

RB

01860

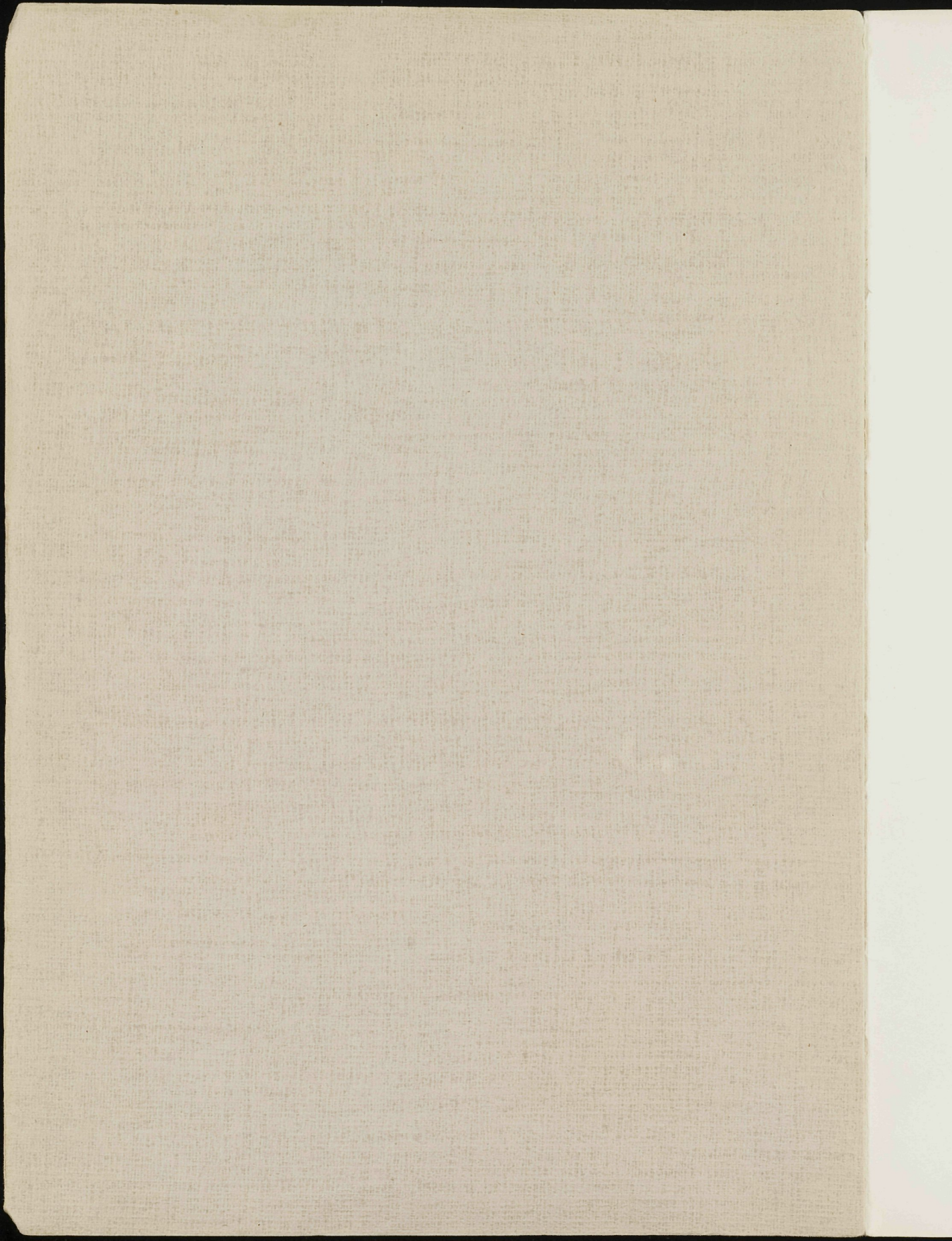
Mr. I. A. DIEPENHORST

BETREKKELIJK OF VOLSTREKT



2 J₂

47



BETREKKELIJK OF VOLSTREKT

REDUCCIE

DE VERBODEN VAN DE PORT DE LA NATION
 EN DE VERBODEN VAN DE AMBASSADE
 VAN DE NATION VAN UTRECHT
 VAN DE NATION VAN UTRECHT

DE L. A. DIEPENHORST



RECEIVED FOR THE GOVERNMENT

BETREKKELIJK OF VOLSTREKT

REDEVOERING

TER GELEGENHEID VAN DE 80^{STE} DIES NATALIS
DER VRIJE UNIVERSITEIT TE AMSTERDAM
OP 20 OKTOBER 1960 UITGESPROKEN
DOOR DE RECTOR MAGNIFICUS

Mr. I. A. DIEPENHORST



J. H. KOK N.V. KAMPEN 1960



Illustrer auditorium,

Smakend, naar een gelukkige uitdrukking van de Belg Hasaert, de ganse schijn van autoriteit en de ganse realiteit van onmacht¹⁾, welke een rector magnificus de zijne mag noemen, rust op mij de plicht, ter gelegenheid van het 16e lustrum onzer academie een wetenschappelijk verhoog te houden. Dat dit hoogtij in de geschiedenis van de Vrije Universiteit luister moet worden bijgezet door een strafrechtelijke beschouwing, is niet geheel een minder gelukkige omstandigheid. Het strafrecht herinnert wel beoefenaars en buitenstaanders aan de pijnlijke waarheid, dat ook zij zelf tot elke misdaad in staat zijn — waar ieder zich schuldig voelt behoeft overigens niemand neerslachtig te zijn — maar het is tegelijk als wetenschap niet de minste onder de zusters, voldoende aan alle in redelijkheid te stellen eisen.

Het kent de gewenste verbijzondering reeds omdat het zich leent tot historische, dogmatische en praktische beoefening zo goed als tot wijsgerige fundering. Vanaf omstreeks 1880 vindt het in uitgesproken vorm de criminologie naast zich, hetgeen naar tal van andere gebieden verbindings legt. Het strafrecht, de strafrechtswetenschap, houdt zich bezig met regels omtrent ongeoorloofde gedragingen en past deze meestal wettelijke vastgelegde regels, toe. Het gaat om recht, om de hantering van staatsmacht tegen rechtsgenoten, die daden plegen welke tegen gestelde regels indruisen. De criminologie daarentegen richt zich op die gedragingen zelf, poogt ze te verklaren naar hun oorsprong en betekenis, en stuit daarbij nog weer anders dan het oorspronkelijk strafrecht, op de maatschappelijke achtergrond waartegen de verstorende handelingen zich voltrekken en op de daders door wie ze worden bedreven. De beoefenaar van het strafrecht zal de hier gewonnen resultaten niet naast zich neer kunnen leggen. Criminele sociologie, criminele biologie, criminele psychologie, criminele psychiatrie en, gedeeltelijk deze wetenschappen samenvattend, gedeeltelijk misschien nog weer zelfstandig, criminele

¹⁾ J. P. Hasaert, Wanneer een rector afscheid neemt, Gent 1939, 3.

anthropologie vormen voor het strafrecht het wetenschappelijk achterland, dat in de wetenschap ook bij het afsterven van het koloniale tijdperk, gewaardeerd wordt.

Het strafrecht vertoont in de tweede plaats de onrust en het gebrek aan zekerheid welke hen, die in de wetenschap, uit vrees voor valse gerustheid, twijfelen zo zeer op prijs stellen, bevredigen kunnen. In het tijdvak tussen de beide oorlogen hebben — het zijn drie kroongetuigen uit vele — in Nederland Muller²⁾, in Duitsland Koschaker³⁾ en in Frankrijk Donnedieu de Vabres⁴⁾ van een crisis in het strafrecht gesproken. Gedurende de jongste periode is het gevoel van ontredde-ning niet geringer geweest⁵⁾. Onophoudelijk wordt de wetenschap van het strafrecht begeleid door verwijten of betuigingen van onwetendheid. Uit 1902 is het scherpe oordeel, dat strafrechtsgeleerden niet kunnen meedelen wat onder delict te verstaan zij, of waarop het recht tot straffen berust, of waarom men straft⁶⁾. In 1905 valt het verdict: „hoe de straf zich laat rechtvaardigen, is geen diepzinnige, maar een onzinnige vraag”⁷⁾. Een aantal jaren later zegt Leo Polak letterlijk, dat het strafrecht kent „noch zijn grond, noch zijn grens, noch zijn doel, noch zijn maatstaf...”⁸⁾. In 1933 schrijft C. M. O. van Nispen tot Sevenaer over de vergelding als over een onbegrijpelijk probleem⁹⁾. Tijdens de tweede wereldoorlog kreeg Zwitserland een nieuw wetboek van strafrecht, maar in 1952 toen het 11 jaar van kracht was, verklaarde een deskundige, dat de onzekerheid over laatste betekenis en doel der straf nog niet was overwonnen¹⁰⁾.

Wat verder niets te wensen overlaat is de wetenschappelijke heftigheid; en ook wetenschappelijke zwaarwichtigheid is ruimschoots aanwezig. Zijn op het gebied van het recht over het algemeen vele juristen minnaars van de papieren oorlog als „Paragraphenreiters”¹¹⁾, het strafrecht kent bijzonder scherpe conflicten. Al in 1777 sprak de Oostenrijker Sonnenfels over de vergeldingsleer als „mehr witzig dan richtig”¹²⁾.

²⁾ N. Muller, Tijdschrift voor Strafrecht XLIV, Leiden 1934, 17.

³⁾ Eduard Kohlrausch, Die geistesgeschichtliche Krise des Strafrechts, Berlin 1932.

⁴⁾ H. Donnedieu de Vabres, La crise moderne du droit pénal, Paris 1939.

⁵⁾ Hans Dombois, Krise des Strafrechts-Krise des Richteramts, In Gerechte Ordnung, Tübingen 1948.

⁶⁾ H. van der Hoeven, Waardering en hervorming van het strafrecht, Leiden 1902, 9.

⁷⁾ K. J. Pen, Tijdschrift voor Strafrecht XVII, Leiden 1905, 102.

⁸⁾ Leo Polak, De zin der vergelding I, 1921, 6.

⁹⁾ Tijdschrift voor Strafrecht XLIII, Leiden 1933, 336 en v.

¹⁰⁾ Carl Ludwig, Die Sühnegedanke im schweizerischen Strafrecht, Basel 1952, 5.

¹¹⁾ Erik Wolf, Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft, Freiburg im Breisgau 1953, 12.

¹²⁾ L. von Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts I, Berlin 1882, 235.

In Duitsland hebben voor en na de eeuwwisseling de pleitvoerders van de klassieke en de moderne school met verwoedheid gepolemiseerd¹³⁾; er is later leedwezen over uitgesproken¹⁴⁾. Ten onzent heeft men aan Kant zijn „vergeldingsdelirium” verweten¹⁵⁾ en is in het vaak bitter gevoerde¹⁶⁾ geding tussen deterministen en indeterministen — Van Houten achtte de leer van de vrije wil de grootste vijand van de vooruitgang der wetenschap¹⁷⁾ — het woord „kwakzalversmentaliteit” gevallen¹⁸⁾. In 1935 heeft Bongers in het Rechtsgeleerd Magazijn¹⁹⁾ een buitengemeen fel artikel tegen het hanteren van de generale preventie geschreven. Hoe ongeremd nationaal-socialistische en communistische juristen hun strafrechtelijke meningen zullen voordragen, is duidelijk. Het strafrecht kent wel zeer het menselijke element; bij zijn eerste ontmoeting met Binding voelde Liszt al een zekere weerzin tegen deze zelfstandige maar grote vertegenwoordiger van de klassieke school²⁰⁾. Het is opnieuw Duitsland dat voor overspanning van de systematiek en meer nog voor de duisterheid van het gekozen wetenschappelijk jargon duidelijke voorbeelden oplevert. Pompe wees indertijd overvloedige stelselzucht bij Binding, Von Buri en Zu Dohna aan²¹⁾. Veel eerder reeds had Richard Schmidt het nodig geoordeeld de Duitse strafrechtsdogmatici in bescherming te nemen tegen de spot van een Mittelstädt²²⁾; zij hadden dan toch met de engel der gerechtigheid geworsteld en niet enkel leerstellige kaartenhuizen gebouwd. Terminologisch zal waarschijnlijk voor het heden niet dadelijk worden toegejuicht het spreken van „Delikte mit überschüssenden Innentendenz”²³⁾, en stellig on-

¹³⁾ De beste indruk van het geding biedt Karl Birkmeyer, Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig, München 1907; zie de conclusie op blz. 93 getrokken: „So gut wie nichts”.

¹⁴⁾ Wilhelm Sauer: Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin 1955, 9 zegt dat de strijd niet altijd werd gevoerd „in wissenschaftlich würdiger Weise”.

¹⁵⁾ J. Th. Beysser, Wijsbegeerte van het strafrecht. Hoofdstukken uit de bijzondere ethiek, IV, Bussum 1909, 14.

¹⁶⁾ Wanneer de medicus A. Aletrino de „moderne” leer met loochening der wilsvrijheid uitdagend voordraagt — Twee opstellen over criminele anthropologie, Amsterdam 1898 — is het bescheid van I. A. Levy: Het indeterminisme, Leiden 1906, ook vrij kras.

¹⁷⁾ S. van Houten, Staats- en strafrechtelijke opstellen, 's-Gravenhage 1897, 70.

¹⁸⁾ Leo Polak, Tijdschrift voor Strafrecht XXXI, Leiden 1921, 50.

¹⁹⁾ W. A. Bongers, Het „nieuwe” strafrecht. Rechtsgeleerd Magazijn 1935, 236.

²⁰⁾ In zijn dagboek 19—21 augustus 1882 schrijft Liszt: „In Ems bei Binding. Schöner eitler Mann, durchaus absprechend”. In Gustav Radbruch, Elegantiæ iuris criminalis. Zweite Auflage, Basel 1950, 226.

²¹⁾ W. P. J. Pompe, Tijdschrift voor Strafrecht XXXIX, Leiden 1929, 52 en v.

²²⁾ Richard Schmidt, Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung, Leipzig 1912, 5—6.

²³⁾ Afkeurend ook vermeld bij J. M. van Bemmelen, Tijdschrift voor Strafrecht LIX, Leiden 1950, 41.

duidelijk is de verhelderend bedoelde beschouwing van het „Handlungsgeschehen . . . nicht mehr als reine Kausalbeziehung, sondern als teleologischen Sinsetzungszusammenhang” ²⁴⁾.

Hoezeer het strafrecht echter in deze opzichten met andere takken van wetenschap overeenkomt, het vertoont toch een eigen karakter. Het bezit namelijk een bijzondere standvastigheid. Niet dat de litteratuur slechts schaars zou verschijnen. Zij kan het best in ploegverband worden verwerkt en ieder die een strafrechtelijke bijdrage publiceert, weet, dat zij bij het in druk verschijnen al enigermate verouderd is. Wie over de opzet handelt, moet volgens Mezger bedenken, dat de begrippen *versari in re illicita*, *dolus indirectus*, *dolus indeterminatus*, *dolus praeter-intentionalis*, *dolus generalis*, *dolus subsequens*, *dolus alternativus* en andere begrippen hebben afgedaan ²⁵⁾. Deze omstandigheid van de snelle verandering biedt bovendien gelegenheid zelf van mening te wisselen en naderhand met enige toegeeflijkheid op te merken: zoals ook ik in een vroegere periode meende. Maar tegelijk is er grote bestendigheid. Beoefenaars der natuurwetenschappen verklaren — wellicht met natuurwetenschappelijke overdrijving — dat tien jaar oude, aan de universiteit verworven kennis, is verjaard ²⁶⁾. Het Nederlandse Wetboek van Strafrecht is van 1886; de voornaamste, nu nog gewichtige debatten werden in 1880 gevoerd en A. F. de Savornin Lohman botste in dat jaar met Kuyper ²⁷⁾, het voorspel van een later drama. Wij hebben sedert die jaren geen halt gehouden en het geldend strafrecht is voortdurend gewijzigd en aangevuld. Toch is ons Algemene deel dat van 1886 en wij behoeven daar niet over te doleren, zomin als over het feit dat, in onderscheid met het burgerlijk recht, geen algehele herziening op stapel staat. Inmiddels bedoel ik, op het bestendige in het strafrecht wijzend, nog iets anders, dat, ofschoon een kenmerk van vele geesteswetenschappen, een markante eigenschap van het strafrecht vormt. Wanneer de diepste vragen over wezen en rechtvaardiging van de straf gesteld worden, valt alle in de historie verworven uitbreiding en verrijking van de strafrechtelijke kennis in de loop der eeuwen verworven, weg. Wijsgeren als Plato en Aristoteles, theologen als Augustinus en Thomas van Aquino,

²⁴⁾ Zo geeft Thomas Würtenberger weer in *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe 1957, 49 het „Handlungsbegriff” van Hans Welzel. Zie van deze laatste ook voor dit punt o.a. *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen 1952, 9 en v.

²⁵⁾ Edmund Mezger, *Strafrecht I*, 3. Auflage, München 1951, 142.

²⁶⁾ Vergelijk de opmerking van Lord Adrian, een President of the Royal Society; *The Memoirs of the Right Hon. the Earl of Woolton*, London 1959, 399.

²⁷⁾ Zie L. S. Suttrop, *Jhr. Mr. Alexander Frederik de Savornin Lohman*. 1837—1924, 's-Gravenhage 1948, 31—32; 191—193.

humanisten en reformatoren mogen beschouwd worden als volwaardige autoriteiten.

Dat moet niet leiden tot de gedachte alsof in het strafrecht dus toch groter zekerheid dan elders in de wetenschap wordt aangetroffen. Bestendigheid in de problematiek verschilt van die in de uitkomsten van het onderzoek. Men spele hier niet het beklijvende van de strafwetgeving uit. In de eerste plaats geeft een wetboek, als het goed is, het algemene rechtsraam dat nader door wetenschap en rechtspraak kan worden gevuld. Binnen een wettelijk kader zijn verschillende oplossingen van rechtsvragen mogelijk. Een wet moet trouwens algemeen aanvaardbare bepalingen inhouden, de gemiddelde volksovertuiging, voorzover daarvan sprake is, weergeven. Zij behoort daarom zichzelf beperkingen op te leggen. Even verkeerd als het voor haar is, de wetenschap te veronachtzamen, is het ook afkeurenswaard wanneer zij zich te zeer aan bepaalde geleerden en hun opvattingen bindt. Niet omdat het hier studeerkamer-wijsheid zou betreffen. Ook dit is mogelijk en het kan een wetboek noodlottig worden. Maar een wet treft zoveel mogelijk rechtsvoorzieningen en brengt niet alle grote strijdpunten tot een beslissing. Ons Algemeen deel bevat geen artikel dat over de schuld, over de onrechtmatigheid, over de causaliteit het de rechtstoepassers bindende laatste woord spreekt. In een wet hoort niet alles thuis²⁸⁾ en grote wetgevers of hun gebieders hebben begrepen welke grenzen niet mochten worden overschreden. „Veel te dik”, zegt Maria Theresia, een eerste blik op het project voor een wetboek werpend²⁹⁾.

