

Gezag, legitimiteit en de ‘vervlakking’ van het algemeen deel van het materiële strafrecht

Ferry de Jong

1 Inleiding

De rechterlijke macht is bekleed met het gezag om uit naam van de gemeenschap strafbare feiten te berechten.¹ De uitoefening van dit grondwettelijk toegekende gezag mondt uit in bindende oordelen die aanspraak maken op legitimiteit. Het is inmiddels een gemeenplaats dat niet alleen het gezag van de oordelen van de strafrechter, maar ook het publieke vertrouwen in de legitimiteit van deze oordelen tanende is. In het kielzog van een aantal aan het licht gekomen, of soms vermoede, gerechtelijke dwalingen en een aantal andersoortige ‘crises’ binnen de strafrechtspleging in Nederland is in het afgelopen decennium een gedachtewisseling opgelaaid over het gezag van de strafrechter en de legitimiteit van de strafrechtspleging als dusdanig.²

Hoewel de opvattingen over de aard van, de mogelijke oorzaken van, alsook de mogelijke oplossingen voor geconstateerde of veronderstelde gebreken in de legitimiteit van strafrechtelijke gezagsuitoefening sterk uiteen kunnen lopen, lijkt een aantal uitgangspunten te worden gedeeld. In de eerste plaats worden geconstateerde of vermoede problemen veelal geduid tegen de metaforische achtergrond van een ‘kloof’ tussen strafrechtspleging en samenleving. De strafrechtspleging heet nogal eens te zeer op afstand te zijn komen staan van de burgers. In de tweede plaats houden de gepropageerde oplossingsrichtingen ons in veel gevallen voor dat – in aansluiting op het zojuist genoemde beeld van de kloof – actoren binnen de strafrechtspleging zich ‘responsiever’ moeten opstellen, bijvoorbeeld door beter uit te leggen wat zij doen, en waarom zij doen wat zij doen.³

1 Artikel 113 Gw. De berechting is in handen van de strafrechter. In de gevallen en onder de voorwaarden genoemd in de artikelen 257a-h Sv komt het Openbaar Ministerie de bevoegdheid toe, in plaats van de strafrechter, strafbeschikkingen ter zake van strafbare feiten op te leggen.

2 In de bijdrage aan deze bundel van Joep Lindeman wordt ingegaan op de verschillende hervormingen die binnen het Openbaar Ministerie zijn of worden doorgevoerd in antwoord op deze ‘crises’, voor zover deze crises (mede) betrekking hadden op de opsporingspraktijk.

3 Een kleine greep uit de literatuur hierover: M.J. Borgers, De communicatieve strafrechter, preadvies, in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie. Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereeniging* 141 (2011) 1, p. 103-185; G. van den Brink, Justice and credibility. About bridges built by judges, *International journal for court administration* 2 (2009) 1, p. 2-17; H. Elffers en J. de Keijser, *Different perspectives, different gaps: does the public demand a more responsive judge?*, Leiden: Netherlands Institute for the Study of Crime and Law Enforcement 2006; J. de Keijser en

De gedachtewisseling over gezag en over de legitimiteit daarvan binnen het strafrecht lijkt intussen behept met een tweetal blinde vlekken. In haar toch wel sterke fixatie op het beeld van de kloof en op de daaraan gepaarde noodzaak tot het ontwikkelen van een responsievere strafrechtspleging, lijdt de discussie aan een zekere eenzijdigheid doordat vrijwel alle aandacht uitgaat naar de ‘output’ van het strafrechtelijk systeem. Er wordt veel gediscussieerd over de wijze waarop de rechter tot zijn oordeel geraakt en waarop hij zijn gevelde oordeel in zijn vonnis communiceert en motiveert. Maar naast deze vorm van informatieoverdracht van rechter naar procespartijen en samenleving is nog een andere vorm van informatieoverdracht relevant: de ‘input’ waarvan de strafrechter afhankelijk is om in concrete gevallen een juist oordeel te vellen. Die input wordt in ons door het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr beheerste systeem uiteraard eerst en vooral geleverd door de hogere en lagere *wetgeving*. Voorts valt er natuurlijk geen oordeel te vellen zonder dat de rechter, langs de weg van het procesdossier en het onderzoek op de terechtzitting, kennis heeft genomen van de *feiten* waarover die oordelen dienen te worden geveld.

Nu is dit allemaal dermate evident dat men zich kan afvragen waarom ik het eigenlijk opschrijf. Maar de input waarvan de strafrechter afhankelijk is, wordt niet uitgeput door het geheel van concrete feiten en omstandigheden enerzijds en algemene, door de wetgever geschreven normen anderzijds. De *dogmatiek* van het materiële strafrecht vormt eveneens een niet te veronachtzamen bestanddeel van die input, want bestaat in een instrumentarium in de handen van de strafrechter waarmee hij tussen feiten en normen strafrechtelijk geldige verbanden kan leggen. De dogmatiek van het algemeen deel van het materiële strafrecht maakt een aantal samenhangende ontwikkelingen door die in de literatuur zeker niet onopgemerkt zijn gebleven, maar die nog niet zijn geduid tegen de achtergrond van de vraag hoe zij verband houden met de discussie over gezag en legitimiteit in het strafrecht. Dit wil ik aanduiden als de eerste blinde vlek in de discussie over gezag en legitimiteit. Hier wil ik alvast opmerken dat de materieelstrafrechtelijke dogmatiek en het algemeen deel van het materiële strafrecht, anders dan de feiten van een te berechten casus en de toepasselijke wettelijke normen van het materiële strafrecht, een wat weinig duidelijke herkomst, en dus juridische status, hebben. In de volgende paragraaf kom ik hierop terug en verschaf ik een werkdefinitie van de termen dogmatiek en algemeen deel.

De tweede blinde vlek betreft de omstandigheid dat de discussie aan eenzijdigheid lijdt doordat zij gevangen blijft binnen het discours van de strafrechtswetenschap zelf, zodat het nog niet is gekomen tot een integratie met bestaande theorievorming over autoriteit en legitimiteit. Deze theorievorming vindt vooral plaats binnen het domein van de algemene politieke filosofie en rechtsfilosofie. Binnen die disciplines is een aantal, naar mijn inschatting voor het strafrecht zeer relevante ontwikkelingen gaande, juist met betrekking tot de theoretische

H. Elffers (red.), *Het maatschappelijk oordeel van de strafrechter. De wisselwerking tussen rechter en samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

invulling van de notie 'legitiem gezag'. In deze bijdrage wordt onderzocht of, en zo ja op welke wijze, enige ontwikkelingen binnen de Nederlandse materieel-strafrechtelijke dogmatiek verband houden met het concept autoriteit of gezag, en met opvattingen over de voorwaarden waaronder de uitoefening van gezag legitiem mag heten. Ik stel in deze bijdrage de volgende hypothese centraal: recente verschuivingen in het denken over het politiek-filosofische concept 'legitiem gezag' vertonen samenhang met enige ontwikkelingen binnen de dogmatiek van het algemeen deel van het materiële strafrecht en institutionele ontwikkelingen binnen het strafrechtelijke procesmodel.

De term 'samenhang' is in epistemologische zin natuurlijk erg vaag en dus complex; ik zal daar tegen het eind van deze bijdrage, in paragraaf 4, meer over zeggen. De bijdrage is als volgt opgebouwd: allereerst bespreek ik in paragraaf 2 zeer in het kort een aantal samenhangende ontwikkelingen binnen de dogmatiek van het algemeen deel van het materiële strafrecht, gepaard aan een tweetal ontwikkelingen binnen het strafrechtelijke procesmodel. Vervolgens maak ik een U-bocht: ik zal in paragraaf 3 stilstaan bij een aantal ontwikkelingen in het denken over de notie legitiem gezag binnen de rechtsfilosofie en politieke filosofie, om daarna in paragraaf 4 weer terug te keren naar huis door de strafrechtelijke ontwikkelingen te relateren aan de filosofische. Dat laatste zal ik doen aan de hand van een paar inzichten die ik ontleen aan een nieuwe algemene rechtstheorie die het recht analyseert in termen van 'sociale planning'. Met behulp van deze theorie kunnen de dogmatische en procedurele ontwikkelingen worden geduid als de symptomen van een algemene ontwikkeling in de *distributie van gezag* binnen de strafrechtspleging van 'top-down planning' naar 'bottom-up planning'. Ten slotte zal ik de geconstateerde verschuivingen relateren aan veranderde opvattingen over de voorwaarden waaronder de oordelen van de strafrechter aanspraak kunnen maken op legitimiteit.

Voordat ik verder ga, wil ik alleen nog een paar ietwat flauwe jokers inzetten. Deze bijdrage is bij lange na geen 'af' verhaal; hij vormt een onderdeel van een groter onderzoeksproject dat aanhaakt bij het nieuwe, sedert maart 2011 lopende onderzoeksprogramma van het Willem Pompe Instituut voor strafrechtswetenschappen te Utrecht. Deze bijdrage vormt een eerste aanzet tot een theoretisch kader ter duiding van een aantal verschuivingen die binnen het strafrecht gaande zijn. Dus ik wil maar vast genoteerd hebben: de bijdrage bevat een nogal theoretisch verhaal, dat ook nog eens niet de pretentie voert een volledig beeld te geven van de verschillende ontwikkelingen (en tegenontwikkelingen) die zich voordoen binnen het Nederlandse strafrecht.

2 Schets van enige ontwikkelingen in het Nederlandse strafrecht

2.1 De begrippen algemeen deel en dogmatiek en hun functie

Voordat ik me ga wagen aan een aanduiding van een aantal onderling samenhangende ontwikkelingen binnen de dogmatiek van het algemeen deel van het Nederlandse materiële strafrecht en een tweetal verschuivingen binnen het

strafrechtelijke procesmodel, los ik eerst een in de inleiding gemaakte belofte in door een aantal opmerkingen te maken over de betekenis van de begrippen ‘algemeen deel’ en ‘dogmatiek’ en over de functie van dogmatiek binnen de context van de materieelstrafrechtelijke rechtsvinding.

De begrippen algemeen deel en dogmatiek hangen sterk samen. Het begrip algemeen deel⁴ verwijst naar een verzameling algemene regels van het materiële strafrecht, regels dus die betrekking hebben op meer dan één wettelijk omschreven strafbaar feit uit het ‘bijzonder deel’ van het materiële strafrecht (artikel 91 Sr). Het algemeen deel bevat in wezen een *theorie* van het bijzonder deel: het vormt het geheel van theoretisch meer of minder uitgewerkte leerstukken betreffende verschillende, algemene strafrechtelijke concepten die mede bepalend zijn voor de wijze waarop afzonderlijke strafbaarstellingen worden geïnterpreteerd en in de praktijk door de rechter worden toegepast op hem ter beoordeling voorgelegde casus. Een deel van die algemene leerstukken is door de wetgever bijeengebracht in het eerste boek van ons Wetboek van Strafrecht, dat als opschrift draagt: ‘Algemene bepalingen’. Veel meer dan een vrij ruwe aanduiding van de inhoud van de algemene, materieelstrafrechtelijke leerstukken treffen we daar echter niet aan.⁵

De algemene leerstukken danken hun nadere inhoud en betekenis aan een buitenwettelijke bron, die ik voor het vervolg van deze bijdrage zal tooien met de naam ‘dogmatiek’. Het begrip (materieelstrafrechtelijke) dogmatiek kan worden gedefinieerd als het geheel van theoretische concepten dat de inhoud van geldende (materieelstrafrechtelijke) normen verheldert en dat die normen

4 Recent is overigens ook binnen de Angelsaksische wereld het algemeen deel van het materiële strafrecht weer sterk in de wetenschappelijke belangstelling komen te staan, getuige een aan dit thema gewijd congres in december 2011 onder de titel: ‘The legacy of Glanville Williams. The sanctity of life and the general part of the criminal law’ (King’s College, Law School, Londen, 3-4 december 2011) en getuige een aantal publicaties. Zie onder andere de bijdrage aan het genoemde congres van G.E. Moore, The specialness of the general part of the criminal law; P. Cane, The general/special distinction in criminal law, tort law, and legal theory, *Law and Philosophy* 26 (2007) 5, p. 465-500; R.A. Duff, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 1-6; S. Shute en A.P. Simester (eds.), *Criminal Law Theory. Doctrines of the General Part*, Oxford: Oxford University Press 2002; J. Gardner, On the general part of the criminal law, in: R.A. Duff (ed.), *Philosophy and the Criminal Law. Principle and Critique*, Cambridge: Cambridge University Press 1998, p. 205-256.

5 Naar de voorkomst van sommige leerstukken zoekt men in het eerste boek overigens geheel vergeefs, zoals het causaliteitsbegrip, het opzetbegrip en het schuldbeginsel. Welke leerstukken wettelijke regeling vinden, en in welke detailgraad dat dan gebeurt, is in hoge mate afhankelijk van contingente omstandigheden. Bijvoorbeeld: de Amerikaanse *Model Penal Code* – een groenboek voor strafrechtelijke codificatie, opgetekend door The American Law Institute in 1962 en bij verschillende gelegenheden aangevuld en aangepast – bevat dusdanig gedetailleerde bepalingen over alle of de meeste materieelstrafrechtelijke leerstukken, dat hij welhaast als hand- en studieboek dienst zou kunnen doen. De *Model Penal Code*, die een grote invloed heeft gehad op de strafrechtelijke wetgeving in een groot aantal staten van de Verenigde Staten, bevat dan ook talrijke dogmatische passages. Zie bijvoorbeeld artikelen 2.01 en 2.02 in: *Model Penal Code. Official draft and explanatory notes. Complete text of the Model Penal Code as adopted at the 1962 meeting of The American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962*, 1985, p. 19-23.

tot een systematische eenheid smeedt.⁶ De Nederlandse materieelstrafrechtelijke dogmatiek vindt doorgaans haar rechtstreekse grondslag in (bestendige) jurisprudentie van de Hoge Raad en vindt haar theoretische uitdieping in de wetenschappelijke literatuur. Ik veronderstel in deze bijdrage dat de dogmatiek van het materiële strafrecht is gepositioneerd *tussen* enerzijds de geldende strafrechtelijke normen die de rechter in zijn rechtsvindende werk toepast en anderzijds de rechtswetenschappelijke reflectie.⁷ De niet altijd even duidelijke status van de dogmatiek van het algemeen deel als rechtsbron is onlangs treffend verwoord door Jaap de Hullu:

‘Algemene leerstukken – die overigens wel een bonte verzameling vormen en niet altijd even goed vergelijkbaar zijn – moeten [...] worden gerespecteerd. Wat dat respecteren precies inhoudt, valt nog te bezien. Voorlopig zou ik menen dat die leerstukken zeker niet tijdloos of onaantastbaar zijn geformuleerd, maar toch wel met omzichtigheid moeten worden behandeld. En bij de nadere vormgeving van bijzondere delicten zouden de algemene leerstukken wel een belangrijk denkraam moeten vormen.’⁸

In recent werk heb ik getracht te laten zien dat dogmatiek een, wat ik noem: ‘symbolische functie’ heeft.⁹ Heel in het kort bedoel ik daarmee dat de materieelstrafrechtelijke dogmatiek de strafrechter helpt om de feiten van een te berechten casus op de juiste wijze te relateren aan de toepasselijke, wettelijke normen van het materiële strafrecht. De strafrechtelijke handelingsvoorschriften – die impliciet liggen besloten in de delictomschrijvingen van het bijzonder deel van het materiële strafrecht – representeren ‘handelingslijnen’ die de rechtsonderhorige burger wordt geacht te ‘volgen’. Een delictomschrijving kan worden beschouwd als een symbolische aanduiding van het erin besloten liggende handelingsvoorschrift, dat wil zeggen: een verkorte notatie van de handelingslijn, op doorkruising waarvan de strafbepaling een straf in het vooruitzicht stelt.

