

Enkele centrale denkbelden van Montesquieu en van Beccaria in relatie tot het legaliteitsbeginsel in strafzaken

- Les connoissances rendent les hommes doux; la raison porte à l'humanité: il n'y a que les préjugés qui y fassent renoncer -
Montesquieu¹.

1. Inleiding

Joest 't Hart is een prominent beoefenaar van de strafrechtswetenschap. Gedurende een lange reeks van jaren heeft hij de literatuur verrijkt met een groot aantal geschriften van zijn hand, die opvallen door diepgang, grondigheid en kwaliteit. Naar mijn maatstaven bereikt iemand de bovenkant van onze professie als zijn oeuvre aan twee kenmerken beantwoordt: als het werk nagenoeg de volle breedte van het materiële en formele strafrecht beslaat, en daarnaast blijkt geeft van unieke expertise op tenminste één bepaald deelgebied. Bij 't Hart is dat zonder twijfel het geval. Hij beweegt zich met groot gemak tot in de spelonken van het positieve recht - getuige onder andere zijn indrukwekkende reeks annotaties in de Nederlandse Jurisprudentie - en is daarenboven een onbetwiste autoriteit op het terrein van het zogenaamde beleidsrecht en, nauw daarmee samenhangend, omtrent alles wat de positie van het Openbaar Ministerie betreft. Daar komt dan nog bij dat 't Hart in zijn wetenschappelijk werk een zelfstandige bijdrage van formaat heeft geleverd aan de rechtstheorie.² Om deze redenen is het méér dan passend dat bij het bereiken van zijn emeritaat een bundel wordt samengesteld om zijn persoon en zijn scheppende arbeid te eren. Als zijn opvolger op de Tilburgse leerstoel strafrecht beschouw ik het als een voorrecht om aan deze bundel bij te dragen. Het thema van mijn beschouwingen ontleen ik aan één van de meest geciteerde publicaties van 't Hart, het boek dat hij samen met Foqué schreef onder de titel *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*.³ In het derde hoofdstuk van dit boek worden de ideeën aan de orde gesteld van Montesquieu en Beccaria. De analyse is sprankelend en vernieuwend. Een kernpunt in het betoog is de - zeer verschillende - bijdrage die deze 18^e eeuwse schrijvers hebben geleverd aan de hervorming van het strafrecht en aan het latere codificatiestreven. In dit opstel wil ik voortbouwen op enkele elementen van de gedachtengang van Foqué en 't Hart. Het gaat mij vooral om de wijze waarop Montesquieu en Beccaria hebben bijgedragen aan een theoretisch fundament van wat wij later zijn gaan aanduiden als het legaliteitsbeginsel in het strafrecht. Onder dit beginsel begrijp ik vooral een complex van vier normen. Twee daarvan zijn tot de wetgever gericht: een verbod om strafbaarstellingen met terugwerkende kracht in te voeren en het gebod om de strafbepalingen zo concreet en duidelijk mogelijk te omschrijven. De beide andere bevatten richtlijnen voor de rechter: deze mag de strafbaarheid van een verdachte niet baseren op ongeschreven gewoonterecht en het is evenmin toegestaan om geschreven wettelijke strafbepalingen door middel van analogische toepassing uit te breiden.

Dit opstel is als volgt ingedeeld. Eerst worden enkele kenmerken belicht van het

¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XV, 3.

² Deze bijdrage is zelfs niet beperkt tot de strafrechtstheorie. Zie zijn proefschrift *Recht en staat in het denken van Giambattista Vico*, Alphen aan en Rijn 1979, en vele daarop volgende publicaties in buitenlandse boeken en tijdschriften.

³ R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen 1990. Aan dit boek werd o.a. een afzonderlijk symposium gewijd, waarvan verslag wordt gedaan in G.C.G.J. van Roermund e.a. (red.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagende debat*, Arnhem 1993.

geestelijke klimaat dat als het 'Verlichtingsdenken' wordt beschouwd, aangezien daarin de achtergrond is te vinden van de denkbeelden van de te behandelen schrijvers (paragraaf 2). Daarna volgt een uiteenzetting van het werk van Montesquieu, voorzover dat in verband staat met de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel in het strafrecht (paragraaf 3), met enkele aanvullende opmerkingen omtrent het wetsbegrip dat daaruit is voortgevloeid (paragraaf 4). Vervolgens wordt de aandacht gericht op Beccaria (paragraaf 5) en wordt het betoog afgerond met een slotbeschouwing waarin wordt teruggekomen op het verband met actuele strafrechtelijke vragen (paragraaf 6).