Nog een tweede omstandigheid verbiedt aan te nemen, dat het in het strafrecht tot op zekere hoogte, omdat dezelfde vragen steeds terugkeren, koekoek eenzang is. Een geleerde decreteert: „Irgend eine gerechte Grundlage für das Strafrecht des Staates kann darum in der Rechtswissenschaft logisch gar nicht Gegenstand der Erörterung sein”³⁰⁾. Hem ware met een beroep op de titel van het boek waarin deze uitspraak voorkomt, „Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft” te antwoorden, dat de strafrechtswetenschap aldus zichzelf doodt, dat soms het wettelijk strafrecht de zelfmoord strafbaar stelt en dat de ethiek zulk een daad steeds afkeurt. Onder een volk waar een vrij grote eenheid van rechtsovertuiging schijnt te heersen, treft men derge-

²⁸⁾ H. Pfeffer, Tijdschrift voor Strafrecht XLVIII, Leiden 1938, 131, spreekt wel uit dat het causaliteitsvraagstuk niet in de wetgeving thuishoort, maar bewandelt heel andere wegen.

²⁹⁾ J. P. Fockema Andreae, De kunst van wetgeven, Utrecht 1913, 49.

³⁰⁾ A. V. Lundstedt, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, Berlin II, 1936, 56.

lijke buitenbeentjes betrekkelijk zelden aan en zouden om begrijpelijke redenen — men is het eens over de verwerpelijkheid van misdaad en de wenselijkheid van orde — standvastigheid en harmonie in het strafrecht ruimschoots aanwezig zijn. Er is desondanks grote verscheidenheid. Want naast het feit dat een wetgever meestal veel open laat, en het zich aan deze regel niet onttrekkend Nederlandse Wetboek van Strafrecht dus veel bewegingsvrijheid gunt, plaatst zich een ander gegeven. Het Wetboek van 1886 hoort thuis in de Westerse rechtskring. Het is, nader bepaald, Europees-continentaal, het is niet Angelsaksisch strafrecht. Sedert het verband met een bepaalde staats- of maatschappijopvatting, welke tot levensovertuiging, tot alomvattende ideologie wordt, ook in het strafrecht werd gelegd, handhaafde men in ons land, waar men vroeger zonder zich daarvan nadrukkelijk rekenschap te geven, een democratisch strafrechtelijk bestel had opgebouwd, met beslistheid het historisch verworvene. Maar het Westen verschilt vooreerst van het Oosten en kent vervolgens grote verscheidenheid of zelfs tweespalt. Continentaal en Angelsaksisch strafrecht lopen uiteen. Autoritaire stelsels — dit slaat op weer een gans andere gedeeldheid — heeft Europa sedert 1918 in ruime mate opgeleverd.

De eenheid is dus, wanneer het gehele terrein wordt overschouwd, veel geringer dan men aanvankelijk menen zou en van de hechtheid blijft weinig meer over. Bij zorgvuldiger toezien blijkt ook in Nederland van bijna iedere positie de tegenpositie ingenomen. Men is het, de wettelijke voorschriften al dan niet zonder bedenking aanvaardend, over de grondslagen van het strafrecht werkelijk niet eens. Tegelijk bestaat er in de praktische uitkomsten nu niet zoveel verschil³¹⁾. Terwijl de argumentatie totaal uiteenloopt, is er tenslotte soms vrij grote overeenkomstigheid. Dat zou kunnen brengen op de gedachte, dat de beoefenaren van het strafrecht gebrekkig hoofd- en bijzaken met elkaar in verband plegen te brengen. Ook is de opvatting mogelijk, dat langs verschillende wegen hetzelfde eindpunt bereikbaar is. In de derde plaats kan men menen, dat er weinig fundamentele verschillen worden aangetroffen. Aldus ware te verklaren dat sommige Duitse geleerden tegenover het nationaal-socialistisch strafrecht konden zwijgen — een Radbruch — anderen gemakkelijk zich uitwendig konden aanpassen — zo Hellmuth

³¹⁾ J. M. van Bemmelen, toch eigenlijk inzake de verantwoordelijkheid die de dader heeft, principieel van vele anderen afwijkend, vraagt, na een eigen formulering van 's rechters taak te hebben geboden, of dit zoveel van wat anderen, waaronder scherpe tegenstanders, willen, verschilt. Nederlands Juristenblad 14 mei 1960, 422.

Mayer³²⁾ — en derden gemakkelijk in bepaalde opzichten geheel nationaal-socialistisch konden schrijven — men neme als enige uit velen: Mezger³³⁾. Hier schuilt een zeer gewichtig probleem. Wanneer de tegenstellingen van bijkomstige aard zijn, kan gevoegelijk tot eenheid en vastheid van het strafrecht worden besloten en is het geding niet ernstig. Wanneer ze daarentegen echt zijn, dan begint werkelijk de twijfel het hoofd op te steken: is er nog wel van een wezenlijk ongedeeld strafrecht sprake, dat aan volstreckte maatstaven te meten zij? Want men moet besluiten of tot de mening dat het op verschillende manieren behoorlijk gaat — variis modis bene fit — of tot de mening recht staat tegenover onrecht, maar naar welke norm moet dit worden uitgemaakt? Het strafrecht betrekkelijk of volstrekt, wordt voor hen die over het strafrecht zekerheid willen, al ware het de zekerheid van het scepticisme, de grote kwestie.

Voor de meeste burgers wordt het recht het felst werkelijkheid in de rechtszaal³⁴⁾, als er ten aanzien van een verdachte over schuldig of onschuldig wordt beslist. Bij ons berust dit oordeel bij één of meer rechters, niet bij een jury; het is een belangrijk, geen essentieel verschil. Er wordt Nederlands recht, of voor zover de Nederlandse wet dat veroorloofd, vreemd recht toegepast. Als het Nederlands recht betreft, wordt dat in de eerste plaats geput uit de wet. Dat het recht wetten-recht is, betekent een bepaalde rechtsontwikkeling en het afwijzen van andere oplossingen, die ook denkbaar zijn of werden aanvaard. Er vindt geen optreden tegen rechtskrenking of ordeverstoring plaats uitgaande van de onmiddellijk getroffene of van zijn verwanten en evenmin is, in de regel, het verschaffen van een persoonlijke genoegdoening voldoende zodat de strafvervolgning geen voortgang heeft, ook al zou de betrokkene daarmee instemmen. Wij kennen het verbod van eigenrichting, verwerpen de bloedwraak en de private „zoen” is al evenzeer verboden, zoals in het algemeen de afkoop in haar oude vorm verdween; wij houden de middeleeuwse regel: „He who cannot pay with his goods, may pay with his blood” voor onrechtvaardig. De gehele rechtshandel tegen de verdachte te volgen, vraagt naar onze overtuiging een hechte wettelijke grondslag zowel naar de procedure als naar de toepassing van het materiële recht. Voor privilegiëring, of, haar tegendeel, voor achteruitzetting in het recht van bepaalde personen en groepen, gevoelen wij niet. Rechtszekerheid wordt op hoge prijs gesteld. Wel gaat het velen

³²⁾ Das Strafrecht des deutschen Volkes, Stuttgart 1936.

³³⁾ Edmund Mezger, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft LV, Berlin 1935, 69; Deutsches Strafrecht, Berlin 1936, 25.

³⁴⁾ Vergelijk Th. W. van Veen, Tijdschrift voor Strafrecht LXI, Leiden 1953, 128.

te ver, de strafwet te bestempelen als de magna charta van de misdadiger. Van het belang dat willekeur, dank zij de verbindende kracht der wet, geen onheil kan aanrichten, is bijna ieder overtuigd. Ook in die landen waar de rechter door zijn vonnissen meer invloed heeft op wat als recht gelden zal dan dit in ons land het geval is, erkent men de wet als grondslag voor de rechtshandeling.

Is daarmee alles gezegd? De wet moet worden uitgelegd en nu eens zal de wil van de wetgever, dan weer zullen de woorden der wet, vaker nog de mening van hen die het recht toepassen en zich schikken naar de behoeften van het leven, de doorslag geven. Voorlopig is er heel wat aan te voeren ten gunste van de mening, dat men bepalingen niet moet uitbreiden tot gevallen waarvoor ze niet geschreven werden. Om al analogiserend belediging onder mishandeling te begrijpen, is dwaas³⁵⁾. Maar waar houdt de interpretatie op en begint de analogie? Men zegt dat de eerbied voor de wet en de bescherming van de onderdaan tot afwijzing van analogische wetstoepassing nopen. Men houdt het voor een kwalijk teken, dat absolutistische landen en ideologisch gebonden juristen bij de verdediging der analogie vooraan stonden. Dat is metterdaad waar. Feiten laten zich niet loochenen. Het zijn eveneens feiten dat het fascistische Italië in het wetboek van 1930 de analogie niet opnam welke door een democratisch land als Denemarken werd aanvaard — de Engelsen moet men niet als een de analogie toepassend volk uitspelen³⁶⁾ — en dat democratische juristen, in Nederland Pompe³⁷⁾, bereid waren de analogie te bepleiten.

Het Nederlandse strafrecht bevredigt het rechtsbewustzijn van de overgrote meerderheid der natie. Het is bepaaldelijk niet een strafrecht dat politiek zozeer eenzijdig is, dat het hun die staatkundig van de machthebbers verschillen, nagenoeg of in het geheel geen plaats gunt. Het stelt zich niet volstrekt in dienst van een maatschappelijke orde met de daaraan bijna noodwendig verbonden verengingen. Het is niet sterk centraliserend, zodat de lagere rechter geen armslag heeft, of militaristisch, zodat de burgerlijke belangen strafrechtelijk worden verwaarloosd. Het kent de bourgeois niet als de grote vijand en ook niet

³⁵⁾ E. L. van Son, De strafvordering van de landgerechten in Ned. Indië, 1942, 5, biedt als voorbeeld van een absurde hantering der analogie een door hem aan M. van Blerkom: De ontwikkeling van de politie-rechtspraak in Ned. Indië, proefschrift, Leiden 1916, 47, ontleend magistraatsvonnis, gewezen 9 juni 1915 in de Buitenbezittingen.

³⁶⁾ Vergelijk F. W. C. van Hattum, Vrijheid en gebondenheid van de strafrechter. Tweede druk, Groningen 1947, 22 en v.

³⁷⁾ In de derde druk van zijn Handboek voor het Nederlandse strafrecht, Zwolle 1950, 46 en v., aanvaardde W. P. J. Pompe voor het eerst een gematigde analogie.

de proletariër. Van een radicaal kapitalistisch, de economisch zwakkere uitbuitend strafrecht is geen sprake en al evenmin van een de communistische idee dienende orde. Ons strafrecht is nationaal zonder nationalistisch te wezen en afkerig van albemoeienis met de enkeling. Dus gaat de onderdaan niet op in de staat, en is de beveiliging van de publieke orde niet het een en het al. Uit het „Volksempfinden” een autoritair onverbiddelijk geheel van strafbepalingen dat de misdadigers sidderen doet ³⁸⁾, af te leiden, is geenszins Nederlands recht. Het ligt ons niet, de nationale eer bijzonder strafrechtelijk te beschermen en verheerlijking van het ras wekt bij ons zelfs afkeer. Vlak achter ons ligt de overspanning der staatsidee, dus de bescherming van de afzonderlijke mens geniet hoog aanzien.

Toch is voorzichtigheid op haar plaats, daar er pijnlijke vragen gesteld kunnen worden. Algemene, het recht veelszins eigen tekortkomingen, mogen worden verwaarloosd. Het strafrecht is stellig als wettelijk of wetten-recht voor een reeks van gevallen, niet voor een speciaal geval, ontworpen, en bij strikt gevoelloze toepassing treft het hard, uitwendig als het is, zich al kwalijk tot verfijning lenend. Hier heeft echter meer gewicht, dat in de waardeschatting van verscheidenen, een absoluut strafrecht tegenover het gangbare van de rechtsstaat soms de voorkeur verdient. Het is aantrekkelijk wanneer bepaalde individualistische uitwassen worden gewraakt, de handhaving van het gezag en de eerbied voor het gezin aandacht krijgen en er zorg bestaat voor de stootkracht van de rechtspleging ³⁹⁾ en het dienstbaar maken van het vonnis aan het terugdringen van de misdaad. Voor en na de tweede wereldoorlog was er bij tegenstanders van het nationaal-socialisme bereidheid om sommige delen van een autoritair strafrechtelijk beleid te waarderen. Muller ⁴⁰⁾ en Marx ⁴¹⁾ in Nederland moesten ervaren, dat zelfs de schijn des kwaads bij een beschouwing van de Duitse vernieuwingen diende te worden vermeden. Donnedieu de Vabres ⁴²⁾ in Frankrijk vóór de tweede wereldoorlog, Dombois ⁴³⁾ in Duitsland na 1945, vinden in

³⁸⁾ Zie over de achtergrond van deze gedachte in het nationaal-socialistisch strafrecht C. J. Vanhoudt, *Progressieve en regressieve evolutie in het strafrecht onder invloed der dictatuur*, Antwerpen 1940, 228 en v.

³⁹⁾ Rocco besteedde, naar H. Donnedieu de Vabres meedeelt in *La crise moderne...*, 45 veel aandacht aan dit punt.

⁴⁰⁾ N. Muller, *Nieuw strafrecht in nieuw Duitsland*. Maandblad voor berechting en reclassering, 254-277.

⁴¹⁾ A. J. Marx, *Streng strafrecht in een vriendelijk land*. Maandblad voor berechting en reclassering, 254-277.

⁴²⁾ H. Donnedieu de Vabres, *La crise moderne...*, 211.

⁴³⁾ Hans Dombois, *Gerechte Ordnung...*, 65.

het nationaal-socialistisch strafrecht iets goeds. Het communisme heeft ons altijd minder aangesproken. De mogelijkheid is er niettemin, dat bij confrontatie het vuur wel heel nauw aan de schenen wordt gelegd. Oud is al de vraag, waarom er enkel armen worden terechtgesteld ⁴⁴⁾, wat voor het heden kan worden toegespitst op de onbevredigdheid om het feit, dat veel meer economisch zwakken dan economisch sterken voor de rechter verschijnen. Anton Menger ⁴⁵⁾ sprak in 1890 over een vermoeden van diefstal, dat aanstonds de in een diefstal verwickeld geraakte behoeftige trof. Tezelfder tijd spotte Anatole France ⁴⁶⁾ met de gelijkheid van de wet die armen en rijken verbood onder bruggen te slapen, te bedelen of brood te stelen. Zonder enige verontrusting vertelt in 1910 een vaderlands auteur van een tot twee maanden gevangenisstraf veroordeeld dienstmeisje dat f 10.— had weggenomen van haar werkgeefster, zulks om achterstallig loon gedeeltelijk binnen te krijgen ⁴⁷⁾. Ons strafrecht is sterk in de verdediging van het bezit onder in het laatste kwart der vorige eeuw bekende verhoudingen. Ook in Nederland is poging tot mishandeling niet ⁴⁸⁾, poging tot zaakbeschadiging wel strafbaar ⁴⁹⁾, om van de romantische verbreking van trouwbeloften maar te zwijgen. Aan de ene kant is daar de onmacht om wat werkelijk gemeen is, strafrechtelijk te achterhalen. Aan de andere kant dreigt het gevaar om zich van het strafrecht te bedienen als middel tot bescherming van normaal geachte posities en tot versteviging van een aanvaarde economisch maatschappelijke orde, welke de overheid handhaaft of bevordert. Landloperij strafbaar te stellen past uitnemend in een burgerlijke staat, die hecht aan orde en regel. Zodra deze burgerlijke staat zijn werkzaamheden breder uitstrekt en welvaartsstaat wordt, een overigens niet te stuiten ontwikkeling welke Stahl reeds over de staat als Wohlfahrtsanstalt ⁵⁰⁾ spreken deed, hebben de algemene wetboeken hun overheersende plaats verloren — het geldt ook van het strafrecht —,

⁴⁴⁾ Vermeld bij H. Hetzel, Die Todesstrafe in ihrer kulturgeschichtlichen Entwicklung, Berlin 1870, 229.

⁴⁵⁾ Anton Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 1890, 27; ook in de periode tussen de beide wereldoorlogen duikt dezelfde klacht op; vergelijk Tijdschrift voor Strafrecht XLIII, Leiden 1933, 8.

⁴⁶⁾ Anatole France, Le lys rouge, Paris 1894.

⁴⁷⁾ C. M. Dekker, Schetsen uit de strafgevangenis, 's-Gravenhage 1910, 76.

⁴⁸⁾ Artikel 300 Wetboek van Strafrecht, laatste lid.

⁴⁹⁾ G. Bohne, Menschenwürde und Strafrecht. Kölner Universitätsreden 7, Krefeld 1949, 26, legt de vinger bij dit euvel in Duitsland en vervolgt: „Ist es nicht beschämend Ehre oder Pietätsempfinden strafrechtlich geringer zu achten als einen Vermogensteil...“.