De strafrechtelijke normen richten zich tevens tot de rechter die geroepen wordt te beoordelen of een rechtsonderhorige ‘in lijn’ met een gedragsvoorschrift heeft gehandeld, of daarvan juist in strafrechtelijk relevante mate is

6 A. Aarnio, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Aldershot: Dartmouth 1997, p. 75: ‘Referring to these tasks, it is an established practice to speak about the double function of legal dogmatics: it *interprets* and *systematizes* the law. Legal dogmatics concentrating on interpretation can also be called practical, and that reformulating the system theoretical legal dogmatics.’ Zie ook A. Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Dordrecht/London: Springer 2011.

7 A. Peczenik, *On Law and Reason. Second edition*, Dordrecht/Londen: Springer 2008, p. 13-14. Vgl. G. Fletcher, *The Grammar of Criminal Law. Volume I: Foundations*, Oxford/New York: Oxford University Press 2007, p. 91-97.

8 J. de Hullu, Op zoek naar begrenzings van strafrechtelijke aansprakelijkheid, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, A.J. Machielse, H.J.B. Sackers en P.C. Vegter (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context*, Deventer: Kluwer 2011, p. 271-285, p. 273.

9 F. de Jong, The end of doctrine? On the symbolic function of doctrine in substantive criminal law, *Utrecht Law Review* 7 (2011) 3, p. 8-45.

afgeweken. Dogmatiek bestaat in een geheel aan ‘technieken’ die de rechter zodanig *positioneren* dat hij een juist zicht verkrijgt op de betekenis van de toe te passen normen voor het te berechten geval.¹⁰ Het voorgaande wil niet zeggen dat deze functie uniek is voor dogmatiek; ook bijvoorbeeld gedetailleerde wetgeving kan in theorie deze functie vervullen. Het betekent ook niet dat dogmatiek er altijd in slaagt deze functie volledig te vervullen. De functie kan bovendien op verschillende manieren worden vervuld: dogmatiek kan *streng* in de leer zijn, in de zin dat ze de dirigerende werking zagezegd met straffe hand afdwingt, maar kan ook *flexibeler* zijn, rekkelijker zijn, meer overlaten aan andere factoren, en minder zelf in de hand willen hebben en houden.

2.2 *Een drietal dogmatische ontwikkelingen binnen het algemeen deel van het materiële strafrecht*

De dogmatiek van het algemeen deel van het Nederlandse materiële strafrecht heeft over de afgelopen decennia een aantal samenhangende ontwikkelingen doorgemaakt die er tezamen op duiden dat de materieelstrafrechtelijke dogmatiek steeds rekkelijker, flexibeler wordt. Ik herhaal het in de inleiding gemaakte voorbehoud: ik pretendeer niet hieronder een volledig beeld te schetsen van de ontwikkelingen die zich voordoen. Daar komt nog bij dat de beschrijving niet is gegrond op een uitgebreid bronnenonderzoek waarin een vergelijking is gemaakt tussen gegevens die zijn gemeten tussen een gestelde begin- en eindtijd. Volgens mij is het vrijwel ondoenlijk om een ook maar bij benadering nauwkeurige periodisering aan te brengen in de beschrijving van de drie hieronder gesignaleerde ontwikkelingen. Niet alleen hangen de drie ontwikkelingen sterk met elkaar, en overigens ook met de verderop nog aan te stippen procedurele ontwikkelingen samen, ook zijn de eerste schreden bij een aantal van de ontwikkelingen al zeer vroeg gezet.¹¹ Verschillende dogmatische leerstukken van het algemeen deel van het materiële strafrecht hebben bovendien in verschillende periodes in wisselende mate de invloed van de ontwikkelingen ondergaan.

Het aanwijzen van een beginmoment voor iedere ontwikkeling zou daarom een nogal willekeurige ingreep zijn. Ondanks deze voorbehouden wil ik wel staande houden dat grofweg vanaf het begin van deze eeuw drie ontwikkelingen zich niet slechts ‘onderhuids’ maar tevens meer aan de oppervlakte hebben

10 Ik ben me bewust van de compactheid van de weergave van wat ik aanzie voor de ‘symbolische functie’ van materieelstrafrechtelijke dogmatiek. Voor mijn doeleinden in deze bijdrage is een nadere uiteenzetting echter onnodig. Voor een uitgebreide filosofische onderbouwing van mijn opvatting over deze functie verwijs ik naar De Jong 2011.

11 Denk bijvoorbeeld aan de ontwikkeling in het denken over het daderschap: al vrij vroeg na de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht is van de conceptualisering van de gedraging als ‘gewilde spierbeweging’ afstand genomen, en heeft gaandeweg een veel ruimer, functioneler en ‘vergeestelijker’ begrip van de gedraging zich van de dogmatiek meester gemaakt. Zie in dit verband over de ontwikkelingen in het denken over het daderschap van rechtspersonen en leidinggevers de bijdrage van Mark Hornman in deze bundel. Ook kan worden gedacht aan de ontwikkeling die het opzetbegrip sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht heeft gehad.

afgetekend binnen de dogmatiek van het algemeen deel van het Nederlandse materiële strafrecht. Sindsdien zijn de hieronder aan te duiden ontwikkelingen steeds meer expliciet herkenbaar in de rechtspraak van de Hoge Raad.

In de eerste plaats kan worden gewezen op een ontwikkeling gaande van een overwegend *ontologische* naar een overwegend *epistemologische* oriëntatie binnen de materieelstrafrechtelijke dogmatiek. Hiermee wil ik zeggen dat in relatief veel arresten van de Hoge Raad waarin dogmatische rechtsoverwegingen figureren die – vaak los van de concrete, ter beantwoording voorliggende rechtsvraag – betrekking hebben op een bepaald leerstuk van het algemeen deel van het materiële strafrecht, inhoudelijke criteria in zekere mate worden verdrongen door criteria voor de bewijsvoering.¹² De dogmatiek houdt zich dus bijvoorbeeld minder bezig met vragen als: 'wat *is* onachtzaamheid', maar veeleer met vragen als: 'aan de hand van welke factoren bepaal je of schuld als bedoeld in artikel 6 van de Wegenverkeerswet kan worden *bewezen*?'¹³ In aansluiting op wat ik hierboven omschreef als de 'symbolische functie' van de dogmatiek binnen de materieelrechtelijke rechtsvinding kan ten aanzien van deze eerste ontwikkeling in de richting van een epistemologische benadering worden gesteld dat de dogmatiek de rechter 'in lijn' zoekt te brengen met een toepasselijke norm, niet zozeer langs de weg van het verschaffen van inzicht in de theoretische inhoud van een bepaald leerstuk aan de hand van relatief vaste en strenge theoretische criteria, maar veeleer door het presenteren van lijsten met factoren of criteria aan de hand waarvan een bepaald leerstuk in concrete gevallen dient te worden toegepast.

In de tweede plaats is een ontwikkeling gaande van een relatief *gesloten* naar een relatief *open* en *flexibel* systeem. In toenemende mate wordt met betrekking tot centrale dogmatische leerstukken van het algemeen deel van het materiële strafrecht door de Hoge Raad het casuïstische karakter hiervan vooropgesteld.¹⁴ Met betrekking tot een vraagstuk als het ouderschap van rechtspersonen wordt bijvoorbeeld meegedeeld dat er geen 'algemene regel' is te geven die de rechter in concrete gevallen zou kunnen volgen om de vraag te beantwoorden of van dergelijk ouderschap sprake is. Veel dogmatische passages in arresten van de Hoge Raad worden bovendien ingeluid door de overweging dat de toepassing

12 Dit wil natuurlijk niet betekenen dat die inhoudelijke benadering geheel verdrongen is; de Hoge Raad stelt nog altijd inhoudelijke eisen aan het onderscheid tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld, bijvoorbeeld.

13 Duidelijk voorbeeld hiervan biedt het voor de culpa belangrijke arrest HR 1 juni 2004, *NJ* 2005, 252 (Black-out). Ook kan worden gewezen op het standaardarrest over het ouderschap van rechtspersonen, HR 1 oktober 2003, *NJ* 2006, 328 (Drijfkest), waarin de Hoge Raad een aantal omstandigheden noemt waaronder een gedraging van een natuurlijk persoon redelijkerwijs aan de rechtspersoon kan (maar niet per se moet) worden toegerekend. Ook in het voor het voorwaardelijk opzet belangrijke arrest HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552 (Hiv 1) formuleert de Hoge Raad een aantal factoren die maatgevend zijn voor het antwoord op de vraag '[o]f in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet [...]']

14 Zie A.A. Franken, Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht, *Delikt en Delinkwent* 36 (2006) 9, p. 949-958; N. Rozemond, De casuïstische grenzen van het materiële strafrecht, *Delikt en Delinkwent* 37 (2007) 5, p. 465-495; K. van Willigenburg, Casuïstiek en scherpe normen in het materiële strafrecht, *Delikt en Delinkwent* 41 (2011) 4, p. 365-387.

van het desbetreffende materieelrechtelijke leerstuk *in ultimo* afhankelijk is van ‘de omstandigheden van het geval’. De opmars van de eerder genoemde epistemologische oriëntatie uit zich voorts nogal eens hierin, dat ter invulling van dogmatische concepten sets worden gepresenteerd van relatief vage en onbepaalde criteria of factoren. Een bekend voorbeeld is uiteraard de ‘maatstaf’ van de ‘redelijke toerekening’ die onder meer dienst doet als het koepelcriterium ter vaststelling van het causaal verband tussen een strafrechtelijk relevant gevolg en de gedraging van een verdachte en van het daderschap van rechtspersonen. Daarnaast kan worden gedacht aan criteria als de ‘aard’ en de ‘uiterlijke verschijningsvorm’ van een gedraging, ‘algemene ervaringsregels’ en de ‘aard van het delict’, die bij uiteenlopende dogmatische leerstukken relevant zijn.¹⁵

Ten slotte, en in samenhang met het voorgaande: er is een ontwikkeling gaande van een *diversifiërende* naar een *unificerende* benadering binnen de dogmatiek van het algemeen deel van het materiële strafrecht. Die unificatie betreft ten eerste de ‘procedurele benadering’ die bij veel leerstukken wordt gehanteerd en die bestaat in een aftasten en markeren van ondergrenzen van begrippen en het formuleren van een hoeveelheid factoren die in de bewijsvoering kunnen worden gebruikt. En daarnaast heeft de unificatie betrekking op de inhoud van die factoren: in toenemende mate wordt ter invulling van dogmatische concepten gebruik gemaakt van gelijklopende criteria.¹⁶ Ik noem slechts een aantal voor de hand liggende voorbeelden: de redelijke toerekening is maatgevend voor de bewijsvoering van causaliteit en het daderschap van rechtspersonen; de maatstaf van de uiterlijke verschijningsvorm wordt aangelegd in de bewijsvoering van bijvoorbeeld de strafbare poging, de strafbare voorbereiding en het voorwaardelijk opzet; de aard van de gedraging is een factor die van belang is in de bewijsvoering van onder meer het causaal verband, het voorwaardelijk opzet en het daderschap van rechtspersonen; en de aard van het betrokken delict speelt een rol in de vaststelling van causaal verband en bij de vrijwillige terugtred. Deze unificerende oriëntatie sorteert het effect dat de grenzen tussen verschillende dogmatische leerstukken minder scherp worden getrokken en dat de grijze gebieden tussen de verschillende leerstukken navent groter worden. Geduid tegen de achtergrond van de eerder omschreven symbolische functie van de materieelstrafrechtelijke dogmatiek duiden beide laatstgenoemde ontwikkelingen erop dat de dogmatiek haar positionerende invloed minder directief en meer met behulp van tamelijk globale gezichtspunten uitoefent.

15 Zie Franken 2006; A.J. Machielse, De opmars van de uiterlijke verschijningsvorm, in: A.A. Franken, M. de Langen en M. Moerings (red.), *Constante waarden; Liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 233-242; L. Stevens, De verleiding van feiten van algemene bekendheid, *Delikt en Delinkwent* 42 (2012) 1, p. 69-82; F. de Jong, T. van Roomen en E. Sikkema, Objectiverende tendensen binnen het voorwaardelijk opzet, *Delikt en Delinkwent* 37 (2007) 9, p. 929-958.

16 Zie over deze ontwikkeling vooral S.L.J. Janssen, Unificatie in het materiële strafrecht?, *Delikt en Delinkwent* 37 (2007) 4, p. 370-385. Zie ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 539-550.

Beoordeeld in hun onderlinge samenhang, wijzen de drie zonet aangestipte ontwikkelingen op een belangrijke verschuiving binnen de dogmatiek van het algemeen deel van het materiële strafrecht. Dogmatiek ontwikkelt zich van een geheel van min of meer statische, inhoudelijk gemarkeerde en dus gelimiteerde concepten die op steeds nieuwe feitenconstellaties moeten worden toegepast, en die daardoor in voorkomende gevallen extensief moeten worden uitgelegd teneinde tegemoet te komen aan een behoefte aan een zekere mate van flexibiliteit, naar een dynamisch geheel van inhoudelijk fluïde concepten, die gemakkelijker een variabele, op de feiten van steeds nieuwe gevallen passende inhoud toegemeten kunnen krijgen. De randvoorwaarden voor de toepasselijkheid van dogmatische concepten worden niet langer voornamelijk door vastliggende inhoudelijke criteria geleverd, maar in toenemende mate door formele, bewijs-technische factoren.

