidsorgaan tussen bestuur en rechter voor de hand. De eis van distantie ten opzichte van het bestuur impliceert echter tegelijk dat de institutionele voorwaarden voor die distantie bij de organisatie van het OM en bij de taakuitoefening van het OM gestalte moeten krijgen. Overheveling van de punitieve rechtshandhaving van het bestuur naar het OM zou

daad en dader - hoe summier ook - niet helemaal afgeschermd mag zijn van de openbaarheid. Bovendien zullen bij dat onderzoek de drie beginselen van onmiddellijkheid, 'equality of arms' en het beginsel van tegenspraak zoveel mogelijk vorm moeten krijgen.[1046] In de volgende paragraaf zal ik het tekort van de consensuele procedure bespreken vanuit de gedachte dat het 'fair trial' als een regulatieve voorwaarde gezien moet worden voor de punitieve rechtshandhaving. Daarbij zal blijken dat de 'consensuele' procesvorm - niet te verwarren met de bemiddelende procesvorm in niet-statelijke samenlevingen - vanwege het buitensluiten van de rechter neigt tot een inquisitoire procesvorm waarin uitsluitend de implementatie van het voorgegeven recht (*na*leving van *voor*schriften) aan de orde is.

5.5 Het tekort van de consensuele procesvorm

5.5.1 Inleiding

Op het eerste gezicht lijkt de ratio van de consensuele procesvorm zich te verzetten tegen de logica van het 'fair trial'. Die logica is volgens de in par. 5.2 geanalyseerde constitutieve voorwaarden van het 'fair trial' steeds gericht op het (her)stellen van het gezag van de geschonden norm èn op het controleren van het punitieve handelen van de overheid. In de procesvorm van het 'fair trial' zijn de instrumentaliteit en de rechtsbescherming - anders dan in het bestuursprocesrecht[1047] - als twee kanten van één medaille geïnstitutionaliseerd. De wijze waarop het gezag van de geschonden norm wordt ge- of hersteld is tegelijk een vorm van controle: binnen deze procesvorm is een evenwicht van machten geconstrueerd dat zowel intern als extern zichtbaar maakt welke be-

echter vanwege de 'overload' die dan ontstaat de rechtstatelijke *checks and balances* zoals die binnen het OM georganiseerd zijn onder druk kunnen zetten.

1046 De Doelder 1988, p. 25 stelt voor om in bijzondere gevallen bij het aanbieden van een transactie een concepttenlastelegging en een concept van de te hanteren bewijsmiddelen te overleggen.

1047 Het bestuursprocesrecht is gericht op rechtsbescherming, terwijl de instrumentele dimensie in handen ligt van het bestuur (zie Van der Hoeven 1989 passim en hoofdstuk 6 hieronder). Precies dit is dan ook hetgeen het strafproces onderscheidt van het bestuursproces. Het feit dat 'de rechtsbescherming in het bestuursrecht [..] de achterstand ten opzichte van die in het strafrecht [heeft] ingehaald' (A. Mulder 1980, p. 337) doet daar niet aan af, maar vormt daarvan de bevestiging. Zie ook Cleiren 1990: in het strafproces staat in tegenstelling tot in het bestuursproces het handelen van een (verdachte) burger en niet dat van een overheidsorgaan centraal.

slissingen in de loop van de opsporing, vervolging en berechting genomen zijn. Tegelijk bevat de wijze waarop de controle op het punitieve handelen van de overheid georganiseerd is een appèl op de verbindendheid van de geschonden norm: de controle is vervat in een proces op tegenspraak waarbinnen na de bewezenverklaring moet worden vastgesteld of de betreffende handeling binnen het bereik van een strafbepaling valt en dat impliceert een onderzoek naar de verbindendheid van de daarin veronderstelde norm. Om die reden is het vaak de strafrechter die - in het kader van de kwalificatiebeslissing - strafbepalingen toetst aan hoger recht.[1048] Bovendien zal de rechter moeten vaststellen of de betreffende norm in concreto gold: op grond van de omstandigheden van het geval kan blijken dat een rechtvaardigingsgrond de handeling toch weer buiten het bereik van de betreffende norm brengt. Tenslotte kan het nog zijn dat de schending van de norm niet aan de verdachte verweten kan worden: ook door het onderzoek naar de ontbrekende schuld (verwijtbaarheid) wordt het gezag van de geschonden norm veiliggesteld. Beide strafuitsluitingsgronden maken het mogelijk tot niet-strafbaarheid te concluderen zonder het gezag van de norm aan te tasten.[1049] De ratio van het 'fair trial' ligt dus in de dubbele instrumentaliteit van het proces, waarin het (her)stellen van het gezag van de geschonden norm en de (be)vestiging van de normering van het punitieve handelen van de overheid samengaan.

Hieronder zal ik ter afsluiting van dit hoofdstuk de tekorten van de consensuele procesvorm analyseren vanuit het perspectief van het 'fair trial'. Op grond van de in par. 5.3.3 besproken interpretatie van het recht op toegang tot de rechter, leidt afstand van het recht op een 'fair trial' tot het vervallen van alle eisen die bij het 'fair trial' aan de berechting worden gesteld. Afstand van het recht op toegang tot de rechter leidt in die gedachte tot afstand van alle as-

[1048] Dat kan bijvoorbeeld een toetsing zijn van een bepaling van een APV aan een wettelijke of grondwettelijke of een ieder verbindende verdragsbepaling, maar ook een toetsing van een wettelijke bepaling aan een ieder verbindende verdragsbepaling (art. 93 en 94 Grondwet).

[1049] Voor zover de wederrechtelijkheid en/of de culpa is opgenomen in delictsomschrijving, wordt een beroep op de betreffende strafuitsluitingsgrond dogmatisch gezien als een bewijsverweer: in dat geval zal een geslaagd beroep immers leiden tot de onmogelijkheid om tot een bewezenverklaring te komen en zal de rechter op grond van de eerste hoofdvraag van art. 350 Sv tot vrijspraak moeten besluiten. Het dogmatisch onderscheid tussen bewijsverweer en strafuitsluitingsgrond is van groot belang vanwege de verschillende eisen die worden gesteld aan de motivering van de rechter in geval van een bewijsverweer dan wel een beroep op een strafuitsluitingsgrond. Zie Koopmans 2000 (*T&C Strafvordering*), aantekening 5d bij art. 359 Sv.

pecten van het 'fair trial'. Op grond van de in par. 5.4. bepleite interpretatie van het 'fair trial' als *regulatieve* voorwaarde voor punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid moet steeds zoveel mogelijk voldaan worden aan de constitutieve voorwaarden voor het 'fair trial'. Ook en juist wanneer de afdoening buiten de rechter om plaatsvindt.

5.5.2 De onafhankelijke en onpartijdige rechter en de consensuele procesvorm

In par. 3.2.3 zijn de drie procesmodellen die Salas in zijn *Du procès pénal* heeft ontwikkeld voor zijn onderzoek naar de historische en contemporaine betekenis van het strafproces kort beschreven. Deze procesmodellen of -vormen verschillen op relevante punten, maar om vergeleken te kunnen worden moeten zij bepaalde structurele aspecten delen. Een van de belangrijkste structuurelementen van zijn procesmodellen wordt gevormd door de positie van de 'derde' die tegenover partijen staat:

> Il [le procès, mh] est institutué par un *tiers* qui garde un lien privilégié avec la mémoire du groupe sociale dont il tire sa légitimité. (...) Après avoir composé un *écrit* qui fixe en fait et en droit les termes de la contestation, il ouvre l'èspace d'un *débat* et organise la confrontation verbale. Le procès se conclut par un *jugement,* loi particulière qui s'impose entre les parties et s'inscrit à l'intérieur de la loi commune qui est le droit.[1050]

Herneming ten aanzien van de besproken procesvormen

Zoals in par. 5.2.2 is beschreven is de positionering van de 'derde' in de bemiddelende procesvorm gericht op het bewaken van de spreekbeurtverdeling van partijen en op het vorderen van het oordeel van het gerecht. In de inquisitoire procesvorm is de positionering van de 'derde' zodanig dat de triade tussen rechter en partijen terug lijkt te vallen tot een duale relatie tussen de rechter als vertegenwoordiger van de vorst en de verdachte die aan zijn oordeel onderworpen is. In de procesvorm van het 'fair trial' ten slotte maakt de 'derde' deel uit van een intern gedifferentieerde overheid, die bij monde van de rechterlijke macht bescherming kan bieden tegen het onrechtmatig handelen van diezelfde overheid en tegelijk de verdachte aan kan spreken op de aantasting van het gezag van de geschonden norm.

[1050] Salas 1992, p. 22. De door hem als structuurelementen aangewezen aspecten van het proces zijn *le tiers* (de derde, die het proces voorzit), *l'enjeu* (de inzet van het geding, het geschil*), l'écrit* (de fixatie van die inzet, de beschuldiging), *le débat* (het debat, het onderzoek op tegenspraak) en *le jugement* (het gezaghebbend oordeel). Zie voor de verhouding tussen het debat en de overigen elementen a.w. p. 23.

Verkenning ten aanzien van de consensuele procesvorm

In de consensuele procesvorm is opnieuw sprake van een duale en verticale relatie tussen een vertegenwoordiger van de staat en de burger. Deze burger heeft dan wel in beginsel de keuze zich te onderwerpen aan het oordeel van de vertegenwoordiger van de staat of zich tot de onafhankelijke en onpartijdige rechter te wenden. Wanneer hij hiervan afziet legt hij zich echter neer bij het oordeel van de OvJ of het betreffende bestuursorgaan. De consensuele procesvorm vervalt als het ware van een drievoudige naar een duale relatie en neigt in dat opzicht naar de inquisitoire procesvorm.

Ten aanzien van de eis van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de oordelende instantie moet bij de consensuele procesvorm worden onderscheiden tussen afdoening door het OM en afdoening door een bestuursorgaan. Hoewel niemand zal willen beweren dat het OM onafhankelijk is in de zin waarin de rechter dat is,[1051] mag van het OM uit hoofde van zijn taakomschrijving in art. 124 van de Wet op de rechterlijke organisatie een zekere mate van onpartijdigheid worden verwacht bij de afweging van de betrokken belangen:

> Het openbaar ministerie is belast met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en met andere bij de wet vastgestelde taken.

Wanneer onder 'rechtsorde' niet alleen een geheel van door de overheid uitgevaardigde bevelen met algemene inhoud wordt begrepen maar een door het recht geconstitueerde en beschermde normatieve orde[1052] kan het openbaar ministerie zich niet als verlengstuk van de Minister van Justitie of welk ander bestuursorgaan opstellen. Op grond van het opportuniteitsbeginsel is het OM bij de vraag of - ondanks voldoende bewijs - geseponeerd moet worden, steeds gehouden een belangenafweging te maken onder verwijzing naar *het* algemeen belang.[1053] Daarmee verschilt de positie van het OM van de positie van bestuursorganen die tot taak hebben *één of meer bepaalde* algemene

[1051] Zie over de geschiedenis van de relatie tussen OM en Minister van Justitie Van den Biggelaar 1994, hoofdstuk 7. Een verdiepende verkenning van de problematiek 't Hart 1994, hoofdstuk 4C en met het oog op de verhoudingen sinds de invoering van de nieuwe Wet RO 1999 't Hart 2001, deel I.

[1052] Zie 't Hart 1994, hoofdstuk 2C en 't Hart 1976 over de betekenis van de term 'rechtshandhaving', die hier gelijk gesteld mag worden met 'handhaving van de rechtsorde' in het nieuwe art. 124 RO. Zie hierboven par. 2.4.

[1053] Het opportuniteitsbeginsel wordt gebaseerd op art. 167 lid 2 Sv en art. 242 lid 2 Sv. Over de specifieke betekenis van 'het algemeen belang' in het kader van de belangenafweging die het OM moet maken zie 't Hart 1997, p. 41-68, over de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel 't Hart 1994, hoofdstuk 2B.

belangen te behartigen.[1054] Ondanks de algemene en bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van Justitie[1055] moet het uitgangspunt van een *betrekkelijke* onafhankelijkheid van het OM ten opzichte van de bestuurlijke overheid worden hooggehouden, in ieder geval in vergelijking met het 'eigenbelang' van de bestuursorganen die betrokken worden bij de punitieve handhaving van normen die zij geacht worden te implementeren.[1056] Hiermee wordt niet bedoeld afbreuk te doen aan het feit dat de rechtsbescherming in het bestuursrecht inmiddels op veel punten even goed zo niet beter is dan die in het strafprocesrecht, in het bijzonder wanneer het gaat om zaken die door de unus(straf)rechter - kantonrechter of politierechter - worden afgedaan. Wanneer de burger afziet van beroep op de rechter - en daar gaat het om bij de consensuele procesvorm - zijn de relatieve onpartijdigheid en onafhankelijkheid uit de aard der zaak beter gewaarborgd bij het OM dan bij een instantie die een eigen belang heeft bij de naleving van de geschonden norm.[1057]

1054 Over het verschil tussen '*het* algemeen belang' als beslispunt en 'algemene belangen' schrijft Dommering 1982, p. 2-7 (vanuit een privaatrechtelijke benadering). Zie p. 3: "De term 'het algemeen belang' zal gebruikt worden om het besluitvormingsproces aan te duiden waarbij algemene en bijzondere belangen tegen elkaar afgewogen worden. Een bepaald besluit of (rechts)handeling is als resultante van dit afwegingsproces 'in het algemeen belang' ".

1055 Art. 127 RO: 'Onze Minister van Justitie kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie'. Zie de kanttekeningen van 't Hart 2001, p. 88-95, ten aanzien van deze vergaande bevoegdheid van de minister van justitie.

1056 Zie daarover de afscheidsrede van Corstens 1995, p. 21: "(…) dat rechtshandhaving en zeker rechtshandhaving met behulp van punitieve sancties in verschillende opzichten distantie vraagt. Wie een ander straft moet dit niet doen om er zelf beter van te worden. (...) Wie boeten oplegt en deze daarna incasseert, vergroot zijn financiële armslag". Corstens wijst de voorstellen in het rapport *Handhaving door bestuurlijke boeten* van de Commissie Toetsing Wetgeving (94/1-12 januari 1994) om de bestuurlijke boete op grotere schaal in te voeren dan ook af. Hij meent dat de punitieve rechtshandhaving niet versnipperd mag worden over allerlei bestuursorganen en pleit ervoor dat de punitieve rechtshandhaving in handen komt/blijft van het OM. Vergelijkbare voorstellen die in het kader van het onderzoeksproject 'Strafvordering 2001' worden gedaan, komen in feite neer op een overheveling van de bestuurlijke punitieve handhaving naar het OM, met een beroep op de strafrechter in plaats van een beroep op de bestuursrechter.

1057 Dat neemt niet weg dat de relatieve onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het OM steeds weer moet worden bevochten. Met het oog op een steeds sterker streven naar meetbare resultaten en een steeds eenzijdiger instrumentalistischer opvatting van de taak van het OM wordt die relatief autonome positie steeds minder vanzelfsprekend.

Het vermoeden van rechtmatigheid van het overheidshandelen[1058] in het bestuursrecht staat lijnrecht tegenover de onschuldpresumptie in het strafrecht. Dit hangt samen met het feit dat de bestuursrechter zich in zijn oordeel niet laat leiden door het strafrechtelijk beslissingsmodel van art. 348 en 350 Sv, waarin op evenwichtige wijze de *dubbele* instrumentaliteit van het strafproces is belichaamd. Het bestuursprocesrecht is - in tegenstelling tot het strafproces - eenzijdig gericht op bescherming van de burger tegen de overheid. Binnen het bestuursrecht kan - anders dan in het strafrecht - pas sprake zijn van een proces als de sanctie reeds is opgelegd. In zijn *De drie dimensies van het bestuursrecht* onderscheidt Van der Hoeven een legitimerende, een instrumentele en een normerende dimensie binnen het bestuursrecht.[1059] Terwijl binnen het strafrecht de instrumentele en normerende (rechtsbeschermende) dimensie tezamen het strafproces bepalen, is dat binnen het bestuursrecht niet het geval. De instrumentele dimensie is in het bestuursrecht niet aan de rechter maar aan het bestuur geattribueerd. Als gevolg daarvan valt het bestuursprocesrecht bij uitsluiting binnen de normerende of rechtsbeschermende dimensie. De opsplitsing van de instrumentele en rechtsbeschermende aspecten van de handhaving in het bestuursrecht kan verklaard worden vanuit de historische ontwikkeling van het bestuursrecht.[1060]

Samenvattend blijkt de consensuele procesvorm niet te voldoen aan de eis van een gezaghebbend oordeel van een onafhankelijke en onpartijdige instantie. Na deze voor de hand liggende conclusie moet binnen de consensuele procesvorm onderscheiden worden tussen de strafrechtelijke schikking en de bestuurlijke boete: de relatieve onafhankelijkheid van het OM is meer in overeenstemming met de eis van berechting die het 'fair trial' als regulatieve voorwaarde stelt dan de directe betrokkenheid van bestuursorganen die door het bestuur vastgesteld beleid uitvoeren.[1061] De dualisering van de betrekkingen tussen overheid en burger die in de consensuele procesvorm - anders dan

[1058] De bestuursrechtelijke rechtmatigheidspresumptie is bijvoorbeeld geïmpliceerd in art. 6:16 Awb die de schorsende werking van bezwaar of beroep als hoofdregel uitsluit. Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 1999, hoofdstuk 13, par. 7, p. 692 en 693.

[1059] Van der Hoeven 1989.

[1060] Zie uitgebreid hoofdstuk 6.

[1061] Vergelijk Kabinetsstandpunt inzake het rapport *Handhaven op Niveau,* p. 10. De 'omweg via het strafrecht' heeft 'geen enkele toegevoegde waarde'. Het kabinet stemt op p. 14 in met het rapport *Handhaven op Niveau* dat 'een warm pleidooi' houdt 'voor de bestuurlijke transactie, omdat deze bestuur en openbaar ministerie aan elkaar klinkt'. Zie de uitgebreide kritiek van Corstens 1995 naar aanleiding van een eerder pleidooi voor uitbreiding van de bestuurlijke boete.

in het 'fair trial' - gestalte krijgt komt in beginsel overeen met de duale relatie tussen overheid en verdachte binnen de inquisitoire procesvorm.

5.5.3 Externe openbaarheid en de consensuele procesvorm

Herneming ten aanzien van de drie besproken procesvormen
De functie van de externe openbaarheid is zowel de (be)vestiging van het gezag van de geschonden norm als controle op het handelen van de overheid in het kader van de punitieve rechtshandhaving. Zoals hiervoor in 5.2.3 beschreven valt de externe openbaarheid in de bemiddelende procesvorm samen met de interne openbaarheid omdat het gerecht in beginsel wordt gevormd door alle rechtsgenoten. In de inquisitoire procesvorm is sprake van een geheim proces, waarin de functie van controle op het handelen van de vorst niet alleen afwezig maar ook ondenkbaar is. De norm(be)vestigende functie van het proces wordt overgenomen door de openbare executie van de straf, die overigens in sterke mate gericht is op de bevestiging van het gezag van de vorst: de schending van de norm is een aantasting van het gezag van de vorst die de norm heeft uitgevaardigd. Het 'fair trial' combineert de zichtbaarheid van het proces ter terechtzitting (de externe openbaarheid) met de *naar buiten toe* afgeschermde voorbereiding van de zitting die in beginsel wel valt onder de eis van de interne openbaarheid.

Verkenning ten aanzien van de consensuele procesvorm
De consensuele procesvorm slaat in feite het onderzoek ter terechtzitting over, door direct na de voorbereiding over te gaan tot punitief handelen. Van externe openbaarheid is noch bij de voorbereiding noch bij de punitieve handhaving sprake. In geval van schikkingen met grote bedrijven is de vraag of de schikking gepubliceerd wordt vaak een apart punt van onderhandeling.[1062] Het vermijden van publiciteit kan voor de betrokken burger al voldoende grond zijn om geen beroep te doen op het recht op toegang tot de rechter. Het is niet ondenkbaar dat het onder omstandigheden ook in het belang van justitie is om een zaak door middel van een schikking buiten de publiciteit en buiten het kritische oog van de rechter te houden, ten einde onregelmatigheden in het voorbereidend onderzoek binnenskamers te houden.[1063] Met betrekking tot de controle op het handelen van de overheid in het kader van deze vorm van punitieve handhaving blijkt de externe openbaarheid beperkt tot getalsmatige overzichten in de jaarverslagen van het OM. Van een publieke controle op de gang van zaken achter die cijfers kan geen sprake

[1062] Wladimiroff 1994, p. 77.
[1063] Wladimoroff 1994, p. 77. Ook Swart 1994, p. 41.

zijn. Die controle wordt pas mogelijk wanneer de betrokken burger deze initieert door de zaak voor de rechter te laten komen*, maar dan gaat het niet meer om een consensuele afdoening.* Swart constateert dat 'een cruciaal probleem' van de massale buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten 'verandering brengt in de verhouding tussen strafrechtspleging en samenleving'. Het gaat immers om 'een voor de bevolking vrijwel onzichtbare gang van zaken. Het strafproces verdwijnt als het ware uit het zicht van de samenleving'.[1064] Die onzichtbaarheid heeft niet alleen een gebrek aan publieke controle tot gevolg maar ook een hapering in de norm(be)vestigende functie van de externe openbaarheid. De vraag is of de kwantitatieve verslaglegging van de consensuele afdoening die functie over zou kunnen nemen doordat de burger daaruit af zou kunnen leiden wat de pakkans en de hoogte van de sanctie zijn.[1065] Interessanter is de vraag of de inschatting van pakkans en sanctiehoogte het normatieve gezag van de geschonden norm versterken of vooral het imperatieve gezag. Doordat aan de sanctieoplegging geen debat vooraf gaat en überhaupt geen persoonlijk appel, lijkt de handhaving eenzijdig gericht op de rol die de norm speelt in de verhouding tussen burger en overheid (normadressaat en normadressant). Hoezeer de norm ook beoogt de relatie tussen normadressaten onderling te regelen, deze wijze van handhaven blijft door de anonieme, tariefmatige benadering steken in de verhouding tussen normadressant en normadressaat. Anders dan de externe openbaarheid van de tenuitvoerlegging van straffen die aansluit bij de inquisitoire procesvorm, komt in de externe openbaarheid van de terechtzitting binnen het 'fair trial' het beroep op het normatieve gezag van de norm tot zijn recht doordat de mogelijkheid wordt geopend dat gezag ten overstaan van - in beginsel - alle rechtsgenoten ter discussie te stellen.[1066] In termen van Glastra van Loon is het openbare strafproces bij uitstek de ruimte waarbinnen de *betekenis* van de tenlastegelegde handeling *als strafbare handeling* ter discussie staat: die betekenis of subjectieve algemeenheid impliceert immers de norm die volgens de vervolgende instantie geschonden is. Alleen wanneer die norm onder verwijzing naar concreet handelen steeds weer be- of gevestigd wordt kan sprake zijn van het

[1064] Swart 1994, p. 41.

[1065] Waarschijnlijker is overigens dat burgers zich een beeld vormen van pakkans en hoogte van de sanctie naar aanleiding van wat mensen in hun directe omgeving aan boetes 'oplopen'.

[1066] Vergelijk ook Jakobs 1995, p. 849: "Die Sanktion konterkariert den Weltentwurf des Normverbrechers: Dieser behauptet die Nicht-Geltung der Norm für den aktuellen Fall, aber die Sanktion bestätigt die Unmassgeblichkeit dieser Behauptung".

normatieve gezag van de betreffende norm.[1067] Op dat punt schiet de consensuele procesvorm onvermijdelijk tekort. De vraag is of dit tekort niet oorzaak en gevolg is van het vermeende handhavingstekort: door het ontbreken van normatief gezag wordt de norm massaal overschreden; door de reactie daarop in de vorm van massale buitengerechtelijke afdoening wordt de norm ervaren als een door de overheid uitgevaardigde regel die tegen betaling ontdoken kan worden; door de massaliteit van de normschendingen wordt de verleiding om steeds meer vormen van buitengerechtelijke afdoening te ontwerpen groter, hetgeen het normatieve gezag van deze rechtsnormen nog meer verzwakt.

Samenvattend kan geconcludeerd worden dat het gebrek aan externe openbaarheid van de consensuele procesvorm langs twee kanten problematisch is. Aan de ene kant is kwalitatieve controle op het punitieve handelen van de overheid door de onzichtbaarheid van het gebeuren achter de kwantitatieve verslaglegging vrijwel uitgesloten. Uit een oogpunt van machtenscheiding en checks & balances is dit een ongewenste ontwikkeling. Aan de andere kant leidt het gebrek aan externe openbaarheid tot een zichzelf versterkend proces van 'normvervaging'. Daarmee wordt gedoeld op de afwezigheid van een appèl aan het normatieve gezag van de geschonden norm, die daardoor als norm die het handelen van rechtsgenoten *onderling* regelt nauwelijks bevestigd wordt.[1068] Daarmee lijkt een vicieuze cirkel te zijn ingezet.

Ook op dit punt neigt de consensuele procesvorm naar de inquisitoire procesvorm. Het gebrek aan externe openbaarheid van de consensuele procesvorm is vergelijkbaar met de geheimhouding de inquisitoire procesvorm kenmerkt.

5.5.4 Onmiddellijkheid en de consensuele procesvorm

Herneming ten aanzien van de drie besproken procesvormen

Zoals in par. 5.2.4 beschreven bewaakt het onmiddellijkheidsbeginsel de precaire verhouding tussen het vermoeden van schuld dat ten grondslag ligt aan de dagvaarding en aan het dossier waarover de rechter in de continentale traditie beschikt en het vermoeden van onschuld dat een onbevangen onderzoek

[1067] Zie par. 1.3.4 en 1.4.5.3 hierboven.

[1068] Het kabinet meent intussen dat juist regels 'met een geringe normatieve lading' zich lenen voor afdoening in de vorm van een bestuurlijke boete. Daarmee wordt niet gedoeld op het door ons gehanteerde normatieve aspect van rechtsnormen maar op de ernst van de schade die door de normoverschrijding is veroorzaakt. Een geringe normatieve lading "houdt in ieder geval in dat overtreding van de norm in de regel geen letsel aan personen of omvangrijke schade aan goederen veroorzaakt". Zie Kabinetsstandpunt *Handhaven op niveau*, p. 10-11.

naar de feiten vraagt. Het onmiddellijkheidsbeginsel eist van de rechter dat hij na kennisneming van het dossier zijn voorlopig oordeel opschort en kennis neemt van hetgeen ter terechtzitting aan de orde komt, met dien verstande dat zijn uiteindelijk oordeel gegrond moet zijn op het onderzoek ter terechtzitting en niet op het dossier voorzover dat ter zitting niet aan de orde is geweest. In de bemiddelende procesvorm staan mondelinge uitwisseling en eenheid van tijd, plaats en handeling voorop. De onmiddellijkheid heeft daar betrekking op het vinden en vormen van het recht, dat nog niet als een voorgegeven schriftelijk recht geconcipieerd wordt. De inquisitoire procesvorm daarentegen kent geen onmiddellijkheid: langs de omweg van een voorgeschreven recht en een buiten kennis van de verdachte ontworpen dossier wordt iedere ontregeling van de gewenste gang van zaken voorkomen.

Verkenning ten aanzien van de consensuele procesvorm

Een van de belangrijkste tekorten van de consensuele procesvorm is het principiële gebrek aan onmiddellijkheid. Met het oog op de verkenning van dit tekort zal ik kort ingaan op enkele schrijvers die de *rationalisering* van de strafrechtspleging aan de orde hebben gesteld. Zoals Van de Bunt heeft aangegeven is het in feite deze rationalisering die de onmiddellijkheid binnen de strafrechtspleging heeft teruggedrongen, ook binnen de consensuele procesvorm. Vervolgens zal ik kort aandacht besteden aan consensuele vormen van depenalisering of decriminalisering die onder de noemer van 'diversion', 'dading' of 'consensualisme' de confrontatie tussen dader en slachtoffer centraal stellen en daarmee juist een grote mate van onmiddellijkheid lijken te realiseren.

Rationalisering van de strafrechtspleging volgens Van de Bunt

De consensuele procesvorm zou idealiter aspecten van de bemiddelende procesvorm kunnen integreren door aan de schikking een persoonlijk onderhoud vooraf te laten gaan, waarin - met het oog op het al dan niet aanbrengen van de zaak bij de rechter - wederzijdse opening van zaken zou kunnen worden gegeven. In dat gesprek zou ook ruimte kunnen zijn voor het aftasten van het normatieve gezag van de geschonden norm bij de betrokken burger en zou een (be)vestiging van dat gezag - althans bij deze burger - mogelijk zijn. In zijn proefschrift over *Officieren van Justitie* uit 1985, spreekt Van de Bunt over het zogenaamde 'parketstandje'.[1069] Dit was een persoonlijk onderhoud van de officier ten parkette met een verdachte van een strafbaar feit met als doel het laakbare karakter van diens handelen aan de orde te stellen. Los van het paternalisme waarmee deze vorm van seponeren later wordt geassocieerd, con-

[1069] Van de Bunt 1985, p. 128.

stateert Van de Bunt dat deze persoonlijke benadering leidt tot 'normbevestiging' en 'individualisering'.[1070] Daartegenover staat volgens hem dan de op 'incasso' en 'standaardisering' gerichte benadering van de tariefmatige transactie:

> Als gevolg van de uitbreiding van de transactiebevoegdheid tot misdrijven zal het aantal persoonlijke contacten tussen beslissers en verdachten verder afnemen. De justitiële reactie wordt gedenatureerd tot een geldbedrag op acceptgirokaarten via welke de communicatie met de verdachte zal verlopen.[1071]

Rationalisering van de strafrechtspleging volgens Boek

Deze vorm van rationalisering van de punitieve rechtshandhaving heeft sinds de uitbreiding van de transactie en het oprukken van de bestuurlijke boete een grote vlucht genomen. In een bespreking van de theorieën over de rechtsgrond van sepot en transactie concludeert Boek dat de afdoening buiten geding in principe niet in strijd is met de strafrechtstheorieën die het straffen beogen te rechtvaardigen en ten tweede signaleert hij 'dat steeds vaker automatisch tot strafvervolging wordt overgegaan, mede doordat afdoening buiten geding relatief efficiënt kan gebeuren'.[1072] Bij zijn bespreking van strafrechtstheorieën stelt hij theorieën die gericht zijn op vergelding voor als theorieën die de straf als een irrationele handeling beschouwen. Daartegenover stelt hij dan theorieën die uitgaan van een functionele benadering van de straf die in zijn ogen kennelijk opgaat in een rationele benadering, eventueel rekening houdend met het irrationele aspect van het straffen. Hij onderscheidt vervolgens tussen verschillende soorten delicten:

> Men zou kunnen betogen: ernstige delicten die een irrationele grond hebben en in elk geval veel emoties veroorzaken kunnen zeer goed worden afgedaan met een vergeldende straf die aansluit bij die irrationaliteit en/of die emoties. Op de keper

[1070] Soortgelijke overwegingen gelden ook bij de opsporing, zie het rapport van de subcommissie verkeer uit december 1984, als bijlage V toegevoegd aan het interimrapport van de commissie kleine criminaliteit (Cie. Roethof) uit 1984, p. 130: "De subcommissie is van oordeel dat bij de opsporing van bepaalde overtredingen (maximumsnelheidsovertredingen; rijden door rood licht) te automatisch naar bepaalde technische hulpmiddelen (radar, rood licht camera's) wordt gegrepen. De effectiviteit van het politieoptreden zou worden vergroot indien niet uitsluitend van deze hulpmiddelen gebruik zou worden gemaakt maar de politie ook zelf zou gaan controleren".

[1071] Van de Bunt 1985, p. 231. Hij signaleert dat daarmee de normbevestigende werking van de sanctie sterk verminderd is. De sanctie wordt een prijs die voor overtreding van de regel betaald moet worden zonder enig normatief appel. Vergelijk Corstens 1995, p. 32 over een soortgelijk effect bij de bestuursboete: "Afdoening van dit type onrecht met een bestuursboete roept te veel de associatie op met gedrag dat, zij het tegen betaling, wordt gedoogd".

[1072] Met 'strafvervolging' bedoelt hij waarschijnlijk juist het afzien van vervolging vanwege een transactie; in feite doelt hij op de 'automatische punitieve handhaving' die hierboven al aan de orde kwam bij par. 5.3.3.4.

> beschouwd is dat óók rationeel. Delicten die daarentegen 'bekeken' worden gepleegd kunnen en dienen ook 'bekeken' te worden benaderd.[1073]

Boek meent dat deze laatste benadering volgens sommigen zou hebben geleid tot een te ver doorgeschoten instrumentalisering van het strafrecht. Zelf lijkt hij met enige opluchting vast te stellen dat de 'instrumentalisering aantoont hoever het irrationele klassieke denken achter ons ligt'. De geldboete sluit volgens Boek goed aan bij het rationele aspect van de moderne strafrechtstheorieën, want 'een geldboete kan goed afgestemd worden op de aard van het feit en de persoon van de verdachte. (…) Bovendien kan een geldboete zeer instrumenteel worden ingezet bij strafbare feiten die massaal worden gepleegd'. Hoewel de rationaliteit of de instrumentaliteit aldus oorzaak en reden (motief) zou zijn om de afdoening buiten geding uit te breiden, ligt die oorzaak volgens Boek toch eerder in de 'efficiënte gedingvoering'. De tegenstelling die hier wordt gesuggereerd betekent dat rationaliteit niet samenvalt met doel-middel denken waarin efficiency het primaat heeft. Boek meent dan ook:

> Uit het oogpunt van zowel generale en speciale preventie als behoorlijk geding verdient bestraffing binnen geding sowieso de voorkeur boven afdoening buiten geding.[1074]

Hoewel de relatieve strafrechtstheorieën (waarin generale en speciale preventie de rechtvaardiging van de straf vormen) eerst als theorieën worden gepresenteerd waar het om rationeel straffen zou gaan, en vervolgens de afdoening buiten geding als een rationele, instrumentele vorm van straffen wordt aangemerkt, blijkt de bestraffing binnen geding nu toch weer rationeler. Bovendien blijkt de rationalisering van de strafrechtspleging neveneffecten te hebben in de vorm van een neiging om binnen bepaalde categorieën delicten tot automatische vervolging over te gaan.[1075] De eerder gestelde instrumentaliteit van de geldboete, die bestond uit een adequate afstemming op de aard van het feit en op de persoon van de verdachte, gaat met de 'rationele' tariefmatige benadering die eigen is aan massale afdoening buiten geding weer verloren. De rationaliteit die hier wordt ingeroepen lijkt in zijn eigen staart te bijten.

Rationalisering van de strafrechtspleging volgens Van Ruller en Faber

[1073] Boek 1999, p. 107.
[1074] Boek 1999, p. 108.
[1075] Boek 1999, p. 113 stelt naar aanleiding van dit automatisme: "De praktijk van het strafrecht van heden ten dage is soms zo modern dat het weer ouderwets aandoet".

In hun overzicht van de *Afdoening van strafzaken in Nederland sinds 1813* uit 1995 stellen Van Ruller en Faber dat de ontwikkelingen binnen de strafrechtspleging van de afgelopen tweehonderd jaar best kunnen worden samengevat onder de noemer 'rationalisering' die op alle terreinen van het maatschappelijk leven bepalend is geweest:

> Ook de strafrechtspleging is op te vatten als een 'techniek' om menselijk gedrag te beïnvloeden. Het rationaliseringsproces is er niet aan voorbij gegaan. Voor de negentiende eeuw functioneerde het strafrecht in westerse landen op grond van een heterogeen en ongecoördineerd samenstel van wetten. Aan een handvol misdadigers werden, volgens huidige inzichten, gruwelijke en met symboliek overladen straffen toegediend. In relatief korte tijd ontwikkelde zich een strafrechtssysteem waaraan rationele en systematische wetgeving ten grondslag lag, gehandhaafd door een hooggeorganiseerd professioneel apparaat.[1076]

Zonder een verband te leggen met deze instrumentalistische benadering van het strafrecht, signaleren zij aan het eind van hun overzicht dat in recente beleidsstukken sprake is van een 'eeuwenoude reflex op het ongemoeid blijven van veel wetsovertredingen'[1077]. De neiging tot automatische punitieve handhaving die hierin gelezen kan worden 'komt voort uit een gebrek aan inzicht in het doelencomplex en de uitwerkingen van het strafrecht'. Zij stellen:

> De abstracte en symbolische uitwerkingen van de strafrechtspleging zijn van grotere betekenis voor het in stand houden van de rechtsorde dan de direct zichtbare instrumentele. (…) Volgens deze gedachte is het strafrecht niet alleen creatie, maar ook creator van cultuur. (…) Het gaat er niet zozeer om elke misdadiger te pakken en ongevaarlijk te maken, maar om permanent symbolisch uit te stralen dat er grenzen zijn tussen gedrag dat wel en niet getolereerd kan worden en dat de overheid de grenzen bewaakt. Voor dat laatste is niet nodig alle kwaad op te sporen en te bestrijden, maar wel af en toe, hier en daar.[1078]

Ook hier lijkt de rationele, instrumentalistische benadering uiteindelijk niet effectief vanwege de veronachtzaming van de symbolische betekenis van straf en strafproces.

Samenhang van rationalisering met een imperativistische rechtsopvatting

Zoals in het tweede en met name het derde hoofdstuk betoogd is, kan de kiem van de rationalisering en modernisering van de rechtsorde gelokaliseerd worden in het ontstaan en de uitbouw van een bevelsrecht dat als belangrijke taak de creatie en handhaving van *nieuw recht* bevatte. Systematisch kan de nieuwe opvatting van recht die vanaf het eind van de elfde eeuw in Europa

[1076] Van Ruller en Faber 1995, p. 3.
[1077] Van Ruller en Faber 1995, p. 127.
[1078] Van Ruller en Faber 1995, p. 128.

ontstaat worden geduid als een opvatting waarin het recht bestaat uit *voor*-schriften die moeten worden *na*geleefd, terwijl de oude opvatting het recht zag als het actuele rechtsbewustzijn dat zich ten processe - waar alle rechtsgenoten bijeen zijn - steeds opnieuw vormt. De radicalisering van de nieuwe rationele, op beheersing gerichte opvatting van recht die zich vanaf de Verlichting voordeed en zich na de Franse revolutie doorzette in de codificaties,[1079] bereikt wellicht op dit moment een nieuw hoogtepunt. In die eenzijdige nadruk op rationaliteit, instrumentaliteit ligt - zoals Foqué in 1987 heeft beschreven[1080] - een vorm van imperativisme verborgen of - anders gezegd - een verabsolutering van het imperatieve aspect van rechtsnormen. De gedachte dat de naleving van nieuw recht door middel van punitieve handhaving kan worden afgedwongen hangt samen met de veronderstelling dat het recht bestaat uit een verzameling bevelen met een algemene inhoud. Voor een levensvatbare ordening is echter een perspectief nodig van waaruit regels richtinggevend zijn voor het handelen van rechtsgenoten onderling en pas wanneer de verzameling uitgevaardigde regels (het imperatieve aspect van de rechtsorde) aansluiting vindt op het actuele rechtsbewustzijn (het normatieve aspect van de rechtsorde) kan sprake zijn van normhandhaving.[1081] De hiervoor al gesignaleerde vaststelling van de betekenis of subjectieve algemeenheid van de tenlastegelegde handeling behoeft een vorm van communicatie die in de bemiddelende procesvorm van zelf spreekt en in de procesvorm van het 'fair trial' kunstmatig mogelijk moet worden gemaakt.[1082] Voor die communicatie is de onmiddellijkheid onontbeerlijk.

[1079] Over de modificerende, op beheersing gerichte aspecten van de codificatie zie Foqué en 't Hart 1990, hoofdstuk 6a.

[1080] Foqué 1987, p. 66 e.v.

[1081] Dat impliceert - in een statelijke samenleving met een autonoom uitgedifferentieerd recht - niet het samenvallen van recht en rechtsbewustzijn, maar wel een voortdurende wederzijdse beïnvloeding.

[1082] Vergelijk Jakobs 1995, p. 845 die in aansluiting op Habermas theorie van het communicatief handelen de constitutieve functie van straf en strafproces bij het identificeren van een handeling als strafbaar feit toelicht. Dat de kunstmatige constructie van het strafproces bij de procesvorm van het 'fair trial' niet zomaar tot een dergelijke communicatie leidt, mag blijken uit Bal 1991, die zijn ideaaltypische benadering van het 'fair trial' aan Habermas' theorie van het communicatieve handelen ontleent. Het probleem van Habermas' ideale spreeksituatie is de contrafaktische voorwaarde dat 'iedere vorm van macht of dwang (..) afwezig is' (Bal 1991, p. 98). Het 'fair trial' institueert geen 'herschaftsfreie Diskussion' maar een evenwicht van machten, waarbinnen tot op zekere hoogte vrijuit gesproken kan worden. Volgens Bal 1991, p. 100 e.v., is in feite sprake van wat hij noemt 'dwangcommunicatie'. Dit zou verband

Consensualisme

In een uitgebreid rechtsvergelijkend overzicht bespreekt Jean-Paul Ekeu een veelheid van procesvormen onder de noemer van 'consensualisme'.[1083] Dit 'consensualisme vient individualiser le traitement d'une infraction. De ce fait il réalise l'objectiv d'une humanisation de la justice pénale'. Het gaat Ekeu daarbij niet om een consensuele vorm van punitieve rechtshandhaving, maar juist om het *vermijden* daarvan.[1084] In zeker zin is sprake van een 'afdoening buiten recht' (ABR). Vanwege de sterke nadruk op onmiddellijkheid binnen deze procesvorm is het zinvol er desondanks kort aandacht aan te besteden. Onder consensualisme verstaat Ekeu: 'un principe en vertu duquel magistrats de l'ordre répressif et parties privées, délinquant ou victime, conviennent d'exclure l'application des règles juridiques normalement applicables'.[1085] Zijn consensualisme komt overeen met wat wij 'dading' zouden noemen: slachtoffer en dader sluiten een overeenkomst af die - wanneer zij wordt nagekomen - kan leiden tot het seponeren van de betreffende strafzaak. Hij signaleert daarbij dat deze procedures de mogelijkheid bieden om wat hij noemt 'theoretische normen' te verzoenen met de ontwikkeling van de moraal en met het gewoonterecht.[1086] Hoewel het bij Ekeu kennelijk niet gaat om het (be)vestigen van het gezag van de geschonden norm, maar veeleer om het afstand nemen van de betreffende norm in de gegeven situatie, lijkt hij in een consensuele benadering mogelijkheden te zien de kloof tussen 'theoretische normen' en moraal en/of gewoonte op te heffen. Met theoretische norm wordt kennelijk gedoeld op de norm als voorschrift dat moet worden nageleefd, terwijl de gewoonte en/of de moraal verwijzen naar normen die het handelen tussen rechtsgenoten onderling regelen of horen te regelen.

kunnen houden met de belangrijke rol van het dossier in het continentale strafproces, dat afbreuk *kan* doen aan de onmiddellijkheid.

1083 Ekeu 1993.

1084 Zie Cleiren 2001 en de literatuurverwijzingen aldaar voor een kritische bespreking van dit type 'geding buiten het geding'. Zij spreekt op p. 11 over 'buiten-strafrechtelijke procedures: afdoening buiten geding, maar ook afdoening zonder toepassing van strafrechtelijke en strafprocesrechtelijke normering'. In feite doelt zij vooral op wat zij zelf ook duidt als ADR: 'alternative dispute resolution' in de zin van Anders Dan Rechtspraak; het gaat haar immers ook niet om de bestuursrechtelijke boete die zowel buiten geding plaatsvindt als niet straf(proces)rechtelijk genormeerd is. Cleiren legt het verband met de beweging van de 'restorative justice' die in Nederland onder de noemer van 'herstel' aandacht vraagt voor de 'buitenrechtelijke' consensuele afdoening.

1085 Ekeu 1993, p. 3 onder verwijzing naar Pradel in *Le consensualisme en droit pénal comparé*, Mélanges Eduardo Correia, Coimbra 1987.

1086 Ekeu 1993, p. 11-12, onder het kopje: "Le consensualisme comme facteur de réconciliation de la norme théorique avec l'évolution des moeurs" en p. 12-14, onder het kopje: "Consensualisme comme facteur de réconciliation de certaines lois avec les coutumes". Hij noemt dit 'sociologische voordelen' van de dading.

Dading of consensualisme veronderstellen de onmiddellijkheid van een confrontatie tussen dader en slachtoffer, in aanwezigheid van een bemiddelende derde die banden heeft met de justitie. In de onmiddellijkheid ligt de sleutel voor het succes van deze vorm van 'diversion':[1087] wanneer de confrontatie leidt tot een overeenkomst wordt tussen dader en slachtoffer een nieuwe norm gesteld die de door de dader met zijn handelen gestelde norm te niet doet. Of met die nieuwe - tussen partijen geldende - norm het gezag van de door de dader geschonden norm hersteld of juist verzwakt wordt, is de vraag.[1088] Ekeu spreekt van een 'civilisering van het strafproces' en daarmee geeft hij direct de zwakke plek van deze vorm van afdoening aan: deze procedure is gericht op het reduceren van de normschending tot een conflict tussen privé-partijen.[1089] Hoewel in deze vorm van consensualisme de onmiddellijkheid gestalte krijgt, is die niet verbonden met de externe openbaarheid waar-

[1087] Zie Blad 1996, p. 213-295 uitgebreid over decriminalisering, depenalisering en/of diversie in de jaren zeventig en tachtig. Interessant in dat verband is de verschuivende doelstelling van de Wet Vermogenssancties 1983, waarin de mogelijkheid werd gecreëerd om alle misdrijven waarop niet meer dan zes jaar gevangenisstraf bedreigd wordt transigabel te maken. In de MvT bij het ontwerp van de Wet Vermogenssancties TK 1977-1978, 15012, no. 3, p. 18-19 en 20-22 lijkt 'depenalisering' de doelstelling van deze uitbreiding van de transactiemogelijkheid (de boete moest in de plaats komen van de korte gevangenisstraf), maar ten tijde van de inwerkingtreding is al duidelijk dat deze uitbreiding de mogelijkheid tot repressief ingrijpen juist enorm gaat vergroten. Zie ook Hartmann en Van Russen Groen 1994, p. 73-74 over het veranderde gebruik van de termen decriminalisering en depenalisering: als de termen gebruikt worden om de overheveling van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke punitieve handhaving aan te duiden impliceren zij in feite een vergroting van het bereik van punitief overheidsoptreden.

[1088] Cleiren 2001, p. 18 over door het strafproces te bevestigen algemeen aanvaarde normen ten opzichte van de in ADR 'mogelijk in afwijking van algemeen aanvaarde normen' te bevestigen normen van de partijen in het 'geding buiten het geding'. Zie ook de heldere kritiek van Gutwirth & De Hert 2002, p. 159-162, op depenalisering in combinatie met dejuridisering, die in ieder geval afdoet aan de publiekrechtelijke/ symbolische normstelling die binnen het strafproces plaatsvindt.

[1089] Ekeu 1993, p. 5-9 noemt vier bezwaren tegen 'consensualisme': (1) vanuit een kantiaanse rechtsfilosofische ethiek doet deze vorm van afdoening afbreuk aan de geschonden norm die vanuit dat perspectief te allen tijde door strafoplegging gehandhaafd zou moeten worden, (2) vanuit een op Rousseau en Durkheim gestoeld sociologisch perspectief wordt het gemeenschappelijk rechtsbewustzijn en daarmee de sociale cohesie van de samenleving door consensuele afdoening bedreigd, (3) vanuit een aan Montesquieu ontleende theorie van de scheiding van machten wordt door consensuele afdoening beslissingsmacht aan de onafhankelijke en onpartijdige rechter onttrokken en (4) vanuit het perspectief van de generale preventie is het gebrek aan externe openbaarheid bij consensuele procudures problematisch.

door de normbevestigende functie van deze vorm van 'afleiding' desondanks zwak is. Daar komt nog bij dat het zeer de vraag is in hoeverre bij deze vorm van niet-punitieve afdoening sprake is van interne openbaarheid.[1090]

Naar aanleiding van het hier besproken consensualisme is de vraag in hoeverre hier misschien sprake is van een bemiddelende procesvorm. Sommige pleitbezorgers van de 'afdoening buiten recht' betrekken vormen van geschilbeslechting in niet-statelijke samenlevingen in hun betoog als zou de 'restorative justice' die op basis van consensus tussen dader en slachtoffer tot stand komt zonder meer vergeleken kunnen worden met het type besluitvorming dat in een niet-statelijke samenleving speelt.[1091] Die vergelijking gaat maar zeer gedeeltelijk op: in beide gevallen dreigen contingente machtsverhoudingen de uitkomst in vergaande mate te bepalen, maar in de bemiddelende procesvorm in de niet-statelijke samenleving is juist om die reden een sterk formele, rituele vorm werkzaam binnen het proces die ervoor waakt dat spreekbeurten evenwichtig verdeeld zijn en de eer van partijen niet op het spel staat.[1092] Bovendien vallen in de niet-statelijke samenleving normadressaat en normadressant samen doordat oordeelvinders en publiek samenvallen: de norm wordt ter plekke gevonden en gevormd en gaat in dat geval per direct deel uitmaken van het gemeenschappelijke referentiekader. De kans dat 'afdoening buiten recht', 'restorative justice', 'herstelrecht', 'redress', 'reintegrative shaming', 'reconciliation'[1093] of consensualisme juist tot fragmentering van het gedeelde referentiekader leiden is groot, omdat hier geen sprake is van norm(be)vestiging in het zicht van de gehele gemeenschap. De onmiddellijkheid is hier zo feitelijk geworden dat het niet meer om de (be)vestiging van rechtsnormen kan gaan, maar alleen nog om de (be)vestiging van contingente sociale normen.[1094]

[1090] Zie in gelijke zin Cleiren 2001, p. 26 over de normbevestigende werking van de rechterlijke uitspraak. Op p. 21 stelt zij ten aanzien van ADR: "De oplossing hoeft niet openbaar te worden gemaakt en draagt niet bij aan bevestiging van gemeenschappelijke normen".

[1091] Of in samenlevingen die pas recent deel uitmaken van een statelijke samenleving en die om die reden bepaalde traditionele vormen van geschillenbeslechting voortzetten. Zie Van den Heuvel 2001, p. 175 over de Maoris in Nieuw Zeeland, de aboriginals in Wagga Wagga en de indianen in New Foundland.

[1092] Zie par. 3.3.2 hierboven over de besluitvorming in het Germaanse dingproces.

[1093] Zie Van den Heuvel 2001, p. 173-174 over deze terminologie.

[1094] Zie 't Hart 2001, p. 150-158 over het belang van distantie en idem p. 158-167 over het belang van directheid en nabijheid. Op p. 157 stelt hij over de door de rechter in te nemen kritische distantie: "Dat is noodzakelijk voor een onafhankelijk kritisch oordeel dat een rechtsstrijd kan beslissen en beëindigen, op een wijze waarbij de feitelijk bestaande maatschappelijke machtsverhoudingen niet zonder meer beslissend zijn, of -

Samenvattend moet geconcludeerd worden dat zowel het tekort aan onmiddellijkheid van de tariefmatige punitieve afdoening in de consensuele procesvorm als de overdaad aan onmiddellijkheid van de 'afdoening buiten recht' leiden tot een onmiskenbare verzwakking van de normhandhavende functie van de straf die juist in het 'fair trial' gestalte krijgt.

Ook hier springt de vergelijking met de inquisitoire procesvorm in het oog voor zover het de routinematige consensuele afdoening betreft: het proces verloopt vrijwel volledig schriftelijk (in het algemeen in de vorm van een acceptgirokaart).

5.5.5 Equality of arms en de consensuele procesvorm

Herneming ten aanzien van de drie besproken procesvormen
De 'equality of arms' is het uitgangspunt van de bemiddelende procesvorm. Aangezien partijen niet gedwongen kunnen worden hun conflicten aan het gerecht voor te leggen, zullen zij dit alleen doen als zij binnen het proces een positie toegewezen krijgen van waaruit de contingente machtsverhoudingen opgeschort zijn, zodat zij in vrijheid hun zaak kunnen bepleiten. Dit is dan ook de reden dat in de bemiddelende procesvorm een sterke nadruk ligt op formaliteiten die de gelijke posities institutionaliseren. In de inquisitoire procesvorm kan geen sprake zijn van 'equality of arms': de verticale relatie tussen straffer en te bestraffen persoon sluit iedere vorm van horizontalisering van de betrekkingen bij voorbaat uit. Terwijl in de bemiddelende procesvorm interne en externe openbaarheid samenvallen omdat publiek en oordeelsvormer in beginsel samenvallen, zijn in de inquisitoire procesvorm zowel de externe als de interne openbaarheid uitgesloten. De interne openbaarheid is één van de belangrijkste aspecten van de 'equality of arms'. In het 'fair trial' is het uitgangpunt wederom een vorm van ongelijkheidscompensatie. Het gaat in dat geval anders dan in de bemiddelende procesvorm niet om de opschorting van contingente machtsverhoudingen tussen gelijken[1095] maar om ongelijkheidscompensatie voor actoren die institutioneel ongelijk zijn.[1096]

met andere woorden - waarbij het recht dat gesproken wordt niet vanzelfsprekend de afbeelding is van een concrete ordening".

[1095] Dat wil zeggen opschorting van feitelijke ongelijkheid tussen personen die *de jure* gelijk zijn.

[1096] Dat wil zeggen het compenseren van feitelijke ongelijkheid tussen actoren die *de jure* in het geheel niet gelijk zijn.

Verkenning ten aanzien van de consensuele procesvorm

Het bieden van ongelijkheidscompensatie aan de betrokkene tegenover de overheid blijft bij de consensuele procesvorm afhankelijk van de welwillendheid van de betreffende overheidsinstantie. Binnen de consensuele procesvorm heeft de betrokkene geen recht op 'equality of arms'. Van interne openbaarheid is in een consensuele procesvorm geen sprake: wie de houdbaarheid van vermeende normschending ter discussie wil stellen moet afzien van de consensuele vorm en zijn zaak bij de rechter bepleiten. Pas dan kan aanspraak op interne openbaarheid gemaakt worden. Ook is er geen recht op hoor en wederhoor zolang de derde die hoor en wederhoor zou kunnen verlenen afwezig is. Dat laatste recht (hoor en wederhoor) valt eigenlijk al binnen het bereik van beginsel van het contradictoire proces dat hieronder aan de orde is.

De ongelijkheidscompensatie die met de 'equality of arms' tot stand komt, is de mogelijkheidsvoorwaarde voor het contradictoire karakter van het 'fair trial': een proces op tegenspraak tussen ongelijken die niet voor die ongelijkheid gecompenseerd worden is niet meer 'fair'. Het contradictoire karakter van het proces valt dan ook niet samen met wat Drenth de accusatoire proces*vorm* noemt[1097] en wat in Angelsaksische rechtsculturen het 'adversarial' karakter van het proces wordt genoemd.[1098] De accusatoire procesvorm speelt zich af tussen partijen, die door middel van een actieve opstelling tegenover een lijdelijke rechter de strijd aan binden over bewijs- en andere kwesties.[1099] Binnen die context is de 'equality of arms' veel minder een vorm van ongelijkheidscompensatie dan een eis tot wederzijdse opening van zaken (zoals de wederzijdse 'disclosure' in het Amerikaanse procesrecht), gebaseerd op het uitgangspunt dat partijen gelijk zijn. Binnen het contradictoire geding is de OvJ verplicht de verdachte op de hoogte te brengen van belastend maar ook van ontlastend materiaal, terwijl de verdachte in beginsel niet verplicht is belastend materiaal op tafel te leggen. Die ongelijkheid past wel in het contradictoire 'fair trial' maar niet in een accusatoire procesvorm. Het verschil tussen beide zit in de positie van de rechter, die in het contradictoire 'fair trial'

1097 Zie par. 3.5.2 hierboven. Ten aanzien van de daarin gevolgde terminologie van Drenth kan hier opnieuw verwezen worden naar Drenth 1939, p. 9-23. Hij onderscheidt daar tussen het accusatoire principe (geen klager geen rechter; lijdelijke rechter) en de accusatoire vorm van een proces (partijgelijkheid zoals in het Amerikaanse strafproces). In gelijke zin onderscheidt hij daar tussen inquisitoir beginsel (vervolging van overheidswege, onderzoek naar materiële waarheid als taak van de rechter) en de inquisitoire procesvorm (de verdachte als object van onderzoek).

1098 Over het 'adversarial system' in het Amerikaanse strafproces zie Nijboer 1992.

1099 Zie voor een verdere afbakening van de begrippen 'contradictoir', 'op tegenspraak', 'adversarial', 'accusatoir', 'inquisitoir' en 'consensueel' in relatie tot de door mij gehanteerde terminologie hieronder par. 5.5.6.

een heel andere is dan in de accusatoire procesvorm. Die laatste komt historisch gezien voort uit de bemiddelende procesvorm en is verbonden met een zwakke vorm van overheidsgezag, terwijl de bescherming die in het 'fair trial' geboden wordt juist mede de bescherming tegen een machtige overheid is.[1100] In de volgende paragraaf zal met het oog op het beginsel van de contradictoire procesvoering en de consensuele procesvorm nog eens bij dit onderscheid worden stilgestaan.

Samenvattend kan geconcludeerd worden dat in de consensuele procesvorm geen recht op 'gelijke wapenen' is vervat. Ook op dit punt lijkt deze procesvorm op de inquisitoire procesvorm waarin de ongelijkheid geïnstitutionaliseerd is, zonder dat deze ongelijkheid door middel van interne openbaarheid en toekenning van specifieke rechten wordt gecompenseerd. [1101]

5.5.6 Het contradictoire aspect en de consensuele procesvorm

Herneming ten aanzien van de drie besproken procesvormen

De bemiddelende procesvorm is ondenkbaar zonder tegenspraak. De tegenspraak vormt de structuur van het proces tegenover een lijdelijke rechter, die niet gericht is op het vinden van een materiële waarheid maar op het voorkomen van de escalatie van eigenrichting. De inquisitoire procesvorm kan de tegenspraak niet denken. Alles in deze procesvorm is gericht op het uitbannen van het weerwoord van de beschuldigde. In het 'fair trial' staat de tegenspraak niet in de eerste plaats ten dienste van het voorkomen van de escalatie van eigenrichting. De tegenspraak integreert het inquisitoire *beginsel* (vervolging en onderzoek van overheidswege) met aspecten van de accusatoire proces*vorm* (een eigenstandige rechtspositie voor de verdachte):[1102] door de tegen-

[1100] Over de mate waarin en de wijze waarop de staat de regie - ook binnen het (straf)proces - aan zich trekt, zie Damaska 1986, die het verschil tussen het continentale en Amerikaanse strafproces relateert aan de verhouding staat-samenleving.

[1101] Bijvoorbeeld het recht om op de hoogte te zijn van de beschuldiging, een redelijke termijn om de verdediging voor te bereiden, getuigen te horen, deskundigenadvies in te brengen, een tolk in te schakelen, rechtsbijstand te genieten.

[1102] Zie Drenth 1939, p. 237-239, die om te beginnen vaststelt dat het strafproces aan het einde van de middeleeuwen geheel beheerst werd door het inquisitoire beginsel. Volgens Drenth menen Duitste schrijvers in de eerste helft van de negentiende eeuw dat binnen dat inquisitoire proces vervolgens weer onderscheiden kan worden tussen een accusatoir en een inquisitoir beginsel. Naar zijn mening worden daarbij vorm en principe verward. Daaruit kan worden afgeleid dat hij het strafproces van zijn tijd zag als

spraak wordt het onderzoek naar de 'materiële waarheid' gediend en tegelijk krijgt de verdachte de gelegenheid de gelding van de geschonden norm te betwisten en het handelen van de opsporende en vervolgende instanties aan de orde te stellen. Zoals hierboven al opgemerkt vallen de accusatoire procedure en het contradictoire proces niet samen: in het 'fair trial' wordt de tegenspraak georganiseerd tussen *on*gelijken, in de accusatoire procedure wordt de tegenspraak georganiseerd tussen gelijken.

Verkenning ten aanzien van de consensuele procesvorm

In de consensuele procesvorm is geen beginsel van tegenspraak werkzaam. Er is - zoals hierboven al opgemerkt - geen onafhankelijke derde, die vanuit zijn positie boven partijen de ruimte voor tegenspraak kan organiseren. Uit het feit dat de betrokken burger zich vrijwillig onderwerpt aan de op te leggen sanctie zou kunnen worden afgeleid dat de consensuele procesvorm aspecten van de accusatoire procedure belichaamt, doordat aan de betrokkene een zekere mate van partij-autonomie lijkt te worden toegekend. Hoewel het beginsel van tegenspraak aspecten van de accusatoire procesvorm integreert moet het daarvan worden onderscheiden, omdat de accusatoire procesvorm is gebaseerd op een vorm van partijautonomie en die het 'fair trial' niet kent.[1103]

In 1992 schreef de Duitse strafrechttheoreticus Thomas Weigend in een tekst over 'Die Reform des Strafverfahrens, Europäische und deutsche Tendenzen und Probleme'[1104] dat in Europa drie procesvormen naast elkaar bestaan: een inquisitoire, een contradictoire en een consensuele. Het bereik van deze termen valt bij Weigend niet samen met het bereik van de hier onderscheiden procesvormen. Met de term 'inquisitoir' doelt hij niet op de inquisitoire proces*vorm* zoals die zich onder de absolutistische vorstendommen ontwikkeld heeft maar op het inquisitoire *beginsel* dat vervolging en onderzoek van overheidswege impliceert en dat ook de gang van zaken in het 'fair trial' bepaalt. Voor Weigend impliceert de inquisitoire procesvorm dat de functies van vervolging en berechting zijn gescheiden en dat het onderzoek naar de strafbaarheid van feit en verdachte uiteindelijk de verantwoordelijkheid is van de

een inquisitoir proces (een proces dat beheerst wordt door het inquisitoire beginsel) waarbinnen aspecten van de accusatoire procesvorm zijn geïntegreerd. Zie ook 't Hart 1993, p. 40.

1103 Het Engelse en Amerikaanse strafproces kennen wel een zekere mate van partij-autonomie, bijvoorbeeld in de institutie van het 'guilty plea'. Het 'adversarial trial' kan dan ook met recht een accusatoire procesvorm worden genoemd. Het 'fair trial' van het EVRM is gebaseerd op het inquisitoire beginsel maar laat ruimte voor min of meer accusatoire procesvormen.

1104 Weigend 1992, p. 488 stelt: "Das inquisitorische Prinzip verliert an Bedeutung und wird durch kontradiktorische und konsensuale Verfahrensformen verdrängt".

rechter. In de Duitse strafrechtstheorie wordt het inquisitoire principe dat het strafproces beheerst verwoord als 'Untersuchungsmaxime', tegenover het 'Dispositionsmaxime' van het civiele of accusatoire proces.[1105] In dat laatste proces staat de partijautonomie voorop. Die partijautonomie leidt tot een procesvorm die door Weigend contradictoir wordt genoemd: een proces waarbinnen de verdachte in vergaande mate zijn procespositie kan bepalen. Hij verwijst daartoe naar het Engelse en Amerikaanse strafproces, dat meer dan het continentale strafproces is gebaseerd op de gedachte dat verdachte en officier als partijen tegenover elkaar staan. Uit die partijverhouding vloeien dan ook praktijken voort waarbij onderhandelingsresultaten het oordeel van de rechter in vergaande mate bepalen:[1106] het 'Dispositions- of Verhandlungsmaxime' is in Engeland en Amerika veel minder omstreden bij de afdoening van strafzaken dan in het continentale stelsel. Wat Weigend met de term contradictoir bedoelt gaat dan ook verder dan wat hierboven in par. 5.2.5 met deze term is aangeduid. Het feit dat aan het rechterlijk oordeel een onderzoek op tegenspraak voorafgaat waarbij de verdediging via ongelijkheidscompensatie in een positie is gebracht die hem 'gelijke wapenen' verschaft in vergelijking met het OM, valt niet samen met de situatie waarin officier en verdediging als partijen tegenover elkaar staan en de gelegenheid krijgen om op grond van een inschatting van hun procespositie de loop van het geding in grote mate te bepalen. Het is die laatste situatie die hiervoor onder verwijzing naar Drenth met de term accusatoire proces*vorm* is aangeduid,[1107] terwijl de eerste op het contradictoire aspect van het 'fair trial' wijst.

Zoals in par. 5.2 is beschreven kan het contradictoire 'fair trial' worden gezien als een integratie van aspecten van de bemiddelende en de inquisitoire procesvorm. De accusatoire procedure van de vroege middeleeuwen viel binnen de bemiddelende procesvorm. In die zin verenigt het 'fair trial' een aantal aspecten die 'accusatoir' kunnen worden genoemd, zoals ook het beginsel van tegenspraak. Omdat met de term 'accusatoir' vaak niet alleen de tegenspraak maar ook nog een vorm van partijautonomie wordt bedoelt is het van belang beide begrippen uit elkaar te houden.

Weigend signaleert dat in continentaal Europa een versterking van de partijautonomie binnen het 'fair trial' samengaat met een toename van het aantal

[1105] Baumann 1977, Lüderssen 1995, Jakobs 1995.

[1106] Bijvoorbeeld de praktijk waarbij de 'prosecutor' in ruil voor een 'guilty plea' een lagere straf vordert. Zie daarover Kipnis 1975/76 en Alschuler 1968 en 1975.

[1107] Drenth 1939, par. I.3 en I.4.

consensuele afdoeningen. Hij verklaart deze ontwikkeling door te wijzen op de gemeenschappelijke vooronderstellingen die aan de accusatoire (in zijn terminologie contradictoire) en de consensuele procesvorm ten grondslag liggen:

> Dass kontradiktorische und konsensuale Verfahrenselemente gleichzeitig an Boden gewinnen, ist kein Zufall, sind beide doch durch die Dispositionsmaxime eng miteinander verbunden. Versteht man das Strafverfahren als eine Auseinandersetzung zwischen zwei - oder auch, bei Einschluss des Opfers, drei - prinzipiell gleichberechtigten Parteien, so liegt es nahe, dass diese auch den Streitstoff bestimmen und einzelne Konfliktpunkte oder auch den gesamten Verfahrensgegenstand einvernehmlich aus der Welt schaffen können. Dem Gericht bleibt dann allenfalls noch eine gewisse Missbrachkontrolle.[1108]

Deze vooronderstellingen leiden volgens Weigend tot een terugtred van het inquisitoire beginsel en een versterking van accusatoire en consensuele tendensen in het strafproces:

> Wenn ich die Signale der verschiedenen europäischen Ansätze der Straverfahrensreform richtig deute, dann könnte die aus England und den USA bekannte Dichotomie zwischen einer einvernehmlichen, ohne Beweisaufnahme herbeigeführten Erledigung der alltäglichen Strafsachen einerseits und einem mit grossem Aufwand betriebenen Parteiverfahren in den relativ seltenen 'streitigen' Fällen andererseits auch auf dem europäischen Kontinent das Modell der Zukunft werden.[1109]

Deze terugtred van het inquisitoire *beginsel* mag echter niet verhullen dat - zoals in het onderzoek naar het tekort van de consensuele procesvorm steeds weer blijkt - de consensuele procesvorm naar de inquisitoire proces*vorm* van Salas neigt en weinig gemeen heeft met een accusatoire of bemiddelende procesvorm. De belangrijkste vooronderstelling van die laatste procesvorm is immers de afwezigheid van een sterk centraal gezag: het oordeel wordt bepaald door gelijken en niet door een instantie met het bevelsrecht. De consensuele procesvorm moet echter gezien worden tegen de achtergrond van een staat die zoveel nieuw recht blijft creëren dat de handhaving daarvan niet via een geïnstitutionaliseerd debat kan plaatsvinden. Omdat er geen tijd is voor tegenspraak wordt deze afgekocht met een aanbod dat tot een onzichtbare afdoening kan leiden. Dat aanbod wordt echter alleen aanvaard zolang de staat bij machte is tot oplegging van een hogere sanctie over te gaan. De vermeende versterking van het accusatoire aspect van het strafproces in de vorm van consensuele afdoening impliceert dus geen emancipatie van een

[1108] Weigend 1992, p. 496-497.
[1109] Weigend 1992, p. 497.

mondige verdachte zoals sommigen wel menen,[1110] maar een goedkope manier om normconform gedrag 'af te dwingen'.