⁵⁰⁾ Het is een conclusie, getrokken door H. Rehm, Allgemeine Staatslehre, Freiburg i. B. 1899, 258.

wordt van de burgers niet enkel het respecteren van andersmans rechten in de eerste plaats, maar ook de naleving van plichten afgedwongen. Er is zeer beslist gebondenheid van het strafrecht niet enkel aan een ontwikkeling der tijden, maar tevens aan de opvatting welke heerst omtrent de staat en de staatskerk, alsmede aan het maatschappelijk bestand ⁵¹⁾. Dat de ἀσεβεια in Athene strafbaar was, hing samen met de religieuze fundering aan het Atheens gemenebest gegeven. De strafbaarheid der religie-delicten in de middeleeuwen vloeyde voort uit het de wereldlijke autoriteit dragend godsgeloof, dat de overheid „in religiosis” deed varen op het kompas der kerk. In de Constitutio Criminalis Carolina van 1532 is de theocratische staatsidee aanwijsbaar. Niet toevallig kwamen voor het Pruisisch landrecht eer en vrijheid, gezindheid, vermogen en leven als bijzondere bescherming waardig, in aanmerking. Als na 1890 de Duitse staat zich in sociale richting beweegt, heeft dit strafrechtelijk weerslag. Het is mogelijk in het recht ⁵²⁾, misschien ook in het strafrecht, een bepaald mensbeeld terug te vinden: de godsdienstig gebonden middeleeuwer, de redelijke mens uit de verlichting, de burger uit de politie-staat, de zelfstandig zijn kansen grijpende liberaal, de zich aan sociale druk ontworstelende arbeider die aanvankelijk persona miserabilis is, de werker ten behoeve van het volk, de fiere zoon van de tot heersen geroepen natie.

Het Nederlandse strafrecht stelt een aantal daden strafbaar en de wijze waarop dit geschiedt, roept weinig bedenkingen op: het spreekt vanzelf dat leven en eigendom niet lichtvaardig mogen worden aangetast, en dat het nodig is de goede zeden te waarborgen. De staat moet tegen aanslagen zoveel mogelijk veilig zijn. Terecht is aan hulpbehoevenden gedacht. Met reden zijn de dieren — hoezeer hier van een strafrechtelijke crux sprake moge zijn ⁵³⁾ — niet vergeten. Indien de strafwetgever waakzaam is en de hand op de pols van het leven houdt, zullen de geldende wettelijke bepalingen nagenoeg alle onrecht achterhalen. Wel is er van gezaghebbende zijde op gewezen, dat de illusie bij auteurs van speurdersromans zo geliefd: de volmaakte misdaad

⁵¹⁾ Vergelijk over de betekenis van de staatsorde voor het bijzondere deel van het strafrecht Thomas Würtenberger, *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532*, Breslau-Neukirch 1933.

⁵²⁾ Gustav Radbruch, *Der Mensch im Recht*, Tübingen 1927; I. A. Diepenhorst, *De mens in het recht*, in: *De mens in de wetenschap*, Kampen 1956, 21–53.

⁵³⁾ Vergelijk G. E. Langemeijer: *Het dier in de rechtsorde. Mens en dier*. Feestbundel F. L. R. Sassen, Amsterdam 1954, 27 en v. Eerder had J. M. van Bemmelen in *Tijdschrift voor Strafrecht* LIX, Leiden 1950, 57, dierenmishandeling het delict bij uitnemendheid genoemd om het wezen van de misdaad en het door strafbepalingen beschermde object te toetsen.

bestaat niet, nonsensicaal is ⁵⁴⁾, en deze mening moet juist worden genoemd. Echter is het zaak tevens te bedenken, dat wij, tenzij uit nagelaten bekentenissen, van de volmaakte misdaad nooit iets zullen vernemen. Deze kwestie is niet geschikt voor stellige uitspraken. Ongetwijfeld blijven er voorts een aantal daders onbekend, maar dat er een misdaad werd gepleegd, lijdt geen twijfel. Derhalve is hier voor aarzeling, zo lijkt het, geen aanleiding. Het onrecht ligt vrijwel vast.

Ik betwist het al aanstonds, en wel op deze grond, dat wij besliste aanwijzingen hebben van gepleegd, niet door de wet berecht onrecht. Op dit punt doet zich de vraag voor, over welk onrecht het gaat. Onrecht heeft een zedelijke en een juridische inhoud. Veel zedelijk onrecht wordt nimmer door de wet bestreken. De wet faalt hier ook als zij het zou willen treffen, onherroepelijk. Daarnaast is er onrecht, zich bewegend op de grens tussen recht en zedelijkheid. Moeten wij ons niet neerleggen bij de in een Chinees spreekwoord uitgedrukte waarheid: het is een misdaad zijn schoonmoeder te doden, niet haar dood te treiteren? Vervolgelingen wegens overspel vinden plaats, maar ze zijn betrekkelijk zeldzaam. Ze geschieden op verzoek. Ook dit onrecht mag blijven rusten. Maar er gaat onrecht de doofpot in, wat zich niet in de nabijheid der zedelijkheid bevindt. Wanneer bedrijven werkrachten niet willen missen of inrichtingen zichzelf niet in opspraak te brengen wensen, en dus de aangifte achterwege blijft, zijn er, zonder dat de wet toepassing vindt, strafbare feiten gepleegd. De wet heeft overigens met deze mogelijkheid rekening gehouden door slechts van misdadige feiten de aangifte verplicht te stellen.

Vervolgens aarzelt het rechtsbewustzijn bij het vaststellen of iets een strafbaar feit wezen zal, of bij de bepaling van de ernst der rechtschennis die bepaalde daden eigen is. Mishandeling van een ambtenaar in de wettige uitoefening van zijn bediening, is geen kleinigheid, gelet op de waarde die ordehandhaving heeft. Meineed kan onder geen beding getolereerd worden, ofschoon er zo lang mogelijk gelegenheid moet zijn met doorbreking van de pogingsleer zowel als van de gebruikelijke constructie voor de voltooiing van een strafbaar feit, om op meinedige verklaringen straffeloos terug te komen. Ieder gevoelt zich hier zeker van zijn zaak. Er komen echter ook andere gevallen voor. Het is maar beter aan jeugdige doctores in hope met een wat bewogen verleden overgelaten om de stelling te poneren, dat dronken-

⁵⁴⁾ W. P. J. Pompe, De misdadige mens, Tijdschrift voor Strafrecht LXII, Leiden 1954, 159-160.

schap als misdrijf en niet als overtreding strafbaar zij. Hoe zwaar delicten tegen de veiligheid van de staat te nemen? Hoe daden ge- waardeerd, die de gemeenschap sociaal aantasten, terwijl ze tegelijk sociaal verklaarbaar zijn: de belasting- en de steunfraude? De ver- werpelijkheid van belastingfraude wordt aanvaard, er bestond hier weifeling ⁵⁵⁾, maar in 1943 schreef Lord Quickswood, een jongere zoon van de victoriaanse staatsman Markies van Salisbury en als Hugh Cecil in zijn tijd een der beste redenaars van het Lagerhuis, over pogingen om door de mazen van het net te glippen: „is it not a good thing that there should be the last lawful remedy against oppressive taxation by a majority, that human ingenuity can always find a way by which the minority can escape from tyrannical imposts” ⁵⁶⁾.

Nog meer verscheidenheid is er bij de bepaling van wat onrecht is, hetzij omdat men er zich geen heldere voorstelling van heeft gemaakt – of willen maken – hetzij omdat men tegengestelde beschouwingen over wat strafrechtelijk verboden moet zijn, huldigt. Ik wees in het voorafgaande op de onmacht om wat gemeen is, te straffen. Dit geldt vooral het zakenleven. Wat de criminologie noemt „de witte boord misdaad”, wordt door het strafrecht in Nederland en in andere landen onvolkomen te keer gegaan. Dat dit niet geschiedt uit het prijzens- waardig motief om de strafrechtelijke voorschriften beperkt te houden, is af te lezen uit de ongelukkige ontwikkeling, dat strafrecht, een nor- matief recht met zeer sterk zedelijke inhoud, voor allerlei praktische doeleinden wordt gebruikt. Een door strafsancities omringd groenten- of fruitteler verdort in deze schaduw eerder dan dat hij bloeien kan. Zulk een ontluistering van het strafrecht stemt al onbehaaglijk. De praktische doeleinden kunnen ook – en dan wordt de situatie heel be- denkkelijk – beheerst worden door een ideologische gedachte: wet wordt, strafwet wordt wat de heersende partij of klasse wil, uiteindelijk ter- wille van de gemeenschap en terstond terwille van zichzelf ⁵⁷⁾. De nationaal-socialisten legden hun partijstaat op, zich van alle middelen, die het penale recht bood, bedienend. De communisten verwerkeli- jken heden met strafrechtelijke voorschriften hun klasse-staat. Uiteraard op

⁵⁵⁾ Raadpleeg hiervoor C. D. Segers, Delikten inzake de directe belastingen. Tijdschrift voor Strafrecht XI, Leiden 1898, 161; doelend op Frankrijk zegt Georges Ripert, *Le declin du droit*, Paris 1949, 14: „La fraude fiscale est chose courante”.

⁵⁶⁾ Geciteerd door Hermann Mannheim: *Criminal Justice and Social Reconstruc- tion*, London 1946, 146.

⁵⁷⁾ Hans Dombois, *Mensch und Strafe*, Witten 1957, 55, wijst er op hoe een kleine velddiefstal reeds als sociaal-ernstig telt, maar met de bescherming van de burgerlijke eigendom bijzonder vrijpostig wordt omgesprongen.

onschuldiger wijze doen verzorgingsstaten op democratische grondslag hetzelfde.

Wanneer de onrechtmatige daad in het algemeen is vastgesteld en haar zwaarte gewogen, moet van de concrete handeling de ernst worden bepaald. Een gewelddadige levensberoving waarbij het slachtoffer afschuwelijke verwondingen toont, vervult met verontwaardiging. Is dit resultaat van een simpele woede-ontlading bij een bruijt, zoveel verwerpelijker dan de uiterst sluwe, lang van tevoren beraamde gifmoord? De dit voorbeeld noemende William Temple zegt, dat het lichamelijk huiveringwekkende ons het meest ontzet en dat de kunstenaar in de misdaad geen afkeer inboezemt: „the Devil is a gentleman”⁵⁸). De daad is verbonden aan de dader. Het is weer duidelijk dat de ambtenaar in functie, dat ieder die een vertrouwenspositie bekleedt, zich bijzonder ernstig misdraagt. Er zijn bedrivers van strafbare feiten die in wezen een soort dader-type vertonen: de koppelaar, de zwarte handelaar, de flessentrekker. Zij moeten om als zodanig te gelden, geregeld dezelfde strafbare handelingen verrichten. Men heeft verder de recidivist, de herhaaldelijke pleger van strafbare feiten van gelijksoortige of ongelijksoortige aard. Ik kan verdedigen dat de 21e diefstal om een bij uitstek scherpe sanctie vraagt, en ik kan betogen dat een 21e diefstal wijst op een bepaald gebrek in de dader, dat hem voor een strenge straf ongevoelig maakt indien deze al billijk is. Maar de billijkheid is twijfelachtig, omdat het gebrek, indien aanwezig, van de volle aansprakelijkheid ontheft.

De dader is een mens, is de mens in het recht. Hij is, naar terecht werd opgemerkt, geen stofje en geen aap, ook geen stofwisselend mechanisme, hij is niet een verzameling cellen⁵⁹) en nog veel minder een slachtoffer van zijn klieren⁶⁰), hij is zelfs in zijn meest terugstotende of deerniswekkende staat, van nature een redelijk zedelijk schepsel. Men mag pogen hem beter te begrijpen door hem hetzij in de eerste plaats op zichzelf, hetzij als lid van grotere en kleinere gemeenschappen, nader te beschouwen; hij laat zich slechts tot op zekere hoogte benaderen; geheel verklaarbaar, geheel doorzichtig wordt hij nooit. Niettemin is

⁵⁸) Gambling and Ethics. By William Temple D.D. London 1948, 2. (Issued by the Churches' Committee in Gambling).

⁵⁹) Aldus Karl Engish: Vom Weltbild der Juristen. Heidelberg 1950, 26; deze keert zich in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 69, Berlin 1957, 591 en v. ook tegen A. F. Müllereisert, die de strafrechtelijke schuld omschrijft als de door natuurwetten bepaalde „Beschaffenheit des Gehirns und des Nervensystems”. Theorie des Rechts und der Rechtswissenschaft I. Selbstverlag 1953, 70 en v.

⁶⁰) Hiertegen met beslistheid W. H. Nagel: Het strafrecht en de onmens. 's-Gravenhage 1956, 25.

hij het, die een of meer strafbaar gestelde daden pleegt. De moeilijkheid is, vast te stellen of hij verantwoordelijkheid draagt. Er zijn kinderen die als het ware de wereld ingeschopt worden door de satan. Ze zijn aan allerbedenkelijkste verhoudingen ontsproten en dragen dit merk hun ganse leven mee. Kinderen lijken op hun verwekkers en kunnen gunstige, kunnen ook slechte lichamelijke en geestelijke eigenschappen hebben geërfd. Zij ondergaan de invloed van hun omgeving bij het groter worden. Zij worden onverstandig aangepakt hetzij door hun ouders, hetzij door opvoedende instellingen of door de staat ⁶¹⁾. Ziekte, armoede, hongersnood en oorlog beïnvloeden de levensloop. Is de mens een geschovene of schuift hij zelf? Van een genie en van een stompzinnige zijn niet dezelfde beslissingen te verwachten. Evenmin van een bedelaar en een geldmagnaat. Daaruit volgt, dat het bezit van een verfiind of van een verdoft geestesleven mede bepalend is voor wat men doet, dat uitwendige omstandigheden waarover men geen zeggenschap heeft, de doorslag geven. Het ligt voor de hand een oorzakelijke afhankelijkheid op deze gronden aan te nemen. In dezelfde richting wijst een onderzoek van de wijze waarop de menselijke wil werkt. Elk besluit is de resultante van talrijke bepalende factoren. Het wilsvermogen heeft een zekere kracht. De vorming van een besluit wordt beïnvloed door verstand en gevoel. Sommige voorstellingen en prikkels oefenen grote, andere geringere invloed. Een oorzaakloos willen laat zich niet denken. Daarom is het niet vreemd dat telkens de zegepraal van het determinisme wordt afgekondigd ⁶²⁾.

Ter zelfder tijd spreekt het indeterminisme velen toe. Zij beschouwen een heerschappij van de oorzakelijkheid als niet levensecht. Het bepaald worden door oorzaken heeft iets natuur-noodwendigs, dat ingaat tegen hetgeen men van een niet natuurlijk, een geestelijk zedelijk-rede-lijk leven verlangt. Indien er van gedetermineerdheid bij de mens sprake is, zo zouden zij hechten aan een tussen-oplossing, aan een gedetermineerd zijn tot vrijheid ⁶³⁾. Zij vinden die vrijheid overigens in voldoende mate, juist bij een bloot leggen van het wilsproces. Dit vertoont een vorm van zelf-beweging, van spontaneïteit, die met oorzakelijkheid niet wordt ver-

⁶¹⁾ Gedenboek 1907—1957. Psychiatrisch Juridisch Gezelschap, Amsterdam 1957, 161 en v., waar de levensgeschiedenis van Frans Rosier wordt meegedeeld.

⁶²⁾ Men neme H. E. Barnes en N. K. Teeters, *New Horizons in Criminology*, New York 1947, 393, 952, die als hartstochtelijke deterministen het indeterminisme tenminste als verouderd beschouwen. Ook een „tussenfiguur” als Wilhelm Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin 1955, 45, zag het determinisme op winst staan.

⁶³⁾ Een van E. M. Mayer afkomstige formulering; zie *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, Leipzig 1901, 29.

klaard. In de wetenschappelijke bezinning is het causaliteitsprincipe van objectief verschijnsel in het zijn tot subjectieve vorm van het denkend verbanden leggen door de mens, geworden. Men volgt de werkelijkheid die zich niet meer, zodra men zich in de mikrokosmos van de natuur verdiept, geheel aan het oorzaak-gevolg houdt. Het wordt evenzeer begrijpelijk, dat men in verscheiden kringen de overwinning van het indeterminisme een feit acht ⁶⁴).

Raadselachtig is nu, dat men soms van uit het strafrecht de kwestie determinisme en indeterminisme wil laten rusten ⁶⁵), en dat er vanuit beide kampen aan eenzelfde praktisch overheidsoptreden met betrekking tot het straffen, steun wordt verleend, zoals deterministen en indeterministen ook dezelfde wettelijke bepalingen zonder bedenking hanteren. Hier staat de volstrektheid van het recht ogenschijnlijk te waggelen en wint het relativisme het pleit.

Vanwege het gepleegde onrecht wordt de dader gestraft. Nederland past straffen en maatregelen toe. Bij de straf ligt in het leed, bij de maatregel in de behandeling de voornaamste betekenis. Vrijheidsberoving en geldboete zijn de voornaamste strafmiddelen, terwijl er een veelheid van maatregelen is, die in ieder geval dikwijls met vrijheidsbeperkingen gepaard gaan. Essentieel zijn nu de vragen, krachtens welk recht en met welk doel er van overheidswege wordt gestraft, of nog samenvattender: wat is het wezen van de straf? Met opzet laat ik beide eerstgenoemde kwesties vooropgaan, omdat over straf niets te zeggen valt zonder dat over recht en doel werd gesproken. Dat wordt het duidelijkst openbaar als de in Nederland zelden toegepaste, in het burgerlijk strafrecht sedert 1870 afgeschafte doodstraf aan de orde komt. Dan blijkt de autoriteitskwestie allesbeheersend, want men stelt er zich niet langer tevreden mee dat de staat straft, maar eist rekenschap over de bevoegdheid die de staat heeft. De gerechtigdheid van de staat tot straffen is dus een beslissend gezichtspunt. Zij hangt op haar beurt weer samen met de aan de staat toegekende bestemming: de handhaving van

⁶⁴) H. M. Jeschek, *Das Menschbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen 1957, 15 e.v. Tot voorzichtigheid maant Hans Dombois, *Mensch und Strafe*, 147.

⁶⁵) G. A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*. Vierde druk, Haarlem 1927, 18, verwees het vraagstuk ter oplossing naar de toekomst; H. B. Vos, *Leerboek van Nederlandsch strafrecht*. Tweede druk, Haarlem 1947, 98, wil het onderhavige probleem niet door het strafrecht laten beheersen; W. P. J. Pompe vindt, dat in zijn *Handboek van het Nederlandse strafrecht* — Zwolle 1959, 189 — een verdediging van het door hem aangehangen indeterminisme niet past. D. Hazewinkel-Suringa houdt zich met het probleem op de laatste bladzijde van haar boek bezig: *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*. Tweede druk, Haarlem 1956, 527 en 529.

recht en orde, het in stand houden van de samenleving, de bevordering van vrede en welvaart. Bij al deze staatsdoeleinden laat men zich tegelijk leiden door gedachten omtrent de juiste verhouding tussen gemeenschap en enkeling. Aan het recht kan zoveel gewicht worden toegekend, dat andere doeleinden vervagen. Evenzeer kan de instandhouding van het met elkaar samenleven het een en het al worden. Telkens beslist mede de plaats aan de rechthebbende mens, de justitiabele, toegekend.

