

SAMENHANG EN TEGENHANG IN TWEE DECENNIA STRAFRECHTSTHEORIE *

René FOQUÉ**

Strafrechtsbedeling is zovéél méér dan enkel een juridisch actieveld; het is een spanningsveld waar fundamentele maatschappelijke machten, mechanismen en oplossingsstrategieën van collectieve en individuele problemen zich op een heel bijzondere wijze verdichten.

(Lieven DUPONT)¹

Language is a labyrinth of paths. You approach from one side and know your way about; you approach the same place from another side and no longer know your way about.

(Ludwig WITTGENSTEIN)²

1. Theorie

Theorieën over mens en maatschappij bieden geen zekerheden en ontslaan mensen niet van eigen reflecties. Theorieën stemmen tot nadenken. Zij leggen getuigenis af van het problematische karakter van de dagelijkse werkelijkheid. Zij proberen die problemen te verklaren en vervolgens te begrijpen om te kunnen zoeken naar mogelijkheden om er mee om te gaan. Strafrechtstheorieën stemmen tot nadenken over het problematische karakter van de strafrechtsbedeling, van de publieke taken en verantwoordelijkheden inzake opsporing en vervolging tot berechting en strafuitvoering. Strafrechtstheorieën zijn tegelijk verweven met vele private, concrete ervaringswerelden van mensen – verdachten, daders, slachtoffers, burgers – die door gepleegde misdrijven uit evenwicht zijn gebracht en vaak ontredderd op zoek gaan naar straf, wraak, vergelding of herstel. Die ontreddering heeft rechtstreeks te maken met de ervaring van radicale eenzaamheid, met het abrupt uitgesloten worden uit de (rechts)gemeenschap, waarin mensen in goed vertrouwen kunnen leven over wat zij van elkaar kunnen en mogen verwachten. Dat geldt zowel voor de dader als voor het slachtoffer van een misdrijf.

* Uitgebreide versie van de lezing gehouden op de studiedag *Samenhang en tegenhang in en rond de strafrechtsbedeling* ter gelegenheid van 20 jaar *Panopticon* te Brussel op 15 december 2000.

** Gewoon hoogleraar in de rechtsfilosofie en de rechtstheorie aan de K.U. Leuven en aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam.

1. L. DUPONT tijdens de "Persconferentie Panopticon", *Panopticon* 1980, p. 104.

2. L. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, Oxford, Blackwell, 1974, p. 82, nr. 203.

Hoe kan de strafrechtsbedeling op enigerlei wijze bijdragen aan het herstel van gemeenschappelijkheid? Hoe zou de aan zichzelf overgeleverde singulariteit – de steeds weer unieke ervaringswereld van elke betrokkene bij een misdrijf – weer aansluiting kunnen vinden bij het algemene perspectief van een samenleving met gedeelde waarden, normen en verwachtingen? Theorievorming heeft in het zoeken naar antwoorden op deze vragen een onmisbare rol te vervullen.

In zijn oud-Griekse, pre-filosofische betekenis betekent *theoria* in de eerste plaats *aanschouwen*, *kijken*, *deelnemen* en vervolgens *terugvertellen* wat men heeft gezien.³ Aanvankelijk waren de *theoroi*, de theoretici, de feestgezanten die werden uitgezonden naar andere steden om daar hun gemeenschap te vertegenwoordigen en er deel te nemen aan de gemeenschappelijke cultus, aan vieringen waarin de goede nabuurschap, vrede en vriendschap werden gevierd. In de participatie aan dergelijke feestelijkheden werden de haast rituele vormen zichtbaar waarin een politieke gemeenschap zich weet te constitueren en te bestendigen.⁴ Vervolgens keerden de *theoroi* weer huiswaarts om te vertellen wat zij hadden gezien en meegemaakt, om samen met de hunnen voor de eigen gemeenschap daaruit lering te kunnen trekken. Gaandeweg werd het betekenisbereik van termen als *theoria* en *theoroi* verruimd tot diegenen die naar het theater trokken om er te aanschouwen wat er werd vertoond: wat er onherroepelijk staat te gebeuren wanneer men verstrikt geraakt in een spiraal van geweld, van doodslag en wraak of wat het lot is van diegene die zich – hoe edel ook – onttrekt aan de wetten van de kosmos.

De ervaringen van de *theoroi* in de microkosmos van het theater leverden hen het onontkoombare inzicht dat de menselijke bestaanswijze wordt bepaald door het feit dat wij allen in *Geschiedenissen verstrikt* zijn en dat wij slechts tot inzicht in onszelf en in de anderen kunnen komen door in en bij dat complexe netwerk van geschiedenissen betrokken te geraken.⁵ Dat belangrijke inzicht kan echter alleen tot wasdom komen wanneer die betrokkenheid in evenwicht wordt gehouden door distantie. De ware *theoroi* zijn diegenen die weer afstand nemen, die weggaan en terugkeren naar hun oorspronkelijke gemeenschap om er verslag te doen van waar zij kijkend en luisterend bij betrokken zijn geraakt. In hun reisverslag kunnen de ervaringsgerichte contouren zichtbaar worden van de wijzen waarop individuele levensgeschiedenissen een toegang zouden kunnen vinden tot een omvattender proces van gemeenschapsvorming, van politiek en recht, om uiteindelijk te kunnen uitmonden in een perspectief van kosmische harmonie.

3. H. RAUSCH, *Theoria. Von ihrer sakralen zur philosophischen Bedeutung*, München, Wilhelm Fink Verlag, 1982. C. VERHOEVEN, *Voorbij het begin. De Griekse filosofie in haar spiegel*, II, *Termen en thema's*, Baarn, Ambo, 1985.

4. De benaming *theoroi* werd ook gebruikt om er diegenen mee aan te duiden, die naar het orakel werden uitgezonden om er de wil van de goden te vernemen. In beide betekenissen heeft de term aanvankelijk een sacrale, goddelijke betekenis. De meer profane connotaties zullen echter een steeds dominantere rol gaan spelen.

5. De uitdrukking komt van HUSSERL's leerling Wilhelm SCHAPP, *In Geschiedenissen Verstrikt. Zum Sein von Mensch und Ding* (1953), Frankfurt am Main, Klostermann, 1985. SCHAPP was, naast (fenomenologisch) filosoof, ook praktijkjurist.

Het is bekend hoe Aristoteles een belangrijke bijdrage heeft geleverd tot een meer filosofisch begrip van *theorie*. Hij verbindt het theorie-begrip sterk met wetenschap, die gericht is op kennis van de eerste principes en oorzaken. In die zin beschouwt hij de metafysica als de hoogste vorm van theoretisch weten en als bekroning van de *mathematica* en de *fysica*. Het betekenisveld dat verbonden was met de pre-filosofische opvatting van *theoria* wordt in Aristoteles' visie nader uitgewerkt in wat hij – in onderscheid tot het zuivere theoretische weten – het praktische weten noemt: de *phronèsis* – verstandigheid⁶ – die, anders dan de *sophia* – geleerdheid – van het zuiver theoretische weten, gericht is op zorgvuldige en passende oordeelsvorming of beslissing.⁷ Praktisch kennen heeft altijd te maken met het concrete en het individuele, met het domein van het menselijke handelen, dat in vrijheid tot stand komt. Het wordt gekenmerkt door het toevallige, het onverwachte en onvoorspelbare. Zekere kennis, zoals die mogelijk is in de natuurwetenschappen en in de metafysica, is dan niet mogelijk. Praktisch weten betreft het mogelijke en het wenselijke in plaats van het zekere. In die zin is het steeds gericht op een toekomst die nog niet vaststaat.⁸ Wie meent wetenschappelijke zekerheid te kunnen bereiken in het praktische kennen, ontkent de menselijke vrijheid en gaat voorbij aan de innoverende kracht van het handelen. Zijn theorievorming dreigt daardoor totalitaire trekken te krijgen.⁹

In de zorgvuldigheid en doordachtheid van het praktische weten klinken de hoofdlijnen door van het pre-filosofische *theoria*: de betrokkenheid bij en het empatisch vermogen om door te kunnen dringen in het singuliere detail van de individuele levensgeschiedenis van mensen, niet uit ongezonde nieuwsgierigheid, maar integendeel gericht op het vermogen om die individuele ervaringswereld te kunnen plaatsen in het transcenderende perspectief van *de samenhang der dingen*. Dat is de wijze waarop het *phronetische* weten zicht kan krijgen op datgene wat waardevol is en bescherming verdient. Zo begrepen bevindt de Aristotelische *phronèsis* zich in het hart van de rechtsgeleerdheid. In het Latijn betekent *phronèsis*: *prudentia*. De verstandigheid en bezonnen zorgvuldigheid van en door het recht: *iuris prudentia*.