> Der Grund für das Verbot eines auf konsentierte Bestrafung abzielenden Verfahrenstyps liegt letztlich in dem unüberwindlichen Machtgefälle zwischen dem Staat und jedem seiner Bürger. Dieses Machtgefälle entlarvt zugleich die Ausgangsthese des kontradiktorischen Verfahrenstyps als wirklichkeitsferne, die wahren Verhältnisse verschleiernde Fiktion: Die Parteien des Strafverfahrens, der staatliche Ankläger und der private Angeklagte, besitzen nicht einmal formell, und ganz gewiss nicht materiell die gleichen Möglichkeiten, auf den Verfahrensausgang Einfluss zu nehmen. Daher ist ein auch nur annähernd 'echter' Konsens nicht denkbar, sondern allenfalls die Zustimmung des Beschuldigten zu einer Sanktion, die ihm von den beteiligten Juristen als relativ günstig dargestellt wird - wobei die Freiheit des Betroffenen tatsächlich nicht mehr ist als die Einsicht in die Notwendigkeit.[1111]

Weigend wijst de emancipatoire ondertoon van de term 'consensueel' af, die de uit nood geboren buitengerechtelijke punitieve praktijken moet legitimeren:

> Wenn mann den Apologeten konsensualer Gerechtigkeit glauben darf, ist diese Not aber durchaus eine Tugend, verheisst sie doch nicht nur ein harmonischeres, menschlicheres Strafverfahren, sondern fördert durch den Gedanken der Kooperation auch eine emanzipatorische, soziale und resozialisierende Konfliktregelung und Verarbeitung der Tat. Kooperation staat Konfrontation, Konsens statt ohnenhin aussichtloser Wahrheitssuche - damit zaubert man nicht nur Harmonie herbei, sondern schafft zugleich ein Verfahrensprinzip, unter das sich die bisher theorielos wuchernde Absprachenpraxis elegant subsumieren lässt

[1110] Weigend 1992, p. 499 waarschuwt voor de 'Schalmeientönen eines kooperativen, emanzipatorischen oder sonst wohlklingend betitelten Verfahrenskonzepts, das den Rechtsfrieden dadurch wiederherzustellen sucht, dass der Beschuldigte 'einvernehmlich' eine Strafe auf sich nimmt'. Zie ook 't Hart 1997, p. 151-153 en idem 2001, p. 131-166, die erop wijst dat mondigheid en de daarmee verbonden gelijkheid van procespartijen niet als een vanzelfsprekende eigenschap van mensen gezien moet worden waar de overheid zich gemakshalve op kan beroepen: mondig burgerschap 'kan alleen gereproduceerd worden als de maatschappelijke context daartoe de voorwaarden levert', aldus 't Hart 2001, p. 151. Eén van die voorwaarden wordt gevormd door de grondstructuur van het 'fair trial': "Voor het individu moet, met andere woorden, eerst een plaats geschapen worden die hem de positie verschaft om op het publieke forum het woord te voeren, om andere visies dan de dominante aan de orde te stellen en te communiceren", aldus 't Hart 2001, p. 148.

[1111] Weigend 1992, p. 500.

> und das, soweit Bedarf besteht, ein Fundament für die Schaffung neuer konsensualer Verfahrensformen durch den Gesetsgeber bietet.[1112]

Kort gezegd meent Weigend dat consensualiteit geen legitimatie biedt voor buitengerechtelijke afdoeningen.[1113] Dat wil niet zeggen dat deze vorm van afdoening niet legitiem kan zijn, maar wel dat het consensuele aspect daartoe niet voldoende is. De consensus van de betrokken burger zou eventueel een noodzakelijke maar geen voldoende voorwaarde kunnen zijn voor legitieme buitengerechtelijke punitieve rechtshandhaving.

Samenvattend blijkt ook het contradictoire aspect van het 'fair trial' in beginsel afwezig in de consensuele procesvorm. De vermeende partijautonomie die met de consensus gegeven lijkt te zijn heeft weinig met 'tegenspraak' te maken en kan ook niet worden uitgelegd in termen van een accusatoire procesvorm, omdat de consensuele procesvorm in tegenstelling tot de accusatoire procesvorm functioneert tegen de achtergrond van een sterke overheid die het geweldmonopolie kan gebruiken om straffen op te leggen als consensus ontbreekt.

5.6 Samenvattend: procesbeginsel en consensuele procesvorm

In dit hoofdstuk is het procesbeginsel vanuit systematisch perspectief geanalyseerd. Daartoe is aangesloten bij de procesvorm van het 'fair trial' die ten opzichte van de bemiddeldende en de inquisitoire procesvorm nader is onderzocht. Het procesbeginsel kan worden geïnterpreteerd als een constitutieve voorwaarde voor het 'fair trial', dat wil zeggen een verwijzing naar de eisen waaraan voldaan moet zijn wil sprake zijn van een 'fair trial'. Het procesbeginsel kan ook worden geïnterpreteerd als een regulatieve voorwaarde voor de punitieve rechtshandhaving, dat wil zeggen dat in geval van punitieve rechtshandhaving in beginsel voldaan moet zijn aan de eisen van het 'fair trial'. Beide interpretaties zijn intern verbonden via de procesvorm van het 'fair trial'.

Om te beginnen is een analyse gemaakt van de procesvorm van het 'fair trial' met het oog op de waarde van deze wijze van 'afdoening' voor de betekenis

[1112] Weigend 1992, p. 496.

[1113] Zie ook Brants, Mevis en Prakken 2001, p. 15: "Dit gebrek aan rechtsstatelijkheid [van de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke buitengerechtelijke afdoeningen, mh] kan niet altijd door een beroep op consensus worden gerepareerd. Vaak is van reële consensus geen sprake zoals bij de bestuurlijke boete".

van de straf. Daarbij is steeds aangesloten bij het doel van de straf in termen van het (her)stel van het gezag van de geschonden norm en in het verlengde daarvan bij de beide aspecten van het rechtsnormbegrip, te weten het normatieve en imperatieve aspect. Het blijkt dat het 'fair trial' geanalyseerd kan worden vanuit zes constitutieve voorwaarden: de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, de externe openbaarheid, de onmiddellijkheid, de 'equality of arms', het contradictoire karakter van het proces en de onschuldpresumptie. Deze voorwaarden maken het mogelijk dat het proces steeds tegelijk als bescherming tegen onrechtmatig overheidsoptreden èn als appèl aan de geschonden norm functioneert. In het volgende hoofdstuk zal blijken dat bijvoorbeeld het bestuursprocesrecht veel meer eenzijdig gericht is op bescherming tegen onrechtmatig overheidsoptreden. Dit verschil kan verklaard worden op historische gronden maar heeft ook te maken met het feit dat het doel van de straf mede dankzij het straf*proces* wordt gerealiseerd: zowel het normatieve als het imperatieve aspect van de door de te bestraffen persoon geschonden rechtsnorm worden in het 'fair trial' gevestigd. In een democratische rechtsstaat is het gezag van het imperatieve aspect van de geschonden norm afhankelijk van de vraag of de overheid terecht van haar geweldmonopolie gebruikt maakt en zelfs van de vraag of de gestelde norm zelf niet onrechtmatig is.[1114]

Na de analyse van de constitutieve voorwaarden van de procesvorm van het 'fair trial' in contrapunt tot de bemiddelende en inquisitoire procesvorm is de vraag aan de orde in hoeverre het procesbeginsel een 'fair trial' eist in geval van punitieve rechtshandhaving en/of vaststelling van strafrechtelijke schuld. Daartoe zijn drie posities onderzocht: (1) het procesbeginsel als procesverplichting, (2) het procesbeginsel als recht op toegang tot de rechter en (3) het procesbeginsel als regulatieve voorwaarde voor de punitieve rechtshandhaving. De eerste positie eist steeds wanneer de overheid over wil gaan tot punitieve rechtshandhaving een proces dat voldoet aan alle eisen van het 'fair trial'. Hoewel bepleit kan worden dat deze positie ten grondslag ligt aan art. 6 EVRM en art. 113 GW blijkt zij in de praktijk niet haalbaar en deze praktijk is gelegaliseerd door wettelijke en jurisprudentiële regelingen voor buitengerechtelijke afdoening. Deze afwijking van de procesvorm van het 'fair trial' wordt gelegitimeerd door de figuur van de afstand van recht, die aanleiding is om deze vorm van 'afdoening' te benoemen als een consensuele procesvorm. In het volgende hoofdstuk zal uitgebreid aandacht worden besteed aan de ge-

[1114] Vandaar de toetsing aan hoger recht in het kader van de kwalificatievraag, bijvoorbeeld HR 20 maart 2001, *NJ* 2001, 411.

dachte dat de buitengerechtelijke afdoening niet zozeer een gelegenheidsoplossing is die voortkomt uit de onmogelijkheid in alle gevallen het 'fair trial' te doorlopen, maar dat bepaalde categorieën strafbare feiten vanwege de aard van de geschonden rechtsnorm in beginsel niet door een rechter maar door het bestuur horen te worden afgedaan.
De derde positie die hiervoor bepleit is gaat ervan uit dat ook in geval van buitengerechtelijke afdoening zoveel mogelijk voldaan moet zijn aan de eisen die het 'fair trial' stelt. Door het 'fair trial' te positioneren als een derde procesvorm naast de bemiddelende en de inquisitoire procesvorm wordt het mogelijk de voorwaarden die het 'fair trial' constitueren in een breder verband te plaatsen en in hun onderlinge samenhang als regulatieve voorwaarden voor de consensuele procesvorm te operationaliseren.

Omdat het mij in dit proefschrift niet te doen is om deze operationalisering zelf - die een zelfstandig proefschrift zou vergen - maar om het zorgvuldig aandragen van bouwstenen en verbindingspunten voor deze operationalisering, heb ik tenslotte het tekort van de consensuele procesvorm onderzocht. Daarbij blijkt dat de consensuele procesvorm ten opzichte van alle voorwaarden voor het 'fair trial' tekort schiet. Van groot belang daarbij is dat niet alleen het beschermende aspect van het strafproces faalt waardoor het imperatieve aspect van de geschonden norm problematisch zou kunnen worden. Tegelijkertijd lukt het niet om het gezag van de geschonden norm binnen de verhouding tussen burgers onderling te (her)stellen. Gebrek aan openbaarheid, onmiddellijkheid en tegenspraak leiden tot een eenzijdige nadruk op het herstel van het gezag van de rechtsnorm binnen de verhouding overheid - burger. Deze eenzijdige nadruk op het imperatieve aspect van de rechtsnorm komt overeen met eenzelfde nadruk binnen de inquisitoire procesvorm. Het falen van de consensuele procesvorm door afwijking van de constitutieve voorwaarden van het 'fair trial' doet de consensuele afdoening dan ook neigen naar de inquisitoire procesvorm en niet naar de bemiddelende of accusatoire procesvorm - zoals wel gemeend wordt.

Hoofdstuk 6 Ideeënhistorisch perspectief op het procesbeginsel

6.1 Inleiding

In het derde en vierde hoofdstuk hebben wij de relatie tussen het strafbegrip en de bemiddelende en inquisitoire procesvormen onderzocht vanuit historisch perspectief. Ten aanzien van de aard van de rechtsnorm die in een bemiddelende procesvorm wordt beschermd kan worden geconcludeerd dat deze rechtsnorm wordt gevormd en gevonden *tijdens* het proces. Het imperatieve aspect van deze normen is niet verbonden met een bevelsrecht. Het gerecht werd gevormd door *vrijen* die oordeelden vanuit hun positie van onafhankelijkheid van enig boven hen staand overheidsgezag. De normschending wordt in geval van private wraak en compositie toegerekend aan de verwantschapsgroep van de normschender (familie of sibbegenoten).[1115] Ook in de vroegmiddeleeuwse versie van de bemiddelende procesvorm, waarbij de rechter voorzat als vertegenwoordiger (graaf, baljuw of schout) van een overheid (koning of landsheer) bestaat het gerecht dat het oordeel velt nog steeds uit vrijen die het recht zelf vinden en vormen. Doordat de voorzitter van het gerecht verbonden is met een overheid die bevelsrecht claimt, raken de imperatieve momenten in het proces verbonden met de gezagsrelatie tot koning. Vooral waar het de berechting van onvrijen door het landsheerlijk gerecht betrof, wezen de eenzijdige godsoordelen in de richting van het verticale, imperatieve element dat constitutief is voor straf en strafbegrip zoals uitgewerkt in het tweede hoofdstuk.[1116]

De kiem van de idee dat de berechting van strafbare feiten niet in handen van het bestuur mag liggen, lag oorspronkelijk in het feodale verzet tegen de jurisdictie van de vorst in strafzaken. De eerste codificaties van de onschuldpresumptie en van een procesverplichting in strafzaken dateren dan ook van de

[1115] Par. 3.3.3 en 3.3.4 hierboven.
[1116] Par. 2.2 hierboven.

twaalfde eeuw, en betreffen een bevestiging van de aanspraken van de adel tegenover de koning. In de late middeleeuwen ontstaat met de inquisitoire procesvorm de gelijkschakeling van vrijen en onvrijen, die ook zichtbaar wordt in de mogelijkheid om lijfstraffen op te leggen aan edelen. De inquisitoire procesvorm van de late middeleeuwen veronderstelt in tegenstelling tot de bemiddelende procesvorm een *voorafgegeven, uitgevaardigd* recht. De schending van dit recht is niet aleen een schending van de uitgevaardigde rechtsnorm maar tegelijk een schending van het gezag van de vorst, die door middel van deze procesvorm het door hem uitgevaardigde recht afdwingt. Deze ontwikkeling kan met Berman worden toegeschreven aan de gevolgen van de pauselijke revolutie, die een soevereine kerkelijke jurisdictie installeert met aanspraken op een tot dan toe ongekend bevelsrecht over alle onderdanen (vrijen en onvrijen). Het ontstaan van een seculiere, koninklijke rechtsorde met soortgelijke aanspraken op een rechtstreeks bevelsrecht van de koning tegenover zijn subjecten maakte de weg vrij voor de extraordinaire inquisitoire procedure die tot aan de Franse revolutie de normale procedure in criminele zaken was.[1117]

De kiem van de idee dat de berechting van strafbare feiten niet in handen van het bestuur mag liggen, kan dan niet meer in het verzet van de feodale adel gezocht worden, die in feite haar machtspositie kwijt is en als zodanig niet meer bestaat.[1118] Om de punitieve handhaving uit handen van de vorst te houden is dan een interne differentiatie nodig van het overheidsgezag, waardoor de rechter in moderne zin institutioneel onafhankelijk wordt van de koning. Het moment waarop die mogelijkheid zich voordoet moet gezocht worden in het moment dat de overheidsrechter - de rechter in moderne zin - *zich onafhankelijk op gaat stellen jegens degene in wiens naam hij rechtsprak.*[1119] Deze para-

[1117] Par. 4.5.4 hierboven.

[1118] Shklar spreekt van de omvorming van de edelen tot hovelingen, Shklar 1976, p. 158: "The next step in the development of European culture is the transformation of feudal lords into courtiers. For Hegel, as for Montesquieu, this marks the dissolution of the aristocratic ethos. (…) The inner struggle between the feudal principle of honor and the classical principle of state service becomes overt". Zie over het ontstaan van de hofadel Beliën e.a. 1983, p. 218-220, Van der Hoeven 1989, p. 37.

[1119] Zie hierboven par. 4.2.4.10. Het Franse Parlement spreekt vanaf het begin van de veertiende eeuw zelfs recht in eigen naam, zie Ellul 1999-3, p. 376. Een voorloper van het procesbeginsel kan ook gevonden worden in het recht van de steden op een eigen jurisdictie in strafzaken; net als in het geval van het verzet van de adel tegen de machtsaanspraken van de vorsten gaat het dan juist niet om de interne differentie van het overheidsgezag maar om het handhaven en/of vestigen van een eigen jurisdictie naast die van de vorst. In feite gaat het dan om het bestaan van meerdere overheden die elk - deels overlappende - jurisdictie claimen inzake strafzaken, zie par. 4.2 hierboven.

doxale ontwikkeling was mogelijk gemaakt door de constructie van een complex, gelaagd, steeds verder uitgebouwd *Corpus Iuris* door generaties professionele juristen. Deze aan de verschillende Europese universiteiten geschoolde juristen zochten het recht niet in locaal gewoonterecht maar in de logische reconstructie van een rechtssysteem op basis van gezaghebbende teksten. Zoals hiervoor beschreven[1120] bood de coherentie van dit nieuwe recht ongekende mogelijkheden om de maatschappelijke orde te denken in termen van beheersbaarheid, terwijl in diezelfde drang tot coherentie *tegelijk* de mogelijkheid van verzet lag. De gedachte van beheersbaarheid van de maatschappelijke orde kon ontstaan op het moment dat normen geconcipieerd werden *als voorschriften die in de vorm van een bevel worden uitgevaardigd en die op grond van het bevelsrecht van de normadressant door de normadressaten nageleefd moeten worden*. Wanneer het recht vanaf de pauselijke revolutie steeds meer wordt gezien als het gestelde, positieve recht, dat zijn gezag ontleent aan het bevelsrecht van de overheid, kan de overheid proberen de maatschappelijke orde door middel van het uitvaardigen van nieuw recht naar eigen inzicht te hervormen. De mogelijkheidsvoorwaarde daartoe was een coherent systeem van recht waarmee aan de eisen van rechtszekerheid in de zin van voorspelbaarheid kon worden voldaan. De rechtszekerheid krijgt vorm in bevelen met een algemene inhoud: in eerste instantie een algemeenheid die betrekking heeft op het soort gevallen dat onder het voorschrift valt en vanaf de Franse revolutie bovendien een algemeenheid die betrekking heeft op de normadressaten.[1121] De opkomst van het natuurrecht - tegelijk met het positieve recht, die beide het 'gewoonterecht'[1122] verdringen - schept de mogelijkheden om de noodzakelijke coherentie van het recht op een ongekend abstractieniveau uit te bouwen. Het geloof in de aangeboren rede als grond van waaruit het natuurrecht richting kan geven aan de conceptie en toepassing van het gestelde recht gaat gelijk op met de toename van juristen binnen de pauselijke curie en de *curia regis*. Deze juristen ontwierpen de wetgeving voor de vorst namens wie zij te-

Over de rol van de stad bij de ontwikkeling van de staat vanaf de elfde eeuw zie Van Caenegem 1956 passim.

1120 Zie par. 4.2.4.10 hierboven.

1121 Met de opheffing van de standen (Franse Revolutie) richt de wet zich in beginsel tot alle burgers. Art. 6 van de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789: "La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formations. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places etemplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents".

1122 Het denken in termen van gewoonterecht is pas mogelijk als er een bevelsrecht groeit dat het recht omvat om nieuw recht uit te vaardigen, dat als gesteld of positief recht tegenover het ongeschreven, niet uitgevaardigde recht komt te staan.

vens rechtspraken. De combinatie van de studie van het natuurrecht en de betrokkenheid bij het positieve recht leidt ertoe dat deze klasse van professionele juristen een distantie ontwikkelt ten aanzien van zowel de justitiabele als ten aanzien van de vorst. De idee dat het recht een eigenstandige logica bezit die niet zonder meer door niet-juristen doorgrond kan worden staat aan de basis van de ontwikkeling van het recht als een autonome discipline. Zo bevocht de Engelse rechter Sir Edward Coke zijn autonomie tegenover de interventies van de koning:

> Then the King said that he thought the law was founded upon reason, and that he and others had reason as well as the Judges: to which it was answered by me, that true it was, that God had endowed His Majesty with excellent science, and great endeowments of nature; but His Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason but by artificial reason and judgement of law, which law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it. [1123]

De overgang van de bemiddelende procesvorm waarin geen sprake is van de implementatie van een vooraf gegeven recht naar de inquisitoire procesvorm waarin de implementatie van een vooraf gegeven recht voorop staat, opent de mogelijkheid om zich precies op grond van dat vooraf gegeven recht te verzetten tegen onterechte punitieve ingrepen. Daartoe moet de interpretatie van dat vooraf gegeven recht echter op autonome wijze plaatsvinden. Die autonomie kan weliswaar een zekere vervreemding te weeg brengen bij de rechtzoekende maar diezelfde autonomie creëert tegelijk de ruimte waarbinnen de juristen zich tegen de bemoeienis van hun vorst kunnen verzetten. Salas beschrijft hoe de zelfstandige ontwikkeling van de *Parlements* in Frankrijk ten tijde van het Ancien Régime het mogelijk maakt om bestuurlijke besluiten van de overheid bij een orgaan van diezelfde overheid ter discussie te stellen:

> Avec le développement du pouvoir royale, la fonction de justice se sépare peu à peu de la personne du roi (…). Ainsi, le parlement de Paris dont le ressort à la fin du XVIe siècle s'étend à près du tiers du royaume, désigne à tous un lieu permanent où peuvent s'exprimer les contestations sociales à l'intérieur même.[1124]

[1123] Sir Edward Coke, conference between King James I and the Judges of England in 1608, 12 Coke's Reports 63, 65, 77 English Reports 1342, 1343 (King's Bench, 1608). Geciteerd bij Nonet & Selznick 1978, p. 62, in dezelfde zin geciteerd bij Richard A. Posner*, The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, in: Harvard Law Review, Vol. 100 (1990), p. 762.

[1124] Salas 1992, p. 68. Zie ook Goyard-Fabre 1973, p. 237 e.v. over de strijd tussen de 'Conseil du Roi' en de 'Parlements', waarbij de laatsten zich verzetten tegen koninklijke interventies door de 'Conseil du Roi'. Montesquieu (1748) 1973, I, 6, p. 89: "Il y a, par la nature des choses, une espèce de contradiction entre le Conseil du monarque et ses

In de loop van de achttiende eeuw culmineert het verzet tegen de inquisitoire procesvorm in strafzaken dan ook tot de conceptualisering van een nieuwe procesvorm, waarin de verhouding tussen vorst en burger door de *rechts*positie van de verdachte moet worden bemiddeld. Anders dan in de bemiddelende procesvorm, is het hier niet de feitelijke machtspositie van de verdachte die aan de vorst het oordeel over de verdachte onthoudt. In deze nieuwe procesvorm wordt de positie van de verdachte *kunstmatig* versterkt zodanig dat hij zich tegen de aanklacht kan verdedigen. Hij dankt zijn positie niet meer aan feitelijke macht en onafhankelijkheid maar aan de bemiddeling van een uitgedifferentieerd recht. Met name Montesquieu heeft het belang van een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke macht als mogelijkheidsvoorwaarde voor de institutionalisering van die rechtspositie in kaart gebracht. Het *nulla poena sine iudicio* is dan ook hecht verbonden met een constitutionele politieke filosofie zoals Montesquieu die in de 18e eeuw ontwikkelt.

Hieronder zal het beginsel dat de punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid in beginsel in handen hoort te zijn van een onafhankelijke en onpartijdige rechter worden herleid tot een specifieke opvatting over de rechtsstaat. Daarbij blijkt de verhouding tussen *justitie* en *politie* relevant voor de samenhang tussen straf, strafproces en de politieke constitutie van de samenleving.[1125] In par. 6.2 wordt de historische achtergrond van het onderscheid tussen *politie* en *justitie* geschetst vanuit de ontwikkeling vanaf de late middeleeuwen tot aan de Franse revolutie, die een nieuwe verhouding tussen beide installeert. In par. 6.3 zullen we de wortels van het rechtsstatelijk denken zoeken in het gedachtegoed van de prerevolutionaire hervormingsdenker Montesquieu, in het bijzonder in zijn analyse van de (feodale en republikeinse) monarchie en van de despotie. In par. 6.4 wordt het onderscheid tussen de politiestaat en de rechtsstaat onderzocht en wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de wijze waarop de verhouding tussen de *politie* en de *justitie* geconceptualiseerd werd in de 19e eeuwse formele conceptie van de rechtsstaat. Deze paragraaf sluit af met de verhouding tussen *justitie* en *politie*

tribunaux". Ellis 1988, p. 94-101 over de strijd tussen de 'peerage', de 'nobility' en de 'Parlements'. Zie ook Beliën e.a. 1983, p. 132 en 133. In deze context is in de eerste helft van de 18e eeuw strijd gevoerd over de vraag of de koning afstamt van de Germaanse Rex, en dus ten opzichte van de adel als primus inter pares gezien moest worden (dit was het standpunt van Boulainvilliers en van Montesquieu) of als erfgenaam van de Romeinse keizers, die ook tegenover de magistratuur (Parlements) zijn bevelsrecht kon handhaven (het standpunt van Dubos), zie Goyard-Fabre 1973, p. 240. Ook par. 6.3.3 hieronder.

1125 De hier gehanteerde termen 'politie' en 'justitie' worden steeds cursief gedrukt om aan te geven dat het gaat om de betekenis die vanaf eind vijftiende tot eind negentiende eeuw aan deze begrippen werd toegekend en niet om de huidige betekenis ervan.

in de liberale en sociale rechtsstaat. In par. 6.5 zal het onderscheid tussen *justitie* en *politie* opnieuw aan de orde komen bij het bespreken van de opvattingen van een aantal invloedrijke Duitse schrijvers met betrekking tot de eigen aard van criminele en politieovertredingen. In deze paragraaf zal het belang blijken van het rechtsnormbegrip dat ten grondslag ligt aan verschillende posities ten aanzien van buitengerechtelijke afdoening. In par. 6.6 ten slotte worden de inzichten samengevat die in de hoofdstukken 5 en 6 zijn bereikt over de verhouding tussen de consensuele procesvorm en de betekenis van de straf.

6.2 'Politie' en 'justitie'

6.2.1 Inleiding

Het ontstaan van het 'modèle équitable' (of 'fair trial') wordt door Salas gesitueerd in de radicale scheiding van *justitie* en *politie* die in de Franse revolutie vorm kreeg:

> Dans le système de 1789-1790, le point capital est de ce point de vue la séparation de la justice et de la police - expression dans le procès du principe de séparation des pouvoirs - puisque l'institution qui enquête ne peut désormais plus être la même que celle qui juge (….).[1126]

De radicale scheiding tussen opsporing en vervolging enerzijds en berechting anderzijds bouwt voort op de hierboven gesignaleerde paradox, dat de overheidsmacht door interne differentiatie dekking gaat bieden aan verzet tegen zijn eigen machtsuitoefening:

> S'il est vrai que le XVIIIe siècle judiciaire a pensé la relation de l'homme et du pouvoir en redéfinissant les droits et devoirs de chacun d'eux, il a aussi opté pour les monopoles d'Etat aux dépens de la société civile. Alors qu'un équilibre de plusieurs siècles entre souveraineté et arbitraire d'une part, légalité et légitimité d'autre part, se défait et s'inverse, on assiste avec la Révolution à une 'bifurcation

[1126] Salas 1992, p. 94 onder verwijzing naar de besprekingen in het Franse parlement in 1790. Zie over de ontwikkelingen die uiteindelijk leidden tot het overhevelen van de overtredingen van 'police municipale', de 'police correctionelle' naar het criminele strafrecht en over de 'police de sûreté' Van der Burg 1961, p. 14-16 . Van der Burg schreef zijn dissertatie (Van der Burg 1961) bij W.F. Prins, een leerling van Van der Poel.

> décisive' selon M. Gauchet 'celle qui a mené de la préservation de la liberté contre l'autorité à *l'investissement de l'autorité comme moyen de la liberté'* [cursief mh] .[1127]

De scheiding tussen *justitie* en *politie* waar Salas op doelt heeft betrekking op een nieuwe verhouding tussen beide. Hij verwijst naar een rechtsopvatting waarin het bestuur geen rechter in eigen zaak mag zijn. De interne differentiatie van de overheid geeft echter aanleiding tot verschillende interpretaties van de verhouding tussen wetgever, bestuur en rechter. Voordat in par. 6.3 de leer van de scheiding der machten aan de orde komt zoals die in de 18e eeuw door Montesquieu is verdedigd en voordat in par. 6.4 verschillende concepties van de rechtsstaat aan de orde komen zoals die in de 19e en 20e eeuw zijn ontwikkeld moet eerst worden vastgesteld hoe de verhouding tussen de *justitie* en de *politie* zich in de loop van de late middeleeuwen en gedurende de absolutistische staatsvorming tot in de achttiende eeuw ontwikkelde.[1128]

6.2.2 Betekenisverschuiving binnen de 'justitie': van accusatoire procedure naar inquisitoire procesvorm in criminele zaken

Zoals wij hierboven hebben gezien acht Van der Poel het *middeleeuwse* onderscheid tussen *justitie* en *politie* van cruciaal belang voor een goed begrip van het onderscheid tussen het *crimen* en de *contraventie*.[1129] De *justitie* betrof volgens hem de rechtspraak in criminele aangelegenheden,[1130] terwijl de *politie* samenviel met het bestuurlijke handelen. Volgens Van der Hoeven stamt de term *politie* van na de middeleeuwen en wordt in de 19e eeuw onder Franse invloed vervangen door de term 'administratie' die in de loop van de 20e eeuw wordt vervangen door de term bestuur. [1131] Van groot belang is dat de

[1127] Salas 1992, p. 96, citaat van M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Parijs 1989, p. 84.

[1128] Zie ook Teunissen 1996, die op p. 11-143 de historische context schetst van het door hem als wezensonderscheid geponeerde onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Op p. 58-64 behandelt hij 'het ius politiae; politie- en justitiezaken; criminele en civiele zaken', waarbij hij zich voor een groot deel baseert op Van der Poel. Vergelijk ook Verheij 1994, in zijn preadvies *Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter*, par. 2 ('Een greep uit de historie'), in het bijzonder par. 2.5 ('Politie en justitie').

[1129] Par. 4.5.4 hierboven. Van der Poel 1942, p. 41 e.v. Ook Prins 1958, p. 147-157 over 'Politie en Justitie, Civiel en Crimineel'.

[1130] Ook het civiele recht in oude zin viel overigens onder de *justitie*.

[1131] Zie Van der Hoeven 1989 over 'ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht'. Ook Goldschmidt 1902, p. 70 meent dat de term *politie* pas in de 16e eeuw opduikt. Zie ook Boek 1995, p. 37-63 over het historische onderscheid tussen

middeleeuwse betekenis van de *justitie* oorspronkelijk was verbonden met de *accusatoire* procedure, waarin de adel zich door zijn gelijken liet berechten in plaats van door een (vertegenwoordiger van) de koning.[1132] De *politie* betrof het bestuur en was in de middeleeuwen verbonden met het zwakke gezag van de vorst, die zijn bestuurlijke en wetgevende bevoegdheden voortdurend moest bevechten op de autonomie van de adel en de opkomende steden die beide een eigen rechtsorde constitueerden.[1133] Als de koning de overtreding van zijn verordeningen met een boete bedreigde moest hij in geval van wanbetaling naar de civiele rechter om zijn schuldvordering op te eisen.[1134] Pas in

justitie en *politie* als functies, met het oog op zijn onderzoek naar de organisatie, functie en bevoegdheden van politie in Nederland. Voor een algemene inleiding op de geschiedenis van het bestuur in Nederland zie Donner 1987, p. 24-53, die op p. 25 opmerkt dat Nederland 'behoudens een enkele uitzondering, niet de diepgaande en vaak zeer verhelderende studies over de bestuursgeschiedenis die men Duitsland, Frankrijk en Engeland bezit' kent. Volgens Donner, a.w. p. 30, doet 'in de veertiende eeuw (..) door heel West-Europa het woord *politie* opeens zijn intrede in de literatuur. Het wordt in tweeërlei zin gebruikt; nu eens om de opbouw van de op een bepaald territoir, vooral binnen een standsmuur aangetroffen samenleving aan te duiden (de constitutie: de 'politeia'); dan weer om de zorg voor de instandhouding dier samenleving te betekenen (de huishouding)'. Volgens Teunissen 1996, p. 32, noot 26 ontstaat het begrip politie binnen het kader van het stadsrecht (het recht van de polis): "In eerste instantie wordt met 'politie' gedoeld op de opbouw van de binnen het stedelijk territoir (binnen de stadsmuur) aanwezige samenleving (de stedelijke huishouding), die mede wordt geregeld op basis van stedelijke keuren, die later ook *politie*verordeningen worden genoemd".

1132 Intussen had de accusatoire procedure voor de niet vrije een geheel andere betekenis, omdat de eenzijdige godsoordelen feitelijk bijna gelijk staan met een lijfstraf. Zie par. 3.5.2 hierboven.

1133 Zie par. 4.2.2 en 4.2.3 hierboven.

1134 Deze gang van zaken bleef tot ver na de middeleeuwen, zowel in Frankrijk als in de Republiek in stand. Prins 1958, p. 147-148: "Franse auteurs zijn minder [dan Duitse, mh] geneigd tot theoretische bespiegelingen, maar Otto Mayer maakt in zijn werk over het Franse bestuursrecht een opmerking die Nederlandse lezers wel bijzonder moet treffen, wanneer hij stelt, dat het recht betreffende contraventions de police, ofschoon naar de vorm tot het strafrecht behorende, naar zijn wezen nauwer verwant is aan de civielrechtelijke executie ener niet nagekomen verbintenis". Zie ook Rijperda Wierdsma 1937, p. 69 en 174 over de competentie van de civiele rechter inzake de invordering van geldboeten, p. 174: "De bevoegdheid van den gewonen rechter bleef in deze dus, waar het geldvorderingen betrof, ondanks alle bepalingen omtrent politieke zaken onbetwist, en de ruime uitlegging van art. 2 RO door de rechterlijke macht van het Koninkrijk ontvangt hier eens te meer steun". Idem p. 128 : "Een schepenvonnis kan betrekking hebben op een onderwerp van politie, van openbaar bestuur. De bevoegdheid van schepenen is immers in beginsel onbeperkt; zij zijn de algemeene rechter, niet de 'burgerlijke' of de 'strafrechter'. Zaken van staats- of administratiefrecht vallen even goed als andere binnen hun competentie, tenzij ze uitdrukkelijk daaraan zijn onttrokken".

de loop van de late middeleeuwen en met de opkomst van de absolutistische vorstendommen vanaf het einde van de middeleeuwen *verandert het karakter van de justitie* doordat de accusatoire procedure plaats maakt voor een inquisitoire procesvorm. Tevens verandert het karakter van de *politie* doordat de koningen niet alleen de handhaving van de vrede aan zich trekken maar in steeds sterkere mate door middel van het uitvaardigen van nieuw recht een eigen versie van de gewenste maatschappelijke orde proberen te vestigen. De veranderde machtsverhoudingen tussen koning en adel leiden er bovendien toe dat de *politie* gebaseerd wordt op het bevelsrecht van de soevereine koning die daartoe niet meer in onderhandeling hoeft te treden met de adel.[1135] Dat leidt ertoe dat de berechting van *crimina* binnen de absolutistische koninklijke rechtsorde plaatsvindt binnen een inquisitoire procesvorm die alle eigenschappen heeft die wij nu juist met de *politie* zouden associëren.[1136] De berechting van *contraventie*s valt in die periode deels onder het civiele strafrecht terwijl een ander deel binnen het bestuur wordt afgehandeld zonder rechterlijke tussenkomst.[1137]

[1135] Het tegenwicht dat de macht van de vorst beperkt is dan ook steeds minder te vinden bij de adel en steeds meer bij de steden, die zich vanuit hun economische machtspositie nog wel het een en ander kunnen permitteren tegenover de vorst. In de Republiek is de uitbreiding van de koninklijke macht als het ware 'gestuit', door de opstand tegen Philips II. Anders dan in Frankrijk en Duitsland was hier geen sprake van absolutische machtsuitoefening, waardoor ook een centralistisch georganiseerd bestuur geen kans kreeg, zie Donner 1987, p. 31-35.

[1136] Deze inquisitoire procesvorm is dan ook verbonden met een staatsvorm waarbinnen alle recht politierecht is, in andere woorden een staatsvorm waar de *justitie* onder de *politie* valt. Deze staatsvorm (de politiestaat) ontwikkelt zich vanaf de late middeleeuwen en bereikt haar hoogtepunt in de 17e en 18e eeuw in Frankrijk en Duitsland. Zie Goldschmidt 1902, p. 70-97 en Van der Hoeven 1989, p. 41-48 en 51-53 over de strijd van de Nederlandse adel en steden tegen de absolutistische aanspraken van Philips II.

[1137] Toename van het politierecht of bestuursrecht, in Nederland in de vorm van plakkaten (wetgeving afkomstig van de landsheer, gebaseerd op zijn onbemiddelde bevelsrecht - vaak met voorbijgaan aan bestaande privileges en voorrechten) en keuren (wetgeving van het stadsbestuur), bracht nieuwe handhavingsmechanismen met zich mee. Zo werd de overtreding van plaatselijke keuren vaak door de burgemeesters afgedaan, die binnen het stadsbestuur meer en meer de rol van bestuurder op zich namen ten opzichte van de schepenen die zich meer op de rechtspraak richtten. Zie Boek 1995, p. 39 en 42 onder verwijzing naar J.E.A Boomgaard, *Misdaad en straf in Amsterdam*, Zwolle 1992, p. 28. In dezelfde zin Rijperda-Wierdsma 1937, p. 122: "Immers van 1587 (Corte Vertooninge) af luidt het vrijwel onveranderd: burgemeesteren behartigen de politie, schepenen de justitie". Idem p. 156: "Overigens bestond misschien wel een van de bedenkelijkste gevolgen in het bij de standsbesturen gewekte of aangemoedigde streven om ook andere zaken zooveel mogelijk aan de *justitie* te onttrekken: ook het opleggen van confinement en van boete wist het veelal met succès bij wijze van politieke maatregel te bewerkstelligen". In gelijke zin Donner 1987, p. 33-34, die op p. 33 vermeldt dat de tegenstelling rechtspraak-bestuur werd gezien in termen van de tegen-

6.2.3 Betekenisverschuiving binnen de 'justitie': van inquisitoire procesvorm naar 'fair trial' in strafzaken

Met het ontstaan van het 'fair trial' verandert het karakter van de berechting van de *crimina* opnieuw in radicale zin. Nadat de accusatoire procedure met de opkomst van het absolutistische koningschap door een inquisitoire procesvorm is verdrongen, wordt deze inquisitoire procesvorm na de Franse revolutie door het 'fair trial' vervangen. De betekenis van de *justitie* heeft wat betreft de berechting van de *crimina* dus tweemaal een radicale verandering ondergaan.

Met de omwenteling van de revolutie ontstaat een 'fair trial' waarin aspecten van de accusatoire procedure terugkeren.[1138] De accusatoire of bemiddelende proces*vorm*, waarin externe openbaarheid, onmiddellijkheid, tegenspraak en 'equality of arms' voorop staan, wordt gecomplementeerd met het inquisitoire *beginsel* en met een nieuwe positie van de rechter die handelt als oordeelvinder vanuit een verticale relatie tussen rechter enerzijds en verdachte en vervolgende instantie anderzijds. Uit dat laatste vloeien dan ook de opdracht tot zelfstandig onderzoek naar de materiële waarheid en naar de beweerdelijk geschonden rechtsnorm voort. Het 'fair trial' verenigt als het ware *justitie* en *politie* binnen één vorm, waarbij dan nog aangetekend moet worden dat in de negentiende eeuw binnen het strafproces een groot onderscheid bestond tussen een voorbereidende fase met sterk inquisitoire aspecten en het onderzoek ter terechtzitting met sterk accusatoire aspecten. De scheiding die Salas hierboven verwoordt tussen *justitie* en *politie* betrof dan ook die tussen het hoofdonderzoek ter terechtzitting (*justitie*, rechterlijk oordeel) en het voorbereidend onderzoek (*politie*, onderzoekshandelingen door niet-rechterlijke instanties).

6.2.4 Nieuwe verhouding tussen 'justitie' en 'politie'

Wanneer Van der Poel zijn bezwaren tegen de overheveling van het civiele strafrecht naar het criminele strafrecht baseert op de middeleeuwse begripsvorming inzake *politie* en *justitie*, veronachtzaamt hij feitelijk de betekenisver-

stelling jurisdictie en bevel en op p. 34 verhaalt dat de hoven 'de vermaning' kregen 'zich buiten zaken van politie te houden en zich tot de rechtspraak te beperken'. Dat 'de boedelscheiding' tussen wat dan wel onder rechtspraak en wat onder politie valt aanleiding zou geven tot geschillen mag niet verbazen, zie daarover de in par. 6.4.3 hieronder weergegeven positie van Stahl.

[1138] Zie par. 4.5.7 en 5.2 hierboven.

schuiving binnen de *justitie* die plaatsvond met het ontstaan en de uitbouw van de koninklijke rechtsorde. Zoals hiervoor uiteengezet was de *politie* in de middeleeuwen nauwelijks ontwikkeld en bood 'de justitie' in criminele zaken nauwelijks rechtsbescherming. Van der Poel wil dan ook - anders dan hij suggereert - niet terug naar de taakverdeling van de late middeleeuwen. De gedachte dat de *politie* een eigen domein vormt waarbinnen de rechter buiten spel staat is geen middeleeuwse maar een moderne gedachte, die pas vanaf de 16e eeuw doorbreekt[1139] en die hieronder in par. 6.4 nader zal worden onderzocht vanuit de 19e eeuwse formele conceptie van de rechtsstaat.

De nieuwe verhouding tussen *justitie* en *politie* die in de procesvorm van het 'fair trial' wordt geïnstitutionaliseerd levert met de overheveling van het civiele naar het criminele strafrecht wel de nodige problemen op.[1140] Het zwakke normatieve karakter van de rechtsnormen die door het civiele strafrecht werden beschermd leidt door de daaruit voortvloeiende massaliteit[1141] van de schending tot grote capaciteitsproblemen bij de berechting die nu volgens het model van het 'fair trial' zou moeten verlopen.[1142] Niet alleen de overheveling van bestaande *contraventies* en *delicten* veroorzaakt deze capaciteitsproblemen maar ook de gestage uitbouw van de overheidsinterventies in de vorm van ordeningswetgeving die punitief wordt ondersteund.[1143] De gehele negen-

[1139] Goldschmidt 1902, p. 70 en 89: "Und als nun die Renaissance den Begriff der Polizei als eines besonderen Hoheitsrechtes hervorbringt, da entwickelt sich in Frankreich ein straffes System der Verwaltung und des Verwaltungsstrafrechts". Zie ook Verheij 1994, par. 2.2 ('De parlementen en de natie'), met name het slot, p. 10, 11.

[1140] Zie Goldschmidt 1902 over het gevecht om de implementatie van het beginsel 'nulla poena sine lege et judicio' in Duitsland en Frankrijk en Italië, p. 117-412.

[1141] Het - voor de hand liggende - verband tussen zwak normatief gezag en massale normschending is door Schaffmeister 1984 bepleit als criterium voor buitengerechtelijke - bestuurlijke - afdoening. Op grond van dit 'frequentie-criterium' zou massale normschending wijzen op een zwak normatief gezag en dat zou dan aanleiding moeten zijn tot vereenvoudigde afdoening. Waarom dat een argument voor andersoortige afdoening zou zijn - anders dan om pragmatische redenen - maakt hij niet duidelijk. Impliceert het geringe normatieve gezag dat de normschending 'niet zo erg' is? Dan zou zijn 'frequentie-criterium' toch weer samenvallen met het door hem afgewezen 'kwantitatieve criterium' dat naar de geringe ernst van het feit verwijst.

[1142] Zie par. 4.5.7 hierboven.

[1143] Van Ruller en Faber 1995 verwijzen naar een studie van Janssen en Vervaele uit 1990 over de situatie in België in de loop van de 19e eeuw. Janssen en Vervaele constateren 'dat de gestage groei van het aantal te verwerken zaken een toegenomen staatsbemoeienis met het maatschappelijk leven laat zien. Zij [Janssen en Vervaele, mh] noemen als voorbeelden uit vele de wet inzake openbare dronkenschap (1887), een wet tegen zwendel met etenswaren (1890), een KB betreffende hondsdolheid (1891), een wet ter regulering van riviervisserij (1895) en een Belgisch equivalent (1912) van de Neder-

tiende eeuw is dan ook discussie gevoerd over de mogelijkheid om tot vereenvoudigde dan wel buitengerechtelijke afdoening te komen van overtredingen (die grotendeels uit het civiele strafrecht voortkwamen).[1144] Begin twintigste eeuw wordt de mogelijkheid gecreëerd de verdachte in geval van overtredingen een transactie aan te bieden en wordt een alleensprekende rechter geïnstalleerd bij de rechtbank voor misdrijven waarvoor de OvJ niet meer dan een half jaar hechtenis eist (de politierechter). Deze nieuwe afdoeningsmodaliteiten worden zelfs nog voor de invoering van het nieuwe Wetboek van Strafvordering van 1921 ingevoerd.[1145] In het nieuwe wetboek worden in het vooronderzoek een aantal contradictoire aspecten geïntegreerd.[1146] Hierdoor bestaat de hierboven door Salas gesignaleerde - voor de rechtsstaat zo belangrijke - nieuwe verhouding tussen *justitie* en *politie* niet meer uit een scheiding tussen voor- en hoofdonderzoek, maar uit een uitgebalanceerd systeem van checks and balances binnen het *gehele* proces. Steeds wanneer - hetzij in het kader van onderzoekshandelingen, hetzij in het kader van de vaststelling van strafrechtelijke schuld die tot punitief handelen machtigt - inbreuken op rechten en vrijheden van burgers kunnen worden gepleegd, wordt hetzij vooraf hetzij achteraf het oordeel van een onafhankelijke rechter vereist of beroep daarop mogelijk gemaakt. De versterking van het contradictoire karakter van het proces in zijn geheel (inclusief de voorbereidende fase) valt aldus vrijwel samen met het scheppen van de mogelijkheid om via buitengerechtelijke afdoening en via vereenvoudigde gerechtelijke afdoening een groot aantal strafbare feiten via een alternatieve procedure af te doen met een meer inquisitoire procesvorm.[1147]

landse Kinderwetten van 1901'. De studie van C. Janssen en J. Vervaele: *Le ministère public et al politique de classement sans suite*, Brussel 1990.

1144 Zie daarover s' Jacob 1936. Overigens blijkt uit onderzoek van Van Ruller en Faber 1995 dat gedurende de 19e eeuw vaak en veel werd geseponeerd; het OM kan in die periode gezien worden als 'regulator van het systeem, het voorkomt overbelasting en overmatige kostenstijgingen' (p. 95).

1145 Wet tot vereenvoudiging van de rechtspleging in lichte strafzaken, 5 juli 1921, Stb. 883, in werking getreden op 5 juli 1921. Zie voor de geschiedenis van de transactiebevoegdheid in de 19e eeuw Van den Biggelaar 1994, p. 70-74.

1146 Zie over de totstandkoming van het nieuwe Wetboek dat pas op 1 januari 1926 in werking trad, Corstens 1999, p. 38-40. De belangrijkste wijzigingen betroffen de matiging van het inquisitoire karakter van het vooronderzoek, dat nog was afgestemd op de criminele ordonnatie van Lodewijk XIV uit 1670 (die doorwerkte in de Code d'instruction criminelle die tijdens de Franse bezetting gold en die in het eerste nationale Wetboek van Strafvordering van 1838 doorwerkte). Vanaf 1926 had de verdachte ook in het vooronderzoek een aantal rechten en bevoegdheden en werden de bevoegdheden van opsporings- en vervolgingsambtenaren voorzien van een duidelijke(r) wettelijke basis.

1147 Zie par. 5.5.6 hierboven.

Voordat de bespreking van de historische betekenis van de verhouding tussen *justitie* en *politie* wordt voortgezet met de ideeënhistorische betekenis van de verhouding tussen de rechtsstaat en de politiestaat, worden in de nu volgende paragraaf de ideeënhistorische wortels van de relationele rechtsopvatting onderzocht die ten grondslag ligt aan een specifieke opvatting van de rechtsstaat.

6.3 Monarchie en despotie

6.3.1 Montesquieu en de onderscheiding van regeringsvormen

In het tweede en derde boek van *De l'esprit des lois* onderscheidt Montesquieu drie regeringsvormen.[1148] Anders dan sommige van zijn voorgangers wijkt hij af van Aristoteles, die het onderscheidend criterium legde bij het *getal* van degenen die de regering vormen.[1149] Aristoteles onderscheidde de democratie waarin de meerderheid regeert, de aristocratie waarin de aanzienlijken regeren en de monarchie waarin een enkeling regeert. De degeneratie van de monarchie is de tyrannie, de degeneratie van de democratie de anarchie en die van de aristocratie de olichargie.[1150] Montesquieu kiest een ander criterium voor zijn indeling. Hij onderscheidt tussen de republiek[1151], de monarchie[1152] en de

[1148] Mijn bespreking van de drie regeringsvormen is gebaseerd op Goyard-Fabre 1973, Chapitre III. Zie ook Foqué en 't Hart 1990, hoofdstuk 3a. Terminologisch kan een onderscheid gemaakt worden tussen *staats*vormen en *regerings*vormen, zie bijvoorbeeld Franken 1999, p. 362-363. Goyard-Fabre 1973, p. 129 meent dat Montesquieu anders dan Aristoteles niet geïnteresseerd was in *regerings*vormen maar in de verschillende beginselen die passen bij verschillende vormen van bestuur (deugd bij de republiek, eer bij de monarchie en angst bij de despotie). Zie ook 't Hart 1979, p. 269 en 270, die het onderscheid beschrijft bij Bodin en Vico tussen de *staats*vorm die bepaald wordt door de vraag bij wie de wetgevende macht berust en de bestuursvorm die de vraag beantwoordt bij wie de *regerings*macht ligt. Daarbij moet dan steeds bedacht worden dat wetgevende macht en regeringsmacht niet bij verschillende organen hoeven te liggen. In mijn bespreking van het gedachtengoed van Montesquieu zal ik de nadruk leggen op zijn aandacht voor de constitutionele verhoudingen tussen de instantie die het bevelsrecht uitoefent en degenen tot wie dit bevelsrecht gericht is.

[1149] Goyard-Fabre 1973, p. 129 e.v.

[1150] In de olicharchie wordt het bestuur door aanzienlijken niet meer op grond van bijzondere kwaliteiten maar door erfelijkheid, nepotisme en coöptatie bepaald.

[1151] Goyard-Fabre 1973, p. 137-149.

[1152] Goyard-Fabre 1973, p. 149-160.

despotie.[1153] In de republiek regeert het volk zichzelf, hetzij in directe zin (democratie) hetzij door een afvaardiging van aanzienlijken (aristocratie). In de monarchie regeert een koning, in beginsel niet namens het volk[1154] maar wel volgens wetten die de verhouding tussen koning en volk regelen. Aan de positieve wetten die uitgaan van de koning liggen de zogenaamde *lois fondamentales* ten grondslag die de verhouding tussen koning en volk constitueren. Bij de bespreking van het soevereiniteitsconcept van Bodin zijn wij het belang van deze middeleeuwse constitutie al tegen gekomen.[1155] In de despotie regeert een vorst op grond van zijn eigen soevereine wil, met of zonder wet. Aangezien de despoot zijn wetten naar eigen believen kan afkondigen, intrekken, uitvoeren en bovendien de berechting van zijn onderdanen in handen kan nemen zonder daarbij aan enig voorafgesteld recht gebonden te zijn *is het recht in de despotie tegelijk een negatie van alle constitutieve voorwaarden voor het bestaan van recht.* In die zin impliceert de despotie een staat van rechteloosheid.

> C'est un régime sans autre loi que le caprice du monarque. Cette absence de loi est anarchie. Le despotisme est un égarement irrationel. (…) Son [van de despoot, mh] pouvoir absolu est un pouvoir négateur. Il dure toujours trop puisque les hommes y sont 'comme des bêtes, dont le partage est seulement l'obéissance et l'instinct'.[1156]

Het criterium van de indeling van Montesquieu is dus niet het aantal van de regeerders maar de constitutie van de verhouding tussen volk en vorst:[1157] zelfbestuur (republiek), centralistische machtsuitoefening op grond van de wet (monarchie), of willekeurig bestuur (despotie).

[1153] Goyard-Fabre 1973, p. 160-162.

[1154] De verrukking van Montequieu ten aanzien van wat hij als de Engelse staatsinrichting zag komt voort uit het feit dat zich daar een combinatie van republikeinse en monarchale elementen zou voordoen, waardoor de door hem zo geroemde gematigde regeringsvorm gecombineerd werd met de representatie van het volk die eigen is aan de republiek.

[1155] In gelijke zin ook Filips van Leiden, zie par. 4.3.4.1 hierboven.

[1156] Goyard-Fabre 1973, p. 160 en 162, citerend uit *'Mes Pensées'*, pensée 466, opgenomen in *Oevres Complètes de Montesquieu*, Gallimard, Paris 1951, p. 1436.

[1157] Montesquieu (1748) 1973, XI: 'Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution'. Voor Montesquieu hangt de vraag welk type wetten de politieke vrijheid constitueren af van het type regeringsvorm.

6.3.2 Het wetsbegrip van Montesquieu: een relationele rechtsopvatting

De term wet verwijst bij Montesquieu niet alleen naar wet in positieve zin. Wanneer hij spreekt over de geest der wetten, bedoelt hij volgens Goyard-Fabre de ongeschreven constitutie waar de positieve wetten mee overeenstemmen. Deze ongeschreven constitutie mag *niet* als een idealistisch natuurrecht worden begrepen. Montesquieu moet niet in de traditie van natuurrechtdenkers gezien worden, maar eerder als een voorloper van de (cultuur)sociologie die net als Machiavelli de machtsverhoudingen tussen vorst en volk in kaart wilde brengen.[1158] Bij Montesquieu is in die zin sprake van een relationele rechtsopvatting, die impliceert dat het recht meer is dan een verzameling bevelen van een soeverein. De openingszin van *De l'esprit des lois* luidt dan ook: *'Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses'*.[1159] Shklar tekent hierbij aan:

> Montesquieu spoke of law as a relation precisely because, unlike Hobbes and Pufendorf, he did not regard it as the command of a superior or the will of a sovereign. Relation may indeed be a vague word, but what it does not mean may be more important than what it does imply, in this case.[1160]

Tegenover de imperativistische rechtsopvatting[1161] van het rechtspositivisme, dat de bron van alle recht in het bevelsrecht zoekt, stelt het gedachtegoed van Montesquieu de ongeschreven constitutie van het positieve recht die pas begrepen en beschermd kan worden vanuit een relationele rechtsopvatting. Het relationele karakter van die rechtsopvatting impliceert dat niet alleen het imperatieve gezag van rechtsnormen maar evenzeer het normatieve gezag van

[1158] Foqué en 't Hart 1990, p. 73: "Zo leidt het intellectuele avontuur van Montesquieu tot een methodische innovatie: inzicht in de wetmatigheden van maatschappelijke ordeningen komt tot stand door inductie uit een veelheid van empirische waarnemingen. Dat is dan ook de reden waarom Montesquieu wel de grondlegger is genoemd van de sociale wetenschap. (…) Zijn onderzoek betreft niet de individuele wil, maar de structuur van maatschappelijke en machtsdifferentiaties". Goyard-Fabre 1973, p. 43 spreekt ten aanzien van de methode van Montesquieu van een 'mutation intellectuelle', zij werkt de methode verder uit op p. 54-77, zie voor een uitgebreide bespreking van de positie van Montesquieu ten opzichte van verschillende natuurrechtsdenkers en positivisten Goyard-Fabre 1973, p. 94-125.

[1159] Montesquieu (1748) 1973, I, 1, p. 7 vervolgt: 'et, dans ce sens, tous les êtres ont leurs lois; la divinité a ses lois, le monde matériel a ses lois, les intelligences supérieurs ont leurs lois, les bêtes ont leur lois, l'homme a ses lois'.

[1160] Shklar 1987, p. 71.

[1161] Zie Foqué en 't Hart 1990, p. 81, die deze imperativistische rechtsopvatting plaatsen in het verlengde van een centralistisch soevereiniteitsstreven. Zie ook Foqué 1987, p. 66 e.v. over de relatie tussen legalisme, imperativisme, instrumentalisme en afbeeldingsdenken.

rechtsnormen de verhouding tussen volk en vorst, regering en geregeerden, hoort te bepalen. De relatie tussen rechtsgenoten onderling (waaronder die tussen overheid en burger) bepaalt uiteindelijk de 'geest der wetten' en dat betekent dat rechtsnormen niet alleen als voorschrift maar ook als norm het handelen regelen van rechtsgenoten (waaronder nogmaals ook de overheid valt) onderling.

De *lois fondamentales* van de monarchie van de veertiende en vijftiende eeuw betreffen volgens Montesquieu de verhoudingen tussen adel en koning.[1162] Zijn voorkeur voor een gematigde staatsvorm, waarin de macht van de vorst bemiddeld wordt door tegenmachten[1163] komt in *De l'esprit des lois* in eerste instantie naar voren in zijn analyse van en waardering voor de feodale monarchie aan het eind van de middeleeuwen.[1164] Het relationele karakter van de rechtsorde mag bij Montesquieu niet worden verward met een contractuele opvatting van de verhoudingen tussen vorst, volk en adel. Evenals Bodin is Montesquieu geen aanhanger van contractstheorieën die uiteindelijk zijn gebaseerd op de individuele wil. Anders dan Bodin, voor wie de wet voortvloeit uit de positieve vrijheid van de soeverein die de mogelijkheidsvoorwaarde vormt voor de behartiging van de *res publica*, hecht Montesquieu vooral waarde aan de wet als mogelijkheidsvoorwaarde voor de vrijheid en veiligheid

1162 Zie ook Chevallier 1994, p. 23 over de tegenmachten die de macht van de koning in de late middeleeuwen beperken: "L'avènement de la *Monarchie absolue*, le Roi, qui dans la France médiévale voyait son pouvoir normatif subordonné au droit coutumier et strictement encadré dans son exercice, s'est transformé en source essentielle, sinon exclusive, du droit. Certes, son pouvoir normatif est doublement limité, en étendue et en portée: d'une part, le poids des coutumes, qui gardent une place dominante en droit privé et la persistance des franchises et privilèges des ordres, villes, corporations, auquels le pouvoir royal ne touche qu'avec prudence, réduisent le champs d'application des ardonnances royales; d'autre part, le Roi est tenu au respect des 'lois fondamentales' du Royaumes, qu'on pu considérer comme une véritable 'Constitution' de la monarchie". In dezelfde zin Berman 1983, p. 408-409. Ook Ellis 1988, p. 121-143 en 170-187 over de 'affaire du Bonnet' en de 'affaire des Princes' ter illustratie van de strijd tussen hoge adel, landadel en magistratuur (noblesse de robe).

1163 Goyard-Fabre 1973, p. 149-156.

1164 Niet te verwarren met de feodale verhoudingen in het begin van de late middeleeuwen, die volgens Montesquieu een verwerpelijke verprivaatrechtelijking van het overheidsgezag bevatten waarbinnen gezagsrechten ten onrechte als eigendomsrechten worden geïnterpreteerd, zie Montesquieu (1748) 1973, XXX, 32: 'Quelques consequences de la perpétuité des fiefs', zie Goyard-Fabre 1973, p. 218-222 over Montesquieu's afwijzing van de patrimoniale opvatting van de *res publica*. Anders dan Voltaire meent Montesquieu dat het feit dat het rechtersambt een vervreemdbaar goed is een goede zaak is omdat het op die manier een wapen kan zijn tegen absolutische pretenties van de koning (Goyard-Fabre 1973 p. 221): 'un moyen de renforcer la résistance des Parlements à l'autorité du pouvoir central'.

van de individuele burger, die weer de voorwaarden vormen voor participatie aan de publieke zaak. Deze vrijheid en veiligheid kunnen dan niet begrepen worden als een 'absence of constraints', zoals het negatieve vrijheidsbegrip van Berlin vaak wordt uitgelegd. De door Montesquieu besproken vrijheid moet worden verstaan als een door de beperkingen die de wet stelt gecreëerde ruimte waarbinnen de burger zijn eigen leven kan gaan ontwerpen.[1165] Vanuit die vrije ruimte kan de burger vervolgens ook participeren aan de publieke zaak, dat wil zeggen zijn vrijheid gaan 'uitoefenen'.[1166] De participatie aan de publieke zaak - in termen van Berlin de positieve vrijheid - behoeft volgens Montesquieu dus een door het recht gecreëerde vrije ruimte die het handelen in de publieke ruimte moet bevrijden van determinatie door contingente machtsverhoudingen.[1167] De door Berlin als tegenstelling geconcipieerde negatieve en positieve vrijheid verschijnen hier als aspecten van een vrijheid, die altijd mede een politieke vrijheid is.[1168] De verhouding tussen beide aspecten wordt bepaald door de constitutionele verhoudingen tussen rechtsgenoten onderling en tussen overheid en burger.

6.3.3 Montesquieu en de verhouding tussen koning, adel en burgerij

Met zijn visie op de wenselijke verhoudingen tussen koning, adel en de burgerij mengt Montesquieu zich in een voor ons interessante controverse over de historische achtergrond van de verhouding tussen koning en adel in Frankrijk.[1169] In die controverse staan drie partijen tegenover elkaar: allereerst

[1165] Zie over de 19e eeuwse, liberalistische interpretatie van de vrijheid in confrontatie met wat hij noemt de 'neo-roman theory of free states', Skinner 1998. Vergelijk de kritiek van Taylor 1979 op het negatieve vrijheidsbegrip van Berlin; zie ook Wellmer 1989 die de negatieve vrijheid bekritiseert als een individualistische conceptie die hij associeert met atomistisch-instrumentalistisch denken dat verbonden is met een objectivistische, mechanistische, physicalistische epistemologie, zie Wellmer 1989, p. 229.

[1166] Zie Taylor 1979, p. 178, die spreekt van het positieve vrijheidsbegrip als 'exercise-concept'. Daarentegen is het negatieve vrijheidsbegrip volgens hem een 'opportunity-concept'. Beide vrijheidsbegrippen zijn dan niet in tegenspraak met elkaar maar bekijken de vrijheid vanuit een ander perspectief.

[1167] In gelijke zin Foqué 2000a, in het bijzonder p. 12-13, onder verwijzing naar onder meer Shklar 1998.

[1168] Vergelijk Immink 1973, p. 30, die aan de allodiale vrijheid twee positieve en een negatief aspect onderscheidt, zie par. 3.3.2 hierboven.

[1169] De strijd over de verhoudingen tussen koning adel en derde stand, waarbij de burgerij haar bescherming hetzij in de macht van de koning tegen de adel, hetzij in de macht van de adel tegen de koning zoekt, speelt vanaf het ontstaan van de steden een hoofdrol in de ontwikkeling van de constitutionele verhoudingen in de middeleeuwen. Na de Franse revolutie keert het thema terug in de filosofie van Hegel, die in de dialectiek

degenen die de macht van de hoge adel bevestigd willen zien en de rol van de koning zover mogelijk terug willen dringen. Daartegenover staan degenen die juist in de machtspositie van de koning tegenover de adel een mogelijkheid zien voor een herschikking van de verhoudingen ten gunste van de derde stand. De derde opvatting beoogt noch een verabsolutering van de macht van de adel, noch van die van de koning maar zoekt de oplossing in een constitutionele orde van macht en tegenmacht als enige waarborg voor *de vrijheid van de burger*. De strijd tussen de verschillende opvattingen wordt voor een deel gevoerd met historische argumenten. Volgens Shklar gaat het daarbij om de vraag of de Franse monarchie historisch gezien gebaseerd kan worden op de positie van de Germaanse rex of dux die niet meer dan een *primus inter pares* was, dan wel historisch gezien teruggaat op de absolutistische gezagrechten van de Romeinse keizers. [1170]

Het eerste standpunt - door Shklar de 'nobility thesis' genoemd - wordt bepleit door Boulainvilliers.[1171] Op basis van uitgebreide documentatie beargumenteert Boulainvilliers dat de Franken bij de verovering van Gallië zowel de oorspronkelijke bewoners als de Romeinse bevolking hebben onderworpen. De Franken zouden vervolgens geheerst hebben op grond van hun veroveringsrecht. De Frankische koning Clovis zou ten opzichte van de andere Franken niet meer dan een legeraanvoerder zijn geweest met een tijdelijk bevelsrecht. In de loop van de middeleeuwen zouden de opvolgers van Clovis de macht van hun Frankische gelijken steeds meer hebben uitgehold, waardoor een vorm van koningschap is ontstaan dat in strijd is met de historische

van de verhouding tussen meesters en knechten de stuwende kracht ziet achter historische ontwikkeling van de Westerse cultuur. Zie Shklar 1976 en vergelijk Van Middelaar 1999, p. 29-35. Op p. 180-181 bespreekt Van Middelaar Leforts interpretatie van het negende hoofdstuk van Machiavelli's *Il Principe*, waarin de hier genoemde machtsstrijd tussen volk, vorst en adel aan de orde is. Daar blijkt dat Machiavelli de strijd tussen volk en adel constitutief acht voor iedere vorm van politiek. Uit die machtsstrijd komt hetzij alleenheerserij, hetzij vrijheid, hetzij bandeloosheid voort. De alleenheerserij of monarchie vormt volgens Machiavelli de oplossing voor de overheersing door de adel of voor de anarchie die zou ontstaan wanneer 'privé-belangen onbemiddeld op elkaar botsen'. In geval van alleenheerserij 'reguleert een vorst de strijd tussen beide partijen door zich boven hen te plaatsen; de heerschappij van de elite over het volk maakt als het ware plaats voor de heerschappij van de vorst over beide groepen' (p. 181). De vrijheid wordt bij Machiavelli mogelijk in de republiek, waar het conflict tussen adel en volk wordt opgelost door de soevereine wet. Het is duidelijk dat tussen de typologie van Machiavelli en Montesquieu belangrijke verschillen en overeenkomsten bestaan. Voor beiden speelt juist de wet een doorslaggevende rol bij de constitutie van de vrijheid van de burger, zie bijvoorbeeld ook Goyard-Fabre 1973, p. 286.

1170 Shklar 1987, p. 115-118.

1171 Zie Ellis 1988, in het bijzonder p. 31-57: 'The Rehabilitation of French Feudalism'.

oorsprong ervan. Volgens Boulainvilliers stamt de oude Franse adel af van de Franken en op grond van zijn historische analyse claimt hij een grotere rol voor deze hoge adel, waar hij zelf toe behoort. Montesquieu noemde deze excursie in het verre verleden volgens Shklar 'a conspiracy against the third estate'.[1172]

Het tweede standpunt beoogt de macht en het gezag van de koning tegenover de adel te legitimeren, ten einde de positie van de derde stand te versterken. Tegenover de hiervoor besproken 'nobility thesis' van Boulainvillier staat de 'royal thesis' van Dubos,[1173] een goede vriend van Voltaire. Volgens Dubos was Gallië nooit door de Franken veroverd. De Frankische koning Clovis had Gallië als bondgenoot van de Romeinse keizers ingenomen en namens hen geregeerd. Het gezag van de Frankische koningen is vanuit dat perspectief in beginsel even absoluut als dat van de Romeinse keizers. Het feit dat de zwakke zonen van Karel de Grote niet konden voorkomen dat de adel het gezag van de koningen uitholde, doet aan de historische oorsprong van het gezag van de koning niet af. Montesquieu noemt deze 'royal thesis' volgens Shklar een 'conspiracy against the nobles'.[1174]

Montesquieu ontwikkelt in *De l'esprit des loi* een derde standpunt. Om te beginnen geven veroveringen in een ver verleden volgens Montesquieu geen recht op overheersing in het heden. De door Boulainvillier en Dubos gebruikte historische argumenten zijn voor hem dan ook niet relevant. In de laatste hoofdstukken van *De l'esprit des lois* benadert hij de controverse vanuit een ander gezichtspunt.[1175] In zijn visie stamt de koning net als bij

[1172] Shklar 1987, p. 116, Montesquieu (1748) 1973, XXX, 10. Montesquieu zelf behoort niet tot de oude Franse adel maar tot de *noblesse de robe*. Omdat volgens Boulainvilliers alleen de oude adel afstamt van de Franken, zou de *noblesse de robe* in Boulainvilliers' analyse vervallen tot de status van horige niet-Franken, zie Shklar 1987, p. 166. Ook de *noblesse de robe* had een eigen versie van de geschiedenis. Zij zagen de verhoudingen tussen parlement en koning als die tussen het Germaanse ding en de voorzittende rex. Hun belangrijkste claim was het recht om de koninklijke wetgeving te registreren en om daar een veto over uit te spreken: 'droit d'enregistrement et de remonstrances'. Ellul 1999-3, p. 378. Shklar 1987, p. 116 en ook Ellis 1988, p. 39-51 'The Dukes and Peers and France's Feudal Past' over de strijd tussen de hoge adel en de magistratuur. Voor het standpunt van Montesquieu zelf zie de bespreking van het derde standpunt.

[1173] Shklar verwijst naar Jean-Baptiste Dubos, Histoire critique de l'établissement de la monarchie françoise dans les Gaules, 2 vols. 2d ed. Parijs 1742.

[1174] Shklar 1987, p. 117. Montesquieu (1748) 1973, XXX, 10.

