

LEGALITEIT EN RECHTSVINDING IN HET STRAFRECHT

Erik CLAES*

1. Inleidend

1. Geheel in de traditie van de Europese, continentale rechtsstelsels en schatplichtig aan het 18e-eeuwse strafrechtsdenken, wordt het legaliteitsbeginsel tot op heden nog steeds beschouwd als een van de hoekstenen, zo niet dé hoeksteen, van het Belgische strafrecht. Klassiek wordt het legaliteitsbeginsel in het strafrecht gekoppeld aan het adagium “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”: enkel een geschreven rechtsnorm uitgaande van de wetgevende macht kan bepaalde gedragingen zoals diefstal, verkrachting of grafschennis strafbaar stellen; enkel een geschreven rechtsnorm uitgaande van de wetgever kan bepaalde straffen zoals dwangarbeid, gevangenisstraf of een geldboete omschrijven.

Het legaliteitsbeginsel wordt doorgaans opgevat als een rechtsbeschermingsbeginsel en raakt in dat opzicht de kern van de rechtsstaat.¹ Dat overheden slechts strafrechtelijk mogen optreden, indien ze daartoe uitdrukkelijk door een wettelijke norm zijn gemachtigd, wordt geacht een belangrijke garantie te zijn tegen het gevaar van overheidswillekeur. Dankzij een wettelijke strafbaarstelling waarvan de algemene inhoud op voorhand vastligt en over elk concreet geval heen reikt, kunnen individuele burgers het strafrechtelijke optreden precies voorspellen en kunnen ze erop vertrouwen dat strafrechtelijke overheden in gelijkaardige omstandigheden op gelijke wijze zullen handelen (of niet handelen). Een in een wet opgesloten strafbaarstelling zoals die van verkrachting, slagen en verwondingen en grafschennis, zou garant staan voor een *maximaal voorspelbare* en *consistente* strafrechtsbedeling.

Dat de contouren van het strafrecht in principe scherp zijn afgelijnd door de wet, zien de meeste rechtsgeleerden ook als een beperking van het strafmonopolie van de overheid, en aldus als belangrijke garantie voor het vrije handelen van elke, individuele burger. Doordat de verschillende bestanddelen van ongewenste handelingen en praktijken zoals grafschennis of verkrachting in een geschreven, op voorhand kenbaar gemaakte rechtsregel zitten opgesloten, zou de individuele burger op nauwkeurige wijze de marges van zijn vrije handelen kennen. Het legaliteitsbeginsel, althans zo luidt de opvatting van de meeste rechtsgeleerden, belet dat overheden die marge van vrijheid verkleinen en garandeert dat deze zich in hun strafrechtelijk optreden zo *neutraal* mogelijk opstellen

* Doctorassistent, verbonden aan het Centrum voor Grondslagen van het Recht. Faculteit Rechtsgeleerdheid, K.U.Leuven.

1. Zie bijvoorbeeld. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 103; PH. TRAESE, “Rechtsonzekerheid in materieel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel”, *R.W.* 1993-94, (1190) 1190.

tegenover de wijze waarop elke individuele burger zijn vrijheid invult.² Hij kan dan rustig, zonder angst voor overheidsbemoeyenis, zijn eigen handelen op een gecoördineerde wijze afstemmen op het te verwachten gedrag van strafrechtelijke overheden. Op grond van diezelfde wettelijke strafbaarstelling kan hij ook controleren of het strafrechtelijke optreden wel op een verantwoorde, gelegitimeerde wijze verloopt. Kort gezegd: door de strafrechtsbedeling te onderwerpen aan de wet, weet de justitiabele zich in zijn vrijheid beschermd door *recht*.

Deze beschermingsfunctie van het legaliteitsbeginsel vloeit niet alleen voort uit het gegeven dat de wetgever geacht wordt de ultieme bron van recht te zijn in het strafrecht (formele dimensie van legaliteit). De idee van bescherming door recht komt heel sterk tot uiting in wat in de literatuur wel eens de substantiële dimensie van het legaliteitsbeginsel wordt genoemd.³ Zo vindt het legaliteitsbeginsel onder meer zijn concrete uitwerking in de plicht van de wetgever om het delict en de straf op een zo duidelijk en precies mogelijke wijze te omschrijven ('*lex certa*'-beginsel). Het legaliteitsbeginsel concretiseert zich ook in de rechterlijke plicht om de strafwet op een strikte wijze te interpreteren (*het beginsel van strikte interpretatie*). Door de wetgever te verplichten misdrijf en straf zo scherp mogelijk af te bakenen en door aan de strafrechter een zo beperkt mogelijke interpretatievrijheid toe te kennen, zou het legaliteitsbeginsel de individuele rechtsonderhorige een zo voorspelbaar mogelijk overheidsoptreden garanderen.

2. Hoewel het legaliteitsbeginsel geacht wordt een centrale, legitimerende rol te spelen in het Belgische strafrecht, is dit beginsel in datzelfde strafrecht zeer kwetsbaar geworden, zowel in zijn formele als substantiële dimensie. Door recente tendensen in het Belgische strafrecht (internationalisering, federalisering), dat is welbekend, is het niet meer duidelijk of de parlementaire wetgever nog het monopolie heeft inzake strafbaarstelling en de omschrijving van de straf.⁴ Even bekend is het gegeven dat de eis van een duidelijke, toegankelijke en voorspelbare inhoud van de strafwet, zijn greep heeft verloren op de strafrechtsbedeling die door wildgroei van vage wetten overwoekerd wordt.⁵ Een minder bekend gegeven, het aanvangspunt van deze bijdrage, is dat ook het beginsel van strikte interpretatie en het klassieke leerstuk van de interpretatie van de strafwet veel aan invloed hebben ingeboet.⁶ Dit leerstuk, zo zal verderop worden aangetoond, bevat heel wat oneffenheden en onvolkomenheden, waardoor

2. Om die reden wordt het legaliteitsbeginsel wel eens "*rempart de la liberté individuelle*" genoemd, zie P.E. TROUSSE, "L'interprétation des lois pénales", *Rev. dr. pén.* 1952-53, (411) 446.

3. Zie F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, E. Story Scientia, 1997, 184.

4. Zie o.m. M. VAN DE KERCHOVE, "Développements récents et paradoxaux du principe de la légalité criminelle et de ses corollaires essentiels", in X. (ed.), *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, (299)301.

5. Zie bijvoorbeeld L. DUPONT, *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 24; F. GORLE, "Is een ontwarring van de huidige chaos van strafbaarstellingen nog mogelijk?", in X., *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, (457) 458.

6. Zie hierover uitgebreid: F. OST en M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*. Brussel, Bruylant, 1989, 148-233. Zie ook F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, E. Story Scientia, 221-234.

het legaliteitsbeginsel uiteindelijk weinig vat blijkt te krijgen op de rechterspraktijk. Belangrijk hierbij is dat deze oneffenheden juist op een heel scherpe wijze de kwetsbaarheid van het legaliteitsbeginsel in het strafrecht aan het licht brengen.

2. Het klassieke leerstuk van de interpretatie van de strafwet (ter discussie)

3. Op het eerste gezicht lijken het beginsel van strikte interpretatie en het klassieke leerstuk van de interpretatie van de strafwet een adequate invulling te geven van het legaliteitsbeginsel. De in legaliteit verankerde doelstellingen van een voorspelbare, consistente en neutrale strafrechtsbedeling, zouden daar hun uitwerking hebben gevonden in een aantal vuistregels die de interpretatievrijheid van de strafrechter moeten sturen en begrenzen. Zo zou het gevaar van een al te actieve, geëngageerde strafrechter die zich te veel mengt met de individuele vrijheid van de burger, belet worden via het *analogieverbod*. Door de strafrechter te verbieden een wettelijke strafbaarstelling bij analogie uit te breiden, zou, ter bescherming van de individuele justitiabele, de *neutraliteit* en *voorspelbaarheid* van de strafrechtsbedeling verzekerd zijn. Dat het analogieverbod deze garanties kan bieden, lijkt op het eerste gezicht niet te worden tegengesproken door de praktijk. Zo is er bijvoorbeeld het cassatiearrest van 9 december 1981.⁷ Aan het Hof van Cassatie werd de vraag voorgelegd of misdrijven, gepleegd via audiovisuele media, onder de grondwettelijke bescherming van een drukpersmisdrijf vallen. In dit arrest lijkt het legaliteitsbeginsel via het analogieverbod zijn volle uitwerking te hebben gevonden. Uit respect voor de (Grond)wet en om de verdachte een neutrale en voorspelbare uitleg van de strafwet te gunnen, zou het Hof zich zeer terughoudend hebben opgesteld. Het besliste de term ‘persmisdrijf’ niet (analogisch) uit te breiden naar andere media.

