

Bijdragen

Hoe particularistisch is het oordeel van de strafrechter?

E. Claes*

1 Inleiding

Op de vraag naar de plaats en taak van de strafrechter in de interpretatie van de strafwet biedt de strafrechtstheorie tot op heden een weinig eenduidig antwoord. Langs de ene kant argumenteren enkele auteurs dat de persoonlijke en waarderende inbreng van de strafrechter tegelijk onontkoombaar en onontbeerlijk is. Geheel in het verlengde van de Nederlandse en Anglosaksische literatuur over rechtsvinding geven deze auteurs reenschap van het gegeven dat ook de strafrechter *onvermijdelijk* mee vorm geeft aan de betekenis van de strafwet.¹ De eigen inbreng van de strafrechter in de interpretatie van de strafwet zou, bovendien, ook *onontbeerlijk* zijn, gelet op het specifieke strafkarakter van het strafrecht. Van zodra men de vergeldende straf opvat als een expressief medium, wordt van de strafrechter namelijk een actieve inbreng in de interpretatie van de strafwet verwacht.² Als de straf de dader moet duidelijk maken op welke punten hij in bepaalde maatschappelijke verwachtingen is tekortgeschoten, behoort het immers tot de taak van de strafrechter om een concrete inhoud te geven aan die verwachtingen in de context van het geval. De strafrechter kan zich hier niet tot exegese van de wettekst beperken. Wil de straf in zijn communicatieve en expressieve opzet slagen, dan wordt van deze laatste eerst verwacht de strafwet te concretiseren vanuit een vaak intuïtieve gevoeligheid

* E. Claes is doctor-assistent aan het Centrum voor Grondslagenonderzoek van het Recht, Faculteit der rechtsgeleerdheid, Katholieke Universiteit Leuven.

1 Zie bijvoorbeeld: A.C. 't Hart, De meerwaarde van het strafrecht. Essays en annotaties, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 1997, p. 181-195; K. Rozemond, Waar ligt de grens van het legaliteitsbeginsel?, in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), Over de grens van het legaliteitsbeginsel, Deventer: Gouda Quint 2000, p. (37) 38 e.v. Zie ook uitgebreid E. Claes, Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht. Een grondslagen theoretische benadering, Leuven: Universitaire Pers Leuven, te verschijnen.

2 Over de expressieve functie van de straf, en de implicaties voor de interpretatiearbeid van de strafrechter, zie reeds J. ter Heide, Vrijheid. Over de zin van de straf, Den Haag: Bert Bakker 1965, p. 117-151. Zie ook 't Hart, De meerwaarde van het strafrecht, p. 11 e.v.

voor de aan de strafwet ten grondslag liggende waarden en verwachtingen. Maar langs de andere kant zijn vaak diezelfde auteurs ook behoedzaam om de strafrechters zomaar aan hun eigen intuïtieve en waarderende inbreng over te laten. Geheel in het verlengde van de hedendaagse rechtsvindings-theorie wordt gezocht naar manieren om dit intuïtieve en waarderende element aan de greep van het subjectivisme te onttrekken.³ En sterker nog: het straffend optreden van de rechter kan slechts door justitiabelen als zinvol worden ervaren, indien deze laatste erop kan vertrouwen dat de strafrechter een zo *aanvaardbaar* mogelijke uitleg geeft van de aan de strafwet ten grondslag liggende verwachtingen. Meer dan in andere takken van het recht noopt het strafrecht, vanwege zijn strafkarakter, tot de ontwikkeling van criteria, principes en methodes om in moeilijke en controversiële aangelegenheden de door de rechter gehanteerde en gepreciseerde waarden, alsook de waardeafweging en uiteindelijke beslissing op hun geldigheid te toetsen.⁴ In dat kader wordt er dan ook gezocht naar een *normatieve theorie* die, op grond van de samenhang van haar concepten, helpt de onderliggende waardeoordelen van de rechter te articuleren, te evalueren, te legitimeren, op elkaar af te stemmen en in een hiërarchische ordening te plaatsen.

Strafrechtstheoretici zullen zich in de omschrijving van de taak van de strafrechter dus vaak verhouden tot een ideaal van verwetenschappelijking van het rechtsvindingsproces. Alleen, en dat verklaart mede de onduidelijkheid omtrent de grondslagentheoretische duiding van plaats en taak van de strafrechter, blijkt het niet zo duidelijk te zijn hoever men in datzelfde ideaal kan gaan. Rechtstheoretici hebben immers de grootste moeilijkheden om het ideaal van verwetenschappelijking en het intuïtieve, atheoretische moment van oordeelsvorming samen te denken, en dat verklaart ook het gebrek aan eenduidigheid omtrent de mogelijkheden en grenzen van datzelfde ideaal van verwetenschappelijking.

Zo geeft een klassiek auteur als J. ter Heide enerzijds blijk van een vrij sterk geloof in de mogelijkheden van een verwetenschappelijkt rechtsbedrijf. Hij gelooft in een criterium om de waarderende betrokkenheid van de strafrechter te toetsen, en hij gelooft ook in de mogelijkheid van systematische en begripsmatige reconstructie van het (straf)rechtelijk waardeoordeel.⁵

3 Zie bijvoorbeeld de verwijzing naar het belang van een sterke theoretische onderbouw van de interpretatiemethodes bij 't Hart, *De meerwaarde van het strafrecht*, p. 191. Zie ook de beklemtoning van argumentatie en theorievorming in het rechtsvindingsproces van de strafrechter bij K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 25-83.

4 Zie hierover W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen: Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij 1973, p. 25 e.v.

5 Zie J. ter Heide, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Een functioneel-analytische beschouwing*, Amsterdam: Agon 1970, p. 43-44.

Anderzijds is diezelfde auteur op bepaalde plaatsen heel sceptisch ten aanzien van de mogelijkheden van verwetenschappelijking. Zo wijst hij bijvoorbeeld de mogelijkheid af van een wetenschappelijke theorie die 'in abstracto' de uitkomst van een bepaalde waardeafweging kan bepalen, en waarvan het bereik over veranderde maatschappelijke omstandigheden kan heen reiken.⁶

In welke mate en onder welke voorwaarden is er nog plaats voor theorie- en begripsvorming in het oordeel van de strafrechter, gelet op de sterk contextgebonden en intuïtieve natuur van rechterlijke rechtsvinding? In wat volgt wordt deze onderzoeksvraag behandeld door bemiddeling van een hedendaagse wijsgerige strekking die het belang van theorievorming in oordeelsvorming volledig afwijst, met name *het particularisme*. De mate waarin dit wijsgerige particularisme zich laat weerleggen, zou ons moeten toelaten de mogelijkheden van verwetenschappelijking in het rechtsvindingsproces af te bakenen. De mate waarin dit particularisme standhoudt, zou ons in staat moeten stellen de grenzen van verwetenschappelijking in datzelfde rechtsvindingsproces af te tasten.

2 Het filosofische particularisme (enkele argumenten)

In een vrij recent arrest van 5 oktober 1999 inzake grafschennis moest het Belgische Hof van Cassatie zich uitspreken over de vraag of de draagwijdte van 'grafschennis' zich al dan niet beperkt tot daden gepleegd tegen een graf en of de schennis al dan niet materiële beroering vereist.⁷ Deze rechtsvragen waren niet ontstaan, omdat deze strafbaarstelling 'op zich' onduidelijk zou zijn, maar wel omdat in de concrete casus bepaalde aspecten van de feitenconstellatie niet meer blindelings konden worden opgenomen in een praktijk die 'normaliter' met het misdrijf van grafschennis is verbonden. De verdachte had immers geen graf of grafsteen beschadigd, maar drong opzettelijk en ongevraagd in mortuaria binnen om er foto's van overleden meisjes te maken. Toch leek het Hof van Cassatie weinig moeilijkheden te hebben om de feiten binnen het bereik van het misdrijf van grafschennis te plaatsen. Er speelde namelijk een sterke, niet gearticuleerde, intuïtie op grond waarvan het buiten toepassing verklaren van de strafwet in deze specifieke context compleet onaanvaardbaar werd geacht. Vanuit die intuïtieve gevoeligheid kwam het Hof ertoe om de term 'graf' te omschrijven als 'elke rustplaats van de overledene', en de term 'schennis' op te vatten als een 'krenking van de nagedachtenis van de overledene'.

6 Zie J. ter Heide, *Rechtsvinding*, in: *Handelingen voor van de Vereniging voor Wijsbegeerte des Rechts*, Zwolle: Tjeenk Willink 1965, p. 33.