[1175] Shklar 1987, p. 115-118. Montesquieu (1748) 1973, XXVIII-XXXI. In boek XXXI stelt Montesquieu dat de Franken na de verovering van Gallië integreren in de Romeinse en Gallische samenleving. Al snel ontstaan feodale verhoudingen tussen adel en koning doordat de rechten op leengoederen erfelijk werden. Binnen een dergelijke

Boulainvilliers af van de Germaanse rechter in oude zin of van een legeraanvoerder en was hij aanvankelijk *primes inter pares* ten opzichte van de adel.[1176] Deze afstammingsgedachte werkt hij uit in het dertigste en eenendertigste boek van *De l'esprit des lois*, waarin hij zich deels baseert op de *Germania* van Tacitus die in de vijftiende eeuw weer is ontdekt. Of de Franse koningen nu wel of niet afstammen van Frankischgermaanse koningen is voor zijn pleidooi voor een gematigde regeringsvorm echter niet van groot belang. Waar het om gaat is het feit dat Montesquieu de verhouding tussen koning en adel uiteindelijk definieert als een verhouding tussen *vrijen* waardoor enerzijds de macht van de koning niet absoluut kan zijn en anderzijds de adel deel heeft aan de regeringsmacht. Vrijheid is voor Montesquieu een politiek begrip dat direct te maken heeft met het recht van de vrije om zich te verzetten tegen ingrijpen van de vorst. Wij zien hier de kern van het vrijheidsbegrip van Immink terug.[1177] In de volksvergadering van de Germaanse stam werden volgens Immink de machtsverhoudingen bemiddeld door het spreek- en oordeelsrecht van alle vrijen; Montesquieu eist in feite van de koning dat hij de vrijheid van de adel erkent zodat de machtsverhoudingen tussen koning en adel de macht van de koning weer kunnen bemiddelen:

> Toutefois, le mérite de Montesquieu lui revient en propre: son originalité n'est pas de rendre plus précises les idées avancées par Fénélon et Boulainvilliers ou contenues dans le Judicium Francorum; il est de les rendre plus concrètes, de les enraciner plus solidement dans l'histoire, de les dépouiller de leur aristocratisme et de leur particularisme de corps, leur conférants ainsi une dimension et une signification nouvelles. En transportant ces thèses sur le terrain de la théorie politique, il fait d'elles des arguments constitutionelles dressés contre le tentation despotique de la monarchie absolue.[1178]

Deze weergave van het gedachtegoed van Montesquieu kan de bekende uitspraak die hij in het zesde boek doet over de oorsprong van de politieke vrijheid binnen de Engelse staatsinrichting in een breder perspectief licht plaat-

feodale monarchie waar macht, eigendom en status erfelijk zijn, raken private en politieke macht volgens Montesquieu vermengd tot een gevaarlijke politieke praktijk.

1176 Zie ook Goyard-Fabre 1973, p. 291. Shklar 1987, p. 88, 115-118.

1177 Zie par. 4.2.2.1 hierboven en Immink 1969, p. 40: "De politieke volwaardigheid kan mitsdien worden gekwalificeerd als het formele vrijheidsbegrip". Zie ook Immink 1950, p. 138-139 over wat hij noemt het staatkundig dualisme van de verhouding tussen koning en Staten.

1178 Goyard-Fabre 1973, p. 240. Fénelon maakt deel uit van de entourage van de kleinzoon en erfgenaam van Lodewijk XIV; hij schrijft buitengewoon kritisch over het despotisme van de zonnekoning, zie Ellis 1988, p. 57-64. Het *Judicum Francorum* is een pamflet uit 1732 waarin de Germanistische these van de verhouding tussen koning en de parlementen wordt uitgedragen, zie Goyard-Fabre 1973, p. 239 noot 229.

sen. Montesquieu merkt naar aanleiding van de Engelse republikeinse monarchie op:

> Si l'on veut lire l'admirable ouvrage de Tacite sur les moeurs des Germains, on verra que c'est d'eux que les Anglais ont tiré l'idée de leur gouvernement politique. Ce beau système a été trouvé dans les bois.[1179]

Bij zijn verwijzing naar Tacitus voegt Montesquieu een noot toe met een citaat uit de *Germania*:

> De minoribus rebus principes consultant, de majoribus omnes; ita tamen ut ea quoque quorum penes plebem arbitrium est apud principes pertractentur.[1180]

Het feit dat Montesquieu de door hem geroemde politieke vrijheid in Engeland een Oudgermaanse oorsprong toedicht, heeft volgens Shklar weinig te maken met een verheerlijking van de Frankische voorouders van de Franse adel of van de ideeënhistorische oorsprong van de Engelse staatsinrichting:

> To say that English liberty had its origin in the German woods did not in his case amount to confusing two very remote ages. Montesquieu thought that the freedom of the Franks was that of a nomadic, primitive people, and their assemblies were suitable to that stage of social development. The English with their representative institutions were very distant from their Teutonic ancestors, but they had retained some of their spirit. The contemporary French nobility were not the direct heirs of the Franks, and in any case Montesquieu valued them only as a functional necessity, as intermediary powers in a monarchy. Without them the fundamental law inhibiting princes was inoperative.[1181]

[1179] Montesquieu (1748) 1973, XI, 6.

[1180] Tacitus 1992, *Germania*, cap. 11. Sjöholm a.w. p. 9 meent dat Montesquieu op grond van een enkele zinsnede uit Tacitus' *Germania* de consensuele besluitvorming van de Germanen idealiseert en zelfs de door hem zo geroemde Engelse staatsinrichting herleidt tot Saxische (Germaanse) invloeden: "Mit leichter Übertreibung lässt sich sagen, dass die gesamte germanistische Wissenschaft der Romantik auf dieses Tacituszitat und auf Montesquieus Auffassung von der Freiheitsrolle der Deutschen in der Geschichte gründet". Dezelfde weerzin die bij een aantal rechtshistorici leeft ten aanzien van het beweerdelijk speculatieve karakter van Immink's analyse van de Oudgermaanse samenleving, bestaat dus ook jegens de historische analyse die Montesquieu in *De l'esprit des lois* van de Oudgermaanse samenleving maakt. Zoals weergegeven in par. 3.3.3 hierboven, pleiten inzichten uit de culturele antropologie voor het werkelijkheidsgehalte van Tacitus' consensuele besluitvorming in het ding.

[1181] Shklar 1987, p. 118.

Het belang van de analyse van de verhouding tussen koning en adel is bij Montesquieu dus juist niet gebaseerd op historische machtsaanspraken maar op politieke gronden die verwijzen naar actuele politieke verhoudingen.[1182]

6.3.4 Montesquieu en de gemengde 'staatsvorm': de positie van de rechterlijke macht

De idee van een evenwicht van machten was weliswaar niet nieuw, maar Montesquieu schept wel een nieuwe versie van wat de 'gemengde staatsvorm' wordt genoemd. Montesquieu meent in de Engelse constitutionele verhoudingen een *verbeterde* versie te vinden van de 'mixed constitution' uit de oudheid.[1183] De gemengde constitutie van de Romeinse republiek bestond uit een integratie van de voordelen van de democratie, de aristocratie en de monarchie door het machtsevenwicht tussen comitia centuriata (democratische aspect), senaat (aristocratische aspect) en consuls (monarchistische aspect). De politieke vrijheid in de zin van de vrijheid om deel te hebben aan het gezag (in de zin van bevelsrecht) was daarmee gegarandeerd. In de Engelse verhoudingen is volgens Montesquieu echter niet alleen sprake van een machts*evenwicht* maar daarenboven van een *scheiding* der machten. Daarbij is voor Montesquieu de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht van doorslaggevend belang. Binnen de Romeinse verhoudingen was sprake van een politieke uitoefening van de rechterlijke functie en daardoor ontbrak volgens Montesquieu de persoonlijke vrijheid van de burger die alleen gegarandeerd is wanneer de rechtspraak uit handen wordt gehouden van de politiek en van het bestuur.

[1182] Anders Sjöholm 1972, p. 16: "In den Büchern 30 und 31 hat Montesquieu besonders den Feudalstaat sowie die Entstehung des Adels und Königtums in Frankreich behandelt. Er möchte nachweisen, dass sowohl Adel als auch Monarchie germanisch-feudalen Ursprungs und dass beide gleich alt seien. Die Quellen für diesen Staat findet Montesquieu bei Cäsar und Tacitus, deren Angaben nach Montesquieu mit denen der germanischen Gesetze übereinstimmen". De vraag is of Sjöholm het feit dat Montesquieu de Germania aanhaalt als voorbeeld van constitutionele ordening niet ten onrechte aanziet voor een poging actuele politieke kwesties op historische gronden te beslissen. Wellicht onderscheidt Sjöholm te weinig tussen het standpunt van Boulainvilliers en dat van Montesquieu.

[1183] Wellicht kende Montesquieu het werk van Locke, die in zijn second *Treatise of Government* (1690) in hoofdstuk IX wet, onafhankelijke rechter en uitvoerende macht onderscheidt. Over de originaliteit van Montesquieu, zie Schönfeld 1979, p. 3-4. Vergelijk Shklar 1987, p. 112-113. Over de gemengde staatsvorm en de posities van met name Vico, Bodin, Hobbes, Machiavelli en Montesquieu 't Hart 1979, p. 268-269. Over de gemengde staatsvorm van de Romeinse Republiek en die van Engeland na de Glorious Revolution van 1688: King, Lords en Commons, zie Beliën e.a. 1983, p. 239.

> The central and continuous theme of The Spirit of the Laws is that the independence of the courts of law more than any other institution separates moderate form despotic regimes.[1184]

> Comme le formalisme des procédures, la légalité des délits et des peines constitue une garantie contre l'arbitraire des magistrats et, par delà le pétoire, contre l'inconstance des gouvernants. Mais il est un mal plus grave encore que la loi doit conjurer: car, lorsque le souverain - décidant seul ou décidant à travers ses ministres -s'érige en juge, la liberté est perdue.[1185]

In die zin moet volgens Schönfeld de bekende zinsnede over de rechters als 'bouche de la loi, des êtres inanimés' worden begrepen.[1186] In de middeleeuwen en in de absolutistische monarchieën van de zeventiende en achttiende eeuw sprak de rechter recht in naam van de koning: de rechter was de 'bouche du Roi'[1187] en niet de 'bouche de la loi'. De hiervoor genoemde strijd tussen rechter Coke en zijn koning James I, werd gevoerd in termen van precies deze tegenstelling:[1188] de koning stelt dat 'the King being the author of the Lawe is the Interpreter of the Lawe', terwijl Coke meent dat 'judex est lex loquens'.[1189] Wanneer 'rex est lex loquens', ofwel wanneer 'le souverain s'érige en juge, la liberté est perdue'.

Wanneer wij het vrijheidbegrip van Immink - die zich evenals Montesquieu liet inspireren door Tacitus' *Germania* - nu vergelijken met dat van Montesquieu, blijkt dat deze laatste onder politieke vrijheid niet alleen de politieke medezeggenschap verstaat maar tevens de vrijheid van de individuele mens om zonder angst binnen de grenzen van de wet te leven.[1190] Het

[1184] Shklar 1987, p. 81, onder verwijzing naar *De l'esprit des lois*, VI, 1, par. 5-6. Zij voegt daaraan toe: "The judicial process should be slow and complex in criminal cases, so as to afford the accused every opportunity to prove his innocence. The stability of the law is also better ensured in this way than if judgements are made summarily by single judges or by some royal official". In gelijke zin Goyard-Fabre 1973, p. 224 e.v. over het belang van de complexiteit en de formaliteit van het straf(proces)recht voor de vrijheid van de burger.

[1185] Goyard-Fabre 1973, 234. Montesquieu (1748) 1973, VI, 5: 'Dans quel gouvernement le souverain peut être juge', p. 87: "Dans les Etats monarchiques, le prince est la partie qui poursuit les accusés et les fait punir ou absoudre; s'il jugeait lui-même, il serait le juge et la partie". Zie ook Montesquieu a.w. VI, 6: 'Que, dans la monarchie, les ministres ne doivent pas juger'.

[1186] Schönfeld 1979, p. 40-57.

[1187] Schönfeld 1979, p. 40, spreekt in navolging van Kantorowicz over 'rex lex animata'.

[1188] Par. 6.1 hierboven.

[1189] Schönfeld 1979, p. 42 en 44.

[1190] Daarbij mag die wet dan niet verbieden wat de mens zou moeten willen of gebieden wat de mens niet zou mogen willen, zie *De l'esprit des lois,* XI, 3. De term wet kan hier

vrijheidsbegrip van Montesquieu kan worden begrepen als een uitbreiding van de aristocratische vrijheid in de niet-statelijke samenleving van Immink. Montesquieu erkent de politieke zeggenschap pas als vrijheid als de uitoefening ervan niet is afgedwongen. Dat laatste - uitoefening van vrijheid volgens een tevoren bepaald schema - is wat Berlin onder positieve vrijheid lijkt te verstaan.[1191] In plaats dat hij de positieve vrijheid in het verlengde van de negatieve vrijheid ziet - zoals Montesquieu - lijkt zijn liberalisme de negatieve vrijheid als vervanging van de positieve vrijheid te propageren. Vanuit de gedachte dat positieve vrijheid een juridische bemiddeling van de machtsverhoudingen veronderstelt, kan worden verklaard waarom de berechting van strafbare feiten door een onafhankelijke rechter voor Montesquieu zo'n belangrijk punt is. Wanneer de berechting van de individuele mens niet in handen ligt van een onafhankelijke rechter kan de straf immers ongelimiteerd worden ingezet bij het *afdwingen* van een door de vorst gewenste maatschappelijke orde:

> Punishment takes the place of education and the instinct for self-preservation keeps the subjects in animal-like obedience. (…) Terror undeniably works.[1192]

dus weer niet alleen in positivistische zin verstaan worden. Berlin 1969, p. 147 ziet in deze omschrijving van de vrijheid een rationalistische versie van de positieve vrijheid: "Montesquieu, forgetting his liberal moments, speaks of political liberty as being not permission to do what we want, or even what the law allows, but only 'the power of doing what we ought to will', which Kant virtually repeats". Berlin stelt negatieve vrijheid in feite gelijk met onafhankelijkheid. Vergelijk Shklar 1987, p. 86: "What is liberty? According to Montesquieu it is not independence, which is just doing as one pleases, but rather the conditio that causes people to feel that their person and property are secure (XI.3). (...) Freedom is not happiness, but it is the necessary precondition of all possible joys (Pensées, 1574)".

1191 Volgens Berlin heeft de positieve vrijheid historisch gezien waarschijnlijk de oudste papieren: hij localiseert de idee van de negatieve vrijheid tegelijk met het ontstaan van de moderne idee van privacy in de renaissance en de reformatie, zie Berlin 1969, p. 129 en ook p. 131: "The desire to be governed by myself, or at any rate to participate in the process by which my life is to be controlled, may be as deep a wish as that of a free area for action, and perhaps historically older". Zie ook Shklar 1976, p. 89 over het antieke vrijheidsbegrip van de homerische helden en van de Griekse polis in vergelijking met het moderne vrijheidsbegrip van Montesquieu en Benjamin Constant: "Participation was the freedom of the ancients, private liberty is that of the moderns". In gelijke zin ook Arendt 1958, p. 22-79.

1192 Shklar 1987, p. 83, onder verwijzing naar *De l'esprit des lois* II.5; III.8-10; IV.3; V. 14-16; VI.9. In III, 10 schrijft Montesquieu: "Le partage des hommes, comme des bêtes, y [in de despotie, mh] est l'instinct, l'obéissance, le châtiment". Vergelijk Hegel 1821, par. 99 over de theorie van de psychologische dwang van Feuerbach: "Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt". Zie ook Vervaele 1990, p. 115-116.

6.3.5 Onderscheid tussen feodale en absolutistische monarchie

Montesquieu verzet zich tegen de overgang van de laatmiddeleeuwse feodale monarchie naar de absolutistische monarchie die zich vanaf de zestiende tot in de achttiende eeuw in Frankrijk ontwikkelt.[1193] Deze absolutistische monarchie kan vooruitlopend op de negentiende eeuwse terminologie een politiestaat genoemd worden[1194] die sterk neigt naar wat Montesquieu een despotische staatsvorm noemde. De Spaanse monarchie is voor Montesquieu het prototype van de despotie die ook de Franse monarchie bedreigt.[1195] Die neiging tot despotie is intern verbonden met de eigen aard van het absolutisme.[1196] In de onbegrensde macht van de absolute monarchie ligt de kiem van de negatie van het verbod van terugwerkende kracht. Als de soeverein zelf vast kan stellen of een voorafgegeven recht is geschonden, kan en zal hij bronnen vinden die de schending bevestigen. Een mooi voorbeeld daarvan biedt Berman als hij beschrijft hoe de paus in de *Dictatus Papae* een geheel nieuwe hiërarchische, centralistische rechtsorde vestigt met een beroep op bronnen waaruit zou blijken dat van de vestiging van nieuw recht geen sprake is:

> This document was revolutionary - although Gregory ultimately managed to find some legal authority for every one of its provisions.[1197]

Voortbouwend op het gedachtegoed van Montesquieu zou onderscheiden moeten worden tussen de *feodale* monarchie van de late middeleeuwen die werd gevolgd door de *absolutistische* monarchie die daaruit voortkwam. Terugblikkend op de soevereiniteitsconceptie van Bodin moet worden opgemerkt dat het onvoorwaardelijke en eenzijdige bevelsrecht van diens soeverein desondanks niet absoluut was in de zin van onbegrensd. De soeverein van Bodin is gehouden zich te onderwerpen aan het goddelijke recht, het natuurrecht en aan de constitutionele 'lois fondamentales'. Desondanks kan die soeverein door niemand anders dan God ter verantwoording worden geroepen. Bodins soeverein kan in zijn goedheid nooit meer zijn dan een verlicht

[1193] Shklar 1987, p. 82: "Fear of despotism, rather than nostalgia for the old French feudal nobility, persuaded Montesquieu to look to the remnants of noble honour as a scaffolding on which to build a reformed monarchy".

[1194] Zie par. 6.4 hieronder.

[1195] Shklar 1987, p. 83.

[1196] Daarmee wil niet gezegd zijn dat het absolutisme noodzakelijk tot de despotie vervalt. In die zin was Montesquieu geen determinist. Maar het weerstaan of ombuigen van de krachten die in het absolutisme werkzaam zijn in de richting van het despotisme is geen gemakkelijke opgave.

[1197] Berman 1983, p. 96.

despoot. Montesquieu zoekt de begrenzing van de overheidsmacht niet in de goede wil van de soeverein maar in een door tegenmachten georganiseerde, intern gedifferentieerde overheid. De feodale monarchie van de late middeleeuwen kan met Montesquieu worden opgevat als een regeringsvorm waarbij koning en adel elkaar via een systeem van checks and balances in evenwicht houden, met uiteraard een belangrijke rol voor de *parlementen* en de daarin functionerende *noblesse de robe*. Het onderscheid tussen een feodale en een absolutistische monarchie wordt door Montesquieu zelf niet in die termen maakt. Montesquieu onderscheidt alleen tussen monarchie en despotie. Bij de monarchie gaat het om een door de positie van de adel (Frankrijk), of het parlement (Engeland) bemiddelde vorm van machtsuitoefening vanwege de koning die evenals zijn onderdanen aan de wet is gebonden.[1198] Met name de feodale monarchie neigt volgens hem naar de despotie, die aanvangt wanneer de vorst zich als bron van alle macht en alle recht presenteert en vanuit die positie boven de wet gaat staan. Het hier bepleite voorstel om binnen de monarchie nog te onderscheiden tussen een feodale of republikeinse variant enerzijds en een absolutistische variant anderzijds is er op gericht de zwakte aan te wijzen van de regeringsvorm van de verlichte despoot, die weliswaar bron van alle macht en alle recht is - maar zich op grond van *zelfbinding* onder de wet stelt.[1199] Deze vorm van verlichte despotie valt onder de monarchie zolang de vorst zich aan de eigen wetten houdt; het gaat dan om een regeringsvorm waarin wel degelijk sprake is van recht, zij het van een puur instrumenteel recht. Zodra de vorst ophoudt zichzelf onder de wet te stellen, vervalt deze vorm van monarchie tot de despotie en is er vanwege de willekeur die dan ontstaat geen sprake meer van recht. De verlichte despoot of ab-

[1198] Hoewel ook de feodale monarchie van de veertiende en vijftiende eeuw volgens Montesquieu een gematigde staatsvorm is, blijkt uit zijn enthousiasme voor de Engelse variant van de monarchie dat zijn vertrouwen in de stabiliteit van deze laatste vorm van monarchie groot is. De Engelse variant - althans de versie van Montesquieu - combineert een gemengde staatsvorm (monarchie en republiek) met een scheiding van machten, hetgeen op dat moment in de ogen van Montesquieu de grootst mogelijke waarborg tegen het verval in de despotie is.

[1199] Chevallier 1994, p. 18-22. Wanneer de soeverein de bron is van alle recht kan de binding van de soeverein aan het recht alleen aan de wil van de soeverein zelf ontleend worden. Zie Beliën e.a. 1983, p. 277-282 over 'Het verlicht absolutisme' van de 18e eeuw in Duitsland (Frederik II van Pruisen en Jozef II van Oostenrijk die in 1765 Duits keizer werd). Zie ook Michels 1963, p. 24-29 over de opeenvolging van de politiestaat (18e eeuw), de liberale rechtsstaat (19e eeuw) en de sociale rechtsstaat (20e eeuw). In Nederland was ingevolge de opstand en de vorming van de Republiek geen sprake van een dergelijke vorm van absolutisme. Pas de Franse bezetting eind 18e/begin 19e eeuw brengt in het kielzog van het Napoleontische streven naar centralistische machtsuitoefening een dergelijke vorm van verlichte despotie voort, in de gestalte van koning Willem I, zie Donner 1987, p. 38 en 43.

solutistisch soeverein is - zolang hij zich onder de wet stelt - geen despoot in de betekenis die Montesquieu daaraan geeft.

Hieronder (par. 6.4) wordt bepleit dat de absolutistische regeringsvorm samenvalt met wat in de negentiende eeuw een politiestaat is genoemd.[1200] De absolutistische monarchie is gebaseerd op een rechtstreekse relatie van ondergeschiktheid tussen koning en alle onderdanen - zichtbaar in het vestigen van directe jurisdictie in criminele zaken die door middel van een inquisitoire procesvorm worden afgedaan. Het is deze variant van de monarchie die bijna onvermijdelijk neigt naar de door Montesquieu beschreven despotie. Deze ontstaat als de vorst vanuit zijn positie als bron van alle recht gaat interveniëren in de rechtspraak waardoor hij de vrijheid van zijn burgers met voeten treedt.

6.4 Politiestaat en rechtsstaat

6.4.1 Inleiding

Het gedachtegoed van Montesquieu met betrekking tot het belang van het oordeel van een onafhankelijke rechterlijke macht in strafzaken heeft doorgewerkt in de *Déclaration des Droit de l'Homme et du Citoyen* van 1789.[1201] Art. 9 van de Déclaration van 1789 begint met:

> Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable (…).

De hierin verwoordde onschuldpresumptie kan gelezen worden als een pleidooi voor het standpunt dat *al* het punitieve handelen van de overheid in be-

[1200] Chevallier 1994, p. 23: "Avec l'avènement de la Monarchie absolue, le Roi, qui dans la France médiévale voyait son pouvoir normatif subordonné au droit coutumier et strictement encadré dans son exercice, s'est transformé en source essentielle, sinon exclusive, du droit". Op p. 23 spreekt hij van de 'Etat de police' van de achttiende eeuw waarin de regelgeving aanzienlijk toenam, ook al ontbreekt daarin de hiërarchische structuur van het geheel van uitgevaardigde rechtsnormen die kenmerkend is voor het postrevolutionaire recht.

[1201] Dat neemt niet weg dat het revolutionaire denken in Frankrijk in grote lijnen is gebaseerd op een bepaalde interpretatie van het werk van Rousseau, hetgeen ertoe leidt dat ondanks de regicide geen verandering optrad in het denken van de soevereiniteit. De koning werd vervangen door 'het volk' dat echter vanuit eenzelfde opvatting van soevereiniteit naar een nieuw machtscentralisme streeft. Zie Foqué en 't Hart 1990, hoofdstuk 5.

ginsel uit handen van het bestuur moet worden gehouden.[1202] Dit standpunt is vastgelegd in de *Constitutie van het jaar III*, en uitgewerkt in art. 151 en verder van de *Code des Délits et des Peines*, waarin de bestraffing van (politie)overtredingen wordt opgedragen aan de rechterlijke macht.[1203] Dit leidt tenslotte in de *Code Pénal* tot een driedeling van *strafbare feiten* in 'crimes', 'délits' en 'contraventions':

> De Code Pénal vat de politieovertredingen met de misdaden samen tot een nieuwe eenheid, het strafrecht, die geheel los staat van het civiele recht en dat is niet alleen een kwestie van naam.[1204]

[1202] Montesquieu (1748) 1973, XXVI, 24 maakt zelf overigens wel een duidelijk onderscheid tussen crimineel en politiestrafrecht, zie Goyard-Fabre 1973, p. 251: "Ailleurs, il [Montesquieu, mh] explique que, pour conférer aux sanctions leur juste mesure, il importe d'abord de distinguer les différentes matières: on ne peut pas punir en matière criminelle comme en matière de police car 'il ne faut pas confondre les grandes violations des lois avec la violation de la simple police: ces choses sont d'un ordre différent'. Zie ook Goldschmidt 1902, p. 93 die Montesquieu op hetzelfde punt aanhaalt en daaraan nog een vervolg [van Montesquieu] toevoegt: 'Dans l'exercice de la police c'est plutôt le magistrat qui punit que la loi; dans les jugements des crimes, c'est plutôt la loi qui punit que le magistrat'. Gezien Montesquieu's opvatting van de rechter als bewaker van de wet bij uitstek, zou de term 'magistrat' hier als ambtenaar moeten worden gelezen, hetgeen zou impliceren dat Montesquieu geen bezwaren had tegen het afdoen van politieovertredingen buiten de rechter om.

[1203] Van der Burg 1961, p. 12 en 13: "Aan het stelstel van de gemeentelijke politiestrafrechtbanken kwam een einde door artikel 233 van de Constitutie van het jaar III, op dit punt nader uitgewerkt door de artikelen 151 e.v. van de Code des Délits et des Peines van 3 brumaire an IV. In deze Code werd het opleggen van straffen wegen délits de police municipale opgedragen aan de juges de paix. (...) De juge de paix uit de Constitutie van het jaar III is een uitsluitend justitiële autoriteit, die zich ook niet door de wijze van benoeming van de overige rechters onderscheidt".

[1204] Prins 1958, p. 227. Na de breuk met het oud-vaderlandse strafrecht (door de Franse bezetting) die gevolgd werd door de restauratie, ontstaat een babylonische spraakverwarring over de betekenis van de term 'crimineel', Prins p. 227-228: "Voor de één is 'crimineel' het Franse equivalent van 'lijfstraffelijk of infamerend' (een opvatting die gerede steun vindt in art. 6 C.P.), de ander gebruikt het in de ruimere betekenis van 'criminel' plus 'correctionel' en tenslotte geeft het feit, dat alle strafbare handelingen berecht worden naar de regelen van de Code d'Instruction Criminelle, voet aan een nog ruimere opvatting, waarin 'criminel' identiek is aan het tegenwoordige begrip 'strafrechtelijk' ". Van belang daarbij is ook de schakelbepaling van art. 91 Sr in het Wetboek van 1884, die de algemene bepalingen van het wetboek ook doet gelden voor het niet gecodificeerde deel van het strafrecht, zie Prins 1958. p. 237: "Daarmede wordt in principe alles wat strafrecht heet, getrokken in de sfeer van het criminele, met als onvermijdelijk gevolg, dat het gemeten zal worden met de maatstaven van het vergeldingsstrafrecht".

Met de in het derde hoofdstuk besproken overheveling van het civiele strafrecht naar het criminele strafrecht lijkt het onderscheid tussen beide te vervallen. Prins meent echter dat beide typen strafbare feiten weliswaar onder een noemer zijn gebracht met het oog op de rechterlijke competentie, maar dat dit nog niet met zich meebrengt dat het onderscheid zelf niet meer relevant is:[1205]

> Het enige, wat schijnt te hebben aangeslagen [in Nederland na de Franse bezetting, mh], is de gedachte, dat geen straf behoort te worden opgelegd buiten de rechter, hetgeen meebrengt, dat de 'justitie' terrein wint ten koste van de 'politie', maar niet, dat de 'politie'-overtreding crimineel wordt.[1206]

Ten aanzien van het onderscheid tussen het criminele en het civiele strafrecht merkt Prins op dat dit naar tijd en plaats wisselt: 'wat gisteren nog niet meer was dan een simpele ongehoorzaamheid, kan morgen, als het doel van de norm duidelijker is gaan spreken, het karakter dragen van een halsmisdaad, bij de bestraffing waarvan de vergeldingsgedachte overheerst'.[1207] Uit de historische bepaaldheid van het onderscheid tussen het criminele en het niet-criminele onrecht leidt Prins af dat wanneer de grens gezocht wordt tussen 'civiel' en 'crimineel' onrecht '

> dan is op dit niet bij voorbaat overzienbare terrein het aangewezen criterium de zwaarte van de bedreigde straf, want daaruit kan blijken, of de daad alleen maar gezien wordt als een onordelijkheid, dan wel als een gedraging die mede een element van 'misdadigheid' inhoudt, al is het maar in de vorm van 'misdadige onverschilligheid'.[1208]

Het zoeken naar de grens tussen 'crimineel' en 'civiel' onrecht leidt aldus ook bij Prins tot de constructie van een tussencategorie (het 'delict' waarover Van der Poel schreef, het Franse 'délit', overgenomen in het Duitse recht als 'Vergehen', en in het Nederlandse recht als wanbedrijf).[1209] Hiervoor is al be-

[1205] Prins 1958, p. 133-157 en 227-267. Prins sluit in zijn tekst op veel punten aan bij Van der Poel.

[1206] Prins 1958, p. 150.

[1207] Prins 1958, p. 233 en 234.

[1208] Prins 1958, p. 234.

[1209] Prins is in sterke mate door het gedachtegoed van Van der Poel beïnvloed. Over de 'tussencategorie' van het delict zie uitgebreid Michels 1963. Ten aanzien van het criterium dat Prins hier aandraagt (de zwaarte van de bedreigde straf) zie Knigge 2000, en de voorstellen van het onderzoeksproject Strafvordering 2001. Zij gaan bij het zoeken naar een criterium voor de indeling van strafbare feiten nog een stap verder dan Prins door niet aan te sluiten bij de tevoren in de wet vastgelegde strafsoorten en -maxima, maar direct uit te gaan van *de concrete ernst van het strafbare feit* dat al dan niet aanleiding geeft tot het vorderen van een vrijheidsstraf. De wettelijke strafbedreiging geeft natuurlijk wel aan wanneer een vrijheidsstraf *niet* mogelijk is, maar wanneer die

pleit dat deze tussencategorie niet als afgebakend domein van strafbare feiten gezien moet worden maar als een teken dat *crimen* en *contraventie* ineengroeien omdat de schending van de maatschappelijke orde niet meer uitsluitend in termen van een spontaan rechtsbewustzijn (gewoonterecht, *crimen*) noch uitsluitend in termen van een bevelsrecht (positief recht, *contraventie*) kan worden gezien. De overheveling van punitieve handhaving van het civiele naar het criminele recht lijkt vanuit die optiek de erkenning en bevestiging te zijn van de idee dat wanneer de overheid een gewenste maatschappelijke orde via punitieve ingrepen tot stand wil brengen en/of wil handhaven, zij daarbij voortdurend op de vingers moet worden gekeken door een onafhankelijke en onpartijdige instantie. [1210]

Een andere interpretatie van de onschuldpresumptie zou echter ook hier kunnen zijn, dat het oordeel van de onafhankelijke rechter alleen noodzakelijk is in geval van een vaststelling van strafrechtelijke schuld (zie par. 5.3.3). Deze interpretatie zou ertoe kunnen leiden dat het punitieve handelen in het kader van de *politie* niet thuishoort bij de strafrechter en zelfs niet bij de civiele rechter. In dat geval wordt vooronderstelt dat punitief handelen in het kader van de *politie* geen betrekking heeft op de vaststelling van strafrechtelijke schuld - een standpunt dat bijvoorbeeld in de zaak Salabiaku door de Franse regering werd ingenomen[1211] - of wordt verondersteld dat het punitieve handelen in het kader van de *politie* een *essentieel* ander karakter heeft dan het straffen in het kader van de *justitie* - een standpunt dat door de Duitse regering in de zaak Özturk werd ingenomen.[1212] Hieronder zal ik aan de hand van de theorievorming over de begrippen rechtsstaat en politiestaat in de loop van de negentiende eeuw de achtergronden van de verschillende posities schetsen ten aanzien van het onderscheid tussen het politiestrafrecht en het 'echte' strafrecht.

mogelijkheid wel aanwezig is, staat daarmee nog niet vast dat de handeling die onder de delictsomschrijving valt de oplegging van een vrijheidsstraf rechtvaardigt. Dat laatste wordt bepaald door de concrete ernst van de strafbare handeling.

1210 Zie over de strijd omtrent de vraag of het *nulla poena sine iudicio* ook geldt voor 'politieovertredingen' Goldschmidt 1902, p. 117-412. Prins 1958, p. 150 stelt dat het oudvaderlandse gedachtengoed, dat hij in navolging van Van der Poel in termen van de tegenstelling 'crimineel' en 'civiel' duidt, niet past "in het schema van de machtenscheiding en vooral niet in de interpretatie die het revolutionaire Frankrijk daaraan geeft. Wanneer men met Montesquieu het werk van de rechter definieert als 'punir les crimes, juger les differends des particuliers', dan is er geen plaats voor een contentieux civiel, waarin de overheid als partij betrokken is, noch als gedaagde, noch als eiseres van een boete".

1211 EHRM 7 oktober 1988, A-141, par. 24 zoals aangehaald in par. 5.3.3.4 hierboven.

1212 EHRM 21 februari 1984, A-73, par. 52 zoals aangehaald in par. 5.3.3.4 hierboven.

6.4.2 Conceptualisering van het onderscheid tussen rechtsstaat en politiestaat

De vraag waar dit onderzoek een antwoord op zoekt is niet in de eerste plaats de vraag wie bevoegd is om de schuldigverklaring uit te spreken en aan welke eisen de totstandkoming van die verklaring moet voldoen, maar de vraag onder welke voorwaarden punitieve handelingen plaats mogen vinden en de vraag of en onder welke voorwaarden punitieve handelingen plaats mogen vinden zonder dat sprake is van de vaststelling van schuld door de rechter.[1213] Van der Poel meent in dat verband dat het 'geenszins een wijsheid van alle tijden is dat een rechter moet kunnen oordelen over de taakvervulling van de overheid'.[1214] Deze uitspraak licht hij in een voetnoot toe:

> De tegenstelling rechtsstaat-politiestaat kan daarbij op de achtergrond blijven. Het essentieele van die leer t.d.a. schijnt mij, dat in de politiestaat kan worden gestraft ook zonder voorafgaande wetsbepaling. Welke autoriteit op grond der wet in een rechtsstaat straffen moet schijnt mij in die leer evenmin doorslaggevend als in die van Montesquieu welke macht een bepaalde functie uitoefenen moet.[1215]

Deze stellingname verwijst naar een opvatting over de rechtsstaat die vanuit de relationele rechtsopvatting van Montesquieu bekritiseerd kan worden. Wat Van der Poel een rechtsstaat noemt zou in de hier gekozen terminologie een politiestaat of wellicht een 'Etat légal' heten, terwijl wat hij een politiestaat noemt eerder verwijst naar een despotie. Een 'Etat légal' verschilt allereerst van een rechtsstaat doordat *iedere vorm van overheidshandelen* gebaseerd moet zijn op de wet, die het overheidshandelen aldus mogelijk maakt (constitutieve functie van bevoegdheden) en begrenst (limitatieve functie van bevoegdheden). Dus niet alleen de 'Eingriffsverwaltung' maar ook de 'Leistungsverwaltung' moet gebaseerd zijn op de wet in formele zin. Dat primaat van de wetgever hangt ook samen met het tweede verschil tussen de 'Etat légal' en de rechtsstaat. De soevereiniteit van de wetgever staat bij de 'Etat légal' in de weg aan rechterlijke toetsing van het handelen van het bestuur aan de constitutie, *want besturen is niet meer dan wetstoepassing*. In deze

[1213] Zie par. 5.3.3.4 hierboven.

[1214] Van der Poel 1951, p. 203.

[1215] Van der Poel 1951, p. 191, noot 11 blijkt hoezeer Van der Poel zich verwant voelt met bijvoorbeeld A.A.H. Struyken, die zich aan het begin van de twintigste eeuw met succes verzette tegen het voorstel van Loeff om rechtsbescherming tegen de overheid te creëren. Zie over de strijd tussen Loeff en Struyken Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, p. 542 en ook Foqué 1992, p. 23, die de positie van Struyken verbindt met etatisme in de zin van absolute staatssoevereiniteit. Uitgebreid over de strijd omtrent de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid Van der Hoeven 1989 (in het bijzonder p. 124-145) , die spreekt over de derde dimensie van het bestuursrecht: de juridische normering van het bestuurlijke handelen van de overheid (p. 11).

opvatting krijgt het primaat van de constitutie en de daarin beschermde grondrechten geen handen en voeten.[1216] Het verschil tussen de 'Etat légal' en de politiestaat is dat in de politiestaat een - weliswaar door de wet afgegrensde - ruimte bestaat waarbinnen het bestuur 'vrij spel' heeft. Beide opvattingen van de staat hebben gemeen dat punitieve handhaving buiten de rechter om kan plaatsvinden. In de 'Etat légal' kan dat zolang het punitieve handelen maar op de wet gebaseerd is (alle vormen van punitieve handhaving binnen het administratieve recht vielen buiten de competentie van de burgerlijk rechter, terwijl een administratieve rechtsgang binnen die opvatting beperkt kon blijven tot een vorm van administratief beroep). In de politiestaat kon punitieve handhaving buiten de rechter om plaatsvinden zolang het betrekking had op de overtreding van ordeningsrecht dat binnen de *politie* viel. Dat laatste was immers het domein waarbinnen het bestuur vrij kon handelen. Zie hieronder par. 6.4.3.

Zoals ik bij de bespreking van de inquisitoire procesvorm in par. 3.2.3.3 heb aangegeven meent Salas dat het inquisitoire procesmodel, dat gelieerd is aan absolutisme van kerkelijke en wereldlijke overheden en dus aan wat in de negentiende eeuw de politiestaat ging heten, *niet* gebaseerd is op het recht maar op de soevereine wil van de rechter als vertegenwoordiger van de vorst. Van der Poel lijkt een zelfde idee te hebben van de tegenstelling rechtsstaat-politiestaat: in de rechtsstaat spreekt de rechter op grond van een vooraf vastgesteld recht, in tegenstelling tot de politiestaat waar kennelijk de willekeur (en dus de recht-loosheid) regeert. Vanuit een relationele rechtsopvatting ligt hier - conform het hierboven besproken werk van Montesquieu - *niet* de kern ligt van de tegenstelling rechtsstaat-politiestaat. In par. 4.4.2 over het tekort in de accusatoire procedure heb ik de omslag beschreven van een procedure die het recht zoekt in het actuele rechtsbewustzijn van de aanwezige of gerepresenteerde rechtsgenoten (de bemiddelende procesvorm) naar een procedure die gericht is op het implementeren van een tevoren uitgevaardigd - geschreven - recht.[1217] Deze laatste procedure is de inquisitoire procedure van de late middeleeuwen, dat zich voortzet in de absolutistische koninkrijken tot aan de Franse revolutie. In deze inquisitoire procedure gaat het inquisitoire *beginsel* (vervolging van overheidswege en onderzoek naar de materiële waarheid) samen met de inquisitoire proces*vorm* (de verdachte is object van onderzoek

[1216] Chevallier 1994, p. 30. Zie Van der Hoeven 1989 en Vervaele 1990 die vanuit een historische context de idee onderzoeken dat besturen niet meer dan wetstoepassing zou zijn.

[1217] Zie hierboven par. 4.3.3 waarin de kiem van het legaliteitsbeginsel werd gelocaliseerd in de installatie van de hiërarchische, op geschreven en uitgevaardigd recht gebaseerde kerkelijke rechtsorde die in de loop van de twaalfde eeuw werd gevestigd.

zonder eigen rechten). Ik heb daarbij aangetekend dat de aard van de beschermde rechtsnorm in sterke mate imperatief is: de straf is een reactie op de schending van de majesteit.[1218] Het niet-nakomen van de bevelen van de soeverein rechtvaardigt de straf, die dan ook wezenlijk verschilt van private wraak, compositie of tweekamp. De *absolutistische* koninklijke rechtsorde kan een rechtsstaat worden genoemd in die zin dat de soeverein het *recht* als instrument gebruikt om een gewenste orde te vestigen en te handhaven. *Politie* (bestuur) *en justitie* (geschillenbeslechting) die in de feodale rechtsorde als een ongedeelde taak van het landsheerlijk *gerecht* functioneerden waarin het ongeschreven recht werd gevonden en gevormd, verschijnen in de koninklijke rechtsorde beide als implementatie van door de vorst uitgevaardigde bevelen. In de absolutistische staat is alle recht afkomstig van de vorst, van het bestuur, waardoor alle recht in feite politierecht is geworden.[1219] De absolutistische staat is een politiestaat:

> Comme l'Etat de droit, et à la différence du gouvernement despotique ou arbitraire, l'Etat de police accorde une large place au droit: mais celui-ci est un droit purement instrumental, sur lequel l'administration dispose d'une maîtrise, sans être tenue au respect de normes supérieures qui s'imposeraient à elle; servant à imposer des obligations aux administratés, sans être en retour source de contrainte pour l'administration, il est l'expression et le condensé de la toute puissance administrative.[1220]

De *absolutistische politiestaat* slaagt dankzij de instrumentalisering van het recht in een ongekende centralistische machtsuitoefening en is juist daardoor kwetsbaar voor de verleidingen van de despotie, die aanbreekt wanneer de soeverein op willekeurige wijze van het recht gebruik gaat maken. Daarmee

[1218] Zie hierboven par. 4.2.4.9 en 4.2.4.10.

[1219] Van der Hoeven 1989, p. 11 spreekt in dat verband van de tweede dimensie van het bestuursrecht die hij 'instrumentatie' noemt. Hij bedoelt daarmee dat het recht door de vorst wordt ingezet als instrument ter beheersing van de aan zijn macht onderworpen onderdanen. De verabsolutering van deze dimensie hangt volgens Van der Hoeven samen met wat hij noemt een monistische soevereiniteitsconceptie, waarin het overheidsgezag (wetgeving, bestuur en rechtspraak) principieel één en ondeelbaar is. Zie a.w. p. 36-37 voor de legitimatie van het absolutisme (onder verwijzing naar het werk van de Nederlandse Filips van Leiden in de veertiende eeuw en het werk van de Franse Jean Bodin in de zestiende eeuw) maar ook p. 82 voor de legitimatie van het primaat van de wetgever boven de rechter (onder verwijzing naar de invloed van de leer der staatssoevereiniteit op het constitutionele debat in de 19e eeuw, in het bijzonder bij Buijs). Doordat het 19e eeuwse legalisme op grond van deze monistische soevereiniteitsleer het besturen als wetstoepassing (uitvoering) zag, kon rechtsbescherming op microniveau überhaupt niet geconceptualiseerd worden. Over Filips van Leiden en Jean Bodin zie par. 4.3.4 hieronder.

[1220] Chevallier 1994, p. 15.

ontvalt het rechtskarakter aan het recht, dat een minimale vorm van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid behoeft die juist in de *despotie* ontbreken. Wat bij Van der Poel het onderscheid tussen rechtsstaat en politiestaat is - de vraag of de staat gebonden is aan een voorafgegeven recht - is vanuit deze visie het onderscheid tussen de absolutistische monarchie of politiestaat enerzijds en de despotie anderzijds.

De begripsverwarring ten aanzien van de begrippen rechtsstaat en politiestaat kan verklaard worden doordat de term rechtsstaat in tweeërlei zin verstaan kan worden. In de eerste plaats kan daarmee verwezen worden naar het overkoepelende begrip rechtsstaat dat verwijst naar een staat waarin de verhouding tussen regeerder en geregeerden door het recht wordt bepaald, maar waarbij niet op voorhand duidelijk is of het recht als constitutionele bemiddeling moet worden begrepen dan wel als geheel van bevelen die moeten worden nageleefd.[1221] Ik zou dit de *rechtsstaat in brede zin* willen noemen. Dit begrip van de rechtsstaat in brede zin is daarmee een *onderbepaald* begrip, net als het begrip rechtshandhaving dat in het tweede hoofdstuk aan de orde kwam bij het onderzoek naar het strafbegrip.[1222] De term rechtsstaat kan echter ook in een meer specifieke betekenis gebruikt worden, wanneer zij verwijst naar een constitutionele rechtsorde waarin de verhouding tussen regeerder en geregeerden door het recht wordt bemiddeld.[1223] Deze relationele opvatting van de rechtsstaat waarin het recht meer is dan een geheel van aan het bevelsrecht ontleende rechtsregels zou ik de *rechtsstaat in enge zin* willen noemen. Deze

[1221] Wanneer het recht mede als constitutionele bemiddeling wordt begrepen, kan - in termen van Van der Hoeven - de derde dimensie van het bestuursrecht tot ontwikkeling komen: naast de eerste dimensie die de legitimatie van de machtsaanspraak van de regeerder betreft, en naast de tweede dimensie die de 'instrumentatie' van het recht betreft, gaat het bij de derde dimensie van het bestuursrecht volgens Van der Hoeven om de juridische normering van de machtsuitoefening door het toekennen van een eigen rechtspositie aan de burger ten opzichte van de overheid.

[1222] Par. 2.4.1 hierboven.

[1223] De gebruikelijke kenmerken die in de literatuur aan dit enge rechtsstaatbegrip worden toegekend zijn (1) het bestaan van een al dan niet geschreven constitutie, (2) de bescherming van grondrechten en (3) het bestaan van een onafhankelijke rechterlijke macht. Zie Cleiren 1994 (Melai, aantekening 2 bij art. 1 Sv), p. 14-18, Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 1995, p. 134. Chevallier 1994, p. 55: "Au coeur de l'Etat de droit, il y a donc fondamentalement l'idee de limitation du pouvoir, par le triple jeu de la protection de libertés individuelles, de l'assujettissement à la Nation et de l'assignation d'un domaine restreint de compétences: la structuration de l'ordre juridique n'est qu'un moyen d'assurer et de garantir cette limitation, à travers les mécanismes de production du droit". Of de onderwerping aan de natie per se deel uit maakt van het enge rechtsstaatbegrip kan betwijfeld worden: het gaat dan eigenlijk al om de democratische rechtsstaat.

laatste opvatting van de rechtsstaat is een relationele opvatting die in de achttiende eeuw door Montesquieu werd voorbereid.[1224] Het begrip rechtsstaat in brede zin omvat dus de rechtsstaat in enge zin en de politiestaat. Het feit dat in politieke en juridische contexten tegengestelde standpunten vaak beide gebaseerd worden op rechtsstatelijke uitgangspunten zou verklaard kunnen worden door het feit dat met twee verschillende betekenissen wordt gewerkt. Deze twee betekenissen worden hieronder nader uitgewerkt. Om te beginnen wordt in par. 6.4.3 de formele conceptie van de rechtsstaat besproken die in de loop van de negentiende in Duitsland ontstond als bron van de idee dat niet alle punitieve rechtshandhaving in beginsel aan de toets van een onafhankelijke rechter moet (kunnen) worden onderworpen. Deze formele rechtsstaatsidee vertoont op onderdelen overeenkomsten met de idee van de politiestaat. In par. 6.4.4 ten slotte worden de liberale en sociale rechtsstaatsidee nader uitgewerkt, die zich in de loop van de 19e en 20ste eeuw ontwikkelden.

6.4.3 Formele conceptie van de rechtsstaat en de verhouding tussen 'politie' en 'justitie'

Het onderscheid tussen *politie* en *justitie* en het onderscheid tussen politiestaat en rechtsstaat hangt samen met de ontwikkeling van het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht in de 19e eeuw.[1225] De 'privatisering' van het 'civiele

[1224] Zie par. 2.4.2 en 6.3 hierboven. Foqué en 't Hart hebben - in het bijzonder in hun gezamenlijk werk 'Instrumentaliteit en Rechtsbescherming' - een relationele rechtsopvatting ontwikkeld die onder meer teruggaat op het gedachtengoed van Montesquieu. Zie Foqué en 't Hart 1990, hoofdstuk 3 over Montesquieu en Beccaria.

[1225] Zie ook Vervaele 1990, p. 87-91. Vervaele stelt allereerst vast dat de scheiding tussen privaat en publiek recht die in de 19e eeuw gestalte kreeg niet alleen een intern juridische betekenis heeft maar juist zelf een politieke kwestie is. Vervolgens benadrukt hij het primaat van het privaatrecht in de 19e eeuw vanuit de liberale versie van de rechtsstaat: de nachtwakersstaat die alleen de negatieve vrijheid van burgers beschermt. Volgens Vervaele wordt de publieke sfeer op dat moment vanuit de private gedefinieerd, hetgeen hij terugvoert op de kantiaanse scheiding tussen recht en moraal en recht en politiek. Hij meent vervolgens dat in de 19e eeuw het hobbesiaanse 'auctoritas non veritas facit legem' wordt omgedraaid precies doordat de wilsvorming in het publieke domein bepaald wordt door de discussie in de openbare ruimte *van het private domein* (onder verwijzing naar Habermas' *Strukturwandel der Öffentlichkeit* uit 1962). Bij mijn onderzoek naar de rechtsstaat van de 19e eeuw kom ik nu juist tot geheel andere conclusies: de privatisering van het civiele recht leidt tot een ongenormeerde ruimte waarbinnen de overheid met het oog op *een door haarzelf te definiëren* versie van het algemeen belang in vrijheid kan handelen. De privatisering van het civiele recht is een politieke handeling waarbij de private sfeer vanuit de publieke sfeer wordt afgegrendeld. Ik zie dan ook meer in de benadering van Van der Hoeven 1989, die de 19e eeuwse ontwikkeling van het denken over het publiek recht als 'politische'

recht' in oude zin, die in par. 4.5.6 is besproken, heeft ertoe geleid dat naast het strafrecht en het privaatrecht een juridisch ongenormeerde ruimte ontstaat waarbinnen de overheid vrij kan handelen: deze ruimte valt - op grond van de dogmatische indelingen van het Romeinse recht - onder het publiekrecht.[1226] Binnen deze vrije ruimte maakt de overheid overigens in de vorm van een groeiende aanwas van ordeningswetgeving voortvarend gebruik van het recht als instrument om een door de overheid gewenste maatschappelijke werkelijkheid af te dwingen. Op grond van de leer van de zelfbeperking is de overheid weliswaar gebonden aan het door haar uitgevaardigde recht, *maar doordat die binding vooral geïnterpreteerd wordt als een verplichting om het uitgevaardigde recht te handhaven* heeft dit recht een overwegend instrumenteel karakter. Deze plicht om het recht te handhaven door de naleving af te dwingen past typisch in de tweede dimensie van het bestuursrecht die Van der Hoeven onderscheidt als de dimensie van de instrumentatie.[1227] Anders dan het strafrecht, dat in de negentiende eeuw een integratie van instrumentaliteit en rechtsbescherming institutionaliseert in het *nulla poena sine iudicio*, kent het bestuursrecht een gescheiden ontwikkeling van instrumentatie (19e eeuw) en rechtsbescherming (20ste eeuw). Dat heeft onder meer tot gevolg dat het handelen van de overheid en de bescherming daartegen los van elkaar staan, zodat anders dan in het strafrecht instrumentaliteit en rechtsbescherming niet als twee kanten van een medaille geïnstitutionaliseerd zijn. In de fase van de instrumentatie is het recht binnen de ruimte van de *politie* kortom een puur instrumenteel recht, gebaseerd op het bevelsrecht van de soevereine staat die zich als rechtssubject sui generis tegenover zijn onderdanen opstelt. Het recht bestaat uit niet meer dan bevelen met algemene inhoud (wetten in materiële zin). Op grond van de hierboven beschreven conceptie van het onderscheid tussen rechtsstaat en politiestaat, lijkt binnen het domein van het publiekrecht (uitgezonderd het 'echte' strafrecht) sprake te zijn van een politiestaat. Het

recht bespreekt waarin het 'freie Ermessen' van de staat voorop staat. Zie ook Teunissen 1996, p. 103-143 over de overgang van politiestaat naar rechtsstaat in termen van het onder de wet brengen van de politie (het bestuur). Teunissen lijkt de hier te bespreken conceptie van de formele rechtsstaat aan te hangen, in ieder geval wat betreft het wezensonderscheid tussen publiek- en privaatrecht.

1226 In Engeland was geen sprake van 'privatisering' van het civiele recht, zie in dat verband Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 1999, p. 445 over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: "Wanneer men echter bedenkt dat het Angelsaksische recht het onderscheid traditioneel niet kende - behalve voor didactische doeleinden -, dat men daar uitgaat van het principe van de eenheid van het recht, van de common law, het algemene recht, aan de regels waaraan vorst en onderdaan gebonden zijn, en dat men daar slechts één rechterlijke organisatie kent - dan er reden voor enige relativering van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht". Vergelijk Verheij 1994, par. 2.3 ('Prerogative writs en prerogative courts').

1227 Van der Hoeven 1989, p. 11.

privaatrecht en het strafrecht vallen daarentegen binnen het domein van de *justitie*: binnen die twee rechtsgebieden heeft de rechter het laatste woord.[1228] Hieronder zal ik de rechtsopvatting bespreken die ten grondslag ligt aan deze opvatting van de verhouding tussen *justitie* en *politie*: de formele conceptie van de rechtsstaat.

De term rechtsstaat stamt uit de Duitse staatsrechtelijke en politieke doctrine van de negentiende eeuw ten tijde van de Duitse unificatie bij de overgang van de Pruisische staat naar het Duitse keizerrijk.[1229] Aanvankelijk bestonden volgens Chevallier twee concepties van de 'Rechtsstaat' naast elkaar. Enerzijds de conceptie van de liberale Von Mohl waarin het ging om de inperking van de macht van de autoritaire staat en de bescherming van individuele vrijheden door de wet die tot stand komt door een representatie van de natie.[1230] Deze opvatting bevat een aantal substantiële eisen waaraan voldaan moet zijn wil sprake zijn van een rechtsstaat en nadert op die manier het Angelsaksische idee van de 'rule of law'. Anderzijds was er de conceptie van Stahl die een deel van het recht zag als een inperking van de macht van de staat maar een ander deel van het recht zag als een middel om de verhouding tussen staat en bur-

[1228] Zo onderscheidde Thorbecke volgens Van der Hoeven 1989, p. 62 twee machten: een wetgevende en een uitvoerende macht. Van die laaste macht was de rechterlijke macht een onderdeel, behalve als het ging om het burgerlijk of het strafrecht. Onder verwijzing naar de Utrechtse dissertatie van E. Poortinga uit 1987, *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolph Thorbecke*, stelt Van der Hoeven op p. 64 dat Thorbecke een fundamenteel onderscheid maakte tussen enerzijds het burgerlijk en strafrecht en anderzijds het 'politisch recht'. De term 'politisch' verwijst naar *politie* en aldus naar de vrije ruimte waarbinnen volgens Thorbecke het bestuur naar eigen inzicht de uitvoering van de wet ter hand moet nemen. Zie Thorbecke 1848, p. 79-92.

[1229] Chevallier 1994, p. 14. Deze historische achtergrond is van belang voor een goed begrip van de formele conceptie van de rechtsstaat waarin het recht vooral een instrument is om de maatschappelijke verhoudingen te rationaliseren. Zie Beliën e.a. 1983, p. 278-279 die het verlicht absolutisme bespreekt dat in de 18e eeuw de verhoudingen in Duitsland beheerste. Over de verhouding tussen politie en justitie in Duitsland vanuit historisch perspectief Verheij 1994, par. 2.4 ('Justizsachen en Kammerjustiz'), zie aldaar p. 16 over het belang van de staatshervorming in Pruisen aan het begin van de 19e eeuw.

[1230] Voor ons interessant: Mohl 1832, p. 7:" Die Freiheit des Bürgers ist bei diesser Lebensansicht der oberste Grundsatz (…). Die Unterstützung des Staates kann daher nur negativer Art seyn, und bloss in der Wegräumung solcher Hindernissen bestehen, deren Beseitigung den kräften des Einzelnen zu schwer wäre". Over Mohl zie Van der Burg 1961, p. 37-39 in het bijzonder met betrekking tot de zogenaamde preventieve *justitie*. Van der Burg promoveerde bij de hiervoor aangehaalde Prins, die aansluiting zocht bij Van der Poel. Van der Poel zocht een rechtvaardiging voor zijn wezensonderscheid tussen het *crimen* en de *contraventie* in het werk van Goldschmidt (zie par. 4.5.7 hierboven).

gers te *rationaliseren* ten einde met dat recht beleidsdoelen te verwezenlijken.[1231] Dat laatste deel van het recht betrof de *politie*:

> Die Polizei ist das reichste Gebiet der Staatsverwaltung, was Ziel und Interesse des menschlichen Daseins ist, gehört ihr an, und ist vorzugsweise sein positives Streben. Die Justiz ist nur erhaltend oder wiederherstellend und tritst nur im Falle der Overlezing ein, (….). In der Polizei aber steht die eigenliche stete politische Thätigkeit. Stete Entfaltung, Förderung und Steigerung ist ihr Charakter, es ist ihr Beruf, immer mehr die gemeinsamen Interessen in ihr Bereich zu ziehen, sie in immer höherer Weise zu befriedigen. Ihre Thätigkeit ist dieser Aufgabe gemäss schöpferisch und muss deswegen auch frei sein. Nur Schranken dürfen ihr durch das Gesetz gezogen werden, aber den Inhalt ihrer Anordnungen und Thätigkeit draf das Gesetz nicht bestimmen, sondern der Geist und die freie Beurtheilung ihrer Lenker und Besorger, welche alle concreten Umstände und den Erfolg erwägen.[1232]

Wij zien hier het begrippenpaar van de hiervoor (par. 6.2) behandelende *politie* en *justitie* terugkeren. Terwijl de *justitie* bij Stahl het domein is van de bescherming van de negatieve vrijheid, vormt de *politie* het bereik van wat in termen van Berlin de positieve vrijheid (van de overheid) genoemd kan worden: [1233]

> Das eerste Ziel ist der Friede des Staates, (…). Auf dieser Grundlage erhebt sich positieve Sorge zunächst für das physische Wohl, bei Ernährung (Armenwesen),

[1231] Stahl (1878) 1963. Stahl is een theocratisch denker, die zich op onderdelen verzet tegen zowel de conservatieven als de liberalen. De grondslagen van het criminele strafrecht moeten volgens hem worden gezocht worden in schending van de tien geboden, die een schending van de majesteit van God betekenen, zie bijvoorbeeld a.w. p. 681-683. Zie over rationalisering van de strafrechtspleging par. 5.5.4 hierboven.

[1232] Stahl (1878) 1963, p. 587-588. Anders Mohl 1832, p. 8-14 'Ableitung des Begriffes der Polizei aus den Staatszwecke'. Mohl meent dat twee soorten hindernissen de vrijheid van burgers in de weg kunnen staan: (1) de inbreuken die medemensen op de vrijheid maken en (2) de overmacht van uiterlijke omstandigheden. De taak van de overheid ter bescherming tegen die eerste hindernissen bestaat uit de rechtspleging oftewel 'Justiz', terwijl de taken die gericht zijn op het wegnemen van de overmacht van uiterlijke omstandigheden onder de 'Polizei' vallen.

[1233] Berlin 1969, p. 131. Met positieve vrijheid doelt Berlin op de vrijheid om deel te hebben aan de macht, om heer en meester te zijn over omstandigheden binnen en buiten de mens: "The desire to be governed by myself, or at any rate to participate in the process by which my life is to be controlled, may be as deep a wish as that of a free area for action, and perhaps historically older. But it is not a desire for the same thing. So different is it, indeed, as to have led in the end to the great clash of ideologies that dominates our world. For it is this - the 'positive' conception of liberty: not freedom from, but freedom to - to lead one prescribed form of life - which the adherents of the 'negative' notion represent as being, at times, no better than a specious disguise for brutal tyranny". Zie ook Foqué 1993, p. 30-31.

> den Wohlstand (Nationalökonomie), die Gesundheit (Medicinalpolizei), die Annehmlichkeit und Aehliches, sodann für das geistige Wohl, für Sitte und Ehrbarkeit, Erziehung und Bildung, für Religion und Kirche.[1234]

Doordat Stahl *justitie* en *politie* als domeinen van elkaar scheidt, ontstaat voor de staat een - weliswaar begrensde - ruimte waarbinnen met het oog op het totstandbrengen van het algemeen welzijn *in vrijheid* gehandeld kan worden.[1235] Dat betekent voor Stahl onder meer dat de rechter binnen die vrije ruimte het handelen van de overheid niet mag toetsen. Die ruimte - afgegrensd door de wetgever - mag niet onder de *justitie* worden gebracht.[1236] De regels die in het kader van de *politie* gehandhaafd moeten worden, mogen dan ook niet verward worden met de regels die door de *justitie* beschermd worden. Dat leidt ten aanzien van de punitieve handhaving tot een *essentieel* onderscheid tussen het politiestrafrecht en het criminele strafrecht (dat valt onder de *justitie*): [1237]

[1234] Stahl (1878) 1963, p. 593. Zie ook Vervaele 1990, p. 85 en 86 over de nieuwe opvatting van de staat in het postrevolutionaire Frankrijk: '(1) de staat eigent zich het monopolie toe van opvoeding, welzijnsbeleid en stafrechtelijk beleid (…..) en (2) de staat ontwikkelt een instrumentalistisch-functionalistische visie op de deviantie, (…) met andere woorden de mogelijkheid van een sociale preventieve politiek (..) is geboren.' In gelijke zin Donner 1987, p. 46: "Aanknopend bij de ongedifferentieerde ordening van de standenstaat had het verlicht despotisme [van Willem I, Frederik de Grote, Joseph II en Napoleon, mh] zijn zorg uitgestrekt tot het hele bestaan van mens en samenleving en zijn bevoegdheden gebruikt om ze geestelijk en materieel te hervormen naar zijn idealen, zeer hoogstaande en humane idealen weliswaar, maar over welker idealiteit de onderdaan niet werd geraadpleegd. Zich graag als vader van zijn volk aandienend, was de verlichte despoot in waarheid een patriarch die meende in alle opzichten het beste voor zijn familie te kennen en te doen, maar dan ook eerbiedige gehoorzaamheid verwachtte".

[1235] Voor een (ideeën)historische analyse van de tegenstelling tussen rechtsorde en algemeen belang en de met dit laatste verbonden gedachte van een 'freies Ermessen' waarbinnen de overheid vrij is van rechterlijke controle, zie Van der Hoeven 1989, p. 81 e.v.

[1236] Daarmee breekt dit 19e eeuwse gedachtengoed met de middeleeuwse bescherming die de burger aan het civiele recht ontleende dat mede het bestuursrecht omvatte. Pas met de opkomst van de gemene rechtsleer keert de gedachte terug dat de burgerlijke rechter ook ten aanzien van de overheid rechtsmacht heeft (zie bijvoorbeeld Van der Hoeven 1989, p. 156 en 158); het gaat dan echter uiteraard niet meer om punitieve sancties die immers hetzij onder de competentie van de strafrechter hetzij onder de competentie van de bestuursrechter vallen.

[1237] Zie par. 4.5 hierboven en 6.5.6 hieronder over de vraag of, en zo ja in hoeverre - historisch gezien - aan het onderscheid tussen *crimina* en *contraventie*s een essentieel karakter moet worden toegekend. Zie ook Prins 1958, p. 232-238, op p. 232 rijst voor hem "de vraag, die wij niet kunnen ontwijken nl. deze, of het onderscheid tussen crimineel en politiestrafrecht - naar oud-nederlandse stijl een verschil in procedure -

> Die Polizei übt auch eine Strafgewalt. Die ist nicht etwas der Rechtspflege Entnommenes, sondern liegt in ihrem eigenen Wesen. Da sie das Gemeinleben nach seinen Zielen fördert, so mu sie nicht den, der nicht gehorcht zwingen, sondern auch den, der widerstrebt, züchtigen, durch Furcht und Zufügung von Uebeln die Widerstrebenden zur Erreichung der Ziele bestimmen, die Unerlaubtheit der entgegengesetzten Handlungen ihnen einschärfen. Das liegt im Wesen aller Lenkung, Förderung und Fortbildung. Wie der Hausvater zwar keine Strafgerechtigkeit zu über hat, aber doch die Seinigen nicht erziehen und fördern kann, ohne ihn zu strafen, also auch in iher Weise die Polizei.[1238]

Stahl vergelijkt het politiestrafrecht rechtstreeks met het recht van het hoofd van de huisgemeenschap uit de Oudgermaanse samenleving: de onbeperkte onderworpenheid aan de macht en het gezag van de *pater familias*. In termen van Radbruch verwijst Stahl hier naar het 'Knechtsstrafrecht' dat de onderdanige verhouding tussen knecht en heer bevestigt.[1239] Het karakter van rechtsnormen die onder het 'eigenlijke' strafrecht en dus onder de *justitie* vallen, is volgens Stahl dan ook wezenlijk anders dan het karakter van rechtsnormen die door het politiestrafrecht beschermd worden en dus onder de *politie* vallen:

> Die Polizeistrafe ist aber danach auch von ganz anderer Art als die der Justiz. Ihre Bedeutung ist nicht Strafe in eigentlichen Sinne, sondern Züchtigung, da der sich

correspondeert met een wezenlijk verschil in karakter tussen twee categorieën van strafbare feiten". Prins a.w. p. 235 wijst op 'het Duitse zoeken naar een in de natuur der normen gelegen criterium, hetwelk de mogelijkheid zou openen 'nauwkeurig' te onderscheiden en 'een scherpe lijn' te trekken' en p. 236 'maar onder de invloed van Duitse theorieën zijn latere beschouwers er toe gekomen om achter de indeling van de Code een in het wezen der strafbare feiten gelegen onderscheid te zoeken'.

1238 Stahl (1878) 1963, p. 594. Ook Mohl 1832, p. 31 noot 6 meent dat er verwarring ontstaat wanneer 'Rechtswidrigkeit' gelijk wordt gesteld aan 'Gesetzwidrigkeit'. Hij spreekt echter niet van een wezensonderscheid en stelt op p. 33 dat het een goede zaak zou zijn om niet alleen zwaardere maar überhaupt alle straffen (ook die wegens 'Verletzung der Polizei Gesetzgebung') over te laten aan de rechter. De bezwaren daartegen zijn praktisch van aard en hebben te maken met de massaliteit van de schending. Hij merkt vervolgens op p. 34 nog op: "Kaum der Bemerkung bedarf es übrigens, dass in den jenigen Straffällen -Abtheilung der Polizei-Behörden zur Entscheidung bleiben, diesse letzteren ganz nach den Grundsatze des Strafrechtes und Strafverfahrens zu handeln haben". Het is duidelijk dat Mohl het onderscheid tussen de normen die door het strafrecht en de normen die door de *politie* beschermd worden van belang acht, zonder dat dit betekent dat de punitieve handelingen van de overheid in het kader van de *politie* aan de straf(proces)rechtelijke beginselen onttrokken mogen worden.

1239 Radbruch 1950, p. 11: "Das Strafrecht trägt bis auf den heutigen Tag die Züge seiner Abstammung von den Knechtsstrafen. Die Strafe bedeutet seither eine capitis deminutio, weil sie die capitis deminutio dessen, für den sie ursprünglich bestimmt war, voraussetzt. Bestraft werden bedeutet jetzt behandelt werden wie ein Knecht". Zie hierboven par. 3.3.2.

> verging es künftig lasse, Abhaltung Anderer und Reprobation des Aergernissen, das ist reelle nachdrückliche Einschärfung der Verwerflichkeit, und sie tritt nicht ein wegen Verletzung der Rechtsordnung, sondern wegen Verletzung des Gemeinwohls, weil die Maa□ regeln, die für die öffentliche Sicherheit, den Wohlstand gestoffen sind, oder die Offentliche Sitte und Ehrbarkeit u. vgl. verletzt wurden.[1240]
>
> Aus dem Wesen der Strafgerechtigkeit, wie es hier auseinandergesezt worden, ergibt sich auch der Begriff des Verbrechens und seine Abgränzung. Verbrechen ist danach die Verletzung gegen die Herrschaft von Recht und Staat, als der äu□ ern ethischen Ordnung auf Erden.[1241]

Schending van de door het politiestrafrecht beschermde rechtsnormen maakt geen inbreuk op de rechtsorde maar op het algemeen belang.[1242] Kennelijk beschouwt Stahl de rechtsorde als een geheel van in het rechtsbewustzijn levende rechtsnormen, terwijl het algemeen belang een door de overheid ontworpen blauwdruk is van de gewenste maatschappelijke orde. Het privaat- en het strafrecht maken deel uit van de rechtsorde[1243] en vallen om die reden onder de *justitie*. Het politiestrafrecht ziet op de handhaving van het algemeen belang zoals vastgesteld door de overheid en deze handhaving valt om die reden dus niet onder de *justitie* maar onder de *politie*. Hier dringt zich de vergelijking op met het gedachtegoed van Hamaker, die meende dat het privaatrecht de inhoud van het rechtsbewustzijn is, terwijl wat wij publiekrecht noemen helemaal geen recht is, maar 'overheidsbevel in de vorm der wet'.[1244] Van der Hoeven zegt in zijn tekst over de 'magische lijn' tussen privaat- en publiekrecht over deze inzichten van Hamaker:

> Naar zijn inzicht is de verwarring rond het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht veroorzaakt door het misverstand, dat het privaatrecht, indien neergelegd in de wet, zou gelden *omdat* de wetgever het wil. De wetgever kan echter de inhoud

[1240] Stahl (1878) 1963, p. 594-595. In dezelfde zin a.w. p. 693-694.

[1241] Stahl (1878) 1963, p. 690. Stahl hanteert op dit punt een Hegeliaans staatsbegrip met een theocratische grondslag.