Phronèsis en *theoria*: in het vertonen en in het aanschouwen van de concrete – ik zou haast zeggen casuïstische – ervaring van de dramatis personae is tegelijk de reflectie aan de orde op de algemenere betekenis en op de algemenere normatieve dimensie van die casuïstiek. De tragedies fungeren als *leading cases* van de Griekse cultuur.

6. C. STEEL, 'Verstandigheid en moraliteit', in H. PARRET (ed.), *In alle redelijkheid. Standpunten over het denken, spreken en handelen van de redelijke mens*, Meppel/Amsterdam, Boom, 1989, p. 101-115.

7. E. FINK, "Phronèsis und Theoria", in W. BIEMEL (Hrsg.), *Die Welt des Menschen – Die Welt der Philosophie. Festschrift für Jan Patočka*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1976, p. 134-158.

8. De fenomenoloog Eugen FINK, net als Wilhelm SCHAPP een leerling van HUSSERL, formuleert het in zijn bespreking van ARISTOTELES' phronèsisbegrip als volgt: "Die praktische Wahrheit steht im Bezug zur noch nicht festgelegten Zukunft, die als Spielraum der menschlichen Freiheit – und nicht als das durch Naturgesetze schon geregelte Feld künftiger Folgen gegenwärtiger Ursachen anzusehen ist. Also nicht auf die nur unbekannte Zukunft, sondern auf die noch nicht festgelegte, noch freie Zukunft hin geschieht das menschliche Handeln; es versteht sich selbst als ein solches, das erst das künftige entscheidet und so oder so verwirklicht." E. FINK, *a.w.*, p. 136-137.

9. Zie in Aristotelische zin: H. ARENDT, *The Human Condition*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1958, i.h.b. p. 188 e.v.

In het moderne cultuurbeeld is deze oorspronkelijke betekenis van theorie al te zeer op de achtergrond geraakt. Onder theorie verstaan we vaak – ten onrechte – veeleer het naar binnen gekeerde denken dat zich verre zou moeten houden van het gewoel van de dagelijkse ervaring om niet gestoord en misleid te worden door de list van onze zintuigen. Theorieën worden dan vooral beoordeeld naar interne criteria van logiceit, van systematische begripsvorming en van de haast scholastieke zuiverheid van conceptuele constructies. Die haast exclusieve aandacht voor de interne, constructivistische merites van theorievorming eist evenwel een hoge, ja een te hoge prijs: het recht wordt contextloos gemaakt en de rechtsbeoefening verliest gaandeweg zijn reflexief vermogen in de confrontatie met de maatschappelijke werkelijkheid waarin het recht niettemin te gelden heeft.

2. Strafrechtstheorie

In dat perspectief geplaatst is een terugkeer naar de pre-filosofische en de Aristotelische traditie geen overbodige luxe als we worden geconfronteerd met de vraag naar samenhang en tegenhang in de ontwikkeling van de hedendaagse strafrechtstheorie. De beoefening van het recht vereist immers een helder professioneel zelfbewustzijn en een uiterste concentratie op wat er gebeurt in alle stappen van de (straf)rechtsbedeling.¹⁰ De Duitse rechtsgeleerde Karl LARENZ heeft de voor een behoorlijke rechtsbedeling noodzakelijke theoretische dimensie treffend omschreven als *Reflexion auf eigenes Tun*.¹¹ Die karakterisering past in de Aristotelische traditie. Hij die ooit eens eenmalig geproefd heeft van theorievorming – bijvoorbeeld in zijn academische basisopleiding – maar verder op de eenmaal verworven kennis verder blijft dobberen, zonder zich steeds weer vragen te stellen of zich te laten verontrusten door de vaak verrassende ervaringswerelden van mensen, kan nooit in staat zijn tot bezonnen en verstandig optreden. Hij zal niet prudent handelen. Het leven van een professioneel zelfbewust strafjurist dient te worden gedragen door een sterk ontwikkeld reflexief vermogen. De *Reflexion auf eigenes Tun* dient een levensvorm te zijn die wordt volgehouden als toekomstgerichte inspiratiebron van het handelen, het oordelen en beslissen.

In zijn gelegenheidstoespraak bij het aanbieden aan de toenmalige Minister van Justitie VAN ELSLANDE van het eerste nummer van het nieuwe tijdschrift voor strafrecht, criminologie en forensisch welzijnswerk *Panopticon*, liet de voorzitter van de redactie Lieven DUPONT er geen misverstand over bestaan: “De onmiddellijke aanleiding tot het initiatief was de ontgoocheling van velen over het eerste rapport dat nog geen twee weken geleden werd uitgebracht door de Commissie voor de Herziening van het Strafwetboek, die in 1976 was opgericht. Deze ontgoocheling had vooral betrekking op de gapende kloof tussen enerzijds de omvang en de complexiteit van de problemen die zich momenteel in en rond de strafrechtsbedeling afspelen, en anderzijds de schraalheid van het problemen-

10. J. TER HEIDE, “Iudex Viator: Probleem- of systeemdenken, of gesystematiseerd probleemdenken”, in *Ars Aequi*, XVI, 1967, p. 3-31, i.h.b. p. 4.

11. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 1960.

pakket dat in het rapport werd besproken en het niveau waarop deze problemen werden aangeraakt.”¹²

De aanpak van de betreffende commissie is in die zin niet prudent, niet zorgvuldig of verstandig te noemen, omdat zij het brede en complexe veld van de strafrechtsbedeling reduceert tot wat DUPONT aanduidt als “strikt technisch-juridische” problemen. Zodoende kunnen maatschappelijke of morele spanningen en conflicten, zoals die uit de veelheid van ervaringswerelden van mensen opkomen, ontkend worden. Zij worden niet beluisterd of “aanschouwd”. Of, om in de pre-filosofische metaforiek van het oude Griekenland te blijven, de commissie heeft zich onvoldoende begeven naar het schouwtoneel van wat er in het veld gebeurt, om vervolgens terug te keren naar de vergader- en studeerkamers van de commissie om er te vertellen wat zij gezien zouden hebben en waarbij zij betrokken zouden zijn geraakt. Zij hadden dan kunnen vertellen over de ervaringswerelden van politiemensen, van parketmagistraten, van hulpverleners, van gevangenispersoneel en van nog zoveel meer actoren en betrokkenen bij de strafrechtsbedeling.

Door dat niet te doen kon de vraag om herziening van het strafwetboek getransformeerd worden tot een intern methodologische kwestie van de monodiscipline van een in zijn traditionele conceptualiseringen samenhangende maar opgesloten strafrechtswetenschap. Met betrekking tot het rapport van de Commissie voor de Herziening van het Strafwetboek concludeert DUPONT: “Dit rapport heeft het zo omvangrijk potentieel van op dit ogenblik voorhanden zijnde informatie, ervaringen, wetenschappelijke kennis, standpunten omtrent wat er momenteel in en rond de strafrechtsbedeling en het forensisch welzijnswerk gebeurt, nauwelijks aangeboord.”¹³ In het eerste editoriaal van het nieuwe tijdschrift wordt het als volgt geformuleerd: “Er kan van een fundamentele hervorming slechts sprake zijn, op voorwaarde dat het tot dusver ongebruikte en gemarginaliseerde potentieel aan denkbeelden, informatie en ervaringen betreffende de strafrechtsbedeling in al haar aspecten aan bod gebracht en gevaloriseerd wordt.”¹⁴ Met deze programmaverklaring heeft het nieuwe tijdschrift zich niet alleen in de voorhoede geplaatst van een fundamentele hervorming van de strafrechtspleging, maar daarmee zichzelf ook de theoretische opdracht van een voortdurende *Reflexion auf eigenes Tun* opgelegd.