Het beginsel van strikte interpretatie houdt naast een verbod, ook een positieve verplichting in, met name de plicht de *juiste* draagwijdte van de strafwet weer te geven. En deze verplichting komt sterk tot uiting in de hiërarchie tussen de verschillende interpretatiemethodes. In het klassieke leerstuk van de interpretatie van de strafwet wegen het onderzoek naar de achterliggende intenties van de wetgever (wethistorische methode) en de analyse van het tekstueel woordgebruik (grammaticale methode) van de strafwet namelijk zwaarder door dan de meer extensieve interpretatiemethodes (teleologische en evolutieve methodes).⁸ Dat laatste heeft wellicht te maken met het gegeven dat de onderliggende ‘ratio’ van de strafwet vaak veel verder reikt dan de eigenlijke wettelijke formulering van de strafwet zelf. Deze meer extensieve methodes nodigen de strafrechter gemakkelijk uit om zijn neutrale positie te verlaten en op grond van een eigen

7. Cass. 9 december 1981, *Pas.* 1982, 482.

8. Zie P.E. TROUSSE, “L’interprétation des lois pénales”, *Rev. dr. pén.* 1952-53, (411) 445: “La loi ne peut jamais être détournée de son sens originnaire. Le juge ne peut jamais se substituer au législateur, ni par conséquent forcer le sens d’une loi pour atteindre des cas par trop éloignés des hypothèses pour lesquelles elle a été faite”. J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, Deux Tomes, Luik, 1965, 87: “L’interprétation extensive prend, au contraire, son point d’appui dans le texte et maintient la subordination de l’interprète à la volonté du législateur”.

waardeoordeel te bepalen wat in de omstandigheden van het geval het relatieve gewicht is van het geïndiceerde beleidsdoel ten overstaan van andere rivaliserende belangen en waarden. Door prioriteit te geven aan de wetshistorische en grammaticale interpretatiemethodes is de oordeelsvrijheid van de strafrechter geheel ondergeschikt aan een vaste, vooraf gegeven wettelijke inhoud die over de context van het geval heen reikt. Op die manier zou het in het legaliteitsbeginsel verweven ideaal van *consistentie* ten volle gewaarborgd zijn. Een dergelijk primaat zou de strafrechter er ook voor behoeden een extensieve interpretatiemethode op zo'n manier te hanteren dat daardoor, al naargelang de noden van het geval, de draagwijdte van de strafwet wordt opgerekt.

Deze laatste overtuiging lijkt ook steun te vinden in de bekende Stookolie-arresten van het Hof van Cassatie van 25 januari 1956 en 21 januari 1957, op grond waarvan het Hof een vaste rechtspraak lijkt te hebben ontwikkeld.⁹ De beklaagde in kwestie had een werktuig vernield dat op stookolie werkte en de vraag lag voor of deze werktuigen tot het toepassingsgebied van het toenmalige artikel 523 Sw. behoorden. Dit artikel maakt echter enkel melding van stoommachines en niet van machines die aangedreven worden door stookolie. In de beoordeling of de appelrechter artikel 523 Sw. hier al dan niet *per analogiam* had uitgebreid, stelde het Hof twee voorwaarden voorop onder dewelke de strafrechter de strafwet mag toepassen op feiten die de wetgever door veranderde maatschappelijke omstandigheden niet kon voorzien. Ten eerste moet de extensieve uitleg met zekerheid door de wetgever zijn gewild. Minstens moet de strafwetgever deze feiten zeker hebben strafbaar gesteld indien ze hem bekend waren (prioriteit van de wetshistorische interpretatiemethode). Ten tweede moeten de feiten in de wettelijke omschrijving van de inbreuk kunnen worden begrepen (prioriteit van de grammaticale interpretatiemethode).

Door beide voorwaarden te respecteren zou volgens het Hof van Cassatie de strafrechter er zich voor behoeden het toepassingsgebied van de strafwet uit te breiden en het gevreesde analogieverbod te schenden. Toegespijst op het *ideaal van consistentie* betekent dit het volgende: door de evolutieve interpretatie van de term 'stoommachine', mede op grond van een grammaticale interpretatiemethode, te beperken tot machines die door stoom aangedreven zijn, en niet uit te breiden naar stookoliemachines, wordt aan de individuele verdachte de garantie gegeven dat de strafwet, doorheen een veelheid van gevallen, op gelijke wijze wordt toegepast.

4. Hoe probleemloos het klassieke leerstuk van de interpretatie van de strafwet er ook moge uitzien, bij nader inzicht zitten er heel wat onvolkomenheden in datzelfde leerstuk vervat. Een *eerste* pijnpunt betreft het *analogieverbod en de grammaticale interpretatiemethode*. Opdat deze interpretatietechnieken ook werkelijk zouden verhinderen dat de strafrechter, op grond van één of ander waardeoordeel, het bereik van een delictsomschrijving uitbreidt, moet de justitiabele kunnen controleren of de strafrechter zich heeft bediend van een geoorloofde, extensieve interpretatiemethode, dan wel van een ongeoorloofde, analoge interpretatiemethode. Door open delictsomschrijvingen zoals diefstal of verkrachting,

9. Cass. 25 januari 1956, *Arr. Cass.* 1956, 414 en *Pas.* 1956, 535 en Cass. 21 januari 1957, *Arr. Cass.* 1957, 372 en *Pas.* 1957, 584.

die door hun vage formulering een brede waaier van gevallen bestrijken, is het echter voor de verdachte vaak onmogelijk om, althans op grond van het klassieke leerstuk van de interpretatie van de strafwet, uit te maken wanneer de strafrechter de vooraf gegeven inhoud van de strafbaarstelling respecteert, dan wel uitbreidt. De grammaticale methode kan hier alvast geen soelaas bieden. Het woordgebruik is dan te algemeen om het toepassingsgebied vanuit de tekst zelf af te bakenen en helpt de justitiabele niet te *voorspellen* hoe de strafrechter de strafwet zal concretiseren, alvorens ze van toepassing te verklaren. De redactie van de strafwet belet ook niet dat de strafrechter, op grond van een bepaald waardeoordeel, een eigen invulling van diezelfde strafwet zal geven, zonder dat er enige duidelijkheid bestaat of de *bewegingsvrijheid* van het individu is gerespecteerd.¹⁰

5. Maar ook indien de strafrechter door een precieze redactie van de strafwet gehouden is de bewoordingen van een strafbaarstelling te respecteren, dan nog bevindt de justitiabele zich in de onzekerheid of de strafrechter wel vanuit een *neutrale houding* de juiste draagwijdte van de strafwet heeft gerespecteerd. Het reeds besproken cassatiearrest van 9 december 1981 kan dit *tweede* pijnpunt illustreren.¹¹ Op het eerste gezicht lijkt in de strikte uitleg van het in de Grondwet neergelegde drukpersmisdrijf het bewijs te liggen dat het Hof tegemoetkomt aan de met legaliteit vervlochten eis van neutraliteit, en dat het hiermee de individuele vrijheden van de verdachte ernstig neemt. Wie echter enige notie heeft van de onderliggende zin en strekking van dit type van misdrijven, weet dat voor deze in de Grondwet geviseerde gedragingen een apart strafrechtelijk regime geldt dat een hogere bescherming aan de verdachte biedt dan andere, in het Strafwetboek opgenomen strafbaarstellingen. Drukpersmisdrijven vallen in de regel onder de jurisdictie van het Assisenhof, wat neerkomt op een veel grotere kans op vrijspraak. Een uitbreiding van artikel 125 G.W., en niet een strikte interpretatie, zou dus ten goede komen aan de vrijheid (vrijheid van meningsuiting) van de verdachte. Uit de strikte uitleg van artikel 125 G.W. en het gebruik van de grammaticale interpretatiemethode 'op zich' kan de justitiabele met andere woorden helemaal niet de zekerheid en het vertrouwen ontlenen dat het Hof van Cassatie op een neutrale wijze de Grondwet tegemoet treedt. Het gebruik van deze methode en het respect voor de letter van de wet, roepen veeleer het vermoeden op dat het Hof deze techniek heeft geïnstrumentaliseerd om het beschermingsregime in de Grondwet te kortwieken en de vervolging van misbruiken van meningsuiting door nieuwe media te vergemakkelijken.¹² De lexicografische betekenis van de term 'drukpersmisdrijf' belet dus niet dat de Grondwet hier op *strategische* wijze wordt ingezet om een bepaald door de rechter gewenst maatschappelijk doel te realiseren.

6. Een *derde* en laatste pijnpunt dat hier ter bespreking wordt voorgelegd, betreft de wetshistorische interpretatiemethode of het onderzoek naar de *wil van*

10. Voor een voorbeeld hiervan zie Antwerpen 13 december 1984, R.W. 1985-86, 244.

11. Cass. 9 december 1981, Pas. 1982, 482.

12. Voor deze problematiek, zie F. TULKENS en M. VERDUSSEN, "La radio et la télévision. Le délit de presse et le droit de réponse", *Ann. dr. Louvain* 1987, (54) 77.

de wetgever. Ter compensatie van de onvolkomenheden van de grammaticale interpretatiemethode, zouden verdedigers van het klassieke leerstuk van de interpretatie van de strafwet kunnen beweren dat in het geval van open delictsomschrijvingen dan toch het onderzoek naar de achterliggende bedoeling van de strafwetgever voldoende garanties kan bieden om de juiste draagwijdte van de strafwet op te sporen. Wat de wetgever heeft gewild, of wat hij had gewild, indien hij de feiten zou hebben gekend, zou het ultieme aanknopingspunt zijn voor justitiabele en strafrechter om de grenzen van het bereik van een strafbaarstelling als diefstal of verkrachting af te bakenen.