[1242] Over dit onderscheid tussen rechtsorde en algemeen belang of welvaartsdoel zie Van der Burg 1961, p. 38 en Van der Hoeven 1989, p. 74.

[1243] Stahl (1878) 1963, p. 598. Stahl stelt hier dat de rechtspraak de *gerechtigheid* van de staat betreft en die omvat volgens Stahl de straffende en de beschermende gerechtigheid: "Jenes ist die Kriminal-, dieses ist die Zivilrechtspflege, jenes die strafende, dieses die schützende Gerechtigkeit".

[1244] Zie Van der Hoeven 1970, p. 201 over het preadvies voor de NVJ van Hamaker uit 1894. Foqué 1992, p. 24: "Zo stelde de toenmalige Utrechtse ordinarius voor Encyclopaedie van het Recht Hamaker aan het einde van de vorige [negentiende, mh] eeuw vast dat het privaatrecht begrepen moet worden als de emanatie van het rechtsbewustzijn terwijl het publiekrecht het bevelskarakter van de overheid tot inhoud zou hebben".

> van het rechtsbewustzijn niet vaststellen en dus ook het privaatrecht niet, al is hij wel bevoegd om eventueel daartegenin te gaan en al moet men de ondergeschiktheid van het rechtsbewustzijn aan het overheidsbevel naar zijn mening erkennen.[1245]

Wij zien hier dezelfde opvatting terugkeren als die van Stahl en de eerder besproken opvatting van Goldschmidt, waar Van der Poel zich in belangrijke mate op beroept bij zijn pleidooi voor buitengerechtelijke afdoening van overtreding van bestuurlijke regelgeving.[1246] In feite wordt door Stahl, zoals wij eerder bij Van der Poel en Goldschmidt vaststelden, het imperatieve aspect van de door het politiestrafrecht beschermde rechtsnormen verabsoluteerd, terwijl van de door het (criminele) strafrecht beschermde rechtsnormen juist het normatieve aspect wordt verabsoluteerd.[1247] Deze opvatting leidt ertoe dat de handhaving van door het strafrecht beschermde rechtsnormen in handen kan worden gelaten - en zelfs moet worden gelaten - van de gelijken van de beschuldigde, die bij hun oordeel onafhankelijk moeten zijn van de vorst. Alleen de wet, die gelijk is voor vorst en onderdaan mag bepalend zijn voor het rechterlijk oordeel in deze zaken (crimineel strafrecht en privaatrecht). Stahl sluit hier opnieuw aan bij de Germaanse samenleving, maar nu niet bij de absolutistische macht van de heer over zijn familieleden en knech-

[1245] Van der Hoeven 1970, p. 201. Zie ook Foqué 1992, p. 24.

[1246] Zie de aanvang van deze paragraaf en par. 4.5.7 hierboven. Zie ook par. 5.3.3.4. Goldschmidt is in Duitsland als de theoreticus van de 'Ordnungswidrigkeiten' bekend. Zie Michels 1963, Schaffmeister 1984, p. 139 en Hartmann en Van Russen Groen 1994, p. 34-35. Overigens relativeert Goldschmidt 1902, p. 533 zelf het onderscheid tussen *justitie* en *politie* ('Verfassung' en 'Verwaltung', zie par. 6.5.4 hieronder) door de afbakening tussen beide als het resultaat van een historische evolutie te zien: "Die Machtverhältnisse der Willensträger [de constitutie van de samenleving die door de *justitie* beschermd wordt, mh] sind fortwährendem Wechsel unterworfen; sie sind nichts Absolutes, sondern etwas Variables. Ihre Erfassung ist daher nur möglich, sobald sie einen bestimmten zeitlichen oder örtlichen Kolorit angenommen haben, also in einen Zustand gelangt sind". Zie verder par. 6.5.4.

[1247] Hetzelfde deed Loeff toen hij het onderscheid tussen publiekrecht (in de zin van bestuursrecht) en privaatrecht zocht in 'de strekking van de door de staat tot zijn onderdanen gerichte imperatief: de privaatrechtelijke imperatief vestigt een betrekking tussen onderdaan en onderdaan, de publiekrechtelijke imperatief vestigt een betrekking tussen de staat en zijn onderdanen', aldus Van der Hoeven 1989, p. 95. In gelijke zin wordt door Goldschmidt en Van der Poel in het criminele strafrecht de (be)vestiging van een norm gezien die tussen rechtsgenoten onderling functioneert, terwijl in het politiestrafrecht sprake is van een norm die tussen burger en overheid functioneert. Het door Schaffmeister 1984 voorgestelde frequentiecriterium is in feite een verabsolutering van de afwezigheid van het normatieve aspect bij normen die massaal overschreden worden.

ten, maar bij de consensuele besluitvorming door het gerecht onder leiding van de rechter in oude zin:

> Die ist denn auch der Grundgedanke schon der römischen und noch mehr der germanischen Gerichtsverfassung. Nach ihm ist überall der Herrscher und Gesetzgeber (König und seine Beamten bez. Magistrat) von dem Gericht ausgeschlossen, und Männer, die sonst nicht herrschen über den Beschuldigten - also seines Geleichen im weitesten aber eigentlichen Sinne - richten ihn.[1248]

De scheiding tussen bestuur en rechtspraak voltrekt zich in de moderne staat, waar de rechter in moderne zin in naam van de koning rechtspreekt, maar bij zijn oordeel gebonden is aan de wet die de neerslag is van de gerechtigheid. De rechter is een 'Mittelmacht zwischen Herrscher und Unterthan dadurch, dass sie die Stellung beider theilt, die Darstellung des reinen Wesens der Untergebenen, angethan mit der Macht des Herrschers':

> Auf einer solchen Mittelmacht beruht alle politische Freiheit, sie ist der tiefste Gedanke, das innerste Urbild der ganzen Einrichtung der Staatsherrschaft.[1249]

Deze bemiddelende positie van de rechter mag echter volgens Stahl niet verward worden met een machtenscheiding. De overheid en de soevereiniteit zijn net als bij Bodin en anders dan bij Montesquieu ondeelbaar. In het rechterlijk oordeel komen het machtswoord (jurisdictio) en het oordeel (judicium) samen: de rechter is orgaan van de koning en tegelijk oordeelsvinder.[1250]

Wanneer de *politie* en de *justitie* aldus gescheiden domeinen zijn, waarbinnen de schending van rechtsnormen respectievelijk juist niet en juist wel door de onafhankelijke rechter moeten worden vastgesteld en gestraft,[1251] doemt de vraag op wie de grens tussen de *politie* en de *justitie* bepaalt. Volgens Stahl kan alleen de staat zelf beslissen welk handelen onder de *politie* en daarmee welk handelen onder de *justitie* valt. Wanneer daarover een rechter zou komen te beslissen, zou de staat ophouden staat te zijn, want de staat is en blijft bij Stahl volledig soeverein.

[1248] Stahl (1878) 1963, p. 602.

[1249] Stahl (1878) 1963, p. 604.

[1250] Stahl (1878) 1963, p. 605, ook 664-670.

[1251] Ook Thorbecke zag de rechterlijke macht volgens Van der Hoeven 1989, p. 69-71 als een onderdeel van de uitvoerende macht. Ten aanzien van de normering van het domein van 'de politie' of het bestuur sprak Thorbecke over 'politisch recht'. Van der Hoeven stelt op p. 70: "Als praktisch politicus liet hij de term 'politisch recht' al spoedig varen, maar de strekking daarvan bleef hij trouw, namelijk aanduiding van een rechtsgebied dat geheel anders moet worden behandeld dan het straf- en privaatrecht, maar vooral: waar een rechterlijke macht, welke ook, buiten gesloten moest blijven". Zie ook Donner 1987, p. 34-35 over soortgelijke problemen tijdens de Republiek.

> Das was Gegenstand der Verwaltung, der Autorität der Staatsregierung ist, kann demnach niemals, auch wenn Verletzung der Unterthanenrechte behauptet werd, zur Justizsache werden.[1252]

Een term als administratief recht ('Administrativjustiz') kan dan ook niet bestaan vanuit dit perspectief.[1253] In het verlengde daarvan is constitutionele toetsing van het handelen van de overheid (waaronder ook de wetgeving valt) evenzeer ondenkbaar.[1254] De rechter mag alleen op het terrein van het eigenlijke strafrecht en het privaatrecht *aan de hand van de wet* oordelen over de beweerde normschending van burgers.[1255]

Bij Stahl is kort samengevat sprake van een formeel rechtsstaatbegrip waarvan de kern gevormd werd door de suprematie van de wet: bij de handhaving van de *rechtsorde* is de overheid gebonden aan een voorafgegeven recht in de vorm van door de wetgever opgestelde algemene burgers bindende regels. Bij het nastreven van het *algemeen belang* is de overheid echter niet gebonden aan enig voorafgegeven recht. In deze formele conceptie van de rechtsstaat vormt de binding aan een voorafgegeven recht het onderscheid tussen rechtsstaat en politiestaat, waarbij direct moet worden aangetekend deze onderscheiding binnen het domein van de *politie* dus niet opgaat. Het gedachtegoed van de formele conceptie van de rechtsstaat kwamen we hiervoor reeds tegen bij het onderscheid dat Van der Poel maakt tussen de rechtsstaat en de politiestaat.[1256] De binding van de staat aan een voorafgegeven recht wordt in deze conceptie gegrond in de idee van *zelfbinding*. Omdat de staat hier - anders dan in de Franse doctrine - niet de personificatie is van volk of natie, maar een rechtsubject sui generis die het bevelsrecht ('Herrschaft') als subjectief recht

1252 Stahl (1878) 1963, p. 606.

1253 Stahl (1878) 1963, p. 610. Foqué 1992, p. 23 spreekt in zijn oratie van een etatistische staatsopvatting, die tot uitdrukking komt in 'de vanzelfsprekendheid dat de staatsoverheid en dus ook de ter uitoefening van de staatstaken optredende overheidsadministratie uiteraard en steeds het algemeen belang representeren en behartigen'.

1254 Stahl (1878) 1963, p. 670-679.

1255 Het feit dat in Engeland ook de rechtsnormschendingen die onder de *politie* vallen aan de rechterlijke macht zijn toebedeeld en samen met het criminele strafrecht tegenover het privaatrecht staan, verklaart Stahl door het feit dat de rechter in dat geval een veel grotere taak heeft dan in Duitsland. In Engeland zou de rechter niet alleen de gerechtigheid dienen maar tevens de hoeder zijn van het algemeen belang zoals door de overheid vastgesteld. Daartegenover kan gesteld worden dat in Engeland geen sprake was van de 'privatisering' van het 'civiele recht', waardoor de rechter - zoals voorheen ook in continentaal Europa - op grond van het gemene recht (dat dus niet alleen privaatrecht is) over het overheidshandelen kan oordelen. Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 1999, p. 445.

1256 Par. 6.4.2 hierboven.

bezit[1257] kan de beperking van het bevelsrecht in deze formele conceptie alleen gedacht worden als zelfbeperking. Wanneer de beperking van overheidsmacht als een vorm van zelfbeperking gedacht wordt, komt het onderscheid tussen rechtsstaat en politiestaat geheel af te hangen van de vraag of de soeverein, wiens wil immers wet is *tegenover* de natie, bereid is zich te beperken.[1258] In die zin ligt de monistische soevereiniteitsconceptie van Stahl in het verlengde van Bodins ondeelbare soevereiniteit.

Het onderscheid tussen politiestaat en rechtsstaat in enge zin moet ook volgens Chevallier *niet* gezocht worden in het feit dat in de politiestaat geen sprake zou zijn van recht of van de handhaving van een rechtsorde. Het kenmerk van de politiestaat is *niet* dat er *geen* gebruik wordt gemaakt van het recht, maar dat het recht volledig ondergeschikt is aan en voortvloeit uit de wil van de soeverein.[1259]

[1257] Chevallier 1994, p. 33-34. Dit is bijvoorbeeld ook de positie van Goldschmidt 1902, die in zijn *Das Verwaltungsstrafrecht* onderscheid maakt tussen de *Lex* en het *Imperium* als zelfstandige bronnen van respectievelijk de rechtsorde en de bestuurlijke orde (p. 186 e.v.). Het 'Verwaltungsstrafrecht' heeft volgens Goldschmidt als oorsprong 'Ausübung des Herrschaftsrechts des verwaltenden Staats' (p. 191) en kan niet herleid worden tot de wetgevende macht, zoals de Fransen dat - volgens hem ten onrechte - doen (p. 174 e.v.).

[1258] In de Franse doctrine werd de verhouding tussen staat en natie daarentegen geheel anders geconcipieerd. De beperking van overheidsmacht werd gebaseerd op de omwenteling van de Revolutie. De regicide en de instauratie van de volksvertegenwoordiging als representatie van de natie ('volonté générale') betekende dat de macht van de overheid al bij voorbaat niet meer als een bevelsmacht van een autonoom soeverein tegenover onderworpen onderdanen gedacht kon worden. De soevereiniteit berustte immers bij het volk zelf. De gelijkstelling van staat en natie roept weer andere problemen op, omdat niet duidelijk is hoe de individuele vrijheid gegarandeerd is wanneer het bevelsrecht berust bij een 'volonté générale' die het onmogelijk maakt om het onderscheid tussen meerderheid en minderheid zelfs maar te conceptualiseren. Chevallier schetst de problemen die voortkomen uit de suprematie van de wet als manifestatie van de 'volonté générale'. Deze suprematie gaat feitelijk zover dat de constitutie waarin de individuele rechten en vrijheden gewaarborgd zijn, niet wordt beschermd tegen de almacht van de wetgever, a.w. p. 27.

[1259] Daarbij is niet van belang of die soeverein een koning is (zoals in Duitsland in de 19e eeuw) of 'het volk' (zoals in het postrevolutionaire Frankrijk). Vervaele 1990, p. 92 meent dat in de rechtsstaat *anders* dan in de politiestaat en/of Verlicht despotisme niet meer de soevereine vorst fungeert als hoeder van het algemeen belang, maar 'een abstracte staatsstructuur die zichzelf fundeert en legitimeert op basis van de juridische norm'. Volgens Chevallier 1993, p. 44-54 ligt deze formele opvatting van de rechtsstaat (waarbij - zoals hij onder verwijzing naar Kelsen stelt - de term 'rechtsstaat' als een pleonasme opgevat kan worden) juist in het verlengde van de politiestaat.

Ook de politiestaat is een rechtsstaat als we daarmee doelen op het feit dat de constructie en de handhaving van de politiestaat gebaseerd zijn op het recht, zij het op een puur instrumenteel recht dat geheel in het verlengde ligt van het bevelsrecht van de soeverein (de politiestaat valt onder de rechtsstaat in brede zin).[1260] In de formele conceptie van de rechtsstaat van Stahl functioneert de staat binnen het domein van het publiekrecht (de *politie*) in feite als een politiestaat,[1261] terwijl binnen het domein van het privaat- en strafrecht (de *justitie*) rechtsstatelijke verhoudingen lijken te bestaan. Bij dat laatste moet dan wel bedacht worden, dat de staat weliswaar gehouden is gezag te verlenen aan normen die deel uitmaken van het rechtsbewustzijn voorzover deze zijn gepositiveerd, maar dat de staat zelf in de formele opvatting van de rechtsstaat niet door de rechter ter verantwoording kan worden geroepen, ook niet binnen het domein van het privaat- en het strafrecht.

In de formele conceptie van de rechtsstaat staat de binding aan en de handhaving van een voorgegeven, positief recht dus centraal. Op dit punt komen meerdere lijnen samen. De door Berman geschetste rol van het *geschreven* recht als constitutief element van de kerkelijke en wereldlijke overheden in de late middeleeuwen, sluit aan bij deze conceptie van de formele rechtsstaat. De ontwikkeling van een geleerd recht en het feit dat het uitvaardigen van *nieuw* recht een steeds prominenter rol gaat spelen, scheppen samen de mogelijkheidsvoorwaarden voor het ontstaan van een monopolistische seculiere rechtsorde. Het uitvaardigen van nieuw recht door de koningen werd in de loop van de late middeleeuwen steeds minder gebaseerd op instemming van de rechtsgenoten en steeds meer op het bevelsrecht van de koning.[1262] De uit-

[1260] Zo stelt Goldschmidt 1902, p. 76 dat de achttiende eeuwse politiestaat samenvalt met een verabsolutering van het politierecht. Deze verabsolutering leidt ertoe dat de *justitie* wordt geconcipieerd als een specifiek onderdeel van de politie. Goldschmidt beschrijft op p. 80-88 hoe het criminele strafrecht in de tijd van Jozef II gepolitiseerd werd doordat het onderscheid tussen 'Kriminalverbrechen' en 'politischen oder Polizeiverbrechen' als een kwantitatief en niet als een kwalitatief onderscheid gezien wordt, dat verder bepaald wordt door de vraag of een rechter dan wel een ambtenaar competent is de zaak te berechten. In feite werd ook het criminele strafrecht gezien als een vorm van politiestrafrecht. Vergelijk de positie van Thorbecke die meende dat de rechterlijke macht een onderdeel is van de uitvoerende macht, zie Van der Hoeven 1989, p. 62.

[1261] Dit was volgens Van der Hoeven 1989, p. 123 ook het standpunt van Krabbe: "Krabbe wilde deze door de meeste schrijvers onvermijdelijk geoordeelde leemte, die hij typerend achtte voor wat hij aanduidde als 'de politiestaat' opvullen door voor alle overheidsbevoegdheid een herleiding tot een concrete wetsbepaling te eisen, waarbij hij de betekenis en strekking van de wetsinhoud dan weer onderschikte aan het rechtsbewustzijn".

[1262] Zie hierboven par. 4.3 inzake de overgang van suzereiniteit naar soevereiniteit.

vaardiging van nieuw recht werd een prerogatief van de vorst dat aan het eind van de middeleeuwen steeds meer gebaseerd was op 'le bon plaisir du Prince'. Voorzover binnen de formele rechtsstaat een vrije ruimte bestaat waarbinnen de overheid haar eigen conceptie van het algemeen belang kan nastreven, is niet alleen de politiestaat maar ook de formele rechtsstaat kwetsbaar voor de willekeur die het kenmerk is van de despotie als regeringsvorm waarin de wil van de soeverein geen tegenwicht meer vindt. De secularisering van Bodins soevereiniteitsconceptie leidt tot een onbegrensd absolutisme, eerst binnen de politiestaat en later binnen het domein van de *politie* binnen de formele rechtsstaat.

De binding aan een voorafgegeven recht die door Van der Poel als onderscheidend criterium wordt aangevoerd tussen rechtsstaat en politiestaat *krijgt pas betekenis* als duidelijk is dat degene die dat recht heeft uitgevaardigd niet de macht heeft te beslissen over de schending ervan.[1263] *Daarmee is het onderscheidend criterium voor de begrippen rechtsstaat in enge zin en politiestaat niet het bestaan van een voorafgegeven recht, maar het bestaan van een onafhankelijke rechterlijke macht, die oordeelt over de eventuele schending van dit recht.* Dat betekent dat de formele rechtsstaat op cruciale punten overeenkomt met de politiestaat. Pas wanneer de binding aan het voorafgegeven recht niet meer afhankelijk is van de goede wil van de vorst, zoals in de leer van de zelfbeperking, maar in handen ligt van een institutie die zich kan verzetten tegen interventie vanuit het bestuur kan sprake zijn van een rechtsstaat in enge zin. Vanaf dat moment is de binding aan het recht bovendien meer dan de implementatie van uitgevaardigde normen, omdat de aan het objectieve recht ontleende norm ten processe nog betekenis moet krijgen binnen de actualiteit van de voorliggende casus.[1264]

[1263] Met de Franse politiek filosoof Lefort 1994, p. 59 zou ik hier willen spreken van de installatie van de kloof tussen het weten (de onafhankelijke rechter) en de macht (wetgever en bestuur). Hij situeert deze installatie in de Verklaring van de rechten van de mens van 1791 en spitst zijn betoog toe op de vrijheid van meningsuiting van artt. 10 en 11. Hij meent dat 'de notie van de rechten van de mens verwijst naar een voortaan onbeheersbare ruimte' (Lefort 1992, p. 93, vergelijk Lefort 1994, p. 66-67). Zie hoofdstuk 7.

[1264] Dat betekent dat de leer van het materiële feit verbonden is met de hier geschetste formele opvatting van de rechtsstaat. Binnen het domein van de *politie* gaat het uitsluitend om implementatie van door de overheid uitgevaardigde normen, 'ongeacht de vraag of aan de dader terzake enig verwijt kan worden gemaakt' (Prins 1958, p. 238). Wanneer de strafrechter met de berechting van deze *contraventie*s wordt belast gaat hij zich volgens Prins onvermijdelijk bezig houden met de vraag of wel aan de vereisten van het criminele strafrecht is voldaan: het imperatieve aspect dat in het geobjectiveerd omschreven delict is neergelegd wordt verbonden met het normatieve aspect dat in de

Vertaald naar onze huidige wetgeving krijgt het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van art. 1 Sr met het daarin vervatte verbod van terugwerkende kracht, pas betekenis wanneer het verbonden wordt met het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel van art. 1 Sv en met art. 113 van de Grondwet die de berechting van strafbare feiten in beginsel toewijzen aan de onafhankelijke rechter conform het beslissingsmodel van art. 348 en 350 Sv.

6.4.4 Liberale en sociale rechtsstaat en de verhouding tussen 'justitie' en 'politie'

Hierboven hebben wij twee typen rechtsstaat onderscheiden: de politiestaat waar al het recht herleid kan worden tot bevelen met algemene inhoud afkomstig van een soeverein die als bron van alle recht boven de wet staat en de rechtsstaat in enge zin waar het recht de constitutionele verhoudingen tussen volk en vorst en tussen rechtsgenoten onderling betreft en dus naast een imperatief aspect steeds ook een normatief aspect articuleert. Historisch gezien kan de politiestaat gesitueerd worden in de achttiende eeuwse absolutistische vorstendommen in Frankrijk (het Ancien Régime) en in Duitsland en Oostenrijk (waar Frederik II de Grote en Jozef II als verlicht despoot regeerden). Al het recht is politierecht, ordeningsrecht, gericht op het bereiken van door de soeverein vastgestelde doelen. De onderschikking van de *justitie* aan de *politie* was zichtbaar in de inquisitoire procesvorm van het 'Ancien Regime'. Ten aanzien van de verlichte despotieën in Duitsland waar de absolutistische vorsten hun handelen in dienst stelden van wat zij als het algemeen belang of de welvaart van hun onderdanen zagen, stelt Michels:

> Der Polizei- oder Wohlfahrtsstaat hat die Tendenz, das Justizstrafrecht im Verwaltungsstrafrecht gleichsam aufgehen zu lassen. Tatsächlich war das Strafrecht des aufgeklärten Polizeistaats des 18. Jahrhunderts seinem Wesen nach ingesamt nur Verwaltungsstrafrecht mit einer bloss technischen Arbeitsteilung zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden. Alles Strafrecht diente nach damaliger Auffassung lediglich der Förderung des allgemeinen Staatswohls. Die Wohlfartsidee löste den Rechtswertgedanken gleichsam auf. Alles Tun wurde in weitem Umfange nur von der Staatsraison und von Zweckmässigkeitserwägungen aus beurteilt. Nur in formeller Hinsicht, d.h. unter dem Gesichtspunkts der auf die Straftat reagierenden staatlichen Funktion, bestand ein Gegensatz zwischen Strafjustiz und Polizeigerichtsbarkeit, wobei als massgebendes Kriterium für die Abgrenzung der Zuständigkeit die grössere oder geringere Schwere der Verfehlung angesehen wurde. Für eine materielle Grenzziehung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht war vor der Warte des Polizei- oder Wohlfahrtsstaats

actualiteit van de voorliggende casus gereconstrueerd moet worden. Zie hierboven par. 5.3.3.4.

> jedoch infolge der Uberspannung der Wohlfahrtsidee und der Omnipotenz der Staatsverwaltung kein Platz.[1265]

Tegenover deze instrumentalisering van het recht staat de bemiddelende functie van het recht in de rechtsstaat in enge zin. Historisch gezien kunnen daarbinnen verschillende varianten worden gelokaliseerd. In de 19e eeuw kunnen een formele en een liberale versie van de rechtsstaat in enge zin onderscheiden worden. Hierboven - in par. 6.4.3 - hebben wij de formele conceptie van de rechtsstaat besproken die een scherp onderscheid maakt tussen de domeinen van de *justitie* en dat van de *politie*. Terwijl binnen het domein van de *justitie* een nieuw type proces verschijnt, waarbinnen de verdachte een eigen rechtspositie wordt toegekend, heerst binnen het domein van de *politie* een volledige vrijheid van handelen voor de overheid die bovendien niet door anderen kan worden aangesproken op schending van het uitgevaardigde recht. De overheid staat in die conceptie alleen op grond van zelfbeperking onder het recht dat zij zelf heeft uitgevaardigd. Naast de formele conceptie van de rechtsstaat ontwikkelde zich een liberale opvatting van de rechtsstaat waarin het onderscheid tussen de *justitie* en de *politie* analoog aan de opvatting van de formele conceptie van groot belang was, omdat het criminele strafrecht geacht werd rechten of rechtsgoederen te beschermen die deel uitmaakten van een gedeeld rechtsbewustzijn, terwijl het politiestrafrecht door de overheid gecreëerde rechten of rechtsgoederen beoogde te beschermen. In de liberale conceptie van de rechtsstaat moest het domein van de *politie* echter zo beperkt mogelijk blijven (nachtwakersstaat) en lag de nadruk bijna volledig op de beschermende functie van het recht. Het politiestrafrecht was voor de liberale opvatting van de rechtsstaat een groot probleem: de overheveling van het civiele naar het criminele recht kwam voort uit deze opvatting van de rechtsstaat. Zo stelde Mohl dat in beginsel alle strafbare feiten door de rechter moeten worden afgedaan:

> Allerdings wäre es folgereichlich nicht nur diese schwerere, sondern überhaupt alle Strafe wegen Verletzung der Polizei Gesetzgebung den Gerichten zu übergeben (..).[1266]

Hij moet echter toegeven dat de daardoor te verwachten capaciteitsproblemen bij de rechterlijke macht een andere oplossing rechtvaardigen. Anders dan in de formele conceptie van de rechtsstaat wordt het onderscheid tussen beide vormen van straffen hier niet als een wezensonderscheid opgevat. Door het primaat dat in de liberale conceptie wordt toegekend aan de negatieve

[1265] Michels 1963, p. 25-26. Hij verwijst naar het nationaal-socialisme en het sovjetregiem als hoogtepunten van een dergelijke politiestaat.

[1266] Mohl 1832, p. 33.

vrijheid van de burger krijgt de schending van het ordeningsrecht minder aandacht. Volgens Mohl is het ordeningsrecht erop gericht de overmacht van uiterlijke omstandigheden te doorbreken, die de negatieve vrijheid van burgers inperken.[1267] Binnen de formele conceptie van de rechtsstaat is het ordeningsrecht een manifestatie van de positieve vrijheid van de staat. Om die reden kan de formele conceptie van de rechtsstaat als voorloper van de verzorgingsstaat worden gezien.

Het eerste Duitse Wetboek van Strafrecht uit 1813 nam de driedeling van strafbare feiten over uit de Franse Code Pénal en sprak van: 'Verbrechen' (crime), 'Vergehen' (délit) en 'Übertretung' (*contravention*).[1268] Die laatste categorie strafbare feiten werd als 'Polizeiübertretungen' tegenover de beide andere categorieën geplaatst, die zouden bestaan uit 'Rechtsverletzungen'. In de plaatsing van de categorie van het politiestrafrecht in het Wetboek van strafrecht komt de liberale opvatting van de verhouding tussen *politie* en *justitie* tot uitdrukking: hoewel erkend wordt dat sprake is van verschillende typen onrecht gelden de grondbeginselen van het strafrecht in beginsel voor beide typen strafbare feiten. Het onderscheidend criterium ten aanzien van het verschil tussen 'echt' strafrecht en politiestrafrecht is net als in de formele conceptie van de rechtsstaat de herkomst van de beschermde rechtsnorm. Michels vat deze visie op de aard van het politiestrafrecht als volgt samen:

> Der Gesetzgeber findet das Unrecht also nicht in der Präexistenz einer lebendigen Wertordnung vor, sonders verfolgt ausschliesslich die Zwecke einer positiv-rechtlichen Neugestaltung.[1269]

Hier keert de eerder aan de hand van Van der Poel beschreven onderscheiding terug tussen normen die zijn ontleend aan het rechtsbewustzijn en nieuwe, door de wetgever uitgevaardigde normen. Schending dit laatste type normen is geen schending van in het rechtsbewustzijn levende normen, subjectieve rechten of rechtsgoederen maar alleen een vorm van ongehoorzaamheid ten opzichte van de overheid. In de volgende paragraaf zal het onderscheid tussen deze twee typen rechtsnormen nader worden uitgewerkt aan de

[1267] Mohl 1832, p. 8-14.

[1268] Bayrische Straf Gesetz Buch, tot stand gekomen onder leiding van Feuerbach. Bedacht moet worden dat Duitsland geen eenheidsstaat was maar uit een veelheid van landen bestond met een eigen wetgeving. Het Beierse Wetboek van Strafrecht - waarin crimineel en politiestrafrecht beide waren opgenomen - vond in eerste instantie niet veel navolging. In veel andere landen is het politiestrafrecht in aparte wetboeken gecodificeerd, hetgeen er bijvoorbeeld toe leidde dat de algemene bepalingen van het wetboek van strafrecht in beginsel niet van toepassing waren. Zie Michels 1963, p. 13-14.

[1269] Michels 1963, p. 50.

hand van de Duitse literatuur vanaf Feuerbach, die het onderscheid tussen 'Rechts'- en 'Gesetzesverletzung' aan het begin van de 19e eeuw muntte.

Na de 18e eeuwse versie van de 'rechtsstaat' (de politiestaat) en de 19e eeuwse versie (te onderscheiden in een formele en liberale conceptie), ontstaat in de loop van de 20e eeuw wederom een nieuwe versie van de rechtsstaat: de sociale rechtsstaat. Volgens Michels kan deze vorm van de rechtsstaat gezien worden als een integratie van de 18e eeuwse 'Wohlfahrtstaat alter Prägung' (verlichte despotieën in Duitsland) en de liberale rechtsstaat van de 19e eeuw:

> Freilich ist auch im Sozialstaat das staatliche Herrschaftsverhältnis auf Grund der Abhängigkeit des Bürgers stark ausgebildet. Doch die beliebige Ausnutzung dieses Herrschaftsverhältnisses wird im Gegensatz zum obrigkeitlichen Wohlfahrtsstaat verhindert durch die rechtsstaatliche Verfassung und die auf ihr beruhende Teilung der Gewalten.[1270]

Uit deze integratie vloeit volgens Michels een derde categorie strafbare feiten voort, die met het politiestrafrecht gemeen heeft dat de beschermde norm afkomstig is van de overheid (en dus oorspronkelijk geen deel uitmaakt van het rechtsbewustzijn). Tegelijk kan deze categorie strafbare feiten niet gelijk gesteld worden met eenvoudige overtreding van door de overheid uitgevaardigde bevelen met algemene inhoud:

> Von seinem Standort als 'Sozialstaat' mit umfangreichen Sozial- und Ordnungsverpflichtungen her kann er [de sociale rechtsstaat, mh] andererseits mit der strengen Alternative zwischen Kriminalstrafrecht und Ordnungssanktionensystem nicht auskommen. Er braucht vielmehr für eklatante Verstösse gegen seine Verwaltungsanordnungen, bei denen der Ungehorsam des Staatsbürgers durch die Art der Vergehungsweise sozialethisch verwerflich oder die Tat durch ihren Umfang oder ihre Auswirkung für die allgemeine Ordnung gefährlich werden könnte, darüber hinaus einen Zwischenbereich echten Verwaltungsstrafrechts. Dem Wesen des heutigen Staates entspricht daher die Dreiteilung in Verwaltungsstrafrecht mit Ordnungssanktionen, Verwaltungsstrafrecht mit Straffolge und echtes Kriminalstrafrecht.[1271]

[1270] Michels 1963, p. 27. Zie Donner 1987, p. 49-54, die de enorme uitbreiding van het bestuursrecht in Nederland in de 20ste eeuw schetst, zoals dat zich naar aanleiding van de eerste wereldoorlog, de economische depressie, de tweede wereldoorlog en de periode van wederopbouw ontwikkelt. Die enorme uitbreiding ging samen met allerlei vormen van buitengerechtelijke handhaving, hetzij in de vorm van noodrecht, hetzij in de vorm van tuchtrecht, uiteindelijk uitmondend in mogelijkheid tot transactie op grond van de Wet Economische Delicten en veel later in de bestuurlijke boete. Rechtsvergelijkend Schaffmeister 1984, p. 138 e.v. en A. Mulder 1954 in zijn bespreking van het *Zesde Internationaal Strafrechtscongres*, van 1953 te Rome, waar het sociaaleconomisch strafrecht aan de orde was.

[1271] Michels 1963, p. 28.

Kennelijk gaat het hier om normschendingen die - anders dan politieovertredingen - niet ethisch neutraal zijn. Deze normen maken - ondanks hun afkomst - deel uit van het rechtsbewustzijn en hun schending impliceert dus toch een inbreuk op subjectieve rechten of rechtsgoederen die in het rechtsbewustzijn verankerd zijn. Michels situeert de mengvorm van 'Verbrechen' en 'Übertretung' in de sociale rechtsstaat van de 20 eeuw. Hoewel de analyse van Michels verhelderend is, kan zij historisch gezien niet kloppen, nu het 'Vergehen' als vertaling van het Franse 'delit' uit de late middeleeuwen stamt en niet pas in de 20e eeuw ontstond. Dat neemt niet weg dat de door Michels aangedragen argumenten voor een driedeling van strafbare feiten juist in de sociale rechtsstaat extra relevant kunnen zijn, zoals bijvoorbeeld uit de recente voorstellen van Knigge voor een herindeling van strafbare feiten mag blijken. Ook Knigge bepleit de herinvoering van drie typen strafbare feiten die hij relateert aan drie afdoeningsvarianten. Criterium voor de indeling moet volgens Knigge de concrete ernst van het feit zijn zoals tot uitdrukking komt in de soort en maat van de (mogelijke) sanctie.[1272]

In het eerste interim-rapport van het Onderzoeksproject Strafvordering 2001 is inmiddels voorgesteld om ten aanzien van de afdoening van strafbare feiten een drie sporenmodel te ontwikkelen, waarbij lichte punitieve ingrepen die op dit moment via een transactie of een bestuurlijke boete worden afgedaan ondergebracht worden in een buitengerechtelijke procedure, die feitelijk neerkomt op een boetebevoegdheid van het OM met de mogelijkheid van beroep op de rechter.[1273] Het feit dat deze rechter zich - in het voorstel van het onderzoeksproject - oriënteert op het beslissingsmodel van art. 348 en 350 Sv impliceert dat de domeinspecificiteit van de punitieve rechtshandhaving wordt erkend en bepalend is voor het rechterlijk oordeel.[1274] Het voorstel sluit in die zin meer aan bij een relationele rechtsopvatting dan voorstellen waarin lichte punitieve ingrepen geheel en al vanuit een bestuursrechtelijk kader worden genormeerd.

[1272] Knigge 1994, p. 75 e.v.
[1273] Hartmann 2000.
[1274] Hartmann 2000, p. 42.

6.5 Rechtsstaat, 'fair trial' en de aard van de beschermde rechtsnorm

6.5.1 Inleiding

De idee van het 'fair trial' is hecht verbonden met een specifieke opvatting van de rechtsstaat. Deze verbinding is in par. 6.3 gelegd door een analyse van het werk van Montesquieu met het oog op het belang van de toedeling van de berechting van strafbare feiten aan een onafhankelijke en onpartijdige rechter. In par. 6.4 zijn de verschillende 19e en 20e eeuwse opvattingen van de rechtsstaat besproken met het oog op de taakverdeling tussen *politie* (bestuur) en *justitie* (rechtspraak). Terwijl in de 18e eeuwse politiestaat al het recht functioneert als politierecht, ontwikkelen zich in de 19e eeuw verschillende typen rechtsstaten waarin *politie* en *justitie* zich op verschillende wijze tot elkaar verhouden. Voor een goed begrip van de problematiek van de consensuele procesvorm is inzicht in de verhouding tussen *justitie* en *politie* cruciaal. Enerzijds roept de inlijving van het politiestrafrecht bij het criminele strafrecht (uitbreiding van het domein van de *justitie* ten opzichte van de *politie*) problemen van pragmatische aard op: de rechterlijke afdoening van alle vormen van punitieve handhaving leidt tot capaciteitsproblemen bij de rechterlijke macht. Anderzijds wordt consensuele afdoening door sommige schrijvers gerechtvaardigd met de suggestie dat overtredingen van politierecht (ordeningsrecht) een wezenlijk ander soort onrecht zou betreffen waarbij rechterlijke interventie minder of zelfs in het geheel niet wenselijk wordt geacht bij de afdoening. Deze laatste gedachte is met name afkomstig uit de Duitse rechtswetenschap uit de 19e eeuw en 20e eeuw: de aard van de rechtsnorm die door het 'echte' strafrecht beschermd wordt zou een andere zijn dan die door het politiestrafrecht beschermd wordt.[1275] Schaffmeister heeft voor het onderscheid tussen 'politiële en justitiële delikten' - onder verwijzing naar de theorievorming inzake de Duitse 'Ordnungswidrigkeiten' - drie criteria geformuleerd: een materieel of kwalitatief criterium, een gradueel of kwantitatief criterium en het - door hemzelf voorgestelde - frequentiecriterium.[1276] De 'Gesetz über die Ordnungswidrigkeiten' (OwiG) uit 1952 institutionaliseert een apart regiem voor delikten die op grond van een kwalitatief verschil van de 'Straftaten' worden afgezonderd. Het kwalitatieve verschil wordt volgens Schaffmeister ontleend aan (1) de leer van het bestuurlijke strafrecht van Goldschmidt,

[1275] Vergelijk ook Gutwirth & De Hert 2002, p. 151 en 152, noten 109 en 110 waar zij spreken over de overtredingen als 'quasi penaliteit'. Deze zou een 'oneigenlijk strafkarakter' hebben.

[1276] Schaffmeister 1984. Over het materiële criterium: p. 139-140, over het kwantitatieve criterium: p. 207-216, over zijn frequentiecriterium: p. 225 e.v.

(2) de leer van het niet-kriminele, ethisch indifferente ordeningsstrafrecht (dat vooral in de dertiger jaren opkomt naar aanleiding van de economische crisis) en (3) het bij de administratie aanwezige streven naar een eigen strafcompetentie (althans een eigen sanctiemiddel). Zo meent een van de inspiratoren van de OwiG van 1952, Eb. Schmidt, dat strafbare feiten een aantasting impliceren van rechtsgoederen, terwijl 'Ordnungwidrigkeiten' slechts bestuurlijke belangen raken. Het 'wezen' van de 'Ordnungswidrigketien' is dan de ethisch kleurloze ongehoorzaamheid ten opzichte van de administratieve organen. De 'Ordnungswidrigkeitengesetz' uit 1968 wordt gebaseerd op een afgezwakt - kwantitatief - criterium: het onderscheid tussen de criminele straf en de geldboete wordt gebaseerd op een *gradueel* verschil in strafwaardigheid. Omdat het kwantitatieve criterium evenals het kwalitatieve criterium aanknoopt bij de strafwaardigheid van de normschending of de ernst van het feit, ontlopen zij elkaar nauwelijks.[1277] Hieronder zullen de verschillende posities die in deze discussie een rol spelen nader worden onderzocht met het oog op de relatie tussen het strafbegrip, het procesbeginsel en de aard van de beschermde rechtsnorm zoals eerder in de hoofdstukken hiervoor reeds aan de orde gesteld. In par. 6.5.6 kom ik terug op het frequentiecriterium van Schaffmeister.

6.5.2 Feuerbach en het onderscheid tussen rechtsdelicten en wetsdelicten

In de Memorie van Toelichting bij het Wetboek van Strafrecht van 1886 wordt de herindeling van strafbare feiten gerechtvaardigd door de stelling dat er slechts twee soorten delicten zijn: rechtsdelicten en wetsdelicten.[1278] Het

[1277] Schaffmeister 1984, p. 208: "Bij dit [kwantitatieve, mh] criterium gaat het namelijk noch om een afdoende regel voor een grensafbakening noch om een verschil in kwantiteiten. Er is slechts een formule gevonden, die - en inzoverre terecht - tot uitdrukking brengt dat alle tot nu toe aangeboden aliud-theorieën gefalsificeerd zijn. Mij lijkt de term 'kwantitatief' dan ook louter gekozen als tegenstelling tot 'kwalitatief', dus als synoniem voor 'niet kwalitatief'. In plaats van een wezensverschil wordt er slechts een relatief verschil in strafwaardigheid aangenomen".

[1278] MvT 1875, par. 3 in H.J. Schmidt 1891, p. 64: "Er zijn feiten die het regt, er zijn andere - niet de minste in aantal - die de wet eerst als strafbaar stempelt, volgens de juiste uitdrukking van Luden". Deze uitspraak van Luden luidt volgens de noot: 'Verbrechen und Vergehen sind *Rechts*delicte, Uebertretungen sind *Gesetz*delicte'. Op p. 65 stelt de regering: "Het onderscheid tusschen 'misdrijf' en 'overtreding' ligt in het wezen van het vergrijp zelf en zal altijd en overal bestaan. Verandering van den maatschappelijken toestand moge de reeks 'misdrijven' of 'overtredingen' doen aangroeijen of verminderen, altijd zullen de strafbare feiten in deze twee soorten te onderscheiden zijn". Zie de kritiek van Van der Hoeven 1884 passim op de wijze waarop de regering de onderscheiding van Luden gebruikt. Zie ook de kritiek in het advies van de Raad van State, Schmidt 1891, p. 65-67, waarin enerzijds de voorkeur lijkt uit te gaan naar regeling van

onderscheid tussen rechtsdelicten en wetsdelicten sluit aan bij het hiervoor in het vierde hoofdstuk[1279] herhaaldelijk aangehaalde onderscheid tussen 'mala prohibita' en 'mala in se', dat uiteindelijk teruggaat op de tegenstelling tussen het positieve, door een overheid uitgevaardigde recht en het gewoonterecht dan wel het natuurrecht.

Kort na de Franse Revolutie schrijft Anselm Feuerbach (1775-1833)[1280] zijn *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*[1281] waarin hij stelling neemt tegen de willekeur van het natuurrecht en tegen het conservatisme van de Historische school. In navolging van Kant onderscheidt hij het recht van de moraal[1282] en van de gewoonte[1283] en in die zin is hij een van de eerste 19e eeuwse vertegenwoordigers van de rechtsstaatgedachte.[1284] Het primaat ligt voor Feuerbach bij de wet, die door zijn algemeenheid en zijn bevelskarakter de rechtszekerheid representeert die de (negatieve) vrijheid voor burgers mogelijk maakt. Het wetspositivisme van Feuerbach staat dus in dienst van de vrijheid van de individuele burger die door de wet beschermd wordt tegen inbreuken van anderen. Feuerbach definieert strafbare feiten ('Verbrechen' en 'Vergehen') als inbreuken op subjectieve rechten[1285] en hoopt

de overtredingen in een afzonderlijke politiewet, terwijl anderzijds de tweedeling in misdrijven en overtredingen uitsluitend op pragmatische gronden wordt aanvaard (geen wezensonderscheid), zie Schmidt 1891, p. 67: "Wel is waar dat zoodanige verdeeling [in misdrijven en overtredingen, mh] noch uit een formeel oogpunt, als *règle de compétence*, noch uit een materiëel oogpunt, als noodzakelijk te beschouwen, maar schaden zal zij niet, en ter bevordering eener meer systematische orde in het wetboek kan zij zelfs geacht worden hare nuttige zijde te hebben".

1279 Par. 4.4.2, 4.5.3 hierboven.

1280 Hij was de vader van Ludwig von Feuerbach (1804-1872), de Duitse filosoof die een kritiek schreef van de filosofie van Hegel, die door linkshegelianen - zoals met name Marx - als vertrekpunt van hun filosofie werd gebruikt.

1281 Feuerbach (1801) 1847.

1282 Anders dan het rationele natuurrecht van de 18e eeuw.

1283 Anders dan de historische school in de 19e eeuw.

1284 Vervaele 1990, p. 100-103.

1285 Michels 1963, p. 7 en 61. Van der Hoeven 1884, p. 80-92 bespreekt het door Luden in zijn *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, Band II, Göttingen 1840 p. 113-201 gemaakte onderscheid tussen Rechtsdelikten en Gesetzesdelikten (zie in het bijzonder Van der Hoeven 1884, p. 86-87). Dit onderscheid betrof net als bij Feuerbach het onderscheid tussen enerzijds delicten (= schending van de positieve wet) die bestonden uit een schending van een subjectief recht (Rechtsdelikten) en anderzijds delicten die niet bestonden uit een schending van een subjectief recht. Volgens Van der Hoeven vielen binnen deze onderscheiding 'Gesetzesverbrechen' dan ook *niet* samen met 'Polizeiverbrechen', welke Luden zag als een species van het genus 'Gesetzesverbrechen' (Van der Hoeven 1884, p. 88). De MvT vat het onderscheid naar de mening van Van der Hoeven geheel verkeerd op, door de 'Rechtsdelikten' te be-

met zijn theorie van de psychologische dwang een strafwet te kunnen ontwerpen die door middel van de straf*bedreiging* dergelijke inbreuken geheel zullen voorkomen. 'Verbrechen' en 'Vergehen' zijn dus inbreuken op subjectieve rechten, die door de wettelijke strafbaarstelling beschermd worden tegen die inbreuken. Feuerbach spreekt hier van 'Rechtsverletzung'. Wanneer de overheid echter in het kader van de *politie* nieuwe regels stelt en op de nietnaleving daarvan straf bedreigt kan volgens hem geen sprake zijn van inbreuken op een subjectief recht.[1286] Hoewel deze nieuwe regels indirect gericht kunnen zijn op het creëren en/of instandhouden van een maatschappelijke orde die subjectieve rechten mogelijk maakt, is de schending van deze regels zelf geen inbreuk op de vrijheid van een rechtsgenoot. Feuerbach spreekt hier van een 'Gesetzesverletzung' en zondert deze overtredingen af van de andere onder de noemer 'politieovertredingen'. Zoals wij hierboven in par. 6.4.4 hebben gezien is Feuerbach de geestelijke vader van de eerste codificatie van het Wetboek van Strafrecht in Duitsland, waarin hij de politieovertredingen opnam onder een apart regiem. Feuerbach kan gezien worden als een van de wegbereiders van de formele conceptie van de rechtsstaat van Stahl.

De tegenstelling tussen recht dat geldt omdat het door de wetgever erkend is (hetgeen impliceert dat het recht reeds bestond voordat het erkend werd)[1287] en recht dat geldt omdat het door de wetgever gesteld is (zonder dat het los

grijpen als schendingen van een bovenpositief recht en de 'Gesetzesdelikten' te begrijpen als niet meer dan schending van positief recht (zie ook Van der Hoeven 1884, p. 38-42). De regering gaf dus een heel andere betekenis aan de term 'recht' in 'rechtsdelicten' dan Luden - en dan Feuerbach.

1286 Michels 1963, p. 61: "Was er mit seiner Antithese von Rechts- und Gesetzesverletzung zum Ausdruchk bringen wollte, ist vielmehr der auch im Text vertretenen Satz, dass bei den Kriminaldelikten die Handlung vom Gesetz unabhängig als strafwürdig erscheint, während bei den Polizeidelikten der materielle Strafgrund erst durch den Gesetzesakt geschaffen wird". Michels verwijst t.a.p. naar de analogie met het werk van de hiervoor besproken Stahl, vanwege de stelligheid waarmee het criminele onrecht als een van nature in de menselijke geest te vinden categorie wordt bestempeld: 'zu allen Zeiten, unter allen Verhältnissen, ihr Verbot ist mit unauslöslichen Zeichen in das Herz jedes vernünftigen Menschen geschrieben', aldus de officiele tekst in par. 8 van de Inleiding op het Beierse strafwetboek van 1813.

1287 Volgens Goldschmidt 1902, p. 232 is hier sprake van een natuurrechtelijk uitgangspunt. Het belang dat Feuerbach hecht aan de rechtszekerheid pleit hiertegen: juist omdat en wanneer het natuurrecht geen eenduidig aanknopingspunt moet de wetgever bepalen wat rechtens is. Zie de kritiek van Michels 1963, p. 78-83 op het dualistische denken in termen van de tegenstelling natuurrecht-positief recht, welke tegenstelling hij met Arndt terugvoert op de Nichomachische ethiek van Aristoteles (zie Michels 1963, p. 79). Tegenover dit dualisme stelt Michels in feite een ander dualisme, waarin normen worden onderscheiden die wel en normen die geen sociaal-ethische betekenis hebben. Zie par. 6.5.5 en 6.5.6 hieronder.

van deze constitutieve act als recht zou gelden) kan zich pas manifesteren wanneer zich een vorm van positief recht heeft ontwikkeld. Feuerbachs 'Rechtsverletzung' is een 19e eeuwse uitwerking van de laatmiddeleeuwse conceptie van het 'malum in se', dat enerzijds verwijst naar een historisch rechtsbewustzijn en anderzijds naar een tijdloos uit de natuur van de mens af te leiden rechtsidee. Daartegenover is zijn 'Gesetzesverletzung' de 19e eeuwse uitwerking van de laatmiddeleeuwse conceptie van het 'malum prohibitum', dat verwijst naar onrecht dat haar onrechtmatigheid ontleent aan een handeling van de wetgever. Nieuw aan Feuerbachs uitwerking was in ieder geval *het denken in termen van subjectieve rechten* die de negatieve vrijheid van de burger beschermen, zowel tegenover rechtsgenoten als tegenover de overheid.

6.5.3 Binding over normen, rechtsgoederen en ongehoorzaamheid

Voor de ontwikkeling van het onderscheid tussen 'rechts-' en 'wetsdelicten' is het werk van Binding van belang omdat hij de conceptualisering van de rechtsdelicten in navolging van Feuerbach verder uitwerkt. [1288]

In het eerste deel van zijn *'Die Normen und ihre Übertretung'* uit 1890 bespreekt Binding om te beginnen de verhouding tussen de strafwet en de daarin beschermde 'wet in materiële zin'. Deze 'wet in materiële zin' of 'materiële norm' is volgens Binding een imperatief, dat wil zeggen, een richtsnoer voor menselijk handelen.[1289] In het gecodificeerde strafrecht ontbreekt deze materiële norm in het algemeen, maar wordt er in het eerste deel van de strafbepaling naar verwezen (de delictsomschrijving). In het bijzondere strafrecht (de strafbaarstelling van de overtreding van bepalingen van ordeningsrecht) is de materiële norm vaak wel expliciet geformuleerd. De - al dan niet geschreven - materiële norm bevat een gebod of een verbod dat door de wetgever

[1288] Bij deze korte analyse van de voor dit onderzoek relevante aspecten van het werk van Binding heb ik gebruik gemaakt van Vermunt 1984, in het bijzonder hoofdstuk III, Vervaele 1990, p. 238-241, van Michels 1963, p. 38-41 en Machielse 1979.

[1289] Hoewel de term 'imperatief' aanleiding zou kunnen zijn de 'wet in materiële zin' te vergelijken met het imperatieve aspect van het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon, gaat die vergelijking niet op. Het begrip 'imperatief' moet eerder in kantiaanse zin worden verstaan: de imperatief vertegenwoordigt een 'Sollen' in plaats van een 'Sein' of een 'Müssen'. Ook de vergelijking met het normatieve aspect gaat niet helemaal op. Bij Binding is de materiële norm eerder een voorschrift dat moet worden nageleefd, dan een richtsnoer voor menselijk handelen dat voortkomt uit wederzijdse gerechtvaardigde verwachtingen. Bij Liszt daarentegen gaat de vergelijking tussen materiële norm en normatief aspect wel op: zijn verwantschap met de germanistische variant van de Historische School impliceert een veel sterkere aansluiting bij het actuele rechtsbewustzijn.

erkend en bevestigd is. Voor zover de norm zelf niet in wetgeving is neergelegd heeft die erkenning plaatsgevonden op het moment van de strafbaarstelling van de schending van de norm. Volgens Binding is die strafbaarstelling constitutief voor het bestaan van het strafbare feit. Het gemeenschappelijke aspect van alle strafbare feiten is volgens hem dus de ongehoorzaamheid aan het bevel van de overheid, dat met de strafbaarstelling is verondersteld.[1290] Naast dit gemeenschappelijke aspect onderscheidt Binding echter verschillende soorten strafbare feiten, al naar gelang het gaat om krenkings- of gevaarzettingsdelicten enerzijds dan wel simpele overtreding van een gebod of verbod anderzijds.[1291] In aansluiting op Feuerbach onderzoekt Binding de stelling dat het 'Verbrechen' een inbreuk op een subjectief recht is. Met anderen is hij van mening dat de categorie van het subjectieve recht te beperkt is om daarmee de inbreuk die met het 'Verbrechen' gemaakt wordt te bestemmen.[1292] Hoewel hij niet uitsluit dat in een aantal gevallen het 'Verbrechen' bestaat uit een aantasting van een subjectief recht, stelt hij voor die aantasting als een bijzonder geval te zien van de aantasting van een rechtsgoed.[1293] Een rechtsgoed is het achterliggende belang dat de wetgever met de strafbaarstelling heeft willen beschermen en het oordeel over welke belangen deze bescherming behoeven is een waardeoordeel. Bij Binding is een rechtsgoed:

> Sonach ist Rechtsgut Alles, was selbst kein Recht doch in den Augen des Gesetzgebers als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Wert ist, an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung sie nach seiner Ansicht ein Interesse hat, und das er desshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist.[1294]

De bescherming van rechtsgoederen is dus een zaak van de wetgever, *die volgens Binding met de strafbaarstelling ook het daarmee te beschermen rechtsgoed constitueert.* Deze stellingname kan worden verstaan als een vorm van wetspositi-

[1290] Michels 1963, p. 38-40. Binding 1885, p. 186.

[1291] Binding 1890, p. 326-327: "Daraus ergiebt sich sofort ein tiefer Gegensatz zwischen den Uebertretungen der Verletzungs- wie der Gefährdungsverbote einerseits, der Verbote schlechthin andererseits: die beiden ersten besitzen ein ganz bestimmtes Angrifsobjekt ausser dem Rechte auf Botmässigkeit, wärend die Uebertretungen der 'Verbote slechthin' eines solchen vollständig ermangeln (..) Damit ist schon erwiesen, dass das Unrecht in der einen Gruppe einen wesentlich andern Inhalt hat als in der zweiten".

[1292] Binding 1890, p. 328-329 verwijst naar Birnbaum, Merkel en Hälschner.

[1293] Binding 1890, p. 329 stelt dan ook voor niet meer van 'Rechtsverletzung' maar van 'Rechtsgüterverletzung' te spreken.

[1294] Binding 1890, p. 353-354. Met deze definitie vangt Binding een nadere verkenning van het rechtsgoed aan onder het kopje: 'Gut oder Interesse? ' (p. 353). Hij licht toe op p. 356: "Wenn ich hier den Begriff des Interesses selbst verwende, so verstehe ich darunter nichts weiter als ein Werturteil: (…)".

visme, maar wellicht is het interessanter er de erkenning in te zien van de historische bepaaldheid van de belangen die door de wetgever strafrechtelijk worden beschermd.[1295] Bovendien wordt in deze visie op het 'ont/bestaan' van rechtsgoederen manifest hoezeer de codificatie van het strafrecht steeds ook de modificatie van het rechtsbewustzijn impliceert. Daarmee wil maar gezegd zijn dat iedere vorm van codificatie die bepaalde handelingen binnen het bereik van de strafwet brengt de potentie heeft om het rechtsbewustzijn te bepalen.

Nadat Binding aldus de verhouding tussen strafwet en materiële norm en tussen de materiële norm en het achterliggende rechtsgoed in kaart heeft gebracht, bespreekt hij drie typen delicten. De eerste twee betreffen het krenkingsdelict (das Verletzungsdelikt),[1296] waarbij een bepaald rechtsgoed wordt aangetast en het gevaarzettingsdelict (Gefährdungsdelikt),[1297] waarbij een bepaald rechtsgoed in gevaar wordt gebracht. Het derde type delict betreft 'der einfache Ungehorsam',[1298] dat samenvalt met de categorie van de politieovertredingen. Over deze categorie strafbare feiten stelt Binding om te beginnen:

> Unbestreitbar verlangt kein vernünftig Gesetz den Gehorsam um seiner selbst willen. Die Norm als Freiheitsbeschränkung kann ihre Rechtfertigung nur darin finden, dass die Untersagung einer bestimmten Handlungsgruppe in den Augen des Gesetzgebers ein geringeres Übel ist als ihre Freigabe, und kein Verbot kann anders ergehen als in Hinblick auf die Folgen der untersagten Handlung für das Rechtsleben.[1299]

'Der einfache Ungehorsam' is dus geen aantasting van een rechtsgoed, noch een concrete gevaarzetting maar mag ook niet gezien worden als inbreuk op een willekeurig bevel van overheidswege. De materiële norm die bij de politieovertreding geschonden is, *beschermt de bestuurlijke orde* die de bescherming

[1295] Binding lijkt - vanwege de constitutieve rol die hij aan de wetgever toekent bij het bepalen van de rechtsgoederen - een formeel rechtsgoedbegrip te kennen. Daar tegenover wordt Liszt gesteld die een materieel rechtsgoedbegrip zou hebben ontwikkeld. Hassemer spreekt met het oog op die tegenstelling van een systeemimmanent rechtsgoedbegrip bij Binding en een systeemkritisch rechtsgoedbegrip bij Liszt (W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre*, Frankfurt/Main 1973, door Vervaele 1990 op p. 240 in noot 27 en door Vermunt 1984, p. 203 aangehaald).

[1296] Binding 1890, p. 364-368.

[1297] Binding 1890, p. 368-397.

[1298] Binding 1890, p. 397-412.

[1299] Binding 1890, p. 397-398. Op p. 402 en verder onderscheidt hij binnen de categorie van de politieverboden twee groepen: 'Komplementär-Verbote' en 'Verbote mit selbständigen Zwecken'.

van rechtsgoederen mogelijk maakt.[1300] Deze bescherming van de bestuurlijke orde is door Franse schrijvers - in aansluiting op Bindings categorisering omschreven als abstracte gevaarzetting.[1301]

Samenvattend kan gesteld worden dat Binding de eenvoudige tweedeling van Feuerbach nader heeft uitgewerkt in zijn theorie van het rechtsgoed. De rol die de wetgever in die theorie speelt bij de constitutie van de door het strafrecht beschermde rechtsgoederen kan nieuw licht werpen op de verhouding tussen door het strafrecht beschermde normen en het rechtsbewustzijn waar deze normen deel van uitmaken: het is in ieder geval niet zo dat normen uit een spontaan rechtsbewustzijn tegenover van de overheid afkomstige normen kunnen worden gesteld. Ook de normen die aansluiten bij het actuele rechtsbewustzijn ontlenen hun gezag - willen zij rechtsnormen zijn - mede aan de staat. Vanuit deze theorie wordt duidelijk dat de categorie van de politieovertredingen *uit de aard der zaak* problematisch is vanwege het ontbreken van een aantasting of concrete gevaarzetting van te beschermen rechtsgoederen. De - niet van Binding afkomstige - figuur van de abstracte gevaarzetting veronderstelt dat tussen het te beschermen rechtsgoed en de geschonden norm een systeem van ordeningswetgeving staat dat geacht wordt de bescherming van het betreffende rechtsgoed mogelijk te maken. Deze ordeningswetgeving is afkomstig van de overheid en valt uit de aard der zaak onder het bestuursrecht, hetgeen de vraag doet rijzen of de punitieve handhaving van dit bestuursrecht nu onder het strafrecht dan wel onder het bestuursrecht hoort te vallen.

6.5.4 Goldschmidt over 'Verfassung' en 'Verwaltung'

Goldschmidt is van mening dat tussen criminele en politieovertredingen een onderscheid gemaakt moet worden, dat weliswaar historisch bepaald is, maar desondanks als wezensonderscheid moet worden gezien. Punitieve handhaving van politieovertredingen hoort naar zijn mening dan ook thuis bij de bestuurs*rechter*. Vanwege de relevantie van zijn overwegingen voor de relatie

[1300] Zie Koopmans 1996, p. 12-23 over de administratieve afhankelijkheid van het milieustrafrecht.

[1301] Binding 1890, p. 401 meent dat het onderzoek naar het wezen van 'Polizeigefahr' verwaarloosd wordt. Hoewel hij pogingen onderneemt de aard van de gevaarzetting van de politieovertredingen te verhelderen is de terminologische onderscheiding tussen concrete en abstracte gevaarzettingsdelicten niet van Binding. Volgens Goldschmidt 1902, met name p. 465 en Michels p. 72-74 is de idee dat politieovertredingen de abstracte gevaarzetting van een rechtsgoed zou betreffen onjuist. Zie par. 6.5.4. en 6.5.5 hieronder.

tussen consensuele afdoening en de aard van de beschermde rechtsnorm, zal ik zijn inzichten uitvoerig bespreken.

Voor Goldschmidt is het onderscheid tussen *justitie* en *politie* gegeven met het onderscheid tussen de bescherming van de 'rechtsorde' (door hem aangeduid met de term 'Verfassung') en het streven naar algemeen belang of welvaart (door hem aangeduid met de term 'Verwaltung').[1302] Het streven naar het algemeen belang is verbonden met de uitoefening van het bevelsrecht als subjectief recht van de staat en gericht op het afdwingen van een positieve bestuurlijke orde. De bescherming van die bestuurlijke orde impliceert de bescherming van de positieve vrijheid van de staat. De bescherming van de *recht*sorde betekent daarentegen de bescherming van de negatieve vrijheid van de burger, tegenover andere burgers en tegenover de staat.

Bij Goldschmidt is de rechtsorde een stabiele afbakening van het bereik van de verschillende 'Willensträger' (de burgers; de staat als vertegenwoordiging van de algemene wil en de staat als bezitter van het bevelsrecht en dus als bezitter van een particuliere wil). Hoewel hij pas van een rechtsorde of 'Verfassung' spreekt als er sprake is van een *stabiele* afbakening beschouwt hij deze afbakening als een historisch fenomeen dat naar tijd en plaats zal verschillen.[1303] Om het verschil tussen 'Verwaltung' en 'Verfassung' te verduidelij-

[1302] Zie ook Schaffmeister 1984, p. 222 die meent dat de codificatiebeweging aan het eind van de negentiende eeuw gericht was op het terugdringen van ongewenst gedrag, terwijl de bijzondere wetten die in de loop van de twintigste eeuw worden afgekondigd vaak zijn gericht op het afdwingen van gewenst gedrag. Het eerste lijkt op de bescherming van de rechtsorde, door bescherming van de negatieve vrijheid van burgers tegen inbreuken daarop van andere burgers. Het tweede is gericht op het tot stand brengen van de door de overheid bewenste bestuurlijke orde.

[1303] Goldschmidt 1902, p. 533 e.v. Niet alleen deze afbakening verschilt naar tijd en plaats, maar ook het onderscheid tussen rechtsorde (Verfassung) en bestuurlijke orde (Verwaltung) ontwikkelt zich in de tijd. Op p. 6 citeert Goldschmidt 1902 Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 3. Auflage., Freiburg in B. und Leipzig 1895, I., p. 655: "Die Verwaltung muss den Bedürfnissen der Gegenwart abhelfen, und indem sie innerhalb der Schranken der Rechtsordung beginnt, führt sie allmählich eine Umgestaltung, Erweiterung und Fortbildung der Rechtsordnung herbei". Goldschmidt 1902, p. 7 schrijft: "Ja man dürfe vielleicht, ohne einer unzulässigen Verallgemeinerung geziehen zu werden, sagen, dass der regelmässige geschichtliche Werdegang der Rechtsdelikte über die Entwicklungsphase der Verwaltungsdelikte führt". Zie ook zijn opmerkingen over het feit dat overtredingen van de 'Sicherheitspolizei' en van de 'Präventivjustiz' vaak onder het 'eigenlijke' strafrecht vallen, Goldschmidt 1902, p. 54: "(..); denn gerade Ruhe und Sicherheit pflegen gemeiniglich in einem entwickelteren Kulturstand auch von der Rechtsverfassung als eigenen Interessen geschützt, und ihre Verletzung auch als Verletzung der Rechtsordnung selbst angesehen ze werden, (…)".

ken spreekt hij van respectievelijk 'Ziel' en 'Zustand':[1304] de bestuurlijke orde streeft naar een te bereiken *doel*, terwijl de rechtsorde een bestaande *toestand* beschermt. De term 'Willensträger' verwijst naar de autonome subjecten die in beginsel in staat moeten zijn om de hun toegemeten ruimte in vrijheid - wille-keurig - in te vullen; zowel de burger als de staat zijn autonome subjecten. Binnen het bereik van de burger gaat het dan om de bescherming van de private eigendomsrechten, de contractsvrijheid en andere subjectieve rechten van burgers die door het privaat- en het strafrecht worden beschermd, en binnen het bereik van de staat gaat het om de bescherming van rechtsgoederen die een uitdrukking zijn van de algemene wil (de staat als wetgever en uitvoerende macht) en om de bescherming van het bevelsrecht als subjectief recht van de staat (verbonden met de particuliere wil van de staat).

Het begrip 'Gemeinwohl' of algemeen belang is bij Goldschmidt anders dan zijn begrip van de rechtsorde geen stabiele afbakening van domeinen waarbinnen in vrijheid gehandeld kan worden, maar een na te streven en in beginsel nooit volledig te bereiken doel waarnaar de overheid streeft. De 'Verwaltungsverordnungen' waarmee de overheid dit algemeen belang nastreeft gaan volgens Goldschmidt terug op de 'Verordnungsbannes' (het bevelsrecht) van de Frankische koningen en gelijken volgens hem op de ambtsinstructies van de koning aan zijn ambtenaren waardoor medewerking aan het totstandkomen van het algemeen belang wordt gevorderd:

> Thatsächlich grenzen die Bannbefehle weder direkt noch indirekt die Machtbefugnisse des Staates gegenüber anderen Willensträger ab, sondern wenden sich an die Unterthanen wie an Mitarbeiter an der königlichen Verwaltung; in diesem Sinne geben sie ihnen Verhaltungsmassregeln, die den Beamteninstruktionen der Behörden gleichen. Ihre Nichtbeachtung ist daher auch keine rechts-, sondern eine verwaltungs- (polizei-)widrige Handlung, nicht die Verletzung eines rechtlich geschützten, sondern eines durch die Verwaltung geäusserten Interesses.[1305]

Het bestuursrecht kan volgens Goldschmidt vanuit twee perspectieven worden bezien: enerzijds als uitvoering van door de wetgever (als vertegenwoordiger van de algemene wil) uitgevaardigd recht en anderzijds als door de overheid als bezitter van het bevelsrecht (met een particuliere wil) uitgevaardigd recht.[1306] In dat laatste geval wordt de burger door middel van het

[1304] Goldschmidt 1902, p. 8.

[1305] Goldschmidt 1902, p. 3.

[1306] Goldschmidt 1902, p. 537: "Der Rechtsverfassung gegenüber erscheint er [der Staat,mh] als blosses Erklärungs- und Ausführungsorgan, dessen ungeachtet aber immerhin als ihr fundamentalstes Institut. Eine selbständigere Stellung hat er, soweit er

bestuursrecht verplicht mee te werken aan het door de overheid nagestreefde 'Gemeinwohl', zoals de ambtenaren door de vorst werden ingezet om door hem vastgestelde doelen te verwezenlijken.[1307] Hiermee verwoordt Goldschmidt het inzicht dat besturen meer is dan het uitvoeren van de wet en dat besturen niet steeds chronologisch en logisch (op) de wet volgt. Ook Van der Hoeven bespreekt in zijn onderzoek naar 'ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht' de neiging van sommigen om het bestuur ten onrechte samen te vatten onder de term uitvoering of wetstoepassing en aldus een volledige onderschikking aan de wetgever te bewerken. Anders dan Goldschmidt creëert Van der Hoeven echter *geen* gescheiden domeinen voor twee manifestaties van het bestuur: (1) bestuur als wetsuitvoering (in het verlengde van de rechtsorde) en (2) als zelfstandige vorm van machtsuitoefening (de bestuurlijke orde die dan principieel niet tot de rechtsorde herleid kan worden).[1308]

Uit het onderscheid tussen rechtsorde en bestuurlijke orde zoals Goldschmidt dat maakt volgt dat strafbaarstelling van normen die de rechtsorde beschermen een ander doel heeft dan strafbaarstelling van normen die de bestuurlijke orde beschermen. Het eerste type normen *beschermt* de bestaande verhoudingen tussen de verschillende rechtssubjecten (inclusief de staat als rechtsubject), terwijl het tweede type gericht is op het *bevorderen* van een door de overheid ontworpen - nog te bereiken - toestand. Strafbaarstelling van het eerste type normen heeft dan als doel bescherming van de rechtsorde, strafbaarstelling van het tweede type normen heeft dan als doel de bevordering van het algemeen belang. Doel van het straffen in het eerste geval is dan eerder de vergelding en in het tweede geval eerder de opvoeding.