3. Samenhang

De kritiek op de mono-disciplinaire geslotenheid van het strafrecht refereert naar een negentiende-eeuws beeld van recht, dat uit de dominantie van het privaatrecht is voortgekomen en dat tot op heden nog steeds zijn krachtige uitlopers kent. Het kan haast geen verwondering wekken dat juist op het terrein van het strafrecht als omzichtig te hanteren *ultimum remedium*, met zijn strikt en formalistisch legaliteitsdenken, de strenge verwetenschappelijking van het rechtsdenken – alhoewel afkomstig uit het privaatrecht – zo diep wortel heeft geschoten.

12. L. DUPONT, *a.w.*, p.104.

13. L. DUPONT, *a.w.*, p.104.

14. “Editoriaal”, *Panopticon* 1980, p. 3.

Aan beide kanten van de Rijn heeft zich in de loop van de negentiende eeuw op het Europese continent een rechtsdenken ontwikkeld dat zich naar binnen keerde en zich afsloot voor de directe ervaringswereld van mensen.¹⁵

In het post-revolutionaire Frankrijk heeft de Napoleontische codificatiebeweging geleid tot eenheid en systematiek in het tot dan toe disparate recht. In de jaren die daarop volgden, is de conceptuele en de definatorische samenhang van het systeem van positief recht nog verder geoptimaliseerd in de zogenaamde *École de l'Exégèse*.¹⁶ Uitgangspunt daarbij was de gedachte dat het mens- en maatschappijbeeld dat van het gecodificeerde recht kon worden afgelezen, tegelijk een weergave inhield van de ware natuur van mens en samenleving. In wet en doctrine – zo was de gedachte – hebben mens en samenleving eindelijk en definitief hun ware natuur bereikt. De eeuwige rust van de *paix bourgeoise* leek te zijn bereikt.¹⁷ Elke feitelijke ervaring van mensen die daarvan zou kunnen afwijken, dient als list en illusie te worden afgewezen. In plaats van te kijken, te luisteren en betrokken te raken bij de ervaringswereld van mensen, diende de jurist zich te concentreren op tekstexegese van de wet.

In het negentiende-eeuwse Duitsland heeft zich een gelijkaardige ontwikkeling voorgedaan, ondanks het sterke verzet dat daar leefde tegen de Napoleontische codificatie. Niet de gecodificeerde wetboeken maar het Romeinse *Corpus Iuris* stond daarbij op de voorgrond. Carl Friedrich VON SAVIGNY en zijn *Historische Rechtsschule* zagen in het systeem van het Romeinse recht immers het volmaakte rechtssysteem dat paste bij een tot volwassen rijpheid ontwikkeld volk. VON SAVIGNY was inderdaad van mening dat in de wijze waarop de *Volksgeist* zich in de geschiedenis ontvouwt, gaandeweg ook het patroon wordt gearticuleerd van haar redelijkheid en dat tot in de techniciteit van de rechtsvorming toe.¹⁸ Hij zag in het Romeins recht het prototype van een aldus uit de Europese *Volksgeist* gegroeid recht, waarvan Duitsland zichzelf als de erfgenaam zag. De ware vertegenwoordigers van het volk waren in zijn ogen dan ook niet diegenen die het dichtst bij de mensen stonden, noch diegenen die zich met de praktijk van de actuele rechtstoepassing bezighielden. Het waren integendeel de academische juristen, de specialisten in het Romeins recht, die als de ware vertegenwoordigers van het volk dienden te worden beschouwd.

De streng geometrisch opgebouwde begripsstructuur van de rechtswetenschap wordt zodoende een weerspiegeling van de logische samenhang van het recht zelf, zoals dit zich organologisch in de werkelijkheid ontwikkelt. De werkelijkheid op haar beurt wordt geacht hieraan te beantwoorden. Voor VON SAVIGNY betekent dit dat de historische groei van het recht gezien wordt als een harmo-

15. Zie hierover uitgebreid: R. FOUQUÉ, "Het belang van het recht. Ontwikkelingen in de continentale rechtstheorie", in E. BRUGMANS en J. ELDERS, *Recht en legitimiteit*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987, p. 35-95.

16. J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en Droit civil*, Paris, de Boccard, 1924. In het Nederlandse taalgebied is de boeiende studie te raadplegen van B. BOUCKAERT, *De exegetische School. Een kritische studie van de rechtsbronnen- en interpretatieleer bij de negentiende eeuwse commentaren van de Code Civil*, Antwerpen, Kluwer, 1981.

17. A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

18. A. MANIGK, *Savigny und der Modernismus im Recht*, Berlin, Franz Vahlen Verlag, 1914, i.h.b. p. 161 e.v.

nieuwe, zich steeds verder ontwikkelende *begriffliche Architektonik* die geen breuken toestaat. Dit alles wordt geprojecteerd in het maatschappelijk-historische, dat zelf ook geen fundamentele breuken meer *kan* kennen. Deze opvatting van rechtswetenschap reduceert culturele en maatschappelijke veranderingen tot interne methodologische problemen van het recht. Zo wordt alles met alles verenigbaar geacht in functie van de interne samenhang van de rechtswetenschap zelf.¹⁹

Zoals de Franse codificatie zijn extreme verabsolutering beleefde in de *École de l'Exégèse*, zo geschiedde dat in Duitsland met de *Historische Rechtsschule* en haar verabsolutering in de *Begriffsjurisprudenz*.²⁰ Hoe opvallend deze gelijkenis is in beider dogmatiseringsproces naar een zelfgenoegzame en gesloten rechtsopvatting toe, moge blijken uit de treffende uitspraak van de jonge Rudolph VON IHERING die, volledig in de ban van het ideaal van de *begriffliche Architektonik des Rechts*, zich laat ontvallen: "Denn in wie ungewöhnlichen, abweichenden Bildungen sich auch der fortschreitende Verkehr ergeben möge, die Besorgnis, dass er uns etwas absolut Neues bringen könnte, d.h. etwas, was nicht unter irgend einen unserer bisherigen Begriffe fiele, und wäre derselbe auch noch so allgemein, – diese Besorgnis ist eben so unbegründet, als wenn man glauben wollte, es könnten heutzutage noch Thiere entdeckt werden, die im zoologischen System der heutigen Wissenschaft absolut kein Unterkommen fanden. Eine Jurisprudenz die seit Jahrtausenden arbeitet, hat die Grundformen oder Grundtypen der Rechtswelt entdeckt, und in ihnen hält sich auch alle fernere Bewegung, so sehr sie im Uebrigen von der bisherigen divergieren möge; eine solche Jurisprudenz läßt sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit setzen."²¹ Het zal duidelijk zijn dat de *Besorgnis* waarover VON IHERING hier spreekt nog weinig te maken heeft met de zorgvuldige bezorgdheid van de Aristotelische *phronèsis*.

Wanneer de oudere VON IHERING later kritische afstand neemt van de gesloten en monodisciplinaire rechtsopvatting van de *Begriffsjurisprudenz*, kijkt hij met een scherp cynisme terug naar de pseudo-samenhang die daarin werd nagestreefd. Hij heeft het dan over de wereldvreemde studeerkamers van de rechtstheoretici: "Bei nächtlicher Weile und Lampenschein, zur Seite das Corpus Iuris, diesen Schacht civilistischer Weisheit, sehen Sie hier die Träger der Wissenschaft des gemeinen Rechts emsig beschäftigt."²² De twintigste-eeuwse Nederlandse rechtsgeleerde EGGENS zal een dergelijke attitude scherp veroordelen en haar kapitelen als *Unbegriffsjurisimprudenz*.²³ Een dergelijk ideaal van theoriebeoefening is inderdaad niet onschuldig. Samenhang en conceptuele zuiverheid

19. G. HAVERKATE, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, i.h.b. p. 55 e.v.

20. W. KRAWIETZ (Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.

21. Geciteerd uit VON IHERING's *Jahrbüchern*, bij W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1958, p. 14.

22. R. VON IHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum* (1884), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980, p. 6.