Bij nader inzicht doen zich hier allerlei structurele moeilijkheden voor. Eerst en vooral wordt de strafrechter gemakkelijk aan zijn eigen waardering overgeleverd om te kunnen bepalen welk van de teksten, uitspraken, bedenkingen, commentaren al dan niet relevant zijn om de wil van de wetgever te reconstrueren. Neem nu het destijds veelbesproken vonnis van de Brugse Correctionele Rechtbank van 24 april 1997.¹³ De Brugse rechter moest zich daar uitspreken over de vraag wat nu juist humanitaire overwegingen zijn (art. 77 tweede lid Vreemdelingenwet), op grond waarvan een persoon die een illegale vreemdeling helpt in het land te verblijven, van strafrechtelijke veroordeling wordt uitgesloten. De Brugse rechter interpreteerde de wet hier zeer strikt. “*Humanitaire overwegingen*”, zo luidde diens interpretatie, “*hebben immers objectieve en controleerbare achtergronden en strekken anderzijds uitsluitend tot ‘voordeel’ van één enkele partij, terwijl bij liefdes- of vriendschapsmotieven er steeds twee partijen, in casu zowel eerste als tweede beklaagden, voordelen putten*”.¹⁴ De Brugse rechter ondersteunde deze restrictieve uitleg aan de hand van een onderzoek naar de wil van de wetgever. Bij de parlementaire besprekingen zou de Minister van Justitie de term ‘humanitaire overwegingen’ zelf zeer duidelijk restrictief beperkt hebben tot enkel sociale diensten en sociale werken. Heeft de Brugse rechter hier op een neutrale wijze de wil van de wetgever blootgelegd? Tenzij zijn eigen waardeoordeel omtrent de vraag of het al dan niet wenselijk is liefdesrelaties onder de term ‘humanitaire overwegingen’ te klasseren, is er in de voorbereidende werken geen enkel criterium voorhanden om te bepalen in welke mate de uitspraak van de Minister van Justitie doorslaggevend is om de exacte wil van de wetgever op te sporen.¹⁵

Daarnaast is er ook nog een andere structurele moeilijkheid die een neutrale weergave van de wil van de wetgever bemoeilijkt en die kan worden verhelderd aan de hand van het recente arrest van het Brusselse Hof van Beroep van 23 juni 1999 inzake verkrachting.¹⁶ Achter de definitie van een wetsterm, of meer algemeen, achter de formulering van een wettelijke strafbaarstelling schuilen heel wat keuzes van de wetgever. Juristen en rechters doen vaak een beroep op de parlementaire voorbereidingen, omdat daarin vaak tal van keuzes van de wetgever aan de oppervlakte komen. Het grote probleem is echter na te gaan welke

13. Corr. Brugge 24 april 1997, *Rev. dr. étr.*, 247 e.v.

14. *Ibid.*, 248.

15. Eenzelfde redenering gaat ook op voor auteurs die uit de voorbereidende werken een veel bredere uitleg van de term ‘humanitair’ menen te kunnen afleiden. Zie N. VAN DER SCHEUREN, “Tot de wet ons scheidt? Hulpverlening aan vreemdelingen zonder legaal verblijf”, (noot onder Corr. Gent 22 mei 1997), *T. Vreemd.* 1997, 38.

16. Brussel 23 juni 1999, *R.W.* 1999-2000, 1138, noot A. VANDEPLAS.

keuzes, mede in het licht van de omstandigheden van het geval, als *relevante* beleidskeuzes moeten worden beschouwd. Parlementaire voorbereidingen volstaan ‘op zich’ niet om te bepalen in welke mate de woordkeuze van de wetgever in de formulering van een strafbaarstelling tegelijk een beleids- en waardeoptie is die door de wetgever als collectieve entiteit is gekozen. Zo moest de rechter in het zonet genoemde arrest oordelen of het zich laten penetreren van het eigen lichaam door een persoon die daar niet mee instemt, een verkrachting kan uitmaken in de zin van artikel 375 Sw. Het Hof was hier van oordeel dat het zich laten penetreren niet de “*door de wet bedoelde penetratie op een persoon die daar niet mee in toestemt*” inhoudt”. Met stelligheid beweerde het Hof dat “*verkrachting*”, zoals dit begrip door de wetgever wordt omschreven, inderdaad inhoudt dat de dader van dit misdrijf penetreert, doordringt, binnendringt in het lichaam van een persoon die daar niet in toestemt”. Toch was het voor het Hof allesbehalve vanzelfsprekend om op een objectieve, neutrale manier na te gaan of de keuze voor het gebruik van de bewoordingen “penetratie gepleegd op een persoon” als een echte, cruciale beleidskeuze kan worden opgevat. Nergens in de parlementaire voorbereidingen vinden we een verantwoording voor die keuze terug.

3. De kwetsbaarheid van het klassieke legaliteitsbeginsel

7. Dat het analogieverbod en de prioriteit van de grammaticale en wetshistorische methodes ‘op zich’ niet kunnen verhinderen dat de strafrechter op onvoorspelbare, weinig consistente en sterk waarderende wijze de strafwet tegemoet treedt, komt niet uit de lucht vallen. De voorlopige conclusie dat het legaliteitsbeginsel en de daarmee verbonden idealen van voorspelbaarheid, neutraliteit en consistentie, onmogelijk een adequate uitwerking vinden in het klassieke leerstuk van de interpretatie van de strafwet, vloeit echter niet alleen voort uit de tekortkomingen van de zonet genoemde methodes. Bij nader toezien vinden die tekortkomingen hun oorsprong in een drietal *dieperliggende* kwesties die het klassieke legaliteitsbeginsel en de zonet genoemde idealen van voorspelbaarheid, consistentie en neutraliteit zelf erg kwetsbaar maken.

Een *eerste* probleem betreft de spanningsverhouding tussen legaliteit en rechtsvinding.¹⁷ In de strafdogmatiek gaat men er klassiek vanuit dat het rechterlijke redeneerproces in wezen neerkomt op een simpel syllogisme. Als de draagwijdte van de rechtsnorm duidelijk is, dan kunnen de feiten hetzij onder haar toepassingsgebied, hetzij erbuiten worden geplaatst. Moeilijke gevallen zijn die situaties waar de rechtsnorm, *in casu* de strafwet, niet duidelijk is en door gepaste interpretatiemethodes dient te worden verhelderd. Deze klassieke voorstelling van zake is echter misleidend, omdat de strafwet niet *op zich* duidelijk of onduidelijk is.¹⁸ De betekenis van een strafwet, en haar formulering, wordt pas onduidelijk in het gebruik ervan in een concreet geval, en veelal nadat in het

17. Over deze problematiek, zie uitvoering E. CLAES, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht. Een grondslagetheoretische benadering*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, te verschijnen.

18. Zie hiervoor R. DWORKIN, *Law's Empire*, Londen, Fontana Press, 1991, 352. Zie ook C.E. SMITH, *Feit en rechtsnorm*, Maastricht, Shaker Publishing, 1998, 123-149.

licht van de feiten er argumenten aan het licht komen die hetzij voor, hetzij tegen de toepassing van de strafwet pleiten. Wat daarmee bedoeld wordt, is gemakkelijk te verduidelijken aan de hand van een voorbeeld. In een recent cassatiearrest van 5 oktober 1999 moest het Hof zich uitspreken over de vraag of de draagwijdte van de term 'grafschennis', zoals gebruikt in artikel 453 Sw., zich al dan niet beperkt tot daden gepleegd tegen een graf en of de schennis al dan niet een materiële beroering vereist.¹⁹ 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. Dat de term 'grafschennis' om interpretatie vraagt, is niet te wijten aan het feit dat deze term op zich onduidelijk zou zijn. De oorzaak van de interpretatie ligt niet zozeer in de bewoordingen van de wet zelf, maar wel in het gegeven dat in de confrontatie met deze schokkende feiten er impliciete waardeoordelen beginnen te spelen die voor de toepassing van het artikel 453 Sw. pleiten, maar die om precisering en articulatie vragen.

Dit voorbeeld doet ons tegelijk beseffen dat het legaliteitsbeginsel, met zijn idealen van consistentie en voorspelbaarheid, moeilijk greep kan krijgen op de interpretatievrijheid van de strafrechter, omdat dit beginsel, in zijn klassieke gedaante, onverzoenbaar is met de eigen aard van rechterlijke rechtsvinding. Het voorbeeld toont eerst en vooral aan dat rechterlijke oordeelsvorming sterk *contextgevoelig* is, en dit terwijl legaliteit, en het daarin vervlochten ideaal van *consistentie*, de strafrechter, en zeker en vast het Hof van Cassatie, juist gebieden zich te houden aan de abstracte inhoud van de strafwet die de concrete feiten voorafgaat en overstijgt. Enerzijds gebiedt het legaliteitsbeginsel de strafrechter om de juiste draagwijdte van de term 'grafschennis' te respecteren, zoals ze in de aan de feiten voorafgaande strafwet vastligt. Anderzijds, en dat is inherent aan oordeelsvorming, dwingen de omstandigheden van het geval de strafrechter ertoe zelf de term 'grafschennis' vanuit de feiten te concretiseren. Het is pas nadat de verdachte foto's van overleden meisjes heeft gemaakt, dat de strafrechter genoodzaakt wordt te preciseren of grafschennis al dan niet materiële beroering vereist.