7 Cass. 5 oktober 2000, T. Strafr., noot J. Rozie.

Het zonet geschetste voorbeeld toont aan dat ook rechtsvinding in het strafrecht zich kenmerkt door een onvermijdelijke intuïtieve gevoeligheid vanuit een concrete context waarmee een bepaalde delictsomschrijving geconfronteerd wordt. Een dergelijke vaststelling roept echter gemakkelijk de overtuiging op dat rechterlijke oordeelsvorming, zowel binnen als buiten het strafrecht en zowel in gemakkelijke als moeilijke gevallen, in wezen een zuiver intuïtief en ongearticuleerd proces is. Om die reden, zo gaat die overtuiging dan verder, is er eigenlijk geen plaats voor theorievorming in de oordeelsvorming van de (straf)rechter.

Die antitheoretische overtuiging is natuurlijk meer dan alleen een provocerende kreet. Ze kan eigenlijk stevig beargumenteerd worden aan de hand van enkele hedendaagse, door L. Wittgenstein geïnspireerde filosofen die in de Anglosaksische discussie wel eens 'particularisten' worden genoemd, omdat volgens hen het menselijke delibereren, oordelen en handelen niet gestuurd wordt door abstracte, algemene principes, maar door een intuïtieve gevoeligheid voor het particuliere geval.⁸ Particularisten vechten een ware oorlog uit tegen de greep van (vooral filosofische) theorievorming op de (vooral ethische) praktijken in het dagelijkse leven. De oorlog woedt voornamelijk op drie fronten: 1) de particularisten verzetten zich tegen de conceptualisering van onze concrete geplogenheden en praktijken, 2) zij bekampen ook de sturing, correctie en systematisering van een veelheid van onze morele intuïties en praktijken door enkele abstracte principes waartoe die intuïties kunnen worden herleid en waaruit op een quasi-axiomatische wijze bepaalde gedragingen kunnen worden afgeleid, en 3) zij verzetten zich ook tegen de idee dat ons intuïtieve oordeelsvermogen en onze uiteindelijke beslissingen zouden afgeleid kunnen worden uit theoretische argumenten.

De beste manier om hun antitheoretische positie relevant te maken voor de problematiek van rechtsvinding bestaat erin om even stil te staan bij de vraag wat er nu zo 'praktisch' is aan de vele ethische (en ook niet-ethische) praktijken waarin het dagelijkse leven van elke mens is ingebed. Geheel in de lijn van de handelingstheorie van Wittgenstein laat deze fluïde notie van 'praktijk' zich op een dubbele wijze omschrijven, zowel vanuit de objectzijde als vanuit de subjectzijde, tegelijk als datgene waarop de aandacht van de handelende mens is gericht en als datgene wat de aandacht van de handelende mens stuurt.

Opgevat vanuit de *objectzijde*, als datgene waarop onze aandacht is gericht, slaat de notie 'praktijk' op een regelmatig terugkerende opeenvolging van gedragingen, een gedragspatroon dat zich tegelijk als een zinvolle *eenheid* laat verstaan. Zo zullen we de afzonderlijke gedragingen van het opbaren,

8 Wij denken hier in de eerste plaats aan D. Wiggins, J. McDowell en B. Williams.

het kisten, het vieren van de overledene in een mis, het ten grave dragen et cetera, verstaan als deel uitmakend van één zinvol geheel (het begrafenisritueel) waarnaar elk van de afzonderlijke gedragingen verwijzen. Dat we gedragingen verstaan als een praktijk, als een betekenisvolle eenheid, impliceert ook dat we op een niet gearticuleerde manier weten waarop die gedragingen gericht zijn, wat ze wensen te bewerkstellingen, wat hun 'pointe' is. Het concept 'praktijk' verwijst met andere woorden ook naar het gegeven dat gedragingen betekenisvol zijn, omdat ze een *finaliteit* hebben. Het kisten en het ten grave dragen zijn voor ons betekenisvolle handelingen, want ze drukken op symbolische wijze het respect uit voor de nagedachtenis van de dode. Ze zijn erop gericht hem een laatste rustplaats te geven.

Belangrijk bij dit alles is dat een betekenisvol gedragspatroon, zoals een begrafenisritueel, de actoren in dat ritueel een positie toemeet. De actoren in dat ritueel zijn personen van wie *verwacht* wordt dat ze hulde brengen aan de overledene. Uit dat laatste blijkt dat de term 'praktijk' ook aanduidt dat zinvolle gedragingen een sterk intersubjectieve component hebben. Dat een reeks gedragingen als een praktijk wordt verstaan, impliceert tegelijk dat naast de actoren van die gedragingen, ook medeactoren en derden zich een positie kunnen toemeten, en meer nog dat die actoren, medeactoren en derden ten opzichte van elkaar een positie kunnen innemen. Van derden wordt bijvoorbeeld verwacht dat ze geen handelingen stellen die de nagedachtenis van de overledene zouden krenken. Expliciete regels en gedragsvoorschriften die gelden tussen mensen, bijvoorbeeld het strafrechtelijk verbod van grafschennis, zijn steeds een afkorting van dergelijke verwachtingen die in een betekenisvol geheel van gedragingen, bijvoorbeeld een begrafenisritueel, zijn opgenomen.

Een *eerste* particularistisch en antitheoretisch argument dat mogelijk uit deze analyse van de notie 'praktijk' voortvloeit, kan *het bezwaar van vershraling* worden genoemd. Aanhangers van het particularisme zijn namelijk van oordeel dat de 'pointe' van onze praktijken, en van de verwachtingen die ze oproepen, steeds aan een of andere vorm van conceptualisering zullen ontglippen.⁹ Een van de belangrijkste redenen die zij daarvoor aandragen, is het gegeven dat de context waarin gedragingen worden gesteld heel wat betekenischakeringen aan die gedragingen kunnen aanbrengen die niet door concepten kunnen worden gevat. Het punt dat particularisten hier juist willen maken, kan worden verduidelijkt aan de hand van een novelle van de Belgische schrijver P. Willems. In *Le vase de Delft* evoceert de

9 Voor een weergave van dit argument, zie ook O. O'Neill, *Towards Justice and Virtue. A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press 1996, p. 18-19.

schrijver de complexiteit van intieme verhoudingen tussen een man en zijn vrouw. Wraak, brutaliteit, sensualiteit en het mysterie van de lichamelijke-zin zitten zodanig in elkaar verknoopt dat termen als verkrachting, intentie, toestemming, schuld een metaforische, poëtische betekenis hebben gekregen en zich bijgevolg aan elke conceptualisering hebben onttrokken.

‘Etrangement, depuis cet anniversaire oublié, chaque nuit, dès que les lumières s’éteignent, je me venge sur Olivia en la prenant avec brutalité. Dès la troisième nuit, c’est elle qui vient à moi. J’entends sa respiration dans l’obscurité comme celle d’une bête prise d’effroi, et puis qui s’apaise. Mais si loin de moi que je ne sais si c’est elle ou la mer que j’entends respirer. Si loin et en même temps si près.’¹⁰

Concrete situaties kunnen dus fijne en subtiele betekeniswisselingen bevatten en daaruit leiden particularisten af dat de conceptualisering van de laakbaarheid van de gepleegde feiten en van de daarbij horende verwachtingen eigenlijk niet mogelijk is, en meer nog, niet wenselijk is. Een dergelijke conceptualisering, zo vat O. O’Neill het particularistische standpunt samen, leidt tot het voorschrijven van ‘rigidly uniform action’ en ‘an oppressive lack of sensitivity or concern for the numerous differences between the persons and situations from which they have abstracted’.¹¹ Het betrekken van concepten en algemene principes, zoals het gelijkheidsbeginsel, het ideaal van intimiteit of het recht op seksuele integriteit, in de beoordeling van andermans handelingen zou de strafrechter zijn gevoeligheid doen ontnemen voor het unieke en complexe karakter van een concreet geval. De introductie van dergelijke concepten zou een te schrale oordeelsvorming in het leven roepen.