Zo meldt zich een veelheid van straftheorieën. Wie de rechtshandhaving van de staat tot het een en het al verklaart, kan starrer of milder vergelding voor het enige strafdoel houden: de rechtsorde moet hersteld door het toebrengen van een aan het onrecht gelijkwaardig leed. In een het vergeldingsstandpunt niet huldigende opvatting wordt de nadruk gelegd op het terwille van een ongestoorde ontwikkeling voor de toekomst verhinderen van misdaad; niet wat er geschied is aan onrechtmatigs, wat er zonder ingrijpen te gebeuren zou staan, vormt de voornaamste overweging. Daarbij wordt beurtelings aan de dader zelf of aan de gemeenschap aandacht besteed. Bijzondere en algemene preventie worden grote gezichtspunten, afzonderlijk of in vereniging. Afschrikking, onschadelijkmaking, verbetering en opvoeding kunnen op hun beurt en zelfstandig worden genomen en in verband gebracht zowel met speciale als met algemene preventie. Ook de vergelding laat zich in feite met elk van deze oplossingen van het strafprobleem combineren.

Stellig levert het een groot verschil op of de dader ten diepste verantwoordelijk wordt gesteld, of men hem straft met als zuiver beschouwde strafmiddelen dan wel behandelt langs een niet penale weg door toepassing van maatregelen. Maar de vereniging der strafdoeleinden maakt uitgesproken behandelende straffen mogelijk, en wat de maatregelen betreft: daar ze ook in het benemen van vrijheid kunnen bestaan, verschillen ze niet zoveel van de straffen. En de aldus reeds gemakkelijke theoretische toenadering verloopt bijzonder vlot in de praktijk. Althans in ons land wil men de gestrafte mens zo weinig mogelijk in zijn mens-zijn aantasten, terwijl men eerlijk genoeg is, de feiten te laten spreken. Het voornaamste nationale strafmiddel, dat van de gevangenis, bevredigt niet ⁶⁶⁾. Men kan het niet missen en weet het evenmin te vervangen ⁶⁷⁾. Niettemin wordt opsluiting als vernederend

⁶⁶⁾ D. Wiersma, *Psychische en psychologische oorzaken van recidivisme*, Amsterdam 1957, 9.

⁶⁷⁾ Vergelijk W. H. Nagel, *Het strafrecht en de onmens*, Leiden 1956, 33, die van voorwaardelijke veroordeling en invrijheidstelling zegt: „Wellicht dringen zij de

aangevoeld. Voor de gevaren van geestelijke beschadiging bij eenzame opsluiting en van zedelijke besmetting bij de tenuitvoerlegging der straf in gemeenschap, bestaat algemeen een open oog. Zij die de vergelding verdedigen naderen soms tot een behandelingsregime, en voorstanders van dit laatste kunnen niet ontkennen dat tegenwoordig bij de behandeling de waarde van het element der straf aan het licht treedt, vooral omdat zij die afwijkend zijn, toch schuldbewustzijn kennen ⁶⁸⁾. Over de uitwerking der straffen verkeren de specialisten van elke richting in onzekerheid. Tegenwoordig wordt veel meer nadruk gelegd op de misdaad-voorkomende invloed van de — liefst spoedige — strafvoltrekking dan op die, welke de strafbedreiging hebben zou. Men weet evenwel slechts in zeer geringe mate iets af van wat er in de misdadigers omging vóór zij tot het plegen van de daad geraakten ⁶⁹⁾, waarbij nog weer de betekenis welke de strafbedreiging voor hen had, een zeer ondergeschikte plaats inneemt. Waar het loopt over een voorkomende invloed van straffen, moet worden erkend, dat met betrekking tot hetgeen in potentiële daders heeft gewerkt, al heel weinig vast te stellen valt, daar de gegevens bijzonder schaars ter beschikking staan. Wanneer men overweegt welke betekenis de publieke opinie hebben kan, en nagaat wat de invloed is van de gangbare moraal, die van jongsaf werd bijgebracht, is slechts de conclusie gewettigd, dat de strafbedreiging grote betekenis heeft ⁷⁰⁾. Zij wordt bevestigd van meer dan één zijde door uitspraken van criminologen en door de zeldzame verklaring van iemand, die uit vrees voor de doodstraf voor een levensberoving terugdeinsde ⁷¹⁾. Hoe dit zij, ook met het oog op de feitelijke werking behoeft tussen straffen en maatregelen geen groot onderscheid te worden aangenomen. Als bewijs kan volstaan de klank welke in ons land „Avereest” heeft. Voor wie dit onvoldoende acht, diene dat een ter beschikkingstellen door vele delinquenten ten zeerste wordt gevreesd. De conclusie dat de betrekkelijkheid het in het strafrecht van de volstrektheid wint, is licht

gevangenis in afzienbare tijd terug... tot een opbergplaats voor de gevallen waarvoor men nog niets beters heeft bedacht.” Curiositeitshalve zij herinnerd aan George Bernard Shaw, *The Crime of Imprisonment*, New York 1946, 13, die de gevangenis noemt: „that diabolical den of torment, mischief and damnation...”.

⁶⁸⁾ H. M. Jeschek, *Das Menschbild unserer Zeit...*, 29, wijst op dit punt, in navolging van vele anderen; zie voor Nederland F. Grewel in *Gedenboek 1907—1957 Psychiatrisch Juridisch Gezelschap*, 111.

⁶⁹⁾ Gevraagd kan worden of alleen op tegengestelde leerstellige inzichten het twistpunt berust: overtreedt iemand willens en wetens, of door de omstandigheden gedwongen de bepalingen der wet?

⁷⁰⁾ G. Guilhermet, *Le milieu criminel*, Paris 1923, 197.

⁷¹⁾ C. Bronkhorst, *De strijd om de doodstraf in Engeland*. *Tijdschrift voor Strafrecht* LXVII, Leiden 1958, 16.

te trekken bij deze vervaging van grenslijn tussen wat principieel ver uiteen ligt.

Nog een ander opvallend feit haal ik naar voren. Het bevindt zich op het gebied der strafvoltrekking, welke op zichzelf genomen, reeds moeilijk genoeg is. Over de keuze van straf of maatregel zal men bij het wijzen van het vonnis weifelen en sterker soms over de duur van de vrijheidsbeneming. De hoogte van de boete is eveneens lastig strikt naar billijkheid te bepalen⁷²⁾. In het algemeen moet straftoemeting een uiterst verantwoordelijk werk worden genoemd. De rechters zijn hier, als het goed is, van doordrongen. Al kunnen zij zich van zekere bindingen niet bevrijden, al zijn zij een hun juridisch inzicht stellig beïnvloedende algemene levensovertuiging toegedaan, zij wikken en wegen dan toch naar beste weten. Maar het vreemde is nu, dat zij wel kunnen beslissen drie jaar of negen jaar gevangenstraf — sommigen hebben daarom de straftoemeting met een loterij vergeleken⁷³⁾ — niet zij, maar de administratie bepaalt in Nederland, zoals in vele andere landen, de preciese duur, door, binnen bepaalde door de wet getrokken grenzen, voorwaardelijk in vrijheid te stellen. De administratie is het ook, die opnieuw in bond met algemene wettelijke regels, de straftenuitvoering in handen heeft, en het gemis der vrijheid kan verminderen of verscherpen. Er gaan stemmen op om de voorwaardelijke invrijheidstelling te veroorloven reeds nadat een derde gedeelte der straf is ondergaan⁷⁴⁾. Men treft onder hen die deze mogelijkheid willen scheppen, aanhangers aan van een vergeldingsleer in zuivere of gemengde vorm. De scheidslijn tussen zulk een regeling en onbepaald vonnissen, is bij uitstek vaag, ofschoon onbepaalde vonnissen steeds een lievelingsdenkbeeld zijn geweest van hen, die de vergelding verwierpen. Opnieuw staat de volstrektetheit op de helling.

Misschien het eigenaardigst is de toestand wat jeugdige personen betreft. Voorzover zij als volwassenen worden beschouwd, zet men niettemin alles op de verbetering: het regime in de jeugdgevangenis draagt het stempel van de karaktervorming. Voorzover zij als kinderen gelden, draagt de straf vrijwel geheel het karakter van opvoeding. De grenzen tussen burgerlijk en strafrecht voor kinderen zijn niet duidelijk. Velen hebben aan die duidelijkheid ook geen behoefte, als practisch slechts

⁷²⁾ Carl Ludwig, *Die Sühn Gedanke* . . . , 11, spreekt over „Berücksichtigung von Einkommen, Vermögen, Familienstand, Beruf, Erwerb, Alter und Gesundheit . . .”.

⁷³⁾ Ernst Hafter, *Wir Juristen*, Zürich 1944, 48.

⁷⁴⁾ Voorontwerp van Wet met Memorie van Toelichting aangeboden door de commissie Voorwaardelijke Invrijheidstelling, ingesteld bij beschikking van de Minister van Justitie van 17 Mei 1951, 6e Afdeling, No. 2259.

het best bereikbare verwezenlijkt wordt. Het kinderrecht is steeds dat van de volwassenen voorgegaan. Van een scholenstrijd is bij het kinderrecht het minst sprake en men laat er het sterkst de behoeften der praktijk gelden, los van dogmatische vooronderstellingen. Indien ergens zo zou hier de volstrektheid hebben afgedaan.

Uit het tot dusver betoogde bleek, hoe het Nederlands strafrecht op beslist belangrijke punten een door anderen niet gevolgde oplossing aanvaardt, hoe geregeld de strijd der meningen beoefenaars van het strafrecht uit elkaar dreef en hoe ook vaak overeenkomst voor de praktijk werd bereikt. Nu eens leek het, of recht en onrecht sterk verschilden, dan weer maakte het de indruk dat er voor uiteenlopende opvattingen iets te zeggen viel, en vaak werd men werkelijk in de richting van het „*variis modis bene fit*” gedrongen. Vooral dit laatste bevredigt niet. Recht is, anders dan vergelding, van huis uit geen antithetisch begrip. Maar in het strafrecht wordt meer van recht en onrecht dan van recht en recht, wat neerkomt op veelsoortigheid van recht, gesproken. Strafrecht keert onrecht. Veelsoortigheid van recht met betrekking tot onrecht heeft enigmatische strekking dit recht op losse schroeven te zetten. Het is geen beslissende overweging. Het is er wel een die aandacht verdient.

Het strafrecht is als publiek recht nauw verweven met de staat, sedert er aan de privaatrechtelijke strafrechtperiode een einde kwam. Deze staat kent variaties. Hier zal het gezag, elders de vrijheid sterker in de geldende staatsorde tot uitdrukking komen. In de ene tijd beperkt men de staatstaak, om deze in een andere periode uit te breiden. Altijd maakt de staat naar zijn bedoelen een samenleving mogelijk door het bestellen van het recht of, zo hij aan het recht niet toekomt, door het handhaven van een geregelde toestand, door het vestigen en bewaren van de orde. Hij behartigt op deze wijze het algemeen welzijn. Hij doet dit als staat, niet als gezin of als geloofsgemeenschap, voor zijn op samenleven aangewezen onderdanen. Zijn recht is dus geen familie-recht, geen godsdienstig of kerkelijk recht, dat sterk zedelijk of zelfs religieus bepaald zal zijn. Zijn recht kan weliswaar niet gescheiden worden van zedelijkheid of religie dan tot grote schade. Voor een a-zedelijk, een algeheel a-religieus recht deinst men meestal terug. Gevoeld wordt, hoe het recht zedelijke waarden dient te respecteren en te beschermen. Erkenning vindt, dat het recht althans de ruimte voor het godsdienstige heeft open te houden; dit is al niet a-religieus meer. Vaak gaat men verder en vraagt dat het recht de religie eerbiedigt door zelf een bepaalde gods-

dienstige grondslag te aanvaarden. Het op zulk een wijze met de religie rekenend recht behoeft niet religieus te worden, indien deze religie zelf de juiste grenzen in acht neemt. Een het christendom respecterende staat — dit behoeft geen krachtens zijn constitutie christelijke staat te wezen — zal, geleid door de openbaring, alle absolutisme mijden. Zulk een staat behoeft krachtens zijn rechtsorde geen christelijk geloof van zijn burgers te verlangen, al zal hij zijn eerbied voor het leven, zijn bescherming van het monogame huwelijk, en zijn ganse werkzaamheid ten algemene nutte dieper verankeren dan in een „sic volo, sic mando”. Hij hoort nu eenmaal thuis op een niet uitgesproken religieus, niet uitgesproken zedelijk terrein.

Het Nederlandse strafrecht is dat van een Westerse rechtsstaat. Deze rechtsstaat is eerst geleidelijk, in een ontwikkeling van eeuwen en eeuwen, ontstaan. Ook heden heeft hij zijn uiteindelijke vorm niet verkregen en het is de vraag of dit ooit het geval wezen zal. Daarom bezit hij nog wel bepaalde, hem goed karakteriserende kenmerken. Met in de historie toenemende belijndheid onderscheidt hij zich daarin, dat hij de overheid niet almachtig en niet krachteloos wil maken, dat hij de onderdanen noch bijkans onbeperkt vrij noch slaafs gebonden wenst te zien. Ter verwezenlijking hiervan bleken zeer gewenst zekerheid omtrent het geldend recht, waarborg dat het de feitelijk zwakkeren aan bescherming niet ontbreken zou, bereidheid om de echte, de wezenlijke gerechtigheid te behartigen. De onderwerping aan het wettig gezag, de evenwichtige spreiding van machtsposities, de gelijkheid in de betekenis van afwezigheid van privilegiëring, de vrijheid van politieke meningsuiting en dus van partij-formatie, zijn met de rechtsstaat van deze tijd gegeven. Zijn taak heeft zich heden ten zeerste uitgebreid, maar bij elke werkzaamheid die hij verricht, mijdt hij de willekeur. Dit alles behoeft niet strikt formeel te zijn vastgelegd; de dragende gedachte beslist en meer nog de realisering van de gedachte. Meestal echter moet het voor ieder kenbare recht de zekerheid verschaffen. Dit brengt voor het strafrecht met zich mede, dat een wetboek zeer evenwichtig dient te worden opgebouwd. Het is gevaarlijk zonder voorafgaande wettelijke strafbepaling te straffen. Natuurlijk kan, bij wijze van hoge uitzondering, de werking van een straf-noodrecht worden erkend, zo goed als in het fungeren van een staatsnoodrecht mag worden berust. Daarin openbaart zich zelfs de suprematie van het materiële over het formele recht, van de gerechtigheid over de wet. Maar licht trekt men de verhoudingen scheef. Geheel onafhankelijk van elkaar hebben Maugham, Hankey, Röling en anderen geklaagd over de internationale berechting der

oorlogsmisdadigers na de tweede wereldoorlog, waarbij de positief-rechtelijke basis wankel was of geheel ontbrak, en partijdigheid de vonnissen ontsierde⁷⁵). Geheel verkeerd is het, wanneer in het noodrecht het belang van een of meer staten overheerst, zodat noodrecht zich tegenover noodrecht plaatst in gebondenheid enkel aan de staats-raison. Ook hier beslissen, als het goed is, maatstaven. Louter veelsoortigheid moet te dezen niet worden aanvaard.

Behalve de sceptist die aan alles twijfelt, zelfs aan de gerechtigheid van eigen standpunt en die toch de aanwezigheid der materie, de werkelijkheid van het geestelijk leven of de feitelijke kracht van liefde en haat erkent, doet ieder een keuze, hetzij deze met een nadere argumentatie steunend, hetzij daarvan afziend. Men gaat uit van de plicht tot zedelijke zelfverwerkelijking ook in het betrachten van gerechtigheid. Men aanvaardt als roeping om door het recht de gemeenschap te dienen en aan de samenleving vorm te geven. Het recht vertoont misschien ook de neerslag van de maatschappelijke toestanden en dient de belangen van de rechtsgronden. Groot is de behoefte aan vastheid die men op uiteenlopende manier bereikt. Een natuurrechtelijke orde vindt erkenning die in haar hoofdlijnen zedelijk te vatten, door het geloof nog beter wordt verstaan. Vanuit eigen noodwendigheid wordt een normatief bestand der dingen geconstrueerd, dat positief of negatief de kenmerken van zijn oorsprong draagt⁷⁶). Logisch en historisch vereenvoudigend, pogen sommigen vaste gegevens te vinden. Verscheidenen betreden de weg van het intuïtief grijpen van de kern der dingen. Met betrekking tot recht en staat zijn er idealisten en naturalisten. Het lijkt dat zij, die enkel weten van geldend recht, de onbevooroordeelden zijn. In werkelijkheid vergeten zij, hoe iedere normatieve rechtsregel die zij pogen vast te leggen, een verlaten der feiten betekent, terwijl hun stilzwijgende onderstelling te kunnen kennen, hoe waar ook, tevens hen vooringenomen maakt.

In het puur menselijk vlak is het, wel beschouwd, even wetenschappelijk met de openbaring te rekenen als buiten de openbaring om zelfstandig een rechts- en staatsleer te ontwikkelen. Religieus is het eigenmachtig, zich voor het werkelijk normatieve toe te sluiten. Wel bevindt

⁷⁵) Lord Hankey, *Politics Trials and Errors*, Illinois 1950; Lord Maugham, *U.N.O. and War Crimes*, London 1951; *At the End of the Day*, London 1954, 516-527; B. V. A. Röling, *Over psychologische aspecten van het proces tegen de Japanse „Major War Criminals” te Tokio*, Amsterdam 1950, 24-26.