23. J. EGGENS, *Over het fingen van rechtsficties* (oratie Universiteit van Amsterdam, 1958), in *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, II, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1959, p. 314-328, i.h.b. p. 318.

gaan in de *juristische Begriffshimmel* – ver van de dolle menigte van de justitiabelen – hand in hand: “Den Namen praktisch darfst Du hier gar nicht nennen; wenn ein anderer als Ich das Wort gehört hätte, so hätte dies Deine sofortige Ausschliessung zur Folge gehabt. Bedeutung der Probleme für das Leben? Gibt es denn hier ein Leben? Hier herrscht nur die reine Wissenschaft, die Rechtslogik, und die Bedingung ihrer Herrschaft und all der Herrlichkeit, die sie aus sich entlässt, besteht gerade darin, dass sie mit dem Leben nicht das mindeste zu schaffen hat.” VON IHERING spreekt vervolgens in een niet mis te verstane metaforiek van het *anatomisch-pathologisches Begriffskabinett* dat ontstaat wanneer de (ras)-zuivere conceptuele constructies van de rechtswetenschap te zeer blootgesteld worden aan de misvormende invloeden van de wereld der feiten. Zo ontstaan slechts gedrochten en “Solche Missgeburten können, wenn sie auch auf Erden eine kümmerliche Existenz führen, doch in unserem Himmel nicht leben, denn hier lebt nur, was wissenschaftlich gesund d.i. begrifflich rein, logisch korrekt ist.”²⁴

Natuurlijk maakt VON IHERING hier een sarcastische karikatuur van het negentiende-eeuwse gesloten rechtsdenken. Toch is het van belang dat wij ons – door de ietwat gedateerde karikatuur heen – de boodschap ervan blijven aantrekken. Nog steeds – zo blijkt uit de programmaverklaring van het startende *Panopticon* uit 1980 – is het gevaar van een contextloze strafrechtswetenschap reëel aanwezig. VON IHERING’s formuleringen hebben nog niets aan trefzekerheid ingeboet. In het hart van een aan zichzelf overgeleverde strafrechtswetenschap heeft zich op hardnekkige wijze een groot wantrouwen genesteld tegenover de niet strikt-juridische ervaringswereld van mensen. Het theoretische recht kan zich – in de woorden van VON IHERING – toch niet meer door de toevallige geschiedenissen van mensen in verlegenheid laten brengen. Theorievorming komt dan los te staan van de waarneming, van het kijken en luisteren, die zo centraal stonden in de pre-filosofische notie van *theoria*. De juristen van vandaag dreigen dan te worden als de kardinalen in Bertolt BRECHT’s theaterstuk, die op GALILEI’s vraag om te komen kijken door zijn sterrenkijker en zich op grond daarvan te laten overtuigen over de ware stand der hemellichamen, prompt antwoorden dat zij niet meer hoeven te kijken omdat zij ARISTOTELES hebben gelezen.²⁵

4. Tegenhang

Het wetenschappelijk avontuur van de negentiende-eeuwse rechtswetenschap heeft totalitaire trekken gekregen omdat het de illusie ingang heeft doen vinden dat de gehele werkelijkheid – actueel of potentieel – in het rechtssysteem gevat zou kunnen worden. In de conceptuele samenhang van het rechtssysteem wordt immers – zo is de gedachte – de interne samenhang van de levende werkelijkheid zelf weerspiegeld. Daardoor kunnen alle interne spanningen, alle belangen-tegenstellingen, botsende standpunten of uiteenlopende ervaringen, die zich binnen de samenleving zouden kunnen manifesteren, worden weg gerationaliseerd.

24. R. VON IHERING, *a.w.*, p. 259.

25. B. BRECHT, *Leben des Galilei* (1938/39), in B. BRECHT, *Die Stücke von Bertolt Brecht in einem Band*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1978, p. 491-540, i.h.b. p. 508.

De realiteit van de strafrechtsbedeling wordt dan aan het oog van de strafrechtswetenschap onttrokken. Precies de waarschuwing tegen een dergelijke vervreemding van de strafrechtswetenschap ten aanzien van de realiteit vormt de achtergrond van DUPONT's opmerking bij de start van *Panopticon*: "Strafrechtsbedeling is zovéél méér dan enkel een juridisch actieveld; het is een spanningsveld waar fundamentele maatschappelijke machten, mechanismen en oplossingsstrategieën van collectieve en individuele problemen zich op een heel bijzondere wijze verdichten."²⁶

Wanneer dat spanningsveld wordt genegeerd, dan worden we geconfronteerd met een homogenisering van de publieke ruimte onder het monopolistische commando van de strikt juridische rationaliteit. De hedendaagse Franse politieke filosoof Claude LEFORT spreekt in dat verband van *un renversement de la logique démocratique*.²⁷ In onze democratische traditie, waarin het ideaal van een fatsoenlijke samenleving samengaat met het regime van een gematigde staatsvorm, kan samenhang inderdaad nooit los worden gezien van tegenhang.²⁸

Onder *tegenhang* wordt hier – in de meest algemene zin – verstaan: de aanwezigheid van het *tegenover*, van de andere positie die een tegengewicht kan vormen ten opzichte van het ene. Het voorziet in een plaats van waaruit excentrisch kan gekeken worden naar de andere positie. Bekeken vanuit de ene positie zaait het *tegenover* twijfel, omdat het de absoluutheidsaanspraken ervan relatieveert en de vermeende zekerheden van mijn aanvankelijk samenhangend weten ondermijnt. De spanning tussen samenhang en tegenhang kan een pluraliteit van waarheidsaanspraken aan het licht brengen.²⁹ Dat betekent niet dat de spanning tussen uiteenlopende benaderingen, analyses, ervaringswerelden of disciplines noodzakelijk zou moeten leiden tot wederzijdse uitsluiting. Het klassieke negentiende-eeuwse beeld van recht deed dat wél, omdat het a priori geen plaats kon inruimen voor het andere weten. Het recht van een democratische rechtsstaat dient open te staan voor een pluraliteit van benaderingen en posities. In plaats van één bepaald beeld van de werkelijkheid te monopoliseren en voor natuurlijk te verklaren, dient het recht met zijn taal van begrippen en beginselen een bemiddelende rol te spelen tussen een veelheid van waarheidsaanspraken, percepties en ervaringswerelden.³⁰ De Engelse rechtsfilosoof Herbert HART sprak in zijn beroemde boek *The Concept of Law* om die reden over de principiële *open texture* van het recht.³¹

Zoals in de muziek verschillende melodische lijnen zich zelfstandig en *tegenover* elkaar kunnen ontwikkelen en juist daardoor elkaar in evenwicht kunnen houden, zo is het ook in het recht. Elders heb ik die gedachte – samen met de

26. L. DUPONT, *a.w.*, p. 104.

27. CL. LEFORT, "La logique totalitaire", in CL. LEFORT, *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, Paris, Éditions Fayard, 1981, p. 85-106, i.h.b. p. 99.

28. A. MARGALIT, *The Decent Society*, Cambridge (Mass.)/London, Harvard University Press, 1996.

29. S. GUTWIRTH, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap*, Brussel/Antwerpen, VUBPress/Maklu, 1993.

30. R. FOQUÉ en A.C. 'T HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, i.h.b. de hoofdstukken 4, 10 en 11; R. FOQUÉ, "Le droit comme médiation", in PH. GÉRARD, F. OST en M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, p. 127-148.

31. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 124 e.v.

Leidse hoogleraar strafrecht A.C. 'T HART – nader uitgewerkt: wat in de muziek het *tegenover* van het *contrapunt* is, dat is in het recht de *contrafacticeit* van de begrippen en beginselen die zich in hun open textuur en in hun abstracte samenhang *tegenover* de pluriforme *facticeit* van de menselijke ervaringswereld bevinden.³² GUTWIRTH gaat hierop verder en spreekt met een treffende metafoor over de *polyfonie van de rechtsstaat*: “In een polyfonie functioneren melodische vrijheid en melodische veelheid als een muzikale eenheid. (...) Een democratische rechtsstaat is in die zin polyfoon dat hij, zonder dat het geheel in chaos zou vervallen, (...) de grootst mogelijke diversiteit beschermt.”³³

5. Samenhang en tegenhang: checks and balances

Tot de kern van het erfgoed van de democratische rechtsstaat behoort het beginsel van het evenwicht van machten, zoals dat in de achttiende eeuw door MONTESQUIEU werd uitgewerkt.³⁴ Zijn zoektocht naar de geest der wetten is een treffend voorbeeld van de blijvende relevantie van het oude Griekse ideaal van *theoria*. Net als de oude Grieken, was MONTESQUIEU van mening dat het praktische weten niet kan worden verkregen in de beslotenheid van de studeerkamer, zoals later de negentiende-eeuwse juristen zouden denken. Een dergelijk isolement kan slechts leiden tot pseudo-objectiviteit. De theoreticus is de reiziger, die zich kijkend en luisterend deelgenoot weet te maken van de ervaringen, de geplogenheden en de instituties van mensen in hun samenleving.³⁵ MONTESQUIEU's *De l'Esprit des Lois* is één groot reisverslag, waarin de auteur vertelt en reflecteert wat hij heeft gezien en beleefd tijdens zijn vele reizen in de wereld van zijn tijd (synchroon), maar ook tijdens zijn vele reizen in de geschiedenis van verschillende wereldculturen (diachroon).³⁶ Hij is in de ban van de passie voor diversiteit en voor de comparatieve en confronterende blik op de eigen cultuur en samenleving.