Het antwoord op de vraag of in een concreet te beoordelen geval een bepaald dogmatisch leerstuk van het materiële strafrecht van toepassing is, wordt in toenemende mate afhankelijk gesteld van een betrekkelijk *algemeen redelijkheidsoordeel*: is het, gezien de feiten van het geval, redelijk om *in casu* bijvoorbeeld medeplegen bewezen te verklaren? De thans gangbare, tautologische definitie van het begrip medeplegen wijst overigens reeds die richting uit: 'is *dermate* nauw, volledig en bewust samengewerkt *dat* van medeplegen kan worden gesproken?' Zoals hieronder nog zal worden toegelicht, zijn de feiten van een geval op hun beurt de resultaten van een bepaalde presentatie, geleverd door verschillende actoren: het Openbaar Ministerie, de verdediging en de rechter zelf.

2.3 Een tweetal ontwikkelingen binnen het strafrechtelijke procesmodel

De hierboven zeer schetsmatig aangeduide ontwikkelingen binnen de dogmatiek het algemeen deel van het materiële strafrecht kunnen niet geheel los worden beschouwd van enige verschuivingen binnen het strafrechtelijke procesmodel. Twee verschuivingen die kunnen worden geconstateerd, zijn in dit verband relevant.

In de eerste plaats kan worden gewezen op een verschuiving op *horizontaal* vlak. Verdediging en Openbaar Ministerie hebben de afgelopen jaren een grotere eigen verantwoordelijkheid gekregen voor de wijze waarop en de tijdigheid waarmee zij hun visies op de feitelijke toedracht van een casus en op de toepasselijkheid van strafrechtelijke leerstukken en normen presenteren.¹⁷ Die grotere eigen verantwoordelijkheid is zichtbaar in de door wet en rechtspraak gestelde

17 De (eventuele) rol van slachtoffers en nabestaanden laat ik buiten beschouwing; zie hierover de bijdrage in deze bundel van Renée Kool. Zie ook E.F. Stamhuis, Enkele observaties over het Nederlandse strafproces, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, A.J. Machielse, H.J.B. Sackers en P.C. Vegter (red.), *Levend strafrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 549-557; en J.E.B. Coster van Voorhout, Shifting responsibilities: duties and responsibilities of the criminal defense lawyer, in: M.F.H. Hirsch Ballin et al. (red.), *Shifting Responsibilities in Criminal Justice. Critical Portrayals of the Changing Role and Content of a Fragmented Globalizing Law Domain*, Den Haag: Eleven International publishing 2012, p. 31-49.

eisen waaraan zijdens de verdediging of het Openbaar Ministerie ingenomen standpunten moeten voldoen, willen zij de rechter, in gevallen waarin hij dergelijke standpunten verwerpt of daarvan in zijn oordeel bepaaldelijk afwijkt, nopen tot een in zijn vonnis opgenomen en gemotiveerde beslissing ter zake (de uitdrukkelijk onderbouwde standpunten als bedoeld in artikel 359 lid 2, tweede volzin Sv en verweren gestoeld op artikel 359a Sv).¹⁸ Maar ook voor wat betreft de fase van het voorbereidend onderzoek is sprake van een toegenomen eigen verantwoordelijkheid van de procesdeelnemers voor de wijze waarop zij hun visies op de feitelijke toedracht van een strafzaak onder de aandacht brengen van de betrokken autoriteiten; in dit verband kan vooral worden gedacht aan de regels die zien op de samenstelling van het procesdossier.¹⁹

In de tweede plaats is een verschuiving waar te nemen op *verticaal* vlak, dat wil zeggen in de verhouding tussen procespartijen enerzijds en zittingsrechter anderzijds, alsook in de verhouding tussen lagere en hogere rechters. De feitenrechter heeft een grotere vrijheid gekregen om dogmatische begrippen in concrete gevallen in te vullen en toe te passen op een wijze die past bij – of letterlijk: ‘recht doet’ aan – de feiten van het te berechten geval. De randvoorwaarden waarbinnen de rechter de concepten construeert, zijn als gezegd min of meer formeel en epistemologisch: het gaat vaak om lijstjes van factoren die de rechter kan of moet gebruiken om te bepalen of een bepaald dogmatisch concept in een gegeven geval aan de orde is. De factoren zijn formeel in de zin dat ze een procedureel, bewijstechnisch kader scheppen, en in de zin dat ze soms een taakverdeling aanduiden: de rechter kan van bepaalde zaken uitgaan, indien en voor zover partijen niet met een andersluidend narratief komen, of indien de rechter niet reden ziet ambtshalve nader onderzoek in te stellen.²⁰ De factoren zijn, zoals eveneens eerder bleek, nogal eens open geformuleerd. Bovendien is over het relatieve gewicht van dergelijke factoren in veel gevallen niet veel duidelijk.

De rechter kan dus vele kanten uit met deze factoren. Ook de partijen kunnen dit: de factoren lenen zich voor verschillende scenario's, verschillende wijzen van inpassing in narratieven. De grotere verantwoordelijkheid van de procespartijen voor de wijze waarop zij hun standpunten en narratieven presenteren, kan dan ook worden gezien in samenhang met de omstandigheid dat de rechter in toenemende mate *afhankelijk* is van de inbreng van partijen: de door de dogma-

18 F.G.H. Kristen, Aandacht vragen, aandacht krijgen en aandacht verdienen, in: A.A. Franken, M. de Langen en M. Moerings (red.), *Constante waarden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 313-322.; S. Meijer en R.H. Hermans, Verzoeken ter terechtzitting: vorm en inhoud, beoordelingsmaatstaf en motiveringseisen. *Delikt en Delinkwent* 37 (2007) 10, p. 1034-1062.

19 Zie over de nieuwe (voorgestelde) wettelijke regeling hieromtrent R.H. Hermans, Nieuwe regels voor de kennisneming van processtukken, *Delikt en Delinkwent* 42 (2012) 4, p. 290-308; en zie R.H. Hermans, Kennisneming van processtukken in het voorbereidend onderzoek in strafzaken, *Delikt en Delinkwent* 39 (2009) 5, p. 494-526.

20 Vgl. in dit verband de kritische opmerkingen van A.A. Franken, De zittingsrechter in strafzaken, *Delikt en Delinkwent* 42 (2012) 5, p. 361-368, p. 364: ‘De zittingsrechter trekt zich dus terug. Hij behoeft niet het voortouw te nemen; hij kan eerst eens rustig kijken met welke standpunten het openbaar ministerie en de verdediging komen. Bovendien laat de Hoge Raad hem tegenwoordig de nodige ruimte om lastige vraagstukken op voorhand buiten het zittingsdebat te houden.’

tiek gestipuleerde factoren aan de hand waarvan dogmatische leerstukken moeten worden toegepast, zijn vaak te vaag, te open, en daarmee te vatbaar voor een sterk variabele toepassing, dan dat de rechter ervan kan uitgaan steeds zelfstandig te kunnen vaststellen welke betekenissen bepaalde concepten hebben voor een concrete zaak. Hij dient dus de door partijen gedebiteerde narratieven te wegen, met elkaar te contrasteren en te construeren, teneinde een juist convergentiepunt te vinden met de factoren die hij dient te gebruiken in de toepassing van de dogmatische concepten. Daar komt bij dat de toepassing van dogmatische begrippen door de lagere rechter op hoger niveau vooral procedureel wordt getoetst, met dien verstande dat wordt beoordeeld of de lagere rechter de correcte factoren of criteria heeft aangelegd en of het oordeel in zijn verschillende onderdelen afdoende is gemotiveerd.²¹

2.4 Tussenbalans

De ontwikkelingen duiden tezamen genomen op een *vervlakking van de dogmatiek*. De dogmatiek van het algemeen deel van het materiële strafrecht wordt theoretisch minder verfijnd en trekt tussen verschillende dogmatische concepten minder scherpe grenzen. De dogmatiek *delegeert* bovendien – brengt omlaag – een deel van haar takenpakket: de invulling van concepten wordt in hogere mate overgelaten aan de feitenrechter, die verschillende factoren en omstandigheden van zaak tot zaak tegen elkaar afweegt, mede afhankelijk van de wijze waarop zij door de verschillende actoren worden gepresenteerd. Dogmatiek bestond voorheen in een 'juridisering van de samenleving', dat wil zeggen: een dogmatische benadering waarin juridisch zo weinig mogelijk wordt opengelaten en waarin zoveel mogelijk wordt getracht om een stelsel van dogmatische subregels te scheppen die het geheel van het maatschappelijk leven vatbaar maken voor rangschikking onder de dichotomieën van legaliteit: iets is wel of niet een vorm van opzet of van medeplegen, enzovoort. Het grensgebied tussen verschillende aanpalende dogmatische concepten wordt zo dun mogelijk gehouden.

Hiervoor in de plaats is een dogmatische invalshoek gekomen die bestaat in een vermaatschappelijking van het strafrecht. De dogmatische criteria die worden aangelegd om verschillende concepten van elkaar te onderscheiden, zijn minder inhoudelijk en – denk aan de algemene ervaringsregels, de aard en verschijningsvorm van de gedraging – incorporeren bovendien meer 'samenleving'. Hierdoor komen de factoren die de feitenrechter in aanmerking neemt voor zijn oordeel ook (letterlijk) dichter bij de samenleving te liggen: lagere rechters krijgen meer armslag door de open criteria, en het gebruik ervan wordt meer procedureel getoetst in de hogere regionen van de rechtsgang. Dit impli-

21 Vgl. Y. Buruma, Rechtspreken in de dramademocratie. Kanttekeningen bij lekenrechtspraak en motiveringsvereisten, *Delikt en Delinkwent* 36 (2006) 10, p. 1077-1088; D.H. de Jong, Naar een *common law*-conceptie van legaliteit?, *Delikt en Delinkwent* 29 (1999) 8, p. 687-690; Janssen 2007; Rozemond 2007; Franken 2012.

ceert dat ook ‘lagere’ regionen binnen het strafrechtelijk systeem medeverantwoordelijk worden gemaakt voor de uitoefening van wat ik bij aanvang van deze paragraaf kortweg aanduidde als de symbolische functie van de materieelstrafrechtelijke dogmatiek.

Gegeven de gegroeide normatieve verdeeldheid van de samenleving, lijkt het strafrecht zich in enige mate te verschansen achter een procedurele benadering, waarvan de nadruk op casuïstiek het noodzakelijke correlaat vormt. De genoemde open criteria leiden tot een formalisering, dat wil zeggen: een oriëntatie op *vorm*. De criteria abstraheren immers sterk van inhouden, zijn geënt op de uitwendigheid, en brengen vooral een externe ‘omlijning’ van de dogmatische leerstukken tot uitdrukking. Dogmatiek wordt niet langer *top-down*, maar in toenemende mate *bottom-up* ontwikkeld. Voor het recht in het algemeen is deze trend op zichzelf natuurlijk niets nieuws. De genoemde ontwikkelingen houden een erkenning in van de gegroeide behoefte aan flexibiliteit, een behoefte waarin door een strikte vorm van systeemdenken niet goed kan worden voorzien.²² In plaats daarvan wordt het systeem – opgevat als een statisch, inhoudelijk gemarkeerd geheel van theoretische en daarmee aan een soort eeuwigheidswaarde appellerende concepten – niet langer voorop gesteld.

Maar het strafrecht heeft van oudsher een sterke weerstand gehad tegen dergelijke ontwikkelingen: het strafrecht wordt in verhouding tot andere rechtsgebieden beheerst door belangen die maken dat groot gewicht wordt gehecht aan duidelijke systematisering, aan voorspelbaarheid en aan het bestaan van zo weinig mogelijk grijze gebieden. Nu wil ik hieraan onmiddellijk toevoegen dat ik niet wil beweren dat alle scheidslijnen tussen leerstukken geslecht zouden zijn of bezig zouden zijn te worden geslecht. Er zijn bovendien een aantal tegenontwikkelingen, zoals bijvoorbeeld recente jurisprudentie inzake causaliteit, medeplegen, noodweer(exces), roekeloosheid en inzake de grens tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld laat zien.²³ Toch wil ik wel staande houden dat over de hele linie de dogmatiek van het algemeen deel aan een zekere vervlakking onderhevig is.

Daaraan wil ik dan weer meteen toevoegen dat het wat mij betreft niet evident is dat we de gesignaleerde vervlakking van de materieelstrafrechtelijke dogmatiek ook negatief moeten waarderen. De ontwikkelingen duiden namelijk, denk ik, op een veranderde opvatting over de bron van het gezag en de legitimiteit van de oordelen van de strafrechter. De dogmatische ontwikkelingen en de

22 Zie Th.A. de Roos, *Shifting responsibilities and the flexibility of criminal justice*, in: Hirsch Ballin et al. (red.) 2012, p. 71-79. En zie A.W.M. Mooij, *Hermeneutiek en strafrecht*, in: A. Harteveld, D.H. de Jong en E.F. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 429-450, die betoogt dat een krampachtig vasthouden aan een streng systeemdenken gepaard gaat met de noodzaak af en toe sterk extensieve interpretaties toe te laten, die de beschermende werking van het systeem kunnen uithollen.

23 Zie over causaliteit HR 27 maart 2011, *LJN* BT6362 (Groningse Hiv-zaak) en E.M. Witjens, Het bewijs van causaal verband in de Groninger HIV-zaak, *Delikt en Delinkwent* 42 (2012) 5, p. 369-381; over roekeloosheid HR 22 mei 2012, *LJN* BU2016 en HR 3 juli 2012, *LJN* BW4254; en zie De Hullu 2012, p. 242, 326; A.R. Hartmann, *Medeplegen: back to basics?*, *Delikt en Delinkwent* 42 (2012) 5, p. 449-460.

daaraan gelieerde ontwikkelingen binnen het strafrechtelijke procesmodel reflecteren de erkenning op relatief 'hoog niveau' dat de wijze waarop strafrechtsdogmatische concepten door een rechter moeten worden toegepast niet langer op gezaghebbende wijze enkel door de dogmatiek alleen kan worden vastgelegd, maar dient te worden bepaald in een wisselwerking tussen een relatief open dogmatiek en de feiten van het concrete geval. Het gezag waarmee de rechter recht spreekt, de autoriteit van zijn oordelen, is minder dan voorheen gevestigd op 'eeuwige theoretische waarheden' en meer op zijn vermogen om zelf – met de hulp van partijen – aan open geconstrueerde, fluïde concepten een op de feiten van steeds nieuwe gevallen afgestemde en daarmee goed resonerende invulling te geven.