Ook Van der Hoeven bespreekt deze scheiding tussen de rechtsorde en de bestuurlijke orde, die historisch gezien past in de 19e eeuwse verabsolutering van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht:

die auf Förderung des öffentlichen Wohls gerichtete Thätigkeit ausübt. Hier erscheint er als Träger eines von dem allgemeinen Willen verschiedenen Willens".

1307 Goldschmidt 1902, p. 538: "Für die Staatsverwaltung zeigt es sich ferner darin, dass dieser besondere Willen auch da vorwaltet, wo die Wohlfahrtsförderung des Staats nicht dem Publikum, sondern dem Staat selbst, und zwar auch in seiner Eigenschaft als Träger des allgemeinen Willens zu gute komt".

1308 Deze tweede vorm van bestuur is gebaseerd op het bevelsrecht als subjectief recht van de overheid en voor Goldschmidt verbonden met de particuliere wil van de staat. Schending van politienormen kunnen volgens Goldschmidt dan ook niet als abstracte gevaarzetting van een rechtsgoed geconceptualiseerd worden, maar moeten gezien worden als schending van de gehoorzaamheidsplicht jegens de overheid. Zie Goldschmidt 1902, p. 203 en 461 e.v. en Michels 1963, p. 76-77.

> De scherpe scheidingslijnen in de heersende publiekrechtelijke leer in de tweede helft van de 19e eeuw getrokken tussen het recht, dat slechts in de wet kon worden gevonden, het algemeen belang, dat door de Grondwet ter behartiging was toevertrouwd aan de uitvoerende macht, en de verantwoordingsplicht van die uitvoerende macht aan de gekozen volksvertegenwoordiging, doch slechts voor zover de constitutie die plicht niet expliciet of impliciet uitsloot, hebben ook het bestuursrechtelijk denken en de daaruit voortkomende bestuursrechtelijke praktijk gestempeld. (…) De inhoud van het algemeen belang kon inzet zijn van politieke, niet van juridische discussie en de wijze waarop dat algemeen belang werd gediend was - voorzover niet in de wet omschreven - evenzeer aan juridisch oordeel onttrokken (…..).[1309]

In deze formulering kan de formele conceptie van de rechtsstaat herkend worden, zoals die onder meer door Stahl is bepleit. Op een aantal punten kan de theorie van Goldschmidt dan ook in het verlengde van die rechtsstaatopvatting gesitueerd worden: hoewel hij oog heeft voor de historische bepaaldheid van zowel de 'Verfassung' als van de afbakening van 'Verfassung' en 'Verwaltung' suggereert zijn 'Verwaltungsstrafrecht' toch een wezensonderscheid tussen crimineel en bestuursstrafrecht. Pleidooien voor overheveling van punitieve handhaving van het strafrecht naar het bestuursrecht worden dan ook vaak onder verwijzing naar zijn werk beargumenteerd vanuit de domeinspecifieke eisen die uit een dergelijk wezensonderscheid voortvloeien en die meestal impliceren dat rechterlijke tussenkomst - tenzij op verzoek van de betrokkene - in het geheel niet nodig is in het bestuursstrafrecht.

Wellicht dat de lijvige omvang van zijn werk en de soms ondoorgrondelijke schrijfstijl van Goldschmidt zijn navolgers heeft weerhouden van kennisneming van de consequenties die hij zelf verbindt aan het feit dat het 'Verwaltungsstrafrecht' een mengvorm is van het bestuurs- en het strafrecht:

> Nun hat aber die Rechtsverfassung die Verwaltungsstrafgewalt im Gegensatz zur sonstigen Verwaltungszwangsgewalt um deswillen in rechtliche Formen gebannt, um ihr gegenüber die Individuen schon präventiv vor unberechtigten Eingriffen zu bewahren. Diese Absicht würde unvollkommen erreicht werden, wenn der Verwaltung allein die Reaktion durch Gegenerklärung überlassen würde, und einer auf diese Weise bewirkten etwaigen widerrechtlichen Anwendung der Verwaltungsstrafgewalt doch erst wieder, wie beim sonstigen Verwaltungszwang, durch Klage des Beeinträchtigten abgeholfen werden könnte.[1310]

Goldschmidt zelf pleit *tegen* toedeling van punitieve handhaving aan bestuursorganen omdat daarin het 'rechtselement' van het bestuursstraf*recht* niet tot uitdrukking kan komen. Anders dan de andere dwangmiddelen uit het be-

[1309] Van der Hoeven 1989, p. 74.
[1310] Goldschmidt 1902, p. 583.

stuursrecht zou naar zijn mening de punitieve handhaving niet pas achteraf op initiatief van de betrokkene aan een rechterlijke toets moeten worden onderworpen. Hij pleit vervolgens voor het toedelen van deze bijzondere strafbare feiten aan de competentie van de *bestuurs*rechter:

> Dies ist die hier zutreffende Auffassung des Satzes: 'Nulla poena sine judicio', die sinngemässe Ausgestaltung der Rechtsprechung in Verwaltungsstrafsachen.[1311]

6.5.5 Cultuurnormen tegenover indifferente normen bij Michels

In zijn onderzoek naar de houdbaarheid van een *kwalitatief* onderscheid tussen crimineel- en bestuursstrafrecht[1312] bespreekt Michels in aansluiting op Goldschmidt de 'cultuurnormentheorie' van Max Ernst Mayer. Het gaat mij hier niet om een nader onderzoek naar het werk van deze Mayer, maar de conclusies die Michels naar aanleiding van zijn interpretatie van het werk van Mayer trekt zijn wel relevant voor de hier onderzochte problematiek.

Michels verwijt Mayer om te beginnen een te ruim cultuurbegrip, waardoor alle sociale regels van een gemeenschap onder het begrip 'cultuurnorm' komen te vallen. Daarmee zou het door Michels bepleitte onderscheid tussen de normen die door het criminele en het bestuursstrafrecht beschermd worden vervallen. De relevantie van Mayers werk voor Michels is de interpretatie van crimineel onrecht in termen van 'cultuur' in plaats van in termen van 'natuur'. Bij Michels krijgt het begrip cultuur(norm) dan wel een veel beperkter bereik dan bij Mayer: het gaat Michels om sociaal-ethische normen. Daarmee meent Michels een criterium te hebben gelokaliseerd waarmee het 'echte' strafrecht van het bestuursstrafrecht onderscheiden kan worden: met het 'echte' (criminele) strafrecht wordt positief recht beschermd dat aansluit op de gegeven so-

[1311] Goldschmidt 1902, p. 584. Goldschmidt onderscheidt de Franse interpretatie van het *nulla poena sine iudicio* van de door hem voorgestane interpretatie, zie a.w. p. 319. In plaats van het toedelen van de berechting van politieovertredingen aan de *straf*rechter - zoals de Fransen volgens hem deden - waardoor gelijkstelling van twee zeer verschillende typen onrecht in de hand werd gewerkt, pleit hij voor de competentie van een aparte bestuursrechter. Zie ook a.w. p. 435, 446.

[1312] Wat Michels precies verstaat onder een 'kwalitatief ' onderscheid kan worden afgeleid uit zijn - zeer summiere - bespreking van auteurs die dit onderscheid ontkennen. Op p. 6 stelt hij dat sommige auteurs weliswaar geen kwalitatief onderscheid zien in de aard van de 'daad', maar wel een kwantitatief onderscheid in de zwaarte van de 'daad'. Het bestuursstrafrecht zou volgens deze auteurs bagateldelicten betreffen. Een kwalitatief onderscheid betekent dus voor Michels een onderscheid in de aard van de 'daad' en gezien zijn verdere betoog met name een onderscheid in *de aard van de geschonden norm*.

ciaal-ethische waarde-ordening, terwijl dat bij het bestuurstrafrecht niet het geval is:

> Aber damit soll nicht ein von allem positivem Recht losgelöstes und ihm gegenüber präeminent geltendes 'Naturrecht' im Sinne der alten Naturrechtsssyteme erneuert, der kriminelle Kernbereich gleichsam zum Naturrecht erhoben werden. Es würde dem positiv-rechtlichen Charakter des Rechts widersprechen, wollte man einen Katalog positiver Rechtsgesetze aus reiner Vernunft oder auch als 'angewandte Ethik' ausserhalb der Gesetze anerkennen. Wat mit der differenzierende Lösung vielmehr zollzogen wird, das ist die Einbeziehung des Wertgehalts der Normen aus der zugrunde liegenden Wertrangordnung in die Interpretation des positiven Rechts.[1313]

Daarmee wordt *geen* natuurrechtelijke bronnenleer beoogd:

> Aber - und hier liegt der Unterschied zum an sich seienden, ewigen und absoluten Naturrecht eigentlicher Prägung - diese übergesetzliche Quellen werden nur insoweit herangezogen, als sie vom positiven Recht legitimiert, als immanente Wertenscheidungen in es selbst eingegangen sind.[1314]

> Durch die Einbeziehung des sozialethisch vorgegeben Wertgehalts der Norm in die Interpretation des positiven Rechts wird einerseits am Positivismus festhalten, andererseits aber der positive Rechtssatz über seine formale Grenzen hinaus mit materialem Inhalt ausgefühlt.[1315]

Ook bedoelt Michels met zijn onderscheid tussen crimineel en bestuursonrecht de historische bepaaldheid van dat onderscheid *niet* te ontkennen:

> Gewiss ist der Gegensatz zwischen in diesem Sinne kriminellem Unrecht und Verwaltungsunrecht einem zwar langsamen, aber doch stetigen geschichtlichen Wandel unterworfen, (…).[1316]

Michels verwijst naar andere auteurs die menen dat sprake is van een kwalitatief onderscheid en die net als hij niet ontkennen dat de normen van het *politie-* of bestuursrecht vaak een historische ontwikkeling doormaken waardoor zij onder het criminele strafrecht komen te vallen. In de vorige paragraaf zagen wij reeds dat ook Goldschmidt signaleert dat van oorsprong bestuurlijke, uitgevaardigde normen een sociaal-ethische betekenis krijgen en deel gaan uitmaken van het criminele strafrecht. Het feit dat de grens tussen beide soorten onrecht niet scherp te trekken valt doet volgens Michels ook niet af aan de zin van het onderscheid:

[1313] Michels 1963, p. 80.
[1314] Michels 1963, p. 80.
[1315] Michels 1963, p. 81.
[1316] Michels 1963, p. 82.

> Die Flüssigkeit der Grenze tut aber der grundsätzlichen Berechtigung der Unterscheidung gerade ebensowenig Abbruch, wie wenn jemand - um ein oft gebrauchtes Beispiel zu zitieren - den Unterschied von Pflanzen und Tieren leugnen wollte, weil man bei einigen Lebewesen im unklaren ist, ob sie Pflanzen oder Tiere sind.[1317]

Het feit dat er een tussencategorie van strafbare feiten is, die aspecten gemeen heeft met de in het criminele strafrecht beschermde rechtsnorm en met de in het bestuursrecht beschermde rechtsnorm doet niet af aan het kwalitatieve karakter van het onderscheid maar bevestigt als het ware de historische ontwikkeling van het onderscheid. Het 'delictum mere prohibitum' kan zich in de loop van de tijd tot een 'delictum per se' ontwikkelen, afhankelijk van de vraag of de normschending als een inbreuk op de sociaal-ethische waarde-ordening wordt ervaren. Dat zou betekenen dat het antwoord op de vraag of een daad onder het bestuursstrafrecht of het criminele strafrecht valt, afhangt van de gegeven sociaal-ethische ordening. Dat roept dan weer de vraag op aan wie het oordeel toekomt over de gegeven sociaal-ethische ordening. Bij Michels is dat - evenals bij Binding - de wetgever. De bevoegdheid om sanctionering van normschendingen aan het criminele dan wel het bestuursstrafrecht toe te delen berust exclusief bij de wetgever. Deze is volgens Michels echter niet volledig vrij bij zijn keuze:

> Er ist gebunden an den wesenmässig vorgegebenen, seit Erlass des OWiG von ihm selbst positiv anerkannten Unterschied zwischen dem sozialethisch begründeten und dem bloss verwaltungs- oder ordungwidrigen Urecht. An diesem 'im Wesen der Sache' liegenden Gegensatz hat er sich bei der Einteilung eines Verhaltens in diesen oder jenen Bereich zu 'orientieren'; er bietet die Bewertungsgrundlage.[1318]

De vrijheid van de wetgever bestaat dus niet uit het trekken van de grens tussen crimineel onrecht en 'blosse' ongehoorzaamheid, maar uit de beslissing of een bepaalde handeling als een criminele dan wel als een bestuurlijk te sanctioneren handeling gewaardeerd moet worden. Op dat moment doet een zeker decisionisme zijn intrede, want hier moet een knoop worden doorgehakt die kennelijk niet theoretisch gefundeerd kan worden.[1319] Michels haalt Eberhart Schmidt aan, die stelt:

> Aber Positivismus ist etwas sehr Vernünftiges und Unentbehrliches und ist das einzige, was hier weiter hilft. Vorraussetzung ist nur, dass die positivrechtlichen

[1317] Michels 1963, p. 83.

[1318] Michels 1963, p. 84.

[1319] Michels 1963, p. 85 spreekt hier van de noodzaak op dit punt het 'positivisme' binnen te halen.

> Enscheidungen des Gesetzgebers aus einem Bemühen um 'materielle Gerechtigkeit' entstammen und damit die Tendenz zum Gerechten haben.[1320]

Hier wordt de zaak zeer gecompliceerd. Aan de ene kant wordt gesteld dat er een voorgegeven - weliswaar historisch en niet natuurrechtelijk bepaalde - sociaalethische ordening is die een wezensonderscheid impliceert tussen crimineel en bestuursonrecht. Anderzijds wordt de vraag welke handelingen binnen welk bereik vallen exclusief aan de wetgever toebedeeld, die bij zijn beslissing wel gebonden is aan dat voorgegeven onderscheid maar desondanks vrij is een handeling als crimineel dan wel bestuursonrecht te kwalificeren. Dit impliceert dat het maken van het onderscheid tussen crimineel en bestuursonrecht los staat van het bepalen van het bereik van beide termen. Dat lijkt mij een onhoudbare positie. De zekerheid die met het voorgegeven zijn van een sociaalethische ordening geponeerd wordt, blijkt met het decisionisme van de wetgever in haar tegendeel om te slaan.

6.5.6 Van wezensonderscheid naar perspectiefwisseling

6.5.6.1 Het standaardverhaal uit de Duitse doctrine: een wezensonderscheid

Uit het voorgaande overzicht van rechtfilosofische posities van Duitse auteurs ten aanzien van het onderscheid tussen rechts- en wetsdelicten (rechtsschending of politieovertreding; *justitie* of *politie*; *malum in se* of *malum prohibita*) kan het volgende als relevant voor dit onderzoek worden samengevat.

Binnen de rechtsstaat in brede zin (alle genoemde auteurs schreven expliciet vanuit een rechtsstatelijk kader) zijn twee typen rechtsnormen voorhanden. Het ene type rechtsnorm maakt - ook zonder positivering door de wetgever - deel uit van het rechtsbewustzijn van de gemeenschap (schending is dan een malum in se), het andere type niet (schending is dan niet meer dan een malum prohibita). Beide typen rechtsnormen vallen onder het gezag van de staat: in het geval van een malum in se is sprake van de erkenning of bevestiging van de betreffende rechtsnorm door de overheid; in het geval van een *malum prohibita* is sprake van uitvaardiging/vestiging van de betreffende rechtsnorm door de overheid. Het *malum in se* kan natuurrechtelijk dan wel cultuurrechtelijk geïnterpreteerd worden. Het *malum prohibita* is in beide gevallen recht-

[1320] Eberhart Schmidt, 'Empfielt es sich, die Dreiteilung der strafbaren Handlungen beizubehalten? Nach welchen Gesichtspunkten ist das kriminelle Unrecht vom Verwaltungsunrecht abzugrenzen?', in: *Niederschriften der Grossen Strafrechtsreform. Band I: Grundsatzfragen*, Bonn 1956, p. 336, geciteerd door Michels 1963, p. 85, noot 257.

streeks en uitsluitend verbonden met het bevelsrecht en de daarin geïmpliceerde wetgevende bevoegdheid van de staat.

Hoewel met name bij Goldschmidt en Michels een scherp bewustzijn leeft van de wisselwerking tussen beide typen delicten en de historische ontwikkeling daarvan, gaat het desondanks steeds om een wezensonderscheid: dat wil zeggen dat aan entiteiten in de werkelijkheid (rechtsnormen) bepaalde essentiële eigenschappen worden toegekend. In afgezwakte vorm kan dit wezensonderscheid terugkeren als een gradueel onderscheid tussen twee typen delicten. Zoals hiervoor reeds aangegeven spreekt Schaffmeister van een kwantitatief criterium: de ernst van het feit ofwel de strafwaardigheid is in dat geval bepalend voor de wijze van afdoening. Politiële delicten zouden minder ernstige inbreuken zijn dan justitiële. De vraag blijft wanneer sprake is van een al dan niet ernstige inbreuk: is de ernst van het feit een moreel criterium, is het gerelateerd aan de veroorzaakte - of dreigende - schade, of is de ernst van het feit afhankelijk van het normatieve gezag van de geschonden norm. Dat laatste zou betekenen dat massale normschending een geringe strafwaardigheid impliceert en om die reden vereenvoudigd kan worden 'afgedaan'. Zelf meent Schaffmeister dat de onhoudbaarheid van een wezensonderscheid en de vaagheid van het kwantitatieve criterium aanleiding moet zijn de feitelijke normoverschrijdingen als uitgangspunt te nemen: hij stelt voor een frequentiecriterium te hanteren omdat massale normschending impliceert dat de norm weinig of geen normatief gezag heeft en dus beter door het bestuur kan worden afgedaan.[1321] Dat massale normschending samenhangt met het geringe normatieve gezag van de geschonden norm lijkt mij evident, maar de gevolgtrekking dat bestuurlijke afdoening in die gevallen de voorkeur verdient komt wat mij betreft uit de lucht vallen.[1322] De kans dat buitengerechtelijke

[1321] Schaffmeister 1984, p. 226: "Op grond van deze overwegingen lijkt mij de hypothese plausibel dat de zin van de tweedeling van de strafbare feiten gelegen is in het aanbrengen van een onderscheid tussen normen die in de maatschappij een hoge feitelijke 'gedragsgelding' hebben, en normen waarvan dat nog niet of niet meer kan worden gezegd, maar die de wetgever niettemin of juist daarom met strafrechtelijke middelen wil afdwingen". Schaffmeister a.w. p. 225, onderscheidt binnen de af te splitsen groep delicten met een lage 'gedragsgelding' tussen enerzijds bagateldelicten uit het commune strafrecht, die minder ernstig maar overigens equivalent zijn aan de misdrijven en 'bij administratieve regelingen aanknopende strafbare feiten anderszijds', die inhoudelijk verschillen met de klassieke delicten (toch een wezensonderscheid?).

[1322] Misschien is Schaffmeisters frequentiecriterium ook in zijn eigen ogen niet meer dan een pragmatisch criterium, zie a.w. p. 227: "Tenslotte zijn ook de eenvormige toepassing van vermogenssancties volgens tevoren opgestelde lijsten, de afdoeningsmogelijkheden buiten geding en de vereenvoudigde procedures er eerder op gericht de af te wikkelen massa van frekwent voorkomende delikten te kunnen vewerken dan op het

afdoening het normatieve gezag van de norm (be)vestigt is - ik verwijs naar de conclusies van hoofdstuk 5 - niet groot. Het frequentiecriterium is in feite een interpretatie van het kwantitatieve criterium: massale normschending wordt opgevat als een indicatie van het geringe normatieve gezag en om die reden zou dit type strafbaar feit dan buitengerechtelijk moeten worden afgedaan.[1323] Wezens- of gradueel onderscheid blijft gevangen in het denken in termen van twee typen normen, waarbij de grens in het ene geval helder en in het andere geval vloeiend is. Hieronder zal ik een andere manier bepleiten om naar rechtsnormen en de schending daarvan te kijken.

6.5.6.2 Een dubbel perspectief: zicht op het doel van de straf

Hoewel tot nu toe voornamelijk aandacht is besteed aan de Duitse rechtsfilosofische posities, is daarbij reeds opgemerkt dat de Franse positie iets anders lag. Terwijl vanuit een formele conceptie van de rechtsstaat de inbreuk op uitgevaardigd recht dat - nog - geen deel uitmaakt van het rechtsbewustzijn, gezien moest worden als een inbreuk op het door de overheid uitgeoefende bevelsrecht, moesten diezelfde inbreuken vanuit de Franse 19e eeuwse versie van de rechtsstaat - l'Etat légal' - veel meer gezien worden als een inbreuk op de door de wetgever gerepresenteerde 'volonté générale'.'[1324] In de 'Etat légal' moest al het overheidshandelen op de wet gebaseerd zijn: ook besturen kon niets anders zijn dan wetsuitvoering.[1325] Iedere rechtsnorm die overtreden kon worden moest vanuit die optiek uiteindelijk teruggaan tot de wil van de wetgever. Daarmee werd het voor de Franse doctrine veel lastiger deze nieuwe normen te concipiëren als normen die geen deel uitmaken van een gedeeld rechtsbewustzijn. De 'volonté générale' of algemene wil bevat immers een verwijzing naar een gemeenschappelijk referentiekader dat de optelsom van individuele 'willen' overstijgt. In de Franse doctrine werd de door Binding ingezette classificatie van strafbare feiten in termen van inbreuken op een rechtsgoed (krenking dan wel concrete gevaarzetting) dan ook mede betrokken op de classificatie van overtredingen, die door Binding op grond

bevorderen van een evenwichtige verhouding tussen de betekenis van de zaak en de zwaarte van de procedure".

1323 Schaffmeister 1984, p. 262 e.v. bepleit een royale uitbreiding van de afdoening buiten de rechter en buiten het OM om.

1324 Zie Chevallier 1994, p. 29-34, waar hij onder meer de Duitse en de Franse staatsopvatting bespreekt in termen van 'Herrschaft' (Duitse versie) en 'Nation' (Franse versie) en in het verlengde daarvan een materieel wetsbegrip toeschrijft aan Duitsland (de wet als overheidsbevel met algemene inhoud) en een formeel wetsbegrip toeschrijft aan Frankrijk (de wet als van de soevereine wetgever afkomstige articulatie van de 'volonté générale').

1325 Zie hiervoor reeds aangehaald Van der Hoeven 1989 passim.

van het wezensonderscheid tussen 'Verbrechen' en 'Vergehen' enerzijds en Übertretungen anderzijds als 'einfache Ungehorsam' werden opgevat. Omdat de wetgever in het Franse denken het primaat heeft bij de representatie van de algemene wil, moest ook het product van die wetgever deel uitmaken van de algemene wil en kon niet herleid worden tot het bevelsrecht als subjectief recht van een soeverein tegenover zijn onderdanen. Dat betekende dat de 'contraventions' meer moesten zijn dan een inbreuk op het bevelsrecht in de vorm van ongehoorzaamheid. Zij werden in het verlengde van Bindings classificatie dan ook opgevat als abstracte gevaarzetting van rechtsgoederen, die door de wetgever als zodanig waren erkend. De bestraffing van deze 'contraventions' kon vanuit die conceptie in beginsel niet afwijken van de bestraffing van 'délits' of 'crimes', nu zij evenzeer als de 'crimes' en de 'délits' een aantasting moeten bevatten van de algemene wil die in de geschonden rechtsnorm vervat is. De overhevelingsoperatie van het civiele strafrecht en van de politieovertredingen naar het 'echte' strafrecht was geheel in overeenstemming met deze leer. Het onderscheid tussen crimineel en politiestrafrecht kon vanuit deze optiek hooguit kwantitatief zijn (met betrekking tot zowel de ernst van het feit als de zwaarte van de sanctie) maar niet kwalitatief. Voor alle typen strafbare feiten gold vanuit die conceptie dan ook een procesbeginsel dat in alle gevallen van punitieve rechtshandhaving in beginsel berechting voorschrijft in de vorm van een 'fair trial'. Dat dit in de praktijk volstrekt onhaalbaar was, deed niet af aan het feit dat het uitgangspunt dat alle rechtsnormen herleid moeten kunnen worden tot de algemene wil een radicaal ander uitgangspunt is dan dat van een tweedeling op grond van een wezensonderscheid.[1326]

In het verlengde van de Franse conceptualisering van de 'Etat légal' heeft zich de conceptie van de 'Etat de droit'[1327] ontwikkeld, waarin afstand wordt genomen van een al te vanzelfsprekende vereenzelviging van de wet met het recht en van de wetgever met de representatie van algemeen belang.[1328] In de verbinding tussen wetgever, overheidshandelen en gerichtheid op het algemeen belang ligt intussen wel de kiem voor een meer adequate conceptualise-

[1326] Dit radicaal andere uitgangspunt leidt ertoe dat argumenten voor buitengerechtelijke afdoening eerder een pragmatisch dan een moreel karakter hebben.

[1327] Chevallier 1994, p. 29-35.

[1328] Daarbij wordt de inmiddels gedateerde - en onhoudbare - rechtsopvatting van de 'Etat légal' verlaten voor een rechtsopvatting waarin de wetgever weliswaar *gehouden is* de algemene wil (of het algemeen belang) te representeren, maar waarbij niet bij voorbaat mag worden verondersteld dat dit ook het geval is. Kortom checks and balances: een rechtsstatelijke bemiddeling van de democratie. Zie over de gevaren van de vereenzelviging van overheidshandelen met het algemeen belang en over de conceptualisering van een *heterogeen* gedeeld referentiekader Foqué en Zijderveld 1994 en Foqué 1997.

ring van de met het strafbare feit geschonden rechtsnorm. Voortbouwend op de gedachte dat het recht in beginsel de bemiddeling vormt waarlangs de algemene wil gevormd kan worden, zal ik in deze paragraaf de consequenties trekken uit het hiervoor ontwikkelde rechtsnormbegrip. Op grond van de hiervoor uitgewerkte conceptie van de aard van de geschonden rechtsnorm[1329] kunnen geen uitspraken over het wezen van de onderscheiden delicten of over het wezen van de geschonden rechtsnorm worden gedaan. Over de aard van de rechtsnorm en over de daarmee samenhangende aard van het delict kunnen uitsluitend uitspraken worden gedaan vanuit het dubbelperspectief van de verhouding tussen normadressant en normadressaten enerzijds en van de verhouding tussen normadressaten onderling. Het gaat daarbij dus niet om uitspraken in termen van 'wijzen van zijn' maar om uitspraken in termen van 'wijzen van zien'.[1330] De beide *aspecten* van rechtsnormen vormen twee verschillende manieren van kijken naar strafbare feiten en naar de daarmee geschonden rechtsnormen: *vanuit een horizontaal perspectief en vanuit een verticaal perspectief*.

Binnen het *horizontale perspectief* kijken we vanuit de onderlinge verhoudingen tussen burgers: in hoeverre wordt het handelen van burgers onderling geregeld door de geschonden rechtsnorm? Dit perspectief valt samen met het *normatieve aspect* van het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon. Het gaat er om na te gaan of, en zo ja in hoeverre rechtsgenoten in hun handelen anticiperen op de rechtsnorm als oriëntatiepunt binnen de verhouding met anderen. Zoals hiervoor is aangegeven gaat het om de vraag of mensen verwachten dat anderen van hen verwachten dat de betreffende norm uitgangspunt voor hun handelen is. Deze dubbele anticipatie is in het eerste hoofdstuk bij de bespreking van het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon uitgelegd vanuit het gedachtegoed van Mead, waar hij sprak van het 'taking the role of the other'. Deze perspectiefwisseling is voor Mead in eerste instantie geen ethisch maxime[1331] maar een ontwikkelingspsychologisch gegeven en daarmee een epistemologisch uitgangspunt: enculturatie vindt nu eenmaal plaats doordat de mens via de ander terugkijkt naar zichzelf en zich aldus als subject consti-

[1329] Par. 1.5 hierboven.

[1330] Zie voor een verantwoording van deze terminologie Zijderveld 1988, p. 16 e.v. Deze 'beperking' is in overeenstemming met de kennistheoretische verantwoording van het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon. Zie het eerste hoofdstuk.

[1331] Dat wil niet zeggen dat in het verlengde van deze ontwikkelingspsychologische conceptie geen ethisch maxime op kan duiken, dat aansluit op de vrijheid die de mens kan ontwikkelen vanuit de voortdurende perspectiefwisseling die hij ondergaat en aangaat.

tueert.[1332] Eenzelfde positie vinden we in Charles Taylors tekst over het regelbegrip van Wittgenstein: 'how to follow a rule'. Voor een verdere uitwerking van dit perspectief verwijs ik naar het eerste hoofdstuk.

Binnen het *verticale perspectief* kijken we vanuit de verhouding tussen overheid en burger. Deze verhouding kan - zoals hierboven uitgebreid aan de orde is gesteld - op verschillende manieren worden geconcipieerd.[1333] Dat neemt echter niet weg dat steeds wanneer sprake is van een *staat,* daarmee het bevelsrecht gegeven is en de opdracht en/of bevoegdheid tot het scheppen van nieuw recht. Het uitvaardigen van bevelen met algemene inhoud is dan ook onlosmakelijk verbonden met het ontstaan van de staat in moderne zin.[1334] De rechtsnorm verschijnt binnen het verticale perspectief als een bevel met algemene inhoud (voorschrift) vanwege de overheid, dat moet worden gehoorzaamd (nageleefd). In de politiestaat en binnen het domein van de *politie* binnen de formele rechtsstaat, wordt dit verticale perspectief verabsoluteerd en vanwege het interventionisme of activisme van de overheid moet eenzelfde neiging tot verabsolutering van het verticale perspectief in de verzorgingsstaat worden onderkend. Het verticale perspectief, dat samenvalt met het *imperatieve aspect* van het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon, is in de moderne staat verbonden met het bevelsrecht en daarmee ontstaat de mogelijkheid om nieuw recht uit te vaardigen en om daarmee een nieuwe maatschappelijke orde af te dwingen. Zolang dat nieuwe recht gericht is op het algemeen be-

[1332] Mead (1934) 1959, p. 90 over het 'via de ander terugkijken naar zichzelf': "The very uiversality and impersonality of thought and reason is from the behavioristic standpoint the result of the given individual taking the attitudes of others toward himself, and of his finally crystallizing all these particular attitudes into a single attitude or standpoint which may be called that of the 'generalized other' ", en over de anticipatie die mede vanuit eerder handelen begrepen moet worden, p. 100: "Intelligence is essentially the ability to solve the problems of present behavior in terms of its possible future consequences as implicated on the basis of past experience - the ability, that is, to solve problems of present behavior in the light of, or by reference to, both the past and the future; it involves both the memory and foresight". Met name deze laatste uitspraak bevestigt de verwantschap tussen Meads versie van het pragmatisme en de hermeneutische fenomenologie: in het bijzonder door de manier waarop de tijd geconceptualiseerd wordt in termen van anticipatie en anamnese. Vergelijk de vaak aangehaalde uitspraak van de 'legal realist' Holmes uit 1897: 'law is the prophesy of what the courts will do' met het primaat van de toekomst in de 'eigenlijke tijdelijkheid' bij Heidegger (1927) 1998, p. 329.

[1333] Namelijk vanuit de politiestaat, de formele en de liberale conceptie van de rechtsstaat, de 'Etat légal', de sociale rechtsstaat en vanuit de in dit onderzoek bepleitte relationele rechtsopvatting.

[1334] Zie met name paragraaf 4.2.4 voor de overgang van het recht als gedeeld actueel rechtsbewustzijn naar het recht als uitgevaardigd systeem van na te leven regels.

lang en als zodanig door burgers ervaren kan worden, maakt het kans op integratie in het rechtsbewustzijn. In dat geval zal de nieuwe rechtsnorm uiteindelijk zichtbaar worden in het horizontale perspectief doordat hij een rol gaat spelen in de wederzijdse anticipatie op het handelen van burgers onderling. Wanneer het nieuwe recht niet meer gereconstrueerd kan worden als gericht op het algemeen belang en/of niet als zodanig door burgers ervaren wordt,[1335] zal dit nieuwe recht alleen functioneren in de verhouding tussen burger en overheid en zal het normatieve gezag van de betreffende rechtsnorm gering of afwezig zijn. In dat verband is interessant dat Schaffmeister signaleert:

> Misschien kan zelfs enkel de rechter die een rechtstreeks contact met de voor hem terechtstaande persoon weet te leggen er nog in slagen om de zin achter de vaak gecompliceerde en vreemd overkomende (detail-)regelingen voor de betrokkene te vertalen en begrijpelijk te maken.[1336]

Voor een goed begrip van de aard van de rechtsnorm die een punitieve reactie heeft uitgelokt, gaat het er nu om *beide perspectieven tegelijk in het oog te houden*. Wanneer vanuit een ontologisch of essentialistisch perspectief wordt gedacht, ligt het voor de hand de werkelijkheid hetzij vanuit het ene hetzij van het andere perspectief te bekijken en dat perspectief vervolgens te verabsoluteren. De idee dat eenzelfde werkelijkheid op verschillende manieren kan worden geconcipieerd zonder afbreuk te doen aan de eigen aard van de werkelijkheid en de idee dat de eigen aard van die werkelijkheid pas in het licht kan treden als verschillende perspectieven ingenomen zijn - past niet in een wijze van denken waarin een wezensonderscheid gezocht of gerechtvaardigd wordt.

De zogenaamde 'rechtsdelicten' worden in de hierboven besproken opvattingen van Feuerbach, Binding, Goldschmidt en Michels steeds in de eerste plaats vanuit het horizontale perspectief gedetermineerd, waarbij een homogeen en voor de wetgever toegankelijk rechtsbewustzijn moet worden voorondersteld. Aan de transformatie die normen ondergaan wanneer de wetgever overgaat tot uitvaardiging, wordt daarbij nauwelijks aandacht besteed. Deze rechtsnormen worden in die perceptie rechtstreeks omgezet in de inhoud van het overheidsbevel waarmee zij de dekking van de staat verwerven. Het impe-

[1335] Dat bestuursrechtelijke normen vaak een geringe normatieve lading toegedicht wordt houdt dan ook verband met het feit dat het nieuwe recht kennelijk geen betekenis krijgt in termen van het algemeen belang, ondanks het feit dat veel ordeningswetgeving daar wel degelijk op is gericht. Zie Vervaele 1994, p. 8 noot 34: "Het is maar de vraag of veel ordeningswetgeving - denk aan milieu- en consumentenbescherming - geen fundamentele rechtsgoederen beschermen".

[1336] Schaffmeister 1984, p. 255.

ratieve aspect van de rechtsnorm wordt als het ware toegevoegd aan het normatieve aspect. Dat leidt er dan vervolgens toe dat het normatieve aspect verward wordt met de inhoud van het bevel, waardoor de perspectiefwisseling die zicht zou kunnen bieden op het normatieve aspect achterwege blijft. Het tekort van het verticale perspectief wordt nog prangender als het om 'wetsdelicten' gaat: omdat de vooronderstelling van een gedeeld referentiekader hier ontbreekt, kunnen deze delicten alleen als niet-naleving van voorschriften geconcipieerd worden en dus alleen vanuit een verticaal perspectief worden gedacht. Pas wanneer tegelijk met het verticale perspectief ook het horizontale perspectief wordt 'meegenomen' kan blijken of de norm zich daadwerkelijk als regel voor het handelen vestigt.

Waar het om gaat is dan ook *de vraag of een nieuwe norm geacht wordt het handelen van burgers onderling te gaan regelen of geacht wordt uitsluitend het naleven van voorschriften binnen de verhouding overheid-burger te betreffen*. Die vraag kan niet aan de orde komen als het perspectief van de verhouding overheid-burger verabsoluteerd wordt, hetgeen bij de hierboven besproken opvattingen over politieovertredingen of wetsdelicten het geval is.

De door mij voorgestelde wijze van zien impliceert dat iedere rechtsnorm vanuit beide perspectieven bekeken moet worden. Zowel 'rechtsdelicten' als 'wetsdelicten' moeten onderzocht worden vanuit het perspectief van de verhouding overheid-burger èn vanuit het perspectief van de verhouding tussen burgers onderling. Het is niet zinvol 'rechtsdelicten' te rechtvaardigen vanuit het horizontale perspectief, 'wetsdelicten' vanuit het verticale perspectief en dan eventueel nog een tussencategorie van delicten te creëren die op ongemakkelijke wijze vanuit beide perspectieven gezien zou moeten worden. *Ieder strafbaar feit* impliceert een door de overheid uitgevaardigde norm (verticaal perspectief). Tegelijkertijd impliceert *ieder stafbaar feit* dat deze norm het handelen van burgers in hun onderlinge verhouding moet gaan regelen (horizontaal perspectief). Het doel van de straf is de (be)vestiging van het gezag van de geschonden norm. De straf is gericht op normhandhaving in de zin dat de geschonden norm het handelen (weer) moet gaan regelen. Dat is niet alleen het geval bij 'rechtsdelicten' of alleen bij de tussencategorie, maar evenzeer bij 'wetsdelicten' of 'politieovertredingen'.

Het feit dat sommige normen het handelen van rechtsgenoten onderling kennelijk niet regelen en dus massaal geschonden worden heeft twee gevolgen. Ten eerste kan de schending moeilijk als een ernstige inbreuk op het rechtsbewustzijn worden gezien, omdat de norm daar zelf geen of slechts in beperkte mate deel van uitmaakt. Dat leidt ertoe dat de ernst van het feit niet hoog kan worden ingeschat en dat de punitieve sanctie in overeenstemming

met de geringe ernst van het feit niet zwaar mag zijn. Die lichte sanctie zou dan een buitengerechtelijke afdoening rechtvaardigen, zolang maar beroep op een rechter openstaat. Ten tweede leidt de massaliteit van de schending tot problemen bij de interpretatie van het procesbeginsel: een procesverplichting is op pragmatische gronden niet meer mogelijk. In combinatie met de geringe ernst van het feit ontstaat aldus een morele en pragmatische rechtvaardiging voor consensuele afdoening. Zolang de geschonden norm uitsluitend binnen het verticale perspectief wordt gezien is deze wijze van afdoening een vanzelfsprekende reactie op het feit dat een voorschrift niet wordt nageleefd. Het spreekt vanuit dit perspectief vanzelf dat als de naleving daadwerkelijk afgedwongen moet worden de pakkans extreem hoog moet zijn, tenzij de punitieve reactie buitenproportioneel hoog is. Dat laatste is problematisch vanwege de geringe ernst van het feit, hetgeen ertoe leidt dat voortdurende controle op de naleving om de pakkans te verhogen de enige uitweg lijkt. Zo meent Schaffmeister:

> Uitgebreidere strafbaarstelling, intensieve kontrole en matige bestraffing, maar dan wél in nagenoeg alle gevallen past bij schending van normen die in de maatschappij nog niet veel weerklank hebben. (…) Het is een feit van algemene bekendheid dat de pakkans eerder dan de hoogte van de strafbedreiging afschrikkende werking heeft (…).[1337]

Wanneer de normschending echter vanuit een horizontaal perspectief wordt bekeken moet worden toegegeven dat de consensuele procesvorm - zoals in het vierde hoofdstuk beschreven - faalt als instrument van normhandhaving: gebrek aan externe openbaarheid en onmiddellijkheid leiden mogelijk tot een bevestiging van het imperatieve aspect van de rechtsnorm maar niet van het normatieve aspect. De norm gaat - in geval van voortdurende controle - eventueel 'leven' als voorschrift dat moet worden nageleefd, maar niet als norm die het handelen regelt.

6.5.6.3 Perspectiefwisseling en de relationele rechtsopvatting

Het falen van de normhandhavende functie van de straf in de consensuele procesvorm, kan in verband worden gebracht met de rechtsopvatting die met deze procesvorm verbonden lijkt te zijn.

De eenzijdigheid van het verticale perspectief van waaruit 'wetsdelicten' of politieovertredingen worden bekeken is verbonden met een rechtsopvatting waarin het recht een instrument is waarmee vorm kan worden gegeven aan

[1337] Schaffmeister 1984, p. 227.

beleidsimplementatie.[1338] De overheid ontwerpt als het ware een blauwdruk van een gewenste maatschappelijke orde, die vervolgens via op te leggen regels kan worden afgedwongen. Niet-naleving van deze regels kan strafbaar worden gesteld en aldus is ook de straf een instrument van beleidsimplementatie. De geschonden rechtsnorm kan vanuit die optiek worden opgevat als de inhoud van een overheidsbevel, dat berust op het bevelsrecht als subjectief recht van de staat of op de 'algemene wil' die gelijk wordt gesteld aan de wil van de wetgever. Dat laatste veronderstelt dan weer een homogene 'algemene wil' die in de vorm van een homogeen rechtsbewustzijn ook al ingeroepen moest worden bij de verklaring van het wezensonderscheid tussen 'rechts-' en 'wetsdelicten'.

De algemene wil - of het algemeen belang - kan echter ook op andere wijze worden verstaan. In een relationele rechtsopvatting kan het recht *niet eenzijdig* als instrument van beleidsimplementatie worden gezien. Het recht is meer dan een geheel van door een overheid uitgevaardigde regels. Het recht kan niet begrepen worden door uitsluitend te denken vanuit het perspectief van de verhouding tussen overheid en burgers. De betekenis van uitgevaardigde regels wordt pas zichtbaar wanneer wordt onderzocht in hoeverre en op welke wijze de regel het handelen van burgers onderling regelt.[1339] Dat onderzoek vindt in beginsel plaats wanneer een vermeende schending van een regel wordt voorgelegd aan de rechter. De overgang van de 'Etat légal' naar de 'Etat de droit' moet dan ook gesitueerd worden op het moment dat de almacht van het parlement als vanzelfsprekende vertegenwoordiging van de algemene wil wordt ingeperkt doordat ook de wetgever onder het recht gebracht wordt in de vorm van constitutionele toetsing door een onafhankelijke rechter.[1340] Deze onderschikking van de wetgever aan het recht bevestigt dan ook de gedachte dat het recht meer is dan het uitgevaardigde recht en daarmee blijkt deze 'Etat de droit' een relationele rechtsopvatting te bevatten. Wanneer de schending van een rechtsregel aan de rechter wordt voorgelegd zal hij zich moeten laten leiden door een voortdurende perspectiefwisseling: van horizontaal naar verticaal en vice versa. De betekenis van de door de wetgever

[1338] Deze rechtsopvatting is door Foqué en 't Hart 1990 gekwalificeerd als een instrumentalistische rechtsopvatting, ter onderscheiding van de relationele rechtsopvatting. In die laatste rechtsopvatting wordt de instrumentaliteit van het recht als instrument voor normhandhaving overigens niet ontkend (zoals wel het geval is in een machtskritische rechtsopvatting die het recht uitsluitend als bescherming tegen de overheid ziet). Zie par. 2.4 hierboven.

[1339] Het feit dat de betekenis pas zichtbaar wordt bij nader onderzoek naar de mate waarin en de wijze waarop de regel het handelen regelt impliceert natuurlijk niet dat de regel voorafgaand aan dat onderzoek geen betekenis zou hebben. Integendeel, maar die betekenis is impliciet in het handelen en daarmee als het ware onzichtbaar.

[1340] Chevallier 1994, p. 88-96: constitutionele toetsing is essentieel voor de rechtsstaat.

gestelde regel moet in het licht van de maatschappelijke aanvaardbaarheid en van de concrete wederzijdse - gerechtvaardigde - verwachtingen vastgesteld worden. Deze rechtsopvatting impliceert dat *ieder* strafbaar feit vanuit deze perspectiefwisseling bezien moet worden: bij 'rechtsdelicten' mag niet verondersteld worden dat zij aansluiten op een 'bestaand' rechtsbewustzijn en bij 'wetsdelicten' kan niet verondersteld worden dat de normschending geen ernstig feit construeert.[1341] Bovendien moet steeds in het oog worden gehouden dat strafbaarstelling in ieder geval gericht is op normhandhaving en dus mede op de vestiging en/of bevestiging van een gedeeld referentiekader/rechtsbewustzijn. Strafoplegging mag dus niet alleen gericht zijn op het (be)vestiging van de norm in de verhouding tussen overheid en burger. Deze rechtsopvatting is langs die weg ook weer verbonden met de relationele opvatting van de rechtsstaat, waarbij het recht gezien wordt als constitutionele bemiddeling van de verhouding overheid-burger. Een rechtsopvatting die het recht - met name het ordeningsrecht - uitsluitend als instrument voor beleidsimplementatie ziet, past echter in een formele conceptie van de rechtsstaat,[1342] waarin de overheid een rechtsvrije ruimte toekomt waarbinnen zij het algemeen belang naar eigen inzicht na kan streven.[1343]

[1341] Dat dit niet het geval is blijkt al uit het ontstaan van een tussencategorie van strafbare feiten, die weliswaar een schending zijn van door de overheid uitgevaardigd nieuw recht, maar die inmiddels functioneren binnen het horizontale perspectief. Of dat het geval is kan echter niet door de wetgever vooraf worden bepaald en daarmee zal iedere poging tot indeling van strafbare feiten in termen van wets- en rechtsdelicten door de wetgever moeten falen. In dat verband is de discussie die in 1875 in de Tweede Kamer werd gevoerd naar aanleiding van de herindeling van strafbare feiten nog steeds relevant en actueel, zie Schmidt 1891, p. 60-73. Interessant is bijvoorbeeld het standpunt van tweede kamerlid Oldenhuis Gratama die meent dat een eventueel onderscheid tussen misdrijven en overtredingen niet in de aard der zaak gelegen is en dus geheel subjectief is, in: Schmidt 1891, p. 68: "De onderscheiding is in vele gevallen geheel subjectief: ook overtredingen moeten in overeenstemming zijn met het regtsbewustzijn: misdrijven blijven altijd wetsdelicten: de onderscheiding moge haar nut kunnen hebben voor den wetgever, maar niet voor de regter en nog veel minder voor den justitiabele".

[1342] Zie par. 6.4.3 hierboven.

[1343] Voor een geheel ander zicht op 'het algemeen belang', vanuit de relationele rechtsopvatting, zie 't Hart 1997, p. 41-68. Vanuit deze rechtsopvatting moet de overheid in haar handelen *te allen tijde* het algemeen belang voor ogen houden - dus ook waar het de *justitie* betreft. Maar het criterium van het algemeen belang mag dan geen instrument van bestuurlijke willekeur of subjectief bestuurlijk inzicht worden. Zelfs een - overigens toe te juichen - nadruk op beroepsethiek binnen de rechterlijke macht, het openbaar ministerie en de advocatuur kan geen richting geven aan de normering van de ruimte die met het begrip algemeen belang gegeven is. Daartoe moeten de politieke, constitutionele vooronderstellingen van de democratische rechtsstaat worden doordacht. 't Hart 1997, p. 54-55.

6.6 Samenvattend: procesbeginsel en rechtsstaat

In dit hoofdstuk zijn de historische en vooral ook ideeënhistorische achtergronden van het procesbeginsel onderzocht. Daarbij hebben de begrippen *politie* en *justitie* en vooral ook de onderlinge verhouding tussen beide centraal gestaan. In het 'fair trial' blijkt een nieuwe verhouding tussen beide geïnstitutionaliseerd te zijn, die rechtstreeks verbonden is met een bepaalde opvatting van de rechtsstaat. Voor een goed begrip van deze nieuwe verhouding zijn de begrippen politiestaat en rechtsstaat nader onderzocht vanuit hun historische context. Daarbij is apart aandacht besteed aan het gedachtegoed van Montesquieu als wegbereider van de rechtsstaatgedachte.

Vervolgens is gebleken dat met name de 19e eeuwse formele conceptie van de rechtsstaat inzicht kan bieden in het naast elkaar bestaan van het 'fair trial' voor zogenaamde 'rechtsdelicten' (het domein van de *justitie*) en buitengerechtelijke procesvormen voor zogenaamde 'wetsdelicten' (het domein van de *politie*). In de achttiende eeuwse politiestaten functioneerde de *justitie* als onderdeel van de *politie*: alle recht was in feite politierecht. Binnen deze politiestaten was het scheppen en afdwingen van nieuw recht het subjectieve recht van de vorst, die via zijn ambtenaren het naleven van zijn voorschriften kon gaan controleren en niet-naleving wederom via zijn ambtenaren kon gaan bestraffen. Alle delicten waren in zekere zin 'wetsdelicten'. Na de Franse revolutie ontstond met name in Duitsland een formele conceptie van de staat als rechtsstaat, waarbinnen de *justitie* een eigen domein kreeg toebedeeld bestaande uit het geprivatiseerde civiele recht en het criminele strafrecht. Binnen dit domein had de onafhankelijke rechter het laatste woord en binnen dit domein heerste de wet. Daarnaast functioneerde de staat in het domein van de *politie* waarbinnen geen plaats was voor een onafhankelijke rechter. Binnen de *politie* was sprake van een *rechtsvrije* ruimte waarin de overheid zich naar eigen inzicht bezig hield met maatregelen ter bevordering van het algemeen belang. De grenzen van de ruimte waarbinnen de overheid zich aan het algemeen belang kon wijden werden door diezelfde overheid bepaald en daarbinnen kon het beheersingsdenken dat de politiestaat kenmerkte zich voortzetten. Het politiestrafrecht kon zich in deze constellatie enorm uitbreiden en overtredingen konden in beginsel door ambtenaren worden afgedaan. De maatregelen die in het kader van de *politie* werden uitgevaardigd hadden geen betrekking op een gedeeld referentiekader, maar speelden bij uitsluiting binnen de verhouding overheid-burger: overtreding van de regels die in deze maatregelen gesteld waren, werden als 'wetsdelicten' geconcipieerd - ofwel 'einfache Ungehorsam'.

Met de opkomst van de verzorgingsstaat in de loop van de twintigste eeuw lijkt het primaat van de activistische overheid zich nog verder te ontwikkelen in het verlengde van de achttiende eeuwse politiestaat en de negentiende eeuwse formele rechtsstaat. Tegelijkertijd wordt de absolute scheiding tussen *politie* en *justitie* (in hedendaagse termen: tussen algemeen belang en recht) doorbroken door de onderschikking van het bestuur aan het recht.[1344] Het onderscheid tussen 'rechts-' en 'wetsdelicten' wordt door de integratie van het domein van de *politie* in het domein van de *justitie* steeds problematischer. De Franse versie van de rechtsstaat, waarin de wet als representatie van de algemene wil een absoluut primaat verkreeg en iedere wetsschending aldus een schending van de algemene wil moest zijn, leidde zoals bekend direct na de revolutie al tot het onderbrengen van de politieovertredingen bij het criminele strafrecht.

In plaats van een wezensonderscheid te veronderstellen tussen 'rechts-' en 'wetsdelicten' is een perspectief gezocht dat *alle strafbare feiten* kan belichten vanuit de samenhang tussen objectief recht (dan zal het gaan om niet-nageleefde overheidsbevelen met algemene inhoud) en concrete wederzijdse verwachtingen (die - willen zij gerechtvaardigd zijn - aan zullen sluiten bij een gemeenschappelijk referentiekader dat de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de normschending bepaalt).

Terugkerend naar het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon kunnen de daarin onderscheiden aspecten gezien worden als onderscheiden perspectieven, die steeds tegelijk in het oog gehouden moeten worden, wil de aard van de geschonden rechtsnorm begrepen worden. Het normatieve aspect valt dan samen met een horizontaal perspectief waarbinnen onderzocht kan worden of, en zo ja in hoeverre de geschonden norm het handelen van burgers onderling regelt. Het imperatieve perspectief valt dan samen met een verticaal perspectief waarbinnen onderzocht kan worden of en onder welke voorwaarden de geschonden norm deel uitmaakt van het objectieve recht. Aldus is met deze dubbele focus niet alleen een rechtsvindingstheorie verbonden maar ook een theorie over de verhouding tussen wetgever, bestuur, rechter en rechtsgenoten wanneer het gaat om de handhaving van het recht. Het gaat er niet alleen om dat *als* de rechter in geding zijn oordeel moet vormen hij de vermeende rechtsnormschending vanuit beide perspectieven onderzoekt maar evenzeer *dat* punitieve rechtshandhaving door een overheid in beginsel verloopt volgens de procesvorm van het 'fair trial'. Rechtsstatelijkheid valt dus

[1344] Deze onderschikking was pas mogelijk toen recht en wet niet meer gelijkgesteld waren en toen erkend werd dat besturen meer is dan wetstoepassing, zie Van der Hoeven 1989 passim.

niet samen met het primaat van de wet, maar veronderstelt juist met het oog op dit primaat dat de betekenis van de wet niet door het bestuur maar door de onafhankelijke rechter wordt vastgesteld.

Hoofdstuk 7 Epiloog: het procesbeginsel in politiek-filosofisch perspectief

7.1 Inleiding

Voor een samenvatting van de bevindingen van het onderzoek zij verwezen naar de afsluitende paragrafen van de hoofdstukken 1 tot en met 6, naar de conclusies aan het slot van deel II en naar de samenvattende conclusies in hoofdstuk 8.[1345] Kort gezegd blijkt de consensuele procesvorm slechts in geringe mate effectief als instrument van rechtshandhaving en hangt deze verzwakte effectiviteit direct samen met een gebrekkige legitimiteit. De samenhang tussen de effectiviteit en de legitimiteit is niet causaal of moreel maar vloeit voort uit het feit dat zowel de effectiviteit als de legitimiteit naast de (be)vestiging van het imperatieve gezag ook de (be)vestiging van het normatieve gezag van rechtsnormen behoeft.

De aard van dit onderzoek verzet zich tegen het afleiden van concrete aanbevelingen, zoals bijvoorbeeld een aanbeveling om de buitengerechtelijke afdoening over te hevelen naar de rechter of het serieus terugdringen van de hoeveelheid na te leven voorschriften. Dat neemt niet weg dat de analyse richtinggevend kan zijn voor vervolgonderzoek.[1346]

Soms is het noodzakelijk om een ongebruikelijk perspectief in te nemen om zicht te krijgen op wat zo voor de hand ligt dat het zich onopgemerkt aan onze waarneming onttrekt. Merleau-Ponty wijst op kennis die zich

[1345] Om precies te zijn par. 1.5, 2.7, 3.4 en 3.6, 4.6, 5.6 en 6.6; voor de conclusies aan het slot van deel II zie par. 4.7.

[1346] Bijvoorbeeld onderzoek hoe de (be)vestiging van het normatieve en imperatieve gezag van massaal geschonden normen georganiseerd kan worden binnen de buitengerechtelijke afdoening. Ook onderzoek naar de samenhang tussen criminaliteitsbestrijding, veiligheid en strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde zou - vanuit het hier ontwikkelde gedachtegoed - op een concreter niveau tot verrassende inzichten kunnen leiden.

'obliquement' opdringt,[1347] kennis die zich als het ware achter onze rug bevindt en ons eerder stuurt dan dat wij er rechtstreeks zicht op kunnen krijgen. In dit proefschrift wordt een andere manier van kijken naar de sociale, juridische en politieke werkelijkheid bepleit dan de gebruikelijke functionalistische, normativistische dan wel realistische manieren van kijken die ons begrip van straf en strafproces bepalen.[1348] Die andere manier van kijken kan filosofisch-technisch worden ondergebracht bij de fenomenologische en hermeneutische traditie waarop Merleau-Ponty, Ricoeur en Glastra van Loon voortbouwen. Om die reden vangt het proefschrift aan met een kennistheoretische exercitie die de vooronderstellingen nagaat van het rechtsnormbegrip dat de kern van het onderzoek uitmaakt. Het vernieuwende van dit rechtsnormbegrip is echter niet alleen het fenomenologische perspectief, waarin het normatieve aspect van rechtsnormen gevat kan worden maar tegelijk de weerstand die het biedt aan de verabsolutering van dat perspectief. Naast dit normatieve aspect speelt in geval van rechtsnormen immers steeds ook een imperatief aspect, dat in een statelijke samenleving is verbonden met de verhouding tussen overheid en rechtssubjecten. Die verhouding is een bij uitstek politieke verhouding, die dan ook op verschillende manieren vorm kan krijgen. Verabsolutering van het imperatieve perspectief kan intussen leiden tot een vorm van normativisme waarin normen alleen nog maar als voorschriften (bevelen met algemene inhoud, gericht tot een algemeenheid van normadressaten) kunnen worden begrepen, dan wel tot een vorm van realisme waarin normen alleen nog maar als de voorlopige uitkomst van een machts- of belangenstrijd gezien kunnen worden. In dit onderzoek wordt een rechtsnormbegrip bepleit waarin de spanning tussen het normatieve en het imperatieve aspect van rechtsnormen nu juist als constitutief wordt gezien voor iedere rechtsorde. In het verlengde daarvan blijken in een statelijke samenleving het normatieve en imperatieve gezag van de straf mede constitutief voor de rechtsorde.

Hieronder zal in aansluiting op het verrichte onderzoek de relatie tussen kennistheorie en politieke filosofie worden besproken, waarna tenslotte het pleidooi voor de procesvorm van het 'fair trial' als regulatieve voorwaarde voor de straf hernomen zal worden vanuit politiek filosofisch perspectief.

[1347] Merleau-Ponty 1960, p. 104. Heidegger onderscheidt het 'voorhanden'-perspectief dat wij ons eigen hebben gemaakt, dat doet vergeten dat daar een ander perspectief als mogelijkheidsvoorwaarde aan voorafgaat - door hem als 'terhanden'-perspectief verwoord. Heidegger (1927) 1998, p. (43-44) 68-69.

[1348] Deze manieren van kijken vormen onze 'common sense'. Over 'common sense' als constitutief referentiekader zie Gadamer 1990, p. 24-36 en Geertz 1983, p. 73-94.

7.2 Van kennistheorie naar politieke filosofie

Het verschil tussen de wetenschap van de politiek en politieke filosofie ligt volgens Lefort in het feit dat de wetenschap van de politiek (politicologie) pas mogelijk is in geval van een scheiding tussen kennis en macht die zelf politieke betekenis heeft. Daartoe onderscheidt Lefort tussen 'le politique' of 'het politieke' en 'la politique' of 'de politiek'. Het politieke betreft de constitutie van de samenleving, dat wil zeggen de manier waarop de verhoudingen tussen rechtsgenoten onderling zijn geregeld. Deze constitutie kan niet in causale of functionalistische zin worden begrepen, maar speelt zich af op het niveau van wat Lefort 'l'ordre symbolique' ofwel 'de symbolische orde' noemt. De politiek daarentegen betreft een binnen de samenleving afgebakend domein waar de besluitvorming over het handelen van de overheid plaatsvindt, of die besluitvorming nu als soevereine wilsvorming, als interne machtsstrijd dan wel als een redelijk debat wordt opgevat.[1349] De politiek laat zich kennen als object van de sociale wetenschappen, het politieke daarentegen kan alleen worden onderzocht met inachtneming van de bijzondere circulariteit die eigen is aan het onderzoek van de symbolische orde.

In het eerste hoofdstuk is de semiotische achtergrond van het rechtsnormbegrip van Glastra van Loon belicht. Daarbij is de betekenis van handelingen besproken als de subjectieve algemeenheid die het mogelijk maakt om handelingen als bepaalde handelingen te identificeren. Begripsvorming - zelf een handeling - wordt vanuit die optiek gezien als het aan elkaar toeordenen van verschillende ervaringsbestanddelen door deze onder één noemer (het teken, de betekenaar, het woord) te brengen. Deze semiotische benadering is uitgebreid tot een analyse van het betekenissysteem dat de mogelijkheidsvoorwaarde vormt voor betekenisvol handelen. Dit betekenissysteem is met Ricoeur - anders dan de structuralisten - naar analogie van de verhouding tussen taalsysteem en taalgebruik, opgevat als wederzijds constitutief ten opzichte van het handelen. Op dit niveau gaat het dus niet om relaties van oorzaak en gevolg maar om inzicht in de circulaire verhouding tussen wat Lefort

[1349] Volgens Carl Schmitt 2001, p. 138, zijn termen 'politiek', 'politie' en 'politesse' alledrie afgeleid van het Griekse woord voor de stadstaat: de *polis*. Wat Lefort aanduidt als 'het politieke' regelt onder meer de verhoudingen tussen deze drie domeinen, die onderscheiden kunnen worden, maar zich - ook historisch gezien - niet noodzakelijkerwijs als gescheiden domeinen voordoen. Vermenging van politiek en politie zou in het licht van de politieke filosofie als het probleem van de despotie of dictatuur gezien kunnen worden, terwijl vermenging van politiek, politie en politesse dan het probleem van het totalitaire zou zijn. In dat laatste geval is het privé-domein waarbinnen de burger zijn eigen dingen kan doen volledig onder controle van de staat gebracht (inclusief een netwerk van verklikkers die de private ruimte transparant moeten maken).

de symbolische orde noemt en de betekenis van het handelen dat zich inschrijft in die orde. De door Lefort uitgehouden spanning tussen beide impliceert dat noch de verabsolutering van de symbolische orde van de structuralisten, noch de verabsolutering van het actorperspectief van sommige sociaal constructionisten of voluntaristen de richting van de invloed van het een op het ander definitief kan bepalen. Het wederzijds constitutieve karakter dat eigen is aan de verhouding tussen symbolische orde en handeling impliceert een circulariteit die niet vermeden maar wel geëxpliciteerd kan worden.

Voor zijn begrip van de symbolische orde zoekt Lefort inspiratie bij Merleau-Ponty, die in zijn latere werk spreekt van 'le chair' (het weefsel) van de geschiedenis. Daarmee verwoordt Merleau-Ponty de historiciteit van wat hiervoor is beschreven als betekenissysteem of 'langue',[1350] en wat bij Lefort wordt geduid als symbolische orde. Deze historiciteit is het onontkoombare contrapunt van de wederzijdse constitutiviteit tussen symbolische orde en handeling. De handeling is immers altijd een historisch gebeuren. Naast de verwantschap met het gedachtegoed van Merleau-Ponty - een verwantschap die bij zowel bij Glastra van Loon als Ricoeur aanwezig is - onderscheidt het vocabulaire van Lefort zich door een herhaalde verwijzing naar psychoanalytische categorieën, die voor de term 'symbolisch' van grote betekenis is.[1351] In de psychoanalyse van met name Lacan is de overgang van het 'imaginaire' naar het 'symbolische' stadium de grondslag van de ontwikkeling van een zelfstandige persoonlijkheid. Het imaginaire stadium hangt samen met de narcistische fase, waarin het kind zich niet meer ervaart als één met de wereld maar zich als subject in het middelpunt van een geobjectiveerde wereld stelt. Vanuit die centrale positie eist het kind de onvoorwaardelijke aandacht van de ander, zonder wiens aandacht hij als subject - nog - niet kan bestaan. Het imaginaire stadium is gebaseerd op een duale relatie tussen de werkelijkheid en de afbeelding daarvan; de werkelijkheid kan dan ook juist of onjuist worden afgebeeld en is zelf de toetssteen van die (on)juistheid. De overgang naar het symbolische stadium vindt plaats wanneer het kind in confrontatie met andere subjecten die hem of haar niet voortdurend als middelpunt van de wereld benaderen, de ruimte neemt om de pluraliteit te erkennen van middelpunten (*andere* subjecten), die met hem of haar de sociale werkelijkheid constitueren. Daartoe zal het de werkelijkheid moeten decentreren en de afbeeldingsrelatie tussen werkelijkheid en de verbeelding ervan los moeten laten. De symbolische orde

[1350] De term 'chair' verwijst naar het lichamelijke uitgangspunt van de fenomenologie van Merleau-Ponty en naar de historiciteit van de 'langue' die hier dus niet begrepen wordt in Saussuriaanse zin, zie par. 1.4.3 hierboven.

[1351] Zie Mooij 1977 en 1999, De Doelder en 't Hart 1982.

impliceert de bemiddeling tussen subject en object in plaats van het afbeeldingsdenken van de imaginaire orde.[1352]

Het politieke maakt volgens Lefort deel uit van de symbolische orde. Dit betekent dat de feitelijke macht en de voorstelling ervan beide van symbolische aard zijn. Het politieke kan worden omschreven als de symbolische distributie van de samenleving,[1353] die dus niet causaal of moreel begrepen wordt maar als betekenisverlenend kader dat prioriteit heeft ten aanzien van het imaginaire en het feitelijke. Dat wil zeggen dat de voorstelling van de macht geen afbeelding is van een voorgegeven feitelijke macht, maar dat ook de feitelijke macht zelf symbolisch is bepaald.[1354] Dat impliceert dat de imaginaire dualiteit tussen feitelijke macht en de voorstelling ervan (vaak gekwalificeerd als ideologie)[1355] evenals de daarmee samenhangende 'fundamentele cesuur tussen degenen die willen heersen (de *grandi*) en degenen die enkel en alleen niet overheerst willen worden (*il populo*)' vanuit een derde positie bemiddeld moeten worden om de eenheid van de politieke gemeenschap mogelijk te maken.[1356] Die eenheid is dan per definitie een gerepresenteerde eenheid, want

[1352] Juist de semiotiek van Peirce biedt op dit punt aanknopingspunten. Peirce onderscheidt drie typen tekens: iconen, indexen en symbolen. Iconen betekenen hun object op grond van de gelijkenis tussen beide, indexen vanwege de verbinding die tussen beide bestaat en symbolen verbinden uitsluitend op grond van een intepretatie. Zie Peirce 1958, p. 368 en 389. Terwijl iconen en indexen dus een bepaalde relatie tussen teken en betekende veronderstellen, is het symbool bij uitstek de constitutieve bemiddeling van het object als dat object. Het symbool is niet gebaseerd op een veronderstelde duale relatie, maar installeert een tryade tussen betekenaar en betekende vanuit de interpretant (de invalshoek van waaruit de relatie tussen betekenaar en betekende wordt gevestigd). Zie ook Peirce 1958, p. 51-53 over de drie referenties van het teken. De overgang van het imaginaire naar het symbolische stadium zoals beschreven in de psychoanalyse zou begrepen kunnen worden als een demonstratie van de overgang van de afbeeldingsrelatie van het icoon en de verwijzende relatie van de index naar de constitutieve relatie van het symbool.

[1353] Loose 1997, p. 67-73.

[1354] Loose 1997, p. 71: "Een maatschappij constitueert en instaureert een bepaald politiek regime doordat ze voor zichzelf een bepaalde voorstelling van de politieke macht huldigt, institutioneel uitdrukt en in allerlei tekens veruitwendigt en in stand houdt".

[1355] Over het ideologiebegrip zie Ricoeur 1986a en Loose 1997, p. 129-149. Voor zover ideologie niet meer is dan de legitimatie van bestaande machtsverhoudingen staat zij onder de voortdurende en terechte ideologiekritiek van Marxistische en Freudiaanse zijde. De erkenning dat iedere samenleving zich een voorstelling (ideologie) van haar constituerende (machts)verhoudingen schept kan in samenhang met het bewustzijn daarvan de imaginaire dualiteit van feitelijke macht en ideologie vanuit een derde punt doorbreken.

[1356] Loose 1997, p. 72, onder verwijzing naar Machiavelli die voor Lefort 'dit verbeeldend fenomeen van de macht en het ermee gepaard gaand fenomeen van de constitutieve

vanuit die derde positie gezien kunnen feitelijke macht en de ideologische legitimatie ervan nooit samenvallen.[1357] De erkenning dat de politieke eenheid altijd een symbolische, gerepresenteerde eenheid is leidt er toe het symbolische te lokaliseren op een onbepaalbare plek. Lefort spreekt van de lege plaats van de macht[1358] die in ieder geval niet geheel immanent aan of gedetermineerd door de gerepresenteerde samenleving kan zijn.

Voor Lefort is het bijzondere van de democratische samenleving dat zij het politieke en dus symbolische karakter van de macht als het ware in haar institutionele fundamenten erkent. Doordat de vertegenwoordigers van 'het volk' geen mandaatverhouding tot individuele kiezers of zelfs groepen kiezers hebben, maar zijn gehouden tot een anonieme en principieel tijdelijke representatie van het algemeen belang, kan de macht 'niet substantieel worden'.[1359] Daarmee wordt gedoeld op het feit dat een volksvertegenwoordiger zijn stem niet mag gebruiken om deelbelangen van zijn persoonlijke politieke achterban veilig te stellen, maar vanaf zijn verkiezing steeds het algemeen belang na moet streven waartoe een veelheid van particuliere en algemene belangen moet worden meegewogen. De institutionalisering van de erkenning van het symbolische karakter van de macht in de democratie als politiek regime vangt volgens Lefort aan met de verklaring van de rechten van de mens aan het eind van de achttiende eeuw. Met deze verklaring kent de mens zichzelf rechten toe die hij 'van nature' bezit;[1360] de ambiguïteit van deze onderneming onderstreept het bijzondere karakter van de democratie. De democratie installeert niet zozeer de politiek als symbolische orde, want dat is zij volgens

machtsdeling voor het eerst heeft ondersteept'. Zie C. Lefort, *Le travail de l'oeuvre de Machiavel*, Parijs: Gallimard 1972. Zie de inleiding van Heck 1997, p. 51-55 over de relatie tussen het negende hoofdstuk van de *Principe*, waarin de verhouding tussen koning, adel (*i grandi*) en het volk wordt besproken, en de *Discorsi*. Ook Van Middelaar 1999, p. 178-185.