Naast het bezwaar van verschraling mobiliseren particularisten vaak nog andere argumenten om het antitheoretische standpunt te verdedigen. Die argumenten kunnen het best worden geschetst door nogmaals de notie van praktijk te omschrijven, ditmaal vanuit de *subjectzijde*. Vanuit het perspectief van de persoon die een reeks gedragingen stelt, verwijst de term ‘praktijk’ ook naar een soort van intuïtieve ‘knowhow’, een geplogenheid die hij gevalsgewijze heeft aangeleerd en die hem door zijn omgeving, door zijn familie en cultuur is aangereikt. Deze met anderen gedeelde ‘knowhow’ maakt het de betrokkenen mogelijk om op een welbepaalde situatie te reageren, of om bepaalde gedragingen na elkaar te stellen op een manier die door hemzelf, maar ook door anderen als gepast en als een betekenisvol

10 P. Willems, *Le vase de Delft et autres nouvelles*, Brussel: Ed. Labor 1995, p. 91.

11 O’Neill, *Towards Justice and Virtue*, p. 18-19.

geheel wordt verstaan. Die geplogenheid schenkt ons bijvoorbeeld de bekwaamheid om tijdens een begrafenis mee de opeenvolgende ceremoniele handelingen te voltrekken vanuit een houding van ingetogenheid en medeleven met de nabestaanden. Diezelfde 'knowhow' belet ons bijvoorbeeld om tijdens een dergelijke viering huppelend en dansend naar het altaar te gaan. Belangrijk ook is dat deze intuïtieve 'knowhow' ons toelaat andermans gedragingen te beoordelen. Zo zullen we vanuit die geplogenheid geschokt reageren op een persoon die ongevraagd een mortuarium binnendringt en daar kinderlijkjes fotografeert. Diezelfde geplogenheid belet ons dergelijke opeenvolgingen van gedragingen (binnendringen in mortuarium, fotograferen van de lijkjes) zelfs als een betekenisvolle eenheid te zien. Wanneer de betrokkene door zijn verklaringen reveleert dat hij dergelijke gedragingen ziet als deelsluitmakend van een of andere missie waartoe hij zich geroepen voelt, dan achten we de man geestesgestoord.¹²

Uit het gegeven dat het stellen van zinvolle handelingen een intuïtieve 'knowhow' veronderstelt, leidt de particularist alvast een *tweede* antitheoretisch argument af dat met J. McDowell het bezwaar van *niet-codificeerbaarheid* kan worden genoemd. Volgens dat laatste argument kan het menselijke handelen per definitie niet worden geleid door precies afgelijnde regels, laat staan door 'in abstracto' geformuleerde waardeprioriteiten die liggen vervat in abstracte principes. Een regel, zoals het verbod om de nagedachtenis van de overledene te krenken, komt ons niet vertellen hoe een betrokkene of een derde zich dient te gedragen op een begrafenisceremonieel. Een dergelijke regel kan nooit zeggen hoe een persoon moet reageren in een bepaalde situatie, want deze bevat, aldus McDowell, slechts 'a finite fragment of the potentially infinite range of behaviour which we want to say the rule dictates.'¹³ Wat ons toelaat voor onszelf en naar elkaar toe zinvolle gedragingen te stellen, is niet de regel, maar de impliciete 'knowhow' die ons in een bepaalde gemeenschap is aangeleerd en die we in diezelfde gemeenschap delen. 'There is nothing but shared forms of life to keep us, as it were, on the rail', aldus McDowell.¹⁴

Als het menselijke handelen niet kan worden afgeleid uit precies omliggende regels, dan gaat die stelling 'a fortiori' op voor abstracte theorieën die op voorhand een welbepaalde waardehiërarchie vastleggen. 'No theory (...)', zo schrijft D. Wiggins, 'can treat the concerns which an agent brings to any situation as forming a closed complete consistent system. For it is the essen-

12 Vergelijk Cass. 5 oktober 1999, T. Strafrecht 2000, 14, noot J. Rozie.

13 J. McDowell, *Virtue and reason*, *The Monist* 1979, p. (331) 343.

14 McDowell, *Virtue and reason*, p. 343. Zie ook A. Burms, *Rationaliteit, traditie en taboe*, in: *Gehelen en fragmenten. De vele gezichten van de filosofie*. Acta van de 14^e Filosofiedag te Leuven, Leuven: Peeters 1992, p. 9.

ce of these concerns to make competing and inconsistent claims. The weight of the claims represented by these concerns is not necessarily fixed in advance. Nor need the concerns be hiërarchically ordered.¹⁵ Een nieuwe situatie kan een persoon dwingen steeds de hiërarchie van de in het geding zijnde waarden om te keren.

Dat mensen hun of andermans gedragingen verstaan vanuit een soort van impliciete, praktische 'knowhow', brengt de particularist vervolgens tot een *derde* antitheoretisch argument. Dit argument vertrekt van het gegeven dat mensen slechts een reden hebben om hun gedrag op een bepaalde (ethische) praktijk of bepaalde verwachtingen af te stemmen, indien ze zich die verwachtingen hebben toegeëigend. Zo zal een persoon slechts een reden hebben om bekommerd te zijn om het lot van de zwakkere, indien hij door zijn omgeving in verschillende situaties werd opgevorderd om gevoelig te worden voor het lot van de zwakke, de arme en de uitgeslotene. Enkel voorzover een praktijk deel uitmaakt van iemands geplogenheid, zal hij het zinvol vinden om zich te gedragen overeenkomstig die verwachtingen en zal hij *gemotiveerd* zijn om te participeren in een of andere (ethische) praktijk. Theoretische begrippen, abstracte principes en theoretische argumenten zullen, hoe verfijnd ook, nooit greep kunnen hebben op de dagelijkse wereld van het delibereren, oordelen en handelen. Ze zullen nooit onze intuïtieve geplogenheden van buitenaf kunnen rechtvaardigen of corrigeren, omdat ze vanuit zichzelf *geen motiverende kracht* hebben.¹⁶ Een kantiaans theoretisch argument, zoals de mens is een doel op zich, zal op zich geen motivatie genereren bij een persoon om andere mensen als een waarde op zich te beschouwen en zich te bekommeren om hun lot, tenzij die motivatie reeds besloten lag in de morele ervaring van die persoon.

De zonet geformuleerde bezwaren tegen conceptualisering van onze praktijken, tegen de waarde van theoretische argumenten en tegen het belang van abstracte principes zouden tot nu toe de onmacht van theorievorming op onze dagdagelijkse praktijken hebben aangetoond. Particularisten formuleren echter vaak ook een *vierde* antitheoretisch argument, niet om de onmacht, maar wel om de perverterende en *denaturerende* werking van theorievorming aan te wijzen. Volgens een aantal particularisten ligt die pervertering juist in het bewust maken van de impliciete 'knowhow' die in elke dagelijkse, ethische praktijk verweven ligt.¹⁷ Volgens hen kan een ethi-

15 D. Wiggins, *Deliberation and Practical Reason*, The Proceedings of the Aristotelian Society 1975, p. (30) 44.

16 Zie A. Burms & H. de Dijn, *Moreel objectivisme*, Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte 1982, p. 207-223.

17 Vergelijk B. Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Londen: Fontana Press 1993, p. 10.

sche praktijk zijn morele kwaliteit behouden, indien die 'knowhow', die dispositionele kwaliteit van de handelende persoon ongearticuleerd blijft. Probeert men die achtergrond in de voorgrond te plaatsen, en maakt men die ethische geplogenheid tot een ideaal dat men rechtstreeks begint na te streven, dan dreigt men de morele kwaliteit van zijn handelen te verliezen. Waarom dit zo is, kan als volgt worden verduidelijkt. Neem nu het elders reeds aangehaalde voorbeeld van een jonge man die, door zijn opvoeding, een zeker intuïtief gevoel had ontwikkeld voor het belang van gezelligheid en intimiteit in de huiskring. Stel nu dat diezelfde jonge man door allerlei levensomstandigheden bewust is geworden van het belang van dit gevoel, en er nu ook doelbewust naar streeft een gezellig persoon te zijn. Hij bedenkt nu allerlei middelen en strategieën om dat gevoel, het is nu een ideaal geworden, zo dicht mogelijk te benaderen. Hij koopt nieuwe meubelen, hij spreekt een interieurarchitect aan, hij nodigt wat meer vrienden uit, kortom, hij ontwikkelt als het ware een heel gezinsbeleid om het einddoel van gezelligheid en intimiteit te realiseren.