De zonet geschetste casus doet ons ook beseffen dat het legaliteitsbeginsel, althans in zijn klassieke gestalte, moeilijk greep krijgt op de strafrechter, omdat de natuur van rechterlijke rechtsvinding ook op gespannen voet staat met het in legaliteit verankerde ideaal van *maximale voorspelbaarheid*. Enerzijds verplicht het legaliteitsbeginsel de rechterlijke interpretatie van artikel 453 Sw. maximaal voorspelbaar te maken opdat de verdachte op voorhand zou kunnen weten of het fotograferen van kinderlijkjes een misdrijf van grafschennis zou uitmaken. Maar anderzijds reveleert de confrontatie van de strafrechter met een onvoorziene situatie, dat de betekenis van de term 'grafschennis' niet op voorhand vaststaat. De betekenis van grafschennis is nog onzeker en moet *achteraf* worden gepreciseerd in het licht van de concrete omstandigheden van het geval. In rechterlijke oordeelsvorming lijkt met andere woorden een onophefbare onzekerheid besloten. Maar die onzekerheid wordt in het strafrecht juist door toedoen van het legaliteitsbeginsel niet geduld. Ze zou, tenminste dat is de vrees,

19. Cass. 5 oktober 1999, *T. Strafr.* 2000, 14, noot J. ROZIE.

de poort openen voor willekeurig, oncontroleerbaar en verdrukkend strafrechtelijk optreden.

Tot slot staat de natuur van rechterlijke oordeelsvorming ook op gespannen voet met het in het legaliteitsbeginsel verstrengelde ideaal van *neutraliteit*. Om de draagwijdte van de term 'grafschennis' te kunnen afbakenen moeten de strafrechter, maar ook de justitiabelen, intuïtief vertrouwd zijn met de normatieve 'pointe' die aan die delictsomschrijving ten grondslag ligt, met name de nagedachtenis van de overledene die respect verdient op elke plaats waar zij te ruste zijn gelegd. Zonder deze gevoeligheid en *waarderende betrokkenheid* van de strafrechter, is een redelijke uitleg van grafschennis gewoonweg niet mogelijk. Deze laatste vaststelling is echter onverzoenbaar met de gedachte dat het legaliteitsbeginsel de strafrechter neutraliteit gebiedt. Het ideaal van *neutraliteit* zou de strafrechter, ter bescherming van de vrijheid van de verdachte, verbieden een eigen waarderende inbreng toe te voegen aan de in de strafwet opgesloten betekenis.

8. De onverenigbaarheid van de contextgebonden, onvoorspelbare en waardevolle dimensie van rechterlijke rechtsvinding, enerzijds, met de in legaliteit vervlochten idealen van consistentie, anderzijds, verklaart op een dieperliggend niveau waarom nu het analogieverbod, alsook de grammaticale en wethistorische interpretatiemethodes 'als zodanig' geen greep krijgen op de rechterspraktijk. De onverzoenbaarheid tussen het klassieke legaliteitsbeginsel en rechtsvinding, verklaart ook waarom deze interpretatietechnieken de eigenlijke inbreng van de strafrechter verbergen, veeleer dan die inbreng bloot te leggen.

Het klassieke legaliteitsbeginsel en het klassieke leerstuk van de interpretatie van de strafwet vinden hun vertrekpunt in de *essentialistische* vooronderstelling dat de betekenis van een strafbaarstelling als grafschennis of hulp aan illegale vreemdelingen 'op zich' staat en vooraf gegeven is. De juiste draagwijdte van een wettelijke term 'humanitair' in artikel 77 tweede lid Vreemdelingenwet, zou zich dan situeren op het niveau van de bewoordingen of achterliggende bedoelingen van de wetgever. De klassieke interpretatiemethodes, en bijgevolg het legaliteitsbeginsel, verliezen echter hun greep op de rechterspraktijk omdat deze essentialistische premisse gewoon fout is. Om die reden ontstaan de grammaticale en wethistorische interpretatiemethodes niet om in te werken op het niveau waar de betekenisvorming van een strafbaarstelling totstandkomt, met name in het gebruik ervan door de rechter in een concreet geval.

Dat bijvoorbeeld het onderzoek naar de wil van de wetgever er niet in slaagt de strafrechter tot *neutraliteit* te dwingen, vloeit dus voort uit het gegeven dat deze methode de strafrechter niet aanspreekt om zijn onvermijdelijke waardevolle betrokkenheid te articuleren en te motiveren. Zo bijvoorbeeld was een verwijzing naar de parlementaire werken geen garantie dat de Brugse correctionele rechter op een zuiver neutrale wijze de draagwijdte bepaalde van de term 'humanitair' in artikel 77 eerste lid Vreemdelingenwet vastlegde. En dat laat zich verklaren vanuit het gegeven dat een onderzoek naar de achterliggende bedoelingen van de wetgever de correctionele rechter niet aanspreekt de eigenlijke beweegredenen (een radicaal migratiestopbeleid) van zijn uitleg van de strafwet te verwoorden en te verantwoorden. Integendeel, een verwijzing naar de parlementaire werken stelt hem in staat die beweegredenen te verbergen.

9. Van zodra aan het licht komt dat de betekenis van een strafbaarstelling, vanwege de eigen aard van oordeelsvorming, niet kan worden opgesloten in de juridische vorm van een strafwet, komt er echter nog een *tweede* dieperliggende kwestie aan de oppervlakte die betrekking heeft op het eigen *rechts* karakter van legaliteit in het strafrecht. Aan het begin van deze bijdrage werd gesuggereerd dat, minstens in een penale context, de beschermende werking van recht ligt in het feit dat de sfeer van het overheidshandelen begrensd wordt door een gesloten wettensysteem. Een dergelijk systeem zou de maximale voorspelbaarheid van het overheidsoptreden garanderen.

In het licht van de eigenheid van rechterlijke oordeelsvorming, kan men zich nu echter afvragen waarom het vanuit het oogpunt van rechtsbescherming nog zinvol is dat het optreden van de strafrechter door de wet aan *recht* gebonden wordt, van zodra aan het licht komt dat de betekenis van een delictomschrijving wordt gevormd *na* confrontatie met een concreet geval. Zo kan men zich vanuit het oogpunt van *maximale voorspelbaarheid* afvragen waarom het nu zinvol is om de berechting van hulp aan illegale vreemdelingen op grond van artikel 77 Vreemdelingenwet rechtstreeks te laten afhangen van enkele zinsneden in de parlementaire voorbereidingen, van zodra blijkt dat die voorbereidingen de betekenis van deze strafbaarstelling niet juridisch kunnen verzegelen. Deze vraag naar de zin van recht en bescherming van recht, wordt des te prangender als de juridische bewoordingen van een strafwet of de parlementaire voorbereidingen juist toelaten om de rechterlijke inbreng onzichtbaar en erg onvoorspelbaar te maken.

Daarnaast valt het, alweer in het licht van rechtsvinding, te betwijfelen of het nog zinvol is om, met het oog op het ideaal van *neutraliteit*, de betekenis van een delictomschrijving te verzegelen in een wettelijke regel, als blijkt dat de keuze en uitleg van de strafwet, en dus de marge van individuele vrijheid van de burger, niet kan beperkt worden tot de juridische bewoordingen ervan, maar onvermijdelijk tot stand komt door maatschappelijke factoren en waardeoordelen die buiten het recht liggen. Waarom is het nog nodig dat rechters zich vastklampen aan de juridische bewoordingen van een term als 'drukkersmisdriven'? Wat voegt het respect voor het tekstueel argument nu toe aan de rechterlijke oordeelsvorming, tenzij dat het meehelpt een instrumenteel en waardegeoriënteerd gebruik van de strafwet te verbergen?

Tot slot rijzen er nu ook twijfels omtrent de idee dat een gesloten systeem van wettelijke strafbaarstellingen in principe garant kan staan voor een *consistente*, gevaloverschrijdende toepassing van diezelfde normen. Opnieuw kan men zich afvragen wat het respect voor de tekst van de strafwet (en de achterliggende intentie) aan de oordeelsvorming toevoegt, als men bedenkt dat de tekst niet belet dat rechters de strafwet onvermijdelijkerwijs vanuit de context van het geval zullen interpreteren. Gelet op de eigen natuur van rechterlijke oordeelsvorming, kunnen de juridische bewoordingen van een wettelijke strafbaarstelling, zoals grafschennis, niet meer garant staan voor de weergave van een gevaloverschrijdende inhoud die in een veelheid van contexten op eenzelfde en gelijke wijze kan worden toegepast.