2. Vooropmerkingen over rechtsbeginselen in het Verlichtingsdenken

In ieder handboek over strafrecht en in bijna alle specialistische literatuur wordt het legaliteitsbeginsel voorgesteld als een typisch produkt van de Verlichting. Dat is op zich begrijpelijk, want de eerste voorvechters van een strakkere binding van de strafrechtsbedeling aan voorafgaande wettelijke bepalingen kunnen welhaast zonder uitzondering worden geplaatst in dit filosofische klimaat. Maar daarmee is inhoudelijk nog niet zo veel gezegd. Wanneer wij over de Verlichting spreken, moet namelijk voortdurend worden bedacht dat onder dit predicaat een eindeloze variëteit van opvattingen schuil gaat. De Britse 'Enlightenment' is bijvoorbeeld niet identiek aan de Franse 'siècle des lumières', en deze vertoont weer verschillen met de Duitse 'Aufklärung'. Het lijkt mij opportuun om in deze bijdrage voorafgaand aan de beschouwing over Montesquieu en Beccaria een impressie te geven van een enkele hoofdtrek van de Verlichting voorzover deze in verband staat met het klassieke strafrecht en het daarvan deel uitmakende legaliteitsbeginsel.

In het algemeen beoogt de Verlichting een toepassing van de wetenschappelijke methode in de dagelijkse levensomstandigheden. Dit streeft men vooral na door de kans op foutieve maatschappelijke beslissingen zo klein mogelijk te maken: vandaar de inschakeling van deskundigen en van betrokkenen bij de voorbereiding daarvan, en vandaar ook de nadruk die wordt gelegd op het vergaren van exacte informatie als grondslag voor rationeel handelen (vergelijk de zogenoemde encyclopedisten). Het doel van rationeel handelen in de samenleving wordt beredeneerd vanuit de behoeften van het individu, hetgeen tevens van belang is voor de staatkundige opvattingen omtrent de taak en de daarop afgestemde activiteiten van de overheid⁴.

Het ligt voor de hand dat de Verlichte filosofen met grote vasthoudendheid de vrijheid van wetenschappelijk onderzoek verdedigen. In dit verband moest vooral de kerk het ontgelden. Het rationalisme had bijvoorbeeld in Engeland (David Hume o.a.) tot gevolg dat de godsdienst vanuit de menselijke rede aan kritiek werd blootgesteld en veelal alleen werd aanvaard voorzover hij op die rede kon worden gegrondvest. De secularisering van de religie leidde tot de eis van *tolerantie* - veelal aangemerkt als het belangrijkste kenmerk van de Verlichting. Bovendien ontstond zo een nieuwe moraal: ethische grondbeginselen worden voortaan vanuit een eigen waarde - zonder tussenkomst van God - gerechtvaardigd.

De Verlichting was eigenlijk niet zozeer een filosofische school of stroming, doch meer een bepaald geestelijk *klimaat*. Naast een aantal echte 'philosophes' waren ook diverse romanciers verantwoordelijk voor de veranderde inzichten, en de verbreiding daarvan vond voor een niet onaanzienlijk deel plaats in leeskringen en salons waarin onder betrekkelijk anonieme leiding in kleine groepen werd gediscussieerd. Zo'n gemêleerd gezelschap kan uiteraard geen uniforme opvattingen huldigen over allerhande theoretische en praktische onderwerpen⁵. Méér dan door een wetenschappelijke catechismus werden de deelhebbers aan

⁴ Vergelijk O. Fischl, *Der Einfluss der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts in Doktrin, Politik und Gesetzgebung und Vergleichung der damaligen Bewegung mit den heutigen Reformversuchen*, Breslau 1913, m.n. p. 26.

⁵ De ene deelnemer was determinist, de ander indeterminist; de één was optimist, de ander pessimist, de één was elitair, de ander egalitair etc.

de Verlichting dan ook verbonden door een gemeenschappelijk sentiment, het sentiment namelijk om het eigen verstand te gebruiken en om door zuivere denkkraft verschillende standen van zaken in de menselijke rede te funderen.

Voor het strafrecht betekent deze houding dat systematisch kritiek wordt geleverd op de uitgangspunten en de implicaties van de destijds vigerende praktijk. Was tot dan toe de belangstelling vooral gericht op het vermijden van excessen, in de Verlichting beoogt men stelselmatig de gehele strafrechtsbedeling te rationaliseren. Wat betekent in dat verband rationaliseren? In de eerste plaats een sterkere nadruk op doel-middel verhoudingen. Strafbbaarstellingen worden alleen als zinvol beschouwd als daarmee een redelijk doel wordt gediend; feitelijke sanctionering in individuele gevallen mag alleen plaatshebben voorzover daarvan enig rendement kan worden verwacht. Zo wordt de criminalisering beperkt en het strafrecht het stempel van *ultimum remedium* gegeven. Tegen deze achtergrond is ook begrijpelijk dat in deze tijd scherp werd geëpponeerd tegen wrede sancties⁶; een rationele repressie vereist juist dat de straf in een redelijke verhouding staat tot het gepleegde delict. Het is duidelijk dat in al deze opzichten de rechtspositie van de individuele staatsburger op grond van Verlichte denkbeelden kan worden verbeterd: hij zou minder van de overheid te duchten hebben en zijn eigen beleid vooraf kunnen afstemmen op de te verwachten rechtsgevolgen van zijn handelingen⁷.

