

'Zonder titel' – het gemeenschappelijk engagement van de kunst en de strafrechtsbeoefening²

DD 2019/53

1. Vooraf

Op donderdag 29 november 2018 vond aan de Universiteit Utrecht een middagsymposium plaats ter gelegenheid van het verschijnen eerder dat jaar van het boek *De kunst van een humaan strafrecht* van Constantijn Kelk.³ Een titel die, beter dan deze, de lading dekt van de breedte en de diepte van zijn oeuvre, is vermoedelijk niet te bedenken. Het boek bevat een ruime selectie van vroegere – voor de bundel waar nodig geactualiseerde – publicaties van zijn hand, die hun relevantie voor de strafrechtstheorie en/of -praktijk van vandaag nog altijd hebben behouden. Tijdens het symposium werden voordrachten gehouden door Pauline Schuyt, Miranda Boone en mijzelf.

In de voordrachten van Schuyt en Boone stonden vragen centraal die vooral het begrip 'humaniteit' betreffen. Schuyt behandelde onder meer de vragen waarom of waartoe wij moeten streven naar een humaan strafrecht en wat wij met de term humaniteit eigenlijk bedoelen. Boone besprak de vraag of en, zo ja, hoe de humaniteit van het strafrecht of van een deelgebied ervan (empirisch) kan worden gemeten. Mijn eigen voordracht – onder de wat pretentieuze noemer 'Zonder titel' – stond in het teken van dat andere slagwoord uit de titel van Kelks bundel: de kunst. De voorliggende tekst is een (lichte) bewerking van deze voordracht. Mede gelet op het feit dat Kelk jarenlang redacteur en bovendien lange tijd voorzitter van de redactie van dit tijdschrift is geweest, leek het mij gepast om deze bijdrage ook in de kolommen van dit tijdschrift te publiceren.

2. Kunst, moraliteit en strafrecht

Ik zal het hebben over de relatie tussen kunst en strafrecht. En ik doe dat met de nodige schroom. Ik ben al enige tijd getrouwd met een beeldend kunstenaar. Desniettegenstaande, en in weerwil van mijn toch niet geringe belangstelling voor kunst, weet ik nog steeds niet wat kunst eigenlijk 'is'. Zou het kunnen dat de term 'kunst' verwijst naar een fenomeen dat helemaal niet in zijn essentie gevat en vervolgens begrepen kán worden – een fenomeen waarvan de essentie misschien zelfs wel is: dat het iedere essentie ontbeert? Dit opper ik niet om snel van dit punt af te wezen, maar om een volgens mij instructieve parallel met het recht aan te duiden. Net als van kunst zijn van recht talloze definities in omloop, die sterk uiteen kunnen lopen maar dan toch dit gemeen hebben: ze zijn allemaal controversieel en geen ervan is algemeen aanvaard.

Ik zal in dit verhaal betogen dat het recht, of de Wet met hoofdletter W, in de kern zonder kern is. Daarbij zal ik mij beperken tot het strafrecht. Bovendien zal ik betogen dat het strafrecht weliswaar niet zelf een vorm van kunst is, maar wel zijn mogelijkhedencondities,

1 Prof. mr. F. de Jong is als hoogleraar strafrecht verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law van de Universiteit Utrecht.

2 Citeerwijze: F. de Jong, "'Zonder titel' – het gemeenschappelijk engagement van de kunst en de strafrechtsbeoefening", DD 2019/53.

3 C. Kelk, *De kunst van een humaan strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018. Zie over de bundel R. Milic & M.C. van Wijk, 'De delinquent: van medemens tot vijand. Bespreking van de bundel "De kunst van een humaan strafrecht" van C. Kelk', *Strafblad* 2018, p. 66-71.

de voorwaarden waaronder het kan bestaan, deelt met de kunst. Hieraan zal ik vervolgens de gevolgtrekking verbinden dat het strafrecht op kunst is aangewezen; een standpunt dat, als bekend, herhaaldelijk en in verschillende toonaarden door Kelk is bepleit.