3 Schets van enige ontwikkelingen binnen de filosofische theorievorming over legitieme gezagsuitoefening

3.1 Terug naar de hypothese

De hierboven kort besproken ontwikkelingen zijn in de literatuur zeker niet onopgemerkt gebleven, maar zijn vooralsnog bij mijn weten niet onderzocht vanuit de invalshoek van de vraag in hoeverre zij duiden op een veranderd perspectief op de bronnen van gezag en legitimiteit van de oordelen van de strafrechter. Ik wil in de rest van deze bijdrage een begin maken met een poging deze lacune te dichten door de ontwikkelingen binnen de dogmatiek en het procesmodel van het Nederlandse strafrecht te relateren aan enige ontwikkelingen binnen de filosofische theorievorming over de notie legitiem gezag.

In de inleiding van deze bijdrage formuleerde ik de volgende hypothese: recente verschuivingen in het denken over het politiek-filosofische concept 'legitiem gezag' vertonen samenhang met enige ontwikkelingen binnen de dogmatiek van het algemeen deel van het materiële strafrecht en institutionele ontwikkelingen binnen het strafrechtelijke procesmodel. Ik wil nu de zonet in het kort besproken dogmatische en institutionele ontwikkelingen even laten voor wat ze zijn en een heel ander domein betreden: de rechts- en politieke filosofie, voor zover die zich onledig houdt met de vraag: wat is 'legitiem gezag'?

Recente filosofische literatuur laat zien dat het denken over deze vraag sterk in beweging is. Ik teken nu maar vast aan dat ik aan allerlei nuances in de zeer rijke literatuur over deze controversiële thematiek geen recht zal doen. Mijn bedoeling is alleen enige grove lijnen te trekken die in verband kunnen worden gebracht met de in de voorgaande paragraaf besproken ontwikkelingen binnen het strafrecht.²⁴ Ik begin met een uiteenzetting over het concept 'praktische autoriteit' en ga in dat verband vooral in op de voorwaarden die vervuld moeten zijn, wil

24 Natuurlijk zijn over legitieme gezagsuitoefening ook heel andere dan de hier door mij besproken filosofische modellen ontwikkeld, bijvoorbeeld in het voetspoor van denkers als Max Weber en Hannah Arendt; ik richt mij in deze bijdrage evenwel voornamelijk op bewegingen die traceerbaar zijn in de filosofische literatuur van Angelsaksische snit.

een persoon of instantie dergelijk gezag hebben. Daarna ga ik in op een aantal ontwikkelingen in de filosofische theorievorming over de voorwaarden waaronder de uitoefening van praktisch gezag als legitiem kan worden aangemerkt.

3.2 *Wat is gezag?*

Gezag of autoriteit – ik bezig deze begrippen als synoniemen – is een notie die in uiteenlopende contexten wordt gebruikt en alleen al daardoor onze pogingen tot een overzichtelijke en accurate begripsbepaling ervan weerstreeft. Desondanks laat zich binnen de notie gezag een aantal conceptuele onderscheidingen aanbrengen die niet of nauwelijks omstreden zijn en die in de filosofische theorievorming rond (legitieme) gezagsuitoefening hun nut hebben bewezen. In de eerste plaats is van belang onderscheid te maken tussen zogenoemd *theoretisch* gezag en zogenoemd *praktisch* gezag. Theoretisch gezag heeft betrekking op het uitoefenen van invloed op wat een gezagsonderhorige persoon gelooft of voor waar aanneemt. Praktisch gezag betreft daarentegen een bepaalde vorm van zeggenschap over hetgeen een gezagsonderhorige persoon moet doen, en wel los van de kwestie of deze persoon zelf overtuigd is van de juistheid van de verplichting waarmee de gezagsdrager hem heeft opgezegd.

Praktische autoriteiten maken aanspraak op het recht een persoon tot iets te verplichten ook al is de desbetreffende verplichting in een bepaald opzicht onjuist. Daarentegen: van een persoon die weet dat een deskundigenadvies afkomstig van een theoretische autoriteit onjuist is, wordt niet verwacht dat hij dit advies opvolgt.²⁵ Juridische autoriteiten zijn typisch praktische autoriteiten. De in deze bijdrage centraal gestelde gezagsfiguur van de strafrechter, bijvoorbeeld, is getooid met de bevoegdheid om onder wettelijk vastgelegde voorwaarden wijzigingen aan te brengen in de ‘normatieve situatie’ van gezagsonderhorige personen (verdachten en daders van strafbare feiten) door hen, desnoods en meestal tegen hun wil, bepaalde verplichtingen op te leggen, zoals de verplichting een straf te ondergaan.²⁶

Een tweede belangrijke conceptuele onderscheiding is die tussen *de facto* gezag en *de jure* gezag of gelegitimeerd gezag. Gezag ‘is’ er, of niet, of in meer of mindere mate. Hierin zijn ontwikkelingen mogelijk, die bijvoorbeeld object van sociologisch onderzoek kunnen zijn. De legitimiteit van gezagsuitoefening kan eveneens worden beschouwd als een empirisch vraagstuk door onderzoek te plegen naar (ontwikkelingen in) de opvattingen of attitudes van gezagsonder-

25 S.J. Shapiro, Authority, in: J. Coleman en S.J. Shapiro (red.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford/New York: Oxford University Press 2002, p. 382-439, p. 399-401. Shapiro gaat ook in op een aantal andere verschillen: het gezag van een deskundige is geheel persoonlijk, terwijl een praktische autoriteit onpersoonlijk is; en theoretische autoriteiten verschaffen redenen om de waarheid of juistheid van hun oordelen aan te nemen, terwijl praktische autoriteiten redenen verschaffen om iets te *doen* (of na te laten). Zie ook V. Wellman, Authority of law, in: D. Patterson (red.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell 2010, p. 559-570.

26 A. Marmor, An institutional conception of authority, *Philosophy & Public Affairs* 39 (2011b) 3, p. 238-261, p. 239.

horigen, maar kan ook worden beschouwd als een normatief vraagstuk: vervult een institutie de criteria op grond waarvan zij inderdaad autoriteit verdient, los van het antwoord op de vraag of zij die autoriteit heeft in de ogen van het publiek? In de volgende subparagraaf zullen we van beide benaderingen van het concept legitimiteit (de empirische en de normatieve) voorbeelden vinden. Voor nu is genoeg dat duidelijk is dat de vraag wat er allemaal nodig is om te kunnen stellen dat men praktisch gezag *heeft* en de vraag naar de morele *legitimeerbaarheid* van praktisch gezag als separate kwesties kunnen worden aangemerkt.

Ik zal mij hier alleen nog bezig houden met de eerste vraag. Iemand die is bekleed met praktisch gezag (gelegitimeerd of enkel *de facto*, dat doet dus hier niet ter zake) oefent binnen een bepaalde context een bepaalde mate van controle uit over het doen en laten van bepaalde andere personen. Praktisch gezag gaat daarom per definitie vergezeld van een bepaalde vorm van *normatieve macht*: slechts indien en voor zover een gezagsdrager metterdaad in staat is wijzigingen aan te brengen in het geheel van rechten en verplichtingen van een of meer gezagsonderhorige personen en indien die wijzigingen unilateraal – dat wil zeggen op instigatie van de machthebber – worden aangebracht, kan worden gezegd dat wij met een praktische autoriteit te maken hebben.²⁷

Hoewel, als gezegd, de vaststelling dat een persoon praktisch gezag *heeft* nog geen uitspraak inhoudt met betrekking tot de vraag of de gezagsdrager inderdaad met dat gezag *behoort* te zijn bekleed, en ook niet over de legitimiteit van de door de gezagsdrager gevelde oordeelden of uitgevaardigde directieven, dient dus wel te worden bedacht dat praktisch gezag een *normatieve context* veronderstelt. Een persoon of instantie ontleent zijn praktische autoriteit aan een geheel van conventies en normen die zijn geworteld in een bestendige sociale praktijk of 'institutie'.²⁸ De door praktische autoriteiten uitgeoefende normatieve macht is – in ieder geval in de typische en in verreweg de meeste gevallen – geen macht die men zich 'ad hoc' aanmeet, maar een sterk aan normen gebonden, dus geregeerde macht. De normatieve macht van praktische autoriteiten wordt geconstitueerd door een stelsel van onderling samenhangende normen die onder meer vastleggen onder welke voorwaarden individuen zich kunnen kwalificeren voor de rol van een bepaalde gezagsdrager, welke bevoegdheden de gezagsdrager toekomen, in welke gevallen, onder welke voorwaarden en jegens wie die bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend, op welke wijze toezicht dient te worden uitgeoefend op de naleving van de directieven van de gezagsdrager en hoe op vormen van niet-naleving van die directieven mag of moet worden gereageerd.

Het heeft dan ook geen zin te spreken van praktisch gezag zonder daarbij deze context van beslissingsmacht verlenende en aan grenzen bindende normen te veronderstellen. Die normen hebben natuurlijk een oorsprong. Die oorsprong

27 J. Raz, *The authority of Law. Second edition*, New York/Oxford: Oxford University Press 2009b, p. 16-20; Marmor 2011b, p. 240-241; J.M. Finnis, Authority, in: J. Raz (ed.), *Authority*, New York: New York University Press 1990, p. 174-202.

28 Marmor 2011b, p. 241-247.

is sociaal van aard in die zin dat de normen waaraan personen of instanties hun praktisch gezag danken, onderdeel zijn van een sociale praktijk waarbinnen die normen feitelijk worden gevolgd; zij kunnen conventioneel zijn, maar zullen vaak institutioneel zijn, dat wil zeggen afgekondigd, gecodificeerd. Praktische autoriteiten zijn dan ook doorgaans werkzaam binnen tamelijk geavanceerde, complexe institutionele praktijken.²⁹ In paragraaf 4 zullen we het gezichtspunt tegenkomen dat de voor *het recht* meest essentiële eigenschap hierin bestaat dat door middel van geavanceerde technieken van ‘planning’ exact die typen van normen in het leven worden geroepen waarmee praktisch gezag, en dus normatieve beslissingsmacht, wordt gedistribueerd over bepaalde functionarissen.

Nu we hebben gezien dat het *hebben* van praktisch gezag neerkomt op het hebben van een specifieke normatieve macht die in het leven wordt geroepen in een stelsel van sociale normen met een institutionele herkomst, valt nog na te gaan wat de *uitoefening* van praktisch gezag betekent. Ik laat in dit verband iemand aan het woord die geldt als de belangrijkste hedendaagse denker over *practical authority*, Joseph Raz. Volgens Raz vormen de beslissingen van praktische autoriteiten een bepaald soort van *redenen*:

‘The fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should replace some of them.’³⁰

Deze formulering staat bekend als de zogenoemde *Pre-emption Thesis*. De beslissing van een gezagsdrager is een positieve reden om de beslissing na te leven, en tegelijk een negatieve reden om niet te handelen op grond van redenen die onverenigbaar zijn met de beslissing. Een persoon heeft dus praktisch gezag indien hij in de gelegenheid verkeert aan een ander een verplichting op te leggen door een bepaalde directief uit te vaardigen die op zichzelf tenminste ten dele de *reden* vormt voor de rechtsonderhorige persoon om de directief op te volgen. In de mate waarin een gezagsonderhorige persoon gehoor geeft aan een verplichting op de enkele grond *dat* de verplichting afkomstig is van een gezagsdrager waaraan hij onderworpen is, wordt de reden om de verplichting op te volgen in de literatuur een ‘inhoud-onafhankelijke reden’ (*contentindependent reason*) genoemd.³¹ Wie na enige navraag bij een gezagsdrager over het waarom en waartoe van een bepaald, weinig aantrekkelijk handelingsvoorschrift uiteindelijk genoeg neemt met het antwoord ‘Omdat ik het zeg!’ en vervolgens doet wat de gezagsdrager verlangt, handelt dus op grond van een inhoud-onafhankelijke reden.

29 Marmor 2011b, p. 246, 248.

30 J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, New York/Oxford: Oxford University Press 1994, p. 198.

31 Shapiro 2002, p. 389-390; Wellman 2010.

3.3 Onder welke voorwaarden is gezagsuitoefening legitiem?

3.3.1 Het rationalistische model

Maar waarom zou je eigenlijk (enkel) op grond van de inhoudelijk geneutraliseerde reden dat een ander iets voor je heeft bedacht, dus 'omdat hij het zegt', een bepaalde handeling verrichten of nalaten? Is het niet *irrationeel* om je eigen afweging van argumenten die voor en tegen een bepaalde handelwijze in stelling gebracht kunnen worden, in te ruilen voor het oordeel van een gezagsdrager, louter omdat dit oordeel van een praktische autoriteit afkomstig is? Deze vragen wijzen op een paradox binnen het concept van praktisch gezag. Raz brengt deze in de literatuur veel besproken paradox als volgt onder woorden:

'To be subjected to [practical, FdJ] authority, it is argued, is incompatible with reason, for reason requires that one should always act on the balance of reasons of which one is aware. It is of the nature of authority that it requires submission even when one thinks that what is required is against reason. Therefore, submission to authority is irrational.'³²

In antwoord op de beweerde onverenigbaarheid van praktisch gezag met morele autonomie stelt Raz dat het geenszins irrationeel is om je in je doen en laten door een praktische autoriteit te laten leiden, indien en voor zolang je die autoriteit als een *legitieme* autoriteit aanvaardt. De legitimiteit van gezagsuitoefening vormt in de visie van Raz het effect van de vervulling van een instrumentele voorwaarde: voor zover een met gezag beklede instantie metterdaad alle in een voorkomend geval betrokken redenen voor en tegen een bepaalde handelwijze adequaat tegen elkaar afweegt en zijn gedragsvoorschriften op deze weging baseert, moeten de gedragsvoorschriften worden geacht legitiem te zijn.³³ Gezagsdragers vaardigen directieven uit die we worden geacht op te volgen, en wel precies omdat we worden geacht ervan uit te gaan dat het opvolgen van die directieven de kans vergroot dat we het rationele, en daarmee – in de sterk rationalistische conceptie van Raz – het 'goede' doen. De kans daarop is groter dan in het geval we zouden vertrouwen op onze eigen afweging van, of deliberatie over, de redenen voor en tegen een bepaalde handelwijze. Een gezagsdrager bemiddelt dus tussen personen en redenen:

'The normal way to establish that a person has authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives) if he accepts the directives of

32 Raz 2009b, p. 3. De *locus classicus* van de gedachte dat praktisch gezag en morele autonomie onverenigbaar zijn, is R.P. Wolff, *In Defense of Anarchism*, New York: Harper & Row 1970. Zie over deze paradox ook Shapiro 2002, p. 385-393.