Door het ernstig nemen van de ervaring van verscheidenheid en pluraliteit – zo meenden MONTESQUIEU en zijn tijdgenoten – kon de geest worden bevrijd uit de beknelling van abstracte dogma's en van wijsgerige vooroordelen. De universaliteit van algemene beginselen van samenleven en de wijze waarop de menselijke rede werkzaam is in de diversiteit van culturen, dient op een andere

32. R. FOQUÉ en A.C. 'T HART, *a.w.*, hoofdstuk 4.

33. S. GUTWIRTH, “De polyfonie van de democratische rechtsstaat”, in M. ELCHARDUS (red.), *Wantrouwen en onbehegen. Over de vertrouwens- en legitimiteitscrisis*, Brussel, VUBPress, 1998, p. 137-193.

34. Zie uitvoerig over de rechtsopvatting van MONTESQUIEU en over de actualiteit ervan: R. FOQUÉ, “Evenwicht van machten en rechtsstatelijke vernieuwing”, in: A. ALEN en L. WINTGENS (eds.), *De Trias Politica ruimer bekeken*, Staatrechtconferentie 1999 Vlaamse Juristenvereniging, Brussel, Larcier, 2000, p.1-23, i.h.b. p. 5.

35. Typisch in dat verband is het genre dat MONTESQUIEU in één van zijn vroegere werken hanteert: hij verpakt er zijn kritische analyse van het eigen Franse bestel in de brieven die Perzische reizigers op bezoek in Frankrijk aan elkaar schrijven en waarin zij hun verbazing uitspreken over wat zij hier te zien en te horen krijgen: MONTESQUIEU, *Lettres Persanes*, in MONTESQUIEU, *Oeuvres Complètes*, I (Édition établie et annotée par Roger Caillois), Paris, Édition de la Pléiade, 1949, p. 129-373.

36. M. DODDS, *Les récits de voyages. Sources de l'Esprit des Lois de Montesquieu*, Paris, Librairie Ancienne Honoré Champion, 1929.

wijze dan deze van de zuivere theorie of van de metafysische speculatie te worden ontdekt. De toegang tot de menselijke rede ligt in de veelheid en in de variëteit van levenswijzen en van ervaringen, niet in de vermeende eenheid van vooropgestelde ideeën. Dat geldt zowel voor het reizen in de geschiedenis als voor het reizen in de eigentijdse wereld. Ook de lezer wordt betrokken bij het avontuur en uitgenodigd om zelf verder te denken: “Il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet, qu’on ne laisse rien à faire au lecteur. Il ne s’agit pas de faire lire, mais de faire penser.”³⁷

Het praktische weten, de *verstandigheid*, waaraan mensen behoefte hebben bij de inrichting van hun samenleving, dient gericht te zijn op het verwerven van inzicht in de samenhang der dingen, maar die samenhang kan slechts op het spoor worden gekomen door de tegenhang met de andere benadering en de andere cultuur ernstig te nemen. MONTESQUIEU is van mening dat slechts de comparatieve studie van verschillende culturen inzicht kan opleveren in de onderlinge samenhang en beïnvloeding van het politieke regime waarin mensen leven, het constitutionele model waarin zij de staatsmacht organiseren, de structuur van het sociale weefsel, de wijze waarop mensen met elkaar omgaan en het zelfbeeld dat zij daarin ontwikkelen.

Menselijke vrijheid is voor MONTESQUIEU geen abstract, ontologisch mysterie, maar een kwestie van praktisch verstand en van het recht. Vrijheid is slechts mogelijk wanneer de macht niet in één hand is, maar verdeeld over verschillende machten, die elkaar in evenwicht houden. Het model van de *trias politica* is dan ook niet zozeer gekenmerkt door *scheiding der machten*, maar eerder door *evenwicht van machten*.³⁸ Na wat zo-even werd gezegd over de intellectuele persoonlijkheid van MONTESQUIEU, moge het duidelijk zijn dat hier meer aan de orde is, dan een strikt-juridisch constitutioneel model van machtsverdeling. De Duitse filosoof Odo MARQUARD heeft er onlangs nog met kracht van argumenten op gewezen dat MONTESQUIEU dacht vanuit een wélbepaalde filosofische traditie, met name die van de moralistiek, die op haar beurt teruggaat op het scepticisme.³⁹ De sceptische twijfel is de uiteindelijke zin van het machts-evenwicht in de triasleer: “Freiheiten entstehen durch Gewaltenteilung. Der Sinn für diese Freiheiten ist nicht die prinzipielle Philosophie, sondern die Skepsis. Das bestimmt zugleich die Rolle ihres Zweifels: als Teilung auch noch jener Gewalten, die die Überzeugungen sind, ist *der skeptische Zweifel der Sinn für Gewaltenteilung*.”⁴⁰ De traditie van het scepticisme vormt de ideale voedingsbodem voor de democratische rechtsstaat. Democratie kan immers per definitie geen zelfgenoegzaam en rustig bezit zijn, maar zal steeds in een klimaat van

37. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, in MONTESQUIEU, *Oeuvres Complètes*, II (Édition établie et annotée par Roger Caillois), Paris, Édition de la Pléiade, 1951, p. 430.

38. Zie hierover reeds: R. FOUQUÉ en A.C. 'T HART, *a.w.* Zie ook: W. WITTEVEEN, *Evenwicht van machten* (Oratie K.U.B. Tilburg 1991), Zwolle, Tjeenk Willink, 1991. R. FOUQUÉ, “Evenwicht van machten ...”, *a.w.*

39. O. MARQUARD, *Apologie des Zufälligen*, Stuttgart, Reclam, 1986, i.h.b. p. 117-139. Zie over de ideeënhistorische achtergronden van het scepticisme: R.H. POPKIN, *The History of Scepticism from Erasmus to Descartes*, Assen, van Gorcum, 1964.

40. O. MARQUARD, *Abschied vom Prinzipiellen. Philosophische Studien*, Stuttgart, Reclam, 1984, p. 19.

scepsis en twijfel bevochten en geïncultueerd moeten worden. Daarin is geen plaats voor het grote gelijk van een monodiscipline die geen tegenhang duldt.

Vrijheid in een fatsoenlijke samenleving en in een gematigde staatsvorm is slechts mogelijk wanneer die vrijheid verbonden wordt met twijfel en scepsis. In de sceptische traditie duidt de Griekse term *isosthenès diaphonia* “een meningsverschil of strijdpunt aan waarbij beide partijen gelijkwaardig zijn en dezelfde macht hebben.”⁴¹ Het gaat daarbij niet alleen maar over verschillende meningen, maar vaak nog veel fundamenteeler over verschillende werelden. Wat de strafrechtsbedeling betreft gaat het hier over de verschillende werelden van respectievelijk de parketten, de strafrechter, de hulpverlening, de gevangenis, enz.

Het is precies dat inzicht in de veelheid van werelden, van verhalen en reflecties, dat MONTESQUIEU tot de wijsgerige grondslag van zijn triasleer rekent. De respectieve constitutioneel verankerde partners in de trias zijn tegelijk gelijkwaardig en met een gelijke macht bekleed. Slechts dan kan een evenwicht ontstaan. Met de juridisch-staatkundige noodzaak dat de ene macht de andere begrenst, hangt de wijsgerige noodzaak samen dat de ene overtuiging en de ene ervaringswereld de andere begrenst en in evenwicht houdt. Het behoort tot de noodzakelijke evenwichten van een democratische rechtsstaat: geen samenhang zonder tegenhang.