Niemand zal hier enige moeite hebben om in te zien dat de jonge man door zich expliciet bewust te worden van zijn bekwaamheid tot intimiteit en gezelligheid en door deze impliciete bekwaamheid om te vormen tot een expliciet ideaal, de morele kwaliteit van zijn omgang met anderen dreigt kwijt te spelen. De verklaring daarvoor ligt in het feit dat er een verandering heeft plaatsgegrepen in de structuur zelf van het ethische handelen. Er heeft zich een verschuiving van aandacht voltrokken, van de gezellige aandacht voor de ander naar een al rechtstreekse betrokkenheid op het ideaal van gezelligheid. Volgens de particularist doet er zich telkens zo'n verschuiving voor, wanneer we proberen de 'pointe' en de geplogenheid van onze morele handelingen te vatten door concepten en wanneer we onze handelen proberen te sturen door expliciete idealen. We perverteren de morele kwaliteit van ons handelen door theorievorming, en dit door de aandachtsverschuiving die deze theorievorming meebrengt.¹⁸

3 Particularisme in het strafrecht

Het verschrallende effect van concepten, de niet-codificeerbaarheid van het menselijke handelen, de gebrekkige, motiverende kracht van begrippen, de perverterende en denaturerende werking van theorievorming, kortom, al deze antitheoretische argumenten zouden tot het inzicht moeten leiden dat er tussen een normatieve theorie en het dagelijkse, intuïtieve ethische handelen een diepe kloof gaapt en dat het zinloos is deze kloof te overbruggen.

¹⁸ H. de Dijn, *Natuur en redelijkheid*, in: H. Parret (ed.), *In alle redelijkheid*, Meppel: Boom 1989, p.126, 129.

Als deze particularistische positie steek houdt, dan zou dit wel een enorme weerslag kunnen hebben op het strafrecht en op de positie van de strafrechter. In die laatste hypothese zou de waarheid van het particularisme namelijk onverenigbaar zijn met een hermeneutische visie op het recht, maar ook met een daarmee verwante communicatieve visie op de straf.

Kenmerkend voor zo'n *hermeneutische visie* is dat het recht wordt opgevat als een interpretatieve praktijk die zichzelf probeert te verstaan vanuit de beste mogelijke samenhang van rechtsregels en rechtsbeginselen die aan de rechtsorde ten grondslag liggen en die er daarbij naar streeft de verhouding tussen justitiabelen onderling en tussen justitiabele en overheid in een zodanig evenwicht te brengen dat de menselijke waardigheid en gelijkwaardigheid van elke justitiabele maximaal is gegarandeerd.¹⁹ De taak van een strafrechter bevat dienovereenkomstig minstens twee verplichtingen. *Primo*, dient de strafrechter in de concretisering van de verwachtingen die aan de strafwet ten grondslag liggen tot een formulering te komen die de context van het geval overschrijdt. De justitiabele weet zich immers maar pas door recht beschermd, indien de rechterlijke concretisering van de strafwet tegelijk een richtsnoer kan zijn voor zijn gedrag in het maatschappelijk verkeer. Voorwaarde is evenwel dat een dergelijke concretisering, hoe contextgebonden ook, aansluiting moet kunnen vinden bij de strafwet zoals ze in het verleden werd geïnterpreteerd en tegelijk richting gevend moet zijn voor de strafwet zoals ze in de toekomst zal worden geduid. *Secundo*, behoort het, binnen datzelfde hermeneutische perspectief, tot de taak van de strafrechter om de aan de strafwet ten grondslag liggende verwachtingen tussen justitiabelen te formuleren in termen van fundamentele *rechten*. De concrete formulering van die rechten moet ook hier de context van het geval overstijgen, want ze moet voortvloeien uit de best mogelijke samenhang van rechtsprincipes die aan het geheel van de rechtsorde ten grondslag liggen. Achterliggende reden van deze plicht is de gedachte dat elke justitiabele die zich door recht beschermd weet, er op mag vertrouwen dat zijn individuele rechten zullen worden gegarandeerd op grond van de ethisch meest verdedigbare argumenten die uit het geheel van de aan de rechtsorde ten grondslag liggende beginselen kunnen worden geput.

Deze rechterlijke plicht tot gealoverschrijdende, alsook door rechtsbeginselen geleide en op rechten gerichte interpretatie van de strafwet vloeit niet alleen voort uit een hermeneutische visie op recht, ze wordt tegelijk versterkt vanuit een *communicatieve visie op de straf*. Vanuit een communica-

19 Voor deze hermeneutische visie op recht, zie in extenso Claes, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht*. De rechtsopvatting die daar en hier verdedigd wordt, is grotendeels ontleend aan R. Dworkin, *Law's Empire*, Londen: Fontana Press 1986. Voor een vergelijkbare benadering, zie Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, p. 25-83.

tief perspectief behoort het immers tot de taak van de strafrechter om aan de dader, met het oog op zijn inkeer, het belang van de aan de strafwet ten grondslag liggende verwachtingen over te brengen op een manier die voor de dader als leidraad kan dienen voor gelijkaardige omstandigheden in de toekomst, maar ook op een manier die zo aanvaardbaar mogelijk is. Anders uitgedrukt; opdat het recht zijn hermeneutische en de straf zijn communicatieve opdracht zouden kunnen waarmaken, moet de strafrechter zijn gevoeligheid voor de betekenis van de strafwet op een abstracter plan kunnen brengen en moet hij ook kunnen aantonen dat deze betekenisvorming tegelijk argumentatief de meest verdedigbare is. Een dergelijke abstraheering en beargumentering is echter maar mogelijk a) indien die betekenis van een strafbaarstelling kan worden geconceptualiseerd, b) indien de intuïties en overwegingen die tegen of voor de toepassing van de strafwet pleiten, op theoretisch niveau kunnen worden gsystematiseerd en in een waardeschaal kunnen worden geplaatst, en c) indien uit die theorie principes kunnen worden afgeleid die op een enigszins 'a-priorische' wijze bepaalde handelingsmogelijkheden uitsluiten.

Toegespitst op een concrete casuspositie: om op een gevaloverschrijdende manier uitspraak te doen over het misdrijf van het houden van een huis van ontucht (oud art. 380 bis 2° Sw), moet de strafrechter in staat zijn de notie van ontucht conceptueel te verfijnen. Hij moet daarbij in staat zijn de overwegingen die hetzij voor hetzij tegen de toepassing van strafwet pleiten, op een abstract niveau te articuleren (het recht op vrije seksuele beleving tussen meerderjarige onderling toestemmende personen versus het collectieve bewustzijn van de gemiddelde burger omtrent seksuele moraal). De strafrechter moet vervolgens in staat zijn zich bij de uitleg van (oud) art. 380 bis 2° Sw te oriënteren op een morele theorie die 'in abstracto' een prioriteit vastlegt tussen bijvoorbeeld de individuele rechten enerzijds en de collectieve moraal en de eisen van openbare veiligheid en gezondheid anderzijds. En tot slot moet de strafrechter uit deze morele theorie een abstract moreel principe kunnen afleiden die bepaalde handelingsmogelijkheden met betrekking tot seksualiteit reeds op voorhand uitsluiten. Al naargelang de aard van de morele theorie omvat een dergelijk principe bijvoorbeeld de plicht zich te plooiën naar de morele gevoeligheden van de gemeenschap, het verbod in de uitoefening van de vrije seksuele beleving de ander schade toe te brengen of het verbod de openbare gezondheid en veiligheid te schenden.

Het punt is nu dat de antitheoretische argumenten van het particularisme, in de hypothese dat ze steek houden, een hermeneutische invulling van recht, alsook een communicatieve invulling van de straf volkomen incohe-

rent dreigen te maken. Het voor beider invulling noodzakelijke project van theorievorming wordt immers door deze argumenten reeds van bij de start ondermijnd.

Zo bijvoorbeeld zou, gelet op het *bezwaar van verschraling*, het theoretische project van de strafrechter om in de sfeer van seksuele gewelddaden binnen het huwelijk de 'pointe' van het misdrijf van verkrachting conceptueel te verfijnen, gedoemd zijn om te mislukken. Stel bijvoorbeeld dat de strafrechter de term '(afwezigheid van) toestemming' op een abstract niveau zou hebben omschreven als de (on)mogelijkheid van eenieder, ongeacht het geslacht, om op een bepaald (op elk) moment in het huwelijk over zijn fysieke integriteit te beschikken, zelfs indien op hem/haar een globale plicht tot seksuele betrekkingen rust. Volgens aanhangers van het particularisme is een dergelijke abstracte definitie niet geschikt om als referentiepunt te dienen voor vroegere en toekomstige gevallen waar zich seksuele gewelddaden in het huwelijk hebben afgespeeld of zullen afspeelen. Dergelijke definities verschralen de rechterlijke oordeelsvorming, ze maken de strafrechter gevoelloos voor complexe huwelijkse relaties waar intimiteit en brutaliteit zodanig in elkaar verweven liggen dat gelijke welke definitie van de term 'afwezigheid van toestemming' zijn praktische greep op dergelijke relaties verliest. Noties als verkrachting, toestemming, intentie, in de mate dat het gebruik van deze terminologie nog passend is, hebben hier, zoals in de novelle van P. Willems, nog enkel een metaforische betekenis. Ze evoceren de betekeniscomplexiteit van het voorliggende geval. Genoemde noties geven dan geen gestalte meer aan een gemeenschappelijke verontwaardiging, ze suggereren veeleer de onmacht om de voorliggende situatie (praktisch) inzichtelijk te maken. Ze hebben, hoe gek het ook mag klinken, een *poëtische kwaliteit* gekregen.