33 Deze eis wordt door Raz samengevat in de zogenoemde *Dependency Thesis* op grond waarvan de redenen op basis waarvan een met gezag beklede instantie beslissingen neemt, in voldoende mate de inhoud moeten reflecteren van de 'eerste-orderredenen' die de aan het gezag van deze instantie onderworpen personen in hun eigen afwegingen zouden betrekken. Zie Raz 1994, p. 214.

the alleged authority as authoritatively binding and tries to follow them, rather than by trying to follow the reasons which apply to him directly.³⁴

Deze formulering herbergt de essentie van wat Raz noemt: de *Normal Justification Thesis*. Gezagsdragers zijn dan ook wezenlijk dienstverleners: hun diensten bestaan eruit dat zij de gezagsonderhorigen helpen te handelen in overeenstemming met de hetgeen de rede voorschrijft. Daarom wordt de theorie van Raz over legitiem praktisch gezag aangeduid als de *Service Conception*. Dit model is sterk rationalistisch en behandelt legitimiteit als een ‘normatief’ concept. Het model koppelt legitimiteit aan eisen van materiële rechtvaardigheid: een gezagsdrager velte legitieme oordelen indien en voor zover die oordelen zijn gebaseerd op een correcte afweging van alle in aanmerking komende waarden en belangen. Tegelijkertijd maakt dit model het concept van praktisch gezag immuun voor de aantijging dat het gehoorzamen van gezagsdragers irrationeel, want in strijd met de morele autonomie van mensen zou zijn: ook al heeft een gezagsdrager het niet altijd bij het juiste einde, zolang de voorwaarde die ligt besloten in de *Normal Justification Thesis* maar *grosso modo* is vervuld, is het redelijk, en doet men er goed aan te varen op het oordeel van de gezagsdrager.

De zojuist besproken opvattingen van Raz over het concept legitiem gezag vormen sinds lang het standaardmodel in de filosofie op dit punt. Sinds enige tijd ligt de *Service Conception* echter onder vuur.³⁵ Een gedeeld punt van kritiek betreft de volgende gedachte: de omstandigheid dat iemand of een instantie ‘het beter weet’ dan ik, impliceert nog niet dat die persoon of instantie het daarom ook ‘voor het zeggen’ heeft of zou moeten hebben. Gezag behoeft voor zijn legitimiteit daarom aanvullende argumenten of de vervulling van aanvullende voorwaarden. Ik wil in het vervolg van deze paragraaf kort stilstaan bij twee vormen van kritiek op het rationalistische model van de *Service Conception*.³⁶

3.3.2 Het procedurele model

Een eerste vorm van kritiek op het rationalistische model betreft de toch nogal paternalistische inslag ervan. Raz houdt ons voor dat de legitimiteit van gezagsuitoefening een functie is van de mate waarin die gezagsuitoefening ertoe bijdraagt dat het doen en laten van individuen overeenkomt met de eisen die de rede oplegt. Aldus, zo luidt het bezwaar, wordt het belang van *procedurele* voorwaarden voor de legitimiteit van gezagsuitoefening compleet veronacht-

34 J. Raz, *The Morality of Freedom*, New York/Oxford: Oxford University Press 1986, p. 53.

35 Raz heeft in de loop der jaren herhaaldelijk gereageerd op de kritiek die zijn opvattingen over praktisch gezag ten deel is gevallen en heeft verschillende onderdelen van zijn theorie af en toe geamendeerd; zie S. Herschovitz, The role of authority, *Philosophers' Imprint* 11 (2011) 7, online op: <www.philosophersimprint.org/011007/>. En zie J. Raz, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford/New York: Oxford University Press 2009a, p. 126-165.

36 Zie voor een eerdere kritiek op een aantal aspecten van de benadering van Raz: K. Greenawalt, Legitimate authority and the duty to obey, in: W.A. Edmundson (ed.), *The Duty to Obey the Law. Selected Philosophical Readings*, Oxford: Rowman & Littlefield Publishers 1999, p. 177-191; zie ook Shapiro 2002, p. 402-432, die de benadering van Raz aanduidt als een *decision model*.

zaamd. Omdat wij leven in een normatief sterk verdeelde samenleving, ontleent bijvoorbeeld het recht de legitimiteit van zijn gezag niet in de eerste plaats aan de inhoudelijke juistheid van zijn directieven en oordelen, maar eerst en vooral aan de mate waarin die voortvloeien uit een procedure die door de gezagsonderhorigen wordt beschouwd en ervaren als *eerlijk*.

In het procedurele model wordt de legitimiteit van gezagsuitoefening gezien als afhankelijk van de wijze waarop een gezagsdrager een gezagsonderhorige bejegt. De gedachte is dat de kwaliteit van de procedure en van de bejegening van de betrokkenen van doorslaggevend belang is voor de aanvaarding van de uitkomsten ervan. De ervaring dat men in de procedure behoorlijk en op een eerlijke wijze is behandeld, leidt er in voorkomende gevallen toe dat ook ongunstige, of zelfs door bepaalde personen voor inhoudelijk onjuist gehouden uitkomsten op aanvaarding kunnen rekenen. Een belangrijke stem binnen deze discussie komt niet van een rechtsfilosoof of politiek-filosoof, maar van de sociaalpsycholoog Tom Tyler, die vooral heel veel empirisch onderzoek heeft gedaan naar de voorwaarden waaronder mensen geneigd zijn de beslissingen van gezagsdragers te accepteren. Dat onderzoek levert het volgende algemene beeld op:

'One important element in feeling that procedures are fair is a belief on the part of those involved that they had an opportunity to take part in the decision-making process. This includes having an opportunity to present their arguments, being listened to, and having their views considered by the authorities. Those who feel that they have had a hand in the decision are typically much more accepting of its outcome, irrespective of what the outcome is.'³⁷

Dit zijn op zichzelf misschien weinig opzienbarende, in ieder geval voor strafrechtjuristen goed herkenbare bevindingen, maar het punt is dat de *Service Conception* van legitiem gezag voor deze bevindingen geen conceptuele ruimte lijkt te bieden. De eerlijkheid van procedures heeft bij Raz geen enkele intrinsieke waarde; procedures zijn slechts van belang voor zover zij eraan vermogen bij te dragen dat een praktische autoriteit voldoet aan de eis van de *Normal Justification Thesis*.³⁸ Het procedurele model houdt dus aan de rationalistische benadering het inzicht voor, dat gezagsdragers hun legitimiteit soms helemaal niet ontlenen aan de mate waarin zij op adequate wijze bemiddelen tussen redenen en personen, oftewel aan de mate waarin wordt gewaarborgd dat iedere

37 T.R. Tyler, *Why People Obey the Law. Second edition*, Princeton/Oxford: Princeton University Press 2006, p. 163. Op p. 109 gaat hij in op normatieve verdeeldheid: 'Because there is no single, commonly accepted set of moral values against which to judge the fairness of outcomes or policies, such evaluations are difficult to make. People can however agree on the fairness of procedures for decision-making. Evaluations of authorities [...] therefore focus on the procedures by which they function, rather than on evaluations of their decisions or policies'. Zie ook de bundel T.R. Tyler (ed.), *Legitimacy and Criminal Justice. International Perspectives*, New York: Russell Sage Foundation 2007; en T.R. Tyler, Legitimacy and criminal justice: the benefits of self-regulation, *Ohio State Journal of Criminal Law* 7 (2009), p. 307-346.

38 Marmor 2011b, p. 255; Hershovits 2011, p. 3.

betrokkene de beste ‘balans van redenen’ zou volgen. Het procedurele model heeft een meer indirecte relatie met legitimiteit en behandelt de notie legitimiteit vooral als een empirische kwestie: langs de weg van een als eerlijk ervaren procedure wordt de uitkomst, hoe hij ook komt te luiden, als legitiem aanvaard.³⁹

Een probleem met de procedurele benadering van legitiem gezag is echter weer dat de inzichten zich moeilijk laten generaliseren naar een algemener niveau. Dit probleem geldt in ieder geval het strafrecht, omdat hier de redenen op grond waarvan individuen legitimiteit toeschrijven of onthouden aan de strafrechtspleging sterk kunnen verschillen, afhankelijk van de persoon over wie je het hebt: degenen die rechtstreeks met de operaties van het strafrechtelijk systeem te maken hebben gekregen kunnen nogal eens anders over de legitimiteit van oordelen denken dan het algemene, al dan niet door de media over het strafrecht geïnformeerde (of gedesinformeerde) publiek. Daar komt bij dat in het strafrecht voor rechtstreeks betrokkenen vaak zoveel op het spel staat, dat bezwaarlijk met een beroep enkel op het rechtvaardige verloop van de strafprocedure en de eerlijke bejegening van de procesdeelnemers zou mogen worden verwacht dat ook eventueel *onjuiste* oordelen zullen worden aanvaard. Met andere woorden: het procedurele model biedt geen *alternatief* voor het rationalistische model, omdat de legitimiteit van gezagsuitoefening soms wel degelijk tenminste mede lijkt te berusten op de inhoudelijke juistheid van de door de gezagsdrager gevelde oordelen.⁴⁰

3.3.3 *Het wederkerigheidsmodel*

Een tweede vorm van kritiek op de standaardconceptie van legitiem gezag is moeilijker kort in woorden te vatten, omdat er nogal wat ongelijksoortige theoretische benaderingen achter schuilgaan. Om toch een poging te wagen deze vorm van kritiek onder een noemer te brengen: de kritiek uit deze hoek conceptualiseert legitieme gezagsuitoefening in termen van *wederkerigheid*, niet alleen tussen gezagsdragers en de personen die rechtstreeks door de gezagsdragers worden aangesproken, maar tussen gezagsdragers en het algemene publiek van gezagsonderhorigen. Dit is natuurlijk erg vaag. Om iets ervan wat duidelijker te maken voer ik heel in het kort drie filosofen te tonele. Ten eerste Andrei Marmor, die in een artikel uit 2011 het volgende zegt:

‘For A to have authority over B in matters C, is for A to have the normative power to alter the rights and obligations that B has in matters C. [...] Power, in the relevant sense, is essentially an institutional construct: its existence and scope is constituted by rules or conventions. [...] It makes no sense to speak of power without some normative background already in place, which includes a set of norms enabling certain agents to introduce changes in this normative framework. [...] The institu-

39 Zie Shapiro 2002, p. 432-439, die deze inzichten bespreekt onder de noemer van het *arbitration model*. Voor een gelijkaardige opvatting, maar dan vooral met betrekking tot de legitieme gezagsuitoefening door de wetgever, zie J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford/New York: Oxford University Press 1999.

40 Aldus ook Hershovitz 2011, p. 6, 18.

tional obligation to comply with an authority's directives is always conditioned by reasons to participate (cooperatively, that is) in the practice that confers the relevant power on the authority.⁴¹

Dit betekent dat gezag en de legitimiteit daarvan niet volkomen kunnen worden verklaard zonder acht te slaan op een institutionele, normatieve context die zich bevindt *onder* de gezagsuitoefening door gezagsdragers, en waarbinnen gezagsdragers en gezagsonderhorigen coöperatief moeten participeren. De legitimiteit van praktisch gezag hangt daarmee af van de legitimiteit van de praktijk of de institutie waarbinnen het gezag wordt uitgeoefend, van de specifieke functies of rollen van de gezagsdragers binnen die praktijk of institutie en van de redenen voor participatie binnen die praktijk of institutie.⁴² Op dit punt blijkt de relevantie van de notie wederkerigheid. Waar Raz stelt dat de legitimiteit van gezag volkomen afhangt van de mate waarin de gezagsdrager de redenen die in concrete situaties voor en tegen een bepaalde handelwijze gelden adequaat tegen elkaar afweegt, daar stelt Marmor dat die legitimiteit daarnaast in ieder geval ook afhangt van de redenen voor het *hebben* van de praktijk waarbinnen het gezag wordt uitgeoefend en van de redenen om aan die praktijk *deel te nemen* (of dat nu vrijwillig geschiedt, zoals bij het lidmaatschap van een sportvereniging, of zagezegd *by default*, zoals bij de deelname aan de praktijk van het recht).

Een andere filosoof, Stephen Darwall, maakt een vergelijkbaar punt in meer contractualistische termen. Legitimiteit heeft bij Darwall vooral te maken met een morele context onder de gezagsuitoefening. Tegen de rationalistische benadering van Raz brengt Darwall in dat de vervulling van de voorwaarde die besloten ligt in de *Normal Justification Thesis* nooit op zichzelf de gevolgtrekking kan wettigen dat sprake is van legitieme gezagsuitoefening, omdat de vervulling van die voorwaarde niet afdoende is om aan de zijde van de gezagsdrager een *recht* te doen ontstaan op machtsuitoefening of om aan de zijde van de gezagsonderhorige een *verplichting* te doen ontstaan tot gehoorzaamheid. Natuurlijk, indien je weet dat de kans dat je het 'goede' doet groter is wanneer je de directieven van een ander volgt dan wanneer je vaart op je eigen afwegingen, kan het onverstandig zijn om geen gehoor te geven aan de directieven van de ander, maar meer dan een reden om *te doen alsof* die ander legitiem gezag over je heeft, levert dit besef niet op. Legitieme gezagsuitoefening veronderstelt volgens Darwall steeds een voorgegeven morele context waarbinnen de gezagsonderhorige *verantwoording* schuldig moet zijn aan de gezagsdrager:

41 A. Marmor, The dilemma of authority, *Jurisprudence* 2 (2011a) 1, p. 121-141, p. 130, 133.

42 Marmor 2011b, p. 248, 252. Over het begrip institutionele praktijk, zie A. Marmor, *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton/Oxford: Princeton University Press 2009, p. 50-52. Zie voor een gelijkaardig standpunt Herskovitz 2011, p. 11: 'Authority is a feature of roles embedded in practices. To justify authority, we need to justify the practices in which roles of authority are embedded.' En op p. 17: 'The normal justification thesis allows that you might have authority over me simply in virtue of the fact that you can direct my behavior better than I can myself. That strikes me as seriously wrong. [...] In the face of a claim to authority, one can always ask, "What right do you have to make demands on me?"'