In een artikel dat in de bundel is opgenomen onder de titel 'De kunst als inspiratie voor de strafrechtsbeoefening'⁴ schrijft Kelk dat kunst, strafrecht en wetenschap worden gekenmerkt door een gemeenschappelijk engagement. In de eerste plaats wijst hij erop dat kunst en wetenschap, waaronder die van het strafrecht, beide zijn georiënteerd op de creativiteit van de mens. Dit impliceert dat een goed jurist over meer beschikt dan "uitsluitend technisch-juridische vaardigheden, namelijk ook over enig sociaal en psychologisch vernuft".⁵ En even belangrijk is een tweede gemeenschappelijk aspect: kunst en wetenschap zijn verenigd in hun beider engagement voor en solidariteit met de zwakkeren, de onderdrukten. Dit laatste, het morele engagement met mensen in de verdrukking, spat ongeveer van iedere pagina af die Kelk heeft volgeschreven. Het verbaast dan ook niet dat hij juist voor de *beginselen* van het strafrecht (in wijde zin), die toch de kern van het strafrecht uitmaken, altijd zoveel aandacht heeft gehad en gevraagd. En juist in de omgang met de strafrechtelijke beginselen treedt de relevantie van kunst, en daarmee het ethische of morele gehalte van het strafrecht, aan de oppervlakte. Het strafrecht heeft – een open deur – natuurlijk het nodige met moraliteit te maken. Maar ook de kunst heeft dat. Kelk betoogt in dit verband:

“dat het ethische gehalte van het strafrecht in een moderne samenleving niet alleen nauw samenhangt met de erkenning van de individu als autonoom, verantwoordelijk wezen met een vol-groeide rechtspositie (...), maar ook met de esthetiek en verbeeldingskracht van de kunst: de normen en waarden van de ethiek en die van de esthetiek liggen dicht tegen elkaar aan, immers zij berusten op menselijke creativiteit, waarbij solidariteit met de mens, zeker die in nood, één van de drijvende krachten is. Deze normen en waarden moeten steeds weer in het substraat van de werkelijkheid worden 'ontdekt' en 'herkend' en vervolgens reliëf krijgen.”⁶

Op dit punt vindt Kelk Immanuel Kant aan zijn zijde. In zijn *Kritik der Urteilkraft* (1790) noteerde Kant immers dat schoonheid een 'symbool' is van het zedelijk goede; en de esthetische ervaring is volgens Kant een voorbereidende studie, een *propedeutica*, voor morele kennis, aangezien de ervaring van het schone ons prepareert voor het aan de dag leggen van gevoelens van belangeloze liefde voor een object, ook of zelfs voor de natuur.⁷ Het schone maakt ons ontvankelijk voor het moreel goede, voor het volgen van de morele wet. Tegelijkertijd, echter, blijft de morele wet zélf altijd onzichtbaar, ontastbaar, ongrijpbaar,

4 C. Kelk, 'De kunst als inspiratie voor de strafrechtsbeoefening', in: C. Kelk, *De kunst van een humaan strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018a, p. 113-131. Zie ook C. Kelk, *Afgeschreven. L'homme perdu. Zes beschouwingen rondom het thema 'misdaad en straf(recht)', verlucht met zes schilderijen van Constant*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

5 Kelk 2018a, p. 127. Kelk verbindt dit onder meer met de rechterlijke straftoemingsvrijheid en met de door Remmelink wel bepleite 'creatieve interpretatie', waarbij het gaat om "bescherming van verdachten tegen een te grove toepassing van de wet, namelijk door in wettelijke delictsomschrijvingen een zekere 'verfijning' 'in' te lezen die er niet letterlijk zo staat, maar die wel in de rede ligt' (p. 129). Daarnaast heeft Kelk in dit verband aandacht gevraagd voor de kunst van het luisteren. Zie C. Kelk, 'De rechter en de kunst van het luisteren', in C. Kelk, *De kunst van een humaan strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2018b, p. 279-292, p. 285: "De rechter die luisteren niet tot sterkste eigenschap heeft, zal er op de zitting veelal op uit zijn kort en krachtig bevestigd te horen wat reeds vastligt. Luisteren vergt een bepaald soort creativiteit, inhoudend dat onverwachte wendingen bepaald niet worden geschuwd, maar juist à l'improviste zoveel mogelijk van passende reacties zullen worden voorzien."