Volgens aanhangers van het particularisme werkt een conceptuele verfijning van een misdrijf als dat van verkrachting niet alleen verschrallend. Een dergelijke verfijning zou ook *denaturerend* werken ten aanzien van de morele intuïties die mee de uitleg van genoemd misdrijf hebben beïnvloed. Neem nu bijvoorbeeld het Belgische vonnis van de correctionele rechter van Charleroi inzake verkrachting binnen het huwelijk. Deze laatste verhief de intimiteit in het huwelijk tot een ideaal en liet dit ideaal meewegen bij de interpretatie van het misdrijf van verkrachting.²⁰ Voor de nadere bepaling van de rechten (recht op seksuele betrekkingen) en plichten (plicht tot respect voor fysieke integriteit) van de echtgenoten werd beroep gedaan op datzelfde ideaal van intimiteit. Welnu, als de particularisten het bij het rechte eind hebben, dan zal de uitleg van artikel 375 Sw via het geëxplici-

²⁰ Corr. Charleroi 1 maart 1988, J.T. 1989, 32.

teerd ideaal van intimiteit, de verstandhouding tussen echtgenoten niet helpen verbeteren. Integendeel, huwelijkspartners zullen in hun dagelijkse betrekkingen krampachtig gefixeerd zijn op het ideaal van intimiteit en zullen in het licht van datzelfde ideaal voortdurend hun rechtspositie ten opzichte van elkaar bepalen. Zij zullen hun relatie voortdurend toetsen aan dit ideaal, terwijl de ware intimiteit juist een permanente, wederzijdse en spontane aandacht en zorg *voor elkaar*, en niet voor het ideaal vraagt. Intimiteit is met andere woorden geen nastrevenswaardig ideaal, het is een *dispositie*, tegen de achtergrond waarvan huwelijkspartners zich op een welbepaalde manier ten opzichte van elkaar bejegenen.

Een strafrechter die, mede door articulatie van de idee van intimiteit, 'in abstracto' bepaalt dat het misdrijf van verkrachting ook van toepassing is in de context van het huwelijk, heeft misschien de 'pointe' van dat misdrijf verrijnd, maar tegelijk is deze rechtsverfijning een mislukking. Ze roept een verwachtingspatroon tussen echtgenoten in het leven die hen verwijderd van de eigenlijke betekenis van intimiteit, veeleer dan ze er dichterbij te brengen. Of wat abstracter geformuleerd: een strafrechter die door explicietatie van zijn morele intuïties de 'pointe' van de strafwet probeert te conceptualiseren, mislukt van *bij de start* reeds in deze poging, omdat dergelijke explicietatie deze morele intuïties juist dreigt te perverteren.

Tot dusver hebben we, geheel in de lijn van het particularisme, willen duidelijk maken dat het alles behalve evident is om, binnen een hermeneutische en communicatieve visie op strafrecht, de eis van een gevaloverschrijdende uitleg van de strafwet hoog te houden. Een dergelijke vereiste zou nadelige effecten op het dagelijkse handelen ressorteren vanwege de noodzakelijke theorievorming die met een dergelijk ideaal gepaard gaat. Daarnaast zou het volgens particularisten ook ijdel zijn te denken dat een beargumenteerde en gevaloverschrijdende formulering van de aan de strafwet ten grondslag liggende verwachtingen enige greep zou kunnen hebben op het handelen van de justitiabelen. De voor deze vereiste onontbeerlijke theorievorming staat al te zeer buiten de intuïtieve ervaringswereld van de betrokkenen en heeft op zich *te weinig motiverende kracht* om hen op grond van die theoretische redenen te overtuigen van de verdedigbaarheid van deze abstract geformuleerde verwachtingen.

Het belangrijkste argument ter verdediging van de onmacht van theorievorming in het rechtsvindingsproces houdt nauw verband met het voorgaande, en hebben we het argument van *niet-codificeerbaarheid* genoemd. Strafrechters zouden er niet in slagen de strafwet op een gevaloverschrijdende manier te interpreteren, omdat geen enkele theorie in staat is 'in

abstracto' te bepalen hoe bepaalde morele intuïties tegenover elkaar dienen te worden afgewogen. Immers, net zoals elke redelijke mens vanuit een niet articuleerbare dispositie aanvoelt welke overweging in een concreet geval op de voorgrond komt te staan, zo ook zal de strafrechter op grond van een zelfde impliciete 'knowhow', en niet op grond van een abstracte waardeprioriteit, beslissen welke overweging nu doorweegt. Een abstracte prioriteit van waarden is nooit in staat te bepalen welke handeling in een bepaalde situatie strafrechtelijk verboden is, omdat een dergelijke prioriteit haar eigen gebruik niet kan voorschrijven. Enkel de impliciete, niet articuleerbare 'knowhow' van de strafrechter kan de kloof tussen de strafwet en het concrete geval dichten.

Een dergelijk pessimisme met betrekking tot de mogelijkheid van systematisering van morele intuïties werd recent op een vrij expliciete wijze gethematiseerd door de Nederlandse rechtstheoreticus C.E. Smith. Laatstgenoemde erkent wel de mogelijkheid om de met rechtsregels verbonden praktijken en verwachtingen te articuleren als waarden, maar verwerpt de mogelijkheid om deze waarden in een abstract systeem te ordenen. 'Het punt', zo schrijft Smith, 'is dus niet dat de rechter zich in "hard cases" op standaarden dient te oriënteren, maar hoe men met een beroep daarop tot een oordeel kan komen dat niet, of althans zo min mogelijk, arbitrair is.'²¹ Geheel in de lijn van de antitheoretische positie van de particularisten, antwoordt Smith hierop dat een rechterlijke waardeafweging niet door een abstracte morele of politieke theorie kan worden bemiddeld, maar dat deze waardeafweging 'in concreto' dient te gebeuren door de beoordeling en de waardering van het concrete feitengeheel. De rechter moet 'in concreto' zo veel mogelijk recht zien te doen aan de waarden die aan de rechtsregels ten grondslag liggen. Een dergelijke beoordeling noemt Smith een oordelen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. En die beoordeling verwijst niet 'naar maatstaven die ergens in het recht of in haar politieke en morele fundamenteen verborgen zouden liggen, maar naar een dispositie. Zij verwijzen naar de persoonlijke kwaliteiten van de rechter met betrekking tot zijn oordeelsvorming.'²²

4 Rechtsvinding en theorievorming zijn niet onverenigbaar

Werkt de conceptualisering van de met de uitleg van de strafwet verbonden intuïties en geplogenheden verschalend en perverserend? En is de systematisering van deze intuïties in een hiërarchisch verband een vruchteloze, theoretische bezigheid? In wat volgt, zullen we proberen de zonet geformule-

²¹ C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm*, Maastricht: Shaker Publishing 1998, p. 152.

²² Smith, *Feit en rechtsnorm*, p. 152.

leerde argumenten en hun mogelijke implicaties voor de rechtsvinding in het strafrecht kritisch te onderzoeken en tot hun juiste proporties te herleiden. De uiteindelijke bedoeling is niet het atheoretische standpunt te ontmantelen, maar wel te zien wat de voorwaarden zijn waarbinnen theorievorming een rol kan spelen in het rechterlijk oordeel van de strafrechter.

Bekijken we nog eens terug het *bezwaar van conceptuele verschraling*. Strafrechters zouden hun interpretatiearbeid niet mogen laten leiden door een of andere normatieve theorie. Ze verschralen hun oordeelsvorming wanneer ze proberen de betekenis van het misdrijf van verkrachting en de daarmee verbonden intuïties te conceptualiseren. Dergelijke abstracte omschrijvingen dreigen al te gemakkelijk voorbij te gaan aan bepaalde gevallen waarvan de betekeniscomplexiteit zich enkel op metaforische en poëtische wijze laat evoceren.