⁷⁶) H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London 1950, 98, zegt naar mijn mening treffend: „From the very inception the theories of natural law were generalisations from actual experience.”

zich ook religieus waarheid tegenover waarheid zonder dat een de volstreekte waarheid aanvaardende religie voor een aan haar tegen- gestelde religie buigen kan. Slechts voor het eigen, anderen niet bindend geloofsbesef leeft er de zekerheid van absolute Waarheid. Maar het is mogelijk, met de eigen overtuiging strijdige oplossingen op innerlijke onhoudbaarheid te onderzoeken. Vanuit de mens of de mensheid is geen transcendent recht, is evenmin een wezenlijk gezaghebbende staat op te bouwen. Een recht dat zedelijkheid wordt, een staat die geheel familiaal of religieus-kerkelijk zou worden, overschreed zijn grenzen. Het recht, uitwendig, algemeen, strak en dikwijls kil, dat van de staat uitgaat, kan niet — kan althans niet op een bevredigende wijze — meer bewerken dan de staat wettig, wat hier wil zeggen overeenkomstig zijn aard, verricht. Het samenleven van de mensen veroorlovend, kwaad straffend, ten goede van zijn onderdanen bezig, verzorgt deze staat de meest verscheiden belangen naar recht. Het is een wat cirkelende omschrijving, welke desondanks voldoet.

Het strafrecht dat de overheid hanteert, is aan de staat en aan het staatsdoel verbonden, terwijl het naar vanzelf spreekt, geheel en al recht is. Het leent zich buiten kijf voor verfijning en verdieping. Maar het begint met het uitwendige. Als strafrecht keert het zich tegen de strafbare daad. Met een strafbare gezindheid, afgescheiden van de daad, kan het niets beginnen. Dit sluit niet uit een strafrechtelijk toetsen van de daad naar zijn onrechtmatigheid ook op inwendige kenmerken. Een daad als uiting van een vastberaden, in koel overleg te werk gaande wil, kan als daad welke dit in zekere zin subjectief gehalte draagt, objectief worden omschreven. Men komt noodzakelijk op het inwendige, dat men ook het innerlijke noemen kan. Maar het inwendige, het innerlijke, is verbonden aan de daad, aan het uitwendige. Los van gedragingen het innerlijk te beoordelen, potentiële gevaarlijkheid, morele verwerpelijkheid vast te stellen, is voor geen strafrecht weggelegd.

Daarom richt het strafrecht zich nog wel op het innerlijk anders dan om de gedraging op zijn globale verwerpelijkheid te onderzoeken. Het gaat niet om een strafbaar feit in zijn inbreuk maken op de rechtsorde van de staat naar zijn algemene afkeurenswaardigheid, welke ook uit subjectieve toeleg blijken kan. Het strafrecht keert zich vanwege de daad tegen de dader, aan deze toerekenend wat hij deed en zó hem schuldig verklarend. Het neemt tot uitgangspunt de verantwoordelijke mens. Aan deze, niet aan de geesteszieke, niet aan de patiënt kan verantwoordelijkheid voor wat hij deed worden toegekend. Het strafrecht krijgt genoeg met het innerlijke, het subjectieve van de dader, te maken.

Niemand zal een schuldeloze willen treffen. Geen straf zonder schuld, is een nimmer prijs te geven verworvenheid van waarachtig strafrecht. Het ziet er een ogenblik naar uit, dat deze regel met het te voren be- toogde niet in overeenstemming gebracht kan worden. Niets is zo inner- lijk, zo zedelijk, in een aantal opzichten zo religieus, als schuld. Wordt hier het strafrecht niet geheel innerlijk, puur ethisch, zuiver religieus? Men bedenke dat in dit verband slechts van rechtsschuld sprake is. Haat, begeerte, jaloezie zijn als moreel verwerpelijke gevoelens niet dadelijk juridisch relevant. Evenmin schuld en schuldbesef in ethische zin of naar de religieuze betekenis. De juridische schuld draagt een rechtskarakter, is op een bepaalde manier objectief; misschien kan ge- zegd dat de graad der laakbaarheid mede met behulp van de maatstaf der onrechtmatigheid moet worden bepaald.

Onrechtmatigheid en schuld mogen wel gemakshalve gescheiden worden. Er is dan gelegenheid duidelijk te maken, hoe die onrecht- matigheid, terwijl het menselijk handelen niet enkel onrechtmatig is, voor het recht grijpbaar moet zijn. Met noodzakelijkheid moet veel onzedelijkheid, moet nagenoeg alle irreligieusiteit buiten het recht blijven. Ook kan men aantonen dat onboetvaardigheid of berouw dan wel de zekerheid van in het geloof verkregen vergeving, slechts zeer ten dele of in het geheel niet bij de juridische schuld een rol spelen. Maar onrechtmatigheid en schuld horen tegelijk bijeen. Daarom, zo zou men kunnen stellen, is de tegenstelling van een daad- of een dader- strafrecht onvruchtbaar. Om dezelfde reden doet de dogmatiek van het strafrecht in Duitsland, welke zo prat gaat op de ontdekking van sub- jectieve onrechtmatigheidsbestanddelen en objectieve schuld-elementen, wat gekunsteld aan⁷⁷⁾. De onderscheiding van onrechtmatigheid en schuld werd immers gemakshalve ter versimpeling aangebracht. Het strafrecht heeft met de daad van de dader, met de dader van de daad te doen, met de onrechtmatige daad van de schuldige dader, met de schuldige dader van de onrechtmatige daad.

De aanvaarding van deze eenheid neemt de moeilijkheid van de toe- rekening niet weg, al is er houvast. Zo kan het indeterminisme rustig worden aanvaard. Reeds in de causaliteit zelf ligt niet enkel een aan- wijzing voor oorzakelijkheid. Er is stellig gevolg, dat uit oorzaak moet worden afgeleid. Er is even zeker oorzaak, die gevolg bewerkt. De

⁷⁷⁾ Zie voor de nieuwere Duitse rechtsontwikkeling Edmund Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, München 1950; Hans Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen 1952; *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, Karlsruhe 1953; Thomas Würtenberger, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, reeds aangehaald.

strikte bepaaldheid van het gevolg behoeft niet de meerdere van het bepalende, het vrij bepalende van de oorzaak te wezen. Er is toch geen doorslaggevende reden om van de noodzakelijk bepalende oorzaak te spreken. De noodzakelijk bepalende oorzaak is slechts middel, indien zij de noodzaak niet in zichzelf heeft. Is dit wel het geval, zo is zij vrij. Dit alles wordt louter spitsvondigheid, waartoe het ontkend? Maar veel verdedigers van het determinisme vervallen ook tot haarkloverij. Zij lopen verder onophoudelijk vast. Zij kunnen niet klagen over onrecht dat ook bepaald is, over onbillijke vonnissen die ook werden gedetermineerd. Bij hen verdwijnt eigenlijk iedere normativiteit en de mens boet aan waardigheid in, tenzij dan dat ten gerieve van de practijk aan het determinisme toch weer de tanden worden uitgetrokken. Dat daarentegen ook de indeterministen zouden vastlopen, komt mij niet juist voor. In het wilsleven zo goed als in het denk- en gevoelsleven, om mij een ogenblik van deze voor een jurist gemakkelijke — ik zeg niet bevredigende — driedeling te bedienen, nemen zij oorzakelijke bepaaldheid aan. Maar zij sluiten de kring niet. Zij rekenen met de spontaneïteit, die zelfs dáár waar velen haar niet verwachten, aanwezig is. Een vrije keus kan volgens hen niet worden weggedrongen. Zij zien achter datgene wat in wils-, denk- en gevoelsproces als procesmatig causaal gekenschetst kan worden: de willende, denkende, voelende mens die, religieus creatuurlijk aan zijn Schepper gebonden, op ook voor het geloof veelszins ondoorgrondelijke wijze in verantwoordelijkheid geplaatst, vrij is en als vrije van de staat voor zijn uitwendige gedragingen straf of prijs te wachten heeft ⁷⁸⁾. Het verschil tussen determinisme en interdeterminisme moge in feite vaak weinig uitmaken daar het indruist tegen het besef omtrent vrijheid en verantwoordelijkheid de mens enkel als geschovene te zien, het is desondanks van grote draagwijdte. Meestal wordt het in een te eng raam gevat en beperkt tot het functioneren van de menselijke wil in dezer voege dat de religieuze diepte van de wil veronachtzaming lijdt. Vanuit het determinisme ligt echter, strikt genomen, mocht men nog metaphysische behoeften gevoelen, enkel de weg tot een godsdienstig fatalisme open. Alle mogelijk-

⁷⁸⁾ Zie van de zeer uitgebreide litteratuur over het probleem van de vrije of gebonden wil in het strafrecht, wat Nederlandse auteurs betreft, I. A. Levy, *Het indeterminisme*, Leiden 1901; W. Zevenbergen, *Enige beschouwingen over het strafrechtelijk schuldbegrip*. Proefschrift Vrije Universiteit Amsterdam, Amersfoort 1913, 7 en v.; Leo Polak, *Over de „vrijheid als voorwaarde” voor schuld en straf*. Tijdschrift voor Strafrecht XXXI, Leiden 1921, 25 en v.; Ph. Kohnstamm, *Vrije wil of determinisme*, Haarlem 1947; J. J. Poortman, *Determinisme of indeterminisme*, Assen 1949.

heid van een heilsreligie verdwijnt. Het indeterminisme laat ruimte voor een de menselijke wil in haar vrijheid omspannend God ⁷⁹⁾.

Het vaststellen van de onrechtmatigheid is gemakkelijker dan dat van de schuld. De wet geeft met de omschrijving vastheid. Toch moet de gedraging op haar wederrechtelijkheid steeds weer worden gewaardeerd. Dit wordt al daarin openbaar, dat wettelijke bepalingen niet eens en voorgoed gegeven zijn. Er is de invloed der algemene omstandigheden. Het verzetten van grenspalen in een tijd dat er geen kadaster bestaat, zal als bijzonder onrechtmatig worden aangemerkt. Met paardediefstal in een op dit dier aangewezen samenleving, is het al niet anders. Wij zullen het knoeien met levensmiddelen als zeer ernstig aanmerken. Hoezeer de achtergrond in het oog dient te worden gehouden, leert de wijziging in de denkbeelden omtrent hetgeen onzedelijk is. Een hedendaagse vrouwelijke zwemploeg zou men in een puriteinse samenleving weliswaar niet verdrinken — een beeldende middeleeuwse straf, die technisch in dit geval nog wel enige moeite zou veroorzaken — maar de onvoegzaamheid zou heel zwaar worden aangerekend. Het gangbare rechtsoordeel heeft ook dikwijls tijd nodig zich te vormen. Terecht wordt een moeder die, uit vrees voor ontdekking van het feit dat ze moet bevallen, haar kind doodt, lichter gestraft dan bij een gewone levensberoving. Maar de Constitutio Criminalis Carolina zocht deze strafverlichting slechts in het verzacht voltrekken van de doodstraf. Bedacht zij ook dat in het Germaanse tijdperk de vader het recht had zijn pasgeboren kinderen te doden. Wat voor ons vanzelf spreekt, berust reeds op rechtsverfijning, die eerst geleidelijk bereikt werd.

Het voorbeeld van de kindermoord bewijst nog eens, dat onrechtmatigheid en schuld nooit geheel te scheiden zijn, want hier wordt de graad der onrechtmatigheid eigenlijk door de schuld bepaald. De verwerpelijkheid van de daad richt zich naar de laakbaarheid van de dader. Zo vaak deze laakbaarheid moet worden vastgesteld, beweegt het strafrecht zich aan de grenzen van zijn gebied. Het kan aan psychologie en psychiatrie niet het laatste woord gunnen. De dronkaard, in zijn beneveldheid niet meer wetend wat hij doet, is voor zijn gedurende de roes gepleegde daden verminderd of in het geheel niet aansprakelijk. Daarentegen mag hem het zich een roes drinken wél worden toegerekend. De man van de gelegenhedsdronk weet echter niet dat hij

⁷⁹⁾ Vergelijk G. C. Berkouwer, De voorzienigheid Gods, Kampen 1950, 170 en v.; De mens het beeld Gods, Kampen 1957, 346 en v.

een mes zal trekken. De gewoonte-dronkaard is verslaafd aan zijn neiging en dus beperkt in zijn vrijheid van willen. Dat hij zo geworden is ligt daarentegen vaak, tenzij hij uit drankzuchtige ouders geboren is, aan hem zelf. Hoe nu met de zoon van een dronkaard, die, om deze reden geheelonthouder, zich een keer aan drank te buiten gaat en in een vechtpartij een ander dodelijk verwondt? Het strafrecht krijgt het niet eenvoudiger wanneer het in de psychiatrie moeilijker wordt tot vaste ziektebeelden te komen, het begrip psychopathie aan belijnde betekenis inboet, de afwijkingen zich vermenigvuldigen: ik noem de sociose⁸⁰⁾. De in een vlaag van krankzinnigheid handelende moordenaar, de aan tijdelijke bewustzijnsverenging lijdende jeugdige dief, de dader die een ernstig feit pleegt maar door deskundigen voor niet en de dader die een betrekkelijk licht feit pleegt en die door deskundigen voor uiterst gevaarlijk verklaard wordt — zij moeten naar billijkheid gevonnist⁸¹⁾. Ditzelfde wordt verlangd tegenover homo-sexuelen die dikwijls aan bijna ondragelijke spanningen bloot staan en voor wie soms, in een eigenaardige vereniging van het lichamelijke en het geestelijke, een vrij en verantwoord mens-zijn onmogelijk werd. Toch, ofschoon men geneigd zou zijn hier alle recht, dat vergelden wil, te laten terugtreden, leert nauwkeuriger onderzoek van dit zielsproces in heel wat gevallen hoe, toen er nog de mogelijkheid was zich overeind te houden, door de betrokkenen een verkeerde keuze gedaan, een noodlottige beslissing genomen werd, zodat het steeds verder en tenslotte willoos afglijden niettemin aan een fatale stap, gezet in aanvankelijke verantwoordelijkheid, te wijten is.

Het naar billijkheid vonnissen wil zeggen, dat een rechtvaardige straf wordt uitgesproken en ten uitvoer gelegd. Er behoort te zijn evenredigheid aan het onrecht en het inzicht. De doodstraf voor een schapendiefstal bedreven door een sukkel, werd reeds eeuwen geleden in ons land als te zwaar aangevoeld⁸²⁾. Om vandaag de wettelijke strafpositie voor oplichting op levenslang te bepalen, is krankzinnig⁸³⁾. Engeland heeft niettemin een tijd gekend, dat het moeilijk was — zo is gespot — om niet een doodvonnis op te lopen. Gevangenisstraf voor kinderen —

⁸⁰⁾ Over de onzekerheid in de psychiatrie zie men P. A. H. Baan, *Psychiatrie en maatschappij*, Groningen 1957, 12–13, die spreekt over het „machtig schema van Kraepelin”, waarvan hij zich wenst te distantiëren.

⁸¹⁾ Men vergelijkte over de toerekeningsvatbaarheid D. Wiersma, *Alcohol en criminaliteit*, Haarlem 1957, 56 en v., 152 en v.

⁸²⁾ *Maandblad voor berechting en reclassering* 1951, 11–12.

⁸³⁾ W. Hardwig in *Die weltliche Strafe in der evangelischen Theologie*, Witten 1959, 138, oordeelt hierover iets milder.

tot 1900 in Nederland veelvuldig toegepast — of ook vonnissen die met geestelijke vergroeiingen, tenzij in volslagen krankzinnigheid geëindigd zijnde, niet kunnen rekenen omdat de wet tekort schiet — dit was bij ons tot 1925 het geval — zijn alleronbevredigendst. De rechtvaardige straf vergeldt. Zij weegt het feit, niet enkel als daad geheel op zichzelf genomen; integendeel als daad naar alle zijden: is de misdrijving misschien een van de vele die in een bepaalde omgeving steeds dreigen, of, als de tijden ongunstig zijn, vaak worden begaan: straatbaldadigheid, zwarte handel, plundering in oorlogstijd? Zij probeert de schuld te bepalen: wat mocht van de dader worden verwacht als vroegere gestichtsjongen, als zakenman, als predikant? De door de staat gehanteerde vergelding is niet star, ofschoon aan de beperkingen van alle recht onderworpen. Zij is ook niet wereldvreemd, daar ze een nauwe relatie tot het staatsdoel heeft. De staat verliest zich niet in futiliteiten. Het afsnijden van een bloem uit een park levert diefstal op als het buiten de parkwachter om gebeurt, maar vanouds is erkend dat niet op alle strafrechtelijke slakjes zout behoeft te worden gelegd: de *minimis non curat praetor*. Zij is niet nodeloos hard, aan bijzondere omstandigheden gewicht hechtend. Het is uitgesloten bij een zware mishandeling met een schrobbering te volstaan; dat verbetering en opvoeding door de vergelding bij ernstige feiten zouden worden uitgesloten, is onjuist.

De onrechtmatigheid beperkter dan zonde, de schuld enkel rechtschuld, de vergelding gebonden aan de staat, die naar christelijke overtuiging wel krachtens goddelijke autoriteit straft, maar die niet de volle goddelijke vergelding kan toevoegen omdat hij slechts een beperkte, een aardse gerechtigheid bestelt, zijn tot practisch aanvaardbare resultaten voerende principiële gedachten. Wie de straf alleen plaatst in dienst der sociale hygiëne loopt vast; de misdaad uitsluitend als ziekteverschijnsel te beschouwen geeft vroeg of laat aan willekeur vrij spel. Het verbodene van de „misdaad-ziekte”, het normatieve element, mag niet veronachtzaamd worden. De onschadelijkmaking kan, los van het recht, tot grenzeloze tyrannie voeren. Wanneer beveiliging niet aan hoger maatstaf onderworpen is, beslist de op eigen voortbestaan bedachte, zich naar eigen belangen richtende staat. Het „*fiat justitia, pereat mundus*” wordt een „*vivat res publica, pereat iustitia*”. Zij die daden begaan tegen de staat en zijn veiligheid of zijn belang gericht, of die als typen een bedreiging voor de gemeenschap vormen, moeten niet wegens onrecht los van schuld, noch op grond van schuld los van onrecht, worden gestraft, maar de mate van het begane onrecht, de ernst van de schuld behoren de straf te bepalen.