6 Kelk 2018a, p. 130.

7 I. Kant, *Kritik der Urteilkraft* (1790), in: *Gesammelte Schriften, Band V*, Berlijn: Walter de Gruyter (vanaf 1902, § 59.

zoals bijvoorbeeld wordt aangeduid door de tweede formulering van de categorische imperatief (“handle so, *als ob* die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetz werden sollte” – curs. toegevoegd, *Ff*).⁸ En precies die ongrijpbaarheid, ondoordringbaarheid kenmerkt, *ultimo*, tevens recht en strafrecht. Dit punt wil ik trachten duidelijk te maken met behulp van een bekend kunstwerk, een literair kunstwerk.

3. Voor de Wet

“Vor dem Gesetz steht ein Türhüter. Zu diesem Türhüter kommt ein Mann vom Lande und bittet um Eintritt in das Gesetz. Aber der Türhüter sagt, daß er ihm jetzt den Eintritt nicht gewähren könne. Der Mann überlegt und fragt dann, ob er also später werde eintreten dürfen. ‘Es ist möglich’, sagt der Türhüter, ‘jetzt aber nicht.’”⁹

Dit zijn de openingszinnen – u zult ze hebben herkend – van de beroemde parabel *Vor dem Gesetz*, ‘Voor de Wet’, van Franz Kafka. De tekst is oorspronkelijk verschenen in 1919 in een verzameling korte verhalen, en later door Kafka opgenomen in een van de slothoofdstukken van zijn beroemde roman *Der Prozeß*, geschreven in de jaren 1914-1915 en postuum verschenen in 1925. De man van het platteland komt voor de Wet en hoopt de Wet binnen te mogen gaan, maar keer op keer wordt hem door de poortwachter de toegang ontzegd met de mededeling: het is mogelijk, maar nu nog niet. Dit gaat door, dagenlang, jarenlang – en zelfs pogingen om de poortwachter om te kopen en smeekbeden mogen niet baten. En juist voordat de man van het platteland overlijdt, brult de poortwachter in zijn oor: “Hier konnte niemand sonst Einlaß erhalten, denn dieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schließe ihn.”

Kafka’s korte verhaal is nogal raadselachtig, mild uitgedrukt, en heeft dan ook tot vele en uiteenlopende interpretaties aanleiding gegeven.¹⁰ Eén daarvan is in 1982 gepresenteerd (en een paar jaar later gepubliceerd) door niemand minder (of meer) dan Jacques Derrida in een lezing onder de titel ‘Préjugés: Devant la loi’.¹¹ Derrida beproeft in zijn analyse de hypothese dat recht en literatuur van elkaar afhankelijk zijn. De vraag of een tekst aanspraak kan maken op het pretentieuze etiket ‘literatuur’ wordt niet beantwoord door te wijzen op één bepaald kenmerk of op één bepaalde intrinsieke kwaliteit van de tekst die die tekst gemeen moet hebben met alle andere werken die tot de literatuur worden gerekend.

8 I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, herausgegeben, eingeleitet und erläutert von Jens Timmermann, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2004, p. 37 (GMS, AA IV 421 [BA 52]). Zie J. Derrida, ‘Before the Law’, in: D. Attridge (red.), *Acts of Literature*, New York: Routledge 1992, p. 181-220, p. 191: “Pure morality has no history: as Kant seems at first to remind us, no intrinsic history. And when one tells stories on this subject, they can concern only circumstances, events external to the law and, at best, the modes of its revelation.”

9 F. Kafka, ‘Vor dem Gesetz’, in: F. Kafka, *Ein Landarzt. Kleine Erzählungen*, München/Leipzig: Kurt Wolff 1919/1920, p. 49-56.

10 Zie voor duidingen van de parabel en van *Het proces* bijvoorbeeld G. Kurz, *Traum-Schrecken. Kafkas literarische Existenzanalyse*, Stuttgart: Metzler 1980; E. Hammer (red.), *Kafka’s The Trial. Philosophical Perspectives*, Oxford etc.: Oxford University Press 2018; R. van Riessen, ‘Ethiek zonder grond: de representatiecrisis bij Lyotard en Levinas’, in: I.N. Bulhof & R. van Riessen (red.), *Als woorden niets meer zeggen... De crisis rond woord en beeld in de huidige cultuur*, Kampen: Kok Agora 1995, p. 77-104; G. Deleuze & F. Guattari, *Toward a Minor Literature*, Minneapolis, University of Minnesota Press 1986; J. Cohn, “Don’t trust anybody, not even us”: Kafka’s realism as anarchist modernism’, *Studies in 20th & 21st Century Literature* 35 (2011) 2, p. 295-315; S. Corngold, ‘Adorno’s “Notes on Kafka”: a critical reconstruction’, *Monatshefte University of Wisconsin* 94 (2002) 1, p. 24-42; G. Agamben, ‘K’, in: J. Clemens e.a. (red.), *The Work of Giorgio Agamben*, Edinburgh: Edinburgh University Press 2008, p. 13-27; S. Bhattacharjee, ‘The abjection of law: machinic assemblages and Kafka’s “Before the Law” and *The Trial*’, *The Apollonian* 1 (2014) 1 (online: www.theapollonian.in).