Tegen dit bezwaar van verschraling kan worden ingebracht dat de mogelijkheid van deze poëtische feitenconstellaties niet van meet af aan een obstakel hoeft te zijn om tot een conceptueel zo verfijnd mogelijke duiding te komen van het misdrijf van verkrachting. De mogelijkheid van feitenconstellaties waar bijvoorbeeld intimiteit, brutaliteit en sensualiteit op een ondoordringbare manier in elkaar zijn verknoopt, is geen 'a-priori'-beletsel voor de strafrechter om elke concrete context te zien als een uitdaging om de betekenis van het misdrijf van verkrachting conceptueel zo scherp mogelijk te vatten. Wel zal de strafrechter in staat moeten zijn om op een welbepaald moment zijn interpretatiearbeid op te schorten en zelfs stop te zetten, om plaats te maken voor de poëtische kwaliteit van de concrete feitenconstellatie. Wanneer juist de strafrechter zijn conceptualiseringsdrang dient af te breken, kan niet op voorhand vastgelegd worden. De strafrechter is hier overgeleverd aan zijn eigen dispositionele kwaliteiten, aan zijn voeling voor het geval.

Dat laatste neemt echter niet weg dat ook hier theorievorming belangrijk blijft. De mogelijkheid van gevallen die zich, door hun betekeniscomplexiteit, aan de praktische greep van het strafrecht onttrekken, geeft juist een extra impuls aan theorievorming in het strafrecht. De strafrechter wordt door dergelijke gevallen aangesproken om na te denken omtrent de vraag waarin deze poëtisch geladen gevallen nu structureel verschillen van andere gevallen. De strafrechter heeft ook nood aan een theorie die in staat is te thematiseren wat nu het soort van attitude is dat in dergelijke situaties als gepast wordt ervaren. En tot slot heeft de strafrechter nood aan een theorie die enige houvast biedt omtrent de vraag hoe het strafrecht zich als zodanig dient te verhouden ten opzichte van dergelijke gevallen, hoe het strafrecht zich bijvoorbeeld dient te verhouden ten aanzien van een feitenconstellatie waarbij het door de betekeniscomplexiteit

onmogelijk is uit te maken of er al dan niet sprake is van onderlinge instemming. Een strafrechtstheorie die op een abstract niveau bepaalt waar het strafrecht begint en waar het ophoudt, zal niet precies kunnen zeggen wanneer juist de strafrechter zich aan de grenzen van het strafrecht bevindt. Een dergelijke strafrechtstheorie geeft wel bakens aan waarop de strafrechter zich kan richten.

De mogelijkheid van poëtisch geladen gevallen is dus eigenlijk geen 'a-priori'-beletsel voor conceptualisering in rechterlijke oordeelsvorming, maar wat *met het bezwaar van de perverterende en denaturerende werking van theorievorming?* Wat met het bezwaar dat een dergelijke conceptualisering de strafrechter en de justitiabelen niet meer in staat zou stellen vanuit hun impliciete morele intuïties en geplogenheden te oordelen en te handelen? De particularist heeft inderdaad goed opgemerkt dat in bepaalde typesituaties een persoon die impliciet handelt vanuit een welbepaalde geplogenheid (gevoel voor intimiteit), moreel gezien beter handelt dan een persoon die via zijn handelen diezelfde geplogenheid als een ideaal (ideaal van intimiteit) rechtstreeks nastreeft. Articulatie en conceptualisering van dat ideaal kunnen deze morele ontwaarding van het menselijke handelen teweegbrengen. Maar de drang om dergelijke morele ontwaarding te voorkomen en de daaruit volgende antitheoretische houding mogen niet verabsoluteerd worden. B. Williams heeft gelijk wanneer hij schrijft dat we elke praktische theorie moeten verwerpen 'to which all my projects, purposes, and needs should be made discursively and at once considerations for me'.²³ Maar omgekeerd moeten we ook elk standpunt verwerpen dat op een absolute wijze claimt dat we enkel mogen delibereren vanuit onze impliciete projecten, deugden en geplogenheden. In bepaalde situatietypes zal het gepaster zijn om onze geplogenheden te articuleren, omdat het met het oog op de te nemen beslissingen belangrijk is te weten wat het relatieve gewicht is van die geplogenheden. Zo kan bijvoorbeeld een vriendelijk universiteitsprofessor die veel aandacht heeft voor een goed en persoonlijk contact met studenten, op een welbepaald moment geconfronteerd worden met een facultaire beleidsoptie om de directe contactmogelijkheden tussen professor en student te beperken. Om zich onder collega's tijdens een vergadering een positie toe te meten ten aanzien van dergelijke beleidsoptie, zal deze universiteitsprofessor, moreel gezien, beter hebben gehandeld, wanneer hij probeert de waarde van vriendelijkheid in het onderwijs tastbaar te maken dan wanneer hij niets deed, en gewoon verder vriendelijk bleef ten aanzien van de studenten. Van zodra hij de vergaderzaal heeft verlaten, en de collegezaal is binnentreden, zal hij echter wel terug *vanuit* zijn vrien-

23 B. Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, p. 200.

delijkheid dienen les te geven in plaats van expliciet het ideaal van vriendelijkheid na te streven.

Dat laatste illustreert dan weer dat mensen, al naar gelang de typesituatie, op een verschillende manier met hun morele intuïties dienen om te gaan. In een context waarin beleidskeuzes dienen te worden gemaakt en waardeprioriteiten dienen te worden gesteld, doen mensen er in de regel beter aan hun morele intuïties te articuleren en als idealen te articuleren. In andere contexten is het belangrijk dat diezelfde idealen terug als impliciete intuïties en geplogenheden worden beleefd. Belangrijk is tevens dat een theoretische articulatie van onze morele intuïties als ideaal ook noodzakelijk kan zijn om het kader te vrijwaren waarin personen ongestoord op een impliciete wijze vanuit hun geplogenheden kunnen handelen. Zo is het belangrijk dat de universiteitsprofessor zijn collega's kan overtuigen van de waarde van een studentgericht en -vriendelijk onderwijs. Een ondoordachte onderwijshervorming zou er bijvoorbeeld toe kunnen leiden dat hem de gelegenheid wordt ontnomen om een direct en levendig contact met de studenten te onderhouden.

Dat vooral in beleidssituaties de nood aan conceptualisering van onze morele intuïties zich opdringt, is natuurlijk van het grootste belang voor de problematiek van rechterlijke rechtsvinding, zowel binnen als buiten het domein van het strafrecht. Net zoals de universiteitsprofessor in een faculteitsraad geconfronteerd wordt met verschillende overwegingen die voor of tegen een bepaalde onderwijshervorming pleiten, zo ook wordt de strafrechter voor toekomstige gevallen en ook in aansluiting met vroegere rechtspraak geconfronteerd met verschillende overwegingen die voor of tegen de toepassing van de strafwet pleiten, in het concrete, voorliggende geval, maar ook in toekomstige gevallen. En net zoals de universiteitsprofessor er in die beleidscontext alle baat bij heeft de waarde van studentvriendelijk onderwijs te articuleren om het voortbestaan van die praktijk voor de toekomst te verzekeren, zo zal de strafrechter in zijn interpretatie van de strafwet genoodzaakt zijn om de grondhouding achter het huwelijk, met name het ideaal van intimiteit, *als een ideaal* te articuleren, en dit om het voortbestaan van die grondhouding in de toekomst te affirmeren.

Het is dus verkeerd om, in de lijn van het particularisme, te denken dat een strafrechter die de grondhouding van intimiteit articuleert als een expliciet ideaal, deze grondhouding in het huwelijk dreigt teniet te doen. Integendeel, het bovenstaande illustreert dat een dergelijke articulatie juist helpt een stabiel maatschappelijk kader te creëren waarin deze impliciete en spontane grondhouding kan gedijen en waarin het expliciete ideaal terug in de achtergrond van het menselijke handelen kan verdwijnen.