1357 Over soevereiniteit als gerepresenteerde eenheid, Lindahl 1997 en 1999.

1358 Loose 1997, p. 60-65, 97-99 en 72-73 waar hij de macht en het symbolische situeert 'op de grens van de interioriteit en de exterioriteit'. Zie ook Loose 1997, p. 82-87 over de ontbinding van het theologisch-politieke die tot gevolg heeft dat de legitimatie van de macht onder verwijzing naar een goddelijke transcendentie plaats maakt voor een erkenning van een principieel onbepaalbare alteriteit, die zich niet volledig binnen het immanent maatschappelijke laat lokaliseren. Zie ook Foqué 1993.

1359 Loose 1997, p. 98.

1360 Lefort 1994, p. 65: "Seconde figure du paradoxe: les droits de l'homme sont énoncés; ils le sont comme des droits qui appartiennent à l'homme; mais, simultanément, l'homme apparaît à travers ses mandataires comme celui dont l'essence est d'énoncer ses droits. Impossible de détacher l'énoncé de l'énonciation, dès lors que nul ne saurait occuper la place, à distance de tous, d'où il aurait autorité pour octroyer ou ratifier des droits".

Lefort altijd al. De democratie installeert de erkenning daarvan en dat impliceert een bijzondere samenhang tussen individuele vrijheden, burgerlijke vrijheden en politieke vrijheden.[1361]

In zijn 'Droits de l'homme et politique' verstaat Lefort zich onder andere met de ideologiekritiek van Marx op het 'burgerlijke' karakter van de rechten van de mens.[1362] Volgens Marx maken de individuele vrijheden die in de Verklaringen van de rechten van de mens worden afgekondigd van de mens een 'monade', wiens vrijheid ophoudt waar die van de ander begint. Daarmee leggen deze rechten de basis voor een atomistisch mensbeeld, dat als ideologie de verdinglijking van de mens ten dienste van het opkomende kapitalisme van de heersende bourgeoisie legitimeert en voorbereidt. Lefort ontkent deze implicaties niet. Hij meent echter dat Marx zelf ten prooi is aan een ideologische vooringenomenheid:

> Il [Marx, mh] se laisse faire prisonnier de la version idéologique des droits, sans examiner ce qu'ils signifient dans la pratique, quel bouleversement ils apportent dans la vie sociale.[1363]

Lefort wijst vervolgens op de artikelen 10 en 11 van de Verklaring van 1789, waarin de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van meningsuiting worden afgekondigd. Juist dit laatste artikel wordt door Marx nauwelijks besproken. Voor Lefort is dit grondrecht de kern van de nieuwe orde die aan het eind van de achttiende eeuw wordt ingesteld:

> (..) disons que l'article fait entendre qu'il y a une communication, une circulation des pensées et des opinions, des paroles et des écrits, qui échappent par principe, sauf dans des cas spécifiés par la loi, à l'autorité du pouvoir.[1364]

De onbeheersbaarheid van de publieke opinie, van het spreken en schrijven in de private en publieke domeinen waarin de meningsvorming over zaken van algemeen belang plaatsvindt,[1365] wordt ingeschreven in de constitutie van de samenleving. In deze rechtsstatelijke institutionalisering van een voortaan principieel niet te beheersen ruimte waarbinnen het weten zich permanent kan vormen, ligt de kiem van de democratie die zich ruim een eeuw later weet

[1361] Lefort 1994, p. II, 49-50 en 56.
[1362] Lefort 1994, p. 45-84.
[1363] Lefort 1994, p. 56.
[1364] Lefort 1994, p. 58-59. Lefort legt er de nadruk op dat juist dit - door Marx nauwelijks besproken grondrecht - een relationele benadering van de maatschappelijke en van de rechtsorde impliceert. Zie over het verschil tussen een liberalistische en een relationele opvatting van grondrechten par. 5.3.3.3 hierboven.
[1365] Vergelijk Habermas *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (Habermas 1990).

te vestigen met een algemeen kiesrecht voor alle burgers. Dit recht op individuele vrijheid, is tegelijk een burgerlijk recht en een politiek recht. Met dit grondrecht wordt duidelijk dat een ieder zich burger mag noemen in de dubbele betekenis van *bourgeois* en *citoyen*:

> C'est de l'independence de la pensée, de l'opinion, en regard du pouvoir, c'est un clivage entre le pouvoir et savoir, qu'il s'agit dans l'affirmation des droits de l'homme, et non pas seulement, non pas essentiellement de la scission du bourgeois et du citoyen, de la propriété priveé et de la politique.[1366]

Voor Lefort vormt deze instauratie van de kloof tussen het weten en de macht een mutatie in de symbolische orde. Deze kloof - die zoals wij hiervoor gezien hebben in de achttiende eeuw deels werd voorbereid door de steeds onafhankelijker positie van de Franse parlementen ten opzichte van de koning - organiseert de mogelijkheid van verzet tegen de macht van de overheid door een interne differentiatie van de overheid die de bescherming van een vrije openbare ruimte mogelijk maakt. De vrijheid die daarmee eerst mogelijk wordt gemaakt, moet volgens Lefort ontbreken in een niet-statelijke samenleving waar de machtsvorming geheel zou zijn uitgeleverd aan contingente machtsverhoudingen. Vanuit dat gezichtspunt bekritiseert Lefort de verheerlijking van de niet-statelijke samenleving als zouden machtsverhoudingen daar vanwege het ontbreken van een machtscentrum geen rol van betekenis spelen. In het derde hoofdstuk is die opvatting van de verhoudingen binnen niet-statelijke samenlevingen – onder verwijzing naar onder meer Clastres[1367] – als naïef van de hand gewezen. Het ontbreken van een overheid kan niet betekenen dat machtsverhoudingen geen rol spelen. Het is waarschijnlijker dat contingente machtsverhoudingen, gebaseerd op persoonlijke economische of militaire macht, een grote rol spelen in de besluitvorming over zaken van algemeen belang. Zoals in par. 3.3.3 is aangegeven zal echter juist vanwege de kwetsbaarheid van de persoonlijke machtsvorming het ritueel een doorslaggevende rol spelen in het stabiliseren van de verhoudingen. De hiervoor besproken vrijheidsconceptie van Immink, die - in termen van Berlin - neerkomt op een positief vrijheidsbegrip (*freedom to*) waarin directe participatie aan de politieke besluitvorming centraal staat past bij de aristocratische aard van de Oudgermaanse niet-statelijke samenleving. Nadat het koningschap deze vorm van vrijheid tegen het einde van de late middeleeuwen volledig heeft geïncorporeerd, zodat alleen de soeverein nog een vrij man is, formuleert Montesquieu in de achttiende eeuw een negatief vrijheidsbegrip (*freedom*

[1366] Lefort 1994, p. 59.

[1367] Lefort maakte samen met Clastres deel uit van de redactie van *Libre*. Leforts kritiek op de romantische interpretaties van het werk van Clastres neemt niet weg dat Clastres zelf niet aan een dergelijke verheerlijking leed. Zie Loose 1997, p. 76.

from) als mogelijkheidsvoorwaarde voor vrijheid en veiligheid. Deze nieuwe conceptie van vrijheid kan vanuit historisch perspectief als een mutatie worden gezien. Het inzicht en de afkondiging van het recht op vrije meningsuiting en de daarmee geïnstalleerde kloof tussen het weten en de macht vormt een radicale breuk met een vrijheidsbegrip dat de politieke besluitvorming in feite toedeelt aan een klasse van vrije mannen die hun vrijheid danken aan het surplus dat onvrijen voor hen produceren.[1368]

In de volgende paragraaf zal de waarde van het procesbeginsel vanuit de hier ingeleide politiek filosofische optiek worden besproken. De mutatie in de symbolische orde waar Lefort over spreekt kan met het oog op het procesbeginsel worden geïllustreerd aan de hand van de art. 7, 8 en 9 van de Verklaring van 1791, waarin de kloof tussen het weten, de wet en de macht nader wordt uitgewerkt.

7.3 De politieke betekenis van de procesvorm van het 'fair trial'

De hierboven ontwikkelde procesvorm van het 'fair trial' is een ideaaltype dat niet verward mag worden met de feitelijke gang van zaken ter terechtzitting, noch met de voorstelling daarvan in het juridische en politieke discours. De procesvorm van het 'fair trial' is noch een beschrijving van het strafproces voor de rechter, nog de legitimatie ervan.

Het in hoofdstuk 5 geconstateerde tekort van de consensuele procesvorm ten opzichte van de procesvorm van het 'fair trial' sluit niet uit dat ook het feitelijke strafproces zoals dat voor de rechter gevoerd wordt, te kort schiet ten opzichte van het ideaaltype. De argumenten die Schaffmeister in zijn pread-

[1368] Loose 1997, p. 101 over de in de vorm van rechten geïnstalleerde gelijke rechtserkenning: "Dan is de vrijheid als een recht, en niet als een voorrecht, op geen enkel terrein meer tegen te houden en niet meer op te heffen. Er is daarnaast geen aristocratische vrijheid meer denkbaar. Een andere vrijheid 'geldt' niet meer. De democratische vrijheid is daarom ook niet voorgoed gegarandeerd door maatschappelijke gelijkheid. (…) Democratische vrijheden kunnen wel degelijk verloren gaan. Ze kunnen echter niet, in tegenstelling tot wat totalitaire en despotische regimes menen, vandaag worden verleend en morgen weer worden ingetrokken. Met dit politiek regime [de democratie, mh] heeft zich in het vlees van de geschiedenis en de samenleving altijd een punt zonder ommekeer voorgedaan".

vies uit 1984 aanvoert tegen uitbreiding van de rechterlijke macht,[1369] die nodig zou zijn als we alle strafzaken ineens voor de rechter zouden willen brengen, kunnen worden begrepen als een waarschuwing dat overbelasting van de rechtelijke macht het tekort van het strafproces voor de rechter ten opzichte van de procesvorm van het 'fair trial' ernstig zal vergroten. Dit proefschrift kan dan ook niet uitmonden in een ondubbelzinnige aanbeveling voortaan meer zaken voor de rechter te brengen.

Wanneer de procesvorm van het 'fair trial' begrepen wordt als een symbolische institutie die richting geeft aan het punitieve handelen van de overheid in het kader van de rechtshandhaving, kunnen het tekort van de feitelijke punitieve rechtshandhaving en de legitimatie daarvan in de juridische dogmatiek en de politieke retoriek worden onderkend en kunnen de consequenties daarvan in kaart worden gebracht. In deze paragraaf zal ik ter afsluiting van het onderzoek de politiek filosofische betekenis van het procesbeginsel bespreken aan de hand van de hiervoor al geïntroduceerde analyse van Lefort. Naar ik hoop is uit de vorige paragraaf in ieder geval duidelijk geworden dat een politiek filosofische analyse geen toegevoegde waarde vertegenwoordigt in de zin van een op zichzelf staand vertoog dat ook kan worden overgeslagen. De kennistheoretische uitgangspunten die in het eerste hoofdstuk zijn uitgewerkt veronderstellen het belang van een politiek filosofische oriëntatie. In het bijzonder bij een bespreking van de betekenis van de straf is een politiek filosofische stellingname eenvoudigweg altijd aan de orde, of dat nu impliciet blijft dan wel nader wordt geëxpliciteerd. De straf is immers altijd mede een teken van de macht van de overheid.

Art. 7 van de Verklaring van 1891 verwoordt een strafvorderlijk legaliteitsbeginsel ten aanzien van beschuldiging, aanhouding en detentie, die alleen op grond van de wet en alleen met inachtneming van de daarin voorgeschreven vormen plaats mogen vinden. Art. 8 verwoordt het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel en art. 9 articuleert de onschuldpresumptie. In zijn kritiek op de kritiek van Marx, stelt Lefort dat Marx blind lijkt voor de bijzondere functie die in deze artikelen wordt toegekend aan de geschreven wet:

> Il ignore la fonction reconnue à la loi écrite; le statut qu'elle acquiert dans sa séparation de la sphère du pouvoir, statu qui la met à l'abri de l'exploitation des circonstances par des législateurs soumis à la pression des gouvernants et lui confère l'autorité pour s'appliquer á ceux-ci mêmes ou à leurs agents.[1370]

[1369] Schaffmeister 1984, p. 254: (1) tekort aan financiële middelen, (2) tekort aan geschikte kandidaten en (3) versplintering van de rechtspraak: bedreiging van de rechtszekerheid. Zie hierboven het slot van par. 5.3.3.4.

[1370] Lefort 1994, p. 61.

In plaats dat Marx de 'bourgeois' interpretatie van deze grondrechten verwerpt, blijft hij er volgens Lefort in gevangen en is op die manier gedwongen het hele project te ontmaskeren als een utilitaristisch programma gericht op de verdinglijking van de individuele mens. Lefort meent daarentegen dat bijvoorbeeld de onschuldpresumptie een 'acquis irréversible de la pensée politique' is. De daarin verwoorde eis dat zolang de 'culpabilité' niet is vastgesteld de verdachte niet mag worden onderworpen aan handelingen die zijn schuld veronderstellen impliceert een radicaal nieuwe manier van denken over de verhouding tussen overheid en (verdachte) burger. Deze verhouding wordt immers niet bepaald door de machtsaanspraken van de adel tegenover de koning, zoals in de Magna Carta, maar door de eis dat iedere burger kunstmatig in een positie wordt gebracht van waaruit hij zijn verdediging kan voorbereiden. De paradoxale verhouding tussen de eis van een redelijk vermoeden van schuld in geval van onderzoekshandelingen in het kader van de strafvordering enerzijds en de eis die juist in geval van een verdenking door de onschuldpresumptie gesteld wordt, representeert een 'position qui fait apparaître à la fois en conjonction et en disjonction puissance et justice'. De in par. 5.3.2.1 besproken visie van Packer op het onderscheid tussen 'factual' en 'legal guilt' kan vanuit deze optiek als volgt worden begrepen: de afkondiging van de onschuldpresumptie installeert een kloof tussen het weten, de wet en de macht. Deze kloof maakt van de vaststelling van de strafrechtelijke schuld een apart punt dat niet aan de macht kan worden toevertrouwd.

Zoals in het eerste hoofdstuk in par. 1.4 is uiteengezet maakt het uitvaardigen van geschreven recht niet alleen de beheersing van de maatschappelijke orde vanuit een centrum mogelijk. Gaandeweg verliest de auteur (de wetgever) de macht om de betekenis van zijn tekst (wet) eenzijdig vast te stellen. De wet onttrekt zich op den duur aan de wil van de wetgever. Wil dat het geval zijn dan kan de vaststelling van schendingen van de wet niet in handen van de wetgever of het bestuur worden gelaten, maar moeten zij worden toebedeeld aan een aparte onafhankelijke institutie. De scheiding tussen wet en macht veronderstelt het procesbeginsel: straffen worden opgelegd door de onafhankelijke rechter die niet aan het bestuur maar wel aan de wet is gebonden. Wanneer de rechten van de mens worden opgevat als een liberale, 'bourgeois' institutie kan deze kloof niet verklaard en ook niet voltrokken worden:

> Une telle théorie ne permet pas de concevoir le sens de la mutation historique dans laquelle le pouvoir se trouve assigné à des limites et le droit pleinement reconnu dans extériorité au pouvoir: cette double aventure devient illisible, simple signe de l'illusion.[1371]

[1371] Lefort 1994, p. 62.

In dat geval kan de rechtsstaat worden opgevat als een bouwwerk dat gegrond is op wettelijkheid, die echter op zichzelf genomen geen enkele garantie van vrijheid kan bieden. De vraag blijft wat de wet in voorkomende gevallen betekent en wie dat vaststelt.[1372] Ook de middeleeuwse monarchie kende - zoals we in par. 4.3.4 zagen - grenzen: de rechten van de clerus, van de adel, van de steden en het goddelijke recht waaraan de koning was onderworpen. Maar de absolutistische voortzetting van de monarchie trekt haar conclusie uit de gedachte dat de soeverein bron is van alle recht: 'Limité, le pouvoir du prince ne connaissait pas néanmoins de limites, en fait, dans la mesure òu le droit paraissait consubstantiel à sa personne'.[1373] Waar Bodin en Montesquieu beiden grote waarde toekennen aan de regeringsvorm van de monarchie waarin de wet heerst, gaat Montesquieu een stap verder door een interne differentiatie van de soevereiniteit te eisen opdat de vaststelling van de betekenis van de wet uit handen blijft van de macht (en er tegelijk dekking van krijgt). Het is deze paradox die voor Lefort een mutatie in de symbolische orde voorbereidt: het is een avontuur de soevereiniteit zo te durven denken dat zij zich intern verdeelt in een wetgevende en rechtsprekende macht terwijl die verdeling niet uitsluit maar juist vooronderstelt dat een eventuele oppositie tegen de macht of zelfs tegen de wet dekking krijgt van diezelfde macht. Wij zijn deze 'opposition au pouvoir, fondée sur le droit'[1374] reeds tegengekomen bij de bespreking van de ideeënhistorische achtergrond van het procesbeginsel, onder verwijzing naar de 'remonstrances' van de Franse parlementen tegen de wetgeving van de koning. De afkondiging van de rechten van de mens gaat volgens Lefort nog een stap verder doordat hiermee een principieel onbeheersbare ruimte is geschapen waarin rechtsvorming plaatsvindt die zich onttrekt aan de wil van de 'toevallige' machthebber:

> Mais l'Etat démocratique excède les limites traditionnellement assignées à l'Etat de droit. Il fait l'épreuve de droits qui ne lui sont pas déjà incorporés, il est le théâtre d'une contestation, dont l'objet ne se réduit pas à la conservation d'un pacte établi, mais qui se forme depuis des foyers que le pouvoir ne peut entièrement maîtriser.[1375]

Het open, onbepaalbare karakter van de rechten van mens dat vanaf hun afkondiging voor verrassende en diep in de praktijk van de samenleving ingrijpende effecten heeft gezorgd,[1376] hangt samen met de symbolische dimensie

[1372] Zie hierboven par. 6.4.2 en 6.5.6.2 over de 'Etat légal'.
[1373] Lefort 1994, p. 65.
[1374] Lefort 1994, p. 67.
[1375] Lefort 1994, p. 67.
[1376] Lefort 1994, p. 66.

van deze rechten, die volgens Lefort constitutief is geworden voor onze politieke samenleving. Deze symbolische dimensie impliceert enerzijds dat wij deze rechten nooit als een beschrijving van de werkelijkheid mogen opvatten en anderzijds dat hun betekenis nooit uitputtend juridisch geobjectiveerd kan worden.[1377] Voor het procesbeginsel betekent dat enerzijds dat het feitelijke strafproces dat voor de rechter wordt gevoerd niet verward mag worden met de procesvorm van het 'fair trial', maar dat het zich er wel naar zal moeten richten. Anderzijds betekent het dat de codificatie van het procesbeginsel in art. 6 van het EVRM of in art. 113 van de Grondwet de betekenis van het beginsel nooit uitputtend kan fixeren. Ook al wordt het procesbeginsel op dit moment door het EHRM, door de HR en de meeste schrijvers opgevat als een beginsel dat de mogelijkheid openlaat om in overeenstemming met de verdachte geheel af te zien van een 'fair trial', die opvatting kan op grond van een andere interpretatie van het onderliggende beginsel bestreden worden.

Zoals in het vijfde hoofdstuk is aangetoond, beperkt het tekort van de buitengerechtelijke consensuele afdoening zich niet tot een legitimatieprobleem. Het gaat evenzeer en zelfs tegelijkertijd om een effectiviteitsprobleem, dat wordt opgeroepen wanneer de rechtshandhaving zich van een instrument bedient dat alleen het imperatieve aspect van de te handhaven normen versterkt:

> Soulignons-le à nouveau, le droit qu'on affirme contre les prétentions du pouvoir à décider, selon ses impératifs, de son accroissement de puissance ne l'attaque pas de front, il l'atteint obliquement, pour ainsi dire en le contournant, il le touche au foyer auquel il puise la justification de son propre droit à requérir adhésion et obéissance de tous.[1378]

[1377] Lefort 1994, p. 69: "(…) on doit se garder de leur conférer une réalité dans notre propre société". En idem, p. 69-70: "Cependant, puisque nous parlons de la société à la fois dans l'irréductibilité de la conscience du droit à toute objectivation juridique, qui signifierait sa pétrification dans un corps de lois, et dans l'instaurations d'un registre public où l'écriture des lois - comme écriture sans auteur - n'a d'autre guide que l'impératif continué d'un déchiffrement de la société par elle-même".

[1378] Lefort 1994, p. 75.

Hoofdstuk 8 Samenvattende conclusies

8.1 Inleiding

Voor een meer gedetailleerde samenvatting van dit onderzoek verwijs ik naar de samenvattende paragrafen 1.5, 2.7, 3.4, 3.6, 4.6, 5.6 en 6.6. In dit hoofdstuk zullen de samenvattende conclusies worden weergegeven, waarbij ik voortbouw op de conclusies van de delen I en II in par. 4.7.

In de inleiding van dit proefschrift is als probleemstelling de vraag geformuleerd 'of, en zo ja in hoeverre consensuele punitieve rechtshandhaving een bijdrage kan leveren aan het terugdringen van tekorten in de rechtshandhaving'. Die vraagstelling is opgevat als de vraag of en in hoeverre de consensuele procesvorm in stafzaken effectief en legitiem is. Onder de consensuele procesvorm vat ik hier de buitengerechtelijke punitieve rechtshandhaving door de overheid, die ingevolge het uitgangspunt dat straffen door een rechter worden opgelegd alleen op grond van instemming van de overtreder buitengerechtelijk kunnen worden afgedaan.

Rode draad in het gehele onderzoek is de relatie tussen de aard van de geschonden rechtsnorm en de procesvorm waarlangs de straf wordt opgelegd. In deel I van het onderzoek is een rechtsnormbegrip ontwikkeld dat op grondslagenniveau conceptuele bemiddeling mogelijk maakt tussen verschillende opvattingen van straf en strafproces in hun onderlinge samenhang. Doel van deze herconceptualisering van de rechtsnorm is het beproeven van een andere dan de gebruikelijke normativistische en/of empiristische benaderingen van de problematiek van de effectiviteit en de legitimiteit van de punitieve rechtshandhaving. De hier ontwikkelde begripsvorming biedt vanuit twee perspectieven zicht op de effectiviteit en de legitimiteit van straf en strafproces. Rechtsnorm en straf(proces) worden steeds bekeken vanuit het dubbelperspectief van de verhouding normadressant - normadressaten (het imperatieve aspect van rechtsnormen; het imperatieve gezag van de straf) èn de verhouding tussen normadressaten onderling (het normatieve aspect van

rechtsnormen; het normatieve gezag van de straf). Deze perspectieven zijn niet tot elkaar te herleiden en juist de onderlinge samenhang tussen hetgeen zich in beide perspectieven afspeelt blijkt inzichten op te leveren die buitengewoon relevant zijn voor de vraagstelling. Om de hier uitgewerkte conclusies te kunnen volgen is een goed begrip van beide aspecten van rechtsnormen cruciaal. De wijze waarop de termen normatief en imperatief hier worden gebruikt is - juist met het oog op het verkrijgen van nieuwe inzichten in de onderzochte problematiek - preciezer afgebakend en kan dus afwijken van de manier waarop juristen, historici, sociologen, journalisten en anderen gewoon zijn over normen en imperatieven te spreken.

Kort gezegd wordt de rechtsnorm vanuit het verticale perspectief (normadressant-normadressaten) gezien als een bevel met algemene inhoud, oftewel een *voorschrift dat moet worden nageleefd*. Vanuit het horizontale perspectief (normadressaten onderling) wordt de rechtsnorm gezien als een *norm die het handelen regelt*, dat wil zeggen een norm waarvan ik verwacht dat anderen van mij verwachten dat ik mijn handelen erop afstem. Deze dubbele anticipatie is in het eerste deel uitgewerkt aan de hand van het kennistheoretische werk van Glastra van Loon (in contrapunt tot het rechtsbegrip van Hart), onder verwijzing naar Merleau-Ponty, Peirce, Plessner en Mead. De rechtsnorm wordt dus gezien *als voorschrift* èn *als norm*, waarbij niet op voorhand kan worden vastgesteld of een rechtsnorm behalve als voorschrift ook als norm functioneert. Het hier bepleite rechtsnormbegrip is onderbepaald. In het verlengde van de analyse van het rechtsnormbegrip is de verhouding tussen geschreven recht (in het bijzonder het uitgevaardigde, geschreven recht) en het ongeschreven recht (in het bijzonder ook het gesproken recht binnen niet-statelijke samenlevingen) uitgewerkt aan de hand van teksten van Ricoeur.

Met het oog op de vraagstelling is in deel II een fenomenologie van straf en strafproces geschreven en in deel III de relatie gelegd met het procesbeginsel. Onder procesbeginsel in brede zin versta ik het uitgangspunt dat een straf alleen binnen een proces door de rechter of het gerecht kan worden opgelegd. In de loop van dit proefschrift wordt het beginsel toegespitst op het uitgangspunt dat straffen in materiële zin door de rechter in 'fair trial' worden opgelegd. In hoofdstuk 7 is het onderzoek afgesloten met een epiloog waarin de politiek-filosofische implicaties van het procesbeginsel worden geschetst. Hieronder wordt de relevantie van deze exercitie hernomen en worden de conclusies samengevat ten aanzien van de effectiviteit en legitimiteit van de consensuele procesvorm. In par. 8.2 wordt de in deel II geanalyseerde dubbele oorsprong van de straf in verband gebracht met de in deel III geanalyseerde scheiding tussen delicten die al dan niet door een rechter moeten wor-

den berecht. Aan het slot van deze paragraaf worden de conclusies puntsgewijs samengevat. In par. 8.3 wordt de in deel II op grond van het vrijheidsbegrip van Immink geanalyseerde verhouding tussen vrijheid en straf in verband gebracht met de in deel III besproken verhouding tussen het vrijheidsbegrip van Montesquieu en de betekenis van straf en strafproces. Aan het slot van deze paragraaf worden de conclusies wederom puntsgewijs samengevat.

8.2 Dubbelzinnige straf en consensuele procesvorm

In par. 4.7.2 (conclusies delen I en II) is onder de noemer van de 'dubbelzinnigheid van de straf' bepleit dat de dubbele oorsprong van de straf niet begrepen moet worden als rechtvaardiging en/of verklaring voor de opvatting dat ook heden ten dage sprake is van twee typen strafbare feiten, maar als verheldering van het dubbelzinnige karakter van de straf.

Om te beginnen is in hoofdstuk 2 in aansluiting op Hart, Packer en Immink een materieel strafbegrip ontwikkeld waarbij de straf wordt begrepen als *een opzettelijke inbreuk door een overheid op belangen in de zin van rechten en vrijheden van degene die een rechtsnorm geschonden heeft, naar aanleiding van die schending, met als doel het (her)stellen van het gezag van de geschonden rechtsnorm*. Deze omschrijving is door mij kort samengevat als 'punitieve rechtshandhaving door de overheid'. Vervolgens is in de hoofdstukken 3 en 4 is een analyse voltrokken vanuit (rechts)historisch en antropologisch perspectief, waarbij drie cesuren zijn gereconstrueerd die voor de punitieve rechtshandhaving van cruciaal belang zijn. Ten eerste de overgang van (punitieve) rechtshandhaving in de niet-statelijke Oudgermaanse samenleving naar de (punitieve) rechtshandhaving binnen het *imperium christianum* van de Frankische koningen. Hierbij is met name gebruik gemaakt van het werk van Immink. Ten tweede de overgang van de rechtshandhaving binnen een samenleving met een zwak centraal gezag (het Frankische tijdperk) naar een samenleving met een bureaucratisch georganiseerd sterk centraal gezag (de pauselijke en koninklijke rechtsorde in de late middeleeuwen). Hierbij is met name gebruik gemaakt van Berman. Ten derde de overgang van de (punitieve) rechtshandhaving binnen een absolutistische staat (zeventiende-achttiende eeuw) naar de (punitieve) rechtshandhaving binnen een rechtsstaat. Deze laatste cesuur is verder uitgewerkt in het zesde hoofdstuk.

In niet-statelijke samenlevingen en in samenlevingen met een zwak centraal gezag verschijnen private wraak, zoen, compositie en eventueel het gerechtelijk duel als vormen van (punitieve) rechtshandhaving. De procesvorm in dit

type samenleving blijkt een bemiddelende procesvorm. Ideaaltypisch wordt deze procesvorm - in aansluiting op het door Salas ontworpen 'modèle de la médiation' - beschreven als een procedure waarbij het oordeel wordt geveld door het gerecht, dat bestaat uit alle rechtsgenoten of een vertegenwoordiging daarvan. Het gerecht wordt - in termen van De Monté ver Loren - voorgezeten door de 'rechter in oude zin', die recht vordert, ten uitvoer legt en de procedure voorzit. De bemiddelende procesvorm is sterk geritualiseerd: de formele regels voor spreekbeurtverdeling zijn gefixeerd, in tegenstelling tot het materiële recht dat er plekke gevonden en gevormd wordt. In absolutistische staatsvormen verschijnt de lijfstraf als punitieve rechtshandhaving in geval van het *crimen*, dat wil zeggen als de rechtsnormschending een ernstige inbreuk is op het rechtsbewustzijn die mogelijk tot wraak en veten zou kunnen leiden. De lijfstraf wordt opgelegd in een inquisitoire procesvorm, die - in aansluiting op het 'modèle de l'inquisition' van Salas - ideaaltypisch wordt beschreven als een procedure waarin de positie van rechter, vervolgende instantie en executeur samenvallen; geheime, schriftelijke procesvoering en uitgebreide onderzoeksbevoegdheden waartegen de verdachte zich niet kan verdedigen. In termen van De Monté ver Loren is hier sprake van een rechter in moderne zin, die zelf het oordeel velt. Naast de lijfstraf verschijnt ook de geldboete wegens overtreding van de uitgevaardigde ordeningswetgeving van de vorst. De boeten op deze overtredingen, contraventies en later ook politieovertredingen genoemd, worden gevorderd in een civiele procedure of - later - simpelweg door ambtenaren opgelegd. Terwijl de *crimina* inbreuk maken op rechtsnormen die naast een imperatief een sterk normatief aspect hebben, is het bij de *contraventies* zeer de vraag of de rechtsnormen die geschonden zijn überhaupt een normatief aspect kennen.

Hoewel op grond van deze analyse in oorsprong wel degelijk twee typen strafbare feiten onderscheiden kunnen worden - *crimina* en *contraventies* - is reeds aan het slot van het vierde hoofdstuk aangegeven hoe het ontstaan van de tussencategorie van het *delict* uiteindelijk verwijst naar een onderbepaald begrip van het strafbare feit. Daarmee wordt bedoeld dat de constitutieve betekenis van het recht voor de samenleving die zich in de loop van de negentiende en twintigste eeuw heeft ontwikkeld met zich meebrengt dat iedere rechtsnorm in beginsel naast een imperatief ook een normatief aspect heeft, en dat iedere straf mede gericht is op (be)vestiging van dat normatieve aspect. Of en in hoeverre rechtsnormen op een bepaald moment een normatief aspect hebben kan niet (meer) bij voorbaat worden vastgesteld. Naast de te constateren verwevenheden van recht en samenleving pleiten ook de opkomst van democratie en rechtsstatelijkheid voor een onderbepaald begrip van het strafbare feit, dat samenhangt met de dubbelzinnigheid van de straf.

Juist en precies in een democratie maken alle rechtsnormen aanspraak op normatief gezag: de politieke consensus die het uitvaardigen van rechtsnormen mogelijk maakt moet worden voortgezet in de aanvaarding van de betreffende rechtsnorm als norm die het handelen van rechtsgenoten onderling regelt.

In hoofdstuk 6 is in het verlengde van deze exercitie de negentiende eeuwse achtergrond van het onderscheid tussen wets- en rechtsdelicten onderzocht, dat in feite voortbouwt op het middeleeuwse onderscheid tussen *crimina* en *contraventies*. De met name uit het negentiende eeuwse Duitsland afkomstige verabsolutering van het onderscheid tussen rechtsdelicten en politie-overtredingen is belicht tegen de achtergrond van de verhouding tussen *justitie* (rechtspraak) en *politie* (bestuur), zoals die zich aan het einde van de middeleeuwen als min of meer gescheiden domeinen ontwikkelden. Zo onderscheidt Binding drie typen strafbare feiten: de krenkingsdelicten en de gevaarzettingsdelicten die beide onder de justitie vallen en de 'Einfache Ungehorsam', die door hem onder de politie worden begrepen. De verabsolutering van het onderscheid tussen politie en justitie bleek samen te hangen met een formele conceptie van de rechtsstaat, waarin het geprivatiseerde civiele recht samen met het criminele strafrecht binnen het domein van de *justitie* vallen, terwijl het politiestrafrecht in beginsel binnen het domein van de *politie* valt.

Tegenover deze opvatting staat de postrevolutionaire Franse gedachte dat alle strafbare feiten binnen de *justitie* vallen en om die reden in beginsel zonder uitzondering *berecht* moeten worden in een procesvorm die voldoet aan de eisen van een eerlijke berechting. Deze gedachte blijkt samen te hangen met een relationele opvatting van de rechtsstaat, waarin - als het om punitieve rechtshandhaving gaat - de uitleg van de wet niet in handen van het bestuur maar in handen van een onafhankelijke en onpartijdige rechter hoort te liggen. De Fransen onderscheiden naast de krenkingsdelicten *concrete* gevaarzettingsdelicten en kwalificeren de derde categorie als *abstracte gevaarzettingsdelicten*, die dus niet begrepen kunnen worden als 'Einfache Ungehorsam'. De 'volonté générale' veronderstelt immers dat iedere uitgevaardigde rechtsnorm beroep kan doen op de instemming van alle rechtsgenoten, en sluit uit dat er een categorie rechtsnormen zou zijn die alleen op grond van het bevelsrecht van de overheid al gehoorzaamheid eist. In het verlengde van die opvatting over de aard van deze derde categorie van strafbare feiten worden de contraventies en politieovertredingen overgeheveld naar het criminele strafrecht en in beginsel onder de werking van het procesbeginsel gebracht. Het evenwicht van machten dat sinds de Franse revolutie de juridische bemiddeling van de overheidsmacht zou moeten installeren wordt in de loop van de negentiende en twintigste eeuw in beginsel voor alle typen strafbare feiten vertaald in de

zes constitutieve voorwaarden van de procesvorm van het 'fair trial': onafhankelijke en onpartijdige rechter, externe openbaarheid, onmiddellijkheid, equality of arms, contradictoire gedingvoering en onschuldpresumptie. Ook deze procesvorm wordt hier ideaaltypisch beschreven, in aansluiting op het 'modèle équitable' van Salas.

In hoofdstuk 5 is deze procesvorm nader uitgewerkt in contrapunt tot de in deel II beschreven bemiddelende en inquisitoire procesvormen. De erkenning van het dubbelzinnige karakter van de straf - steeds gericht op vestiging èn bevestiging van zowel het imperatieve als het normatieve gezag van de geschonden rechtsnorm - leidt tot de conclusie dat juist de procesvorm van het 'fair trial' niet alleen de meest legitieme maar ook de meest effectieve procesvorm is als het gaat om de (be)vestiging van het normatieve gezag van rechtsnormen. De hierboven genoemde constitutieve voorwaarden voor de procesvorm van het 'fair trial' blijken voorwaardenscheppend voor de precedentwerking van de straf, die - wil hij effectief zijn - de negatie van de strafrechtelijk beschermde rechtsnorm teniet moet doen. Het gaat hier dan niet om een precedentwerking in causale zin, die speelt binnen het verticale perspectief, waar de straf reden en oorzaak (motief) moet worden voor de naleving van het geschonden voorschrift. Het gaat hier om het horizontale perspectief waarbinnen *met* de te bestraffen handeling een norm is gesteld die verworpen moet worden. De straf is precies de handeling die deze verwerping belichaamt. Wil de straf als zodanig effectief zijn dan moet de betekenis van de te bestraffen handeling worden vastgesteld in het openbaar, in een procedure op tegenspraak, voorzien van waarborgen die ongelijkheidscompensatie bieden, onder leiding van een onafhankelijke en onpartijdige derde die erop toe ziet dat het oordeel over die betekenis gedurende het proces wordt opgeschort. Met name ook de onmiddellijkheid van het geding voor de rechter maakt effectieve communicatie over de vermeende rechtsnormschending en dus over de betekenis van de te bestraffen handeling mogelijk.

De consensuele procesvorm blijkt in veel opzichten te neigen naar de inquisitoire procesvorm en vooral gericht op (be)vestiging van het imperatieve gezag van de geschonden norm. In die procesvorm lijkt het dubbelzinnige karakter van de straf te worden ontkend dan wel genegeerd, waardoor de bestraffing van schending van met name ordeningswetgeving kan worden opgevat als bij uitsluiting gericht op (be)vestiging van het imperatieve gezag. De straf wordt in dat geval gericht op preventie in causale zin; het gaat dan om een prijs die voor de overtreding betaald wordt, af te wegen tegen mogelijk voordeel. Wil de straf vanuit die optiek effect hebben, dan moeten controle, opsporing en sanctionering steeds weer worden herhaald.

Wat betekent dit alles nu voor de bijdrage van de consensuele procesvorm aan de rechtshandhaving? Volgt uit de weergegeven bevindingen dat het verschil tussen moord en belastingfraude of tussen geweldpleging en het rijden door rood licht niet relevant is voor de wijze waarop deze feiten berecht en/of anderszins af worden gedaan? Moeten alle strafbare feiten met strikte toepassing van de genoemde constitutieve voorwaarden voor de procesvorm van het 'fair trial' worden berecht, of moeten in ieder geval alle vormen van punitieve rechtshandhaving (van vrijheidsstraf tot geldboete) volgens de procesvorm van het 'fair trial' worden afgehandeld?

- Om te beginnen impliceert de dubbelzinnigheid van de straf dat de vraag of, en zo ja in hoeverre een geschonden rechtsnorm naast een imperatief aspect ook een normatief aspect heeft niet bij voorbaat kan worden beantwoord. In andere woorden: of de rechtsnorm behalve als uitgevaardigd voorschrift binnen de verhouding overheid - burger ook als norm het handelen van rechtsgenoten onderling regelt, moet steeds weer worden onderzocht.

- Juist wanneer een bepaalde rechtsnorm massaal wordt overtreden (niet wordt nageleefd) is de kans groot dat de betreffende norm het handelen van rechtsgenoten onderling niet regelt. Voor zover de norm wel wordt nageleefd zou dit kunnen gebeuren op grond van een inschatting van kosten en baten, niet vanuit het feit dat rechtsgenoten verwachten dat anderen van hen verwachten dat zij hun handelen afstemmen op de betreffende norm. De rechtsnorm wordt uitsluitend opgevat als voorschrift en niet als norm.

- In een democratische rechtsstaat maken alle uitgevaardigde rechtsnormen er aanspraak op het handelen van rechtsgenoten onderling te regelen: de democratische legitimatie van de wetgever wordt voltooid door de maatschappelijke aanvaarding van de rechtsnorm als norm die het handelen van rechtsgenoten onderling regelt. In andere woorden: uitgevaardigde normen zoeken aansluiting op en vorming van het rechtsbewustzijn.

- Het onderzoek naar de verhouding tussen normatief en imperatief aspect van een geschonden rechtsnorm, welke verhouding zoals hierboven aangegeven niet voor eens en altijd kan worden vastgesteld, kan best door de rechter in 'fair trial' worden verricht. De onderbepaaldheid van de aard van de uitgevaardigde rechtsnorm wordt door de rechter in ieder voorliggend geval opgeheven in zijn oordeel over de betekenis van de tenlastegelegde handeling.

- De betekenis van de straf bestaat dus - naast (be)vestiging van het imperatieve gezag - steeds mede in de vestiging en bevestiging van het normatieve gezag van de geschonden rechtsnorm.

- De procesvorm van het 'fair trial' is meer dan de consensuele procesvorm gericht op (be)vestiging van het normatieve aspect van rechtsnormen. De consensuele procesvorm is meer gericht op (be)vestiging op het imperatieve aspect van rechtsnormen.

- In geval van rechtsnormen met een zwak of ontbrekend normatief gezag is de consensuele procesvorm slechts in beperkte mate effectief. Enerzijds omdat vooral het imperatieve aspect wordt bevestigd, anderzijds omdat daartoe voortdurende controle, opsporing en sanctionering noodzakelijk zijn. De legitimiteitsproblematiek van de consensuele procesvorm die wordt opgeroepen door zijn onzichtbaarheid en summiere normering is dus verbonden met een gebrek aan effectiviteit.

- Hoewel in geval van zware straffen (waaronder in ieder geval de vrijheidsbeneming) onverkort aan alle eisen van de procesvorm van het 'fair trial' voldaan moet zijn, moeten de constitutieve voorwaarden voor deze procesvorm in andere gevallen in ieder geval op worden gevat als regulatieve voorwaarden voor de bestraffing. Dat wil zeggen dat het procesbeginsel hier niet wordt geïnterpreteerd als procesverplichting, noch als een recht op toegang tot de rechter waarvan zonder meer afstand kan worden gedaan, maar als een richtlijn voor iedere vorm van punitieve rechtshandhaving.

8.3 Vrijheid en straf

De beschrijving van de relatie tussen 'straf en vrijheid' in par. 4.7.3 (conclusies van delen I en II) volgt de wijze waarop Immink de relatie tussen beide heeft geconceptualiseerd in zijn *La liberté et la peine*. Voor Immink valt politieke vrijheid samen met politieke zeggenschap. In hoofdstuk 2 is de betekenisverschuiving besproken van het vrijheidsbegrip van de *allodiale* heren, die hun politieke zeggenschap danken aan het feit dat zij onafhankelijk zijn, naar het vrijheidsbegrip van de gefideliseerde adel in het Frankische rijk, die zijn vrijheid ontleent aan zijn relatie met de koning. In hoofdstuk 3 is de gelijkschakeling beschreven van vrijen en onvrijen ten opzichte van paus en koning in de loop van de late middeleeuwen. De gelijkschakeling ten opzichte van de

koning wordt zichtbaar in de vestiging van de hoge jurisdictie van de koning voor zowel vrijen als horigen, in de verdringing van compositie en gerechtelijk duel door de lijfstraf voor vrijen en in de verdringing van de accusatoire procedure door de inquisitoire procesvorm binnen de koninklijke jurisdictie. Met die gelijkschakeling komt een einde aan de constitutionele verhoudingen tussen koning en adel zoals die zich in de loop van de late middeleeuwen hadden ontwikkeld. In de zeventiende en achttiende eeuw blijkt de soevereine vorst binnen de koninklijke rechtsorde de enige vrije te zijn: de enige met politieke zeggenschap.

In par. 6.3.3 is Imminks conceptualisering van vrijheid in termen van politieke zeggenschap uitgebreid met de conceptie van Montesquieu. Net als Immink ziet Montesquieu een relatie tussen vrijheid en straf(proces); in zijn *De l'esprit des lois* merkt hij herhaaldelijk op dat de vrijheid van burgers kan worden afgelezen uit de inrichting van het strafproces. Terwijl voor Immink de vrijheid wordt bepaald door participatie aan wetgeving en rechtspraak is het vrijheidsbegrip van Montesquieu paradoxaler en complexer omdat hij de bescherming van de individuele burger tegen de overheid door diezelfde overheid op specifieke wijze tot voorwaarde voor politieke volwaardigheid maakt.

De sleutel tot het vrijheidsbegrip van Montesquieu ligt in zijn wetsbegrip en in de relatie die hij constateert tussen (rechts)zekerheid, veiligheid en de rol van de rechter in het strafproces. De term wet verwijst bij Montesquieu niet direct naar uitgevaardigde rechtsnormen maar naar de relationele orde die constitutief is voor het samenleven. Vrijheid gaat niet als te beschermen individueel bezit aan die relationele orde vooraf, maar kan door een specifieke relationele ordening in het leven worden geroepen. Die vrijheid mag vervolgens niet verward worden met onafhankelijkheid in de zin van te kunnen doen wat men wil, maar moet begrepen worden als de vrijheid om het eigen leven te ontwerpen binnen de grenzen van een wet die verbiedt wat men niet zou moeten willen en toestaat wat men wel zou moeten willen. Terwijl Montesquieu geen oordeel uitspreekt over wat men dan wel of niet zou moeten willen, is zijn wetsbegrip dus geen technisch-neutraal wetsbegrip. Tegenover een individualistisch vrijheidsbegrip dat iedere beperking van het handelen als een inbreuk op de vrijheid van het atomistisch opgevatte subject uitlegt, stelt Montesquieu de beperking van het handelen voor als begin van vrijheid, hoewel uiteraard niet willekeurig iedere beperking daartoe kan leiden.

Uitgaande van het in deel I bepleite norm- en handelingsbegrip wordt met iedere handeling een norm gesteld die aanspraak maakt op navolging: om de handeling als handeling te verstaan moet de norm het handelen van betrokkenen onderling regelen. Onbeperkte vrijheid van handelen is in die zin niet

bestaanbaar, want valt samen met betekenischaos of anomie. De vraag is veeleer welke normen het handelen horen te regelen oftewel welk type handeling wij van elkaar mogen verwachten opdat een ieder zijn unieke, persoonlijke, steeds opnieuw te herijken handelingsontwerpen af kan stemmen op en kan verrijken in wisselwerking met die van anderen. Niet alleen het norm- maar ook het handelingsbegrip wordt hier immers opgevat als een relationeel begrip: het handelen vestigt zijn betekenis in relatie tot andere handelingen, die in hun onderlinge samenhang een web van betekenissen vormen dat de relationele orde van de samenleving constitueert. Deze opvatting van (rechts)norm en handeling sluit aan bij het relationele wetsbegrip van Montesquieu dat immers veel meer omvat dan de uitgevaardigde, geschreven wet en daardoor onvermijdelijk verwijst naar de kwetsbaarheid van de relationele orde die erdoor wordt geconstitueerd. Die relationele orde, die het handelen mogelijk maakt en betekenis verleent, behoeft bescherming:

> La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent; et si un citoyen pouvat faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir.[1379]

Precies omdat de wet bij Montesquieu veel meer omvat dan de uitgevaardigde wet is de reactie op schending van de wet van het allergrootste belang. Vrijheid en veiligheid zijn bij Montesquieu geen communicerende vaten: beide zijn langs de weg van de rechtszekerheid verbonden met de handhaving van de wet. Om die reden is bij Montesquieu niet de koning maar de rechter in laatste instantie - en in het strafrecht zelfs in eerste instantie - de vertolker van de wet. De wet regelt bij Montesquieu in de eerste plaats het handelen van rechtsgenoten onderling en dus kan degene die de wet uitvaardigt zijn betekenis niet eenzijdig determineren. Dat kan echter niet betekenen dat de betekenis van de wet aan de subjectieve willekeur van een rechter kan worden overgelaten: de rechter vertolkt de wet en moet aldus de rechtszekerheid installeren die voor Montesquieu de vorm is waarin veiligheid en vrijheid gestalte krijgen. De in deel I besproken incongruentie van rechtszekerheid en rechtsbewustzijn, verbonden met respectievelijk het imperatieve en het normatieve aspect van de rechtsorde, wordt door Montesquieu aan de rechter toevertrouwd. Deze moet in zijn oordeel de 'link' leggen tussen het uitgevaardigde recht en de relationele orde van de samenleving.

Als wij deze relatie tussen straf(proces) en vrijheid in verband brengen met de door Foqué en 't Hart uitgewerkte relationele rechtsopvatting, kan ook de institutionalisering van de rechtsbescherming tegen dominante interpretatieco-

[1379] De l'esprit des lois, XI, 3.

des worden gelokaliseerd in de procesvorm van het 'fair trial'. Kern van die rechtsbescherming is de mogelijkheid om dominante interpretaties ter discussie te stellen. Wie een handeling verricht die wordt verstaan als de schending van een rechtsnorm, krijgt in het 'fair trial' de kans om zijn handelen in een ander daglicht te stellen. Vanuit de in deel I bepleite kennistheoretische positie kan een handeling - net als een regel - zichzelf niet interpreteren. De betekenis van een handeling mag dan de facto vanzelfsprekend zijn, maar kan principieel altijd ook anders begrepen worden. Dat wil niet zeggen dat handelingen om het even hoe geïnterpreteerd kunnen worden, maar wel dat in geval van dreigende bestraffing een zorgvuldig onderzoek naar de betekenismogelijkheden vereist is - juist om het gezag van de beweerdelijk geschonden norm veilig te stellen.

Wat betekent dit nu voor de relatie tussen straf(proces) en vrijheid: moeten straf en strafproces worden gezien als beperking van de vrijheid of zijn zij juist mogelijkheidsvoorwaarde voor de politieke vrijheid?

- Als vrijheid uitsluitend wordt opgevat in negatieve zin, dat wil zeggen als de mogelijkheid zich willekeurig te gedragen, dan vormt de straf daarop een beperking - die vooraf wordt gegaan door de beperking van diezelfde vrijheid door de geschonden rechtsnorm.

- Deze negatieve vrijheid wordt ook ingeperkt door de procesvorm van het 'fair trial' en door de oplegging van de straf, die beide in een aantal opzichten een dwingend karakter hebben. De consensuele procesvorm lijkt ten opzichte van het 'fair trial' een mindere inbreuk op het negatieve aspect van de vrijheid, ten eerste omdat de betrokkene instemt met de procedure en ten tweede omdat hij niet betrokken wordt in een openbaar proces dat eindigt met een oordeel over zijn strafrechtelijke schuld.

- Als vrijheid wordt opgevat in positieve zin, dat wil zeggen als mogelijkheid om te handelen, veronderstelt de vrijheid de normstelling: met iedere handeling wordt immers een norm gesteld die de handeling verstaanbaar maakt als een bepaalde handeling.

- Vanuit die opvatting van vrijheid kan verhelderd worden in hoeverre straf en strafproces een positieve rol spelen bij het installeren van vrijheid: de straf is gericht op (be)vestiging van rechtsnormen die betekenis verlenen aan het handelen en die in die zin het handelen mogelijk maken. De straf is één van de manieren waarop een samenleving betekenischaos of anomie voorkomt.

- Voor zover de vrijheid wordt gezien als de mogelijkheid het handelen af te stemmen op gedeelde rechtsnormen zijn straf en strafproces dus mede constitutief voor deze vrijheid.

- Dit geldt in sterkere mate voor de procesvorm van het 'fair trial', juist omdat de rechter in dat geval de 'link' legt tussen het uitgevaardigde recht en de actuele relationele rechtsorde. Dit impliceert niet dat de rechter zijn oordeel legitimeert onder verwijzing naar een voorgegeven rechtsbewustzijn maar dat hij - voor zover een geschonden rechtsnorm het handelen nog niet regelt - dit rechtsbewustzijn mede vormt.

- Het feit dat wij straf en strafproces zien als (be)vestiging van een relationele rechtsorde die de vrijheid van rechtsgenoten mede constitueert, betekent bovendien dat het strafproces de gelegenheid moet bieden de betekenis van de te bestraffen handeling - en van de beweerdelijk geschonden rechtsnorm - ter discussie te stellen. De procesvorm van het 'fair trial' belichaamt precies deze mogelijkheid om verzet aan te tekenen tegen dominante interpretatiecodes, hetgeen alleen mogelijk is wanneer het oordeel over de betekenis van de te bestraffen handeling uit handen wordt gehouden van degene die een eigen belang zou kunnen hebben wij handhaving van de status quo.

De dubbelzinnigheid van de straf die tot uitdrukking komt in het feit dat de straf zich richt op zowel vestiging als bevestiging van zowel het imperatieve als het normatieve aspect van rechtsnormen, hangt dus samen met de vrijheid die in een rechtsstatelijke en democratische rechtsorde steeds opnieuw moet worden gevestigd. Deze vrijheid kan niet begrepen worden als de vrijheid om naar willekeur te handelen, maar moet worden begrepen als de mogelijkheid om het eigen handelen verstaanbaar te maken in relatie tot het handelen van anderen. Wanneer een handeling als verwerping van een beschermde rechtsnorm wordt verstaan, biedt juist het 'fair trial' de mogelijkheid om de betekenis van deze rechtsnorm in het licht van de te bestraffen handeling te (her)ijken en daarmee het gezag van de geschonden rechtsnorm te (be)vestigen. Het tekort van de consensuele - buitengerechtelijke - afdoening van strafzaken betreft aldus zowel de effectiviteit als de legitimiteit van deze vorm van rechtshandhaving.

Summary conclusions

1 Introduction

Chapter 0
In chapter 0 I have formulated the question that forms the introduction to this study: 'can - and if so, to which degree does - consensual punitive 'rechtshandhaving' contribute to reducing an assumed lack of 'rechtshandhaving'. The term 'rechtshandhaving' is difficult to translate.[1380] Neither 'maintenance of law' nor 'law-enforcement' cover the meaning of the concept, which is connected with concepts like 'rule of law' and 'rule by law'. In fact there are different conceptions of 'rechtshandhaving': an exclusively instrumentalist conception (rule by law) or one that focusses on both the instrumental and protective aspects of law (rule by and of law). In this theses this last interpretation of 'rechtshandhaving' is developed as part of a relational conception of law, as conceptualized by 't Hart and Foqué in their profound study of the instrumental and the protective aspects of law. Whether 'rechtshandhaving' signifies only enforcement of law or both enforcement and maintenance of and by law cannot be determined in advance: it depends on the concept of law of whoever uses the term on the one hand and on the actual practice of law in a specific context on the other hand. 'Rechtshandhaving' is therefore considered an 'underdetermined' concept.
The question formulated above has been understood to pose the problem of the effectiveness and the legitimization of the consensual process-model. This process-model is used as a Weberian ideal type of the out of court settlement of punitive 'rechtshandhaving'. Settlement out of court is only possible if a suspect agrees (consensus), because punishment can in principle only be implemented after conviction by a judge (the principle of trial before punishment).

Part I Norm and Decree
Throughout the entire study we focus on the relationship between the character of the legal norm or rule ('rechtsnorm') that is violated and the process-model that governs the implementation of the punishment that reacts to the violation. The terms 'legal norm' and 'legal rule' are used synonymously at this point. In part I we develop a concept of legal norms that enables conceptual

[1380] Vervaele 1994, p. 4 mentions that in neighbouring countries there is no equivalent term (he refers to 'Law enforcement', 'mise en oevre du droit' and 'Rechtsdurchsetzung').

mediation between different conceptions of punishment and of the criminal process. Purpose of this reconceptualization is to provide an alternative analysis of the problems of 'rechtshandhaving' than is usual in canonical normativistic and/or causalistic approaches. This reconceptualization offers new insights into the effectiveness and legitimacy of punishment and process. It is based on a double perspective. The first perspective concerns the vertical relationship between the one that addresses a rule to others and the others who are the addressees of the rule. The other perspective concerns the horizontal relationship between rule-addressees that attune their (inter)actions to a norm they expect others to share. The vertical perspective presents the imperative aspect of legal norms, while the horizontal perspective presents the normative aspect. We call the specific balance of both aspects (which will differ in time and place) the *character* of the specific legal norm. As for punishment: it too is considered from these two perspectives. As far as punishment confirms or constitutes the imperative aspect of the broken rule it is said to have imperative authority; as far as the punishment confirms or constitutes the normative aspect of the broken rule it is said to have normative authority.

The vertical and the horizontal perspectives cannot be reduced to each other. I hope to have shown how it is precisely the *balance* between both aspects that is relevant for the subject of this thesis. This balance cannot be determined in advance, once and for all. To follow the development of the conclusions in this summary a thorough understanding of both these aspects is crucial. The terms 'normative' and 'imperative' are used here in a very specific and precise way, that may differ from the ways lawyers, historians, sociologists, journalists or others traditionally use them.

In short, from the vertical perspective a legal norm is seen as a command with a general content, in other words as a *decree* that has to be conformed to. From the horizontal perspective the legal norm is seen as a *norm* that constitutes as such (gives meaning to) - the (inter)actions between the participants in a legal community. This means that the norm governs my interactions with others in the sense that I expect them to expect me to attune my actions in accordance with this norm. The double anticipation that is implied in this conception of the normative aspect of legal norms is elucidated in the first chapter. In chapter 1 I start from the writings of Glastra van Loon in counterpoint to Hart's concept of law (paragraph 1.2), with reference to Merleau-Ponty, Peirce, Plessner and Mead (paragraph 1.3). The normative aspect can be understood in terms of Wittgenstein's concept of a rule. In this study a legal norm is considered *as a prescriptive rule (decree)* and at the same time *as a constitutive rule (norm)*. However, this is not a discourse on what 'is' a legal norm, but on how to look at a legal norm. The approach is not

ontological but phenomenological: we consider the legal norm *as a decree* and *as a norm*. Since the legality of a norm presumes the imperative aspect of the norm, while it cannot be determined beforehand whether a legal norm will function as a constitutive rule, the concept of the legal norm is - like the concept of 'rechtshandhaving' - fundamentally underdetermined.
After the analysis of the concept of the legal norm the relationship between written law and unwritten law has been studied and reconstructed in paragraph 1.4 with reference to the writings of Paul Ricoeur. Special attention is given to the spoken law of stateless societies (in chapter 3 the 'rechtshandhaving' in the Germanic tribal society is examined). This is of major importance to an adequate understanding of the way in which the imperative aspect of legal norms is tied to the government's power to issue new legal norms in societies *with* a state. As has been described in chapters 3 and 4 punishment implies the emergence of statehood within society. In societies without a state punitive 'rechtshandhaving' manifests itself as revenge or ritual execution, but not as punishment.

Parts II and III and the epilogue
To provide answers to the question formulated in chapter 0, a phenomenology of punishment and process has been presented in part II which is related to the principle of trial before punishment in part III. In the course of this thesis this principle is narrowed down to the principle that punishments should be implemented only after a 'fair trial' in the sense of art. 6 of the European Convention of Human Rights. This 'fair trial' is understood as an ideal type, which does not necessarily coincide with the interpretation of art. 6 by the European Court of Human Rights. Chapter 7 finishes this study with an epilogue about the political-philosophical implications of the principle of trial before punishment.

In this chapter the relevance of the entire exercise is evaluated and the conclusions are summarized concerning the effectiveness and legitimacy of the consensual process-model. In par. 2 the double origin of punishment (as analyzed in part II) is related to the distinction between punishable acts that should or should not be implemented by a judge in trial (analyzed in part III). In par. 3 the relationship between freedom and punishment (as analyzed in part II in reference to Immink) is discussed in the light of Montesquieu's conception of freedom and the importance he attaches to the organization of the criminal process (as analyzed in part III).

2 The double meaning of punishment and the consensual process-model

In par. 4.7.2 (the conclusions of part I and part II) it was argued that the double origin of punishment should not be understood as a legitimization and/or explanation of the existence of two different types of punishable acts, but as a clarification of the double meaning of punishment.

To begin with, in chapter 2, a material concept of punishment has been developed after an analysis of the concepts of punishment designed by Hart, Packer and Immink. A punishment is understood by me as *an intentional breach by a government on the interests - in the sense of rights and freedoms - of the person that has violated a legal norm, in reaction to this violation, meaning to (re)install the authority of the violated legal norm*. I have summarized this conceptualization as 'punitive 'rechtshandhaving' by a government'. After this systematic exploration of the meaning and the concept of punishment I have continued the analysis in chapters 3 and 4 from a legal-historical and anthropological perspective. Three caesuras have been reconstructed that are of crucial importance for the development of punitive 'rechtshandhaving'. The first caesura concerns the transformation of (punitive) 'rechtshandhaving' in the Germanic stateless societies to (punitive) 'rechtshandhaving' within the *imperium christianum* of the Frankish kings. For this I made special use of the writings of the Dutch legal historian Immink. The second caesura concerns the transformation of 'rechtshandhaving' within a society with a weak central authority (the Frankish period) to 'rechtshandhaving' within a society with a bureaucratically organized strong central authority (the papal and royal legal communities in the late Middle Ages). For this I made special use of Berman's *Law and Revolution*, a history of the formation of the Western legal tradition. The third caesura concerns the transition of (punitive) 'rechtshandhaving' within the absolutist state (17^{th}-18^{th} century) to (punitive) 'rechtshandhaving' within a 'rechtsstaat' (19^{th}-20^{th} century). This last caesura has been worked out in chapter 6.

In societies without a state and in societies with a weak central authority revenge and composition and sometimes the judicial duel appear as (punitive) forms of 'rechtshandhaving'. The process-model in this type of society turns out to be a model of mediation. As an ideal-type this process-model is described - referring to Salas' 'modèle de la médiation' - as a procedure in which judgment is formed by a court that consists of all members of the community or a representation thereof. This court is presided - in terms of De Monté ver Loren - by a 'judge in the old sense of the word', who requests

judgment, takes care of its execution and functions as president of the meetings of the court. This model of mediation is strongly ritualized: the formal rules that allot parties their speaking time are fixed, while the material legal norms that are found and formed by the court are flexible and responsive to the local situation. In the absolutist state we find physical punishments appearing in case of what is then called the *crimina*, which represent the breach of a legal norm that constitutes a serious violation of the common legal conscience. Such a violation could otherwise have lead to revenge and/or feud. These physical punishments are implemented after an inquisitorial process, that is described ideal-typically - referring to Salas' 'modèle de l'inquisition' - as a procedure whereby the position of judge, prosecutor and executioner coincide. This procedure makes use of written documents and can be characterized as secret and dominated by investigative powers against which the suspect has no defense. In terms of De Monté ver Loren we can speak here of a 'judge in the modern sense of the word' because in this case it is the judge - an organ of the state - that determines the fate of the suspect. Next to physical punishment the fine appears as punishment for breaking rules issued by the king. These fines are implemented by state officials, while in case of a refusal to pay they have to be exacted in a civil procedure. While *crimina* violate legal norms that have a strong normative aspect, next to an imperative aspect, the *contraventions* may not have any normative aspect at all.

Although this analysis may lead to the conclusion that in the course of the Middle Ages two different types of punishable acts evolved - c*rimina* en *contraventions* - it has been shown at the end of the fourth chapter and in chapter 6 how a third category of punishable acts (délit, Vergehen, wan-bedrijf) evolved. This third category has been interpreted as an indication that we need an underdetermined concept of punishment that leaves room for all kinds of punishable acts. Such a concept takes into account that the constitutive meaning of law for society as it develops in the course of the 19th and 20th century implies that every legal norm has in principle both an imperative and a normative aspect and that every form of punishment is meant to (re) install also this normative aspect. Whether and to which degree legal norms have a normative aspect cannot (anymore) be determined in advance. Apart from the intermingling of law and society also the rise of a democratic and constitutional state ('rechtsstaat') forms an argument to develop an underdetermined concept of punishable acts. This concept demonstrates the double meaning of punishment. Precisely in a democracy all legal norms aim for normative authority: the political consensus that enables the issuance of legal norms must be actualized in the acceptation of these

legal norms as norms that constitute - give meaning to - the (inter) actions of the members of a legal community.

In chapter 6 the 19th century background of the separation between so-called 'wetsdelicten' (statutory offences) and 'rechtsdelicten' (crimes) is investigated. This distinction in fact continues the medieval distinction between *crimina* and *contraventions*. Starting from the separation of the domains of *justice* (adjudication) and *police* (administration), as it evolved from the end of the Middle Ages, the distinction between 'rechtsdelicten' and 'politieovertredingen' is analyzed. Especially in Germany this distinction tends to acquire ontological dimensions. Binding for instance distinguishes three types of punishable acts: 'Verletzungsdelikte, Gefährdungsdelikte' that fall within the jurisdiction of *justice*, and 'Einfache Ungehorsam' that falls within the domain of *police*. The ontological implications of the German distinction turn out to be related to a formal conception of the 'rechtsstaat', in which a privatized civil law together with the criminal law fall within the domain of *justice*, while the punishment of contraventions of administrative rules fall within the scope of *police*. I speak of a privatized civil law, because before the French Revolution 'civil law' encompassed not only the legal relationships between citizens but also those between lord and serf and king and subject. A substantial part of what we would now call administrative law fell within the scope of civil law.

As opposed to the German ontological distinction between criminal and administrative punitive 'rechtshandhaving', there is the post-revolutionary French idea that all punishable acts fall within the jurisdiction of 'justice'. For that reason all punishable acts must be tried in principle in a process that conforms to the demands of the process-model of the fair trial. This idea is connected with a relational conception of the 'rechtsstaat', that implies - as far as punitive 'rechtshandhaving' is concerned - that the interpretation of the law should not be in the hands of the administration but in the hands of a independent and impartial judge. German writers like Binding and Goldschmidt differentiate between 'Verletzungsdelikt' ('Verbrechen', crime), 'Gefährdungsdelikt' ('Vergehen', misdemeanor) on the one hand, and 'Einfache Ungehorsam' ('Übertretung', offence) on the other. The French qualify both the second and the third category of punishable acts ('délits' and 'contraventions') as being punishable because of the danger they bring about. The second category represents a concrete danger, while the third category entails a possible (abstract) danger. To the French this third category cannot be understood as constituting only disobedience. This is because the 'volonté générale' presumes that each legal norm as it is issued appeals to the

consensus of all members of the legal community. This precludes the existence of a category of legal norms that demands obedience solely on the basis of a subjective right of the government to be obeyed. This conception of the third category leads to the integration of all three types of punishable acts into one penal code, which also means that the contraventions are brought into the domain of the principle of trial before punishment. The constitutional implementation of Montequieu's checks and balances, is translated into the six constitutive rules for the process-model of the 'fair trial': an independent and impartial judge, external transparency (public exposure), immediateness, equality of arms, the institution of contradiction and the presumption of innocence. This 'fair trial' model is again described as an ideal-type, referring to Salas' 'modèle équitable'.

In chapter 5 the 'fair trial' model is elaborated in counterpoint to both the model of mediation and the model of inquisition, as they have been investigated in part II. Recognition of the double meaning of punishment - always meant to install and reinstall both the imperative and the normative authority of the legal norm that was violated - leads to the conclusion that precisely the process-model of the 'fair trial' is not only the most legitimate but also the most effective process-model as far as the constitution and/or the confirmation of the normative authority of legal norms is concerned. The above mentioned constitutive rules of the 'fair trial' model turn out to facilitate punishment as a precedent. This is the case because for punishment to be effective it must *negate the negation* of the protected legal norm and in that sense create a precedent that reinstalls the normative authority of the legal norm. The idea that punishment is the negation of a negation has been proposed by Hegel; however in this thesis the idea is based on the writings of Glastra van Loon and others that stress the fact that norms and actions are mutually constitutive. As has been described in part I an act - to be understood as such - (re) presents and demonstrates a norm. It should be clear that we are not talking here of a precedent in the sense of a cause, in which case the punishment is seen as reason and cause (motive) for rule-conformity. The punishment constitutes a precedent within the horizontal perspective: after the punishable act (re)presents and demonstrates a norm that has to be negated, the punishment (re)presents and demonstrates this negation in the act of punishment. If a punishment is to be effective the meaning of the punishable act must be determined because the meaning of the punishable act as such is determined by the norm which is demonstrated and (re)presented *with* it. So if a punishment is to be effective the meaning of the punishable act must be publicly determined, in a public procedure that organizes contradiction, guarantees the compensation of inequalities and is presided by an independent and impartial third person. This third person

must see to it that the judgment about the meaning of the punishable act is suspended during trial. Particularly the immediacy of the trial (unity of time, place and action) enables effective communication about the implied violation of a legal norm, in other words, about the meaning of the act that is supposed to be punishable.

The analysis of the consensual process-model shows a tendency towards the inquisitorial process-model. The consensual model, like the inquisitorial model, seems directed exclusively towards the constitution or confirmation of the imperative authority of the broken legal norm. The double meaning of punishment appears to be denied or ignored: the punishment is directed to prevention in a causal sense. It can then be considered a price paid for the violation, balanced against possible advantages. In that case control, persecution and sanctioning have to be repeated continuously for punishment to remain effective.
What does all this mean for the contribution of the consensual process-model to 'rechtshandhaving'? Does it follow that the difference between murder and fraud or between physical violence and driving through a red light is not relevant for the way these acts are tried or settled? Must all punishable acts be tried with a strict adherence to the constitutive conditions of the 'fair trial' model, or should all forms of punitive 'rechtshandhaving' (from a prison-sentence to a fine) be implemented only by way of a 'fair trial'?

- To begin with the double meaning of punishment implies that the question whether and if so to which degree a violated legal norm has - next to its imperative aspect - also a normative aspect, cannot be answered in advance. In other words: whether the legal norm gives meaning to the (inter)actions between the members of a legal community, besides prescribing behavior within the relationship between government and subject, will have to be investigated. It cannot be determined once and for all.

- Precisely when a specific legal norm is violated massively and frequently it is probable that this norm does not give meaning to the (inter)actions of the members of the legal community. As far as this legal norm is indeed conformed to, this might happen only because of a prognosis of costs and benefits, not because the members of the legal community expect others to expect them to act in accordance with the norm. The legal norm is understood in that case only as a decree, not as a norm.

- In a democratic constitutional state all issued legal norms are meant to become part of a common legal conscience. That is, they aspire to give meaning to the interactions of the members of the legal and political community. The democratic legitimization of the lawmaker is completed only when legal norms are accepted as such.