Maar de rationalisering van de strafrechtsbedeling heeft nog een andere kant. Peters⁸, 't Hart en, kort na hen, Dupont hebben aangetoond dat de hervormingen ook ten doel hadden een grotere beheersing van de samenleving mogelijk te maken. 't Hart schrijft hieromtrent:

'De nieuwe heersende klasse moest grip krijgen op de samenleving en die langzamerhand omvormen naar de eisen die haar belangen stelden. Een fijnmazig controle-apparaat was nodig, vooral gericht tegen de bezitloze klasse. Het strafrechtelijk apparaat diende hier een functie te vervullen. Het grillige en chaotische karakter van de strafrechtspleging moest plaats maken voor een goed georganiseerd, fijnvertakt, rationeel en efficiënt strafrechtsbedrijf. De pakkans moest vergroot. Als keerzijde daarvan kon het machtsvertoon van de zich in de straf wrekende vorst komen te vervallen. Humanisering dus van de straf: maar niet alleen uit een nieuw gewonnen besef van menselijkheid, doch om tot een meer stringente en konstante beheersing van de maatschappij te komen (...). Hoe belangrijk de verworvenheid van humaner straffen ook is, het was geen vloedgolf van louter ethiek die over Europa sloeg, maar een respectabele benaming voor berekening van de straf met het oog op haar maatschappelijk effect⁹.

⁶ Zie O. Fischl, a.w. p. 28.

⁷ Zie (vanuit een tot het strafrecht beperkt gezichtspunt) over de Verlichting in Engeland - m.n. Bentham - O. Fischl, a.w. p. 73 e.v.; en over Duitsland - m.n. Frederik de Grote en een reeks auteurs op strafrechtelijk terrein - p. 85 e.v. Voor een wat ruimere invalshoek, zie de bronvermelding bij Foqué & 't Hart, t.a.p.

⁸ Zie vooral A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, oratie Utrecht, Deventer 1972; en dezelfde, 'Recht als vals bewustzijn', in: C. Kelk e.a. (red.), *Recht, macht en manipulatie*, Utrecht/Antwerpen 1976, p. 189-220.

⁹ A.C. 't Hart, 'Art. 25 W.V.W. en het legaliteitsbeginsel', in: *Macht en onmacht van de wetgever*, Deventer 1978, p. 218. De auteur vervolgt met een voor ons onderwerp belangwekkende passage: 'In wetten moesten glasheldere omschrijvingen worden opgenomen van die handelingen die delikten opleverden, met preciese vermelding van de strafposities. Een gevolg daarvan was inderdaad een zo groot mogelijk rechtszekerheid die tevens de individu bescherming bood. Maar dat was de keerzijde van de bedoeling om, door de burgers exakt voor te houden wat verboden is en hoe streng de straf is die op overtreding van het verbod staat, hen af te houden van het verboden

Deze gedachte is verder ontwikkeld en uitvoerig gedocumenteerd door Lieven Dupont, in een beschouwing over een aantal fundamentele rechtsbeginselen die volgens de 18^e-eeuwse, vooral Franse strafrechtstheoretici de rechtsbedeling zouden moeten normeren. Dupont behandelt achtereenvolgens het legaliteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het personaliteitsbeginsel, het publiciteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel¹⁰. Voor de probleemstelling in dit opstel zijn uiteraard vooral zijn opmerkingen over het legaliteitsbeginsel interessant. Daaraan onderscheidt hij eerst een *rechtspolitieke dimensie*, die gelegen is in de bescherming van de burger tegen willekeurig overheidsoptreden¹¹. Vanuit dit perspectief wordt de argumentatieve waarde van het contractdenken en het wetsbegrip besproken, onderwerpen die we aanstonds in het werk van Montesquieu en van Beccaria nadrukkelijk terug zullen zien. Dupont wijst er overigens op dat verschillende auteurs destijds weigerden genoeg te nemen met de schriftelijke (wettelijke) *vorm* als grondslag van publieke machtsuitoefening, en op een diepere legitimatie aandrongen door op grond van het sociale contract ook *inhoudelijke* eisen te stellen aan de wetgeving¹².

De traditionele interpretatie van het legaliteitsbeginsel schiet tekort, aldus Dupont, aangezien daarin uitsluitend aandacht bestaat voor de rechtsbescherming van het individu. Naast een rechtspolitieke dimensie heeft het beginsel echter ook nog een *pragmatische dimensie*, die de som is van de crimineelpolitieke dimensie¹³ en de organisatorische dimensie¹⁴.

Met de *crimineel-politieke dimensie* wordt het generaal preventieve effect bedoeld van vooraf omschreven misdrijven en daartegen bedreigde sancties. Dupont zegt hierover dat de leer van de psychologische dwang van Von Feuerbach dus al embryonaal aanwezig is in de geschriften van de 18^e eeuwse penalisten. In dit opzicht vormt het legaliteitsbeginsel een onderdeel van een nieuwe strategie van misdaadbestrijding, die naadloos aansluit op het toentertijd heersende rationalistische mensbeeld van de homo economicus.

De *organisatorische dimensie* beoogt een einde te maken aan de onoverzichtelijkheid van het strafrechtelijk systeem. Als de wet geen uitsluitel geeft over de gevallen waarin repressief mag worden opgetreden en bovendien vaak onduidelijk is welke bevoegdheden de justitiële functionarissen hebben, dan zullen veel vergrijpen ten onrechte onbestraft blijven. Het legaliteitsbeginsel vormt een remedie hiertegen, waardoor het tevens een positieve bijdrage levert aan de onderdrukking van criminaliteit.