‘If one person has practical authority with respect to another, then this would seem to mean not just that the latter has a reason of whatever priority or weight for acting as the former directs but also that the latter has some responsibility to the former for doing so, that the latter is, in some way or other, answerable to the former. Practical authority is not just a relation in the logical sense; it is a standing in a relationship.’⁴³

Een wat radicaler standpunt, ten slotte, wordt ingenomen door Paul Kahn. Volgens hem hangt legitimiteit van gezag samen met de gedachte dat oordelen van gezagsdragers iets uitdrukken van de *identiteit* van de gemeenschap uit wiens naam gezagsdragers hun oordelen vellen. Kahn abstraheert van inhoudelijke en procedurele aspecten en stelt voorop dat legitimiteit een functie is van de mate waarin rechtsonderhorige burgers zich kunnen ‘herkennen’ in, en zich metterdaad gerepresenteerd weten door de politieke en juridische instituties. Die herkenning kan worden bevorderd door politieke en juridische procedures te laten aansluiten bij en te laten teruggrijpen op een gedeeld narratief, een verhaal dat uitdrukking geeft aan de ‘identiteit’ van de politieke gemeenschap. In een recent boek over het concept soevereiniteit stelt hij:

‘Liberal political theory, accordingly, has no place for sovereignty but only for law. Without the sovereign, liberal theorists understand a just law to be a legitimate law. But even of just laws we can and do ask, “Whose laws are they?” Is this not the question that Europeans ask of the output of Brussels? It is the same question Americans ask of international law. A law becomes our own when we recognize the free act that brings it into being as our own. [...] The mistake is made from both directions: the scholar thinks of legitimacy as a matter of justice; the revolutionary thinks of legitimacy as a matter of authenticity. We would do better to think of legitimacy as a matter of both justice and authenticity, reason and will.’⁴⁴

Nu moet ik opmerken dat het opvoeren van Marmor, Darwall en Kahn als representanten van één stroming in het denken over legitiem gezag in verschillende opzichten nogal oneigenlijk is. Het gaat hier om denkers met sterk verschillende denkbeelden.⁴⁵ Maar waar het mij om gaat, is dat zij alle drie in

43 S. Darwall, Authority, accountability, and preemption, *Jurisprudence* 2 (2011) 1, p. 103-119, p. 109. Zie ook S. Darwall, Authority and second-personal reasons for acting, in: D. Sobel en S. Wall (eds.), *Reasons for Action*, New York/Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 134-154. Zijn visie op de betekenis van legitiem gezag maakt onderdeel uit van een veel bredere contractualistische theorie, uiteengezet in S. Darwall, *The Second-person Standpoint. Morality, Respect, and Accountability*, Cambridge/Londen: Harvard University Press 2006.

44 P.W. Kahn, *Political Theology. Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, New York: Columbia University Press 2011, p. 141, 146-147. Zie ook P.W. Kahn, *Legitimacy and History. Self-government in American Constitutional Theory*, New Haven/Londen: Yale University Press 1992, p. 216-223. Zie in vergelijkbare zin ook B. van Klink, Waarom zouden we ons aan de wet houden? Een pleidooi voor versterking van het staatsgezag, in: T. Jansen, G. van den Brink en R. Kneyber (red.), *Gezagsdragers. De publieke zaak en haar verdedigers*, Amsterdam: Boom 2012, p. 263-276, in het bijzonder p. 269-273; H. Lindahl, Authority and representation, *Law and Philosophy* 19 (2000) 2, p. 223-246.

45 Marmor brengt bijvoorbeeld tegen Darwall in dat gezagsonderhorigen geen verantwoording schuldig zijn aan de gezagsdragers zelf maar aan de leden van de praktijk of institutie in wier naam de gezagsdragers hun gezag uitoefenen. Zie Marmor 2011a en Marmor 2011b, p. 256; vgl. A. Westlund, Autonomy, authority, and answerability, *Jurisprudence* 2 (2011) 1, p. 161-179.

hun opvattingen over het concept legitimiteit het belang benadrukken van de noties wederkerigheid en vertegenwoordiging in de relatie, niet alleen tussen gezagsdragers en degenen tot wie hun oordelen zich rechtstreeks richten, maar tussen gezagsdragers en de gehele groep van gezagsonderhorigen. Die groep wordt in de standaardvisie van Raz anoniem gehouden, maar in de zonet besproken visies een eigen rol en een stem gegeven.

4 Verschuivende opvattingen over het legitieme gezag van de oordelen van de strafrechter?

4.1 Het 'verband' tussen de strafrechtelijke ontwikkelingen en de ontwikkelingen in het denken over legitiem gezag

Intussen is de vraag gerechtvaardigd wat we nu eigenlijk met de abstracte bespiegelingen over het concept legitiem gezag aan moeten. Ik hoop dat de erg grove lijnen die ik heb getrokken door de filosofische discussie hebben duidelijk gemaakt dat deze discussie getuigt van een beweging lopende van een *top-down* en relatief paternalistisch, naar een meer *bottom-up* en wederkerig concept van legitiem gezag. De bedoeling is nu om een verband te leggen tussen de strafrechtelijke gedachteswisselingen met betrekking tot gezag en legitimiteit en de algemene, filosofische traditie waarbinnen nu juist over de betekenis of aard van deze thema's wordt gesteggeld. Dus ik keer in deze paragraaf terug naar het strafrecht en de eerder door mij geschetste ontwikkelingen daarbinnen.

Allereerst iets over dat woord 'verband'. Met dit woord wil ik niet beweren dat tussen de in paragraaf 2 besproken strafrechtelijke ontwikkelingen en de ontwikkelingen binnen het filosofische discours over legitiem gezag een *oorzakelijke* relatie zou bestaan. Ik wil ook niet beweren dat de strafrechtelijke ontwikkelingen op een of andere wijze zouden kunnen worden *verklaard* in termen van de filosofische ontwikkelingen. Een verklaring van de ontwikkelingen binnen het strafrecht is denk ik nog helemaal niet in zicht, nog daargelaten dat de ontwikkelingen niet – althans niet door mij in deze bijdrage – volledig of voldoende genuanceerd in beeld zijn gebracht. Wat ik wel wil beweren is dat er een *conceptueel* verband bestaat tussen de strafrechtelijke en de filosofische ontwikkelingen.

Meer *to the point*: ik wil twee dingen suggereren, namelijk in de eerste plaats dat de geschetste strafrechtelijke ontwikkelingen kunnen worden begrepen als verschuivingen in de manier waarop in het strafrecht *gezag wordt gedistribueerd* over verschillende actoren binnen de strafrechtspleging, en in de tweede plaats dat die verschuiving *parallel* loopt met de eerder besproken ontwikkeling in het denken over legitiem gezag binnen de politieke filosofie. In het vervolg van deze paragraaf hoop ik deze twee suggesties aannemelijk te maken. Dat zal ik doen door eerst een relatief nieuwe, algemene rechtsfilosofische theorie te bespreken: de *Planning Theory* van Scott Shapiro. Die bespreking zal fungeren als een opmaat tot mijn argumentatie voor de eerstgenoemde suggestie en zal bovendien worden gebruikt om de strafrechtelijke ontwikkelingen conceptueel

te verbinden met de ontwikkelingen binnen het filosofische discours over legitiem gezag.

4.2 *De planningtheorie en de distributie van gezag in het strafrecht*

In een recent boek⁴⁶ verdedigt Shapiro zijn stelling dat recht – dat wil zeggen: een gegeven rechtssysteem en het geheel aan rechtsregels binnen dit systeem – op in ieder geval twee wijzen intrinsiek is verbonden met vormen van wat hij noemt: sociale planning. Recht vormt niet alleen het nooit definitieve resultaat van een voortdurend proces van sociale planning, recht resulteert ook *in* een vorm van sociale planning en vormt daarvan de voortdurende belichaming.⁴⁷ Volgens de door Shapiro gehanteerde definitie zijn plannen ‘abstract propositional entities that require, permit, or authorize agents to act, or not act, in certain ways under certain conditions.’⁴⁸ Plannen vormen dan ook een bepaald soort normen. Wij gebruiken het woord norm ter aanduiding van standaarden die prospectief maatgevend zijn voor het antwoord op de vraag, hoe in een bepaalde situatie moet worden gehandeld – dus welke handeling in de gegeven situatie is voorgeschreven – en die retrospectief maatgevend zijn voor het antwoord op de vraag of een handeling in overeenstemming is met hetgeen een toepasselijke norm voorschrijft. Een norm heeft dus, zoals ook in paragraaf 2 reeds werd opgemerkt, een vóórschrijvende of vóórtekenende functie, en wel in die zin dat zij fungeert als maatstaf voor de correcte of geldige wijze van voortzetting van de handelingslijn die zij representeert.

Een persoon die een *plan* voor zichzelf ontwerpt, plaatst zichzelf onder de heerschappij van een norm die een fragmentarische of elliptische structuur heeft: de handelingslijn die de norm aanduidt kan nooit een geheel uitputtende beschrijving bieden van de verschillende stappen die moeten worden gezet om de doelstelling van het plan te verwezenlijken. Een plan is dan ook een verkorte notatie van dergelijke, volledig gedetailleerde stappenbeschrijvingen. In de mate waarin een plan dit gedetailleerde totaalbeeld verkort, steunt het op iets buiten zichzelf: plannen zijn gebouwd op eerder opgedane ervaringen en eerder verworven inzichten.⁴⁹ Plannen bestaan bovendien vaak uit subplannen en geven zelf vaak invulling aan grotere, abstractere plannen die iemand heeft. Planning is een ‘dispositief’ proces in de zin dat planning ertoe strekt een persoon te motiveren de in het plan besloten liggende normen na te leven. En voorts: ofschoon plannen vaak gaande de uitvoering ervan nader worden ingevuld, worden zij wel steeds geacht bij voorbaat de vraag te beantwoorden, welke

46 Shapiro 2011. De stelling is in sterke mate geïnspireerd op aan Michael Bratman ontleende inzichten (‘human beings are planning agents in a social world’; zie M.E. Bratman, *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, New York/Cambridge: Cambridge University Press 1999, p. 1-12). Zie ook M.E. Bratman, Shapiro on legal positivism and jointly intentional activity, *Legal Theory* 8 (2002), p. 511-517; De Jong 2011.

47 Shapiro 2011, p. 176.

48 Shapiro 2011, p. 127.

49 Zie Shapiro 2011, p. 124.

stappen *in ieder geval* moeten worden gezet om een gegeven doelstelling te bereiken.

Deze kenmerken kleven niet alleen individuele planning, maar ook *gedeelde* vormen van planning aan.⁵⁰ De regulering en coördinatie van grootschalige vormen van samenhandelen nopen tot het scheppen van tamelijk verfijnde, zelfregulerende mechanismen van groepsplanning. Het recht kan worden beschouwd als de belangrijkste vorm van sociale planning binnen een gegeven samenleving. De verzameling kenmerken van deze vorm van sociale planning die volgens Shapiro de aard van het recht definiëren, die dus tezamen de noodzakelijke en voldoende voorwaarden aanduiden waaronder een verschijnsel 'recht' mag heten, kan worden samengevat in de volgende formule: 'a group of individuals is engaged in legal activity whenever their activity of social planning is shared, official, institutional, compulsory, self-certifying, and has a moral aim.'⁵¹ Hieruit vloeien vier definiërende eigenschappen van het recht voort.

In de eerste plaats kwalificeert een activiteit alleen dan als een juridische activiteit indien de activiteit bestaat in een vorm van sociale planning.⁵² Net als alle andere vormen van planning, is het recht erop gericht het gedrag van mensen te sturen, te organiseren en te monitoren. Juridische planning is sociaal in de zin dat het normen in het leven roept en toepast die gemeenschappelijke en, doorgaans, publiekelijk toegankelijke gedragsstandaarden vertegenwoordigen. Recht is steeds het provisorische resultaat van een almaar voortdurend proces van planning.⁵³ Juridische planning is dispositief in de zin dat de personen die aan de planning onderworpen zijn, normaal gesproken de juridische normen gehoorzamen. Juridische planning is er bovendien op gericht normen te scheppen 'that are supposed to pre-empt deliberations about their merits, and that purport to provide a reason to pre-empt deliberations about their merits'.⁵⁴ Bepaalde normen worden juridisch geobjectiveerd, teneinde te verzekeren dat de betrokkenen eenvoudigweg kunnen vertrouwen op de inhoud van de normen, zonder steeds opnieuw te moeten delibereren of onderhandelen over de juiste handelwijze in een concreet geval.

In de tweede plaats betreft juridische planning per definitie *gedeelde* handelingspraktijken.⁵⁵ Juridische activiteiten zijn gedeelde activiteiten doordat verschillende functionarissen, ieder met eigen taken en bevoegdheden, betrokken zijn in *eenzelfde* activiteit van sociale planning. Het proces van juridische planning wordt gekenmerkt door een verticale en horizontale distributie van planningactiviteiten. De introductie van hiërarchie resulteert in een gedeeld plan voor een geselecteerde groep personen aan wie door de leden van een juridische

50 Zie hierover Bratman 1999, p. 93-163.

51 Shapiro 2011, p. 225.

52 Shapiro 2011, p. 195-204.

53 Dit gaat op voor zowel het rechtersrecht van de *common law*-traditie als de legislatief geschapen wetboeken van de *civil law*-traditie. Ook wetten in formele zin bestaan vaak in verzamelingen van regels die voorgegeven, voorheen ongeschreven recht codificeren. Zie Shapiro 2011, p. 198-200.

54 Shapiro 2011, p. 128-129; vgl. J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford/New York: Oxford University Press 1999, p. 40-45, 73-76.

55 Shapiro 2011, p. 204-209.

gemeenschap verschillende fasen van juridische planning worden uitbesteed. Deze geselecteerde planners worden getooid met de bevoegdheid tot het formuleren, aannemen, afwijzen, toepassen of handhaven van juridische plannen uit naam van de gehele gemeenschap.⁵⁶ De planners bekleden ‘ambten’. De mogelijkheid om met de genoemde bevoegdheden te worden bekleed, is afhankelijk gemaakt van een set kwalificaties die de betrokkenen dienen te bezitten om de desbetreffende ambten te kunnen uitoefenen. Langs die weg wordt het hiërarchische proces van juridische planning *onpersoonlijk* gemaakt.