10. De onverzoenbaarheid van de eigenheid van rechterlijke rechtsvinding met het klassieke legaliteitsbeginsel, brengt ons echter nog tot een *derde* dieperlig-

gende kwestie. De vertwijfeling, de vragen en vraagtekens dringen ook door tot *de idealen* zelf van voorspelbaarheid, neutraliteit en consistentie die in het legaliteitsbeginsel verankerd liggen.²⁰ Daarmee is de these geopperd dat de feitelijke onmacht van legaliteit op de actuele rechterspraktijk zijn oorzaak vindt in een soort van conceptueel onvermogen om dit beginsel samen te denken met de natuur van rechterlijke rechtsvinding. In het licht van het voorgaande kan deze these nog worden versterkt. Dat legaliteit onderhevig is aan erosie heeft vervolgens ook te maken met het gegeven dat het, weerom in het perspectief van rechterlijke rechtsvinding, helemaal niet meer duidelijk is in welke mate de idealen van voorspelbaarheid, neutraliteit en consistentie nog zinvol zijn.

Hoe kan het legaliteitsbeginsel worden herdacht opdat het zou zijn afgestemd op de complexiteit van rechterlijke oordeelsvorming, en opdat het de interpretatievrijheid van de strafrechter zou kunnen sturen en normeren? Waarin ligt het rechtskarakter van legaliteit in het strafrecht? En vanuit welke morele en politiek-filosofische idealen is het alsnog belangrijk dat de rechterlijke oordeelsvorming vanuit het recht door het legaliteitsbeginsel wordt gestuurd en genormeerd? Dat zijn de drie grote onderzoeksvragen die ons in het verder verloop van deze bijdrage zullen bezighouden. Zij leiden de penalist weg van een klassieke rechtsdogmatische benadering en doen de noodzaak inzien van een theoretische bezinning omtrent de natuur van rechterlijke rechtsvinding, maar ook omtrent het rechtskarakter en de achterliggende waarden van legaliteit in het strafrecht. Die bezinning zal zich hieronder voltrekken aan de hand van wat we een *rechtsethisch* model van strafrecht zullen noemen. Parallel aan de zonet geformuleerde onderzoeksvragen liggen in dit model drie ambities vervat: *primo*, het afstemmen van legaliteit op rechtsvinding; *secundo*, het blootleggen van een adequate rechtsopvatting voor legaliteit; *tertio*, het tastbaar maken van de ethische waarde van recht en legaliteit, alsook het herinterpreteren van de idealen van voorspelbaarheid, neutraliteit en consistentie. Tegen de achtergrond van deze ambities zal worden getracht om van een kwetsbare legaliteit opnieuw een *weerbare* legaliteit te maken.

4. Het rechtskarakter van het strafrecht

11. Een rechtsethisch model van strafrecht bevat in de *eerste* plaats de ambitie om, met het oog op herformulering van legaliteit, zoveel mogelijk rekenschap te geven van de eigenheid en complexiteit van *rechterlijke oordeelsvorming*. In een rechtsethische opvatting, en dit in tegenstelling tot een klassieke visie van strafrecht, gaat men uit van de vaststelling dat het rechterlijke redeneerproces retrospectief en contextgevoelig is, en ook niet neutraal verloopt. De draagwijdte van de strafwet staat niet op voorhand vast, maar komt tot stand door rechterlijke waardering, vaak na een waardeafweging, en steeds in confrontatie met het voorliggende, concrete geval.

20. Over deze derde kwestie, vergelijk ook: M. GROENHUIJSEN, "Legaliteit als probleem", *Nederlands Juristen Blad* 1982, (277) 286. Deze auteur legt een rechtstreekse link tussen de pijnpunten van het leerstuk van de interpretatie van de strafwet, enerzijds, en de vraag naar de 'ideële grondslag van het legaliteitsbeginsel', anderzijds.

Voor het legaliteitsbeginsel heeft dit belangrijke gevolgen. Binnen een rechtsethisch model kan dit beginsel niet meer vereenzelvigd worden met de plicht van de strafrechter om de inhoud van een strafwet te respecteren. De eigenheid van rechtsvinding vraagt nu naar een geheel ander wetsbegrip.²¹ Binnen een rechtsethisch model van strafrecht beperkt een (straf)wet zich niet tot een nauwkeurig afgebakend verbod of gebod, maar verwijst ze ook naar een geheel van *normatieve verwachtingen* die met een bepaald aan de strafwet ten grondslag liggend rechtsgoed verbonden zijn. De betekenis van die verwachtingen wordt pas duidelijk in de articulatie ervan in een concreet geval. Zo is bijvoorbeeld de term 'humanitaire overwegingen' uit artikel 77 tweede lid Vreemdelingenwet, die de strafbaarheid van hulp aan illegale vreemdelingen wegneemt, een afkorting van redelijke verwachtingen die verbonden zijn met belangrijke waarden die soms in een spanningsverhouding ten opzichte van elkaar staan (naastenliefde vs. migratiestop). Diezelfde verwachtingen gelden binnen een samenleving tussen overheid en justitiabelen, alsook tussen justitiabelen onderling. Omdat de met die verwachtingen verbonden waarden zich in een concreet geval steeds kunnen reveleren als onduidelijk of onderling conflicterend, kunnen ze steeds het voorwerp uitmaken van nadere invulling of onderlinge afweging.

Het legaliteitsbeginsel heeft dan onder meer te maken met de rechterlijke plicht om zijn interpretatievrijheid, en waarderende inbreng, af te stemmen op dat rechtsgoed en op die verwachtingen die aan de (mogelijks) toepasselijke strafwet ten grondslag liggen. De eerbiediging van legaliteit speelt zich dus (in de eerste plaats) niet af op het niveau van de bewoordingen van de strafwet, dan wel op het niveau van *het gebruik* van die strafwet door de strafrechter in een concreet geval.

12. Een rechtsethisch model van strafrecht beperkt zich echter niet tot een invulling van de term 'wet' in termen van normatieve verwachtingen. Een dergelijke herformulering van het wetsbegrip sluit weliswaar beter aan bij de onvermijdelijke waarderende betrokkenheid van de strafrechter in de uitleg van een strafbaarstelling (illegale hulp aan vreemdelingen) of van een uitzonderingsregeling (om humanitaire redenen) daarop, maar dergelijke herformulering geeft echter nog niet aan *hoe* het legaliteitsbeginsel deze waarderende inbreng van de strafrechter in de concretisering van die verwachtingen moet sturen en normeren. Een dergelijke, wat soepelere versie van legaliteit, geeft bijvoorbeeld nog niet aan *hoe* de Brugse correctionele rechter, in het concrete geval, overwegingen van liefde en naastenliefde moest afwegen ten opzichte van het op welvaart en veiligheid geënte migratiestopbeleid. Een koppeling van het wetsbegrip aan de idee van normatieve verwachtingen, geeft hem alsnog geen antwoord op de vraag hoe zijn afwegingsoefening *vanuit* en *door* recht moet worden genormeerd. Hierdoor blijft het nog onduidelijk welke grenzen het recht nu oplegt aan de rechterlijke interpretatiearbeid. En meer nog: met een dergelijk wetsbegrip blijft het nog steeds mogelijk dat de interpretatie van de strafwet geïnstrumentaliseerd wordt door louter extra-juridische overwegingen, wat een verdere erosie van het legaliteitsbeginsel met zich dreigt mee te brengen.

21. Zie hierover uitvoerig A.C. 'T HART, *Strafrecht en beleid. Essays*, Leuven, Acco, 1983, (307) 312.

13. Het rechtsethische model van strafrecht, en hierin ligt zijn *tweede* ambitie, probeert aan dit probleem tegemoet te komen, door een *alternatieve conceptie van recht* te formuleren.²² In tegenstelling tot de rechtsopvatting die achter een klassieke formulering van legaliteit schuilgaat, wordt recht er *niet* opgevat als een gesloten regelsysteem; wel als een geïnstitutionaliseerde praktijk waar de verhouding tussen overheid en burgers, en tussen burgers onderling, wordt genormeerd door een geheel van rechtsregels én *rechtsprincipes*. En met dat laatste wordt verwezen naar fundamentele rechten en algemene rechtsbeginselen die beide aan het geheel van de rechtsorde ten grondslag liggen en tegelijk ook mee de finaliteit van die rechtsorde bepalen. Volgens een dergelijke rechtsopvatting staat de betekenis van elke rechtsregel niet op zich, ze is afhankelijk van een samenhang van rechtsprincipes die met het gebruik van die rechtsregel in een concreet geval aan de oppervlakte komen en die tegelijk mee de grondslag van de geldende rechtsorde uitmaken.

Belangrijk voor het herwinnen van de greep van legaliteit op rechtsvinding is dat 'rechtsprincipes' enerzijds verweven zijn met de onvermijdelijke waarde-rende inbreng van de strafrechter, en anderzijds de rechter ervoor behoeden geheel buiten de rechtsorde te treden. Rechtsprincipes zijn steeds de vertaling van waardeoordelen en maatschappelijke overwegingen die in de context van een geschil de keuze en de uitleg van een strafwet zullen kleuren. Tegelijk beletten rechtsprincipes echter dat de strafwet geïnstrumentaliseerd wordt door overwegingen die geheel buiten het recht liggen. Bepaalde maatschappelijke of morele overwegingen kunnen slechts de keuze en uitleg van de strafwet bepalen, indien ze reconstrueerbaar zijn als rechtsprincipes die aan het geheel van de rechtsorde ten grondslag liggen.