Hetgeen voor het legaliteitsbeginsel geldt, gaat volgens Dupont ook op voor de overige genoemde rechtsbeginselen. Aan de hand van de werken van een tweetal auteurs zet hij uiteen dat de beginselen in de 18^e eeuwse strafrechtstheorieën allerminst eenduidig werden geïnterpreteerd: waar de één (G.F. Letrosne) de rechtszekerheid als ultieme grondslag

gedrag?

¹⁰ L. Dupont, *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling*, Arnhem 1979, p. 49-70.

¹¹ L. Dupont, a.w. p. 49-53.

¹² Met name door J.P. Marat, *Plan de législation criminelle*, Neufchâtel 1780, Paris 1790; en C.E. Pastoret, *Des lois pénales*, Paris 1790.

¹³ L. Dupont, a.w. p. 53-54.

¹⁴ L. Dupont, a.w. p. 54-55. Later is het onderscheiden van verschillende 'dimensies' ook overgenomen door andere auteurs. Zie bijvoorbeeld C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer 1998, die verschil maakt tussen de constitutionele, de rechtsbeschermende en de generaal-preventieve dimensie.

van het strafrecht ziet en de maatschappelijke status quo wenst te handhaven, beschouwt de ander (J.P. Marat) de rechtsbeginselen juist als impuls om het strafrecht instrumenteler in te zetten teneinde de socio-politieke en economische structuren te veranderen¹⁵. Dupont spreekt in dit verband over de 'meerdere' van de beginselen; even later wijst hij zelfs op de 'dubbele bodem' ervan:

'Eenzijds kunnen zij beschouwd worden als richtsnoeren van een hervormingsstrategie van een 'humaner' en een 'rechtvaardiger' strafrecht. *Prima facie* zijn het humanitaire rechtsbeginselen: beginselen die het rechtskarakter van de strafrechtspleging bepalen, doordat zij de mens als rechtssubjekt beschermen tegen een onrechtmatig, d.i. uitsluitend op macht berustend, overheidsoptreden. Dit is de draagwijdte die de auteurs zelf er overwegend aan gegeven hebben. Anderszijds vertonen deze zogenaamde rechtsbeginselen een onmiskenbare pragmatische, op een doel-middelen relatie betrekking hebbende, keerzijde. Bij vele hervormingsgezinde auteurs ging het niet alléén, of niet op de eerste plaats, om een humaner of om een rechtmatiger strafrecht, maar om de rationalisatie van de strafrechtspleging, om een nieuwe strafrechtseconomie in een nieuw maatschappelijk bestel, waarbij de intentie voorzat om middels een efficiënter werkend en hanteerbaarder strafrechtssysteem, een nieuwe vorm van maatschappelijke controle in het leven te roepen of om de bestaande maatschappelijke controle, thans uitgebreid over het overheidsoptreden zelf te vergroten¹⁶.

Tegen deze achtergrond kan de blik nu worden gericht op de ideeën en standpunten van een tweetal prominenten uit de reeks van schrijvers die invloed hebben gehad op de hervorming van de strafrechtsbedeling. De eerste wiens opvattingen zullen worden besproken is Montesquieu.

3. Montesquieu

Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu (1689-1755) was een edelman. Hij was ook jurist en bekleedde als president van een gerechtshof een gewichtige rechterlijke functie. Als schrijver verwierf hij in 1721 roem na het (overigens anonieme) verschijnen van zijn *Lettres Persanes*, een satirisch betoog over het Frankrijk van de Régence. Maar de monumentale betekenis van zijn persoon berust toch vooral op het boek *De l'esprit des lois*. Anders dan sommige bij toeval beroemd geworden geschriften, was dit bepaald geen gelegenheidsprodukt. Montesquieu heeft vanaf 1734 systematisch literatuuronderzoek gedaan, met name op het gebied van het recht, de geschiedenis en de geografie: tot aan de uiteindelijke publicatie in 1748 werd hij hierbij bijgestaan door secretarissen die bij hem in dienst waren, soms wel zes tegelijk! Het wereldvermaarde *De l'esprit des lois* - en vooral hoofdstuk XI, 6 over de constitutie van Engeland - berust dus op zorgvuldige studie, naast de eigen ervaringen van de auteur. In de navolgende onderdelen van deze paragraaf worden eerst enkele centrale thesen uit het boek weergegeven¹⁷, vervolgens zullen de strafrechtelijke consequenties daarvan worden belicht en tenslotte wordt de door Montesquieu

¹⁵ Zie L. Dupont, a.w. p. 78-85.

¹⁶ L. Dupont, a.w. p. 86. Zie ook het schema op p. 87-89 en een beschouwing over de ideologische implicaties op p. 90-91.