- As the determination of the balance between the normative and the imperative aspect of a broken legal norm cannot be determined in advance or once and for all, this determination should be entrusted to a judge in 'fair trial'. The underdetermined character of the issued legal norm will be terminated by the judge in each separate case in his judgment on the meaning of the alleged punishable act.

- The meaning of punishment exists therefore - next to confirmation and/or constitution of the imperative authority of the violated legal norm - always also in the constitution and/or confirmation of its normative authority.

- The 'fair trial' model is directed towards the constitution and/or confirmation of the normative aspect of legal norms, more so than the consensual model. The consensual model is rather directed towards confirmation and/or constitution of the imperative aspect of legal norms.

- In the case of legal norms lacking normative authority the consensual process-model is not very effective. On the one hand because it confirms the imperative rather than the normative aspect, on the other hand because in order to accomplish this imperative authority, control, persecution and sanctioning have to be repeated continuously. The problematic legitimization of the consensual process-model, that is apparent in its invisibility and minimal normative structure, is therefore connected with a lack of effectiveness.

- While in the case of heavy punishments (like any kind of prison-sentence), strict adherence to all the constitutive conditions of the 'fair trial' model is imperative, in other cases these conditions are to be understood as regulative rules for punishment. That means that the principle of trial before punishment is understood not as a rigid application of the constitutive conditions for the 'fair trial' to all forms of punishments, nor as a subjective right that can be waived at the discretion of the persons involved, but as a regulative rule for all forms of punitive 'rechtshandhaving'.

3 Freedom and punishment

The description of the relationship between 'punishment and freedom' in par. 4.7.3 (conclusions part I and part II) follows the way Immink conceptualizes this relationship in his *La liberté et la peine*. To Immink political freedom equals political participation. In chapter 2 we discussed the shift in the meaning of the concept of freedom of the *allodial* lords, that owe their political participation to their independence, to the concept of freedom of the 'fidelized' nobility of the Frankish kingdom, that owes its political participation to its relationship with the king. The freedom and independence of the allodial lord was based on the mixture of public and private rights he held because of his land (the *allodium*). These lords were independent in the sense that there was no obligation to obey any person or institution, except in times of war. This type of freedom coincides with the absence of a state. Before the 'feudalization' of the late Middle Ages, the Frankish kings 'fidelized' the free men in the *imperium christianum* by an oath in which they promised *consilium et auxilium* to their king - who thereby integrated them into his monarchy. This gave the lords the right to some participation in the king's affairs. In chapters 3 and 4 we discussed the way free and unfree men are turned into equals in the course of the late Middle Ages, because they all end up as subjects of the king. This is demonstrated by installment of high jurisdiction for the king in the case of both free men and serfs; by the suppression of composition and judicial duel; by physical punishment and by the suppression of the accusatorial procedure by the inquisitorial process-model within the royal jurisdiction. With this equality in subjection the constitutional relations between king and nobility as they had developed in the course of the late Middle Ages, come to an end. In the 17th and 18th centuries the sovereign is the only free man within the royal jurisdiction: the only person that decides on political matters.

In par. 6.3.3 Immink's conceptualization of freedom in terms of political participation is compared to Montesquieu's conception. Like Immink Montesquieu observes a relationship between freedom and punishment (and the different process-models). In *De l'esprit des lois* he repeatedly remarks that the freedom of citizens is implied in the way the criminal process is structured. While in Immink's view freedom is determined by participation in law-giving, administration and adjudication, Montesquieu's conception of freedom is more complex and contains an important paradox. Montesquieu claims that the protection of individual citizens *against the government by the government* is a precondition for meaningful political participation.

The key to Montesquieu's conception of freedom is his concept of law and the relationship he observes between security (of law), safety and the role of the judge in the criminal process. To him the term law does not in the first place refer to issued legal norms, but to the relational order that is constitutive for any society. Freedom, for Montesquieu, is not a natural attribute of human beings that preexists society but something that can be called into existence by a specific relational order. This freedom must not be confused with independence in the sense of doing whatever one likes to do, but must be understood as the freedom to design one's own life within the limits of a law that forbids things one should not wish to do and allows things one should. While Montesquieu does not express himself about the things we should or should not wish to do, his concept of law is not technical or neutral. As against an individualistic conception of freedom that must explain any limitation on possible behavior as a breach of an already existing freedom, Montesquieu presents the limitation of action as the beginning of freedom, while of course not any kind of limitation implies freedom.

Starting from the concept of norms and actions as developed in part I, any action poses a norm as a precedent, appealing to others to be followed. To understand an act as such the norm must constitute the (inter)acting of those concerned. Unlimited freedom of action is in that sense non-existent because it would equal chaos of meaning or absence of norms. The question is rather which norms should constitute our (inter)actions or, in other words, which type of acting we might expect from each other in order for each person to attune and enrich his unique, personal, ever-changing designs of action in relation to those of others. Not only the concept of legal norms but also the concept of action is understood by me as a relational concept: an act confirms and constitutes its meaning in relation to other acts, that form a web of interrelated meaning(s) that constitutes the relational order of a society. This concept of actions and of legal norms fits well with Montesquieu's concept of law, which indeed refers to more than just the issued, written law. It inevitably refers to the vulnerability of the relational order that is constituted by it. This relational order, that is a precondition of meaningful action, needs to be protected:

> La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent; et si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir.[1381]

Precisely because to Montesquieu law is more than the issued law, the reaction to its violation is of the utmost importance. Freedom and safety - in

[1381] De l'esprit des lois, XI, 3.

that conception - are not contrary: both are related to 'rechtshandhaving' via what is called the 'rechtszekerheid' (legal security). For that reason the judge and not the king is in the last instance - and in penal matters in the first instance - the mouth of the law. The law - not just the lawgiver - constitutes the meaning of our actions and therefore the author of the law cannot control its content or meaning completely. However this does not mean that the meaning of the law could be left to the subjective opinion of a judge: the judge speaks for the law and is called upon to install the 'rechtszekerheid' that guarantees safety and freedom for all citizens. The incongruence of 'rechtszekerheid' (legal security) and 'rechtsbewustzijn' (shared conscience of law), related to the imperative and the normative aspect of the legal order, as discussed in part I, is the unavoidable reality for the judge, who, in his judgment, has to link the issued law with the relational order of society.

If we connect this relation between punishment, process-model and freedom with the relational conception of law of Foqué and 't Hart, we can also localize the protection against dominant codes of interpretation in the 'fair trial' process-model. The core of this protection is the possibility to question dominant codes of interpretation. In a 'fair trial' model the one whose act is alleged to be a violation of a legal norm, has the chance to give a different interpretation of his action. If we take the epistemological position that was developed in part I, an action - like a rule - cannot interpret itself. The meaning of an action might de facto be self-evident; however, it can in principle always be understood differently. This does not imply that actions can be interpreted in whatever way, but it does imply that in case of punishment a careful investigation to the different possibilities of meaning is required - precisely in order for the authority of the allegedly violated legal norm to be (re)installed.

What does this mean for the relation between punishment, process-model and freedom: must punishment and the 'fair trial' process-model be seen as limitations on freedom or as preconditions for political freedom?

- In the case that freedom is considered exclusively in its negative aspect, that is to say as the possibility to behave arbitrarily, punishment must be considered a restraint on this freedom. Within this negative interpretation in fact the mere existence of the legal norm already formed a restriction of freedom.

- This negative freedom is then also abridged by the 'fair trial' model, for it restrains the behavior of the citizens concerned. The consensual process-

model however, seems - in relation to the 'fair trial' model - a lesser breach of the negative aspect of freedom. Firstly, because of the consent of the person concerned and secondly, because this person is not involved in a public trial that ends with a judgment about his criminal guilt.

- When freedom is taken in its positive sense, that is to say as the possibility to act, this freedom presumes norms. As we have seen with every action a norm is posited that establishes the action as a particular action.

- From the positive conception of freedom it can be elucidated in which way punishment and trial can play a positive role at the installment of freedom: punishment is meant to constitute and confirm legal norms that give meaning to our actions and in that way are a precondition for the sheer possibility of acting. Punishment is one way for society to prevent chaos of meaning and absence of norms.

- When freedom is seen as the possibility to attune our actions to shared legal norms, punishment and trial are thus constitutive for this freedom.

- This is the case in a much stronger sense for the 'fair trial' model, exactly because the judge in that case will have to 'link' the issued law and the actual relational order. This does not imply that the judge legitimizes his judgment referring to a given legal conscience. It implies that - as far as the violated legal norm does not (yet) give meaning to (inter)actions - he also (trans)forms this legal conscience.

- The fact that we see punishment and trial as the constitution and confirmation of a relational legal order that also constitutes the freedom of members of the legal community, implies that the trial should offer the possibility to question the meaning of the allegedly punishable act - and of the allegedly violated legal norm. The 'fair trial' model embodies precisely this possibility to question dominant codes of interpretation. This is only possible if the judgment about the meaning of the allegedly punishable act is kept from the hands of those that might have an interest in maintaining the status quo.

The double meaning of punishment that results in the fact that punishment is meant to confirm and constitute both the imperative and the normative aspect of legal norms, is therefore connected to the kind of freedom that has to be installed time and again within a democratic constitutional state (rechtsstaat). This freedom cannot be comprehended as the freedom to act in

whatever way one would like to act, but must be understood as the possibility to communicate our actions in relation to those of others. If an act is taken to be a rejection or negation of a legal norm, the 'fair trial' model enables a re-assessment of the meaning of this legal norm in the light of the punishable act. As such the authority of the legal norm can be constituted and confirmed. The deficit of the consensual - out of court - settlement of punishable acts concerns both the effectiveness and the legitimization of this form of 'rechtshandhaving'.

Bibliografie

Rapporten, nota's en kamerstukken:

Actieplan voor de aanpak van veel voorkomende criminaliteit 1987, Kabinetsnota, TK 1986-1987, 18 995, nrs. 19-20
Eindrapport Commissie kleine criminaliteit, 's-Gravenhage 1986
Handhaving door bestuurlijke boeten 1994, Advies Commissie Toetsing Wetgevingsprojecten (CTW 94/1-12 januari 1994)
Handhaven op niveau, Rapport van de commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving, Deventer 1998
Het recht ten uitvoer gelegd. Oude en nieuwe instrumenten van rechtshandhaving, Rapport van de Commissie 'Heroverweging instrumentarium rechtshandhaving', 's-Gravenhage 1995
In juiste verhouding. Beleidsvoornemens m.b.t. rechtshandhaving en veiligheid, Beleidsplan Minister van Justitie, 's-Gravenhage 1996
Interimrapport van de Commissie kleine criminaliteit, 's-Gravenhage 1984
Kabinetsstandpunt n.a.v. het CTW-advies *Handhaving door bestuurlijke boeten*, TK 1993-1994, 23 400 VI, nr. 48
Kabinetsstandpunt *Handhaven op niveau,* TK 1999-2000, 26 800 VI, nr. 67
Met vaste hand. Een beleidsnota voor de, verbetering van de kwaliteit van de rechtshandhaving, TK 1990-1991, 22045, nrs. 1-2
Met vaste hand. Een beleidsnota voor de, verbetering van de kwaliteit van de rechtshandhaving, TK 1990-1991, 22045, nrs. 1-2
R*echtshandhaving,* Rapport aan de regering, nr. 35, van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1988
Rechtshandhaving en veiligheid, Kabinetsnota naar aanleiding van het rapport van de Commissie 'Heroverweging instrumentarium rechtshandhaving' *Het recht ten uitvoer gelegd. Oude en nieuwe instrumenten van rechtshandhaving* 1995, TK 1995-1996, 24802, nrs. 1-2
Recht in beweging. Een beleidsplan voor Justitie in de komende jaren, TK 1990-1991, 21 829, nrs. 1
Samenleving en Criminaliteit. Een beleidsplan voor de komende jaren, TK 1984-1985, 18995, nrs. 1-2
Strafrecht met beleid. Beleidsplan van het Openbaar Ministerie 1990-1995, TK 1990-1991, 21833, nrs. 1-2

Zaken- en personenregister

Abelard en Luscombe (begin twaalfde eeuw) 1971
Peter Abelard, D.E. Luscombe, *Peter Abelard's Ethics*, Oxford 1971: Clarendon Press (Scito te ipsum, begin twaalfde eeuw, latijnse tekst, ingeleid, in het Engels vertaald en geannoteerd D.E. Luscombe)

Alkema 1983
E.A. Alkema, 'Vereenvoudigde afdoening van verkeersovertredingen en het recht op een eerlijke berechting', *Trema* (6) 1983-mei, p. 171-182
Alschuler 1968
Albert W. Alschuler, The Prosecutor's Role in Plea Bargaining, *The University of Chicago Law Review* (36) 1968, p. 50-112
Alschuler 1975
Albert W. Alschuler, The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining, *The Yale Law Journal* (84) 1975-6, p. 1179-1314
Arendt 1958
Hannah Arendt, *The Human Condition*, Chicago London: University Press of Chicago 1958
Bakker 1979
R. Bakker, 'Inleiding', in: *Lof der wijsbegeerte,* Amsterdam: Boom Meppel 1979, p. 11-25
Bal 1991
Peter Bal, De verbeelding van het straf(proces)recht. Grenzen en mogelijkheden van het juridisch discours, in: Radboud Engbersen, Thijs Jansen en Willem Witteveen (red.), *Het retorische antwoord,* Utrecht: Stichting Grafiet, p. 93-125
Bauman 1999
Zygmunt Bauman, *Culture as Praxis*, London: SAGE Publications 1999 (herdruk van 1973)
Baumann 1977
Jürgen Baumann, 'Strafprozessrecht', in: Klaus Lüderssen und Fritz Sack, *Seminar: Abweichendes Verhalten III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität. Band 2 Strafprozess und Strafvollzug,* Frankfurt am Main: Suhrkamp 1977, p. 41-63
Belinfante 1957
A.D. Belinfante, *De verhouding tussen administratieve sancties en straffen*, VAR-XXXVI, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1957, p. 7-45
Beccaria (1764) 1982
Caesare Beccaria, *Over misdaden en straffen (Dei delitti e della pene* 1764, ingeleid, van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels, voorwoord door J.M. van Bemmelen), Antwerpen: Kluwer 1982
Beliën e.a. 1983
H.M. Beliën, M. Müller, L.M. Rijkens, G.J. van Setten, J. van der Zande, m.m.v. A.J. MacLachlan, *Een geschiedenis van Europa 1500-1815*, Haarlem: Gottmer Educatief 1983
Van der Bend 1982
J. G. van der Bend, *Thomas Hobbes. His View of Man,* Amsterdam: Rodopi 1982
Van den Bergh 1979
Govert C.J.J. van den Bergh, 'Natural Law and History of Law. A note on Immink', in: J. E. Spruit, *Maior viginti quinque annis. Essays in commemoration of the sixth lustrum of the Institute for Legal History of the University of Utrecht,* Assen: Van Gorcum 1979, p. 30-45
Van den Bergh 2000
Govert C.J.J. van den Bergh, *Geleerd recht. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2000
Berlin 1969

Isaiah Berlin 'Two concepts of liberty', in: Isaiah. Berlin, *Four essays on liberty,* Oxford New York: Oxford University Press 1969 (herdruk van 1958), p. 118-173

Berman 1983

Harold J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Massachusetts and London, England: Harvard University Press 1983

Van den Biggelaar 1994

G.J.M. van den Biggelaar, *De buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten door het openbaar ministerie*, Arnhem: Gouda Quint 1994

Binding 1885

Karl Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Erster Band, Leipzig: Duncker & Humblot 1885

Binding 1890

Karl Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Erster Band, Normen und Strafgesetze*, Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann 1890

Binsbergen 1999

Wim M.J. Binsbergen,*'Culturen bestaan niet'. Het onderzoek van interculturaliteit als een openbreken van vanzelfsprekendheden*, Rotterdam: 1999

Blad 1996

J.R. Blad, *Abolitionisme als strafrechtsstheorie. Theoretische beschouwingen over het abolitionisme van L.H.C. Hulsman*, Arnhem: Gouda Quint 1996

Blomberg & Michiels 1997

A.B Blomberg en F.C.M.A. Michiels, *Handhaven met effect. Een empirisch-juridische studie naar de mogelijkheden voor een effectieve handhaving van het milieurecht*, 's-Gravenhage: VUGA 1997

Boek 1995

J.L.M. Boek, *Organisatie, functie en bevoegdheden van politie in Nederland. Juridische beschouwingen over het politiebestel en het politiebedrijf in historisch perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1995

Boek 1999

J. Boek, 'Sepot en transactie; afdoening van strafzaken buiten geding', *Justitiële verkenningen* (25) 1999-december, p. 100-114

Boomgaard 1991

J. Boomgaard, 'Het Amsterdamse criminaliteitspatroon in de late middeleeuwen', in: H. A. Diederiks en H. W. Roodenburg, *Misdaad, zoen en straf,* Hilversum: Verloren 1991, p. 102-120

Borngässer 1999

Barbara Borngässer, De katharenburchten en de ketterij in Zuid-Frankrijk, in: Rolf Toman (red.), *De kunst van de Gotiek. Architectuur. Beeldhouwkunst. Schilderkunst*, (Gotik 1998, vertaald door Ingrid Buthod-Girard e.a.), Groningen: Textcase 1999

Bos 1995

J.T.K. Bos, De bestuurlijke boete, raakvlakken bestuurs- en strafrecht, in: *Handhaving van het bestuursrecht*, VAR-reeks 114, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 119-169

Bransen 1999

Jan Bransen, *Drie modellen van het menselijk handelen*, Leuven: Peeters 1999

Van Brakel 1998

J. van Brakel, *Interculturele communicatie en multiculturalisme*, Leuven Assen: Universitaire Pers Leuven, Van Gorcum 1998

Brants, Mevis en Prakken 2001

C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken, 'Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw', in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken (red.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen - Groningen: Intersentia 2001, p. 1-23

Broekman en 't Hart 1980

Jan M. Broekman en A.C. 't Hart, *Normverleggend gedrag en justitieel beleid*, Leuven: Acco 1980

Buijsen 1994

M.A.J.M. Buijsen, 'H.L.A. Hart en John Austin', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* (23) 1994-1, p. 61-81

Buijsen 1996

M.A.J.M. Buijsen, 'Inleiding', in: *Thomas van Aquino. Over de Wet [Summa Theologica I-II, qq. 90-97]. Vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door M.A.J.M. Buijsen,* Baarn: Ambo 1996, p. 9-35

Van de Bunt 1985

H.G. van de Bunt, *Officieren van Justitie: verslag van een participerend observatieonderzoek* (proefschrift Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985

Van der Burg 1961

F.H. van der Burg, *Preventieve justitie en plaatselijke politie. Enige historische en juridische beschouwingen over het begrip politie in het Nederlands recht* (proefschrift Utrecht), Arnhem: VUGA 1961

Buruma 1993

Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (proefschrift Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993

Van Caenegem 1954

R.C. van Caenegem, *Geschiedenis van het strafrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw*, Verhandelingen van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schonen Kunsten van België, Klasse der Letteren (19), Brussel: Paleis der Academieën 1954

Van Caenegem 1956

R.C. van Caenegem, *Geschiedenis van het strafprocesrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw*, Verhandelingen van de Koninklijke Vlaamsche Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schoone Kunsten van België. Klasse der Letteren en der Moreele en Staatkundige Wetenschappen (24) ,Brussel: Paleis der Academieën 1956

Van Caenegem 1977

Raoul C. van Caenegem, Over koningen en bureaucraten. Oorsprong en ontwikkeling van de hedendaagse staatsinstellingen, Amsterdam/Brussel: Elsevier 1977

Castells 1997

Manuel Castells, *The Power of Identity*, Oxford: Blackwell Publishers 1997

Changeux en Ricoeur 2000

Jean-Pierre Changeux en Paul Ricoeur in: *What makes us think. A neuroscientist and a philosopher argue about ethics, human nature, and the brain*, Princeton: Princeton University Press 2000 (*Ce qui nous fair penser: la nature et la règle* 1998, vertaald door M.B. DeBevoise).

Chevallier 1994
Jacques Chevallier, *L'Etat de droit*, Parijs: Montchrestien 1994
Clastres 1974
Pierre Clastres, *La société contre l'état. Recherches d'anthropologie politique*, Parijs: Minuit 1974
Cleiren 1990
C.P.M. Cleiren, 'Identiteit van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en beginselen van behoorlijk bestuur?', *Delikt en Delinkwent* 1990-juni, p. 497-514
Cleiren 1992
C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992
Cleiren 1994
C.P.M. Cleiren, 'Artikel 1 Sv', in: Melai, *Wetboek van Strafvordering,* 1994
Cleiren 2001
C.P.M. Cleiren, *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation* (oratie Leiden 2000), Leiden: Gouda Quint 2001
Coenraad 2000
Lieke Coenraad, 'Hoofdstukken 4 (Het quaestio-proces) en 6 (Het strafrechtelijk cognitio-proces)', in: *Het beginsel van hoor en wederhoor in het Romeinse procesrecht,* Rotterdam: Gouda Quint 2000
Comaroff en Roberts 1981
John L. Comaroff and Simon Roberts, *Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, Chicago and London: The University of Chicago Press 1981
Coppens 1991
E.C. Coppens, 'De inquisitoire procedure in het canonieke recht', in: H. A. Diederiks en H. W. Roodenburg, *Misdaad, zoen en straf,* Hilversum: Verloren 1991, p. 37-48
Corstens 1984
G.J.M. Corstens, Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving?, in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1984-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 1-127
Corstens 1987
G.J.M. Corstens, 'De wet als bron van strafprocesrecht. De betekenis van art. 1 Sv', in: *Naar eer en geweten. Liber Amicorum J. Remmelink,* Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 93-105
Corstens 1994
G.J.M. Corstens, 'Consensualiteit', *Delikt en delinkwent* (24) 1994-1, p. 4-9
Corstens 1995
G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995
Corstens 1997
G.J.M. Corstens, 'Consensualiteit en strafsancties', *Ars Aequi* (46) 1997-3, p. 133-140
Corstens 1999
G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999
Damaska 1986
Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach,* New Haven: Yale University Press 1986

Descartes 1999
Descartes, *De uitgelezen Descartes. Ingeleid en toegelicht door Han van Ruler*, Amsterdam: Lannoo Boom 1999
Van Dijk 1982
P. van Dijk, 'Massaliteit van verkeersovertredingen en het recht op behandeling door de rechter', *Trema* (5) 1982-1/2, p. 3-13
Van Dijk en Van Hoof 1998
P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International 1998
De Doelder 1988
H. de Doelder, *Het OM in positie*, Arnhem: Gouda Quint 1988
De Doelder 1997
H. de Doelder, 'Boekbespreking, G.J.M. Corstens, Een stille revolutie in het strafrecht, afscheidsrede, Gouda Quint, Arnhem 1995', *Delikt en Delinkwent* (27) 1997-p. 39-48
De Doelder 2000
H. de Doelder, 'Boekbespreking van: O.J.D.M.L. Jansen, Het Handhavingsonderzoek (dissertatie Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, 285 p.', *Delikt en Delinkwent* (30) 2000-5, p. 520-527
De Doelder 2001
H. de Doelder, MKZ-crises, *Nederlands Juristen Blad* (29), 2001, p. 1372-1373
De Doelder en 't Hart 1982
H. de Doelder en A.C. 't Hart, 'Normbegrip en vertrouwensbeginsel', *Verkeersrecht* 1982-3, p. 49-57
Dommering 1982
E.J. Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht*, Monografieën Nieuw BW, A-Serie 7, Deventer: Kluwer 1982
Donner 1987
A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht. Algemeen deel*, vijfde herziene druk, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 24-54
Van Doorne en Ruys 1988
F. van Doorne en P. Ruys, 'Conceptuele voorwaarden voor interdisciplinair onderzoek', in: F. van Doorne et al., *Interdisciplinariteit, Wetenschap en Beleid*, Leuven: Acco 1988, p. 11-27
Drenth 1939
Jan Hendrik Drenth, *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces*, Amsterdam: Noord-Hollandsche 1939
Duby 1993
George Duby, 'Privé-macht, openbare macht', in: Philippe Ariès en George Duby, *Geschiedenis van het persoonlijk leven,* Amsterdam: Agon BV 1993 (*Histoire de la vie privée, dl. 2, De l'Europe féodale à la Renaissance* 1985, vertaald door Frans de Haan), p. 15-39
Duk 1973
W. Duk, *Tanden van het recht. Oriënterende beschouwingen over sancties* (oratie Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1973
Durkheim 1973
Emile Durkheim, *De la division du travail social*, Parijs: PUF 1973 (herdruk 1930)
Duynstee 1928

W.J.A.J. Duynstee, *De leer der straf van den H. Thomas v. Aquino* (oratie Nijmegen), Nijmegen-Utrecht: Dekker & Van de Vegt en J.W. van Leeuwen 1928

Ebert 1991

Udo Ebert, 'Talion und Vergeltung im Strafrecht - ethische, psychologische und historische Aspekte', in: Heike Jung, Heinz Müller-Dietz, Ulfrid Neumann (eds.), *Recht und Moral,* Baden-Baden: Nomos 1991, p. 249-268

Eder 1976

Klaus Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften. Ein Beitrag zu einer Theorie sozialer Evolution,* Frankfurt am Main: Suhrkamp 1976

Edwards 1967

Paul Edwards (editor in chief), *The Encyclopedia of Philosophy*, New York, Macmillan & The Free Press 1967

Van Eekert 1997

Geert van Eekert, '1923/1925/1929 - Philosophie der symbolischen Formen van Ernst Cassirer. Hermeneutische vernieuwing als voortzetting van de kritisch-idealistische traditie', in: A. C. K. Boey, J. Leilich en E. Oger (eds.), *Ex Libris van de filosofie in de 20ste eeuw,* Leuven: Acco 1997, p. 125-145

Ekeu 1993

Jean-Paul, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Parijs: Editions Cujas 1993

Ellis 1988

Harold A. Ellis, *Boulainvilliers and the French Monarchy. Aristocratic Politics in Early Eighteenth-Century France*, Ithaca and London: Cornell University Press 1988

Ellul 1999-1/2

Jaques Ellul, *Histoire des institutions, 1-2: L'Antiquité*: PUF 1999 (herdruk van 1961)

Ellul 1999-3

Jaques Ellul, *Histoire des institutions, 3: Le Moyen Age, P*arijs: PUF 1999 (herdruk van 1962)

Ellul 1999-4

Jaques Ellul, *Histoire des institutions, 4: Le XVI-XVIIIe siècle*, Parijs: PUF 1999 (herdruk van 1956)

Ellul 1999-5

Jaques Ellul, *Histoire des institutions, 5: Le XIXe siècle*, Parijs: PUF 1999 (herdruk van 1962)

Enschedé 1973

Ch.J. Enschedé, 'Ethiek en strafrecht', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte. J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 73-87

Enschedé 1999

Ch.J. Enschedé, Wetten en rechters, in: Ybo Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999 (overgenomen uit de G.J. Scholten-bundel, Zwolle 1979), p. 363-382

Esmein 1882

A. Esmein, *Histoire de la Procédure Criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'a nos jours*, Parijs: L. Larose et Forcel 1882

Faber 1983

Sjoerd Faber, 'Hoofdstuk IV: De Amsterdamse strafrechtspleging in hoofdlijnen', in: *Strafrechtspleging en criminaliteit te Amsterdam, 1680-1811. De nieuwe menslievendheid.,* Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 27-41

Feenstra 1970
Robert Feenstra, *Philip of Leyden and his treatise De Cura Reipublicae et Sorte Principantis,* being the twenty-ninth Lecture on the David Murray Foundation in the University of Glasgow delivered on 9th May, 1967, Glasgow: University of Glasgow 1970
Feenstra 1971
Robert Feenstra, Introduction, in: *Philippus de Leyden De Cura Reipublicae et Sorte Principantis,* Reprint of the editio princeps of 1516 with an introduction by Robert Feenstra, Amsterdam: Graphic 1971
Feenstra 1993
R. Feenstra, Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad, Deventer: Kluwer 1993
Feteris 1993
M.W.C. Feteris, *Fiscale administratieve sancties en het recht op een behoorlijk proces*, Deventer: Kluwer 1993
Feuerbach (1801) 1847
Paul Johann Anselm von Feuerbach (met medewerking van C.J.A. Mittermaier), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts: mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen*, Giessen: Georg Friedrich Heyers 1847 (herdruk van 1801)
Fischer 1946
H.F.W.D. Fischer, *Oude en nieuwe opvattingen omtrent de studie van het oudvaderlandsche recht* (oratie Leiden), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946
Foqué 1986
R. Foqué, 'Over de kwetsbare historiciteit van het recht', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* (15) 1986-p. 1-7
Foqué 1987
R. Foqué, 'Het belang van het recht, Ontwikkelingen inde continentale rechtstheorie', in: E. H. L. Brugmans, J.L.M Elders (eds.), *Recht en legitimiteit,* Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 35-97
Foqué 1992
René Foqué, *De ruimte van het recht*, Arnhem: Gouda Quint 1992
Foqué 1993
René Foqué, 'Rechtsstatelijke vernieuwing', in: *De lege plek van de macht. Over bestuurlijke vernieuwing en de veranderende rol van de politiek*, Amsterdam: De Balie 1993, p. 18-45
Foqué 1994
René Foqué, 'Op zoek naar de verloren tijd der kathedralen. Aantekeningen bij Marcel Prousts 'La mort des cathédrales'', *Nexus* 1994 nummer 8, p. 97-107
Foqué 1995
R. Foqué, 'Gedogen en de opportuniteit van de rechtsstaat', *Justitiële verkenningen* (21) 1995-8, p. 48-66
Foqué 1996
René Foqué, 'Legal Subjectivity and Legal Relation. Language and Conceptualization in the Law', in: *Festschrift for Jan M. Broekman "Law, Life and the Images of Man",* Berlin: 1996, p. 325-343

Foqué 1997
René Foqué, 'Grenzen aan de aanspreekbaarheid. Over de verhouding van de publieke en de private ruimte en van het publiekrecht en het privaatrecht in de moderniteit', in: René Foqué en Maurice Weyembergh, *Filosofische aspecten van het privé-publiek debat,* Brussel: VUBpress 1997, p. 7-37
Foqué 2000
René Foqué, 'Op de drempel van de moderniteit. De soevereiniteitsleer van Jean Bodin', *Wijsgerig perspectief* (41) 2000-2, p. 3-19
Foqué 2000a
René Foqué, Evenwicht van machten en rechtsstatelijke vernieuwing, in: A. Alen en L.J. Wintgens (red.), *De Trias Politica ruimer bekeken*, Staatsrechtconferentie 1999 Vlaamse Juristenvereniging, Brussel: Larcier 2000, p. 1-24
Foqué en 't Hart 1990
R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem: Gouda Quint Kluwer Rechtswetenschappen 1990
Foqué en 't Hart 1990a
R. Foqué en A.C. 't Hart, 'Strafrecht en beleid: De instrumentaliteit van rechtsbescherming', in: F. Spierenburg, *Scherp toezicht,* Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 193-210
Foqué en Zijderveld 1994
R.M.G.E. Foqué en A.C. Zijderveld,'De kwetsbare rechtsstaat; over de ruimte van recht en macht in een pluralistische cultuur', in: René Foqué e.a., *Geïntegreerde rechtswetenschap,* Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 291-317
Foucault 1975
Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Parijs: Gallimard 1975
Franken 1993
A.A. Franken, *Voeging ad informandum in strafzaken* (proefschrift Tilburg), Arnhem 1993
Franken 1999
H. Franken e.a., *Inleiden tot de Rechtswetenschap*, Deventer: Gouda Quint 1999
Gadamer 1990
Hans-Georg Gadamer, *Hermeneutiek I. Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (deel I uit de Gesammelte Werke, heruitgave tekst uit 1960), Tübingen: Mohr 1990
Gallie 1952
W.B. Gallie, *Peirce and Pragmatism*, Harmondsworth: Penguin 1952
Ganshof 1955
F.L. Ganshof, *Wat waren de Capitularia?,* Verhandeling van de KNAW, letteren en schone kunsten van België, klasse der letteren, verh. 22, Brussel 1955
Ganshof 1957
F.L. Ganshof, *Qu'est-ce que la féodalité?*, 3e herziene druk, Brussel: Office de Publicité 1957
Garé 1994
D.H.R.M. Garé, *Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces* (proefschrift Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1994

Geertz 1983
Clifford Geertz, Local Knowledge: 'Common Sense as a Cultural System' en 'Fact and Law in Comparative Perspective', in: Clifford Geertz, *Local Knowledge. Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York: Basic Books 1983, p. 73-94 en p. 167-235
Gelinck 1929
W.S. Gelinck, *De Liber Homo in de Magna Carta, historiografische studie over de opvatting van een term uit het engelsche recht* (proefschrift Leiden), Haarlem: Tjeenk Willink 1929
Gerbenzon en Algra 1987
P. Gerbenzon en N.E. Algra, *Voortgangh des rechtes : de ontwikkeling van het Nederlandse recht tegen de achtergrond van de Westeuropese cultuur*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987
Glastra van Loon 1980
J.F. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen. Opstellen over recht en filosofie*, Amsterdam: Boom 1980
Glastra van Loon 1985
J.F. Glastra van Loon, 'Norm en handeling. Hoe regelen wij ons handelen', *Ars Aequi* (34) 1985-12, p. 697-704
Glastra van Loon 1986
J.F. Glastra van Loon, 'Charles Peirce over het werkelijke en wat wij daarover kunnen zeggen', *Wijsgerig Perspectief* (27) 1986-7, p. 75-82
Glastra van Loon 1987
J.F. Glastra van Loon, *Norm en Handeling. Bijdrage tot een kentheoretische fundering van de sociale wetenschappen* (proefschrift Leiden 1956), Groningen: Wolters-Noordhoff 1987 (heruitgave van 1957)
Glastra van Loon 1991
J.F. Glastra van Loon, 'Rechtshandhaving. Beschouwingen n.a.v. het boek van R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem/Antwerpen 1990', *Delikt en Delinkwent* (21) 1991-3, p. 246-256
Glastra van Loon 1997
J.F. Glastra van Loon, 'Peirce: Descartes voorbij', in: J.C.A. van der Lubbe en A.J.A. van Zoest, *Teken en betekenis,* Haarlem: Aramith 1997, p. 231-243
Glastra van Loon 2001
J.F. Glastra van Loon, *De Platoonse cirkel. Filosofische beschouwingen en actueel-maatschappelijke opstellen*, samengesteld door Piet Hein van den Brandhof en Kees Schuyt, Budel: Damon 2001
Glock 1999
Glock, Hans-Johann, 'rule-following', in: *A Wittgenstein Dictionary,* Oxford: Blackwell 1999, p. 323-330
Goldschmidt 1902
James Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlijn: Carl Heymanns 1902
Goudriaan 2001
Azo Goudriaan, Augustinus over de stad van god en de geschiedenis, *Wijsgerig Perspectief* 2001-5, p. 38-49
Goyard-Fabre 1973
Simone Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Parijs: Librairie C. Klincksieck 1973
Goyard-Fabre 1982

Simone Goyard-Fabre, 'Right and Antropology in Hobbes's Philosophy', in: J. G. van der Bend, *Thomas Hobbes. His View of Man,* Amsterdam: Rodopi 1982, p. 17-31

Goyard-Fabre 1989

Simone Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la république*, Parijs: Presses Universitaires de France 1989

Gribnau 1998

J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht* (proefschrift Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998

Groenhuijsen en Van Kalmthout 1983

M.S. Groenhuijsen en A.M. van Kalmthout, 'Transactie en voorwaardelijk sepot: lood OM oud ijzer?', *Delikt en Delinkwent* (13) 1983-juni, p. 474-488

Groenhuijsen en Knigge 2000

M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: 2000

De Groot, Dovring, Fischer en Meijers (1631) 1965

Hugo de Groot, F. Dovring, H.F.W.D. Fischer, E.M. Meijers, *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid, met de te Lund teruggevonden verbeteringen, aanvullingen en opmerkingen van den schrijver*, met verwijzingen naar zijn andere geschriften uitg. van aantekeningen en bijlagen voorzien door F. Dovring, H.F.W.D. Fischer, E.M. Meijers, oorspronkelijke uitgave 1631, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1965

Gutwirth en De Hert 2002

Serge Gutwirth & Paul de Hert, Grondslagentheoretische variaties op de grens tussen het strafrecht en het burgerlijk recht. Perspectieven op schuld-, risico- en strafrechtelijke aansprakelijkheid, slachtofferclaims, buitengerechtelijke afdoening en *restaurative justice*, in: K. Boonen e.a. (red.), *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht* (Liber Amoricum voor prof. mr. A.C. 't Hart), Deventer: Kluwer 2002

Haak 1998

W.E. Haak, 'De rechter anno 2008', in: Rosa H.M. Jansen en Dagmar A.C. Koster (red.) *De magistraat van de toekomst*, Congresbundel ter gelegenheid van het afscheid van de rector, Studiecentrum Rechtspleging, Nijmegen 1998, p. 17-34

Habermas 1988

Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, tekst van de vierde herziene uitgave uit 1987, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1988

Habermas 1990

Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* (heruitgave van tekst uit 1961 met voorwoord van Habermas uit 1990), Frankfurt am Main: Suhrkamp 1990

Habermas 1994

Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1994

Hart 1968

H.L.A. Hart, 'Prolegomenon to the Principles of Punishment', in: *Punishment and Responsibility,* Oxford: Oxford University Press 1968, p. 1-28

Hart 1994

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press 1994 (heruitgave van 1961 met postscriptum geredigeerd door Penelope A. Bulloch and Joseph Raz

't Hart 1976
A.C. 't Hart, *Om het O.M. Een verkenning van enkele aspekten van taak en funktioneren van het Openbaar Ministerie in Nederland*, Zwolle: Tjeenk Willink 1976
't Hart 1979
A.C. 't Hart, *Recht en Staat in het denken van Giambattista Vico* (proefschrift Leuven), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979
't Hart 1991
A.C. 't Hart, *Recht als schild van Perseus: voordrachten over strafrechtstheorie*, Arnhem: Gouda Quint 1991
't Hart 1994
A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint bv 1994
't Hart 1995
A.C. 't Hart, *Mensenwerk? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: Noord-Hollandsche 1995
't Hart 1997
A.C. 't Hart, *De Meerwaarde van het Strafrecht*, Den Haag: Sdu 1997
't Hart 2001
A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Leiden: Gouda Quint 2001
Hartmann 2000
A.R. Hartmann, 'Buitengerechtelijke afdoening', in: M. S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Stafvordering 2001,* Groningen: 2000, p. 59-91
Hartmann 2001
A.R. Hartmann, 'Buitengerechtelijke afdoening in verhouding?', in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken, *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw,* Antwerpen - Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001, p. 189-205
Hartmann en Van Russen Groen 1994
A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, 'Bestuursstrafrecht', in: H. de Doelder en L.J.J. Rogier, *Opstellen over bestuursstrafrecht,* Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 21-60
Hartmann en Van Russen Groen 1998
A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (proefschrift Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998
Den Hartog 1993
J.D. den Hartog, *Artikel 6 EVRM: Grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen* (proefschrift RU Groningen), Apeldoorn: MAKLU 1993
Den Hartog 1999 *(T&C Strafvordering)*
Anita den Hartog, 'Art. 6 EVRM', in: C. P. M. Cleiren en J. F. Nijboer, *Tekst & Commentaar Strafvordering,* Deventer: Kluwer 1999, p. 1653-1681
Van Heck 1997
Paul van Heck, De wereld van de Discorsi, in: Niccolò Machiavelli, *Discorsi. Gedachten over Staat en Politiek* (vertaald, ingeleid en toegelicht door Paul van Heck), Amsterdam: Ambo 1997, p. 17-73
Hegel 1821

Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 'Grundlinien der Philosophie des Rechts' (eerste uitgave 1821),deel VII van Hegel's *Werke: Theorie Werkausgabe,* geredigeerd door Eva Moldenhauer en Karl Markus Michel, Frankfurt: Suhrkamp Verlag 1970

Ter Heide 1965

J. Ter Heide, *Vrijheid, over de zin van de straf* (proefschrift Leiden), Den Haag: Bakker/Daamen 1965

Heidegger (1927) 1998

Martin Heidegger, *Zijn en tijd*, Nijmegen: SUN 1998 (*Sein und Zeit* 1927, vertaald door Mark Wildschut)

Van Heijnsbergen 1927

P. van Heijnsbergen, *Het inquisitoire proces*, Groningen: Noordhoff 1927

Van Herck 1997

Walter van Herck, 'Over Gilbert Ryle 'The Concept of Mind'. Het begrip van de geest en de geest van de filosofie', in: A. C. K. Boey, J. Leilich, E. Oger (eds.), *Ex Libris van de filosofie van de 20ste eeuw. Deel I: Van 1900 tot 1950,* Leuven: Acco 1997, p. 357-375

Van den Heuvel 2001

G.A.A.J. van den Heuvel, 'Een criminologische agenda voor strafrechthervorming', in: Brants, Mevis en Prakken (red.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen - Groningen: Intersentia 2001, p. 173-189

Hildebrandt 1994

M. Hildebrandt, 'Consensualiteit in het strafprocesrecht. Aanzet tot een rechtstheoretische exercitie', in: P. T. C. van Kampen, M. Hildebrandt, J.F. Nijboer (red.), *Plea Bargaining in Holland?,* Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 107-130

Hildebrandt 1996

M. Hildebrandt, Het consensuele moment in het strafprocesrecht, *Delikt en Delinkwent* (26) 1996-1, p. 6-23

Hildebrandt 2000

M. Hildebrandt, 'De verbrokkeling van consensus en gezag. Boekbespreking van: F.J.C. van Ree, *Over het vrije verkeer tussen individu, maatschappij en staat. Een analyse van de functionele rechtsopvattingen van J.F. Glastra van Loon en J. ter Heide*, Amsterdam 1998 (uitgegeven in eigen beheer)', *Recht der werkelijkheid* 2000, p. 105-114

Hildebrandt 2001

M. Hildebrandt, 'Punitieve handhaving en sociale cohesie in een multiculturele samenleving', in: P. B. Cliteur en V. van den Eeckhout (eds.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie,* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 303-333

Hirsch Ballin 1999

Ernst M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling: preadvies voor de vergadering van de Christen Juristen Vereniging op 7 mei 1999*, Utrecht: Lemma 1999

Hirzel 1907

Rudolf Hirzel, *Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen*, Leipzig: S. Hirzel 1907

Hoebel 1971

Adamson E. Hoebel, 'Feud: concept, reality and method in the study of primitive law', in: A. R. Desai, *Essays on Modernization of Underdeveloped Societies,* Bombay: Thacker & Co 1971, p. 500-512

Van der Hoeven (Henri) 1884
Henri van der Hoeven, Henri, *De vraag: mag het wetboek van strafrecht ongewijzigd ingevoerd worden?*, Leiden: Brill 1884
Van der Hoeven 1960
J. van der Hoeven, *Regelmaat en norm*, Zwolle: Tjeenk Willink 1960
Van der Hoeven 1970
J. van der Hoeven, 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht', in: *Honderd jaar rechtsleven, De Nederlandse Juristen-vereniging 1870-1970,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 201-219
Van der Hoeven 1989
J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht. Ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1989
Honée 1979
E. Honée, 'Inleiding op de Lof der Wijsbegeerte', in: *Lof der wijsbegeerte,* Amsterdam: Boom 1979, p. 25-45
Hunter 1996
Howard O. Hunter (ed.), *The integrative jurisprudence of Harold J. Berman*, Boulder: Westview Press 1996
Immink 1946
P.W.A. Immink, *Recht en historie* (oratie Groningen), Groningen: Wolters 1946
Immink 1950
P.W.A. Immink, 'Beschouwingen over de ontwikkeling van de begrippen volk en vertegenwoordiging', in: *Publiekrechtelijke opstellen. Aangeboden aan Prof. Mr Dr C.W. van der Pot,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1950, p. 114-142
Immink 1956
P.W.A. Immink, 'La transformation des concepts en histoire', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (24) 1956, p. 1-47
Immink 1956a
P.W.A. Immink, 'Remarques générales sur l'importance de l'ancien droit froson dans le cadre de l'histoire du droit occidental', *Revue du nord* (XXXVIII) 1956, p. 179-184
Immink 1958
P.W.A. Immink, 'At the roots of medieval society. I. The Western Empire', in: *At the toots of medieval society. 1. The Western Empire; An den Wurzeln der mittelalterlichen Gesellschaft. II. Das Oströmische Reich,* Oslo: H. Aschenhoug & Co 1958, p. 9-81
Immink 1959
P.W.A. Immink, 'Compte-rendu de F.L. Ganshof, Qu'est ce que la féodalité', *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* (27) 1959, p. 358-360
Immink 1967
P.W.A. Immink, 'Honor, heerlijkheid en koningsgezag', Tijdschrift voor geschiedenis (74) 1961, p. 285-308, herdrukt in: Algra, *Verspreide Geschriften van Prof. Mr. P.W.A. Immink,* Groningen: Noordhoff 1967, p. 85-113
Immink 1967a
P.W.A. Immink, *Vrijheid en Recht*, Mededelingen van het Rechtshistorisch Instituut, RUG; nr. 5, Groningen 1967
Immink 1969

P.W.A. Immink, *De wording van staat en souvereiniteit in de middeleeuwen*, Groningen: 1969

Immink 1973

P.W.A. Immink, *La liberté et la peine. Etude dur la transformation de la liverté et sur le développement du droit pénal plublic en Occident avant le XIIe siècle*, Assen: Van Gorcum 1973

's Jacob 1936

Paul 's Jacob, *Geschiedenis, theorie en praktijk van artikel 74 wetboek van strafrecht* (proefschrift Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1936

Jakobs 1995

Günter Jakobs 'Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (107) 1995-4, p. 843-877

Janse 2000

Ronald Janse *De Rechtsfilosofie van Thomas Hobbes* (proefschrift Rotterdam), Delft: Eburon 2000

Jansen 1999

O.J.M.L. Jansen, *Het Handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd? Een interne rechtsvergelijking* (proefschrift UVA), Nijmegen: Ars Aequi 1999

De Jong 1914

Tjitte de Jong, *Eenige opmerkingen over de rechtsleer der monarchomachen* (proefschrift VU Amsterdam), Rotterdam: De Vries 1914

Kant (1781/1787) 1990

Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, (naar de eerste en tweede originele uitgave uit 1781 en 1787), Hamburg: Meiner 1990

Kant (1797/1798) 1993

Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, (naar de eerste en tweede originele uitgave uit 1797 en 1798), Frankfurt am Main: Suhrkamp 1993

Kelk 2001

C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001

Kekes 1993

John Kekes, *The Morality of Pluralism*, Princeton: Princeton University Press 1993

Kessler 1998

M. Kessler, 'Afwezigheid van alle schuld in economische rechtspraak', in: M.J.Borgers, I.M. Koopmans en F.G.H. Kristin, *Verwijtbare uitholling van schuld?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 81-93

Keijzer 1987

N. Keijzer, 'Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae' in: Ch.J. Enschedé, N. Keijzer, J.C.M. Leijten en Th.W. van Veen, *Naar eer en geweten. Liber Amoricum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 235-253

Kipnis 1975/76

Kenneth Kipnis, 'Criminal Justice and the Negotiated Plea', *Ethics* (86) 1975/76, p. 93-106

Kleijs-Wijnnobel 1993

C.J. Kleijs-Wijnnobel, 'Bestuurs- en strafsancties; een lat-relatie', in: *Kroniek van het bestuursrecht 1987-1992,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 37-54

Kleijs-Wijnnobel 1996
C.J. Kleijs-Wijnnobel, 'Handhaving van bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1996-juni, p. 203-210
Kleijs-Wijnnobel 1997
C.J. Kleijs-Wijnnobel, 'Handhaving van bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1997-november, p. 365-374
Kleijs-Wijnnobel 1997
C.J. Kleijs-Wijnnobel, 'Handhaving van bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1997-januari, p. 35-42
Kleijs-Wijnnobel 1998
C.J. Kleijs-Wijnnobel, 'Handhaving van bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1998-mei, p. 138-148
Klein 1999
Bruno Klein, 'Begin en ontwikkeling van de gotische architectuur in Frankrijk en zijn buurlanden', in: Rolf Toman (red.), *De kunst van de Gotiek. Architectuur . Beeldhouwkunst . Schilderkunst*, Groningen: Textcase 1999 (Gotik 1998, vertaald door Ingrid Buthod-Girard e.a.)
Klip en Vervaele 2001
A.H. Klip en J.A.E. Vervaele, 'Inleiding', J.A.E. Vervaele en A. Klip (red.), *Administratieve en strafrechtelijke samenwerking inzake fraudebestrijding tussen justitiële en bestuurlijke instanties van de EU-Lidstaten*, 's-Gravenhage: Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Justitie 2001
Kloos 1976
Peter Kloos, *Culturele antropologie. Een inleiding*, Assen: Van Gorcum 1976
Kloos 1988
Peter Kloos, *Door het oog van de antropoloog - botsende visies bij heronderzoek*, Muiderberg: Dick Coutinho 1988
Knigge 1994
G. Knigge, 'De strafvordering in het geding', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1994-I: Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 37-117
Knigge 2000
G. Knigge, 'De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', *RM Themis* 2000-3, p. 83-96
Koopmans 1996
I.M. Koopmans, *De strafbaarstelling van milieuverontreiniging: een rechtsvergelijkende studie naar de administratief afhankelijke structuur van het milieustrafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1996
Koopmans 2000 (*T&C Strafvordering***)**
F.A.J. Koopmans, 'Aantekening 5d bij art. 359 Sr', in: C.P.M. Cleiren, J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2000
Kopland 2000
Rutger Kopland, Gedichten, Amsterdam: Van Oorschot 2000
Koschaker (1947) 1997
Paul Koschaker, *Europa en het Romeinse recht*, Deventer: 1997 (*Europa und das römische Recht* 1947, Nederlandse editie verzorgd door Theo Veen)
Köstler 1950

Rudof Köstler, *Homerisches Recht*, Wien: □ sterreichischer Bundesverlag 1950

Kranenburg 1928

R. Kranenburg, *Positief recht en rechtsbewustzijn. Inleiding in de rechtsphilosophie*, Groningen: Noordhoff 1928

Kunkel 1974

Wolfgang Kunkel, 'Prinzipien des römischen Strafverfahren', in: W. Kunkel, *Kleine Schriften: Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte,* Weimar: Hermann Böhlaus Nachfolger 1974, p. 11-32

Lawson & Schermers 1997

R.A. Lawson & H.G. Schermers, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, compiled, edited and annotated by R.A. Lawson & H.G. Schermers, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997

Lefort 1992

Claude Lefort, *Het democratisch tekort. Over de noodzakelijke onbepaaldheid van de democratie*, ('La logique totalitaire' en 'Droit de l'homme et politique' uit *L'invention démocratique*, Parijs 1981 en 'La question de la démocratie' uit *Essais sur le politique*, Parijs 1986, vertaald door Henk van der Waal, inleiding door D. Loose en Ph. van Haute) Amsterdam: 1992

Lefort 1994

Claude Lefort, *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire* (heruitgave van tekst uit 1981 met inleiding van Lefort van 1994)*,* Parijs: Fayard 1994

Lenos 1998

E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (proefschrift Rijksuniversiteit Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998

Leupen 1975

P.H.D. Leupen, *Filips van Leiden. Een onderzoek naar ontstaan, vorm en inhoud van zijn traktaat 'De cura reipublicae et sorte principantis'* (dissertatie GU Amsterdam), Amsterdam: 1975

Lindahl 1997

Hans Lindahl, "Vorst, op God na'. Politieke macht en de symbolisering van soevereiniteit', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 1997, p. 123-136

Lindahl 1999

Hans Lindahl, 'De Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk: Over representatie als rechtsfilosofische probleem', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie,* 1999, p. 8-30

Loose 1997

Donald Loose, *Democratie zonder blauwdruk. De politieke filosofie van Claude Lefort*, Best: Damon 1997

Loth 1988

M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht* (proefschrift Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1988

Van der Lubbe & Van Zoest 1997

Jan C.A. van der Lubbe & Aart J.A. van Zoest (red.), *Teken en betekenis*, Haarlem: Aramith 1997

Lüderssen 1995

Klaus Lüderssen, 'Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (107) 1995-4, p. 877-907

Luijpen 1976

W. Luijpen, *Inleiding tot de existentiële fenomenologie*, Utrecht/Antwerpen: Het Spectrum 1976, herziene versie van idem 1959

Machiavelli (1532) 1995

Niccolò Machiavelli, *De heerser* (*Il Principe* 1532, uit het Italiaans vertaald, ingeleid en toegelicht door Frans van Dooren), Amsterdam: Atheneum-Polak & Van Gennep 1995

Machielse 1979

A.J. Machielse, 'Enige opmerkingen over het rechtsgoed', *Delikt en Delinkwent* 1979-januari, p. 24-43

Mackay & Ditchburn 1997

Angus Mackay with David Ditchburn, *Atlas of Medieval Europe*, London: Routledge 1997

Mackenzie 1981

Mary Margaret Mackenzie, *Plato on punishment*, Berkeley Los Angeles London: University of California Press 1981

Maitland 1885

F.W. Maitland, *Justice and Police*, London: MacMillan 1885

Malinowski 1926

Bronlislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, London: Routledge & Kegan Paul 1926

Mead (1934) 1959

George H. Mead, edited, with introduction by Charles W. Morris, *Mind, Self & Society. From the standpoint of a social behaviorist*, Chicago - Illinois: The University of Chicago Press 1959 (heruitgave van 1934)

Meijers 1993

L.C.M. Meijers, *Verdrag en strafproces. Gedachten over een methode van werken* (oratie Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993

Meijer-Wichmann 1930

Clara Meijer-Wichmann, 'Het recht tot straffen', in: J. B. Meyer, *Misdaad - straf en maatschappij,* Utrecht: Erven J. Bijleveld 1930, p. 111-207

Merleau-Ponty 1960

Maurice Merleau-Ponty, *Signes*, Parijs: Gallimard 1960

Merleau-Ponty 1979

Maurice Merleau-Ponty, *Lof der wijsbegeerte* (oratie Collège de France 1953), Amsterdam: Boom 1979 (*Èloge de la philosophie* 1963, vertaald en ingeleid door R. Bakker en E. Honée)

Merleau-Ponty 1996

Maurice Merleau-Ponty, *Oog en geest. Een filosofisch essay over de waarneming in de kunst*, Baarn: Ambo 1996 (*L'Oeil et l'Esprit* 1964, vertaald door Rens Vlasblom)

Mevis 1989

P.A.M. Mevis, *Binnen zonder kloppen? Het betreden van woningen in het kader van de strafvordering* (proefschrift Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1989

Mevis 1998

P.A.M. Mevis, *Constitutioneel strafrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998

Michels 1963

Michels, Hans Gerhard, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung. Versuch einer materiellen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht*, Berlijn: Walter de Gruyter & Co 1963

Michiels 1994

F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?* (oratie Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Michiels 1995

F.C.M.A. Michiels, 'Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling', in: *Handhaving van het bestuursrecht*, VAR-reeks 114, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 7-119

Van Middelaar 1999

Luuk van Middelaar, *Politicide. De moord op de politiek in de Franse filosofie,* Amsterdam: Van Gennep 1999

Mohl 1832

Robert von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen 1832

Monballyu 1991

J. Monballyu, 'Het onderscheid tussen de civiele en de criminele en de ordinaire en de extraordinaire strafrechtspleging in het Vlaamse recht van de 16e eeuw', in: H. W. Roodenburg en H.A. Diederiks, *Misdaad, zoen en straf,* Hilversum: Verloren 1991, p. 120-133

De Monté ver Loren 1942

J. Ph. de Monté ver Loren, *Geschiedenis van de wetenschap van het strafrecht en strafprocesrecht in de Noordelijke Nederlanden voor de codificatie*, Amsterdam: N.V. Noord-Hollandsche 1942

De Mont ver Loren/Spruit 2000

J. Ph. de Monté ver Loren, bewerkt door J.E. Spruit, *Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*, Arnhem: Kluwer 2000

Montesquieu (1748) 1973

Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Parijs: Garnier Frères 1973 (naar de tekst van 1748)

Mooij 1977

Antoine Mooij, *Taal en verlangen. lacans theorie van de psychoanalyse*, Meppel: Boom 1977

Mooij 1995

Antoine Mooij, 'Liberalisme, communitarisme en de ethiek van de psychoanalyse', in: A. Ladan, *Over normen en waarden. Psychoanalytische visies,* Amsterdam: Boom 1995, p. 86-96

Mooij 1997

Antoine Mooij, *Schuld in strafrecht en psychiatrie*, Deventer: Gouda Quint 1997

Mooij 1999

Antoine Mooij, Schuldervaring in een beeldcultuur, *Justitiële Verkenningen*, (25) 1999-5, p. 37-45

Mounce 1997

H.O. Mounce, *The Two Pragmatisms. From Peirce to Rorty*, London and New York: Routledge 1997

A. Mulder 1954

A. Mulder, 'Zesde Internationaal Strafrechtscongres, Herfst 1953 te Rome. IV Het sociaal-economisch strafrecht', *Tijdschrift voor strafrecht* (LXIII) 1954, p. 39-51

A. Mulder 1957

A. Mulder, 'Ordening en strafrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (LXVI) 1957, p. 5-21

A. Mulder 1957a

A. Mulder, *De verhouding tussen administratieve sancties en straffen*, VAR-XXXVI, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1957, p. 45-85

(Gotik 1998, vertaald door Ingrid Buthod-Girard e.a.)

A. Mulder, 'Strafrechtspolitiek', *Delikt en Delinkwent* (10) 1980-5, p. 331-342

A.Mulder 1980

A. Mulder, Strafrechtspolitiek, Delikt en Delinkwent, 1980-5, p. 331-342

A. Mulder 1981

A. Mulder 'De functie van het strafrecht in de verzorgingsstaat', *Ars Aequi* (30) 1981-5, p. 225-231

A. Mulder 1982

A. Mulder, 'Alternatieven van rechtsbescherming', *RM Themis* 1982-5/6, p. 481-499

G.E. Mulder 1985

G.E. Mulder, 'Iets over rechtsnormen en rechtsbeginselen', in: J.P. Balkenende e.a. (red.), Liber Amoricum Th.W. van Veen, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 219-242

Nijboer 1987

J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafrechtspleging*, Groningen: 1987

Nijboer 1992

J.F. Nijboer, 'The American adversarial system in criminal cases: de achterkant van L.A. Law', *Recht en kritiek*, 1992-1, p. 8-26

Nijboer 1994

J.F. Nijboer, *Een verkenning in het vergelijkend straf- en strafprocesrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994

Nijboer 1995

J.F. Nijboer, 'De meerwaarde van de procesverplichting', in: A. M. Hol en C. J. J. M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht,* Deventer: Kluwer 1995, p. 91-111

Nijboer 1999

J.F. Nijboer, *De waarde van het bewijs*, Arnhem: Gouda Quint 1999

Nonet & Selznick 1978

Ph. Nonet and Ph. Selznick, *Law and Society in transition: Toward Responsive Law*, New York, Hagerstown, San Francisco, London: 1978

Osinga 1992

P. Osinga, *Transactie in strafzaken* (proefschrift Tilburg), Arnhem: 1992

Osinga 1996

P. Osinga, 'Publiekrechtelijke rechtshandhaving', *Delikt en Delinkwent* (26) 1996, p. 413-426

Packer 1968

Herbert L. Packer, *The limits of the criminal sanction,* Stanford: Stanford University Press 1968

De Pater en Swiggers 2000

W.A. de Pater en P. Swiggers, *Taal en teken. Een historisch-systematische in leiding in de taalfilosofie*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2000

Peirce 1958

Charles S. Peirce, *Selected Writings (Values in a Universe of Chance)*, edited with an introduction and notes by Philip P. Wiener, New York: Dover Publications 1958

Peters 1990

A.A.G. Peters, Strafrecht en beleid: de constitutionele dimensie, in: Cyrille Fijnaut en Pieter Spierenburg, *Scherp toezicht, van 'Boeventucht' tot 'Samenleving en Criminaliteit'*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 211-226

Peters (1975) 1993

A.A.G. Peters, 'Individuele vrijheid en de positie van verdachten in het strafproces', in: J.Th.J. van den Berg et al. (red.): *Praesidium libertatis: opstellen over het thema vrijheid en recht, uitgegeven ter gelegenheid van het 400-jarig bestaan der Rijksuniversiteit Leiden*, Deventer: Kluwer 1975, opgenomen in: A.A.G. Peters, *Recht als kritische discussie,* Arnhem: Gouda Quint 1993 p. 79-106

Peters (1989) 1993

A.A.G. Peters, 'Naar een herwaardering van het juridisch model van maatschappelijke orde', in: G.J.H. Hoof et al., *Op zoek naar juridisch onderzoek in de jaren negentig,* Utrecht: NISER III 1989, opgenomen in: A.A.G. Peters, *Recht als kritische discussie,* Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 369-413

Peters (1972) 1999

A.A.G. Peters, 'Het rechtskarakter van het strafrecht' (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1972, opgenomen in: Ybo Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999

Van Peursen 1972a

C.A. van Peursen, *Fenomenologie en analytische filosofie*, Kampen: J.H. Kok 1972

Van Peursen 1972b

C.A. van Peursen, *Feiten, waarden, gebeurtenissen*, Kampen: J.H. Kok 1972

Pikkemaat 1967

G. Pikkemaat, 'Philips van Leiden de eerste magistraat', in: G. Pikkemaat, *Regenten en magistraten,* Alphen aan den Rijn: Samsom 1967, p. 9-47

Van der Poel 1942

J. van der Poel, *Rondom compositie en compromis. (Fiscale studie in bestuurs- en strafrecht)* (proefschrift Utrecht), Utrecht: Kemink en Zn. 1942

Van der Poel 1951

J. van der Poel, 'Een nieuw kleed voor het fiscaal strafrecht', *Tijdschrift voor strafrecht* (LX) 1951, p. 181-211

Van der Poel 1953

J. van der Poel, 'De tweedeling in misdrijven en overtredingen in het strafwetboek. Opzet, schuld en contraventie', *Tijdschrift voor strafrecht* (LXII) 1953, p. 227-259

Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 1995

L.Prakke, J.L. de Reede & G.J.M. van Wissen, *Van der Pot-Donner. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Prins 1958

W.F. Prins, 'Verkenningen in het grensgebied van bestuursrecht en strafrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1958, p. 133-157 en 227-267

Putnam 1995

Hilary Putnam, *Pragmatism. An Open Question*, Cambridge Massachusetts: Blackwell 1995

Radbruch 1950

Gustav Radbruch, 'Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien', in: *Elegantiae juris criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts,* Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft 1950, p. 1-13

Radbruch, 1950a

Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie. Herausgegeven von Erik Wolf*, Stuttgart: Koehler Verlag 1950

Rawls 1967

John Rawls, 'Two concepts of rules', in: Philippa Foot (ed.), *Theories of Ethics,* Oxford: 1967, p. 144-171

Redeker 1995

H. Redeker, *Helmuth Plessner of de belichaamde filosofie*, Delft: Eburon 1995

Van Ree 1998

F.J.C. van Ree, *Over het vrije verkeer tussen individu, maatschappij en staat. Een analyse van de functionele rechtsopvattingen van J.F. Glastra van Loon en J. Ter Heide* (proefschrift UVA), Amsterdam: uitgegeven in eigen beheer 1998

Remmelink 1995

J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint-III 1995

Reynaert 1997

Peter Reynaert, 'Over Maurice Merleau-Ponty: Phénoménologie de la Perception. Het lichaam-subject en de waarneembare wereld', in: A. C. K. Boey, J. Leilich, E. Oger (red.), *Ex Libris van de filosofie van de 20e eeuw. Deel I: van 1900 tot 1950,* Leuven / Amersfoort: Acco 1997, p. 321-337

Ricoeur 1976

Paul Ricoeur, *Interpretation Theory*, Texas: Texas University Press 1976

Ricoeur 1986

Paul Ricoeur, *Du Texte a l'action. Essais d'herméneutique II*, Parijs: Editions du Seuil 1986

Ricoeur 1986a

Ricoeur, Paul, *Lectures on Ideology and Utopia. Edited by George H. Taylor*, New York: Columbia University Press 1986

Ricoeur 1990

Paul Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Parijs: Editions dus Seuil 1990

Ricoeur 1991

Paul Ricoeur, *Tekst en betekenis. Opstellen over de interpretatie van literatuur* (hoofdstukken uit *Interpretation Theory* 1976 en *Du texte à l'action* 1986, ingeleid en vertaald door Maarten van Buuren), Baarn: 1991

Ricoeur 1995

Paul Ricoeur, *Réflexion faite. Autobiographie intellectuelle*, Parijs: Editions Esprit 1995

Rijperda Wierdsma 1937

J.V. Rijperda Wierdsma, *Politie en Justitie: een studie over Hollandschen staatsopbouw tijdens de Republiek* (proefschrift Leiden), Zwolle: Tijl 1937

Ringer 1997

Fritz Ringer, *Max Weber's Methodology. The Unification of the Cultural and Social Sciences*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1997

Roberts 1979

Simon Roberts, *Order and Dispute*, Harmondsworth: Penguin 1979

Van Roermund 1994

Bert van Roermund, 'Solidariteit onder vreemden: de rechtstheorie van Jürgen Habermas', *Rechtstheorie & Rechtsfilosofie* (23) 1994-2, p. 120-157

Rogier 1992

L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una via-beginsel* (proefschrift Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992

Rogier 1994

L.J.J. Rogier, 'Bestuursstrafrecht vanuit een bestuursrechtelijk perspectief', in: H. de Doelder en L.J.J. Rogier (red.) *Opstellen over bestuursstrafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994

Rogier 1995

L.J.J. Rogier, Interventie, in: *Handhaving van bestuursrecht*, Verslag van de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor Administratief Recht, gehouden op 12 mei 1995, VAR-reeks 115, p. 13-22

Rogier 2001

L.J.J. Rogier, *Straffend bestuur* (oratie Rotterdam), Deventer: 2001

Ruler 1999

Han Ruler, 'Descartes: leven, leer en nalatenschap', in: *De uitgelezen Descartes,* Amsterdam: Lannoo Boom 1999, p. 9-67

Van Ruller en Faber 1995

S. van Ruller en S. Faber, *Afdoening van strafzaken in Nederland sinds 1813. Ontwikkelingen in wetgeving, beleid en praktijk*, Amsterdam: VU Uitgeverij 1995

Van Ruller 1999

Sibo van Ruller (red.), *Rapporten voor Justitie. De belangrijkste beleidsnota's van de jaren tachtig en negentig samengevat*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999

Sahlins 1974

Marshall Sahlins, *Stone age economics*, London: Tavistock 1974

Salas 1992

Denis Salas, *Du procès pénal. Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris: Presses Universitaires de France 1992

De Saussure (1915) 1964

Ferninand de Saussure, *Cours de Linguistique Générale*, publié par Charles Bally, Albert Sechehaye, avec la collaboration de Albert Riedlinger (eerste uitgave 1915), Parijs: Payot 1964

Schaffmeister 1984

D. Schaffmeister, Politiële en justitiële delikten, in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1984-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 127-292

Schalken 1989

T.M. Schalken, 'Schending van wettelijke procesvoorschriften en het redelijke belang van de verdachte: een redelijk criterium? Enkele inleidende opmerkingen', in: T.M.

Schalken en E.J. Hofstee (red.), *In zijn verdediging geschaad. Over vormverzuimen en het belang van de verdachte*, Arnhem: Gouda Quint 1989

Schmidt 1891

H.J. Schmidt, 'Onderscheiding der strafbare feiten', in: H. J. Schmidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.,* Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 60-73

Schmitt 2001

Carl Schmitt, *Het begrip politiek,* gevolgd door *Het tijdperk van neutraliseringen en depolitiseringen*, Amsterdam: Boom/Parrèsia 2001 (*Der Begriff des Politischen* 1963, vertaald door Bert Kerkhof & George Kwaad en ingeleid door Theo W.A. de Wit)

Schönfeld 1979

K.M. Schönfeld, *Montesquieu en 'La bouche de la loi'*, Leiden: New Rhine Publishers 1979

Schuyt 1986

C.J.M. Schuyt, *Filosofie van de sociale wetenschappen*, Leiden: Martinus Nijhoff 1986

Searle 1969

John R. Searle, *Speech acts, an essay in the philosophy of language*, Cambridge: 1969

Shklar 1976

Judith N. Shklar, *Freedom and Independence. A study of the political ideas of Hegel's phenomenology of mind*, Cambridge: Cambridge University Press 1976

Shklar 1987

Judith N. Shklar, *Montesquieu*, Oxford: Oxford University Press 1987

Shklar 1998

Judith N. Shklar, Montesquieu and the New Republicanism, in: Judith N. Shklar, *Political Thought and Political Thinkers*, Chicago: The University of Chicago Press 1998, p. 244-262

Simmelink 1987

J.B.H.M. Simmelink, *De rechtsstaatgedachte achter art. 1 Sv. Gedachten over de betekenis van art. 1 Sv voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase*, Arnhem: Gouda Quint 1987

Simons 1909

D. Simons, *Strafproces en strafrecht*, Baarn: Hollandia-Drukkerij 1909

Sjöholm 1972

Elsa Sjöholm, *Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik*, Berlin: J.Schweitzer 1972

Skinner 1998

Quentin Skinner, *Liberty before Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press 1998

Stahl (1878) 1963

Stahl, Friedrich Julius, *Die Philosophie des Rechts*, Hildesheim: Olms 1963 (fotomechanische herdruk van 5e druk Tübingen 1878, 1e druk 1829)

Steenbrink en Westerbeke 1990

J.H.A. Steenbrink en F.K.G. Westerbeke, 'De risicoaansprakelijkheid van de kentekenhouder', in: H. de Doelder, L.J.J.Rogier en P.M. Van Russen Groen, *De wet Mulder in perspectief. Van strafrecht naar administratief recht, Arnhem*: Gouda Quint 1990, p. 51-67

Stein-Wilkeshuis 1991

M.W. Stein-Wilkeshuis, 'Wraak en verzoening in middeleeuwse Friese en Scandinavische rechtsbronnen', in: H.A. Diederiks en H.W. Roodenburg (red.), *Misdaad, zoen en straf,* Hilversum: Verloren 1991, p. 11-26

Stokhof 2000

Martin Stokhof, *Taal en betekenis. Een inleiding in de taalfilosofie*, Amsterdam: Boom 2000

Swart 1994

A.H.J. Swart, 'Het onderhandelingsprincipe', in: M. Hildebrandt, P.T.C. van Kampen en J.F. Nijboer (red.), *Plea Bargaining in Holland?,* Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 35-45.