6. Twee decennia strafrechtstheorie in Panopticon

Tot slot van deze bijdrage moge ik kort naar een aantal thematische perspectieven verwijzen, die in twintig jaargangen van *Panopticon* aan de orde zijn gesteld en die op authentieke wijze illustreren hoe het tijdschrift een belangwekkende rol speelt in het levend houden van een inspirerende scepsis en van een forum voor permanente reflectie: *Panopticon* als de voedingsbodem waarin een ware *theoria* kan gedijen.

6.1. DE NOODZAKELIJKE BAND TUSSEN THEORIE EN PRAKTIJK EN DE ZOEKTOCHT NAAR EEN GEÏNTEGREERDE STRAFRECHTSWETENSCHAP

In hun recente editoriaal typeren HEBBERECHT en PONSAERS een wetenschap zonder theorie als de tot mislukking gedoemde poging om te *vliegen zonder vleugels*.⁴² Een haast onvermijdelijke consequentie van een in zichzelf gekeerde en daardoor van de werkelijkheid vervreemde *zuivere strafrechtswetenschap* is inderdaad gelegen in een toenemende theorie-*vijandigheid* van vele praktizijnen. Zij is mede het gevolg van een opvatting van theorie – en van de daarbij passende aard van theorie-beoefening – die los is geraakt van de oorspronkelijke eenheid van theorie en ervaring, van waarnemen en denken, van reflectie en oordeel, zoals die in de antieke Griekse opvatting nog besloten lag. Aan het

41. Aldus de omschrijving die de vertaler Laurens TEN KATE geeft in de Nederlandse vertaling van O. MARQUARD, *Einde van het noodlot? en andere essays*, Baarn, Agora, 1999, p. 44.

42. P. HEBBERECHT en P. PONSAERS, “Vliegen zonder vleugels, wetenschap zonder theorie”, *Panopticon* 1999, p. 505-509.

probleem van een contextloos geworden theorie beantwoordt zodoende het probleem van een theorie-loze praktijk, die de jurist dreigt over te leveren aan de tirannie van de casuïstiek. Zij vormen de twee kanten van eenzelfde medaille. Panopticon heeft een dergelijke theorie- vijandigheid steeds afgewezen.

Karakteristiek voor deze aanpak zijn de vele bijdragen in *Panopticon* waarin wordt gezocht naar het – ook theoretisch – (h)erkenbaar maken van de in het klassieke strafrecht geheel of gedeeltelijk verborgen gebleven actoren. Hun theoretische (h)erkenbaarheid is de noodzakelijke voorwaarde die moet worden vervuld opdat de complexe ervaringswerelden en hun in vele *Geschieden verstrickte* levensverhaal zouden kunnen worden gemobiliseerd voor een beter verstaan en voor een adequatere uitbouw van de strafrechtsbedeling.⁴³

Een kritische reflectie op de botsende rollen, taken, verantwoordelijkheden en doelstellingen die binnen het meervoudige veld van de strafrechtsbedeling aan de orde zijn, roept ook de vraag op naar de domeinspecificiteit van de verschillende partners in een geïntegreerde theorie van de strafrechtsbedeling. Aan het expliciete perspectief van het (forensisch) welzijnswerk als belangrijke component van een dergelijke geïntegreerde theorie werden belangwekkende theoretische beschouwingen gewijd door Koen RAES. Hij stelt de vraag aan de orde naar de relatieve autonomie van het welzijnswerk, met zijn eigen doelstellingen en methoden enerzijds, ten opzichte van het justitiële beleid anderzijds. RAES merkt op dat “maatschappelijke problemen steeds meer in termen van rechten worden benaderd, terwijl welzijnspraktijken meer bij justitiële praktijken worden betrokken”, en RAES vervolgt: “Die penetratie van justitieel denken en van justitiële doeleinden in praktijken die zichzelf goeddeels als a-juridisch en autonoom tegenover het justitieel apparaat hadden geprofileerd, roept fundamentele vragen op.”⁴⁴ Een geïntegreerde theorie van de strafrechtsbedeling dient de inherente spanning in de verhouding tussen strafrecht, justitieel beleid en forensisch welzijnswerk niet weg te rationaliseren en bijgevolg niet te recupereren in een omvattend veiligheidsbeleid, maar een dergelijke theorie dient integendeel juist de wederzijdse scepsis en de daarvan uitgaande kritische blik over en weer te erkennen en te bestendigen.

In enkele – ook sterk ideeënhistorisch gestoffeerde – bijdragen werd in *Panopticon* door auteurs als FIJNAUT en VERVAELE bovendien vanuit een meer algemene invalshoek de strafrechtstheoretische zoektocht naar een geïntegreerde strafrechtswetenschap en naar een kritische criminologie geanalyseerd.⁴⁵ In zijn

43. Te noemen zijn hier o.m.: T. PETERS, “Knelpunten bij penitentiaire beleidsvoering in België”, *Panopticon* 1980, p. 57-66; T. PETERS, “Een pleidooi voor een radicaal reductionistisch opsluitingsbeleid”, *Panopticon* 1984, p. 277-282; F. HUTSEBAUT, “De positie van de benadeelde in het Belgisch strafproces”, *Panopticon* 1985, p. 410-433; F. HUTSEBAUT, “Slachtoffers van misdrijven”, *Panopticon* 1986, p. 109-114. W. MEYVIS, “Slachtoffers van misdrijven: noden, voorzieningen, beleid. Een visie vanuit het forensisch welzijnswerk”, *Panopticon* 1989, p. 120-140.

44. K. RAES, “De ethiek van het (forensisch) welzijnswerk en het veiligheidsbeleid. Tussen individuele rechtsaanspraken en punitieve ordeningspraktijken”, *Panopticon* 1996, p. 570-591, i.h.b. p. 587.

45. Zie o.m. de bijdragen van C. FIJNAUT, “Verklaren en bestrijden in de criminologie”, *Panopticon* 1981, p. 549-574. J. VERVAELE, “Criminele politiek: het gladde ijs tussen criminologie en strafrechtsbedeling. Historische reflecties over het ontstaan en de rol van de ‘Gesamnte Strafrechtswissenschaften’ in de sociale rechtsstaat”, *Panopticon* 1984, p. 111-140. R. LIPPENS, “Naar een grenze(n)-loze criminologie”, *Panopticon* 1999, p. 563-574.

Rotterdamse oratie heeft FIJNAUT bovendien een beklijvende analyse gepresenteerd van de vele illusies en desillusies die ruim een eeuw arbeid aan een dergelijk project voor de Europese ontwikkelingen heeft opgeleverd.⁴⁶ Hier ligt ook voor de toekomst van de strafrechtstheorie een groot reservoir aan historisch leervermogen voor het grijpen.

6.2. THEORIE IN DE OPENBAARHEID VAN DE PUBLIEKE RUIMTE

De samenhang van theorie en praktijk kan evenwel slechts worden bewerkstelligd, wanneer die theoriebeoefening – dat *Reflexion auf eigenes Tun* – in de openbaarheid kan plaatsvinden. Op de praktijkgerichte en daardoor de praktijk beïnvloedende reflecties moeten een centrale positie kunnen verwerven in de publieke ruimte van politiek, beleid en rechtsvorming. De Joodse politiek-filosoof Hannah ARENDT heeft de publieke ruimte ooit eens treffend omschreven als *a space of appearance*, waarin ieder vanuit onderling verschillende posities spreekt en handelt in het aanschijn van de ander. Dat betekent dat ieder door de andere kan en moet worden aangesproken op wat hij te zeggen en te doen heeft.⁴⁷ De Amerikaanse rechtstheoreticus Ronald DWORKIN spreekt in datzelfde perspectief van een *society of principle*, waarin ieder burger door ieder ander kan worden aangesproken over zijn of haar verantwoordelijkheid voor het gemeenschappelijk belang dat hen bindt. Dat is de noodzakelijke voorwaarde – zo stelt hij – om eenieder te kunnen verzekeren van een *right to equal respect and concern*.⁴⁸

Het gemeenschappelijk belang dat ons bindt en de beginselen die daarbij geacht mogen worden onze samenleving te dragen, zijn niet af te lezen uit een *zuivere theorie* noch uit de eigen zekerheden van een autonoom in zichzelf gekeerd (straf)recht. Zij zijn het voortdurende resultaat van publieke deliberatie⁴⁹ en participatie van een veelheid van actoren met elk hun ervaringswereld. Praktisch weten dient in die zin altijd responsief te zijn ten aanzien van maatschap-

46. C. FIJNAUT, *Verleden, heden en toekomst van de geïntegreerde strafrechtswetenschap*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen, 1986.