¹⁷ Die zijn minder algemeen bekend dan doorgaans wordt verondersteld. Vergelijk ook D.J. Elzinga, 'De waarde van een relatief wetsbegrip', oratie Groningen 1988, opgenomen in diens bundel *Oculi Iustitiae. Pleidooien voor een contextuele rechtsbenadering*, Deventer 1997, p. 169 e.v., die - niet geheel ten onrechte - op p. 175 vooral een aantal strafrechtelijk georiënteerde auteurs een veeg uit de pan geeft door hen te verwijten Montesquieu te citeren zonder de primaire klassieke teksten zelf zorgvuldig te hebben gelezen.

gevolgde redenering aan een nadere beschouwing onderworpen.

Montesquieu onderscheidt drie mogelijke staatsvormen: de republiek, de monarchie, en de despotie¹⁸. In de republiek berust de soevereine macht bij het volk (democratie) of een deel daarvan (aristocratie). De monarchie wordt gekenmerkt door een éénhoofdige leiding, die regeert door middel van vaste en openbare wetten. Een despoot daarentegen regeert volgens zijn eigen wilsbeschikkingen, die hij naar believen kan veranderen. Vervolgens onderzoekt de schrijver de implicaties en de dynamiek van deze staatsvormen. Hij stelt dan voorop dat de modellen niet willekeurig kunnen worden gemanipuleerd: de *natuurlijke omstandigheden* van een samenleving bepalen grotendeels de geschikte organisatievorm. Omgekeerd heeft de aard van de regering belangrijke invloed op de denkbare inhoud van de wetgeving. Uitgewerkt op het gebied van het strafrecht heeft dit bijvoorbeeld gevolgen voor de verhouding tussen de rechter en de wet:

'Dans les états despotiques, il n'y a point de loi: le juge est lui-même sa règle. Dans les états monarchiques, il y a une loi: et là où elle est précise, le juge la suit; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans le gouvernement républicain il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie'¹⁹.

Ook de hoogte van de op te leggen sancties zal in elk model anders zijn²⁰, hetgeen wordt toegelicht met een reeks voorbeelden, onder andere uit het Romeinse en Japanse recht. In boek VII wordt vervolgens ingegaan op het verval van de verschillende staatsvormen. De algemene oorzaak van verval is gelegen in het verzaken van de beginselen waarop de bestaande structuur berust: 'Le corruption de chaque gouvernement commence presque toujours par celle des principes'²¹.

Dan volgt boek XI, over de politieke vrijheid van de burger in de staat. Vrijheid bestaat niet uit de ongelimiteerde mogelijkheid om alles te doen wat een individu goeddunkt. Neen, 'la liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent ...'²². En in het fameuze zesde hoofdstuk volgt nog een andere omschrijving: 'la liberté politique dans un citoyen est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté'²³.

Hoe is deze politieke vrijheid van de burger daadwerkelijk te realiseren? Montesquieu stelt voorop dat dit alleen mogelijk is onder een gematigd regime ('dans les gouvernements modérés'), waarin de publieke macht niet wordt misbruikt ('elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir'). En misbruik kan uitsluitend worden voorkomen als de ene macht stelselmatig wordt geconfronteerd met een andere macht binnen de staat: 'Pour qu'on ne puisse abuser

¹⁸ (Livre) II, (chapitre) 1.

¹⁹ VI, 3.

²⁰ VI, 9: 'Il seroit aisé de prouver que, dans tous ou presque tous les Etats d'Europe, les peines ont diminué ou augmenté à mesure qu'on s'est plus approché ou plus éloigné de la liberté'.

²¹ VIII, 1, uitgewerkt in de hoofdstukken 2 en 5 (t.a.v. de republiek), 6 (t.a.v. de monarchie) en 10 (t.a.v. de despotie).

²² XI, 3 (de cursiveringen in de tekst zijn steeds door mij aangebracht).

²³ Zie ook nog XII, 2: 'La liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté'. En vergelijk in soortgelijke zin XXVI, 20.

du pouvoir, *il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*²⁴. In deze context is het begrijpelijk waarom Montesquieu zo royaal aandacht besteedt aan de constitutie van Engeland: het doel van deze constitutie is het waarborgen van de politieke vrijheid van het individu in de staat. Vanuit deze invalshoek wordt dan het stelsel van machtsverdeling beschreven, dat onder het trefwoord 'trias politica' algemeen bekend is geworden. Ik zal op dit punt alleen het hoognodige vermelden.

De legislatieve macht heeft tot taak wetten te maken; de uitvoerende macht draagt zorg voor de openbare orde en veiligheid en onderhoudt de buitenlandse betrekkingen; en de rechterlijke macht beslecht conflicten tussen individuen en bestraft misdadigers.