Tacitus 1992

Tacitus, 'Germania', in: Tacitus, *Dialoog over de welsprekendheid. Agricola. Germania,* vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door J.W. Meijer, Baarn: Ambo 1992, p. 161-206, aantekeningen p. 272-310

Taels 1997

Johan Taels, 'Helmut Plessner Die Stufen des Organischen und der Mensch: De mens tussen natuur en cultuur', in: A. C. K. Boey, J. Leilich, E. Oger, *Ex Libris van de filosofie van de 20ste eeuw Deel I: Van 1900 tot 1950,* Leuven/Amersfoort: Acco 1997, p. 195-209

Taylor 1979

Charles Taylor, What's Wrong with Negative Liberty, in: Alan Ryan (ed.), *The Idea of Freedom. Essays in Hounour of Isaiah Berlin*, Oxford: Oxford University Press 1979, p. 175-195

Taylor 1995

Charles Taylor, *Philosophical Arguments*, Cambridge Massachussets: Harvard University Press 1995

Teunissen 1996

J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleed van de staat. Beschouwingen over de tweewegenleer* (proefschrift Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Thorbecke 1848

J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de Herziening der Grondwet*, Leiden: Van den Heuvell 1848

Tjittes 1992a

R.P.J.L. Tjittes, *Afstand van recht*, Monografieëen nieuw BW A6a, Deventer: Kluwer 1992

Tjittes 1992b

R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking*, Monografieën nieuw BW A6b, Deventer: Kluwer 1992

Toman 1999

Rolf Toman, Inleiding, in: Rolf Toman (red.), *De kunst van de Gotiek. Architectuur . Beeldhouwkunst . Schilderkunst*, Groningen: Textcase 1999 (*Gotik* 1998, vertaald door Ingrid Buthod-Girard e.a.)

Trechsel 1981

Stefan Trechsel, 'Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit. Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK', *Schweizerische Juristen-Zeitung* (20) 1981-Oktober, p. 317-341

Veen 1975

T.J. Veen, 'Vrijheid en recht, filosofie en geschiedenis. Over het wetenschappelijke werk van Prof. Mr. P.W.A. Immink (1908-1965)', in: *Vrijheid en Recht (s' Jacobbundel),* Zwolle: 1975, p. 301-318

Veen 1987

T.J. Veen, 'Petrus Wernerus Adam Immink', in: T.J. Veen en P.C. Kop met medewerking van C.H.N. Kwanten, *Zestig juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 403-409

Veen 1996

Theo Veen, *Met dank aan Du Perron. Over terminologie, begripsvorming en het vermijden van anachronistische redeneringen in het rechtshistorisch bedrijf* (oratie UVA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Van Veen 1983

Th. W. van Veen, 'Het nieuwe artikel 74 Sr, een aardverschuiving', *Delikt en Delinkwent* (13) 1983-september, p. 539-544

Verheij 1994

N. Verheij, *Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter,* preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1994, par.2, p. 7-28

Vermunt 1984

Domien Vermunt, *Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrechtsdogmatiek* (proefschrift Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1984

Vervaele 1990

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

Vervaele 1994

J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het (gemeenschaps)recht* (oratie UU), Deventer: Kluwer 1994

Vos 1956

Harm Vos, *Themis* (proefschrift Utrecht), Assen: Van Gorcum 1956

Van de Vrugt 1982

M. van deVrugt, *Aengaende Criminele Saken. Drie hoofdstukken uit de geschiedenis van het strafrecht*, Deventer: Kluwer 1982

Weber 1960

Max Weber, *Rechtssoziologie*, Neuwied: Hermann Luchterhand Verlag 1960

Weber 1976

Max Weber *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen: 1976

Weigend 1992

Thomas Weigend, 'Die Reform des Strafverfahrens, Europäische und deutsche Tendenzen und Probleme', *Zeitschrift der Gesamte Strafrechtswissenschaften* 1992-p. 486-512

Wellmer 1989

Albrecht Wellmer, Models of Freedom in the Modern World, *The philosophical forum* (21), 1989-1, p. 227-252

Wemes 2000 (*T&C Strafrecht***)**

L.T. Wemes, 'Aantekening 2d vóór art. 39 Sr', in: C.P.M. Cleiren, J.F. Nijboer (red.), *Tekst en Commentaar strafrecht*, Deventer: Kluwer 2000

Wesel 1985

Uwe Wesel *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften. Umrisse einer Frühgeschichte des Rechts bei Sammlern und Jägern und akephalen Ackerbauern und Hirten*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1985

Wiarda 1990

J. Wiarda, De Wet Mulder en beleid gericht op gedragsbeïnvloeding', in: H. de Doelder, L.J.J.Rogier en P.M. Van Russen Groen, *De wet Mulder in perspectief. Van strafrecht naar administratief recht, Arnhem*: Gouda Quint 1990, p. 31-37

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 1999

H.D. van Wijk, Willem Konijnenbelt, Ron M. van Male, *Hoofsstukken van bestuursrecht,* (11e herziene druk), Den Haag : Elsevier bedrijfsinformatie 1999

Wiltshire 1992

Susan Ford Wiltshire, *Greece, Rome and the Bill of Rights*, Norman and London: University of Oklahoma Press 1992

Winch 1958

Peter Winch, *The Idea of a Social Science*, London and Henley: Routledge & Kegan Paul 1958

Winkel 1989

Laurens Winkel, De codificatie en de toegankelijkheid van de wet voor de burger, in: Johan Brauw e.d. (red.)*, Liber Memorialis Francois Laurent 1810-1887*, Brussel: E.Story-Scientia 1989

Witteveen 1991

W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

Wittgenstein (1953) 1992

Ludwig Wittgenstein, *Filosofische onderzoekingen*, Meppel en Amsterdam: Boom 1992 (*Philosophical Investigations/Philosophische Untersuchungen* 1953, vertaald door Maarten Derksen en Sybe Terwee)

Wladimiroff 1994

M. Wladimiroff, 'De schikking in het ordeningsstrafrecht', in: M. Hildebrandt, P. T. C. van Kampen en J.F. Nijboer (red.), *Plea Bargaining in Holland?,* Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 75-81

Zijderveld 1974

A.C. Zijderveld, 'George Herbert Mead (1863-1931)', in: *Hoofdfiguren uit de sociologie, deel 1: Klassieken,* Utrecht/Antwerpen: Aula 1974, p. 156-173

Zijderveld 1988

A.C. Zijderveld, *Sociologie als cultuurwetenschap. Een beknopte methodologie van de cultuursociologie*, Utrecht: Lemma 1988

Zijderveld 1998

A.C. Zijderveld, *De samenleving als schouwspel*, Maarssen: Elsevier/De Tijdstroom 1998

Zijlstra 1997

S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat. Een onderzoek naar democratisch-rechtsstatelijke en positiefrechtelijke aspecten van het gebruik van zelfstandige bestuursorganen, meer in het bijzonder op gemeentelijk niveau*, 's-Gravenhage: VUGA 1997

Index

(verwijzing naar paragraaf en indien relevant naar noot in paragraaf)

Abelard 4.4.3.3
absolutisme 3.2.3.2, 4.3.4.2, **6.3.5**, 6.4.3
accusatoire procedure 3.5.2, **4.2.2**, 4.4.2, 4.4.3.2, 5.5.5, 5.5.6, 6.2.2
adel 3.3.3.1, **4.2.2.2**, 4.3.3, 4.3.4.1, 6.1, 6.2.2
afbeeldingsdenken 1.3.1, 1.3.4, 7.2
afstand van recht 5.3.3.2, **5.3.3.3**
allodium 3.3.2, 3.3.3.3, 4.2.2.1

bannum 3.5.1, **3.5.3**, 3.6, 4.2.2.3, 4.6
begripsvorming 1.3.2.3, 2.2.3.2
beleidsnota's, - rapporten 0.1
Berman 4.1, 4.2, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3
bestuurlijke boete 0.1.3, 0.1.4, 2.1, 2.3.3, 2.4.2, 5.3.1, 5.3.2.1, 5.3.3, 5.3.3.1, 5.3.3.3, 5.5.2, 5.5.4, 6.4.5
bestuursrechtelijke rechtshandhaving 2.5.1, 5.3.3.3, 6.4.3, 6.5
bestuursstrafrecht 2.5.3
betekenissysteem 1.4.3, 7.2
Binding 5.3.2.2, 6.5.3
Bodin 4.3.4.2, 6.3.2, 6.3.5, 6.4.3, 7.3
buitengerechtelijk 0.1.3, 0.2.1, 2.1, 2.5.2, 2.5.3, 5.3.1, 5.3.2.2, 5.3.3, 5.3.3.2, 5.5.3, 5.5.6, 5.6, 6.2.4, 6.4.3, 6.4.4, 6.5.6.1, 6.5.6.2, 6.6, 7.1, 7.3
Van Caenegem 3.5.4, n.3.3.2, n.3.3.3.2, n.3.3.4, n.3.5.1, n.3.5.2.2, n.3.5.3, n.4.2.4, n.4.3.4, n.4.4.1, n.4.4.3.2, n.4.5.4.1, n.4.5.5, n.5.3.3.3

cartesiaans dualisme 0.3.4, **1.3.2.4**, n.1.3.2.1, n.1.3.2.2, n.2.2.1
Chevallier 6.4.3, n.5.3.3.3, n.6.3, n.6.4.2, n.6.5.6.2, n.6.5.6.3
civiel strafrecht 3.2.1, 3.5.3, 4.1, 4.2.2.2, **4.5.4**, 4.5.6, 4.5.7, 4.6, 5.3.3.4, 6.2.2, 6.2.4, 6.5.1, 6.4.4, 8.2
Clastres 3.3.3.1, 3.3.3.2, 7.2
Cleiren 2.5.4, n.2.2.3.1, n.2.5.3, n.5.3.2.2, n.5.4.1, n.5.5.4, n.6.4.2
Comaroff & Roberts 3.3.3.2
compositie 3.3.3.3., 3.3.4., 3.5.3, 4.3.3, 4.5.4.1, 4.5.5, 4.7.2
consensualisme 5.5.4
consensuele afdoening,
consensuele procedures 0.1
constitutieve voorwaarden
  straf 2.1, 2.2.3
  'fair trial' 5
contradictoire procesvoering 5.2.6, 5.5.6
contraventie 3.5.3, **4.5.4.2**, 4.5.5, 4.5.6, 4.5.7, 4.7, 5.3.3.3, 6.2.2, 6.2.4, 6.4.4, 6.5.1
Corstens 0.1.2, 0.1.3, 2.3.1, 2.5.3, 5.3.2.2, n. 0.1.4, n.2.2.3.1, n.2.5.2, n.5.2.1, n.5.3.2.1, n.5.5.2, n.5.5.4, n.6.2.4
crimen, crimina 4.1, 4.4.3.3, **4.5.4.1**, 4.7.2, 5.3.2.2, 6.2.2, 6.2.3, 6.4.1
crimineel strafrecht 4.1, **4.5.7**, 4.6, 4.7.2, 5.3.3.3, 6.2.4, 6.4.1, 6.4.4, 6.5.1, 6.5.4
criminal charge 2.6, 5.3.3

delict (délit, Vergehen, wanbedrijf) **4.5.5**, 4.5.6, 6.4.1, 6.5.3, 6.5.6.2
despotie 3.2.3.2, 4.2.4.11, 5.2.3, **6.3**, 6.4
dikè en themis 3.3.3.1, 3.5.2.1
ding(rechtspraak) of stamding 3.2.3.1, 3.3.1, **3.3.3**, 3.3.4, 3.4, 3.5.2, 3.5.3, 4.2.2.2, 4.5.3, 4.7.2
De Doelder 2.5.3, 5.3.2.1
Drenth 3.2.3.3, 3.2.3.4, 3.5.2.2, 4.4.1, 4.4.2, 5.5.5, 5.5.6
Duk 2.3.1, 2.5.4
Durkheim 2.5.1, n.2.2.1, n.2.2.2, n.3.2.1, n.3.3.2
duel (gerechtelijk) 5.2.6, n.3.3.3.3, **n.3.5.2.2**

eer 2.2.3.1, 3.3.3.3, 3.3.4, 3.4, 3.5.4, **4.2.2.2**, 4.2.4.5, 4.4.2, 4.5.4.1, 4.6, 4.7.2, 5.5.4
einfache Ungehorsam 6.5.3, 6.5.6.2
Ellul 3.5.2.1, n.3.3.2, n. 3.5.3, n.4.3.3, n. 4.3.4.1, n. 4.3.4.2, n.4.4.2, n.6.1, n. 6.3.3
equality of arms 0.3.4, 5.1, 5.2.4, **5.2.5**, 5.4.1, 5.4.2, **5.5.5**, 6.2.3
Esmein n.3.2.2, n.3.3.3.2, n.3.3.3.3, n.3.5.2.2, n.4.2.2.2, n.4.2.3, n.4.2.4.6, n.4.3.2, n.4.3.3, n.4.4.3.2, n.4.4.3.4, n.4.5.5, n.4.5.7
externe openbaarheid 0.3.4, 3.2.3.3, **5.2.3**, 5.2.4, 5.2.5, 5.2.6, **5.5.3**, 5.5.4, 5.5.5, 6.2.3, 6.5.6.2

fenomeen, ervaringsbestanddeel 0.3.2, 0.3.3, **1.3.2.3**, 2.1, 2.2.3.2, 2.5.1, 3.2.3, 6.5.3, n.2.5.3, n.3.2.1., n.3.5.3, n.7.2
fenomenologie 0.2.2, **0.3.2**, 2.7, n.1.3.2.1, n.1.3.2.2, n.3.3.2, n.6.5.6.2, n.7.2
feodaal 0.3.4, 3.2.1, 3.2.2, 3.3.2, **4.1**, 4.2, 4.2.1, 4.2.2, 4.2.4.5, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4.1, 4.3.4.2, 4.5.7, 5.3.3.2, 6.1, 6.3.2, 6.3.5, 6.4.2
Feuerbach 0.3.4, 5.3.2.2, 6.4.4, **6.5.2**, 6.5.3
fidelisering 3.5.1, 4.2.1, 4.2.2.1
Filips van Leiden 4.2.4.9, 4.2.4.11, **4.3.4.1**, 4.3.4.2, n.3.5.3, n.6.3.1
formele conceptie van de rechtsstaat 6.4.3, 6.4.4, 6.5.2, 6.5.3, 6.5.6.2, 8.2
Frankische koningschap 1.4.5.1, 3.1, 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3.1, 3.3.2, 3.3.4, **3.5**, 3.6, 4.2.2.1, 4.2.2.2, 4.2.4.2, 4.2.4.4, 4.2.4.6, 4.2.4.9, 4.2.4.10, 4.2.4.11, 4.3.2, 4.3.4.1, 4.4.2, 4.5.4.1, 4.5.4.2, 4.5.5, 4.5.7, 4.6, 4.7.2, 5.2.2, 5.3.3.1, 6.3.3, 6.5.3, 8.2, 8.3

Ganshof 3.5.3
Geertz 2.4.6, 3.2.1, 3.3.1, 3.3.3.2, 4.1
gerecht in oude zin 1.4.5.1, **3.2.3.2**, 4.2.2.3, 4.2.3, 4.2.4.7, 4.3.3, 4.4.2, 4.5.3, 4.5.7, 4.6, 4.7, 5.2.2, 5.2.3, 5.2.4, 5.2.6, 5.4.1
Germaanse periode 0.3.3, 0.3.4, 3.1, 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3.1, **3.3**, 3.4, 3.5, 4.2.2, 4.2.4.4, 4.2.4.5, 4.2.4.7, 4.2.4.9, 4.3.4.1, 4.4.2, 4.7, 5.3.3.1, 6.3.3, 6.4.3, 7.2, 8.2
(on)geschreven recht 1.4, 3.1, 3.2.3.1, **3.5.3**, 3.3.3.1, 4.1, 4.2.2.2, **4.2.4.7**, 4.3.3, 4.4.2, 4.5.3, 4.5.6, 4.6, 4.7, 5.2.2, 5.2.4, 5.2.6, 5.3.2.2, 5.5.4, 6.4.2, 6.4.3, 7.3 8.1
gevaarzetting (concrete & abstracte) 6.5.3, 6.5.6.2, 8.2
Goldschmidt 4.5.7, 5.3.3.4, 6.4.3, 6.5.1, **6.5.4**, 6.5.5, 6.5.6.1, 6.5.6.2
godsoordelen, tweekamp 3.3.3.3, **3.5.2.2**, 3.6, 4.2.2.2, 4.2.2.3, 4.2.4.5, 4.4.3.2, 4.5.4.1, 4.7, 6.1, 6.4.2
Goyard-Fabre 4.3.4.2, 6.3.2
Gratianus 4.2.4.9, 4.4.2, 4.4.3.3, 4.5.3
Gregorius VII 4.2.4.2, 4.2.4.3, 4.2.4.6

Hart 1.1, **1.2**, 1.3.3, 1.3.4, 1.5, **2.2.1**, 2.2.2, 2.2.3, 2.3.1, 2.3.4, 2.7, 3.2.1, **3.3.3.2**, 5.3.2.2, 8.1, 8.2
Hartmann 2.5.3, 2.7
Den Hartog 5.3.3.1, 5.3.3.3
Heidegger n.1.3.2.2, n.1.4.4, n.6.5.6.2, n.7.1
heren/heer 3.3.1, **3.3.2**, 3.3.3.1, 3.3.4, 3.4, 3.6, 4.2.1, 4.2.2, 4.2.3, 4.2.4.10, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.4, 4.3.4.2, 4.5.3, 4.6, 4.7.3, 5.3.3.3, 6.4.3
hermeneutiek n.0.3.3
Herrschaft 3.3.3.1, **3.5.1**, 3.6, 6.4.3
J. Van der Hoeven 0.3.3, 5.5.2, 6.2.2, **6.4.3**, 6.5.3
huisgemeenschap 3.3.2, 3.3.3.1, 3.4, 3.5.2.1, 3.6, 4.2.2.3, 4.7, 5.3.3.3, 6.4.3

Immink 0.3.3, 2.2, 2.3.1, 2.7, 3.1, 3.2.1, 3.3, 3.5, 3.6, 4.1, 4.2.2.1, 4.2.2.2, 4.3.4.1, 4.7.1, 5.3.3.3, 6.3.3, 6.3.4, 7.2, 8
imperatieve aspect rechtsnorm 0.1.2, 0.3.2, 0.3.5, 0.4, 1.2.2.2, 1.2.2.3, 1.3.1, **1.3.3**, **1.3.5**, 1.4.2, 1.4.5, 1.5, 3.1, 3.2.1, 3.2.3.1, 3.2.3.2, 3.2.3.3, 3.4, 3.5.2.1, 3.6, 4.1, 4.3.3, 4.3.4.2, 4.5.2, 4.5.3, 4.5.6, 4.7.2, 5.2.1, 5.2.3, 5.3.3.3, 5.4.1, 5.5.4, 5.6, 6.4.3, 6.5.6.2, 7.1.7.3, 8.1, 8.2, 8.3

imperatieve gezag straf 0.3.4, **1.4.5.3**, 2.2.3.1, 2.2.3.2, 2.4.3, 3.4, **4.5.2**, 4.5.4.1, 4.6, 5.5.3, 7.1, 8.1, 8.2, 8.3
indifferente normen 4.4.2, 6.5.5
instrumentalistische rechtsopvatting, instrumentalisme 0.1.2, **2.4.3**, 2.7, 3.2.3.2, 4.5.3, 5.5.4
interdisciplinariteit 0.3.1, 0.3.3, 3.1, 3.2.3
investituurstrijd 4.2.4.2, 4.2.4.3

'justitie' 0.1.3, 0.3.4, 4.2.4.11, 6.1, **6.2**, 6.4, 6.5.1, 6.5.3, 6.5.6.1, 6.6, 8.2

kennistheorie 0.3.2, 0.3.4, 1.2.2.3, **1.3.2**.1, 1.5, 2.1, 2.4.2, 3.2.1, 7, 8.1, 8.3
ketterij 4.4.3.3, **4.4.3.4**
Knigge 4.5.7, 6.4.4, n.0.1.4, n.2.5.2, n.2.5.3, n.4.5.4.1, n.6.4.1
koning(schap) 1.2.2.1, 1.3.3, 1.4.5.1, 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3.1, 3.3.2, 3.3.3.1, 3.3.4, **3.5**, 3.6, 4.1, 4.2.1, 4.2.2, 4.2.4.2, 4.2.4.4, 4.2.4.5, 4.2.4.9, 4.2.4.10, 4.2.4.11, **4.3**, 4.4.2, 4.5.2, 4.5.3, 4.5.4.1, 4.5.4.2, 4.5.5, 4.5.7, 4.6, 4.7.2, 4.7.3, 5.2.1, 5.3.3.3, 6.1, 6.2.2, 6.2.3, 6.3, 6.4.3, 6.5.3, 7.2, 7.3, 8.2, 8.3

'langue et parole' 1.3.4, 1.4.1, **1.4.3**, 1.5, 7.2
Lefort 0.3.5, 7.2, 7.3
legaliteitsbeginsel 0.3.4, 2.5.4, **4.3.3**, 5.3.2.2, **6.4.3**, 7.3
Leupen 4.3.4.1
liberale rechtsstaat 6.4.4
lois fondamentales 4.3.4.2, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.5

Malinowski 3.3.3.2
malum in se, malum prohibita 4.4.2, 4.5.3, 4.5.4.2, 4.5.5, 6.5.6.1
George Herbert Mead 1.3.2.4, 1.3.4, 6.5.6.2, 8.1, n.1.4.4
Merleau-Ponty 1.3.2.2, 1.3.2.4, 1.3.4, 3.2.1, 7.1, 7.2, 8.1
Michels 6.4.4, **6.5.5**, 6.5.6.1, 6.5.6.2
Michiels 0.1.2, 2.3.2, 2.7, n.0.1.4, n.2.4.1, n.2.4.3, n.2.5.3
Mohl 6.4.3, 6.4.4
monarchomachen 4.3.4.2
Montesquieu 0.3.4, 2.4.2, 3.2.3.2, 3.3.3.1, 4.3.4.2, 4.5.6, 5.3.3.3, 6.1, 6.2.1, **6.3**, 6.4.1, 6.4.2, 6.4.3, 6.6, 7.2, 7.3, 8.1, 8.3
De Monté ver Loren 3.1, 3.2.1, 3.2.2, 3.3.2, 3.5.3, 4.2.2.3, 4.5.4.2
Mooij 3.3.4, 3.4.5, 4.2.4.10, n.1.3.4, n.1.4.3, n.5.3.3.3, n.7.2
A. Mulder 5.3.2.1, 5.3.3.4, n.0.1.4, n.2.5.3, n.5.5.1, n.6.4.4

normatieve aspect rechtsnorm 0.1.2, 0.2.1, 0.3.2, 0.3.4, 0.3.5, 0.4, 1.2.2.1, 1.2.2.2,1.2.2.3, **1.3**, 1.4.5.3, 1.5, 2.2.3.1, 2.2.3.2, 2.4.3, 3.2.3, 3.3.3.1, 3.5.2.1, 4.1, 4.2.2.2, 4.2.3, 4.3.4.2, 4.5.2, 4.5.4.2, 4.5.3, 4.6, 4.7.2, 5.2.1, 5.2.3, 5.2.5, 5.3.3.3, 5.4.1, 5.5.2, 5.5.3, 5.5.4, 5.6, 6.2.4, 6.3.2, 6.4.3, 6.4.4, 6.5.6.1, 6.6, 7.1, 8
normatief gezag straf 2.2.3.1, **2.2.3.2**, 2.4.3, 3.2.3, 3.3.3.1, 3.5.2.1, 4.1, 4.2.2.2, 4.2.3, 4.3.4.2, **4.5.2**, 4.5.3, 4.5.4.2, 4.7.2, 5.2.3, 5.2.5, 5.3.3.3, 5.4.1, 5.5.3, 5.5.4, 5.6, 7.1, 8
onafhankelijke en onpartijdige rechter 3.2.3.3, **5.2.2**, 5.3.2.1, 5.3.3.4, 5.4.1, **5.5.2**, 5.6, 6.1, 6.3, 8.2
onderbepaaldheid 0.2.2, 0.3.2, 1.5, 2.1, **2.4.1**, 3.2.1, 6.4.2, 8.1, 8.2
onmiddellijkheid 4.5.7, 5.2.3, **5.2.4**, **5.5.4**, 6.2.3, 6.5.6.2, 8.2
onschuldpresumptie 0.1.4, 2.5.2, 2.5.4, **5.3**, 5.4
ontologisch 0.3.4, **1.3.2.3**, 1.3.4, 1.3.5, 1.4.3, 1.5, 6.5.6.2
overtredingen 4.2.3, **4.5.4.2**, 4.5.7, 4.6, 5.3.2.2, **5.3.3.4**, 5.5.4, 6.2.4, 6.4.1, **6.5.1**, 6.5, 6.6, 8.2

Packer 2.2, 5.3.2.1, 7.3
Peirce 1.3.2.3, 1.5, 8.2, n. 1.3.2.1, n.7.2

Van der Poel 4.5.4, 4.5.5, 4.5.6, 4.5.7, 5.3.3.4, 6.2.2, 6.2.4, 6.4
Plessner 1.3.2.4, 1.3.4, 8.2
'politie' 0.3.4, 4.2.4.11, 4.5.6, 4.6, **6.2**, 6.4, 6.5.1, 6.5.4, 6.5.6.2, 6.6, 8.2
politieke filosofie 6.1, 7
politiestaat 4.2.4.11, 6.3.5, **6.4**, 6.5, 6.6
politiestrafrecht 0.3.3, 0.3.4, 4.1, 4.5.1, **4.5.4.2**, 4.5.7, 5.3.3.4, 6.4.1, 6.4.3, 6.4.4, **6.5.1**, 6.5.6.2, 6.6, 8.2
populus 3.5.1, **4.2.2.1**, 4.2.2.1
populus christianus 4.2.4.1, 4.2.4.4
potentes 4.3.4.1
primary en secundary rules 1.2, 1.5, 3.3.3.2, 5.3.2.2
'principes' 3.3.2, **3.5.1**, 3.5.2, 4.2.1, 4.2.2.1, 4.3.4.1
privaatrecht 0.3.4, 1.2.2.2, 2.3.1, 2.3.2, 2.5.1, 2.5.2, 2.7, 4.2.4.10, **4.5.6**, 5.3.3.3, 6.4.3
procesverplichting 0.3.4, **5.3**, 5.6, 6.1, 6.5.6.2, 8.2
procesvormen:
- **bemiddelend** 0.3.3, 3.1, **3.2.3.2**, 3.3.3.1, 3.3.3.3, 3.4, 3.5.2.1, 3.5.2.2, 4.7.2, 5.2, 5.4.2, 5.5, 6.1, 6.2.3, 6.4.2
- **inquisitoir** 0.3.3, 3.1, **3.2.3.3**, 3.2.3.4, 3.3.2, 3.3.3.1, 3.4, 3.5.2.2, 4.2.2.1, 4.4, 4.5.5, 4.5.7, 4.6, 4.7.2, 5.2, 5.4, 5.5, 5.6, 6.1, 6.2.2, 6.2.3, 6.2.4, 6.4.2, 8.2, 8.3
- 'fair trial' 0.3.3, 0.3.4, 3.2.3.1, **3.2.3.4**, 5, 6.2.1, 6.2.3, 6.2.4, 6.5, 73, 8.2, 83
- **'fair trial'** 0.1.3, 0.3.3, 0.3.4, 3.1, 3.2.3.1, **3.2.3.4**, **5**, 6.2.1, 6.2.3, 6.2.4, 6.5, 6.6, 7.3
- **consensuele procesvorm 5.5**, 6.4, 6.5, 7.3

publiekrecht 2.3.2, 2.4.3, 2.6.1, 2.7, **3.3.2**, 4.2.1, 4.2.2.2, 4.2.4.10, 4.5.6, **6.4.3**
rechter in moderne zin 1.4.51, **3.2.2**, 3.3.2, 4.2.2.1, 4.2.2.3, 4.2.3, 4.3.3, 4.4.2, 4.6, 5.2.2, 6.1, 6.4.3, 8.2
rechter in oude zin 3.2.2, 3.2.3.2, 3.3.1, 3.3.3.1, 3.3.3.3, 3.5.1, 3.5.3, 4.2.2.2, 4.6, 4.7.3, 5.2.2, 6.3.3, 6.4.3, 8.2
rechterlijke macht 4.2.4.10, 5.3.2.2, 5.5.2, 6.1., 6.3.4, 6.4.1, 6.4.3, 6.4.4, 6.5.1, 7.3
rechtsbewustzijn 0.1.2, 0.2.1, 0.3.2, 0.3.5, **1.4.5.3**, 3.2.3.2, 3.2.3.4, 3.3.3.1, 3.3.3.2, 4.2.3, 4.3.3, 4.4.2, 4.5.3, 4.7.2, 5.2.6, 5.3.3.4, 5.5.4, 6.4.1, 6.4.2, 6.4.3, 6.4.4, 6.5.2, 6.5.3, 6.5.6, 8.2, 8.3
rechtsdelicten 0.3.4, **6.5.2**, 6.5.6.2, 6.5.6.3, 6.6, 8.2
rechtsgoed 5.3.2.2, 6.4.4, 6.5.1, **6.5.3**, 6.5.4, 6.5.6.2
rechtshandhaving (algemeen) 0.1.2, 0.1.4, 0.2.1, 0.2.2, 0.3.2, 0.3.4, **2.4**, 2.5, 2.7, 3.1, 3.3, 3.4, 3.5.1, 4.1, 4.7.1, 5.3.3.3, 5.4, 6.4.3, 71, 7.3, 8
rechtsnorm als norm 0.3.2, 0.3.3, 1.3.3, **1.3.4**, 1.4.5.3, 1.5, 2.2.2, 3.3.3.2, 4.5.3, 5.3.2.2, 5.5.3, 6.3.3, 6.5.6.2, 8.1, 8.2
rechtsnorm als voorschrift 0.2.1, 0.3.2, 0.3.4, 1.2.2.2, 1.3.3, **1.3.5**, 1.4.4, 1.4.5.3, 1.5, 2.2.2, 2.2.3.1, 3.3.3.2, 4.5.2, 5.5.4, 6.1, 6.3.2, 6.5.6.3, 7.1, 8.1, 8.2
rechtsstaat 0.3.4, 1.2.2.1, 2.4, 2.5.3, 4.2.4.11, 5.3.2.1, 5.3.3.3, 5.4.1, 5.6, 6.1, 6.2.1, 6.2.4, **6.4**, 6.5, 6.6, 7.3, 8.2
rechtszekerheid 0.1.2, 0.3.5, 1.3.5, **1.4.5.2**, **1.4.5.3**, 3.3.3.2, 3.4, 3.5.2.1, 4.3.4.2, 4.5.6, 5.2.6, 5.3.3.4, 5.4.1, 6.1, 6.4.2, 6.5.2, 8.3
regeringsvormen 6.3.1
regulatieve voorwaarde 0.3.4, **1.2.2.2**, 1.4.4, 1.5, 2.2.3.2, 5.3.2.2, 5.4, 5.6, 7.1, 8.2
relationele rechtsopvatting 0.1.2, **2.4.2**, 2.4.3, 5.2.2, 5.3.3.3, 6.3.2, 6.4.2, 6.5.6.3, 8.3
res publica 3.5.3, 4.3.4.1, 4.3.4.2, 6.3.2
Ricoeur 0.3.2, **1.4**, 1.5, 7.2, 8.1
rituelen 3.3.3.2
Rogier n.0.1.4, n.2.2.3.1, n.2.4.3, n.2.5.2, n.2.5.3, n.4.5.4.2

Romeins recht 3.3.2, 4.2.4.9, **4.3.3**, 4.3.4.1, 4.4.2, 4.4.3.1, 6.4.3, n.3.2.2, n.3.3.2, n.3.3.4, n.3.5.2.2
Rügeverfahren, stille waarheid, veritasprocedure 3.5.2.2, 3.6, 4.4.3.4

Salas 0.3.3, 3.2.3, 3.5.2.1, 3.5.2.2, 4.2.2.2, 4.4.1, 5.5.2, 5.5.6, 6.1, 6.2.1, 6.2.3, 6.2.4, 6.4.2, 8.2
De Saussure 1.3.4, 1.4.3, n.1.3.2.3, n.1.4.5.2
Schaffmeister 5.3.3.4, 6.5.1, 6.5.6.1, 6.5.6.2, 7.3
Schönfeld 6.3.4
Schuyt 1.4.2, 1.4.3
semiologie n.1.3.2.3, n.2.1
semiotiek 1.3.2.1, 1.3.2.2, **1.3.2.3**, 1.4.2, n.1.3.2.4, n.2.1, n.7.2
Shklar 6.3.2, 6.3.3, n.3.3.2, n.6.1, n.6.3.4, n.6.3.5
sociale rechtsstaat 6.4.4
soevereiniteit 1.2.2.3, 3.3.2, 3.3.3.3, 4.1, 4.2.4.6, 4.2.4.9, 4.2.4.10, 4.2.4.11, 4.3.3, **4.3.4**, 4.4.2, 4.4.3.1, 4.6, 5.4.1, 6.3.1, 6.4.2, 6.4.3, 7.3
stille waarheid *zie* Rügeverfahren
subjectieve algemeenheid 0.3.4, **1.3.2.3**, 1.4.4, 4.5.3, 1.5, 2.1, 2.2.1, 5.2.4, 5.2.6, 5.5.3, 5.5.4, 7.2
subjectieve verrichting 1.2.2.3, 1.3.1, **1.3.2.2**, 1.3.2.3, 1.3.4, 1.4.2, 1.4.3, 1.4.4
suzereiniteit 4.1, **4.3.3**, 4.3.4, 4.4.2, 5.4.1

Tacitus 3.3.1, 3.3.2, 3.3.3.1, 3.4, 6.3.3, 6.3.4
Taylor 1.3.4, 1.4.1, 3.3.3.2, 6.5.6.2
transactie 0.1.3, 0.1.4, 2.4.3, 2.5.2, 2.5.3, 4.5.5, 5.3.1, 5.3.2.1, 5.3.3.1, 5.3.3.2, 5.5.4, 6.2.4, 6.4.4,

veritasprocedure *zie* Rügeverfahren
verzoening/zoen 3.3.3.3, **3.3.4**, 3.4, 3.5.2.2, 3.5.3, 3.5.4, 4.4.3.4, 8.2
Vervaele 0.1.4, 2.5.1, 2.7, n.0.3.2, n.0.4, n.2.4.3, n.2.5.2, n.2.5.3, n.4.2.4.10, n. 4.2.4.11, n.4.4.3.2, n.4.5.4.2, n.4.5.6, n.5.2.3, n.5.3.1, n.5.3.2.2, n.5.3.3.3, n.6.3.4, n.6.4.2, n.6.4.3, n.6.5.2, n.6.5.3
vorst *zie ook* koning 1.4.5.1, 3.2.3.2, 3.3.4, 4.1, 4.2.2.1, 4.2.4.11, 4.3.1, 4.3.3, 4.3.4, 4.4.1, 4.4.2, 4.5.3, 4.5.4.1, 4.5.7, 4.7.2, 5.2.2, 5.2.3, 5.2.5, 5.2.6, 5.4.1, 5.5.2, 5.5.3, 5.5.6, 6.1, 6.2.2, 6.3, 6.4.2, 6.4.3, 6.4.4, 6.5.4, 6.6, 8.2, 8.3
vrijheid 0.3.5, 1.3.2.4, 1.3.5, 1.4.4, 3.3.2, 3.3.3.1, 3.3.3.3, 3.5.1, 3.6, 4.1, 4.2.2.1, 4.2.2.2, 4.2.3, 4.3.4, 4.6, 4.7, 5.2.5, 5.2.6, 5.3.3.3, 5.3.3.4, 6.3.2, 6.3.4, 6.4.3, 6.4.4, 6.5.2, 6.5.4, 7.2, **7.3**, **8.3**

Weber 3.3.2, 3.3.3.1, 3.4, 3.5.1, 3.5.2.1, 3.6, 4.2.3
Wesel 3.1, 3.2.1, 3.3.3.1, 3.3.4, 3.5.1
wetsdelicten 6.5.2, 6.5.3, 6.5.6, 6.6
Wittgenstein 1.1, 1.3.1, **1.3.4**, 1.4, 3.3.3.2, 6.5.6.2
wraak, private wraak 0.3.3, 0.4, 2.1, 2.2.1, 2.2.3.1, 3.3.2, **3.3.3.3**, **3.3.4**, 3.4, 3.5.2.2, 3.5.3, 3.5.4, 3.6, 4.2.4.5, 4.2.4.10, 4.5.4.1, 4.5.5, 4.5.6, 4.6, 4.7.2, 4.7.3, 6.1, 6.4.2, 8.2

Zijderveld n.1.3.5, n.1.4.4, n.6.5.6.2
zonde 3.5.4, 3.6, 4.2.4.10, 4.4.3.1, **4.4.3.3**, 4.4.3.4

Curriculum Vitae Mireille Hildebrandt

Mireille Hildebrandt werd geboren op 24 december 1958 te 's-Gravenhage. Zij bezocht daar het 2e VCL en legde haar eindexamen Atheneum B af aan het Wilhelmina Lyceum te Oostburg, Zeeuws-Vlaanderen. Zij studeerde korte tijd culturele antropologie in Leiden en werkte enige jaren in het bedrijfsleven. Na het behalen van haar propedeuse Nederlands Recht bij de Open Universiteit in 1989, vervolgde zij haar studie in Leiden, waar zij in 1992 haar doctoraal Nederlands recht behaalde. Van 1992 tot 1994 werkte zij als wetenschappelijk docent strafrecht aan de Rijks Universiteit Leiden, van 1994 tot heden als universitair docent Inleiding tot de rechtswetenschap aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Sinds 2002 is zij door de EUR voor 5 jaar als onderzoeker gedetacheerd naar de Vrije Universiteit Brussel in het kader van een door de Belgische Federale Diensten voor Wetenschappelijke, Technische en Culturele aangelegenheden gefinancieerd IUAP-project: *De verbondenheden van het weten. De posities en verantwoordelijkheden van de wetenschappen en de wetenschappers in een democratische rechtsstaat.* Zij houdt zich binnen dit project in het bijzonder bezig met het deelproject *De gecorreleerde mens en de mens van het recht.*

Mireille Hildebrandt heeft twee dochters, ten tijde van de promotie 19 en 22 jaar oud.

Contents (the text of the thesis is in Dutch)

Chapter 0 Introduction
0.1 Consensual settlement of punishment 1
0.2 Object of research 12
0.3 Method and outline 16
0.4 Relevance 28

Part I Norm and Decree

Chapter 1 The concept of the legal norm
1.1 Introduction 33
1.2 Hart's primary and secondary rules 34
1.3 Glastra van Loon's concept of a legal norm 46
1.4 Written and unwritten law 77
1.5 Conclusions: the character of the violated legal norm 98

Part II Punishment and the concept of punishment

Chapter 2 A substantive concept of punishment
2.1 Introduction 105
2.2 Meaning and concept of punishment 107
2.3 Punitive 120
2.4 'Rechtshandhaving' 125
2.5 By the government 131
2.6 'Criminal charge' of art. 6 ECHR 142
2.7 Summary: a substantive concept of punishment 144
Chapter 3
From vengeance and composition to fysical punishment
3.1 Introduction 147
3.2 Judge and process-model 150
3.3 Germanic period 164
3.4 Summary: meaning and concept of punishment in the Germanic period 195
3.5 Frankish period 198
3.6 Summary: meaning and concept of punishment in the Frankish period 217

Chapter 4 Punishment of the violation of issued law
4.1 Introduction 221
4.2 Feudal Middle Ages and the papal revolution 224
4.3 Royal law 254
4.4 Inquisitorial procedure 272
4.5 Crime, misdemeanour and offence 282
4.6 Summary: punishment and process in the late Middle Ages 304
4.7 Conclusions part I and II 308

Part III The principle of trial before punishment

Chapter 5 Principle of trial before punishment and fair trial
5.1 Introduction 319
5.2 Process-model of the fair trial 320
5.3 Presumption of innocence: nulla poena sine iudicio? 337
5.4 Presumption of innocence as a regulative condition for punishment 385
5.5 Deficit of the consensual process-model 389
5.6 Summary: principle of trial before punishment and the consensual process-model 413

Chapter 6
A conceptual history of the principle of trial before punishment
6.1 Introduction 417
6.2 'Police' and 'justice' 422
6.3 Monarchy and despotism 429
6.4 'Politiestaat' and 'Rechtsstaat' 443
6.5 'Rechtsstaat', fair trial and the character of the legal norm 469
6.6 Summary: principle of trial before punishment and 'rechtsstaat' 495

Chapter 7 Epilogue: the principle of trial before punishment from the perspective of political philosophy
7.1 Introduction 499
7.2 From epistemology to political philosophy 501
7.3 Political meaning of the process-model of the fair trial 507

Chapter 8 Summary conclusions [in Dutch] 513
Summary conclusions [in English] 525

Bibliography 539
Index 567

Summary conclusions

1 Introduction

Chapter 0
In chapter 0 I have formulated the question that forms the introduction to this study: 'can - and if so, to which degree does - consensual punitive 'rechts-handhaving' contribute to reducing an assumed lack of 'rechtshandhaving'. The term 'rechtshandhaving' is difficult to translate.[1382] Neither 'maintenance of law' nor 'law-enforcement' cover the meaning of the concept, which is connected with concepts like 'rule of law' and 'rule by law'. In fact there are different conceptions of 'rechtshandhaving': an exclusively instrumentalist conception (rule by law) or one that focusses on both the instrumental and protective aspects of law (rule by and of law). In this theses this last interpretation of 'rechtshandhaving' is developed as part of a relational conception of law, as conceptualized by 't Hart and Foqué in their profound study of the instrumental and the protective aspects of law.[1383] Whether 'rechtshandhaving' signifies only enforcement of law or both enforcement and maintenance of and by law cannot be determined in advance: it depends on the concept of law of whoever uses the term on the one hand and on the actual practice of law in a specific context on the other hand. 'Rechtshandhaving' is therefore considered an 'underdetermined' concept.
The question formulated above has been understood to pose the problem of the effectiveness and the legitimization of the consensual process-model. This process-model is used as a Weberian ideal type of the out of court settlement of punitive 'rechtshandhaving'. Settlement out of court is only possible if a suspect agrees (consensus), because punishment can in principle only be implemented after conviction by a judge (the principle of trial before punishment).

Part I Norm and Decree
Throughout the entire study we focus on the relationship between the character of the legal norm or rule ('rechtsnorm') that is violated and the process-model that governs the implementation of the punishment that reacts to the violation. The terms 'legal norm' and 'legal rule' are used synonymously at this point. In part I we develop a concept of legal norms that enables conceptual mediation between different conceptions of punishment and of the criminal process. Purpose of this reconceptualization is to provide an alternative analysis of the problems of 'rechtshandhaving' than is usual in canonical normativistic and/or causalistic approaches. This reconceptualization offers new insights into the effectiveness and legitimacy of punishment and process. It is based on a double perspective. The first

[1382] Vervaele 1994, p. 4 mentions that in neighbouring countries there is no equivalent term (he refers to 'Law enforcement', 'mise en oevre du droit' and 'Rechtsdurchsetzung').
[1383] R. Foqué en A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Deventer: Gouda Quint 1990

perspective concerns the vertical relationship between the one that addresses a rule to others and the others who are the addressees of the rule. The other perspective concerns the horizontal relationship between rule-addressees that attune their (inter)actions to a norm they expect others to share. The vertical perspective presents the imperative aspect of legal norms, while the horizontal perspective presents the normative aspect. We call the specific balance of both aspects (which will differ in time and place) the *character* of the specific legal norm. As for punishment: it too is considered from these two perspectives. As far as punishment confirms or constitutes the imperative aspect of the broken rule it is said to have imperative authority; as far as the punishment confirms or constitutes the normative aspect of the broken rule it is said to have normative authority.

The vertical and the horizontal perspectives cannot be reduced to each other. I hope to have shown how it is precisely the *balance* between both aspects that is relevant for the subject of this thesis. This balance cannot be determined in advance, once and for all. To follow the development of the conclusions in this summary a thorough understanding of both these aspects is crucial. The terms 'normative' and 'imperative' are used here in a very specific and precise way, that may differ from the ways lawyers, historians, sociologists, journalists or others traditionally use them.

In short, from the vertical perspective a legal norm is seen as a command with a general content, in other words as a *decree* that has to be conformed to. From the horizontal perspective the legal norm is seen as a *norm* that constitutes as such (gives meaning to) - the (inter)actions between the participants in a legal community. This means that the norm governs my interactions with others in the sense that I expect them to expect me to attune my actions in accordance with this norm. The double anticipation that is implied in this conception of the normative aspect of legal norms is elucidated in the first chapter. In chapter 1 I start from the writings of Glastra van Loon in counterpoint to Hart's concept of law (paragraph 1.2), with reference to Merleau-Ponty, Peirce, Plessner and Mead (paragraph 1.3). The normative aspect can be understood in terms of Wittgenstein's concept of a rule. In this study a legal norm is considered *as a prescriptive rule (decree)* and at the same time *as a constitutive rule (norm)*. However, this is not a discourse on what 'is' a legal norm, but on how to look at a legal norm. The approach is not ontological but phenomenological: we consider the legal norm *as a decree* and *as a norm*. Since the legality of a norm presumes the imperative aspect of the norm, while it cannot be determined beforehand whether a legal norm will function as a constitutive rule, the concept of the legal norm is - like the concept of 'rechtshandhaving' - fundamentally underdetermined.

After the analysis of the concept of the legal norm the relationship between written law and unwritten law has been studied and reconstructed in paragraph 1.4 with reference to the writings of Paul Ricoeur. Special attention is given to the spoken law of stateless societies (in chapter 3 the 'rechtshandhaving' in the Germanic tribal society is examined). This is of major importance to an adequate understanding of the way in which the imperative aspect of legal norms is tied to the government's power to issue new legal norms in societies *with* a state. As has been described in chapters 3 and 4 punishment implies the emergence of statehood within society. In

societies without a state punitive 'rechtshandhaving' manifests itself as revenge or ritual execution, but not as punishment.

Parts II and III and the epilogue
To provide answers to the question formulated in chapter 0, a phenomenology of punishment and process has been presented in part II which is related to the principle of trial before punishment in part III. In the course of this thesis this principle is narrowed down to the principle that punishments should be implemented only after a 'fair trial' in the sense of art. 6 of the European Convention of Human Rights. This 'fair trial' is understood as an ideal type, which does not necessarily coincide with the interpretation of art. 6 by the European Court of Human Rights. Chapter 7 finishes this study with an epilogue about the political-philosophical implications of the principle of trial before punishment.

In this chapter the relevance of the entire exercise is evaluated and the conclusions are summarized concerning the effectiveness and legitimacy of the consensual process-model. In par. 2 the double origin of punishment (as analyzed in part II) is related to the distinction between punishable acts that should or should not be implemented by a judge in trial (analyzed in part III). In par. 3 the relationship between freedom and punishment (as analyzed in part II in reference to Immink) is discussed in the light of Montesquieu's conception of freedom and the importance he attaches to the organization of the criminal process (as analyzed in part III).

2 The double meaning of punishment and the consensual process-model

In par. 4.7.2 (the conclusions of part I and part II) it was argued that the double origin of punishment should not be understood as a legitimization and/or explanation of the existence of two different types of punishable acts, but as a clarification of the double meaning of punishment.

To begin with, in chapter 2, a material concept of punishment has been developed after an analysis of the concepts of punishment designed by Hart, Packer and Immink. A punishment is understood by me as *an intentional breach by a government on the interests - in the sense of rights and freedoms - of the person that has violated a legal norm, in reaction to this violation, meaning to (re)install the authority of the violated legal norm*. I have summarized this conceptualization as 'punitive 'rechtshandhaving' by a government'. After this systematic exploration of the meaning and the concept of punishment I have continued the analysis in chapters 3 and 4 from a legal-historical and anthropological perspective. Three caesuras have been reconstructed that are of crucial importance for the development of punitive 'rechtshandhaving'. The first caesura concerns the transformation of (punitive) 'rechtshandhaving' in the Germanic stateless societies to (punitive) 'rechtshandhaving' within the *imperium christianum* of the Frankish kings. For this I made special use of the writings of the Dutch legal historian Immink. The second caesura concerns the transformation of

'rechtshandhaving' within a society with a weak central authority (the Frankish period) to 'rechtshandhaving' within a society with a bureaucratically organized strong central authority (the papal and royal legal communities in the late Middle Ages). For this I made special use of Berman's *Law and Revolution*, a history of the formation of the Western legal tradition. The third caesura concerns the transition of (punitive) 'rechtshandhaving' within the absolutist state (17th-18th century) to (punitive) 'rechtshandhaving' within a 'rechtsstaat' (19th-20th century). This last caesura has been worked out in chapter 6.

In societies without a state and in societies with a weak central authority revenge and composition and sometimes the judicial duel appear as (punitive) forms of 'rechtshandhaving'. The process-model in this type of society turns out to be a model of mediation. As an ideal-type this process-model is described - referring to Salas' 'modèle de la médiation' - as a procedure in which judgment is formed by a court that consists of all members of the community or a representation thereof. This court is presided - in terms of De Monté ver Loren - by a 'judge in the old sense of the word', who requests judgment, takes care of its execution and functions as president of the meetings of the court. This model of mediation is strongly ritualized: the formal rules that allot parties their speaking time are fixed, while the material legal norms that are found and formed by the court are flexible and responsive to the local situation. In the absolutist state we find physical punishments appearing in case of what is then called the *crimina*, which represent the breach of a legal norm that constitutes a serious violation of the common legal conscience. Such a violation could otherwise have lead to revenge and/or feud. These physical punishments are implemented after an inquisitorial process, that is described ideal-typically - referring to Salas' 'modèle de l'inquisition' - as a procedure whereby the position of judge, prosecutor and executioner coincide. This procedure makes use of written documents and can be characterized as secret and dominated by investigative powers against which the suspect has no defense. In terms of De Monté ver Loren we can speak here of a 'judge in the modern sense of the word' because in this case it is the judge - an organ of the state - that determines the fate of the suspect. Next to physical punishment the fine appears as punishment for breaking rules issued by the king. These fines are implemented by state officials, while in case of a refusal to pay they have to be exacted in a civil procedure. While *crimina* violate legal norms that have a strong normative aspect, next to an imperative aspect, the *contraventions* may not have any normative aspect at all.

Although this analysis may lead to the conclusion that in the course of the Middle Ages two different types of punishable acts evolved - c*rimina* en *contraventions* - it has been shown at the end of the fourth chapter and in chapter 6 how a third category of punishable acts (délit, Vergehen, wanbedrijf) evolved. This third category has been interpreted as an indication that we need an underdetermined concept of punishment that leaves room for all kinds of punishable acts. Such a concept takes into account that the constitutive meaning of law for society as it develops in the course of the 19th and 20th century implies that every legal norm has in principle both an imperative and a normative aspect and that every form of

punishment is meant to (re) install also this normative aspect. Whether and to which degree legal norms have a normative aspect cannot (anymore) be determined in advance. Apart from the intermingling of law and society also the rise of a democratic and constitutional state ('rechtsstaat') forms an argument to develop an underdetermined concept of punishable acts. This concept demonstrates the double meaning of punishment. Precisely in a democracy all legal norms aim for normative authority: the political consensus that enables the issuance of legal norms must be actualized in the acceptation of these legal norms as norms that constitute - give meaning to - the (inter) actions of the members of a legal community.

In chapter 6 the 19th century background of the separation between so-called 'wetsdelicten' (statutory offences) and 'rechtsdelicten' (crimes) is investigated. This distinction in fact continues the medieval distinction between *crimina* and *contraventions*. Starting from the separation of the domains of *justice* (adjudication) and *police* (administration), as it evolved from the end of the Middle Ages, the distinction between 'rechtsdelicten' and 'politieovertredingen' is analyzed. Especially in Germany this distinction tends to acquire ontological dimensions. Binding for instance distinguishes three types of punishable acts: 'Verletzungsdelikte, Gefährdungsdelikte' that fall within the jurisdiction of *justice*, and 'Einfache Ungehorsam' that falls within the domain of *police*. The ontological implications of the German distinction turn out to be related to a formal conception of the 'rechtsstaat', in which a privatized civil law together with the criminal law fall within the domain of *justice*, while the punishment of contraventions of administrative rules fall within the scope of *police*. I speak of a privatized civil law, because before the French Revolution 'civil law' encompassed not only the legal relationships between citizens but also those between lord and serf and king and subject. A substantial part of what we would now call administrative law fell within the scope of civil law.

As opposed to the German ontological distinction between criminal and administrative punitive 'rechtshandhaving', there is the post-revolutionary French idea that all punishable acts fall within the jurisdiction of 'justice'. For that reason all punishable acts must be tried in principle in a process that conforms to the demands of the process-model of the fair trial. This idea is connected with a relational conception of the 'rechtsstaat', that implies - as far as punitive 'rechtshandhaving' is concerned - that the interpretation of the law should not be in the hands of the administration but in the hands of a independent and impartial judge. German writers like Binding and Goldschmidt differentiate between 'Verletzungsdelikt' ('Verbrechen', crime), 'Gefährdungsdelikt' ('Vergehen', misdemeanor) on the one hand, and 'Einfache Ungehorsam' ('Übertretung', offence) on the other. The French qualify both the second and the third category of punishable acts ('délits' and 'contraventions') as being punishable because of the danger they bring about. The second category represents a concrete danger, while the third category entails a possible (abstract) danger. To the French this third category cannot be understood as constituting only disobedience. This is because

the 'volonté générale' presumes that each legal norm as it is issued appeals to the consensus of all members of the legal community. This precludes the existence of a category of legal norms that demands obedience solely on the basis of a subjective right of the government to be obeyed. This conception of the third category leads to the integration of all three types of punishable acts into one penal code, which also means that the contraventions are brought into the domain of the principle of trial before punishment. The constitutional implementation of Montequieu's checks and balances, is translated into the six constitutive rules for the process-model of the 'fair trial': an independent and impartial judge, external transparency (public exposure), immediateness, equality of arms, the institution of contradiction and the presumption of innocence. This 'fair trial' model is again described as an ideal-type, referring to Salas' 'modèle équitable'.

In chapter 5 the 'fair trial' model is elaborated in counterpoint to both the model of mediation and the model of inquisition, as they have been investigated in part II. Recognition of the double meaning of punishment - always meant to install and reinstall both the imperative and the normative authority of the legal norm that was violated - leads to the conclusion that precisely the process-model of the 'fair trial' is not only the most legitimate but also the most effective process-model as far as the constitution and/or the confirmation of the normative authority of legal norms is concerned. The above mentioned constitutive rules of the 'fair trial' model turn out to facilitate punishment as a precedent. This is the case because for punishment to be effective it must *negate the negation* of the protected legal norm and in that sense create a precedent that reinstalls the normative authority of the legal norm. The idea that punishment is the negation of a negation has been proposed by Hegel; however in this thesis the idea is based on the writings of Glastra van Loon and others that stress the fact that norms and actions are mutually constitutive. As has been described in part I an act - to be understood as such - (re) presents and demonstrates a norm. It should be clear that we are not talking here of a precedent in the sense of a cause, in which case the punishment is seen as reason and cause (motive) for rule-conformity. The punishment constitutes a precedent within the horizontal perspective: after the punishable act (re)presents and demonstrates a norm that has to be negated, the punishment (re)presents and demonstrates this negation in the act of punishment. If a punishment is to be effective the meaning of the punishable act must be determined because the meaning of the punishable act as such is determined by the norm which is demonstrated and (re)presented *with* it. So if a punishment is to be effective the meaning of the punishable act must be publicly determined, in a public procedure that organizes contradiction, guarantees the compensation of inequalities and is presided by an independent and impartial third person. This third person must see to it that the judgment about the meaning of the punishable act is suspended during trial. Particularly the immediacy of the trial (unity of time, place and action) enables effective communication about the implied violation of a legal norm, in other words, about the meaning of the act that is supposed to be punishable.

The analysis of the consensual process-model shows a tendency towards the inquisitorial process-model. The consensual model, like the inquisitorial model, seems directed exclusively towards the constitution or confirmation of the imperative authority of the broken legal norm. The double meaning of punishment appears to be denied or ignored: the punishment is directed to prevention in a causal sense. It can then be considered a price paid for the violation, balanced against possible advantages. In that case control, persecution and sanctioning have to be repeated continuously for punishment to remain effective.
What does all this mean for the contribution of the consensual process-model to 'rechtshandhaving'? Does it follow that the difference between murder and fraud or between physical violence and driving through a red light is not relevant for the way these acts are tried or settled? Must all punishable acts be tried with a strict adherence to the constitutive conditions of the 'fair trial' model, or should all forms of punitive 'rechtshandhaving' (from a prison-sentence to a fine) be implemented only by way of a 'fair trial'?

- To begin with the double meaning of punishment implies that the question whether and if so to which degree a violated legal norm has - next to its imperative aspect - also a normative aspect, cannot be answered in advance. In other words: whether the legal norm gives meaning to the (inter)actions between the members of a legal community, besides prescribing behavior within the relationship between government and subject, will have to be investigated. It cannot be determined once and for all.

- Precisely when a specific legal norm is violated massively and frequently it is probable that this norm does not give meaning to the (inter)actions of the members of the legal community. As far as this legal norm is indeed conformed to, this might happen only because of a prognosis of costs and benefits, not because the members of the legal community expect others to expect them to act in accordance with the norm. The legal norm is understood in that case only as a decree, not as a norm.

- In a democratic constitutional state all issued legal norms are meant to become part of a common legal conscience. That is, they aspire to give meaning to the interactions of the members of the legal and political community. The democratic legitimization of the lawmaker is completed only when legal norms are accepted as such.

- As the determination of the balance between the normative and the imperative aspect of a broken legal norm cannot be determined in advance or once and for all, this determination should be entrusted to a judge in 'fair trial'. The underdetermined character of the issued legal norm will be terminated by the judge in each separate case in his judgment on the meaning of the alleged punishable act.

- The meaning of punishment exists therefore - next to confirmation and/or constitution of the imperative authority of the violated legal norm - always also in the constitution and/or confirmation of its normative authority.

- The 'fair trial' model is directed towards the constitution and/or confirmation of the normative aspect of legal norms, more so than the consensual model. The consensual model is rather directed towards confirmation and/or constitution of the imperative aspect of legal norms.

- In the case of legal norms lacking normative authority the consensual process-model is not very effective. On the one hand because it confirms the imperative rather than the normative aspect, on the other hand because in order to accomplish this imperative authority, control, persecution and sanctioning have to be repeated continuously. The problematic legitimization of the consensual process-model, that is apparent in its invisibility and minimal normative structure, is therefore connected with a lack of effectiveness.

- While in the case of heavy punishments (like any kind of prison-sentence), strict adherence to all the constitutive conditions of the 'fair trial' model is imperative, in other cases these conditions are to be understood as regulative rules for punishment. That means that the principle of trial before punishment is understood not as a rigid application of the constitutive conditions for the 'fair trial' to all forms of punishments, nor as a subjective right that can be waived at the discretion of the persons involved, but as a regulative rule for all forms of punitive 'rechtshandhaving'.

3 Freedom and punishment

The description of the relationship between 'punishment and freedom' in par. 4.7.3 (conclusions part I and part II) follows the way Immink conceptualizes this relationship in his *La liberté et la peine*. To Immink political freedom equals political participation. In chapter 2 we discussed the shift in the meaning of the concept of freedom of the *allodial* lords, that owe their political participation to their independence, to the concept of freedom of the 'fidelized' nobility of the Frankish kingdom, that owes its political participation to its relationship with the king. The freedom and independence of the allodial lord was based on the mixture of public and private rights he held because of his land (the *allodium*). These lords were independent in the sense that there was no obligation to obey any person or institution, except in times of war. This type of freedom coincides with the absence of a state. Before the 'feudalization' of the late Middle Ages, the Frankish kings 'fidelized' the free men in the *imperium christianum* by an oath in which they promised *consilium et auxilium* to their king - who thereby integrated them into his monarchy. This gave the lords the right to some participation in the king's affairs. In chapters 3 and 4 we discussed the way free and unfree men are turned into equals in the course of the late Middle Ages, because they all end up as subjects of the king. This is demonstrated by installment of high jurisdiction for the king in the case of both

free men and serfs; by the suppression of composition and judicial duel; by physical punishment and by the suppression of the accusatorial procedure by the inquisitorial process-model within the royal jurisdiction. With this equality in subjection the constitutional relations between king and nobility as they had developed in the course of the late Middle Ages, come to an end. In the 17th and 18th centuries the sovereign is the only free man within the royal jurisdiction: the only person that decides on political matters.

In par. 6.3.3 Immink's conceptualization of freedom in terms of political participation is compared to Montesquieu's conception. Like Immink Montesquieu observes a relationship between freedom and punishment (and the different process-models). In *De l'esprit des lois* he repeatedly remarks that the freedom of citizens is implied in the way the criminal process is structured. While in Immink's view freedom is determined by participation in law-giving, administration and adjudication, Montesquieu's conception of freedom is more complex and contains an important paradox. Montesquieu claims that the protection of individual citizens *against the government by the government* is a precondition for meaningful political participation.

The key to Montesquieu's conception of freedom is his concept of law and the relationship he observes between security (of law), safety and the role of the judge in the criminal process. To him the term law does not in the first place refer to issued legal norms, but to the relational order that is constitutive for any society. Freedom, for Montesquieu, is not a natural attribute of human beings that preexists society but something that can be called into existence by a specific relational order. This freedom must not be confused with independence in the sense of doing whatever one likes to do, but must be understood as the freedom to design one's own life within the limits of a law that forbids things one should not wish to do and allows things one should. While Montesquieu does not express himself about the things we should or should not wish to do, his concept of law is not technical or neutral. As against an individualistic conception of freedom that must explain any limitation on possible behavior as a breach of an already existing freedom, Montesquieu presents the limitation of action as the beginning of freedom, while of course not any kind of limitation implies freedom.

Starting from the concept of norms and actions as developed in part I, any action poses a norm as a precedent, appealing to others to be followed. To understand an act as such the norm must constitute the (inter)acting of those concerned. Unlimited freedom of action is in that sense non-existent because it would equal chaos of meaning or absence of norms. The question is rather which norms should constitute our (inter)actions or, in other words, which type of acting we might expect from each other in order for each person to attune and enrich his unique, personal, ever-changing designs of action in relation to those of others. Not only the concept of legal norms but also the concept of action is understood by me as a relational concept: an act confirms and constitutes its meaning in relation to other

acts, that form a web of interrelated meaning(s) that constitutes the relational order of a society. This concept of actions and of legal norms fits well with Montesquieu's concept of law, which indeed refers to more than just the issued, written law. It inevitably refers to the vulnerability of the relational order that is constituted by it. This relational order, that is a precondition of meaningful action, needs to be protected:

> La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent; et si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir.[1384]

Precisely because to Montesquieu law is more than the issued law, the reaction to its violation is of the utmost importance. Freedom and safety - in that conception - are not contrary: both are related to 'rechtshandhaving' via what is called the 'rechtszekerheid' (legal security). For that reason the judge and not the king is in the last instance - and in penal matters in the first instance - the mouth of the law. The law - not just the lawgiver - constitutes the meaning of our actions and therefore the author of the law cannot control its content or meaning completely. However this does not mean that the meaning of the law could be left to the subjective opinion of a judge: the judge speaks for the law and is called upon to install the 'rechtszekerheid' that guarantees safety and freedom for all citizens. The incongruence of 'rechtszekerheid' (legal security) and 'rechtsbewustzijn' (shared conscience of law), related to the imperative and the normative aspect of the legal order, as discussed in part I, is the unavoidable reality for the judge, who, in his judgment, has to link the issued law with the relational order of society.

If we connect this relation between punishment, process-model and freedom with the relational conception of law of Foqué and 't Hart, we can also localize the protection against dominant codes of interpretation in the 'fair trial' process-model. The core of this protection is the possibility to question dominant codes of interpretation. In a 'fair trial' model the one whose act is alleged to be a violation of a legal norm, has the chance to give a different interpretation of his action. If we take the epistemological position that was developed in part I, an action - like a rule - cannot interpret itself. The meaning of an action might de facto be self-evident; however, it can in principle always be understood differently. This does not imply that actions can be interpreted in whatever way, but it does imply that in case of punishment a careful investigation to the different possibilities of meaning is required - precisely in order for the authority of the allegedly violated legal norm to be (re)installed.

What does this mean for the relation between punishment, process-model and freedom: must punishment and the 'fair trial' process-model be seen as limitations on freedom or as preconditions for political freedom?

[1384] De l'esprit des lois, XI, 3.

- In the case that freedom is considered exclusively in its negative aspect, that is to say as the possibility to behave arbitrarily, punishment must be considered a restraint on this freedom. Within this negative interpretation in fact the mere existence of the legal norm already formed a restriction of freedom.

- This negative freedom is then also abridged by the 'fair trial' model, for it restrains the behavior of the citizens concerned. The consensual process-model however, seems - in relation to the 'fair trial' model - a lesser breach of the negative aspect of freedom. Firstly, because of the consent of the person concerned and secondly, because this person is not involved in a public trial that ends with a judgment about his criminal guilt.

- When freedom is taken in its positive sense, that is to say as the possibility to act, this freedom presumes norms. As we have seen with every action a norm is posited that establishes the action as a particular action.

- From the positive conception of freedom it can be elucidated in which way punishment and trial can play a positive role at the installment of freedom: punishment is meant to constitute and confirm legal norms that give meaning to our actions and in that way are a precondition for the sheer possibility of acting. Punishment is one way for society to prevent chaos of meaning and absence of norms.

- When freedom is seen as the possibility to attune our actions to shared legal norms, punishment and trial are thus constitutive for this freedom.

- This is the case in a much stronger sense for the 'fair trial' model, exactly because the judge in that case will have to 'link' the issued law and the actual relational order. This does not imply that the judge legitimizes his judgment referring to a given legal conscience. It implies that - as far as the violated legal norm does not (yet) give meaning to (inter)actions - he also (trans)forms this legal conscience.

- The fact that we see punishment and trial as the constitution and confirmation of a relational legal order that also constitutes the freedom of members of the legal community, implies that the trial should offer the possibility to question the meaning of the allegedly punishable act - and of the allegedly violated legal norm. The 'fair trial' model embodies precisely this possibility to question dominant codes of interpretation. This is only possible if the judgment about the meaning of the allegedly punishable act is kept from the hands of those that might have an interest in maintaining the status quo.

The double meaning of punishment that results in the fact that punishment is meant to confirm and constitute both the imperative and the normative aspect of

legal norms, is therefore connected to the kind of freedom that has to be installed time and again within a democratic constitutional state (rechtsstaat). This freedom cannot be comprehended as the freedom to act in whatever way one would like to act, but must be understood as the possibility to communicate our actions in relation to those of others. If an act is taken to be a rejection or negation of a legal norm, the 'fair trial' model enables a re-assessment of the meaning of this legal norm in the light of the punishable act. As such the authority of the legal norm can be constituted and confirmed. The deficit of the consensual - out of court - settlement of punishable acts concerns both the effectiveness and the legitimization of this form of 'rechtshandhaving'.

Leiden/Rotterdam July 2002 Mireille Hildebrandt

Mireille Hildebrandt taught criminal law at Leiden University from 1992-1994. Since 1994 she teaches legal theory at the Erasmus University of Rotterdam; from 2002 she is working as a researcher at the Free University of Brussels (VUB) on an international, interdisciplinary project (coordinated by Serge Gutwirth, Bruno Latour, Isabelle Stengers and Koen Raes): 'The loyalties of knowledge. The positions and responsibilities of the sciences and of scientists in a democratic constitutional state', financed by the Federal Belgium Government (Services federaux des affaires Scientifiques, Techniques et Culturelles). She lives in Leiden and has two daughters.