Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

M. Hildebrandt, Straf(begrip) en procesbeginsel (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002, 571 p.

Waarom straffen wij? Wat is de betekenis van een handeling, die sommigen volstrekt barbaars voorkomt, terwijl anderen in de sanctionering door de

overheid een hoogtepunt van beschaving vermoeden? Er zijn obligate theorieën over – men straft 'om te vergelden', en uit preventief oogpunt, dus om te voorkomen dat er in de toekomst weer strafbare feiten worden gepleegd. In de strafpraktijk tobt men intussen nogal eens met de vraag hoe deze theorieën in het concrete geval toe te passen: het is wel duidelijk, dat straffen niet altijd het gewenst resultaat heeft. Sterker nog, er bestaat een reëel risico dat met name de vrijheidsstraf averechts werkt. Toch wordt ook deze straf vaak opgelegd. Men vindt in de strafoplegging en -motivering dan doorgaans de vergeldings- en preventiegedachte terug, ofschoon inmiddels (vergelijk het onderzoek van De Keijser) is gebleken, dat tussen beleden straftheorie en vonnisinhoud geen eenduidige samenhang bestaat.

Ook proefschriftschrijvers tobben nogal eens met de zo fundamentele vraag naar de betekenis van de straf, en zij hebben de neiging die ontlopen, of tenminste te verkleinen tot hanteerbaarder en overzichtelijker subkwesties, en dat is – proefschrifteconomisch in elk geval – verstandig.

Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom Juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Daarmee ben ik bij het onderwerp van deze bespreking: het proefschrift dat Mireille Hildebrandt in oktober 2002 cum laude aan de Rotterdamse Erasmusuniversiteit verdedigde, en dat zo buitengewoon en sympathiek onverstandig is. Want de hierboven genoemde 'wezensvraag' van het strafrecht (en ook van het punitieve bestuursrecht) wordt niet alleen gezocht en expliciet benoemd, nee: de promovenda vat de koe vervolgens ook daadwerkelijk bij de horens en gaat, hoe onverstandig en gevaarlijk ook, de krachtmeting aan.

En zij levert geen half werk. Hildebrandt acht het noodzakelijk zich een conceptueel theoretisch kader te scheppen, van waaruit het mogelijk is te spreken over straffen, strafbeginsel en procesbeginsel en de samenhang daartussen, met gebruikmaking van inzichten uit diverse wetenschappen (hier naast de juridische ook enkele sociaal-wetenschappelijke disciplines, in het bijzonder de antropologie) die in dat kader geïntegreerd kunnen worden. Daarbij ambieert zij een nieuw perspectief te openen, een perspectief op een niet door causaliteit en deontologie gedomineerd denken. Dat vereist een dubbele inspanning: wie zich tegen de hoofdstroom in richt op een 'ander denken' moet beslagen ten ijs komen. Hildebrandt heeft zich gebaseerd op het werk van de Nederlandse rechtsfilosoof Glastra van Loon, en meer in het bijzonder op diens theses over het rechtsnormbegrip, en zij heeft dat bijzonder grondig aangepakt. Hier geen modieus eclecticisme of halfplagiaten, maar een frisse lezing van Glastra van Loon's *Norm en Handeling* uit 1956.

Glastra van Loon ontwikkelt in zijn proefschrift een alternatief, door Hildebrandt grotendeels overgenomen en uitgewerkt model voor de gebruikelijke manier van kijken naar rechtsnormen. Ik zal hier op mijn beurt haar analyse, in mijn ogen centraal onderdeel van het vernieuwend denken over de betekenis van straffen, trachten weer te geven.

Gebruikelijk is het rechtsnormen overeenkomstig een natuurkundig model te interpreteren. De werkelijkheid moet dan met die normen in overeenstemming worden gebracht, alsof de werkelijkheid een afbeelding van de wet zou moeten zijn. In deze perceptie is de observator blind voor het eigen karakter van normen als regeling van het handelen. Het natuurkundig model is inadequaat om norm en handeling en het verband daartussen te begrijpen, omdat het alleen het standpunt van de toeschouwer in een 'objectieve', waarneembare werkelijkheid impliceert. Een menselijke handeling moet echter allereerst worden begrepen als een subjectieve verrichting, want heeft immers onvermijdelijk een subjectief vertrekpunt. Het subject brengt perspectief aan in de werkelijkheid, ordent en structureert die werkelijkheid door gerichte aandacht. Vanaf dat moment zien wij datgene waarop onze aandacht is gericht in verhouding tot onszelf en al het andere zien wij binnen die verhouding in relatie tot het door ons gekozen aandachtspunt. Pas na deze ordening is actie mogelijk; de handelende mens is onvermijdelijk aan dit niet objectiveerbare subjectieve gezichtspunt gebonden. Zelfs op het moment dat wij een 'objectief' ofwel een toeschouwerstandpunt innemen ten opzichte van het handelen van een ander, zijn wij aan het subjectieve gezichtspunt gebonden – namelijk aan dat van de toeschouwer.

Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom Juridisch en is bestemd voor uitsluitend bezoeker

Subjectiviteit, dus, als voorwaarde voor objectiviteit. Dat betekent niet, dat geen objectiverende blik mogelijk is: de mens kan zich virtueel losmaken van zijn actuele positie om een werkelijkheid te ontsluiten die niet meer egocentrisch gestructureerd is. Wij kunnen een handeling zien als een geobjectiveerd ervaringsbestanddeel, en dát aspect van de handeling beschrijven en bezien overeenkomstig een natuurkundig wetmatig model. Máár: daarmee is de betekenis van de handeling nooit ten volle begrepen, immers de betekenis van de handeling als subjectieve verrichting kan zo niet worden vastgesteld. Daarmee faalt dus dit model voor 'samenhandelende actoren': voor hen is allereerst van belang zicht te krijgen op de betekenis van de handeling als subjectieve verrichting. Zij willen zich verstaan met het ontwerp van de handeling, zij willen het subjectief vertrekpunt van die handeling begrijpen om daarop te kunnen anticiperen en hun verwachtingen omtrent toekomstig handelen te kunnen baseren. Dan volgt een opmerkelijke omkering. Want hoe kunnen samenhandelende actoren elkaars handelen (her)kennen en min of meer voorspellen? Alleen door gemeenschappelijke tekens te *gebruiken*, door handelingen dus. Zodoende wordt de gebruikelijke verhouding tussen kennis en handelen omgedraaid: niet alleen is het vaak zo dat voor adequaat handelen kennis nodig is, maar voor het kennen zelf is een handeling nodig. Kennis en handeling constitueren elkaar over en weer.

Hier voorvoelt de lezer al dat ook de rechtsnorm, door straf gehandhaafd, niet per decreet kan worden voorgeschreven. Wil men voorschriften niet slechts van bovenaf, tiranniek, opleggen, maar ook inbrengen in het 'ontwerp' van de samenhandelende burgers (en daar is het in een rechtsstaat toch om te doen), wil men deze burgers de mogelijkheid geven hun verwachtingen en oriëntaties op elkaar af te stemmen, dan zal straffen niet alleen 'imperatief' eenrichtingsverkeer kunnen zijn, maar kent de straf tevens een 'normatief' aspect, dat wil zeggen: moet de straf aansluiten bij, en een reactie zijn op levende normen. Hieruit vloeit voort, dat de rechtsnorm niet statisch kan zijn maar voortdurend in beweging en ontwikkeling is. De rechtsnorm is dus niet op voorhand bepaalbaar, hoe graag men dat misschien ook zou willen; het strafproces is in principe onmisbaar om die dynamiek op zeker moment, in de context van het actueel handelen, voor éven te kunnen 'vangen' en de geschonden norm (opnieuw) te vestigen – voor zolang als dat duurt, want in een volgende zaak zal opnieuw moeten worden vastgesteld of en in welke mate en ernst een verdachte inderdaad is gekomen tot een normschending, en wat daartegenover moet worden gesteld om het gezag van die norm te herstellen. In Hildebrandts benadering ligt inderdaad, in het voetspoor van deze handelingstheoretische conceptie van straf en norm, het wezen van de bestraffing in de vestiging of bevestiging van het gezag van de betreffende norm. De verdachte heeft (in ons systeem: volgens de officier van justitie) met zijn handelen het gezag van die norm ontkend. Als de rechter tot de conclusie is gekomen dat het handelen van de verdachte inderdaad moet worden begrepen als normschending, wordt deze ontkenning ongedaan gemaakt door te straffen: dat wil zeggen door hier een tegenhandeling tegenover te stellen. Het kan dan niet gaan om een zuiver moreel appèl: de bestraffing moet een tegen*handeling* zijn om de norm effectief te kunnen herstellen (immers: norm en handeling constitueerden elkaar, alleen met een handeling wordt een regel gesteld).

Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom Juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

De hier grof geschetste handelingstheorie kan een verklaring geven voor bepaalde hardnekkige, door sommigen als irrationeel beschouwde rechterlijke praktijken. Men kan wellicht stellen dat de magistraat die ik in mijn inleiding noemde, worstelend met de legitimiteit van de strafoplegging, de onvolkomenheid ervaart van de 'causale' vergeldings- en preventietheorieën die hem doorgaans worden aangereikt ter ondersteuning van de strafoplegging. Hij heeft, handelend als rechter, immers meer in het vat dan vergelding en preventie, namelijk zijn perceptie van de concrete, mogelijk strafbare gedraging, van een concreet en uniek individu: de verdachte. Zijn aandacht is – op zijn minst mede – gericht op het mentale 'ontwerp', het subjectieve vertrekpunt van verdachtes verondersteld normschendende handelingen en diens niet in zuiver objectieve termen te vatten litigieuze

Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

gedragingen. Daartegenover stelt de rechter na vaststelling van de rechtsnorm een passende tegenhandeling, een straf, wetend dat het gezag van de geschonden rechtsnorm niet 'zomaar' hersteld kan worden. De tegenhandeling moet als zodanig ook gevoeld worden.

Ik heb hierboven een kwantitatief gering, maar in mijn ogen wel uiterst interessant en bovendien als gezegd centraal onderdeel van Hildebrandts studie trachten weer te geven. Dat de schrijfster het met het oog op de fenomenologie van straf en strafproces noodzakelijk heeft geacht een complete, intrigerende cultuur- en rechtshistorische component aan haar studie toe te voegen, met gebruikmaking van onder meer het rechtshistorische werk van Immink en Berman, – het zij hier slechts vermeld. Dat geldt ook voor de uitwerking van de lijnen van kennistheoretisch perspectief naar politieke filosofie. Ik neem mijn hoed af voor deze tegendraadse onderzoekster, die haar lezers weinig bespaart en hoop nu maar, dat mijn weergave inspireert tot lezing.

H. Wiersinga (Leiden)