In de derde plaats: wil een activiteit kunnen kwalificeren als een juridische activiteit, dan zal die activiteit moeten zijn verricht door een persoon of instantie die gemeenlijk wordt *verondersteld bevoegd* te zijn tot het verrichten van deze activiteit. Anders dan andere planningsystemen, worden juridische systemen niet geacht aan een hogere autoriteit – als die er is – te demonstreren dat hun normen geldig zijn, voordat zij hun bevoegdheden kunnen en mogen uitoefenen.⁵⁷ Juridische planning is niet alleen een gedeelde, officiële en geïnstitutionaliseerde vorm van sociale planning, maar ook een *verplichtende* vorm van gezagsuitoefening. In ieder geval vanaf het moment waarop een plan juridische gelding heeft gekregen – bijvoorbeeld in de vorm van een wet – vormt subjectieve instemming geen noodzakelijke voorwaarde voor de geldigheid en toepasselijkheid van de eisen die in dat plan besloten liggen. In die zin is instemming van de gezagsonderhorigen met de eisen van het recht geen voorwaarde voor de geldigheid van die eisen.⁵⁸

In de vierde en laatste plaats moet erop worden gewezen dat juridische planning per definitie een bepaalde *morele doelstelling* nastreeft. Volgens de door Shapiro zo genoemde *Moral Aim Thesis* zoekt juridische planning altijd oplossingen te formuleren voor morele vraagstukken die alternatieve wijzen van planning niet blijken te kunnen opleveren.⁵⁹ De tekortkomingen van alternatieve vormen van planning treden op in wat Shapiro noemt: de ‘circumstances of legality’. Dit zijn de sociale condities waaronder de behoefte aan verfijnde, specifiek juridische vormen van planning zich manifesteert. Die behoefte doet zich gevoelen zodra een samenleving zich geconfronteerd weet met complexe morele problemen wier (mogelijke) oplossingen ofwel te arbitrair zijn, ofwel te controversieel zijn dan dat niet-juridische vormen van planning deze oplossingen zouden kunnen produceren. Deze problemen kan niet met minder geformaliseerde technieken dan de vormen van planning waarin alleen het recht kan voorzien het hoofd worden geboden, omdat de weg naar het bereiken van

56 Shapiro 2011, p. 176.

57 Shapiro 2011, p. 220-221.

58 Volgens Shapiro zijn dwang en sancties geen noodzakelijke kenmerken van het recht. Of hij daarin gelijk heeft, doet voor mijn doeleinden niet ter zake. Zie Shapiro 2011, p. 166-170, 209-212. Vgl. F. Schauer, *The best laid plans*, *Yale Law Journal* 120 (2010), p. 586-621.

59 Shapiro 2011, p. 213-217.

oplossingen in die gevallen te lang en te kostbaar is en geen stabiele en duurzame antwoorden op zich aandienende morele vraagstukken kan produceren.⁶⁰

Ik wil wat nader ingaan op de betekenis van de *Moral Aim Thesis*, omdat ik meen dat deze stelling de sleutel biedt tot duiding van de in paragraaf 2 besproken ontwikkelingen binnen de dogmatiek van het algemeen deel van het materiële strafrecht en binnen het strafrechtelijke procesmodel. Ik begin met een paar opmerkingen over wat de stelling *niet* te betekenen heeft. Naar luid van de *Moral Aim Thesis* is het een essentieel en definiërend kenmerk van rechtssystemen dat zij een morele doelstelling hebben. Dit betekent niet dat het recht er ook altijd in slaagt die doelstelling te verwezenlijken. Evenmin betekent het dat het recht noodzakelijkerwijs een bepaald inhoudelijk doel zou moeten nastreven: de *Moral Aim Thesis* is agnostisch met betrekking tot de vraag welke morele problemen door het recht dienen te worden geadresseerd en de vraag hoe die problemen door het recht te lijf zouden moeten worden gegaan.⁶¹ Aangezien uitoefening van juridisch gezag wijzigingen aanbrengt in de normatieve situaties waarin personen zich bevinden, en aangezien die normatieve situaties worden beheerst door morele concepten als rechten en verplichtingen, dient juridische autoriteit te worden beschouwd als een vorm van praktische autoriteit met betrekking tot morele situaties.⁶² Maar dit impliceert niet, dat juridische autoriteit ook per definitie een moreel rechtvaardigbare vorm van autoriteit is, of, andersom, dat een moreel ongerechtvaardigde orde de naam 'rechtsorde' niet zou kunnen dragen.

Dit impliceert dat een juridische norm voor zijn bestaan als *juridisch geldige* norm niet afhankelijk is van zijn morele legitimeerbaarheid. Het is de functie van plannen – ook van juridische plannen – dat zij in zekere zin het denkwerk van ons overnemen: juist doordat plannen worden ontworpen teneinde bepaalde morele vraagstukken reeds bij voorbaat te beantwoorden, ontlasten zij subjecten van de noodzaak potentieel oneindige deliberaties en onderhandelingen te voeren telkens wanneer een dergelijk vraagstuk zich aandient. Dit betekent vervolgens dat bestaan en inhoud van een gegeven plan of norm in principe⁶³ vaststelbaar moeten zijn aan de hand van een methode die niet bestaat in een

60 Zie Shapiro 2011, p. 161-164, 170, en 173. Voor de duidelijkheid: binnen die zogenoemde 'circumstances of legality' vormt het instrument van de juridische planning uiteraard geen toevluchtsoordel waarvoor de morele problemen in een samenleving eenvoudig kunnen worden opgelost. Ook juridische planning gaat gepaard met – en is een product van – afwegingen en keuzen die soms maar moeizaam worden bereikt. Ook juridische planning is zo gezien een 'morele' activiteit. Zie in dit verband vooral Waldron 1999. Maar waar het hier om gaat is dat met juridische planning de kosten en moeite die gepaard gaan met het streven naar oplossingen voor zich aandienende morele problemen aanzienlijk in omvang kunnen worden teruggebracht en toch – doorgaans – duurzame oplossingen voor die morele problemen kunnen worden bereikt.

61 Shapiro 2011, p. 213.

62 Zie Shapiro 2011, p. 101-102, 110-111, 182.

63 Shapiro 2011, p. 177-178. 'In principe': in zijn boekbespreking merkt Waldron terecht op dat het recht niet altijd kan vermijden dat bepaalde regelgeving (of een bepaald 'plan') precies die morele controverses oproept die de desbetreffende regeling werd geacht te beslechten; J. Waldron, Planning for legality, *Michigan Law Review* 109 (2011), p. 883-902, p. 895. We kunnen in dit verband denken aan artikel 5 van de Wegenverkeerswet 1994 en andere 'vage normen'.

zoektocht naar het moreel juiste antwoord op de normatieve vraag die de norm wordt verondersteld reeds te hebben beantwoord. In deze rechtspositivistische claim schuilt een belangrijk inzicht aangaande de aard van de relatie tussen het recht en de sociale leefwereld. Langs de weg van juridische planning wordt een soort kunstmatige ruimte geschapen die op afstand staat van de morele eisen waardoor een samenleving wordt beheerst. Shapiro spreekt in dit verband van de ‘distancing function of legality’.⁶⁴

Vanuit *juridisch perspectief*⁶⁵ kan worden gesteld dat individuen normatief aan de eisen van het recht gebonden zijn. Het recht claimt de legitimiteit van zijn gezagsuitoefening, maar dit heeft niet te betekenen dat eenieder de onderliggende morele theorie hoeft te aanvaarden of onderschrijven uit kracht waarvan het recht wordt geacht metterdaad moreel rechtvaardigbaar te zijn.⁶⁶ Het juridische gezichtspunt bestaat met andere woorden in een ingevoegde grond tussen rechtssubject en sociale wereld. Het is een soort ‘firewall’ tussen de eisen van de moraal en de eisen van het recht,⁶⁷ een door de moraal zelf uitgespaarde ruimte van het recht, waarbinnen men desnoods kan doen alsof de juridische normen ook morele gelding hebben. Volgens de *Moral Aim Thesis* zoekt juridische planning altijd oplossingen te formuleren voor morele vraagstukken die alternatieve wijzen van ordening niet blijken te kunnen opleveren. Maar anders dan de naam van de stelling zou kunnen doen vermoeden, geeft ze dus geen criterium voor de morele kwaliteit van juridische ordening.

Welke betekenis heeft de *Moral Aim Thesis* dan wel? De morele doelstelling van het recht is een formele doelstelling: ze ligt in de rectificatie van *gezagsverdelingsvraagstukken*.⁶⁸ Het recht bepaalt op bindende wijze wie met betrekking tot welke vraagstukken en onder welke voorwaarden ultieme beslissingsmacht toekomt. Het recht schept horizontale en verticale hiërarchische verdelingen die constitutief zijn voor een raamwerk waarin gezag (oftewel de vormen van *normatieve macht*, besproken in paragraaf 3.2) is gedistribueerd over verschillende actoren. Verschillende functionarissen krijgen verschillende rollen, taken en bevoegdheden toegewezen. De bij uitstek voor het recht essentiële – definiërende – eigenschap van juridische planning is dus niet dat het recht primair inhoudelijke vraagstukken met betrekking tot gedragsvereisten oplost, maar dat

64 Shapiro 2011, p. 186.

65 Zie Raz 1999, p. 170-177.

66 Zie Raz 2009b, p. 3-33. De portee van deze visie moet niet worden overdreven. In feite wordt hier alleen maar een heel gangbaar rechtspositivistisch standpunt ingenomen: planning is een morele activiteit, want streeft een morele doelstelling na, maar de uitkomst ervan behoeft voor zijn geldigheid niet noodzakelijkerwijs moreel legitimeerbaar te zijn. Vanuit *juridisch* gezichtspunt is iedere rechtsonderhorige daarom verplicht zich aan de normen van het recht te houden. Dat laat natuurlijk onverlet dat geldende juridische normen in *moreel* opzicht onder de maat kunnen zijn, zodat een rechtsonderhorige in voorkomende gevallen moreel gezien *niet* verplicht hoeft te zijn zich aan die normen te houden.

67 Deze metafoer ontleen ik aan een lezing van Jules Coleman, getiteld ‘The Architecture of Jurisprudence: Part I’, gehouden tijdens de conferentie *Neutrality and Theory of Law* die plaats vond 20-22 mei 2010 in Girona, Spanje.

68 Zie Shapiro 2011, p. 178-188; Schauer 2010, p. 597, 601-604; W.A. Edmundson, Shmegaluty. A review of Scott J. Shapiro, *Legality, Jurisprudence* 2 (2011) 1, p. 273-291, p. 275-276.

het primair procedurele vraagstukken met betrekking tot de allocatie van gezag oplost. De vraag 'wie mag waarover beslissen?' is alomtegenwoordig; de vraag doet zich voor bij iedere vorm van sociale interactie. Het recht is er om deze vraag op een bindende en duurzame wijze te beantwoorden. Juridische planning bestaat dus in een systematische methode om op een onpersoonlijke, institutionele en officiële wijze de morele vraag te beantwoorden welke personen of instituties op welke terreinen worden bekleed met gezag. Deze formele doelstelling is de morele doelstelling van het recht.⁶⁹

4.3 Een wending naar wederkerigheid in het Nederlandse strafrecht?

Het strafrecht maakt – zoals het recht in het algemeen – aanspraak op de legitimiteit van het gezag dat het uitoefent. Zoals bleek in het voorgaande, maakt het recht ook aanspraak op het *hoogste* gezag en streeft het recht een morele doelstelling na die bestaat in de oplossing van gezagsverdelingsvraagstukken. Het theoretisch model van de *Planning Theory* kan worden aangewend als verbindende schakel tussen de algemene ontwikkelingen in het denken over legitiem gezag binnen de politieke filosofie en rechtsfilosofie enerzijds en de ontwikkelingen binnen de dogmatiek van het materiële strafrecht en die binnen het strafrechtelijke procesmodel anderzijds.

Mijn *eerste suggestie* is nu dat de in paragraaf 2 geschetste strafrechtelijke ontwikkelingen kunnen worden begrepen als verschuivingen in de manier waarop *gezag wordt gedistribueerd* over verschillende actoren binnen de strafrechtspleging.⁷⁰ Binnen het Nederlandse strafrecht lijkt de gezagsdistributie te verschuiven naar beneden. In paragraaf 2 definieerde ik het begrip (materieelstrafrechtelijke) dogmatiek als het geheel van theoretische concepten dat de inhoud van geldende (materieelstrafrechtelijke) normen verheldert en dat die normen tot een systematische eenheid smeedt. Ik merkte daar eveneens op dat dogmatiek streng in de leer kan zijn, maar ook rekkelijker en opener kan zijn. Bestond de materieelstrafrechtelijke dogmatiek voorheen in een theoretisch raamwerk dat van bovenaf relatief dwingend werd opgelegd en dat dus *top-down* de feitenrechter in zijn rechtsvindende arbeid dirigeerde, tegenwoordig bestaat zij veeleer in een raamwerk van concepten waarvan vooral de uiterste omlijnningen nog van bovenaf worden opgelegd, terwijl de verdere invulling van de leerstukken vooral in handen is gesteld van de feitenrechter die voor die invul-

69 Dit inzicht kwamen we ook in paragraaf 3 al tegen bij de bespreking van de noodzakelijke voorwaarden voor het hebben van praktisch gezag; zie Marmor 2011b, p. 243: 'Practical authorities get to determine, within a certain range of options, what types of normative changes they can introduce, how to make those changes, who is subject to them, often also how to monitor compliance, and how to respond to noncompliance. In other words, systemic power is inevitably complex, constituted by a set of interlocking norms [...].'