Het is de staat die straft door zijn rechters. Ook rechters zijn mensen, met alle aanleve van dien ⁸⁴). Wanneer men tegenwoordig wijst op de betekenis van het elkander als mens ontmoeten in de rechtszaal, op de deernis die naar hen die berecht worden, moet uitgaan, op het soms schuldig staan van de gemeenschap welke sommige harer leden aan te grote verzoeken bloot stelde, heeft dit waarde. Toch bevindt de rechter, wat men ook beweren moge, zich niet naast de verdachte, maar tegenover hem. De rechter is drager van een ambt. Hij neemt afstand. Niet dat hij onbewogen mag zijn; de niet bij tijd en wijle voor zijn arbeid terughuiverende magistraat is zijn hoge stelling onwaardig. Hij hoort echter aanklacht en verdediging, de weegschaal houdend in onpartijdigheid. De verdachte mag en moet zelfs weten tegenover een mens te staan. Hij behoort begrip te vinden als verdachte, als schuldige mens, wiens menselijkheid niet mag worden beledigd. Niettemin verschijnt hij voor de rechter die over hem, het is iets anders dan naast hem, recht spreekt ⁸⁵).

De staat heeft om de dader te straffen, zijn strafmiddelen. De Nederlandse rechter kan, behalve van de vrijheid beroven — door gevangenisstraf en hechtenis — of een geldboete opleggen, ook uit bepaalde rechten onttrekken, voorwerpen verbeurd verklaren en een gerechtelijke uitspraak doen openbaar maken; tenslotte heeft hij nog de rijkswerkinrichting als bijkomstige straf van zeer twijfelachtig karakter. Lijfstraffen, verbanning, eerverlies en burgerlijke dood gingen in de loop der jaren verloren of kenden wij nimmer. Rondom de gevangenisstraf beweegt zich in feite de nationale penale problematiek, en over haar is niemand tevreden: de gevangenen niet — wat geenszins doorslaggevend is —, het ondeskundig publiek niet — wat nog minder betekenis heeft — en tenslotte de bevoegde beoordelaars niet, wat enig gewicht heeft. Men moet zich hoeden voor te sterke veroordeling. Dat het gemiddeld peil der bewakers lager zou liggen dan dat der gevangenen, moge de uit-

⁸⁴) Verkeerd is het over ressentimenten en beperktheden van rechters te zwijgen. Werkelijk onbevange en verantwoord rechtspreken is een hachelijke aangelegenheid. Vergelijk W. F. C. van Hattum, But for the grace of God there goes John Bradford. Rede 18e dies natalis. Rijksbelasting academie Rotterdam 1957, 6-9; zie ook C. Bronkhorst, De strafrechter en zijn werk, in Strafrechtspraak, Assen 1959, 45-47.

⁸⁵) Dit gezichtspunt is niet te verwaarlozen bij het overwegen van de door P. A. H. Baan overtuigend voorgedragen beschouwing omtrent de verhouding tussen rechter en verdachte als die van mens tot medemens. De psychiater in forum, Utrecht 1952, 12-13. Terecht heeft Eduard Kohlrausch, Ueber Strafrechtsreform, Berlin 1927, 19, gewaarschuwd tegen een „verstaan” dat „Versicht” op het „waarderen” worden zou; vergelijk ook de onderscheiding tussen paedagogische en rechterlijke taak bij A. Kuyper: Ons program, Amsterdam 1879, 753.

komst van een Amerikaans onderzoek zijn geweest ⁸⁶⁾, het is dwaasheid voor Nederland iets dergelijks te beweren. Insgelijks is verkeerd zich de gevangenisbevolking als een groep enkel beklagenswaardige lieden voor te stellen. Er dreigt soms een wat te verschonende manier van spreken over hen, die in hun „Auslegung der Welt” gefaald hebben ⁸⁷⁾. Dit wordt niet in hardheid vastgesteld. Om met de grote deskundige Paterson op het gebied van het gevangeniswezen het bestaan van totaal onverbeterlijke figuren aan te nemen, gaat ver ⁸⁸⁾. Tussen het een dader ongeneeslijk ziek en onherstelbaar crimineel te verklaren, ligt een grote afstand. Iemand kan zelfs de doodstraf principieel verdedigen en tegelijk weigeren de zedelijke hopeloosheid van ter dood veroordeelden te aanvaarden. De voorgeschiedenis van menig gedetineerde is onzegbaar triest, maar doet nog niet vertwijfelen aan herstel. Het door zijn ouders murw geslagen kleine bedwateraartje wordt later een bruijt, het als goedkope werkracht gebruikte meisje gaat „het leven in” en wordt bovendien zakkenrolster. Of wij gerechtigd zijn van onverbeterlijk te spreken? ... ik plaats een vraagteken. Dat er in misdadigers slechtheid gevonden wordt — het lijkt mij onloochenbaar. Niet alleen in misdadigers. De misdaad heeft dit tegen dat zij gemakkelijk herkenbare zonde is. Levenslange haat is verbergbaar. Een kleine gelddiefstal beëindigt de loopbaan van meer dan één jonge man, die beslist een behoorlijke inborst had. Toch waarschuw ik tegen een in gevoelsromantiek verdoezelen van de scheidslijnen. Er is verschil tussen hen die wel en niet met de strafrechter in aanraking kwamen, al geldt voor ieder persoonlijk het: wat hield mij buiten de muren. Een gevangenis onderscheidt zich niet enkel in regime van een tehuis voor op zichzelf staande mannen of vrouwen, die aan strenge regels werden gebonden. Ook onder de delinquenten is er veelsoortigheid. De politieke misdadiger is dikwijls geen commune misdadiger. De kruimeldief is geen moordenaar. Het maakt verschil of iemand een voetzoeker dan wel een tijdbom in de dienst-

⁸⁶⁾ G. Th. Kempe, *Misdaad en wangedrag*, Amsterdam 1947, 27, vermeldt dit door Murcheson geboekte studie-resultaat.

⁸⁷⁾ G. Th. Kempe, *Schuldig zijn*, Nijmegen 1950, 18. Ook wanneer wat beeldend de bedreven daad beschreven wordt als „a not yet anticipation of the Heavenly Kingdom” en de rede is van „Criminal and Saint”, als „an eternal couple” — zo H. Bianchi, *Position and Subject Matter of Criminology*, dissertatie Vrije Universiteit, Amsterdam 1956, 196—197, is er enig gevaar van nodeloze verfraaiing. Dezelfde auteur omschrijft echter de misdaad als „aversion from God” (194), en erkent dat wie met misdadigers omgaat „undergoes the painful experience that so many of them do not see the complete senselessness and essential inadmissibility of their deeds” (203).

⁸⁸⁾ Paterson on Crime. Introduction by S. K. Ruck, London 1951, 14.

auto — of moet ik zeggen het dienstvliegtuig — van een regeringspersoon legt.

Krachtig zij voorts ontkend dat het met de kwalijkheid van de opsluiting meevalt. Dat kan naar twee kanten uitgewerkt. De opsluiting is kwalijk want zij brengt in een onnatuurlijke situatie. Zij drukt zwaar. Zij berooft hen die dit niet missen kunnen, van veel levensbevrediging, welke naarmate de straf langer duurt, te vaker op verkeerde wijze wordt gezocht. Zij isoleert te zeer van de maatschappij, verengt, kweekt spanningen, slaat, zonder oud letsel te helen, nieuwe wonden, onderwerpt zwakke karakters aan beproevingen, nauwelijks door bezitters van een sterk moreel te doorstaan. Het zou misdadig zijn een gevangenisbrand te bevorderen, maar met vernietiging van enkele penitenciaire inrichtingen waren verscheiden landen stellig gebaat. Plaats en inrichting der gebouwen zouden gelegenheid moeten bieden aan het verschaffen van behoorlijke arbeid tegen redelijke vergoeding. Te weinig inzicht bestaat er in de nagenoeg algehele zinloosheid van het bestaan⁸⁹⁾, waartoe men bij langdurige vrijheidsberoving de veroordeelde laat vervallen. Vandaar het krachtig pleit om het gestrafte leven van de dader niet voor zijn besef zonder doel te laten verlopen⁹⁰⁾. Dit is alleen goed te bereiken indien er behoorlijke uitwendige voorzieningen zijn getroffen. Geld is helaas de zenuw ook van een behoorlijk gevangeniswezen. Gelukkig dat er in Nederland wat licht begint te gloren en met een gedeeltelijke vernieuwing een begin wordt gemaakt.

Ik noemde voor ons land de rijkswerkinrichting een twijfelachtige straf, omdat zij overhelt naar de maatregel, die in de eerste plaats een behandeling zou zijn. Wij kennen, zoals elders eveneens het geval is, de combinatie van straf en maatregel. Wie verminderd toerekeningsvatbaar is, wordt eerst gestraft en daarna behandeld, de betrokkene vreest nog al eens de maatregel vanwege de onbepaalde duur meer dan de straf. Zij die de dader behandelen willen, betuigen over deze oplossing hun misnoegen: men stelt volgens hen de genezing uit en maakt eerst de toestand van hen, die psycho-therapeutisch geholpen moeten worden, slechter. Deze opmerking bevat waarheid, maar veronachtzaamt dat een omgekeerde volgorde evenmin gelukkig zou wezen. Te begrijpelijker wordt, als men deze moeilijke situatie op zich laat inwerken, dat er, toen in internationaal verband de splitsing tussen straf-

⁸⁹⁾ G. L. Langemeijer, Rechtswetenschap, in: Wetenschap en leven, Haarlem 1959, 188, wijst op dit punt.

⁹⁰⁾ Vergelijk A. L. Janse de Jonge, Anthropologie en geestelijke volksgezondheid, Kampen 1959, 99.

fen en maatregelen werd onderzocht, van etiketten-zwendel gesproken is ⁹¹⁾).

Toch is het onnodig zulk een scherp oordeel te vellen. Men kan de tweeheid van straf en maatregel op een verkeerde wijze gebruiken om practisch aan de leerstellige tekortkomingen van een starre vergeldingsleer te ontsnappen. Zodra men zelf bemerkt dat een behandeling boven straf de voorkeur verdient, grijpt er een vlucht in de maatregel plaats. Een strafleer, die de vergelding in verband brengt met de roeping van de staat, met zijn mogelijkheden en zijn concrete doeleinden, heeft echter de mogelijkheid naast de vergelding nog aan andere doeleinden zorg te besteden. Voorts ligt het op de weg van de staat om in te grijpen naar aanleiding van feiten, in de regel door strafbare daders gepleegd, ook in die gevallen dat er van schuld geen sprake is. Dit zijn dus gevallen waarin er ook van straf geen sprake mag zijn. Handhaving van recht en orde, zorg voor het algemeen welzijn, dringen de staat niettemin tot optreden.

Hier heeft men met een staatsoptreden vanuit het geschonden recht te doen. Ook een andere weg ligt voor het publiek gezag open. Het strafrecht begint te werken bij de onrechtmatige gedraging. De staat, orde en rust behartigend, treedt zo nodig op bij aanwezige krankzinnigheid, welke in het minst niet in strafbare feiten zich behoeft geuit te hebben. De bevoegdheid tot publiek ingrijpen is duidelijk. Het gaat weer niet om potentiële krankzinnigen — tussen genie en waanzin ligt een smalle drempel, een alleen voor onbegaafden bemoedigende gedachte — maar om zich geuit hebbende krankzinnigheid. Misdadigers te straffen en krankzinnigen in dwangverpleging op te nemen, is in het minst niet tegenstrijdig. Daar er alleen gestraft wordt bij schuld, zal ook voor de krankzinnige misdadiger enkel een maatregel op haar plaats zijn. Waarom mag er nu niet geaarzeld als de toerekeningsvatbaarheid, ofschoon geenszins verdwenen, geringer is dan normaal, tussen straf en maatregel; waarom zou in zulke gevallen een sanctie onder geen beding een wat onbestemd karakter mogen dragen ⁹²⁾? Het strafrecht kent evengoed als het burgerlijk recht — of het staatsrecht — een verscheidenheid van doeleinden en bezit evengoed zijn overgangsgebieden.

⁹¹⁾ Vermeld door Joachim Renneberg, Die kriminalsoziologischen und kriminalbiologischen Lehren und Strafrechtsreformvorschläge Listzs und die Zerstörung der Gesetzlichkeit im bürgerlichen Strafrecht. Berlin 1956, 124.

⁹²⁾ Schuld bewustzijn wordt bij abnormalen en psychopaten erkend; F. Collin, Naar het einde van de scholenstrijd en het strafrecht, overdruk 1947; zie ook H. van der Drift, in: Maandblad voor geestelijke volksgezondheid 1955, 335; Gedenkboek Psychiatrisch Juridisch Gezelschap 1907—1957, 109.

Vandaar dat het volgen van meer dan één spoor niet valt af te keuren ⁹³⁾.

De staat is bij zijn wettelijke voorzieningen meestal op het compromis ⁹⁴⁾, op de voor verschillend denkende onderdanen aanvaardbare oplossingen, die iets tweeslachtigs kunnen hebben, aangewezen. Hij is bij zijn uitbouw van het positieve recht afhankelijk van het historisch gewordene en vermag niet op elk ogenblik alles naar zijn hand te zetten. In Nederland begeleidt niet de rechter maar de administratie de veroordeelde, wat leerstellig hoogst aanvechtbaar ⁹⁵⁾, maar in feite goed aanvaardbaar moet genoemd. Zij is het, die overweegt of er tot een voorwaardelijk in vrijheid stellen dan wel tot een gratiëring aanleiding is. De voorwaardelijke invrijheidstelling wordt voortdurend toegepast en geeft de straf een grote mate van beweeglijkheid. Het maakt veel uit of de 9 jaren er 6 zullen worden. In een starre vergeldingsleer is afslag met een derde gedeelte, zoals deze bij ons regeling verkreeg, onaanvaardbaar. Houdt men er rekening mee, dat de staat straft naar recht doch lettend op zijn doel, zo is het bij betrachting van rechtsgelijkheid minder bezwaarlijk dat er in de straf grote speling zit, die mede door de houding van de verdachte tijdens zijn gevangenschap bepaald wordt. Hier schuilt zelfs een waardevolle gedachte in. De veroordeelde kan iets verdienen door iets goed te maken. In het algemeen zou in de straf de idee van wat goed maken, ook los van het daardoor zelf nog enig voordeel behalen, sterker gelegd kunnen worden. De straf won op deze in 1945 door del Vecchio krachtig bepleite wijze, aan waarde ⁹⁶⁾. Alsdan behoorde tot het verleden dat het overgrote deel der veroordeelden de gevangenis verlaat zonder er iets verbeterd te zijn noch enige innerlijke loutering te hebben ondergaan ⁹⁷⁾. Misschien zou het gunstig zijn de humanisering van de straf, die soms tot een onpersoonlijke bejegening leidt ⁹⁸⁾, hierop af te stemmen.

Wilde men het kinderrecht uitspelen om de waardeloosheid der ver-

⁹³⁾ De beroemde „Zweispurigkeit” van straf en maatregel gaat terug op C. Stooss met zijn „Vorentwurf” voor een Zwitsers wetboek van strafrecht.

⁹⁴⁾ Men vergelijkte over de noodzaak van het compromis voor de staat als wetgever, Eduard Kohlrausch: Ueber Strafrechtsform, 24.

⁹⁵⁾ H. Dooyeweerd, Strafrechtelijke problemen bij de gevangenshervorming, z. p. 1949, 5.

⁹⁶⁾ Vermeld bij H. Heschek, Das Menschbild unserer Zeit ..., 9, aantekening 9; dezelfde gedachte treft men aan bij Eberhard Schmidt, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd 67, Berlin 1955, 177 e.v.; Max Grünhut, Penal Reform, Oxford 1948, 5; Gerhard Husserl, Recht und Zeit, Frankfurt am Main 1955, 222.

⁹⁷⁾ Scherp was over een ondoeltreffende strafvoltrekking het oordeel van C. René van Ouwenaller, Onbevredigd. Overdruk uit Woord en Daad, 1939.

⁹⁸⁾ Hans Dombois oppert dit bezwaar, Mensch und Strafe, 56.

gelding aan de kaak te stellen en de innerlijke tegenstrijdigheid, waarop ons nationaal strafrecht hinkt, te bewijzen, dan werd vergeten hoe de jeugdige leeftijd toerekenbaarheid in strafrechtelijke zin uitsluit of vermindert, zodat er voor straf geen of beperkte grond aanwezig is. Bij volledige toerekeningsvatbaarheid kunnen afkomst, opvoeding en milieu zich dermate sterk hebben laten gelden, dat ook deswege aan vergelding zeker niet zulk een plaats als aan de verbetering mag worden toegekend. Bij ouderloosheid of eigenlijk tekort schieten der ouders, zal de staat reeds civielrechtelijk gehouden zijn zich met jeugdige personen in te laten. Nog al eens zullen zij die voor burgerrechtelijke bemoeienis in aanmerking komen, door wangedrag ook tot een optreden van de overheid deswege aanleiding geven. Het is begrijpelijk dat dus, terwijl civiel- en strafrecht soms beide zich over een geval zouden kunnen uitstrekken, er gekozen wordt, en dat de voorkeur naar het leniger, minder een stempel opdrukkend burgerlijk recht uitgaat: ook de maatregel binnen het burgerlijk recht thuishorend, geniet meer sympathie dan die aan het strafrecht verwant is.

Vaak blijkt van vrij grote overeenstemming, omdat al dan niet bewust van dezelfde grondgedachten wordt uitgegaan en een gemeenschappelijk geestelijk bezit harmonie van juridische oordelen bewerkt. Wij zijn in het Westen gevormd door Griekenland, Rome en Israël. Wij zijn beïnvloed door christendom en humanisme. Er zijn gelijke normbeseffen. Er is rechtsbewustzijn, dat tot overeenkomstige beslissingen leidt. In het recht treft men vervolgens een belangrijk bestanddeel der techniek aan. Het ordent, maar de trant der ordening, indien men een eenheid nastreeft, is niet zo materieel, dat een ordening in een andersoortige trant onrecht zou wezen. Datgene wat door het recht geordend wordt, is aan de rechtsgenoten gemeenschappelijk. Zij vatten moeilijkheden aan op een vrij uniforme wijze. In heel wat geschillen beslist niet de principiële rechtsdogmatiek of de diepste overtuiging, maar geeft de voor de hand liggende eenvoudige juridische redenering de doorslag. Het gezond verstand spreekt een beslissend woord.