11 J. Derrida, ‘Préjugés: Devant la loi’, in: J. Derrida e.a., *La faculté de juger*, Parijs: Minuit 1985, p. 87-139. Voor deze bijdrage heb ik gebruik gemaakt van de Engelse versie: Derrida 1992.

De literaire status wordt bepaald en bewaakt, mede op basis van juridische of quasi-juridische regels en conventies, door gezagsinstanties zoals auteurs, uitgevers, recensenten, wetenschappers, *et cetera*; representanten van en hoeders of poortwachters van de literatuur. Literatuur zelf, het literaire als zodanig, is en blijft een ondoordringbaar heiligdom. Precies zo is het ook met het recht, of de Wet met hoofdletter W. De man van het platteland verschijnt voor de Wet en verwacht, naïef, dat de wet voor iedereen en altijd toegankelijk is, maar hij komt bedrogen uit: “Solche Schwierigkeiten hat der Mann vom Lande nicht erwartet; das Gesetz soll doch jedem und immer zugänglich sein, denkt er.” De Wet kan worden benaderd, maar niet betreden. Iemand die vóór de Wet treedt, iemand die bijvoorbeeld is gedagvaard voor de strafrechter, die verschijnt voor de representanten, de poortwachters van de Wet. De Wet met hoofdletter W zélf, de wet van de wet, is nooit in persoon aanwezig – die is afgeschermd.

4. Strafrechtelijke beginselen

Oók voor de poortwachters, want in het verhaal van Kafka staat achter iedere wachter weer een volgende, nog machtiger wachter, *ad infinitum*. En ook wij hebben geen onmiddellijke toegang tot de kern van het recht; de toegang daartoe wordt ook voor ons voortdurend opgeschort. Ook voor ons geldt: “Es ist möglich, jetzt aber nicht.” Wat betekent dit? Derrida stelt hierover:

“It is always cryptic; that is, it is a secret which a caste – for example, the nobility of which Kafka speaks in *Zur Frage der Gesetze* – pretends to possess by delegation. The secret is nothing – and this is the secret that has to be kept well, nothing either present or presentable, but this nothing must be well kept. To this task of keeping, the nobility is delegated.”¹²

De kern van het recht, de wet van de wet, ontsnapt aan ieders greep; er rust een verbod op die kern die altijd enigmatisch blijft, ook voor de leden van het juristendom aan wie de taak van het bewaken van de Wet is gedelegeerd. Ofwel: de essentie van het recht is dat het geen essentie heeft.¹³ Dit alles moet intussen vooral niet worden opgevat als een pleidooi voor nihilisme, of als een vorm van roekeloze, postmoderne frivoliteit of *Spielerei*, iets waarvan Derrida natuurlijk meer dan eens verdacht werd en wordt. Integendeel: het is juist goed dat de kern van het recht in zekere zin een ‘open’ of ‘lege plaats’ is.¹⁴ Neem de strafrechtelijke beginselen, waarvan wij toch mogen aannemen dat zij tot de kern van het strafrecht behoren. Wat zijn beginselen? Het zijn richtsnoeren die begeleiden bij de juiste toepassing van rechtsregels. Ze zijn dan ook uiterst belangrijk en zelfs onmisbaar, maar wat is hun essentie? Hun essentie is dat ze iedere essentie ontberen.