De plaats van de wetgever in het staatsbestel wordt uiteraard goeddeels bepaald door het *wetsbegrip*. Welnu, volgens Montesquieu zijn wetten geen subjectieve, willekeurige machtspreuken van een soeverein, maar de betrekkingen die noodzakelijk volgen uit de natuur der dingen²⁵. Dit valt te begrijpen vanuit zijn achterliggende opvatting dat een rechtssysteem uit zichzelf een aprioristische structuur als die van de wiskunde bezit, die zich realiseert in een door bijzondere levensomstandigheden bepaald stelsel van positieve regelingen. In dit perspectief is de wet de rede die in de werkelijkheid wordt aangetroffen. Het samenvallen van het algemene met het bijzondere in dit wetsbegrip wordt in 'de l'esprit des lois' gedemonstreerd met een reeks voorbeelden²⁶. Voor ons onderwerp kan worden volstaan met de opmerking dat de wetgever bij het regelen van maatschappelijke verhoudingen rekening moet houden met allerlei sociale, economische, geografische, klimatologische en demografische factoren. Zo zal bijvoorbeeld het klimaat van invloed zijn op de gemiddelde leeftijd waarop jongens en meisjes in een bepaald land geslachtsrijp zijn, hetgeen voor de wetgever een gegeven is waarmee rekening moet worden gehouden in het huwelijksgoederenrecht²⁷.

De verhouding tussen de verschillende machten in de staat kan voorts worden opgehelderd door de personele bezetting daarvan onder ogen te zien. Montesquieu is van mening dat de wetgevende macht moet worden uitgeoefend door een vertegenwoordigend lichaam, bestaande uit twee afdelingen: één voortgekomen uit de gewone burgerij, en een uit de rijen van de erfelijke adel. Ter voorkoming van een dictatuur van de meerderheid hebben de edelen in de wetgevende vergadering een veto-recht in aangelegenheden die hun belangen raken. De uitvoerende macht berust in beginsel bij één persoon. In navolging van Locke wordt ook hier de aard van de te nemen beslissingen de belangrijkste reden voor dit standpunt genoemd. Volgens Montesquieu is een personele unie tussen de legislatieve en executieve macht onverenigbaar met politieke vrijheid voor de burger in de staat. De wetgever wordt in zoverre gecontroleerd door de uitvoerende macht, dat de laatstgenoemde de tijdstippen en de duur van de wetgevende vergaderingen bepaalt en voorts een veto-recht heeft over de uitgevaardigde regelingen: het gevaar van despotie moet namelijk worden bezworen door te verhinderen dat de positie van de executieve zou kunnen worden ondergraven.

²⁴ XI, 4.

²⁵ *De l'esprit des lois* wordt geopend met de zin: 'Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses ...' (I, 1).

²⁶ Zie I, 3 en vooral ook boek XVIII.

²⁷ Hoewel het voorbeeld in de huidige tijd een zonderlinge indruk maakt, is Montesquieu van mening dat vrouwen die op relatief jeugdige leeftijd geslachtsrijp zijn, in geestelijk en intellectueel opzicht nog niet volwassen zijn wanneer ze in het huwelijk treden. Daarom, aldus Montesquieu, ligt het voor de hand dat mannen en vrouwen in *warme landen niet*, en in *koele landen wel* gelijke rechten toekomen in het huwelijksgoederenrecht. De wetgever mag dan niet naar believeen een andere regeling treffen.

Voor de probleemstelling van dit opstel is uiteraard vooral ook de positie van de rechter in het onderhavige model van belang. Op dit punt suggereert Montesquieu een groot verschil tussen de toenmalige situatie in Frankrijk en de toestand die hem als wenselijk voor ogen stond:

'La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux; et l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats (...) Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étoient une opinion particulière du juge, on vivroit dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte'²⁸.

Door de beperking van subjectiviteit zou de bedreiging van de individuele vrijheid dus wegvallen. Vandaar het, op het eerste oog radicale, oordeel: 'des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle'²⁹.

De positie van de magistratuur wordt nog duidelijker wanneer wij tenslotte bezien in welke drie situaties de rechterlijke functie wordt opgedragen aan de (adelijke afdeling van de) wetgevende macht. Dat is ten eerste het geval wanneer een edelman moet worden berecht³⁰. In de tweede plaats kan de wet soms in een concreet geval te streng zijn. Aangezien de rechter niet bevoegd is een mildere dan de bedreigde sanctie op te leggen, zal de wetgever in die situaties een matigende invloed moeten doen gelden³¹. En ten derde mogen ambtenaren niet door de gewone rechter worden berecht. Als de verdenking bestaat van misbruik van bevoegdheden, moet de uit het gewone volk gerecruteerde afdeling van de wetgevende macht als aanklager een strafactie entameren bij de andere afdeling.

Het vierde hoofdstuk van boek XII opent met de krachtige bekentenis: 'C'est le triomphe de la liberté, lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime'. De schrijver stelt daarmee al in de eerste zin buiten twijfel dat zijn denkbeelden op strafrechtelijk terrein geheel aansluiten bij de algemene opvattingen die daaromtrent heersten in de Verlichting. Montesquieu bepleit tolerantie en matiging, zowel bij het formuleren van delictsom-schrijvingen als bij het aankondigen en opleggen van sancties³². Wreedheid dient te wijken,

²⁸ XI, 6.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Dit standpunt gaat in feite terug op de Magna Charta uit 1215 (met het recht op berechting door 'peers'), die op dit punt een traditie heeft gevestigd.

³¹ In dit verband volgt dan de passage waarmee iedere jurist vertrouwd is:
Il pourroit arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, seroit, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle.