Noch de mogelijkheid van poëtische feitenconstellaties noch de mogelijkheid van feitenconstellaties waarin morele intuïties ongearticuleerd dienen te blijven, zijn dus *op zich* een beletsel voor de strafrechter om de interpretatiearbeid op een conceptueel en theoretisch niveau te verheffen. Maar wat nu met het bezwaar dat theoretische argumenten en theoretische concepten uiteindelijk geen greep hebben op de manier waarop een strafrechter in de regel de strafwet interpreteert, omdat deze argumenten en begrippen te abstract, en te zeer extern zijn aan de morele ervaring zelf van waaruit de strafrechter de strafwet interpreteert?²⁴

Ook dit *bezwaar van de gebrekkige motiverende kracht* is eigenlijk op zich geen beletsel voor een levendige interactie tussen theorievorming en rechterlijke rechtsvinding. In het bezwaar liggen wel een aantal belangrijke voorwaarden vervat waaraan theorie- en begripsvorming dient te voldoen, wil het relevant blijven voor het rechtsvindingsproces en voor het maatschappelijke leven en de daar heersende verwachtingen. Het antitheoretische standpunt leidt misschien niet tot een algehele scepsis tegenover theorievorming in het praktische leven, het zet er ons wel toe aan elke morele theorie zodanig te construeren dat ze voldoende aansluiting vindt bij onze morele intuïties. ‘The only enterprise is living’, zo schrijft B. Williams, ‘and we have to live after reflection; moreover we have to live during as well.’²⁵ Concreet impliceert dit het volgende: 1) geen enkele theoretisch model zal invloed hebben op de praktijk, indien de daarin gehanteerde begrippen te ver verwijderd zijn van de praktijken die deze begrippen trachten te verhelderen. Als deze begrippen en principes in het dagelijkse leven een rol zullen spelen, dan zullen ze ook naar dat dagelijkse leven moeten kunnen terugkeren. C. Taylor schrijft in dit verband: ‘The terms we select have to make sense across the whole range of both explanation and life uses.’²⁶ 2) abstracte begrippen en principes kunnen slechts ingang vinden in de praktijk als ze nog voldoende de concrete ervaringswereld evoceren waarnaar ze verwijzen. Indien theorievorming aan deze voorwaarden voldoet, dan hebben de daarin gehanteerde begrippen, argumenten en principes wel voldoende motiverende kracht om het rechterlijke deliberatieproces te sturen en te beïnvloeden.

Rest ons nog een laatste bezwaar tegen theorievorming te temperen, met name het bezwaar van *niet-codificeerbaarheid*. Dat bezwaar kwam erop neer dat menselijke handelingen, rechterlijke beslissingen inclusief, niet kun-

24 Voor een ietwat andere repliek op dit particularistisch argument zie O’Neill, *Between Justice and Virtue*, p. 68-69.

25 Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, p. 117.

26 C. Taylor, *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1989, p. 58.

nen worden afgeleid uit abstracte principes en uit bepaalde waardeprioriteiten die 'in abstracto' worden geformuleerd. Het concrete geval waarop dient te worden gereageerd, bevat oneindig veel handelingsmogelijkheden en een abstract principe kan op zich nooit zeggen welke van die mogelijkheden nu de gepaste is. Abstracte principes kunnen dus niet het rechtsvindingsproces begeleiden. Enkel de intuïtieve 'knowhow' van de strafrechter, alsook zijn gevoel van redelijkheid en billijkheid stellen hem in staat het gewicht van de aan de orde zijnde waarden in het licht van het concrete geval te wegen. Bovendien, zo vervolgt het argument, zal het de aard van het geval zelf zijn die uitwijst welke waarden 'in concreto' de voorrang krijgen. Het theoretisch postuleren van een prioriteit van waarden is weinig zinvol en dreigt voorbij te gaan aan de complexiteit van de concrete casus. In bepaalde gevallen zal er zelfs geen 'in concreto'-afweging van waarden mogelijk zijn, omdat de concurrerende waarden incommensurabel zijn. In die gevallen zet de keuze voor een welbepaalde waarde een andere, concurrerende waarde buitenspel.

Om het *bezwaar van niet-codificeerbaarheid* op te vangen, is het misschien niet slecht onze redenering te ontwikkelen vanuit een concreet geval, bijvoorbeeld het arrest van 25 oktober 2000 inzake de interpretatie van het misdrijf van het houden van een huis van ontucht (art 380bis lid 2° Sw).²⁷ Bij het interpreteren van de notie 'ontucht' en de daarmee verbonden notie van perverse seksualiteitsbeleving moest de strafrechter verschillende waarden tegenover elkaar afwegen, waaronder het recht op vrije seksuele beleving, enerzijds, en de seksuele zedelijkheid van de gemiddelde Belg, anderzijds. Aanhangers van een particularistisch standpunt zijn van oordeel dat de strafrechter deze waarden niet 'in abstracto' kan afwegen. Of de vrije seksuele beleving, dan wel de gangbare seksuele zeden opwegen, hangt enkel af van de aard van de feiten en de omstandigheden van het geval. Morele en politieke theorievorming hebben hier geen plaats, omdat het recht op vrije seksuele beleving en de gangbare seksuele zedelijkheid onderbepaald zijn. Justitiabelen kunnen hier enkel vertrouwen op de morele en intellectuele deugden van de strafrechter om de feiten op een juiste manier te beoordelen.

Bij nader inzicht blijkt deze gedachtegang niet juist, of minstens te ongenueanceerd, te zijn. Morele theorieën, die 'in abstracto' een waardeprioriteit vastleggen, hebben *wel* een reële impact op de rechterlijke oordeelsvorming en op de 'in concreto'-waardeafweging. In de hypothese dat de strafrechter voorstander is van een morele theorie waarbij enkel het 'niet schaden'-beginsel grenzen oplegt aan het recht op vrije seksuele beleving, zal de strafrechter zich reeds op voorhand behoeden welbepaalde wegen in te

²⁷ Brussel 25 oktober 2000, A.J.T. 2000-01, 331.

slaan. Indien uit de feiten blijkt dat er tussen de spelers van het seksuele spel niemand schade is toegebracht, dan heeft de strafrechter, gelet op zijn morele theorie, niet meer de vrijheid om op grond van de waardering van het geval te oordelen dat de gangbare seksuele zeden opwegen tegen het recht op vrije seksuele beleving. In tegenstelling tot het arrest van 25 oktober 2000 kan de strafrechter, rekening houdend met zijn morele theorie, niet tot het besluit komen dat het begrip 'ontucht' enkel 'dient te worden bepaald aan de hand van de door de wet op het stuk van de openbare zedelijkheid beschermde waarden, zoals ze door het collectief bewustzijn worden aangevoeld'.²⁸ In de hypothese dat de strafrechter voorstander is van een morele theorie waarbij uitsluitend bepaalde gemeenschapswaarden en collectieve morele gevoelens het menselijke handelen dienen te oriënteren, zal de invloed op de uiteindelijke waardeafweging zich op een geheel andere wijze doen gelden. Indien uit de feiten blijkt dat het seksueel gedrag van de verdachte de collectieve morele gevoelens van de redelijke burger krenkt, dan heeft de strafrechter niet meer de vrijheid om op grond van een concrete waardeafweging het recht op vrije seksuele beleving te laten doorwegen. In zijn *Feit en rechtsnorm* verdedigt C.E. Smith de stelling dat rechtsvinding voornamelijk een zaak van deugden, geplogenheden en rechterlijke dispositie is. Welnu, tegen de achtergrond van het hierboven geschetste geval, is deze stelling aan herziening toe.²⁹ Ofschoon de in het geding zijnde waarden ontegensprekelijk onderbepaald zijn, en 'in concreto' tegen elkaar dienen te worden afgewogen, toch neemt dit niet weg dat abstracte morele theorieën een directe impact kunnen uitoefenen op de 'in concreto' af te wegen waarden. Deze theorieën sluiten, in contrast met de atheoretische positie van het particularisme, reeds op voorhand bepaalde handelingsmogelijkheden uit. Zij verengen het kader waarbinnen de strafrechter op zijn dispositionele kwaliteiten is aangewezen. Zij verengen met andere woorden de discretionaire bevoegdheid van de strafrechter.

Tegen de ontdekking dat abstracte morele theorieën wel degelijk een invloed uitoefenen op een concrete waardeafweging, kan de particularist nog steeds inbrengen dat dergelijke theorieën te weinig oog hebben voor de concrete omstandigheden van het geval die steeds een mogelijke verandering van een abstracte waardeprioriteit in het vooruitzicht stellen. Deze particularistische repliek kan op tweevoudige wijze worden geneutraliseerd. Eerst en vooral is het overdreven te zeggen dat particuliere gevallen 'op zich' bepaalde waardeprioriteiten kunnen doen wijzigen. Bepaalde abstracte prioriteiten zoals de voorrang van humanitaire overwegingen op puur econo-

²⁸ Brussel 25 oktober 2000, A.J.T. 2000-01, 331.