Het legaliteitsbeginsel in het materiële en het formele strafrecht, het schuldbeginsel, het beginsel van de onschuldpresumptie, het resocialisatiebeginsel: geen daarvan heeft tot dusver zijn werkelijke essentie prijsgegeven. Natuurlijk, om didactische en praktische redenen worden uit de beginselen verschillende, meer of minder concrete deelnormen afgeleid;

12 Derrida 1992, p. 205. Zie ook W. Witteveen, *De wet als kunstwerk. Een andere filosofie van het recht*, Amsterdam: Boom 2014, p. 26-28.

13 Zie ook J. de Ville, ‘On law’s origin. Derrida reading Freud, Kafka and Lévi-Strauss’, *Utrecht Law Review* 7 (2011) 2, p. 77-92.

14 Witteveen 2014, p. 28. In dit verband kan ook worden gewezen op Claude Leforts analyse van de principieel ‘lege plaats’ die de macht heeft in een democratie (anders dan in de voormoderne monarchieën waarbinnen de macht werd belichaamd door de vorst). Zie Cl. Lefort, *Wat is politiek?*, Amsterdam: Boom 2016; Cl. Lefort, *Het democratisch tekort*, Amsterdam: Boom 1992; zie ook R. Visker, *Vreemd gaan en vreemd blijven. Filosofie van de multiculturaliteit*, Amsterdam: Sun 2005, p. 311-312.

maar het punt is dat met geen enkele formulering en met geen enkele onderverdeling, hoe gedetailleerd ook, in sub-voorschriften een beginsel in zijn volledigheid gevat en daarmee blootgelegd kan worden. Daar zijn het beginselen voor: hun betekenis is en blijft principieel onder-bepaald door iedere juridische positivering.

Iedere positivering van een beginsel, iedere formulering ervan, is op z'n best een approximatie van de nooit definitief vast te stellen betekenis van het beginsel. En nogmaals: dat is goed. Dit is exact waarop Toon Peters doelde in zijn oratie van 1972, waarin hij stelde: "Aan concrete normen wordt voldaan of niet voldaan, terwijl een beginsel in meerdere of mindere mate wordt gerealiseerd." Over het legaliteitsbeginsel zegt hij:

"Zo is het legaliteitsbeginsel in ons strafrecht gepositieerd in de eerste artikelen van de wetboeken van strafrecht en strafvordering (...). Uitgaande (...) van de orde- en gezags-kritische en beschermingsfunctie van het legaliteitsbeginsel kan niet worden gezegd dat het beginsel met deze wettelijke regel is uitgeput. Naar zijn intentie, als regulatieve idee, transcendeert het deze wettelijke bepalingen die niet meer zijn dan een partiële concretisering."¹⁵

De omstandigheid dat beginselen *open-ended* zijn, dus geen vaste, onvervreembare essentie bezitten, maakt dat zij tevens multi-interpretabel zijn. In veranderde omstandigheden kunnen beginselen worden geherinterpreteerd, waardoor, zo schrijft Peters, "zij op een aan die omstandigheden adequate wijze hun beschermingsfunctie kunnen effectueren" (p. 27). Het recht of het strafrecht, dat en voor zover dat uitdrukking vindt in wet- en regelgeving, is per definitie idiomatisch. Het gepositieerde recht is in die zin altijd 'onvolkomen', altijd een bij de volheid van de Wet met hoofdletter W achterblijvende approximatie. Maar in al zijn onvolkomenheid en relatieve onbeholpenheid verwijst het in positieve wet- en regelgeving neergeslagen recht naar, appelleert het aan, iets universeels of iets categorisch. Dat universele of categorische – opnieuw: de Wet met hoofdletter W – blijft echter als zodanig ongrijpbaar, een immer bewegend doelwit.¹⁶ Derrida spreekt van *intangible*:

"To be precise. We are *before* this text that, saying nothing definite and presenting no identifiable content beyond the story itself, except for an endless *différance*, till death, nonetheless remains strictly intangible. Intangible: by this I understand inaccessible to contact, impregnable and ultimately ungraspable, incomprehensible – but also that which we have not the right to touch. This is an 'original' text, as we say; it is forbidden or illicit to change or disfigure it, or to touch its form."¹⁷