47. H. ARENDT, *a.w.*, p. 50 e.v. en p. 199 e.v.

48. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.)/London, Harvard University Press, 1986, p. 200-201.

49. Het concept *deliberatieve democratie* speelt een centrale rol in de hedendaagse politieke filosofie. Grote aandacht gaat daarbij naar de procedurele kern van democratie en bijgevolg naar de eenheid van democratie en rechtsstaat. Zo heeft de Duitse filosoof Jürgen HABERMAS de verhouding geanalyseerd tussen *deliberatieve* en *procedurele democratie*. Zie: J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1992, i.h.b. p. 349 e.v. J. HABERMAS, “Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie”, in J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen, Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1996, p. 293-305. Beide concepten zijn weliswaar met elkaar verbonden maar dienen ook ten opzichte van elkaar analytisch te worden onderscheiden. Bovendien moeten beide begrippen analytisch worden onderscheiden van het begrip *associatieve democratie* dat er vaak nogal onbereflecteerd wordt mee gelijkgesteld. Op deze conceptuele onderscheidingen kan hier niet nader worden ingegaan. Zie over *deliberatieve democratie* o.m.: J. BOHMAN, *Public Deliberation. Pluralism, Complexity, and Democracy*, Cambridge (Mass.)/London, The MIT Press, 1996; J. BOHMAN en W. REHG (eds.), *Deliberative Democracy. Essays in Reason and Politics*, Cambridge (Mass.)/London, The MIT Press, 1997.

pelijke ontwikkelingen.⁵⁰ In het woord *responsief* zit steeds de dubbele connotatie: passend *antwoord*, maar ook *ver-antwoord-elijkheid*. Wat de algemene beginselen van een behoorlijke samenleving en van behoorlijk handelen in concreto te betekenen hebben, zal mede gedragen moeten worden door wat DWORKIN aanduidt als “a theatre of debate about which principles the community should adopt as a system, which view it should take of justice, fairness, and due process...”. En dat is echt wat anders – zo voegt hij er aanstonds aan toe – dan ieders monoloog “in which each person tries to plant the flag of his convictions over as large a domain of power or rules as possible”.⁵¹

6.3. DELIBERATIEVE DEMOCRATIE EN LEVENDE RECHTSSTAAT

Het *theatre of debate*, zo centraal in de politieke filosofie van de democratische rechtsstaat, vormt van bij de aanvang een hoofdmotief van *Panopticon*. Het tijdschrift wil waarschuwen tegen een fatale privatisering – en dus onzichtbaarheid – van het andere dan het strikt strafrechtelijke weten. Doelstelling van het tijdschrift is: “het scheppen van een forum waarop alle informatie over wat er zich in en rond de strafrechtsbedeling, de criminologie en het forensisch welzijnswerk afspeelt op systematische wijze zichtbaar gemaakt wordt”. Elk woord is hier van belang: het gaat om een *forum* en om een *systematisch* – en dus niet puur occasioneel – *zichtbaar* maken – in de *openbaarheid* van de publieke ruimte dus – van *alle* informatie – een duidelijke verwijzing naar een *pluraliteit* van ervaringswerelden. Het gaat om “een forum waarop open confrontatie en discussie mogelijk worden omtrent de huidige en toekomstige oriëntaties in de strafrechtsbedeling en het forensisch welzijnswerk” en “om het bestendigen in de tijd van een hervormingsdenken dat bestaat in een aangehouden reflectie over de kwaliteit van de strafrechtsbedeling en het forensisch welzijnswerk”.⁵² Het zelfgenoegzame conventionalisme van een autark geworden strafrechtswetenschap dient te worden doorbroken. In haar plaats dient de productieve scepsis van het *Reflexion auf eigenes Tun* zich te nestelen in het hart van een meer geïntegreerde strafrechtswetenschap. Wakkere scepsis dient inderdaad de permanente drijfveer te blijven van het denken en doen. Zo geeft Lieven DUPONT aan zijn bijdrage aan de *Panopticon*-studiedag van 1987 *Polemische bespiegelingen over strafrechtshervorming* het volgende uitdrukkelijke motto mee, dat hij ontleent aan de filosoof Cornelis VERHOEVEN: “Scepsis is niet de neiging om de werkelijkheid te ontkennen; zij bevestigt die en doet recht aan haar gecompliceerdheid door vraagtekens te zetten bij de gedachten die daarover ontwikkeld zijn.”⁵³ *Panopticon* schrijft zich hiermee uitdrukkelijk in in de *normatieve* context van de

50. PH. NONET en PH. SELZNICK, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, Harper Books, 1978, p. 73 e.v.

51. R. DWORKIN, a.w., p. 211.

52. “Editoriaal: Panopticon. Tijdschrift voor Strafrecht, Criminologie en Forensisch Welzijnswerk”, *Panopticon* 1980, p. 2.

53. L. DUPONT, “Polemische bespiegelingen over strafrechtshervorming”, *Panopticon* 1987, p. 385-398.

levende rechtsstaat⁵⁴ en van de politieke filosofie van de deliberatieve democratie waar hij deel van uitmaakt.

6.4. CODIFICATIE TER DISCUSSIE

De Napoleontische codificaties vormden de voedingsbodem – zo werd hoger betoogd – voor het gesloten legalisme van de negentiende eeuw. Enerzijds profileerden zij zich als de bekroning van de revolutionaire idealen van vrijheid, gelijkheid en broederschap. Daartoe behoorde in het bijzonder het spirituele en het retorisch sterk uitgedragen ideaal van de individuele vrijheid en van het mondig burgerschap, zoals dat ook in de *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* was geformuleerd. Anderzijds omarmden diezelfde codificaties een mechanistisch beeld van mens en maatschappij, waarin het individu werd getransformeerd tot een voorspelbaar en beheersbaar radertje in een mechanica van behoeften en belangen. Die fundamentele dubbelzinnigheid kenmerkt het betekenisbereik van het negentiende-eeuwse recht in belangrijke mate.⁵⁵ In *Panopticon* werd – in het kritische perspectief van een meer geïntegreerde en praktijkgerichte reflectie – de vraag opgeworpen of een omvattende codificatie van het strafrecht – onder de dwang en drang van het strikt juridische beginsel van eenheid van recht – nog wel mogelijk en zelfs nog wel wenselijk is. In het verlengde van zijn belangwekkende proefschrift uit 1993,⁵⁶ merkt Yves CARTUYVELS op dat “de *cultus van een algemene en abstracte wet*, uitgevaardigd door de soevereine wetgever, bestemd voor een uniek rechtssubject, is niet langer aan de orde”. Met andere woorden: het geloof in de almacht van een dergelijke conceptie van wet en wetgeving dreigt voorbij te gaan aan het pluricentrisme van de macht, aan het sceptische pluralisme van waarheidsaanspraken in recht en wetenschap en aan de onontkoombare ervaring dat de abstracte rechtssubjectiviteit steeds in een contrafactische spanningsverhouding staat tot de factische ervaringswerelden van vele concrete mensen van vlees en bloed die allen hun identiteit ontlenen aan een complex netwerk van geschiedenissen waarin hun leven verstrikt is geraakt. De werkelijkheid van mens en samenleving is te veelduidig geworden en de mogelijkheden om tot een consensus van waarden te komen als onderpand van een overkoepelende codificatie zijn nagenoeg illusorisch te noemen. Een crisis van wat CARTUYVELS *het strafrechtelijk codificerend model* noemt, kan dan ook geen verbazing wekken. En hij besluit: “Dit soort poging is waarschijnlijk gedoemd te mislukken.” In plaats van grote codificatieprojecten “met een gedetailleerde catalogus van substantiële normatieve inhoud” pleit de auteur voor de zoektocht – kijkend en luisterend naar de vaak versplinterde werkelijkheid van vandaag – naar “richtinggevende principes.”⁵⁷

54. De term *levende rechtsstaat* is ontleend aan de Memorie van Toelichting bij de begroting voor het jaar 2000 van het Nederlandse Ministerie van Justitie: *Kamerstukken Tweede Kamer*, Vergaderjaar 1999-2000, 26 800 hoofdstuk VI, nr. 2, 's Gravenhage, Sdu Uitgevers, 1999, p. 4.