²⁹ Voor deze kritiek, zie ook E. Claes, 'Bespreking van "C.E. Smith, Feit en rechtsnorm"', R&R 2000, p. 186.

mische overwegingen, hoewel in de praktijk niet altijd een haalbare kaart, zijn zo verankerd in het moreel bewustzijn van onze Westerse cultuur dat cruciale maatschappelijke omwentelingen moeten plaats grijpen, opdat deze waardeprioriteit zou worden omgekeerd. Ten tweede, is het gegeven dat nieuwe feitenconstellaties steeds kunnen opduiken, geen 'a-priori'-beletsel voor theorievorming, als men deze onvoorzienbare en moeilijk vergelijkbare gevallen ziet als een uitdaging om de theorievorming bij te schaven en te verfijnen.

Een laatste mogelijke opwerping tegen de erkenning van de rol van abstracte theorievorming in het concrete afwegingsproces huist in de gedachte dat bepaalde waardeconflicten van dien aard zijn dat ze niet op abstracte en rationele wijze kunnen worden opgelost, dat er geen hiërarchie tussen kan worden geplaatst. Hierop kan worden geantwoord dat de mogelijkheid van dergelijke waardeconflicten niet hoeft te verhinderen dat er gezocht wordt naar een theoretische strategie om zo veel mogelijk rivaliserende waardepatronen met elkaar vergelijkbaar te maken. Natuurlijk kan zo'n strategie mislukken, maar zoals elders gezegd, is de ontdekking van een onvergelijkbaarheid van rivaliserende waardepatronen enkel maar het resultaat van die mislukking, het is geen 'a-priori'-beletsel voor die strategie.

Hiermee is natuurlijk niet gezegd dat de mogelijkheid van onoplosbare waardeconflicten geen praktisch probleem zou zijn. De vraag rijst nu immers hoe een strafrechter dient om te gaan met een 'hard case' die op zich onverenigbare waarden tegenover elkaar zet en waarbij het waardeconflict door geen enkele theorie kan worden weggewerkt.

5 Conclusie

In deze bijdrage werd de vraag naar de taak van de strafrechter in de interpretatie van de strafwet geheel ondergeschikt gemaakt aan de vraag naar de plaats van theorievorming in het oordeel van de strafrechter. Deze vragen zijn nauw met elkaar verweven. Geheel in het verlengde van een hermeneutische visie op recht en van een communicatieve visie op de straf is de strafrechter namelijk verplicht de strafwet op een gevaloverschrijdende manier te interpreteren vanuit de sterkst beargumenteerde samenhang van rechtsbeginselen die aan de rechtsorde ten grondslag liggen. Die verplichting noopt echter tot abstractie, tot conceptualisering en theorievorming, en dit terwijl het rechtsvindingsproces een onvermijdelijke intuïtieve en niet-gearticuleerde dimensie bevat.

Een aandachtige kritische analyse van het wijsgerige particularisme liet ons toe de grenzen en mogelijkheden van theorievorming in het oordeel van de strafrechter af te tasten, om zo een wat scherper zicht te krijgen op

het ideaal van verwetenschappelijking van het rechtsvindingsproces in het strafrecht. Indien we dit ideaal proberen te herformuleren in contrast met de weinig eenduidige invulling die J. ter Heide ervan geeft, dan komen we tot een merkwaardige paradox.

Eenzijds is, door de confrontatie met de antitheorie, ons geloof in de mogelijkheid van verwetenschappelijking sterker geworden dan dat van J. ter Heide. Deze laatste wijst vooreerst de gedachte af dat een abstracte, politieke of morele theorie een regelende invloed zou hebben op een 'in concreto'-waardeafweging. Het zou enkel afhangen van de feitelijke appreciatie van het geval welk van de rivaliserende waarden zou doorwegen. Hierboven hebben we, in een antwoord op de antitheorie, enkele argumenten gegeven die maken dat theorievorming wel een invloed kan hebben op een 'in concreto'-waardeafweging. Vervolgens, is de idee van verwetenschappelijking die we voorstaan, ook sterker dan die van Ter Heide, omdat ze het geloof impliceert in de mogelijkheid waardeconflicten te overstijgen. Hierboven hebben we immers aangetoond dat veranderde, maatschappelijke omstandigheden niet beletten dat theoretici juist dankzij die maatschappelijke verandering hun concepten kunnen aanscherpen, en wel zodanig dat de zwakheid aan het licht komt van vroeger verdedigde waardeoordelen. En zelfs het bestaan van waardeconflicten is geen 'a-priori'-obstakel voor het ideaal van verwetenschappelijking. Ondanks dergelijke controverse is het nog steeds mogelijk dat de theoreticus tussen de verschillende standpunten op theoretisch vlak een gemeenschappelijk platform kan vinden aan de hand waarvan de standpunten dichter bij elkaar kunnen worden gebracht. Een andere, mogelijke strategie is dat er op theoretisch niveau naar een hiërarchisch band kan worden gezocht die een invloed zal uitoefenen op de 'in concreto'-afweging.

Anderzijds is, door de confrontatie met de antitheorie, onze idee van verwetenschappelijking heel wat zwakker geworden dan die van de zonet genoemde auteur. Ter Heide geeft op bepaalde plaatsen in zijn geschriften blijk van een vrij sterk geloof in de mogelijkheden van een verwetenschappelijkt rechtsbedrijf. Volgens hem is het proces van rechtsvinding, ondanks haar waarderende karakter, wel degelijk voor verwetenschappelijking vatbaar. Zoals in elk verwetenschappelijkt bedrijf is er immers, aldus Ter Heide, een criterium voorhanden om de rechterlijke waardering op haar geldigheid te toetsen, met name de graad van consensus die bestaat in de samenleving omtrent een actueel waarde- en orderingsplan. Bovendien lijkt vermeld auteur te geloven in de mogelijkheid de in de rechtsvinding verweven intuïties te systematiseren en begripsmatig te reconstrueren.

Een confrontatie met de antitheorie dwingt ons wel dit sterke geloof in verwetenschappelijking van de rechterlijke rechtsvinding af te zwakken.

Praktische theorievorming, zo wijst die confrontatie uit, is slechts mogelijk onder bepaalde voorwaarden. *Ten eerste* is bijvoorbeeld een conceptualisering van de waarderende betrokkenheid van de rechter slechts zinvol indien deze concepten geformuleerd worden op een manier die voldoende aansluit bij het dagelijkse taalgebruik, en indien deze concepten door de rechter en de justitiabelen kunnen worden verstaan als een bondige en snedige formulering van hun eigen intuïtieve geplogenheden. Abstracte concepten en principes zijn niet zinvol als ze geen aansluiting vinden bij de morele ervaring van de betrokkenen en bijgevolg van bovenaf dienen te worden opgelegd. *Ten tweede* is theorievorming, opgevat als een constructie van een coherent geheel van concepten en principes, slechts zinvol, indien het voorlopige karakter ervan wordt erkend, indien de strafrechter-theoreticus oog blijft houden voor de mogelijke, theoretische veranderingen die door de concrete omstandigheden van het geval in het vooruitzicht worden gesteld. En *ten derde* moet de strafrechter-theoreticus er steeds rekenschap van geven dat er zich een situatie kan voordoen waar de theorievorming op haar grenzen stoot, omdat het feitengeheel een te grote densiteit aan betekenis bevat, of omdat er door de feiten een waardeconflict is gerezen dat niet op theoretisch niveau kan worden weggewerkt. In dergelijke omstandigheden is de strafrechter aangewezen op zijn dispositionele kwaliteiten en dient hij plaats te maken voor een andere dan theoretische houding. Omtrent de vraag over welk soort houding het hier gaat, zal nog verder onderzoek moeten worden verricht.³⁰

Summary

This contribution starts from the fact that up till now criminal legal theory has not yet dealt in a satisfactory way with the question how to reconcile the still existing need in legal practice to abstract theories, principles and concepts, on the one hand, and the irreducible intuitive and context related dimension of the adjudicative process, on the other hand.

At the outset of the essay, an effort is made to develop an anti-theoretical approach of adjudication, based upon the strongest particularistic arguments borrowed from Wittgensteinian thinkers like D. Wiggins, J. McDowell, B. Williams and C. Taylor. The essay goes on to submit these arguments to a critical analysis, not in order to rescue legal practice from the anti-theorist threat, but to explore the possibilities as well as the limits of conceptualizing and normative theorizing in the adjudicative process.

30 Voor een eerste aanzet daartoe, zie Claes, Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht.

R&R 2002 / 2

One of the basic conditions which has to be met if a normative theory is to have any grip on legal practice, is the following. The process of articulating the evaluative input of the penal judge on an abstract and theoretical level, only makes sense if its resulting concepts still fit our ordinary language, if these concepts can still be understood as a sort of abbreviation of the judges' as well as the citizens' intuitive practices.