Toch moet men voorzichtig zijn met het nadruk leggen op het gezond verstand. Dat werkt ongetwijfeld. Bij het vaststellen van de oorzaak in het recht zal het zich doen gelden. Bij de bewezenverklaring neemt men genoegen met het in het gewone leven voor voldoende gestaafd gehoudene, zij het dat iets scherper keur wordt geoefend op kwaliteit en hoeveelheid van het bewijsmateriaal. Bij het bepalen van de schuld beoordeelt men de laakbaarheid, welke onder die bijzondere omstandigheden in alle redelijkheid aan 's daders optreden moet worden

toegekend. Bij wat ingewikkelder gevallen biedt de juridische constructie goede diensten. Deze op een logische wijze gebruikt, met vermindering van „Begriffsjurisprudenz”⁹⁹⁾, geeft algemeen aanvaardbare resultaten¹⁰⁰⁾. Met opzet werd evenwel eerder van het rechtsbewustzijn gesproken. Het is dit rechtsbewustzijn, het is de rechtsintuïtie of, wil men, het rechtsinstinct dat, hoezeer geschoold en verijnd, de materieel belangrijke vonnissen beheerst. Het juridisch op logische wijze construerend vernuft kan zich weren, als de soort der deelneming of de aard van de samenloop twijfelachtig zijn. Wanneer het gaat niet om een „vorm geven” maar om het onrechtmatig of niet onrechtmatig, schuldig of onschuldig, om het hoe schuldig en welke strafmaat, dan wikt en weegt het primaire rechtsbesef. Is de daad strijdig met het recht? — ziedaar de centrale vraag; naderhand kan uitgemaakt waarom er geen overeenstemming met het recht bestond. Zo zijn bij het bepalen van de oorzaak de causaliteitstheorieën dienstbaar aan wat hij, die het recht wijst, zich als uitkomst voorstelt. Zo is bij het bepalen van de schuld beslissend het beeld, dat men zich van de dader heeft gevormd. Zo geeft bij het bepalen der strafmaat eerst het rechtsgevoel de zwaarte aan van de te treffen sanctie; vervolgens is er gelegenheid deze juridisch te funderen.

Zeer verwarrend wordt de situatie wanneer in, oppervlakkig beschouwd, technische kwesties toch op zeer belangrijke vragen een antwoord wordt gegeven, omdat de gekozen techniek nauw samenhangt met diep wortelende opvattingen¹⁰¹⁾. Hoe er dan telkens zuiver principiële beslissingen genomen worden, onderkennen velen niet scherp. De gelijkheid in resultaten of de schijnbare loutere zakelijkheid van de door hen aanvaarde oplossing, verhullen de ware stand van zaken. Wanneer zij zich rekenschap pogen te geven van fundamentele verschillen, noemen zij hen die duidelijk zeggen religieuze overwegingen te laten gelden, eenzijdig en bevooroordeeld, om voor zichzelf de zuivere wetenschappelijkheid op te eisen. Ik zou willen volhouden, dat zij, die aldus te werk gaan, dwalen. In het algemeen zitten ze zelf vol vooronder-

⁹⁹⁾ Scherp keert zich tegen de „Begriffsjurisprudenz” Georg Cohn, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Basel 1955.

¹⁰⁰⁾ Waarderend over het logische element in de strafrechtspraak laat zich uit Ch. J. Enschede, *Motivering en motief*, Zwolle 1959, 8.

¹⁰¹⁾ Men zie H. Dooyeweerd, *Het juridisch causaliteitsprobleem in het licht der wetsidee*, *Antirevolutionaire Staatskunde. Driemaandelijks Orgaan*, Tweede Jaargang, Kampen 1928, 21 e. v.; *De modale structuur van het juridisch oorzake-lijkeheidsverband*. Mededelingen Koninklijke Academie. Nieuwe Reeks, Deel 13, No. 5, Amsterdam.

stellingen. Dit te herhalen is overbodig. Ook verder laten zij zich door primaire inzichten leiden. In de opvatting der vermeende zakelijkheid komt men, in weerwil van de hooggeroemde puur wetenschappelijke onbevangenheid die voor het eigen standpunt wordt opgeëist, aan de eigenlijke problematiek niet toe. Het gaat tenslotte om het grijpen van wezenlijke normativiteit. Zij die de zakelijke onbevooroordeeldheid voorstaan, blijven in het menselijk relatieve met al zijn onbewijsbaarheden bevangen; zij grijpen de absoluteitheid van het recht niet. De autoriteit om te straffen die zij kennen, is — wijl menselijk — niet volop gezaghebbend; het wezen der straf krijgt niet de nodige verdieping bij het ontbreken van iedere band aan een niet menselijke gerechtigheid.

Om deze verschraling te vermijden en meer nog omdat zij van de absoluteitheid van het christendom doordrongen zijn, wordt door reformatorisch gezinden op een verchristelijking van het recht, en in het bijzonder van het strafrecht, aangewerkt; deze christianisering betreft steeds de kennis van het recht, en dikwijls de gedaante en inhoud, welke men het geven wil. Zowel theologen als juristen werkten dit nader uit en originele opvattingen, die ver reikende gevolgen zouden hebben indien ze tot het einde toe werden gevolgd, zetten oude vraagstukken is een voor de juridische wetenschap verrassend licht.

Het betreft heel bepaald oude vraagstukken, omdat het theologisch in de diepste grond om de verhouding natuur en genade, volgens sommigen ook om de betrekking tussen wet en evangelie gaat, en omdat juridisch-wijsgerig het natuurrecht en de natuurlijke ordeningen in het geding zijn.

Zolang de christelijke bezinning zich op deze kwesties richt, zijn er twee wegen ingeslagen. Het recht regelt aardse verhoudingen. Het strafrecht beoogt beteugeling en afweer van menselijke boosheid. Voor deze wereld zijn dit uitnemende doelstellingen, die noodzakelijk moeten worden verwezenlijkt. Maar het evangelie verheft zich boven deze wel niet te ontberen, doch niettemin aardse werkzaamheid. Dat er altijd meningen zijn voorgedragen strekkend om de gehele rechtspleging te laten varen in gehoorzaamheid aan de boodschap der liefde en de wetten van het hemels Koninkrijk, laat ik rusten. Opvattingen als die van Tolstoi, uit het evangelie gestaafd, dat men hem die op de linkerwang slaat, de rechter moet toekeren¹⁰²⁾, en dat men ten einde niet geoordeeld te worden, ook zelf niet mag oordelen¹⁰³⁾, luiden de anarchie

¹⁰²⁾ Mattheus 5 : 37.

¹⁰³⁾ Lukas 6 : 37.

in en zijn te kennelijk eenzijdig — Romeinen 13 verdwijnt geheel — om te worden aanvaard. Veel beter verdedigbaar en daarom meer de aandacht waard, zijn beschouwingen, die de droevige noodzaak van recht en staat grif erkennen, maar hen in zo nauw verband met de zonde brengen, dat voor een ruime waardering geen plaats is. Recht en staat onafscheidelijk aan macht verbonden als ze zijn, staan hier tegenover de gerechtigheid Gods geoordeeld: Jesaja 64 : 6 spreekt van een verwerpelijke kleed. Recht en staat behoren thuis onder het rijk aan Gods linkerhand. Zij bevinden zich op zondig terrein, werkend met zondige middelen. Hun doel is wel goed en dat zij ordenen is een zegen, in zover zij het bestaan een draagvlak verschaffen. Echter wordt wat zij doen herhaaldelijk doorbroken, zodra de oppermachtige gerechtigheid Gods zich openbaart. Het strafrecht kan welbeschouwd de gratie — ofschoon een wezensvreemd bestanddeel — niet missen; het is de gratie die vanuit een andere orde het aardse recht in zijn feilbaarheid aan de kaak stelt. De rechters kunnen zich bijna niet van farizeïstische eigengerechtigheid vrij houden ¹⁰⁴). In hoger zin wordt de betrekkelijkheid van het recht daarin openbaar, dat Christus alle gerechtigheid vervuld heeft. De ontoereikendheid van het strafrecht komt uit dáárin, dat Hij alle straf gedragen heeft. Het aardse recht verliest op deze wijze niet zijn waarde. Het is een beperkte moraal. De georganiseerde onmenselijkheid van de staat is het middel tot behoud der menselijkheid ¹⁰⁵).

Helaas, de 20e eeuw heeft geleerd, hoe onmenselijk de staat wezen kan. Tegenover de absolute staat zoekt men naar mogelijkheden om de aardse orde en het recht te vrijwaren voor daemonisering, het opgaan in de dienst van antichristelijk geweld. Een geheel andere gedachtengang werd daartoe gevolgd, die te aantrekkelijker was, daar de uitgangspunten ongewijzigd bleven. Christus heeft — zo zegt men — alle gerechtigheid vervuld en de volle straf gedragen. Enkel in zijn kruis wordt de gerechtigheid Gods gekend. Dit kan gemakkelijk aldus uitgewerkt, dat het heilswerk op Golgotha grondslag is van elke rechtskennis. Waartoe hetgeen Christus deed, beperkt tot het kennen? Indien de door Hem

¹⁰⁴) Vergelijk in dit verband Emil Brunner, *Das Gebot und die Ordnungen*, Zweite Auflage, Tübingen 1933, 464.

¹⁰⁵) Zie voor deze voorstellingswijze van de dialectische theologie mijn *Historisch-critische bijdrage tot de leer der christelijke staat*. Tweede druk. Amsterdam 1943, 303 en v. Sedertdien trad er bij Barth nog wel enige verandering van beschouwing op — vergelijk de volgende noot — en wijzigde Brunner zijn standpunt aanmerkelijk, men neme *Gerechtigheit*, Zürich 1943. Voorts zij verwezen naar Alfred de Quervain, *Kerk, Volk, Staat. Ethik II. Erster Halbband* 196–279; J. Ellul, *Le fondement théologique du droit*, Neuchâtel 1945; Hans Hermann Walz, *Die biblische Botschaft von der Gerechtigheit*, en Edmund Mezger, *Recht und Gnade*, in: *Gerechte Ordnung*, 7–44, 45–63.

tot stand gebrachte verlossing kosmisch is, raakt ze het zijn en zet dit om. Over de staat is niet alleen als over een genadeloze orde te spreken¹⁰⁶). In hem dient de genadige wil van God te worden opgemerkt. Hij wordt nooit kerk of Koninkrijk Gods, zo houden de meesten vol. Tegenover de onrechtsstaat maakt de rechtsstaat desondanks aanspraak op verdediging krachtens de christelijke overtuiging, dat hij enige gelijkenis met dat Koninkrijk vertoont. En wanneer men onder de indruk van Christus' heerschappij, deze in het huidige leven reeds de alomvattende betekenis in het feitelijk gebeuren wil toekennen die zij behoort te hebben, ontvangen recht en staat hun inhoud vanuit het vervulde Koninkrijk, is het recht christelijk recht, het strafrecht christelijk strafrecht. In de persoon en het werk van Christus openbaart zich het rechtelijk ambt naar zijn volste zin. De doodstraf ligt in handen van de aardse overheid, maar het hanteren van het zwaard der eeuwige gerechtigheid is in handen van de almachtige God. Het strafrecht naar evangelische maatstaf laat de christelijke relativiteit zien. In de schuldleer, vooral ook bij de nalatigheid, moet worden verrekend wat van een christen te verwachten is. Ik zei niet te veel, sprekend van een verrassend licht op oude problemen geworpen¹⁰⁷).

Maar hoe verrassend, deze verchristelijking van het recht, dit evangeliseren van het strafrecht, wijs ik met de grootste beslistheid af. Zulks geschiedt niet uit beduchtheid voor het innemen van een principieel standpunt in strafrechtelijke vragen, omdat iets dergelijks onwetenschappelijk wezen zou. Vooronderstellingen huldigt ieder. Bepaalde niet-wetenschappelijke inzichten zijn bij elke jurist aanwezig. Dat hier zich moet laten gelden een gezond wantrouwen van praktische juristen ten opzichte van theologische bespiegelingen, is mij te eenzijdig. De rechtswetenschap kan de theologie niet missen, evenmin als de wijsbegeerte, maar zij bewaart haar zelfstandigheid: zij beslist in eigen verantwoordelijkheid, waarbij zij — dat stem ik toe — op samenwerking is aangewezen. Men stuit tegenwoordig op de vraag naar een theologie van het recht. Indien godgeleerdheid en rechtswetenschap deze gemeen-

¹⁰⁶) Karl Barth, *Kirchliche Dogmatik*. Zweiter Band. Zweiter Halbband. Zweite Auflage. Zürich 1946, 806. Zeer belangrijk is voorts het kleine geschrift *Christengemeinde und Bürgergemeinde*, Zürich 1946.

¹⁰⁷) Voor de hier weergegeven opvattingen raadplege men Erik Wolf, *Rechtsgedanke und biblische Weisung*, Tübingen 1948; Helmut Simon, *Der Rechtsgedanke in der gegenwärtigen deutschen evangelischen Theologie*. Diss. Bonn 1952; Heinz Horst Schrey, *Die Bedeutung der biblischen Botschaft für die Welt des Rechts*, Tübingen 1952; Helmut Gollwitzer, *Die christliche Gemeinde in der politischen Welt*, Tübingen 1954. Tenslotte zij nog vermeld: *Die Treysa-Konferenz 1950 über das Thema Gerechtigkeit in biblischer Sicht*, Genf 1950.

schappelijk ontwikkelen, is van zulk een arbeid nog veel te verwachten ondanks in het verleden soms beslist teleurstellende uitkomsten¹⁰⁸⁾.

Het zijn andersoortige overwegingen die hier moeten gelden. De behoefte aan de verchristelijking ontstond eigenlijk, omdat recht en staat eerst waren weggedrukt naar een lager niveau. Ook dit wegdrukken verwerp ik. Het recht heeft om zich door te zetten, macht nodig, en macht brengt in menselijke handen grote verzoeken met zich mede. De staat dient om het boze te weren en orde en rust te bevorderen. Hij is in zijn huidige gedaante van de zonde op aarde niet te scheiden. Noch het recht noch de staat behoeven daarom zelf zondig te wezen. Zelfs leert de historie, dat zij het menselijk samenleven hebben mogelijk gemaakt, dat zij kennelijk aansluiten op de menselijke natuur, dat zij voor en na Christus ten behoeve van gelovigen en ongelovigen nut hebben afgeworpen. Afwezigheid van recht en staat zou de chaos hebben ingeluid. Algemeen levende rechtsbehoeften, zin voor de betekenis van een ordelijk zich aaneensluiten, hebben steeds rechtsvorming en staatsorganisatie bewerkt. Het bestaan van goddelijke gaven is niet afhankelijk van de erkenning van de goddelijke Gever, en de uitsluitendheid van het heil in Christus houdt niet in dat uitsluitend in Christus de openbaring wordt aangetroffen¹⁰⁹⁾. Tegen de Schrift in worden een natuurlijke openbaring¹¹⁰⁾ en een natuurlijke kennis der gerechtigheid¹¹¹⁾ — die zich voor ernstige misvorming leent¹¹²⁾ — evenals een zeker volbrengen van de gerechtigheid¹¹³⁾, geloofend en ook wordt tegen de Schrift in over de staat het vonnis gestreken; het uit de bijbel aangevoerde bewijs voldoet niet en met duidelijk overheid en recht aanvaardende uitspraken¹¹⁴⁾ weet men geen raad. Ditzelfde is van toepassing op het strafrecht. De historie wijst uit, de Schrift bevestigt, dat met alle soms schrikkelijke tekortkomingen, het zwaard wel degenen die kwaad doen bedreigt, maar dat de overheid, haar macht oefenend, toch het welzijn van allen op het oog heeft. Dat de openbaring over het

¹⁰⁸⁾ Ook wanneer men uit een lang verstreken tijdvak Dante's rechtvaardiging van het wereldlijk gezag in de *Monarchia* 2 : 13 met de grond dat Christus gestraft is door de bevoegde autoriteit, laat voor wat zij is — Dante was trouwens geen theoloog — en in nieuwer tijd niet Psalm 82 : 6 gebruikt ten bewijze van de stelling dat engelen tot de handhaving van rechtsnormen in bijzondere betrekking staan — Die Treysa Konferenz 24–25 —, resteert het feit dat de invloed der theologen op strafrechtelijk gebied soms niet gelukkig is geweest.

¹⁰⁹⁾ Vergelijk G. C. Berkouwer, *De algemene openbaring*, Kampen 1951, 74.

¹¹⁰⁾ Handelingen 16 : 17; Romeinen 1 : 19, 20.

¹¹¹⁾ Romeinen 2 : 15.

¹¹²⁾ Romeinen 1 : 21.

¹¹³⁾ Romeinen 2 : 14.

¹¹⁴⁾ Romeinen 13 : 4, 7; 1 Petrus 2 : 13, 14, 17; Titus 3 : 1.

zijnsbestand der dingen veel verheldert, wordt mijnerzijds niet ontkend, integendeel. Gemeten aan hemelse maatstaven voldoet geen rechtsbestel, geen staat. Noch het recht als recht, noch de staat als staat, noch het strafrecht als strafrecht behoeven evenwel te vallen.

Zij kunnen overeind blijven zonder dat ze worden verheerlijkt. Dat op Golgotha de gerechtigheid openbaar werd, zal niemand ontkennen. Dat Christus door de Vader werd bekleed met alle macht¹¹⁵), en een Naam ontving boven alle naam¹¹⁶), zegt de Schrift duidelijk; Hij is de Overste van de koningen der aarde¹¹⁷). Maar dat werpt de bestaande orde niet om, daar ook die orde uit God is. Het christelijk huwelijk en gezin winnen aan diepte tegenover het niet-christelijk huwelijk en gezin; toch werden huwelijk en gezin bestendigd. Het kruis heeft betekenis voor recht en staat, maar veranderden zij beiden van bestemming? De door God na de val niet vernietigde schepping was door hen mee in stand gehouden. Zij behoedden het leven voor ontbinding: de mensheid ontplooidde zich, de verlossing vond plaats, de kerk werd gesticht. Maar het is niet zo dat Christus' universele verschijning en universele verlossing al het bestaande van zijn plaats schoof. Christus' liefde heiligt. Christus' recht zuivert. Christus' koninkrijk adelt aardse verhoudingen zonder dat aardse liefde louter hartstocht en lust, aards recht enkel machtsmisbruik wordt. Gezin en staat worden na Christus' verhoging geen kerk. Het ouderlijk gezag verdwijnt niet. De staat legt zijn zwaarmacht niet neer. Het strafrecht duurt voort.