³² Zie XII, 18: 'On ne peut faire de grandes punitions, et par conséquent de grands changements, sans mettre dans les mains de quelques citoyens un grand pouvoir. Il

de straf moet doelmatig (kunnen) zijn. Kortom, een echo van de hierboven in paragraaf 2 in algemene termen beschreven inzichten. Over het legaliteitsbeginsel laat hij zich echter niet *expressis verbis* uit. Daarom moeten wij zijn standpunt hieromtrent op eigen kracht reconstrueren door deductie uit zijn staatkundige theorie.

Als we de weergegeven staatsinrichting bezien vanuit het gezichtspunt van machtsbeperking, dan blijkt Montesquieu een groter wantrouwen te koesteren jegens de wetgever en de rechter dan jegens de executieve³³. Zo stelt hij op diverse plaatsen in het betoog garanties voor die moeten waarborgen dat de wetgever niet despotisch wordt. Om te beginnen is deze macht onderworpen aan de 'loi de raison', maar daarnaast zijn ook de praktische maatregelen omtrent het bijeen roepen van vergaderingen - en het bepalen van de duur daarvan - bedoeld om te grote usurpatie van bevoegdheden tegen te gaan. Ten aanzien van de rechterlijke macht gaat zijn scepsis zelfs nog verder. Montesquieu - zelf als president van een hof vertrouwd geraakt met de toenmalige gang van zaken - meent dat individuele magistraten op disproportionele wijze kunnen ingrijpen in het leven van de burger. Teneinde excessen te voorkomen moet de rechter in toom worden gehouden door de andere machten in de staat.

In dit perspectief moet uitgesloten worden geacht dat de rechter op eigen gezag strafbare feiten in het leven zou kunnen roepen. Daarom behoort strafbaarheid op grond van gewoonterecht niet tot de mogelijkheden: het kan niet aan de jurisprudentie worden overgelaten om te bepalen welke gewoonten wel en welke niet door strafsancities te ondersteunen zijn. *Mutatis mutandis* kan analogische toepassing van strafbepalingen evenmin worden aanvaard. Handelingen die buiten een delictsomschrijving vallen maar wel op de verboden gedraging lijken, mogen dus niet op grond van een rechterlijk oordeel alsnog worden gecriminaliseerd. Montesquieu hecht grote waarde aan duidelijke strafwetten, waarin nauwkeurig wordt aangegeven aan welke normen de individuele burger zich moet houden. Zijn werk bevat dan ook diverse passages waarin wordt gepleit voor wat later het 'Bestimmtheitsgebot' wordt genoemd³⁴.

Daarmee zijn drie van de vier elementen van het klassieke legaliteitsbeginsel blootgelegd. Alvorens te bezien of ook het verbod van terugwerkende kracht in de onderhavige staatkundige theorie besloten ligt, moet eerst aandacht worden besteed aan een mogelijk bezwaar tegen de vorenstaande opmerkingen naar aanleiding van 'de l'esprit des lois'. De kern van de bedoelde tegenwerping berust op een andere lezing van de fragmenten over de positie van de rechter in de trias politica, en dan met name van de passages over de rechter als 'bouche qui prononce les paroles de la loi', als 'être inanimé, qui n'en peut modérer ni la force, ni la rigueur'. Deze vindplaatsen kunnen een magistraat voorstellen als een subsumptie-automaat. In een zuiver logische redeneerproces wordt dan een feitelijke situatie (minor) getoetst aan een wettelijke bepaling (maior), waaruit eenduidig zal blijken welk rechtsgevolg intreedt (conclusie). De eigen inbreng van de persoon van de beslisser is nihil; de legitimiteit van het oordeel is te herleiden op het gezag van de regelgever.

Nu leert iedere eerste-jaars student in de rechten tegenwoordig dat een dergelijke gang van zaken praktisch onmogelijk is. Syllogistische rechtstoepassing in de zojuist weergegeven vorm bestaat niet en kan ook niet bestaan. De belangrijkste reden daarvoor is dat allerlei in de wet gebezigde termen op verschillende manieren kunnen worden uitgelegd, waardoor de betekenis van een bepaling nooit zonder interpretatie kan worden vastgesteld. Dit elementaire inzicht kan vervolgens op tweeërlei wijze in verbinding worden gebracht met de ideeën van Montesquieu. Men kan stellen dat de rechtswetenschap sedert het midden van de 18^e eeuw

veut donc mieux, dans ce cas, pardonner beaucoup que punir beaucoup ...'. En IXX, 14: '...'

³³ De uitvoerende macht is namelijk zijns inziens 'van nature' al beperkt.