Belangrijk voor de verzoening van legaliteit en rechtsvinding hierbij is dat de term 'rechtsprincipes' een *verbindingsteken* plaatst tussen het ideaal van een abstracte en gevaloverschrijdende uitleg van de strafwet, enerzijds, en het contextgebonden karakter van rechterlijke oordeelsvorming, anderzijds. Enerzijds zijn rechtsprincipes verweven in de contextgebonden rechterlijke oordeelsvorming. Rechtsprincipes hebben, overeenkomstig de particuliere context, een relatief gewicht en moeten steeds geconcretiseerd worden in diezelfde context.²³ Anderzijds dwingen rechtsprincipes de strafrechter tot veralgemening en abstrahering. De strafrechter moet nagaan of het gewicht en de invulling die hij aan een rechtsprincipe geeft, ook in samenhang kan worden gedacht met andere rechtsprincipes die aan het geheel van de rechtsorde ten grondslag liggen. En die samenhang moet tegelijk als leidraad kunnen dienen voor bestaande en toekomstige rechtspraak.²⁴

Welke implicaties hebben een dergelijke rechtsopvatting, en de centrale plaats van rechtsprincipes daarin, voor de herwaardering van het legaliteitsbeginsel? Tegen de achtergrond van een rechtsethisch model van strafrecht kan het lega-

22. Voor de constructie van deze rechtsopvatting wordt grotendeels een beroep gedaan op de rechtstheorie van R. DWORKIN, "Is Law a System of Rules?", in X. (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977, 38-65; *Taking Rights Seriously*, Londen, Duckworth, [1977] 1996, 14-49, 81-130.

23. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 26

24. Zie hierover *in extenso*, R. DWORKIN, *Law's Empire*, 225-258.

liteitsbeginsel voorlopig worden geformuleerd als de plicht de strafwet te interpreteren vanuit de samenhang van rechtsprincipes die aan de rechtsorde ten grondslag liggen. Op die manier blijft het legaliteitsbeginsel trouw aan het ideaal van *een consistente* strafrechtsbedeling, zonder het contextgebonden karakter van oordeelsvorming uit het oog te verliezen. De generaliserende dynamiek van rechtsprincipes maakt dat de rechterlijke interpretatie van de strafwet over het geval kan heen reiken, en dat rechtspraak uit verleden en toekomst op één lijn kan worden gebracht.

14. Kritische lezers zullen zich nu wel afvragen waarom het zo belangrijk is dat de waarderende inbreng van de rechter vanuit het legaliteitsbeginsel, en aldus vanuit het recht moet worden gestuurd. Parallel met het in deze bijdrage voorliggende vraagstuk naar de waarde van legaliteit, en haar achterliggende idealen, wil het rechtsethische model van strafrecht echter ook nog een *derde* ambitie waarmaken. Genoemd model probeert op een zo overtuigend mogelijke wijze de morele intuïties achter het legaliteitsbeginsel bloot te leggen, en dit door opnieuw het ethische belang van rechtsprincipes en van het rechtskarakter van het strafrecht te valoriseren. In wat volgt, en dat is het laatste deel van deze bijdrage, worden een drietal facetten van die rechtsethische dimensie van strafrecht blootgelegd, met als doel de inherente, ethische 'pointe' van legaliteit tastbaar te maken.

5. Legaliteit in rechtsethisch perspectief

15. Over de ethische rol van rechtsprincipes schrijft Walter VAN GERVEN in zijn 'Creatieve rechtspraak' dat ze de verwoording zijn van "*aan de gehele rechtsorde onderliggende waardeoordelen die hun diepere verantwoording vinden in het zogenaamde rechtsethisch minimum en in het begrip van een democratische – dit is op deelneming en bescherming van de burger – gerichte Rechtsstaat*".²⁵ Toegespitst op het legaliteitsbeginsel impliceert dit citaat onder meer het volgende: legaliteit zorgt er minstens voor dat een rechtsorde een minimale ethische finaliteit bezit. Maar waarin bestaat nu precies dit 'rechtsethische minimum'?

Misschien kan de sombere roman van de Amerikaanse schrijver Paul AUSTER 'In the Country of Last Things' ons helpen een aspect van deze minimale, ethische ondergrens van het recht op het spoor te komen. De auteur beschrijft er het dagelijkse leven van een aan dood en destructie overgeleverde stad. "In the Country of Last Things" schetst het beeld, het is een donker visioen, van een wetteloze samenleving waarin de diepe betekenis van het recht terugkeert in de gedaante van zijn absolute afwezigheid.²⁶

Paul AUSTER beschrijft er hoe de inwoners van de stad beroofd zijn van elke bestaanszekerheid. Wie denkt zijn dagelijkse handelingen te kunnen afstemmen

25. W. VAN GERVEN, "Creatieve rechtspraak", *R.W.* 1997-98, 209-223.

26. P. AUSTER, *In the Country of Last Things*, London, Faber & Faber, 1992. Zie ook E. CLAES, "Leven zonder regels? Over: Paul Auster, In the Country of Last Things", in W. WITTEVEEN en S. TAEKEMA (eds.), *Verbeeldingsmacht. Wat juristen moeten lezen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 73-79.

op routine en zijn handen te kunnen vrijhouden voor meer verheven zaken, is er een vogel voor de kat. Niemand kan zich die vrijheid nog veroorloven. Er is geen enkel vast pad waarop men kan vertrouwen. Wie wil overleven moet op zijn hoede zijn. Hij moet in staat zijn om op elk moment onverhoeds fysiek gevaar te ontlopen of af te weren. Dat fysieke gevaar komt nu eens van de putten en stenen op straat, dan weer van het wisselvallige weer, maar vooral van de ontmenselijkte ander die in zijn overlevingsstrijd elke leefregel heeft overboord gegooit. De absolute noodzaak om in een voortdurende staat van alertheid te zijn, heeft echter tot gevolg dat niemand nog weet (hoe) te handelen. Zelfs in de meest gewone omstandigheden weet niemand nog de juiste geplogenheid te vinden. *“Faced with the most ordinary occurrence, you no longer know how to act, and because you cannot act, you find yourself unable to think.”*²⁷

In tegenstelling tot de justitiabelen van een voldragen rechtsstaat, zijn de burgers van het land van de laatste dingen in de greep van het onbeheersbare. Zij hebben geen enkele positie van verweer. Zij hebben niemand tot wie ze zich kunnen wenden, omdat de Staat machteloos is. Regimes wisselen voortdurend en beslissingen van de ene regering worden snel *‘overruled’* door een andere. Maar de onmacht van de Staat is tegelijk een verschijningsvorm van haar macht. De overheid is op geen enkele manier aanspreekbaar, want ze is op geen enkele plaats lokaliseerbaar. Niemand weet waar, hoe en waarom beslissingen worden genomen. Men ondergaat of hoort enkel de effecten ervan: gebouwen die vernietigd worden, muren die worden opgetrokken, mensen die worden opgepakt en waar niemand nog een woord van hoort. Niemand identificeert deze veranderingen als uitkomst van bestuurshandelingen waarvoor goede of slechte redenen bestaan, maar als gebeurtenissen waarvan men de speelbal is, waaraan men gelukkig ontsnapt of waardoor men pijnlijk wordt getroffen.

16. De complete heteronomie van de stedelingen in “The Country of Last Things”, hun onrust, onzekerheid en machteloosheid, tonen ons, als in een omgekeerde spiegel, dat het recht er minstens op is gericht deze complete heteronomie uit de wereld te bannen.²⁸ De Hobbesiaanse fabel van Paul AUSTER helpt ons met andere woorden de interne finaliteit van recht af te tasten, en dit voorzover de waarde van recht en rechtsbescherming er zich laat begrijpen als een soort van randvoorwaarde. Recht beoogt *minimale condities* te scheppen die *belleten* dat justitiabelen *elke bekwaamheid om in een klimaat van zelfvertrouwen te handelen zouden verliezen*. Om dat basale zelfvertrouwen te kunnen garanderen, en hierin ligt een belangrijk facet van haar rechtsethisch minimum, zal een rechtsorde die haar finaliteit aan legaliteit ontleent, rechtsnormen bevatten waarop de overheid haar gedrag moet afstemmen. Die rechtsnormen wenden het gevaar van complete overheidswillekeur af, voorzover ze een minimale *gedragsoriënterende functie* ten voordele van de justitiabelen vervullen. Daarnaast brengt Paul AUSTERS land van de laatste dingen, in herinnering dat recht ook ge-

27. *Ibid.*, 20.

28. Vergelijk L. FULLER, *The Morality of Law*, London, Yale University Press, 1994, 162. *“To embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessity a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults.”*

richt is op het creëren van een minimaal vertrouwen in de *ander*. Recht, en ook hierin ligt minstens een deel zijn rechtsethisch minimum, streeft ernaar stabiele verwachtingspatronen te scheppen tussen justitiabelen die tegelijk een minimum van wederzijds vertrouwen tot stand brengen.