Kortzichtig is het, enkel afkeurend over een natuurrecht te spreken¹¹⁸), ofschoon reeds in 1854 Windscheid schreef: „Der Traum des Naturrechts is ausgetraumt”¹¹⁹). Karl Bergbohm heeft met zijn uitspraak „Alle Menschen sind geboren Naturrechtsjuristen”, de waarheid stellig dichter benaderd¹²⁰). Dat het natuurrecht kan worden gebruikt om zich te verzoenen met gebrekkig positief recht¹²¹), wettigt niet een ont-

¹¹⁵) Mattheüs 28 : 18.

¹¹⁶) Filippenzen 2 : 9.

¹¹⁷) Openbaring 1 : 5.

¹¹⁸) Niet geheel duidelijk is het standpunt van Ludwig Raiser: Christen und Nichtchristen im Recht, in Festgabe für Rudolf Smend, Göttingen 1952, 249, die van een theologie der scheppingsordeningen wel iets verwacht voor een fundering van het recht, zo dat het christenen en niet-christenen verplicht, maar die een dogmatisch te ontwikkelen christelijk natuurrecht verwerpt.

¹¹⁹) Geciteerd bij Carl Schmitt, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, Tübingen 1950, 14.

¹²⁰) Karl Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892, 122.

¹²¹) Zo wordt rechtszekerheid wel natuurrechtelijk als het grootste goed verdedigd, en hiertegen heeft zich verzet W. R. Beyer o.a. in Rechtsphilosophische Besinnung, 1947, ook aangehaald op blz. 17 v. van het in de volgende noot genoemde boek.

kenning van de waarde welke het als zodanig bezit: het natuurrecht fundeert een niet aan menselijke willekeur onderworpen orde- en rechtsbestand, waarvan overal in meerdere of mindere mate kennis leeft en bijgevolg maakt het mogelijk toetsing van geldend recht aan volstreckte maatstaven. Uiteraard is er van een autonoom natuurrecht in deze opvatting geen sprake. Recht en staat danken hun oorsprong aan God Drieëinig en wanneer een algemene openbaring en een daarop berustende kennis aanvaarding zou vinden, moet men bedenken dat ook algemene openbaring werkelijk „openbaring” blijft ¹²²⁾).

Tegelijk wordt door mij verzet aangetekend tegen een verkeerde verchristelijking van het genoemde orde- en rechtsbestel alsook van de daarmee samenhangende kennis. Na Christus' opstanding hebben recht en staat hun algemeen menselijke bestemming behouden, hoezeer ze door de Opgestane ook zijn verrijkt. Het leggen van analogische verbanden buiten de Schrift om – wat bij staat en recht nog al eens wordt toegepast – moet gevaarlijk heten. Hier wordt het menselijke vergoddelijkt of het goddelijke vermenselijkt. Wanneer men in de christelijke gemeente weet dat Gods toorn een ogenblik, zijn genade eeuwig duurt, kan men deze gegevens niet benutten wanneer het loopt over politiemaatregelen of strafrechtspraak van overheidswege. Men doet verkeerdt met het Koninkrijk van Christus en de rechtsorde der mensen te dicht bijeen te brengen. Dan ligt de weg naar „verautorisering” van de staat open, ook al wil men zelf de staatsmacht zoveel mogelijk beperken. Wie in de staat te spoedig het Koninkrijk Gods vindt, krijgt moeite met de geestelijke vrijheid en valt terug in een onder de oude bedeling thuis horende Israëlitische theocratie.

Ik ontken niet het bestaan van een christelijk strafrecht en ik stel niet enkel de mogelijkheid van zulk een strafrecht, maar ben van zijn noodzaak overtuigd. Maar ik verwerp een voorstelling in dezer voege, dat het christelijk strafrecht zich van het niet-christelijk absoluut isoleert of aldus, dat het een geheel eigensoortig karakter dragen zou. Het lijkt mij gevaarlijk, zonder een nadere beperkende toelichting de beschouwing voor te dragen, dat een christenrechter zich met anderen in een gemeenschappelijke schuld bevindt, zoals dit bij rechters, die geen christen zijn, niet het geval is. Dit zou op de gedachte kunnen brengen dat het recht besteld door niet-christenen toch eigenlijk geen recht is. Het geeft grond aan de idee, dat alleen waar men zich bewust aan het

¹²²⁾ Over het natuurrecht geeft bijzonder veel materiaal Erik Wolf in *Das Problem der Naturrechtslehre*. 2. erweiterte Auflage, Karlsruhe 1959.

evangelie onderwerpt, de straffende rechtvaardigheid wordt betracht.

De zaak ligt anders en is ingewikkelder. Het recht regelt betrekkingen tussen mens en mens. Het recht doet dit naar maatstaven, die mensen kunnen aanleggen, die zij betrekkelijk zuiver kunnen hanteren zonder dat stuitend onrecht het resultaat van hun werkzaamheid vormt. Humanisten en christenen kunnen elkaar daarbij vinden, zo goed als West en Oost, bij alle verscheidenheid, niet aan een zekere overeenstemming behoeven te wanhopen. Het terrein waarop men zich beweegt, de stof welke men ordent, de rechtsbeseffen die werken, het geldend recht waaronder men zich buigt, — dit alles is gemeenschappelijk. Bij de fundering verschilt men, en wel, naar zich begripen laat, fundamenteel. Waar in de practijk de verschillen vaak geen moeite opleveren, is samenwerking mogelijk en kan gemeenschappelijk beraad tot voor ieder aanvaardbare resultaten leiden.

Dit maakt het strafrecht niet kleurloos. De feiten dwingen tot de erkenning, dat soms humanisten en moderne positivisten eerder dan de christenen begrepen hebben, waartoe de menselijkheid in het strafrecht verplichtte ¹²³⁾. Daarnaast moet worden vastgesteld dat practisch zeer aanvaardbare voorslagen dikwijls vanuit verwerpelijke drijfveren zijn gedaan. Helaas is men van christelijke zijde vaak te argwanend geweest. In de hoofdzaken had men het gelijk aan zijn zijde. Ook in het strafrecht behoren gezag en gezagshoogheid te worden gehandhaafd, kan het goddelijk recht der overheid niet worden uitgeruild voor op menselijke afspraken berustende autoriteit en was het nodig dat de overheid paal en perk werd gesteld bij haar straffende behartiging van het recht tegenover de justitiabele. Deze laatste, de onderdaan die in het strafrecht de schuldige is en die aangepakt wordt door de overheid om hetgeen hij misdeed, verliest nimmer zijn mens-zijn en mag daarin niet nodeloos gekrenkt worden, juist omdat men in hem het beeld van de Almachtige ziet. Wanneer uitnemende geleerden het strafrecht zuiver menselijk willen houden ¹²⁴⁾, is uiteindelijk de onwankelbare maatstaf niet te vinden, zelfs niet bij de hantering der meer dan eens onbillijk aangevallen vergelding ¹²⁵⁾ als wezen van de straf. Er kan ook onbillijk worden vergolden en er blijven in ieder geval ook bij de vergelding vragen open ¹²⁶⁾. Hoe ver reikt de erkenning van de menselijke

¹²³⁾ Enzo Emil Brunner, *Das Gebot und die Ordnungen*, 462.

¹²⁴⁾ J. M. van Bemmelen, *Universiteit en strafrecht*, 's-Gravenhage 1954, 60.

¹²⁵⁾ A. Baumgarten, *Die Idee der Strafe*, Berlin 1952, 7, vindt iets archaïstisch in de vergeldende straf.

¹²⁶⁾ Reeds J. Domela Nieuwenhuis in *Tijdschrift voor strafrecht* XIX, Leiden

verantwoordelijkheid, de eerbied voor het mens-zijn en het respect voor de normen? Wat is ten diepste recht en wat onrecht? Het puur mense-lijk strafrecht komt hier niet tot zekerheid.

Beslist onbevredigend is het te verdedigen, dat slechts enige aanwijzingen in de Heilige Schrift als leidraad bij de beoefening van het strafrecht zouden kunnen dienen, maar dat het bestaan van een christelijk strafrecht uitgesloten ware. Zo goed als er humanistisch strafrecht van zeer verschillende kleur bestaat, zo goed als er idealistisch strafrecht is of positivistisch strafrecht dat aansluit op een bepaald maatschappelijk bestel en toch door sommige idealistische of evolutionistische gedachten gedragen wordt, zo is er christelijk strafrecht met een stof welke alle strafrechtsbeoefenaars gemeenzaam is, terwijl enkel op essentiële punten van grote verschillen blijkt ¹²⁷⁾ en het gehele raam zelfstandigheid vertoont. De bedenking, dat de verschillen met een volstrekt zakelijk strafrecht klein zouden zijn, is niet doorslaggevend. Dat volstrekt zakelijk strafrecht is in ons land van de Westerse cultuurkring, van christendom en humanisme niet los te maken. In feite kan, bij verschillend uitgangspunt, zeer grote overeenstemming op tal van punten bestaan, en toch opent zich telkenmale een kloof.

Ook op de toekomst van het strafrecht zal de kijk geheel verschillen. Niet zo veel is te verwachten van een gedeeltelijke vernieuwing der begrippen, omdat alsdan spraakverwarring dreigt. Betere vooruitzichten biedt een verrijking van de inhoud, waar dit nodig mocht wezen ¹²⁸⁾. Op een totaal verdwijnen van het strafrecht te hopen, kan niet goed zijn. Een inperking is mogelijk door de verbreding van sociale en maatschappelijke zorg, door doeltreffende straffen die, goed ten uitvoer gelegd, naar de mens gesproken ook kunnen verbeteren; door uitbouw der reclassering. Dit alles is te bereiken nadat de „dader” uiterst zorgvuldig is bestudeerd — waarbij de te betrachten terughouding het grote probleem vormt ¹²⁹⁾ — met behulp ook van een vergroting der kennis en kunde bij rechterlijke macht en administratie, aan wie de zorg voor

1908, 162, wees er op dat de vergeldingsgedachte noch bij uitstek calvinistisch noch bij uitstek christelijk was.

¹²⁷⁾ J. M. van Bemmelen, een der huidige leidende figuren op het gebied van het Nederlandse strafrecht, is er van overtuigd dat „daden bestraffen” onjuist is. Gedenkboek Psychiatrisch Juridisch Gezelschap 1907—1957, 13.

¹²⁸⁾ Op een verdiept, niet individualistisch schuldbesef dringt H. Dooyeweerd aan: De weg der differentiatie in strafrecht en reclassering, 23.

¹²⁹⁾ Het vaststellen van geestelijke afwijkingen of zielsziekten is nog iets anders dan het blootleggen van innerlijke geheimen. Hoe ver het gebruikelijk is bij een psychiatrisch onderzoek te gaan, leert E. A. D. E. Carp, Patho-psychologische bijdrage tot de kennis van het moordprobleem, Lochem 1948.

de rechtspleging werd toevertrouwd. Maar het Paradijs van een samenleving zonder strafrecht zal zich niet openen en de sommigen bekorende Hof van Eden, waarin enkel behandeling zal worden gevonden, moge voor ons gesloten blijven. Het louter behandelend strafrecht heeft de norm verloren, kent de aansprakelijke mens niet, en verleidt de overheid tot het voeren van een haar niet toekomende zedelijke heerschappij. Het is een teken aan de wand, dat voor de rechter die opvoedt, die ook — wat meestal vergeten wordt — onschadelijk maakt — *nomen est omen*¹³⁰⁾ — wordt teruggedeinsd¹³¹⁾.

Het strafrecht is een gewichtig recht. Het strafvonnis grijpt veel dieper in dan de civiele beslissing¹³²⁾. Het brengt in aanraking met de mens die verkeerd handelt en keert zich tegen daden, die bewijzen, hoe diep de menselijke natuur zinken kan. De strafrechtelijke sancties reiken ver en moeten niet voor andere doeleinden misbruikt, waardoor de voornaamheid van het strafrecht wordt aangetast. Hier ligt een probleem. Heinrich Dernburg wees er in 1894 op, dat geen grotere wet zonder een „bijwagen” van strafwetten werd uitgevaardigd¹³³⁾. Heden gevoelt menigeen zich niet gelukkig met talrijke strafbedreigingen tegen niet uitgesproken strafwaardige handelingen, die algemeen erkende normen schenden¹³⁴⁾. Een uitweg opent zich mogelijk door tussen straffen ordenings sanctie te onderscheiden, opdat de zedelijke inslag van het strafrecht duidelijk herkenbaar blijve.

Het strafrecht is ook een beperkt recht, dat het wezenlijke in de wetschender dikwijls niet ontdekt. Ieder mens is een mysterie en de misdadige mens is dit wellicht in versterkte mate. Het genie van Shakespeare, de voor geen zielsdiepte terugschrikkende Dostojevsky, laten in Othello en Macbeth, in Raskolnikov en Stravrogin vermoeden, meer nog dan dat zij het geheel blootleggen, wat in het diepste van het ik woelen kan. Ook al zijn velen die berecht worden niet tot het uiterste gegaan, in de kleptomanen, in de verduisteraars zal heel wat stuk blijken, zonder dat de staat met zijn straf in de eerste plaats herstellen kan. Hij moet, wil hij het samenleven bij de voortduur mogelijk maken, vóór elk ander ding de misdaad onderdrukken¹³⁵⁾. Gelukkig indien de straf daarnaast dienen mag om de dader terug te brengen in het volle leven, zodat zij voor hem, schulddeggend en opvoedend wer-

¹³⁰⁾ De term onschadelijk-maken voor een mens gebruikt, heeft iets dat afstoot.

¹³¹⁾ Paul Bockelmann, Schuld und Sühne, 29.

¹³²⁾ Wilhelm Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 266.

¹³³⁾ Heinrich Dernburg, Die Phantasie im Rechte, Zweite Auflage, Berlin 1894, 31.

¹³⁴⁾ Herman Gareis, Mensch und Staat, Berlin 1957, 15, 67.

¹³⁵⁾ Vergelijk Max Grünhut, Penal Reform, 3.

kend, een wezenlijk goed wordt. Gelukkig bovenal indien de straf in haar beperktheid en onvolkomenheid toch door hem die zij trof, als billijk werd aanvaard en daardoor het karakter van een werkelijke delging van schuld verkreeg; pas op deze wijze heeft zij bevredigende gevolgen ¹³⁶⁾.

Het strafrecht is niettemin een tragisch recht. Wie een gevangenis betreedt waar de ernstiger delinquenten zijn ondergebracht, zal, indien de rechtzaal met haar onthullingen van het rauwe leven hem nog onbewogen laat, soms een rilling over de gebrokenheid van zoveel levens niet kunnen onderdrukken. Wie zich, zij het slechts op een afstand, verdiept in daad en dader, begrijpt beter dan tot op dit ogenblik wat het kwaad betekent; het kwaad niet enkel in de veroordeelde, ook in de samenleving die misdadigers tijdelijk of voorgoed uitstootte. Wie als gevangene medegevangenen is nader getreden, weet van zeer nabij welk een ellende mensen kan teisteren ¹³⁷⁾ en hoe groot het zedelijk verval is, dat, eemaal ingezet, zich met snelheid voltrekt ¹³⁸⁾. Niet minder dan in oorlogslazaretten of krankzinnigengestichten geldt hier: „Der Menschheit ganzer Jammer faszt mich an.”

Onze ongeveer tachtigjarige strafwet omspannt, zo goed als onze tachtigjarige universiteit dit doet, slechts een luttele periode in de geschiedenis der mensheid. De eerste levensberoving greep in het prilste tijdperk der menselijke historie plaats. De moord op Abel heeft God Zelf berecht en Kaïn aan zijn schuld ontdekkend, heeft Hij hem toch tegenover anderen in bescherming genomen. De menselijke rechtspleging moet van deze goddelijke rechtshandhaving onderscheiden worden. Zij is er een geweest van gruwel en wreedheid, van veelvuldig eenzijdig en zeldzaam geheel verantwoord rechten. Toch is het strafrecht naar zijn toepassing met zijn vele teleurstellende kanten, het middel geweest dat de misdaad bedwong; dank zij het strafrecht heeft de bandeloosheid niet overwonnen. De rechter zal bij de waarneming van zijn op goddelijke autorisatie teruggaand ambt, zich de beperkte aard der rechtshandhaving herinneren. Niettemin blijft de magistratuur tot bestel van recht en voltrekking van straf gehouden, ofschoon alle gerechtigheid volbracht en alle straf gedragen is. Ook hen, die op een geheel ander vlak dan de Eeuwige en onder totaal andere verhoudingen vergelden

¹³⁶⁾ W. P. J. Pompe. De misdadige mens. Tijdschrift voor Strafrecht LXIII, Leiden 1954, 168 e.v.

¹³⁷⁾ Klaus Fuchs, Wij achter de tralies, Arnhem 1931, 105 e.v.; 304 e.v. Meninge van gedetineerden over de strafgevangenis, Assen 1958, 248 e.v.; 265 e.v.

¹³⁸⁾ Gevangene 1113 onthult, Amsterdam z.j., 231 e.v.

tot behoud van het leven, past schroom. Leeft bij hen genoegzaam het besef op gewijde bodem te staan, het inzicht dat aardse straffen terughouding moeten kennen, de huiver die betaamt bij de handhaving van het recht? De volle gerechtigheid tegenover de wezenlijke zonde is van een eigen, is van een bovenwereldlijke orde. Maar als de diepzinnigste der oudtestamentische profeten, als Jesaja zegt „de straf die ons de vrede aanbrengt, was op Hem” ¹³⁹), dan wordt duidelijk, hoe de aardse rechtshandel juist tegen de achtergrond der eeuwigheid haar volste zin verkrijgt als dienst aan die gerechtigheid, welke Godes is.

¹³⁹) Jesaja 53 : 5.



Die erste der beiden Theorien ist die, dass die
Lebensdauer eines Individuums durch die
Gesundheit des Körpers bestimmt wird. Die zweite
Theorie ist die, dass die Lebensdauer durch die
Gesundheit des Geistes bestimmt wird. Die erste
Theorie ist die, dass die Lebensdauer durch die
Gesundheit des Körpers bestimmt wird. Die zweite
Theorie ist die, dass die Lebensdauer durch die
Gesundheit des Geistes bestimmt wird.

30000007571056



BIBLIOTHEEK VRIJE UNIVERSITEIT



3 0000 00757 1056