55. Zie hierover uitgebreid: R. FOQUÉ en A.C. 'T HART, a.w., hoofdstukken 2 en 6.

56. Y. CARTUYVELS, *La naissance du Code Pénal. Une généalogie de la codification pénale en Europe*, Thèse de doctorat Université Catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve, 1993.

57. Y. CARTUYVELS, “Socio-politieke bedenkingen over het strafwetboek”, *Panopticon* 1998, p. 397-412, i.h.b. p. 411.

6.5. HYPERMODERNITEIT

De crisis van het codificatiedenken roept een aantal principiële vragen op. Hoeveel heterogeniteit en hoeveel versplintering kan een samenleving zich veroorloven vooraleer zij haar minimale cohesie verliest en uit elkaar spat? Kunnen het recht in het algemeen en de strafrechtsbedeling in het bijzonder nog een bemiddelende rol spelen in het overeind houden van een minimale samenhang in onze samenleving?⁵⁸ Kunnen er nog *richtinggevende principes* worden gearticuleerd die een dergelijk project kunnen schragen? LIPPENS heeft tegen de achtergrond van soortgelijke vragen indringende beschouwingen gewijd aan de vraag: “Kan er, onder hedendaagse condities, of onder *hypermoderne condities* nog een gezamenlijke grond worden gedacht waarop verschillende kritische criminologieën zich kunnen scharen?”⁵⁹ In de hypermoderniteit kent de samenleving geen richtinggevend centrum meer en laat het zich niet meer vangen in één overkoepelend ordenings- en waarderingsplan. De hypermoderniteit is volgens LIPPENS eerder een *lappendeken van hybride locaties* van waaruit uiteenlopende reguleringsmechanismen werkzaam zijn die niet meer onder één gezamenlijke noemer zijn te brengen. Zijn denken, dat aansluit bij hedendaagse denkers als DELEUZE, GUATTARI, BAUDRILLARD en BAUMAN, presenteert aan de lezer een nieuwe variant van sceptisch denken, waarin een variëteit van ervaringswerelden gemobiliseerd kan worden. Dat een dergelijke variëteit niet monddood wordt gemaakt in gefixeerde en fixerende dogmatiek acht de auteur een noodzakelijke voorwaarde voor wat hij een *radicale democratie* noemt.

6.6. BEGINSLENDENKEN

In haar editoriaal van het eerste nummer van de negentiende jaargang wijdt de voorzitter van de redactie Sonja SNACKEN een aantal bedenkingen aan de *Proeve van Voorontwerp van Beginselenwet Gevangeniswezen en Tenuitvoerlegging van Vrijheidsstraffen* die in 1997/1998 door één van de *founding fathers* van *Panopticon*, Lieven DUPONT, in opdracht van de toenmalige Minister van Justitie Stefan DE CLERCK werd gemaakt.⁶⁰ Op 6 februari 1998 organiseerde *Panopticon* te Leuven een studiedag over de *Proeve*.⁶¹ De strafrechtstheoretische basis van dit

58. R. FOQUÉ en A.C. ZIJDERVELD, “De kwetsbare rechtsstaat; over de ruimte van recht en macht in een pluralistische cultuur”, in R. FOQUÉ e.a. (red.), *Geïntegreerde rechtswetenschap*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, p. 291-316.

59. R. LIPPENS, “Naar een grenze(n)loze criminologie”, *Panopticon* 1999, p. 563-574. Zie ook eerdere meer op specifieke kwesties gerichte bijdragen van de auteur: R. LIPPENS, “‘Reintegrative Shaming’ en ‘Republican Criminology’ als pleidooi voor een flexibele maar gekaderde sociale regulering. Kanttekeningen naar aanleiding van een nieuwe criminologie”, *Panopticon* 1997, p. 221-243. R. LIPPENS, “Moderne methode(n) – weerbarstige wereld(en). Enige theoretische beschouwingen over (victim) surveys”, *Panopticon* 1998, p. 311-336. Zie ook het inspirerende proefschrift van R. LIPPENS, *Grenze(n)loze Kriminologie. Spreken, subjectiviteit, radicale democratie en de hypermoderne evaporatie van de kritische criminologie*, Gent, Academia Press, 1998.

60. S. SNACKEN, “Omdat (alle) mensen belangrijk zijn. Bedenkingen bij een ‘Proeve van voorontwerp van beginselenwet gevangeniswezen en tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen’”, *Panopticon* 1998, p. 1-8.

61. L. DUPONT (ed.); *Op weg naar een beginselenwet gevangeniswezen*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, waarin, naast de referaten van de studiedag ook de tekst van de “Proeve van Voorontwerp van

→

ingrijpende project past geheel en al in de filosofie die het tijdschrift van bij de aanvang – van toen tot nu mede onder de bezielende inspiratie van DUPONT – kenmerkt en die het met veel overtuiging blijft uitdragen.

Het ontwerpen van een beginselenwet is een paradoxale onderneming. Zij wil de algemene oriënterende kracht van beginselen tot articulatie brengen in de vorm van de wet, die traditioneel wordt gekenmerkt door zo een groot mogelijke eenduidigheid en precisie. Het beginsel daarentegen is – zoals gezegd – algemeen, maar dwingt juist daardoor tot nadere reflectie en afweging. In de confrontatie met de vaak weerbarstige wereld van de concrete feiten vormen beginselen het knooppunt tussen de concrete beslissing en het concrete beleid enerzijds en de grondwaarden van onze democratische rechtsstaat anderzijds.⁶² DUPONT onderneemt in zijn proeve een consequente en overtuigende poging om de democratische rechtsstaat op zijn woord te nemen. Hoe dienen het gevangenisregime, het statuut van de gedetineerde en de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen in het algemeen eruit te zien en hoe dienen zij te worden georganiseerd en gerealiseerd, als daarbij de grondbeginselen – DWORKIN spreekt van de *implicit philosophy* – van de democratische rechtsstaat in het geheel én in de respectieve onderdelen van die praktijken ernstig worden genomen? Deze vragen kunnen niet worden beantwoord vanuit de ongenaakbaarheid van de *juristische Begriffshimmel*, maar integendeel vanuit de zorgvuldige scepsis van de op de concrete strafrechtsbedeling betrokken *theoria*. Wat de onderlinge *samenhang* van de oriënterende beginselen in de concrete leefwereld van de strafuitvoering te betekenen heeft, kan slechts op het spoor worden gekomen door voldoende *tegenhang* te mobiliseren bij het articuleren ervan.

7. Coda

“Door alles wat zich rond en in de verschillende fasen van de strafrechtsbedeling en het forensisch welzijnswerk afspeelt zichtbaar en toegankelijk te maken voor de justitiabelen kan een nieuwe panoptiek geschapen worden, waardoor de oude panoptische cirkel wordt doorbroken. *Panopticon* is een titel met een dubbele bodem.”⁶³ Zo stond het twee decennia geleden geschreven in het eerste editoriaal van het nulnummer van de eerste jaargang, nog vóór het aan de Minister van Justitie werd aangeboden. Zo is het en niet anders.

→
Beginselenwet Gevangeniswezen en Tenuitvoerlegging van Vrijheidsstraffen” van de hand van Lieven DUPONT is opgenomen.

62. R. FOQUÉ, “Wet en beginsel in een beginselenwet. Inleidende beschouwingen bij het publieke debat over de Proeve van Voorontwerp Penitentiaire Beginselenwet”, in L. DUPONT (ed.), *a.w.*, p. 233-237.

63. “Editoriaal. *Panopticon*. Tijdschrift voor Strafrecht, Criminologie en Forensisch Welzijnswerk”, *Panopticon* 1980, p. 1.