Het spreekt voor zich dat deze duiding van het rechtsethische minimum ook implicaties heeft voor het klassiek met het legaliteitsbeginsel verbonden ideaal van *maximale voorspelbaarheid*. De waarde van dit ideaal is nu verzwakt tot *minimale voorspelbaarheid* en staat bovendien niet meer op zich. Dit ideaal ontleent nu zijn betekenis aan de waarde die een moderne samenleving hecht aan *het vermogen van eenieder om onder minimale condities van vertrouwen en zelfvertrouwen te kunnen handelen, en bijgevolg aan het vermogen van eenieder om in rechtsnormen een basale houvast en gedragslijn te kunnen ontdekken*. Toegespijst op de persoon van de strafrechter bestaat de minimale ethische functie van legaliteit, van recht, en van het ideaal van voorspelbaarheid er dan in om te voorkomen dat eerstgenoemde de strafwet op een zodanige manier interpreteert dat de wet daardoor elke minimale gedragsleidende betekenis verliest. In dat laatste opzicht zou men bijvoorbeeld kunnen argumenteren dat de Brugse correctionele rechter in zijn vonnis van 24 april 1997 heeft nagelaten de minimale gedragsleidende betekenis van artikel 77 tweede lid Vreemdelingenwet, en bijgevolg het rechtsethische minimum van legaliteit en recht, te respecteren. Een strafrechter die oordeelt dat handelen uit zorg voor een geliefde geen humanitaire overweging is, omdat er een niet-economisch voordeel mee beoogd wordt, en die aldus de vervolgte feiten strafbaar acht op grond van hulp aan illegale vreemdelingen, ontnemt aan de strafwet haar minimale gedragsoriënterende functie. De interpretatie van de term 'humanitair', zo vervolgt het argument, is nu volkomen afgesneden van de dagelijkse intuïties en verwachtingspatronen waarnaar de term verwijst. Justitiabelen wordt nu het vermogen ontnomen om onder minimale condities van vertrouwen en zelfvertrouwen de meest menselijke handelingen te stellen, zoals het zorgen voor en het helpen van een geliefde.

17. De ethische finaliteit van een rechtsorde wordt echter niet uitgeput door haar rechtsethisch minimum. De rechtsethische dimensie van strafrecht, bevat nog een *tweede facet* dat verband houdt met het respect voor een *persoonsgebonden perspectief*. Wat met dat laatste bedoeld wordt, kan worden verhelderd aan de hand van een concreet voorbeeld en een gedachte-experiment.

Proberen we hiervoor onze aandacht toe te spitsen op een concrete casus waarin de strafrechter een belangrijke waardeafweging diende te maken. Het betreft hier een vonnis van de Correctionele Rechtbank van Gent van 31 augustus 1993.²⁹ De beklagden hadden in het kader van een nationale boerenbetoging samen met enkele collega's-landbouwers actie gevoerd op de autosnelweg E-40. Zij reden met hun landbouwtractor over de gehele breedte van de autosnelweg, waardoor het normale wegverkeer werd gehinderd. De strafrechter moest oordelen of deze gedragingen onder de bescherming van het grondrecht van vrije meningsuiting, vereniging en vergadering viel, dan wel strafbaar waren op grond van artikel 406 lid 1° Sw. In dat artikel wordt strafbaar gesteld de belemmering

29. Corr. Gent 31 augustus 1993, R.W. 1995-96, 605, noot P. ARNOU.

van het verkeer op een wijze die het gevaarlijk kan maken en andere weggebruikers verhinderen hun gewone weg verder te zetten.

Welke ethische meerwaarde ligt nu besloten in de herformulering van de belangen van de landbouwers in termen van rechtsprincipes, en meer in het bijzonder in termen van grondrechten? Wat bedoelen we precies wanneer we zeggen dat de vervolging van de landbouwers mogelijks een schending van hun recht op vrije meningsuiting en vrijheid van vergaderen uitmaakt? Proberen we deze vragen te beantwoorden door ons een politieke gemeenschap in te beelden waarin de belangen van elke burger, ook die van de landbouwers, nooit geherformuleerd worden in termen van rechten, maar louter het statuut hebben van preferenties. In een dergelijke denkbeeldige gemeenschap zal de uitkomst van een afweging tussen veilig en vlot rijverkeer, enerzijds, en de belangen van de boze boeren, anderzijds, steeds bepaald worden door de preferentiestructuur van het merendeel van de leden van die gemeenschap, en dat is in ons concrete casus het verlangen naar een vlot en veilig rijverkeer. Het punt is nu dat geen enkele persoon die zijn eigen ambities en levensprojecten ernstig neemt, wil leven en wonen in een dergelijke samenleving. Een dergelijke samenleving, waar bepaalde belangen nooit het statuut van een recht kunnen verwerven, is in strijd met onze intuïties van menselijke waardigheid. Van de menselijke waardigheid dreigt afbreuk te worden gedaan indien menselijke individuen steeds evenveel waarde dienen te hechten aan de preferenties van de anderen, als aan de eigen projecten die voor hen een speciale waarde hebben, omdat ze essentieel zijn voor hun eigenwaarde en zelfrespect.

Dit gedachte-experiment reveleert ons, als in een omgekeerde spiegel, een belangrijk facet van de ethische dimensie van rechtsprincipes, en aldus van het rechtsethische karakter van strafrecht. De noodzaak om de strafrechter te verplichten zijn rechterlijke afweging te reconstrueren tegen de achtergrond van rechtsprincipes en rechten, vindt onder meer zijn grondslag in de morele intuïtie dat elke individuele burger verdient ernstig genomen te worden in de projecten en ambities die vanuit zijn persoonlijk standpunt essentieel zijn voor zijn eigenwaarde en zelfrespect. Oordelen op grond van rechten en rechtsprincipes betekent dan ook dat geen enkele individuele burger verplicht kan worden *steeds* andermans preferenties op dezelfde waardeschaal te plaatsen als zijn eigen persoonsconstitutieve projecten en engagementen.

18. Welke gevolgen heeft het voorgaande nu voor de vraag naar de waarde van het legaliteitsbeginsel in het strafrecht? Waarom is het ethisch gezien zo belangrijk dat het legaliteitsbeginsel opnieuw *vanuit het recht* greep krijgt op de interpretatievrijheid van de strafrechter? Een niet onbelangrijk deel van het antwoord is nu hierin gelegen. Dat de strafrechter verplicht wordt de strafwet te lezen vanuit de best mogelijke samenhang van rechtsprincipes die aan de rechtsorde ten grondslag liggen, vindt onder meer zijn verantwoording in de zorg het persoonlijke standpunt van elke individuele justitiabele te respecteren van waaruit bepaalde projecten en ambities constitutief zijn voor de eigenwaarde van die justitiabele. Dat laatste werpt een nieuw licht op het klassiek met legaliteit verbonden ideaal van *neutraliteit*. Dit ideaal legt nu niet meer de plicht op aan de strafrechter om zich in zijn oordeelsvorming van elke waarderende inbreng te onthouden. Wel wijst dit ideaal de rechter op zijn plicht om zich in zijn waar-

derende inbreng terughoudend en kritisch op te stellen ten aanzien van de preferenties van de meerderheid en een bijzonder oog te hebben voor het persoonlijke standpunt van elke individuele justitiabele, desnoods tegen de belangen van de meerderheid in. Dat de strafrechter gebonden is door legaliteit en neutraliteit, betekent dan ook dat deze de strafwet dient te interpreteren met het oog op het preciseren van de rechten die justitiabelen tegenover elkaar, en vooral tegenover de overheid kunnen doen gelden. Een rechtsethische conceptie van legaliteit is een *rechten-conceptie* van legaliteit.³⁰

19. Tegen de stelling dat de rechtsethische dimensie van recht zou gelegen zijn in het beschermen van een persoonsgebonden perspectief, zou men kunnen inbrengen dat een dergelijke rechtsopvatting leidt tot hyperindividualisme en te weinig ruimte biedt voor de behartiging van waarden die het perspectief van het individu overstijgen. Een dergelijk bezwaar tegen een rechtsethisch model van strafrecht is echter voorbarig. De rechtsethische dimensie van strafrecht bevat ook een uitgesproken *collectieve* dimensie. Recht zou namelijk niet alleen gericht zijn op de bescherming van de integriteit van elke individuele persoon. Recht streeft er ook naar de *integriteit* gaaf te houden van de politieke gemeenschap in haar geheel.