70 Zie met betrekking tot de positie van de raadsman: Coster van Voorhout 2012.

ling bovendien in zekere mate afhankelijk is van de inbreng van de partijen in het geding.⁷¹

De wijze waarop de dogmatiek de rechter ‘in lijn’ brengt met de door een strafrechtelijke norm verkort genoteerde handelingslijn is daarmee lossier geworden en ten dele overgelaten aan lagere gezagsinstanties. Let wel dat de inhoud van het *concept* autoriteit in tact blijft. Het theoretische standaardmodel van het concept gezag gaat uit, zo zagen we in paragraaf 3, van de zogenoemde *Pre-emption Thesis*, die meedeelt dat personen die onderworpen zijn aan een met gezag beklede instantie de oordelen van deze instantie in normale gevallen in de plaats stellen van hun eigen (normatieve) redeneringen. Het strafrecht maakt ook nog altijd aanspraak op de legitimiteit van zijn gezagsuitoefening. Alleen in het proces dat wordt geacht die legitimiteit te vestigen, wordt de *juridische planning meer van onderaf* georganiseerd in plaats van bovenaf. Geplaatst in de sleutel van de planningtheorie lijken we te kunnen wijzen op een ontwikkeling van *top-down* planning naar *bottom-up* planning, en dat in twee opzichten: de partijen hebben een grotere eigen inbreng in de procedure, en met de open en fluïde criteria binnen de dogmatiek van het algemeen deel wordt meer ‘samenleving’ het strafrecht binnen gesluisd. In die zin zouden we kunnen zeggen dat de dogmatiek van het algemeen deel ‘vervlakt’, dat wil zeggen: naar beneden gebracht wordt.

Zoals ik in paragraaf 2 al opmerkte, wil hiermee nog niet gezegd zijn dat we met een per saldo negatief te waarden ontwikkeling van doen hebben. Mijn *tweede suggestie* is namelijk dat die verschuiving naar onderen parallel loopt met de in paragraaf 3 besproken ontwikkeling in het denken over legitiem gezag binnen de filosofie. Nu is het strafrecht een rechtsgebied dat in vergelijking met andere rechtsgebieden van oudsher natuurlijk sterk *top-down* is geconstrueerd, met een stevige nadruk op het belang van een strenge binding aan de woorden van de wet en op het belang van de voorspelbaarheid van de oordelen van de strafrechter. Deze benadering doordrong van oudsher, naast de wet als normatieve kern van het strafrecht, tevens een meer perifere determinant van de betekenis van het geldende strafrecht: de dogmatiek. De dogmatiek was in zekere zin een verlengstuk van de wet en werd ook overeenkomstig dezelfde principes opgebouwd aan de hand van relatief strakke onderscheidingen en relatief harde, inhoudelijke criteria. Aan deze *top-down* benadering werd het strafrecht van oudsher geacht zijn legitimiteit te ontleenen.

71 In dit verband past ook de in de literatuur door sommigen geuite gedachte dat de Nederlandse strafrechtspleging op sommige punten is opgeschoven van een overwegend continentaal en inquisitoir ingericht systeem in de richting van een meer adversair ingericht systeem dat van oudsher vooral kenmerkend is voor het strafrechtelijk procesmodel van de *common law*-traditie. Zie bijvoorbeeld Coster van Voorhout 2012, p. 34-38 en de verwijzingen aldaar; en zie K. Riesenhuber, English common law versus German *Systemdenken?* Internal versus external approaches, *Utrecht Law Review* 7 (2011) 1, p. 117-130; J. Gardner, Some types of law, in: D. Edlin (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2007, p. 51-77; R.A. Kagan, On ‘Responsive law’, in: R.A. Kagan, M. Krygier en K. Winston (eds.), *Legality and Community. On the Intellectual Legacy of Philip Selznick*, New York/Oxford: Rowman & Littlefield Publishers 2002, p. 85-98, p. 89-92.

De vraag is nu of wellicht in het strafrecht intussen sprake is van veranderende perspectieven op de condities waaronder de door de strafrechter gemaakte aanspraak op de legitimiteit van zijn oordelen met de meeste kans op succes kan worden waargemaakt, en of die veranderende perspectieven de filosofische ontwikkelingen in het denken over legitiem gezag weerspiegelen. Gedeeltelijk onder invloed van een gegroeid besef van de normatieve verdeeldheid van westerse samenlevingen, is in de filosofische theorievorming over legitieme gezagsuitoefening een verschuiving opgetreden van een *top-down* en betrekkelijk paternalistisch, naar een meer *bottom-up*, procedureel en wederkerig perspectief op de voorwaarden waaronder gezagsuitoefening geacht wordt legitiem te mogen heten. Ik denk dat in ieder geval kan worden gesteld dat de verschuiving in de richting van *bottom-up* planning binnen het Nederlandse strafrecht aansluit bij het in de filosofie geschraagde inzicht dat mensen minder dan voorheen bereid zijn zich bij voorbaat en volkomen in handen te stellen van een gezagsdrager – zich dus zogezegd 'wholesale' te voegen naar een autoriteit.⁷² In plaats daarvan lijkt sprake van een meer 'afgepaste' en gedoseerde gezagsascriptie. Het gezag moet steeds opnieuw worden bevochten en verdiend, en het fluctueert meer dan vroeger.

Natuurlijk zijn dit allemaal nogal globale en aanmerkelijk vage observaties. Maar ik denk dat voor nu hiermee zou kunnen worden volstaan om voorzichtig te kunnen concluderen dat het belang van *wederkerigheid* in de condities waaronder het strafrecht geacht wordt zijn aanspraak op legitieme gezagsuitoefening te kunnen waarmaken is toegenomen. Autoriteit wordt wederkerig en daarmee een nimmer definitief verworven, want steeds opnieuw te bevechten goed.⁷³ De burger wil ook iets van zichzelf 'terugzien' in de instituties waarin hij zijn vertrouwen investeert.⁷⁴ Op de relatief 'kleine' schaal van verdachten en andere direct bij de strafrechtspleging betrokken actoren (zoals slachtoffers of hun nabestaanden) uit dit zich in een gegroeide gevoeligheid voor de correctheid en eerlijkheid waarmee men door strafrechtelijke functionarissen wordt beje-

72 Over het verschil tussen *top-down* en *bottom-up* planning, zie Shapiro 2011, p. 190-200, 397.

73 Zie in algemene zin G. van den Brink, Hoe het gezag uit Nederland verdween en... weer terugkwam, in: T. Jansen, G. van den Brink en R. Kneyber (red.), *Gezagsdragers. De publieke zaak en haar verdedigers*, Amsterdam: Boom 2012, p. 19-36, p. 33: 'Van het oude gezag kan men zeggen dat het hiërarchisch, institutioneel en zonder normatieve inhoud was. Het was inderdaad "autoritair" in de negatieve betekenis die het woord vanaf de jaren zestig meekreeg: een vorm van machtsuitoefening die van buiten en bovenaf aan de burger werd opgelegd, die in handen was van lieden die min of meer toevallig aan het hoofd van een instelling stonden en die in normatieve dan wel in cognitieve zin op geen enkele manier verantwoording aflegden. [...] Er ontwikkelt zich juist een nieuwe vorm van gezag, waarbij enerzijds de *interactie* tussen machthebber en onderdaan wordt benadrukt terwijl er anderzijds meer aandacht naar de *professionele* en *persoonlijke* kwaliteiten van leidinggevendenden gaat.' Zie ook – met betrekking tot het gezag van wetenschappers – het interview met Paul Schnabel, Maarten Hajer en Coen Teulings in: C. Thomas en Y. Zonderop, Geloof mij nu maar. De planbureauirecteuren over de wetenschap, *De Groene Amsterdammer* van 13 juli 2011.

74 Aldus Marc Hertogh in de aflevering 'Rechtspraak in crisis' van het televisieprogramma *Het filosofisch kwintet* (omroep Human) van 26 juni 2011 (min. 20).

gend en voor andere kwesties die raken aan procedurele rechtvaardigheid.⁷⁵ En op de veel grotere schaal van het algemene publiek blijkt dat mensen gevoeliger zijn geworden voor de mate waarin zij hun verwachtingen ten aanzien van het strafrecht en zijn opvattingen over de functies van het strafrechtelijk systeem – oftewel zijn redenen voor het hebben van een strafrechtelijk systeem – gereflecteerd zien in afzonderlijke juridische oordelen. Wil het publiek aan de oordelen van de strafrechter metterdaad het gezag toeschrijven waarop die oordelen aanspraak maken, dan zal het strafrecht in afdoende mate tegemoet moeten komen aan de behoefte van het publiek aan een meer directe, minder middellijke, band tussen publieks- of lekenredenen en juridische redenen.

De dogmatische ontwikkelingen reflecteren de erkenning op relatief ‘hoog niveau’ dat op dat niveau niet met dezelfde mate van vanzelfsprekendheid als voorheen kan worden uitgemaakt wat de inhoudelijke betekenis is of moet zijn van centrale begrippen van het materiële strafrecht. De vanzelfsprekendheid van de wijze waarop strafrechtelijke begrippen of normen door een rechter worden en moeten worden toegepast op steeds nieuwe feiten – een vanzelfsprekendheid waarvan het nu juist de bedoeling was dat de dogmatiek die zou scheppen! – dient kennelijk te ontstaan in een combinatie van enerzijds een relatief open dogmatiek, die binnen een brede bandbreedte uiterste randvoorwaarden (niet alle grenzen worden geslecht natuurlijk) markeert waartussen relatief veel kan fluctueren, en anderzijds de feiten en omstandigheden van het concrete geval, een en ander ten dele zoals zij worden gepresenteerd door de partijen in het geding. In dit licht valt ook te bezien de huidige aandacht voor de rechterlijke *motiveringsplicht*, met name in de meer controversiële zaken of zaken die zich begeven op het grensgebied van een of meer dogmatische leerstukken (zoals de grens tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld, tussen medeplegen en medeplichtigheid, of tussen extensieve interpretatie en analogie).

In aansluiting op de gedachte dat het antwoord op de vraag, wat in een concreet geval nu precies de aard is van de meest juiste ‘balans van redenen’, in veel gevallen voorwerp is van sterke onenigheid, wordt de concrete te berechten situatie meer vooropgesteld als *locus* waarin recht niet alleen moet worden gedaan, maar ook moet worden *gevonden*. Zo kan, voor een optimaal afgepasst oordeel, rekening worden gehouden met allerhande, casuïstisch variabele factoren en standpunten. De gedachte die hierachter lijkt schuil te gaan, is dat de uitkomsten van een strafgeding, willen zij op het predicaat ‘legitiem’ aanspraak kunnen maken, moeten zijn voortgevloeid uit een door de betrokkenen als eerlijk ervaren procedure, waarin ook het algemene publiek zich in voldoende mate gereflecteerd moet en wil kunnen zien.⁷⁶ Tezamen met het

75 De vraag is soms wel waar deze behoefte aan procedurele rechtvaardigheid eventueel vervloeit met een behoefte aan materiële bemoeienis; zie over deze vraag de bijdrage van Renée Kool in deze bundel.

76 Dit wil niet zeggen dat een wending naar responsiviteit en wederkerigheid zonder gevaren is; vgl. Borgers 2011, p. 165-172; en Kagan 2002, p. 88: ‘[R]esponsive law is a “high risk” mode of governance. By making the law more flexible and political, it runs the risk of making law too malleable, eroding its authority and delegitimizing legal institutions. Much depends on the capacity

gegroeide belang van de inbreng van partijen en de gegroeide armslag van de feitenrechter met betrekking tot de wijze waarop hij dogmatische leerstukken in concreet te berechten gevallen construeert en toepast, duiden de ontwikkelingen binnen de dogmatiek van het algemeen deel van het materiële strafrecht die ik hierboven ietwat tendentius als een 'vervlakking' heb gekenschetst, op een verschuiving in het perspectief op de condities waaronder het oordeel van de strafrechter metterdaad op legitiem gezag aanspraak kan maken: het traditioneel overwegend rationalistische model lijkt te worden afgelost door een model waarin vooral procedurele waarborgen en wederkerigheidsnoties als maatgevend worden beschouwd voor de legitimiteit van het gezag waarmee de strafrechter zijn oordelen velt.

5 Besluit

Legitimiteit en gezag vormen, en dat ligt ook wel voor de hand, een zeer netelige problematiek voor de strafrechtspleging. Er wordt veel gediscussieerd over actuele of veronderstelde gebreken in de legitimiteit van de gezagsuitoefening van bijvoorbeeld de strafrechter, niet alleen in academische kringen maar bepaald ook daarbuiten. Hoewel Nederland nog altijd tot de zogenoemde *high trust*-landen behoort,⁷⁷ kom je toch geregeld de constatering tegen dat het strafrecht zich in een legitimiteitscrisis bevindt. Of dat echt zo is, weet ik niet. Dat hangt er natuurlijk vanaf wat men uiteindelijk onder legitimiteit precies verkiest te verstaan, en overigens ook van wat men onder een crisis nu eigenlijk verstaat.⁷⁸

Intussen buitelen de voorstellen voor oplossingsrichtingen voor die crisis gretig over elkaar heen: gepleit wordt voor lekeninbreng, slachtofferparticipatie, het doorbreken van het geheim van de raadkamer, het beter motiveren van het al bereikte oordeel, enzovoort. Wat ik heb willen doen is eerst een stap terug zetten, door een aantal ontwikkelingen te bespreken die te maken hebben met het proces dat nu juist *vooraf* gaat aan het oordeel van de strafrechter, dus het voorgegeven materiaal van wet en vooral dogmatiek waarvan de rechter in zijn oordeelsvorming afhankelijk is. Ik heb getracht te laten zien dat de verantwoordelijkheid voor de invulling van de dogmatische concepten van het algemeen deel van het materiële strafrecht voor een deel is verschoven naar de feitenrechter en

of legal officials to build wisely on the steadier foundations of autonomous law, to walk a fine line between a responsive pursuit of justice and over-responsiveness to particular ideologies and interests.'

77 Zie bijvoorbeeld K. van den Bos en A.F.M. Brenninkmeijer, Vertrouwen in wetgeving, de overheid en de rechtspraak. De mens als informatieverwerkend individu, *Nederlands Juristenblad* 2012, p. 1451-1457.

78 Ik wil niet te relativerend klinken. Er is natuurlijk wel *wat* aan de hand. Het lijkt mij bijvoorbeeld bepaald niet overdreven te beweren dat de gerechtelijke dwalingen die in de afgelopen jaren aan het licht zijn gekomen ieder voor zich evenzovele crises hebben opgeleverd die rechtstreeks de legitimiteit van de strafrechtspleging hebben geraakt; zie ook de bijdrage van Joep Lindeman aan deze bundel. De enige relativisering die ik wil aanbrengen, is dat het wat mij betreft niet evident is dat die crises zich zonder meer laten veralgemeniseren tot een (meer of minder diepe) legitimiteitscrisis waarin de Nederlandse strafrechtspleging *als dusdanig* zou verkeren.

de partijen in het geding. Deze verschuiving heb ik vervolgens in verband gebracht met een vraag die binnen de strafrechtswetenschap zelf eigenlijk vrijwel niet wordt gesteld: wat *is* legitiem gezag?