Tegelijkertijd wenkt en lonkt die verboden, die niet toegankelijke transcendentale plaats. En precies hier treedt de door Kelk beklemdoende analogie tussen recht en kunst, tussen jurist en kunstenaar, aan de oppervlakte. Een kunstwerk is op zichzelf een concreet, een singulier 'ding' (en ook geldt dit bijvoorbeeld voor vormen van *performance art*), maar tegelijkertijd is het iets dat transfigureert, iets dat ontregelt. In de ervaring van een kunstwerk ontvangt men ook een glimp van het universele of transcendentale, zonder dat dat universele of dat transcendentale zich vervolgens in een eeuwig geldende definitie laat fixeren. Niet iedereen kan dat bewerkstelligen; daar moet je een kunstenaar voor zijn. Zoiets geldt

15 A.A.G. Peters, 'Het rechtskarakter van het strafrecht', in: C. Kelk, M. Gunning & C.J.M. Schuyt, *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 15-34. De citaten staan op p. 27.

16 Zie ook A.W.M. Mooij, 'Hermeneutiek en strafrecht', in: A. Harteveld, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling* (liber amicorum G. Knigge), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 429-451.

17 Derrida 1992, p. 211.

ook in het strafrecht: de strafrechtelijke functionaris houdt zich bezig met de toepassing van algemene regels op een singuliere casus en doet dat met een zeker intuïtief gevoel voor algemeen-menselijke verhoudingen, voor de redelijkheid.

En net zoals de kunstenaar zijn werk maakt vanuit een zekere gevoelde, muzische noodzaak, zo ook *moet* bijvoorbeeld de strafrechter – om mij tot die functionaris te beperken – uiteindelijk altijd een oordeel vellen, onder het regulatieve ideaal dat dit oordeel het meest rechtvaardige is. Met andere woorden: de Wet met hoofdletter W is voor zijn gelding, ja voor zijn bestaan, radicaal afhankelijk van een ingreep, een initiatief, een initiatief van degene tot wie de Wet zich richt, degene die zich bevindt vóór de Wet.¹⁸ De civilist Paul Scholten sprak in zijn *Algemeen deel* voor de Asser-serie dan ook met reden over het rechterlijk oordeel als een 'sprong' of een 'handeling' die uiteindelijk wortelt in het individuele, maar professioneel gevormde, geweten van de rechter.¹⁹

Kafka laat het laatste woord aan de poortwachter: “[D]ieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schließe ihn.” Het recht presenteert zich uitsluitend als idioom en is daardoor aangewezen op interpretatie door de individu tot wie de Wet zich richt.²⁰ Die interpretatie wordt gestuurd door beginselen die hun essentie nooit prijsgeven. Transcendentale strafrechtelijke beginselen ontsnappen altijd aan de regels waarin zij zijn gepositieerd en zijn voor hun werkzaamheid altijd afhankelijk van een menselijk initiatief, van 'performativiteit' zoals Judith Butler dat, mede in navolging van Derrida's lezing van Kafka, heeft genoemd in haar bekende boek *Gender Trouble* (1989):

“I originally took my clue on how to read the performativity of gender from Jacques Derrida's reading of Kafka's 'Before the Law.' There the one who waits for the law, sits before the door of the law, attributes a certain force to the law for which one waits. The anticipation of an authoritative disclosure of meaning is the means by which that authority is attributed and installed: the anticipation conjures its object. (...) [A]n expectation that ends up producing the very phenomenon that it anticipates.”²¹

Beginselen zijn ongrijpbaar, maar in iedere toepassing van een beginsel wordt als het ware een voorschot genomen op de volle betekenis ervan; beginselen werken dus inderdaad als een soort *vector* of als een regulatief en aspiratief ideaal.

5. Besluit

Hiertoe is wel vereist dat de regeltoepasser voldoende fijnbesnaard is; zij of hij dient 'iets' van een kunstenaar in zich te hebben. Ik zei eerder dat Kelk heeft benadrukt dat het strafrecht met de kunst gemeen heeft zijn oriëntatie op menselijke creativiteit én zijn engage-

18 Derrida 1992, p. 207, 212-213, 216.

19 P. Scholten, *Algemeen deel*, behorend bij *Mr C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1931. Zie ook B. van Roermund, 'Sprongen bij Scholten', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2000, p. 215-228; en P. Ricoeur, 'The act of judging', in: P. Ricoeur, *The Just*, Chicago: University of Chicago Press 2000, p. 126-132.