Wat met dat laatste bedoeld wordt, kan verhelderd worden aan de hand van het reeds geciteerde arrest van het Brusselse Hof van Beroep van 23 juni 1999.³¹ De vraag lag daar voor of het misdrijf van verkrachting ook kan inhouden dat het slachtoffer gedwongen wordt seksueel te penetreren en dat de verkrachter seksueel gepenetreerd wordt. Vanuit een rechtsethisch perspectief rust op de strafrechter de verantwoordelijkheid of er een principiële reden bestaat om dergelijke gevallen al dan niet onder het toepassingsgebied van het misdrijf van verkrachting te brengen. Voor de strafrechter komt dit onder meer neer op de plicht de strafwet zodanig te interpreteren vanuit rechtsprincipes, dat zoveel mogelijk aan het licht komt welke rechten individuen tegenover elkaar hebben. Heeft ook het penetrerende slachtoffer recht op bescherming in zijn seksuele integriteit op grond van het misdrijf van verkrachting? De strafrechter, dat vloeit voort uit de rechtsethische dimensie van recht, dient hier een speciale gevoeligheid te hebben voor het persoonlijke perspectief van het individuele slachtoffer, voor de mogelijke aantasting van zijn waardigheid en zelfrespect, indien blijkt dat hij alle redenen had om zich diep in zijn seksuele en fysieke integriteit aangetast te weten.

De principiële aard van rechtsbeginselen en mensenrechten dwingt de strafrechter echter ook het persoonlijke standpunt van de individuele justitiabele te *overstijgen*. Dat de strafrechter verplicht is een principiële uitleg te geven van het misdrijf van 'verkrachting', betekent bijvoorbeeld dat hij zijn interpretatiearbeid moet afstemmen op de rechtsprincipes die aan het geheel van de rechtsorde ten grondslag liggen. Als de strafrechter ook het gepenetreerd worden onder het bereik van het misdrijf van verkrachting brengt, dan moet hij bijvoorbeeld ook aantonen dat een dergelijke interpretatie, die gesteund is op de samen-

30. Deze term ontleen ik dankbaar aan K. ROZEMOND, "Legaliteit in het materiële strafrecht", *The-mis* 1999, 117-130.

31. Brussel 23 juni 1999, *R.W.* 1999-2000, 1138, noot A. VANDEPLAS.

hang van het non-discriminatiebeginsel en het recht op fysieke en seksuele integriteit, de beste uitdrukking geeft van de rechtsorde in haar geheel. Uit dat laatste blijkt dat de strafrechter het misdrijf van 'verkrachting' ook vanuit *een collectief standpunt*, vanuit het standpunt van de rechtsorde als geheel dient te lezen.

De vraag rijst nu *van waar* dat bijzondere belang komt om een principiële uitleg van een strafwet als die van verkrachting te geven die de rechtsorde als zodanig in het best mogelijke licht plaatst. Twee hypothesen dienen zich aan. Een eerste hypothese luidt dat een principiële uitleg van laatstgenoemde strafwet ervoor zorgt dat justitiabelen zich als gelijkwaardige personen erkend weten in hun eis tot bescherming van hun seksuele integriteit. Het slachtoffer dat ertoe gedwongen wordt de dader seksueel te penetreren, weet zich door een principiële uitleg van de strafwet op gelijke wijze behandeld, indien hij zich, zoals andere seksueel gepenetreerde slachtoffers, in zijn recht op seksuele integriteit beschermd weet door het misdrijf van verkrachting. Achter een principiële uitleg van de strafwet schuilt het individuele verlangen naar gelijk respect. Een dergelijke hypothese verklaart echter nog niet *waarom* het nu 'op zich' waardevol zou zijn dat de strafrechter een interpretatie van de strafwet geeft op grond van een schema van rechtsprincipes die de rechtsorde in het best mogelijke licht plaatst. Een dergelijk antwoord vertelt ons nog niet waarom het *op zich* belangrijk zou zijn dat een strafrechter zich tot de strafwet verhoudt vanuit de rechtsorde in haar geheel

Een meer adequate verklaring ligt in een tweede hypothese die door de Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald DWORKIN werd uitgewerkt.³² Dat de strafrechter verplicht wordt na te gaan of het recht van een persoon om niet gedwongen te worden iemand anders te penetreren ook past vanuit de samenhang van de rechtsorde, zou een politiek ideaal verbergen. Het is het ideaal van een politieke gemeenschap om zo trouw mogelijk te zijn aan haar grondprincipes en zichzelf op de meest *integere* wijze tot uiting te brengen. Op grond van dit politieke ideaal van integriteit, wordt het begrijpelijk waarom het waardevol 'op zich' is dat de strafrechter zich tot de rechtsorde als totaliteit verhoudt. Net zoals individuele personen in hun keuzes en handelen ernaar streven zo trouw mogelijk te zijn aan hun waarden, projecten en idealen, zo zou de strafrechter als representant van de politieke gemeenschap ernaar streven zo trouw mogelijk te zijn aan de idealen van die gemeenschap, en dit door de rechtsprincipes van een rechtsorde in hun best mogelijke samenhang te denken.³³

Als de hypothese van Ronald DWORKIN gegrond is, dan is het niet juist, of minstens te ongenueanceerd, om te beweren dat de juridisering van maatschappelijke verhoudingen meteen een individualisering van diezelfde maatschappelijke verhoudingen impliceert. Want de plicht tot concretisering van rechtsprincipes vanuit de rechtsorde in haar geheel, geldt niet alleen voor de strafrechtelijke overheden, maar ook voor de justitiabelen in het maatschappelijk verkeer. Opdat deze justitiabelen zich door het recht beschermd kunnen weten in hun

32. R. DWORKIN, *Law's Empire*, 164-275.

33. Een dergelijke hypothese impliceert dat het recht het medium bij uitstek is waarin een politieke gemeenschap zich als geheel tot uitdrukking kan brengen. Voor deze problematiek, zie *in extenso* R. FOQUE, *De publieke ruimte van de rechtsstaat*, Amsterdam, Uitgeverij De Balie, te verschijnen.

persoonsgebonden perspectief, zijn zij verplicht aan te tonen dat hun belangen ook kunnen worden verwoord als zijnde gedragen door de rechtsorde in haar geheel. Opdat een persoon ook echt jegens de ander een recht kan gelden, dient hij zijn eigen persoonsgebonden standpunt te overstijgen en zich te verplaatsen in het standpunt van de politieke gemeenschap. Ook op de justitiabele rust de plicht de meest *integere* voorstelling te geven van de politieke gemeenschap in haar geheel. Gezien vanuit een rechtsethisch perspectief, dwingt het rechtskarakter van het strafrecht met andere woorden de justitiabelen tot een soort van publieke of politieke ingesteldheid. Of anders gezegd, de rechtsbeschermende werking van recht zet justitiabelen er tegelijk toe aan zichzelf te zien als burgers die participeren aan een politieke gemeenschap, verantwoordelijk voor het lot en de integriteit van die politieke gemeenschap. Recht en rechtsprincipes vinden, zoals het wat enigmatische citaat Walter VAN GERVEN suggereerde, hun grondslag in een op bescherming én *deelname* gerichte rechtsstaat.

Dat laatste werpt weerom een nieuw licht op de waarde van legaliteit. Dat legaliteit, althans in zijn klassieke verwoording, gericht was op *consistente*, gevaloverschrijdende strafrechtsbedeling, kan nu worden geherformuleerd. Legaliteit, zo is reeds gezegd, verplicht de strafrechter de strafwet te interpreteren vanuit een gevaloverschrijdende samenhang van rechtsprincipes die aan de rechtsorde ten grondslag liggen. Maar deze verplichting betekent niet dat consistentie een waarde op zich zou zijn. Dit betekent wel dat een dergelijke verplichting bijdraagt tot een zo *integer* mogelijke representatie van de politieke gemeenschap in haar geheel.

5. Besluit

20. Aan het begin van deze bijdrage waren we tot de vaststelling gekomen dat het legaliteitsbeginsel zich uiterst kwetsbaar toont in het klassieke leerstuk van de interpretatie van de strafwet, in het analogieverbod, in de grammaticale interpretatiemethode en in het onderzoek naar de wil van de wetgever. Deze kwetsbaarheid zou teruggaan op dieperliggende oneffenheden die het klassieke legaliteitsbeginsel uiterst problematisch maken. Gelet op de theoretische aard van deze oneffenheden hebben we via een grondslagentheoretische weg getracht een alternatieve, een *rechtsethische*, conceptie van legaliteit te reconstrueren die conceptueel voldoende verfijnd is om diezelfde oneffenheden glad te strijken. Gezien vanuit een rechtsethisch perspectief en voorzover ze zich richt tot de strafrechter, kan legaliteit nu *tot slot* als volgt worden omschreven. Vanuit een rechtsethisch perspectief verplicht het legaliteitsbeginsel de strafrechter de strafwet te lezen vanuit de best mogelijke samenhang van rechtsprincipes die aan de rechtsorde ten grondslag liggen, en met als doel te kunnen preciseren welke *rechten* justitiabelen tegenover elkaar en tegenover de overheid kunnen doen gelden. Met de notie 'de best mogelijke samenhang' wordt bedoeld dat de strafrechter de plicht heeft om, indien nodig, het geheel van rechtsprincipes in een 'setting' te plaatsen die a) het rechtsethische minimum van de rechtsorde respecteert; b) ten volle recht doet aan het persoonlijke standpunt van elke individuele justitiabele, van waaruit bepaalde projecten een speciale waarde hebben; c) een zo integer mogelijke representatie geeft van de politieke gemeenschap in haar geheel.