20 Derrida 1992, p. 210: 'The law is neither manifold nor, as some believe, a universal generality. It is always an idiom and this is the sophistication of Kant's thought. Its door concerns only you, *dich, toi* – a door that is unique and specifically destined and determined for you (*nur für dich bestimmt*).' Zie ook De Ville 2011, p. 90; Witteveen 2014, p. 389-391 en 404-405.

21 J. Butler, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, New York: Routledge 1989, p. xiv. Zie ook A. Murphy, 'Performativity', in: J. Protevi (red.), *The Edinburgh Dictionary of Continental Philosophy*, Edinburgh: Edinburgh University Press 2005 (online: <https://ebookcentral.proquest.com/lib/uunl/detail.action?docID=332611>).

ment voor of solidariteit met de mens in de verdrukking. Ik geloof dat hij in dit verband Kafka en Derrida aan zijn zijde vindt. In het aan hem gewijde *liber amicorum* heeft Chrisje Brants Kelk gekenschetst als een 'Utrechter *sui generis*'.²² Terecht, meen ik. Met de 'oude' Utrechters – Pompe, Baan, Kempe – deelt hij zijn preoccupatie met de menselijke verantwoordelijkheid en met de noodzaak van een wederzijds vertrouwen tussen delinquent enerzijds en strafrechtelijke functionarissen en samenleving anderzijds, maar dan wel zonder de toch wat paternalistische invulling van dat vertrouwen door de oude Utrechters.²³ Met Peters deelt hij onder andere de wijze waarop hij, schijnbaar onvermoeibaar (*frapper, frapper toujours*),²⁴ steeds aandacht heeft gevraagd voor het belang van rechtsbescherming voor de delinquent en compassie met de *underdog*.

Maar waar Peters die rechtsbescherming vooral gelegen zag in de *kunstmatigheid* van de strafrechtelijke procedure – een kunstmatig arrangement dat dient te voorzien in een zoveel mogelijk *herrschaftsfreie*, contradictoire uitwisseling van standpunten – daar heeft Kelk juist benadrukt dat steriele kunstmatigheid alléén voor een waarlijk humaan strafrecht niet volstaat; het esprit van de kunst, waarmee het recht zijn oriëntatie op creativiteit en solidariteit deelt, is daarvoor eveneens essentieel. De jurist moet kunnen invoelen, meevoelen, en zij moet daartoe vooral ook goed kunnen luisteren: zij moet openstaan voor de potentieel ontregelende narratieven van hen die aan de potentieel ingrijpende werkingen van het strafrecht worden blootgesteld, die daardoor misschien worden vermorzeld. En dit vergt op (sommige) momenten een zekere souplesse in de omgang met en toepassing van de regels van het strafrecht.

De jurist moet daarom in staat zijn, als een soort kunstenaar, het universele, het algemeen-menselijke, te vatten in het singuliere en concrete van een casus, en andersom. De beginselen zijn daarbij de attributen waarmee de rechter zijn blik op de zaak en op de persoon van de delinquent scherpstelt. Dit geldt te meer in een tijd als de onze die onder meer wordt gekenmerkt door een groeiende nadruk op een onversneden retributief, ten koste van een rehabilitatief, denken over misdaad, en door een steeds sterker geworden preoccupatie met gevaar en gevaarlijkheid.²⁵ Wat mij betreft schuilt vooral in deze boodschap de unieke en blijvende betekenis van het werk van Constantijn Kelk – de ware poortwachter tot de kunst van een humaan strafrecht.

22 C.H. Brants, 'Een Utrechter *sui generis*', in: A.A. Franken, M. Moerings & M. de Langen (red.), *Constance waarden* (*liber amicorum* C. Kelk), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 3-17.

23 Zie F. de Jong & C. Kelk, 'Overarching thought: criminal law scholarship in Utrecht', in: F. de Jong (hoofdred.), *Overarching Views of Crime and Deviancy. Rethinking the Legacy of the Utrecht School*, Den Haag: Eleven international publishing 2015, p. 21-88.

24 Brants 2008, p. 12.

25 Aspecten hiervan zijn ook behandeld in de voordrachten tijdens het middagsymposium van Pauline Schuyt en Miranda Boone. Zie verder verschillende hoofdstukken in Kelk 2018; en vgl. A. Norrie, *Justice on the Slaughter Bench. Essays on Law's Broken Dialectic*, Londen/New York: Routledge 2017, p. 26-27.