³⁴ Zie o.a. XXIX, 16.

kennelijk zodanige vorderingen heeft gemaakt, dat de triasleer op dit punt niet langer een rol speelt in de actuele verhoudingen. Maar in plaats daarvan kan ook worden betwijfeld of de 'bouche de la loi'-passages inderdaad oorspronkelijk een soort 'juge-automate' hebben verondersteld. Melai bijvoorbeeld heeft dit altijd ontkend:

'Voorzover Montesquieu de rechter in zijn ontwerp voor een verkieslijk staatsbestel heeft aangemerkt als een 'Etre inanimé', ligt in deze kwalificatie uitsluitend de aanwijzing opgesloten van de rechter als *instrument* tot verwerkelijking van het recht zoals dat - onafhankelijk van de eigenaardige voorkeuren van de rechter zelf en van de éézijdige belangen van wie dan ook - had te gelden (...). Het ontwerp van Montesquieu voor de juiste inrichting van de staat is niet ontstaan in de sfeer van het abstracte denken, maar op aansporing van zijn ernstige bezwaren tegen een feitelijke (staatsrechtelijke) stand van zaken. Bezwaren veronderstellen een eigen - afwijkende - opvatting, en Montesquieu heeft die opvatting als een *programma* in de triasleer neergelegd. Dit inzicht is van betekenis, omdat met het oog daarop de aanwijzing van de rechter als 'la bouche qui prononce les paroles de la loi' in het juiste licht komt te staan. Het is de korzelige plaatsaanwijzing van de rechter, die heeft te beseffen dat het recht is gegeven *buiten* hetgeen deze zelf voor goed zou houden. Hier is geen sprake van een naïef vertrouwen in een 'mechanische' wetstoepassing, maar van een (rechts)politiek postulaat, dat als zodanig tot op de dag van vandaag in het recht fungeert³⁵.

Deze these is onderzocht in de boeiende dissertatie van K.M. Schönfeld³⁶. Op grond van een tekstkritische beschouwing over de samenhang tussen (met name) XI, 6 en VI, 3 en 5, komt deze schrijver uiteindelijk tot de zogenoemde *roi-juge-hypothese*³⁷. De wet heeft drie 'organen': de ogen, de oren, en de mond. In oudere tijden zou de jury vooral de wet moeten lezen (de ogen) en informanten moeten verhoren (de oren); de rechter is in deze beeldspraak, aldus Schönfeld, de mond van de wet³⁸. Vervolgens kan in de Engelse geschiedenis een strijd tussen de rechter en de vorst worden aangewezen om de competentie van wetsuitlegging: 'judex est lex loquens' of 'rex est lex loquens'. Hieruit is de sleutelpassage in XI, 6 te verklaren: het fragment kan worden herleid tot een vroeg-zeventiende eeuwse tekst van Coke die positie koos in de controverse³⁹. De rechter als 'bouche de la loi' is blijkbaar een antwoord op een absolutistische aanspraak van de koning. Om nu anderzijds almacht van de rechter te vermijden, achtte men hem in Frankrijk ondergeschikt aan de wet en noemde hem een

³⁵ A.L. Melai, *Polariteit en tegenspraak*, aant. 4.16. (curs. in origineel). Zie ook *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, diss. Leiden, Arnhem 1968, p. 11; en *Het strafrecht en de cirkel der abstractie*, Oratie Leiden, Arnhem 1969, p. 12: 'De leer van de 'séparation des pouvoirs' had daarentegen een programmatisch karakter, voor zover in de voorgeschreven gebondenheid van de rechter aan de wet uitsluitend lag opgesloten, dat voor de bepaling van rechtsoordelen alleen aan de wet ontleende maatstaven of opvattingen mochten worden gebezigd'.

³⁶ K.M. Schönfeld, *Montesquieu en 'la bouche de la loi'*, diss. Leiden 1979.

³⁷ a.w. p. 34 e.v., 41.

³⁸ a.w. p. 37.

³⁹ a.w. p. 44 e.v.

'onbezield wezen'⁴⁰.

Het zou te ver voeren de bevindingen van Schönfeld hier integraal te recapituleren. Voor ons onderwerp is vooral van belang dat hij tot de algemene conclusie komt dat de 'juge-automate' een mythe is, die niet in 'de l'esprit des lois' mag worden gelezen.

Dat mag *in het algemeen* juist zijn, in het verband van het legaliteitsbeginsel moet de kwestie worden toegespitst op het *strafrecht*. En dan blijkt op de laatste bladzijde van het proefschrift van Schönfeld dat zijn conclusie eigenlijk alleen betrekking heeft op het *civiele recht*. Portalis - verdediger van de Franse Code Civil in 1801 - wordt namelijk met instemming als volgt aangehaald: 'daar waar Montesquieu de republikeinse rechter voorschrijft de letter van de wet te volgen doelt hij slechts op het strafrecht ...'⁴¹. Gaat het te ver om tegen deze achtergrond vast te houden aan mijn gevolgtrekkingen ten aanzien van het Bestimmtheitsgebot, het analogieverbod en de uitsluiting van strafbaarstellend gewoonterecht? Mij dunkt zeker niet. Het rechtspolitieke *programma* waarover Melai schrijft is immers primair bedoeld om de politieke vrijheid van staatsburgers te garanderen. De heerschappij van het recht over de oriëntatie op eigen waarden van de rechter komt in optimale vorm tot uitdrukking wanneer de genoemde elementen van het legaliteitsbeginsel in het strafrecht worden aanvaard.⁴²

Deze slotsom is minder makkelijk te motiveren in verband met het verbod van terugwerkende kracht. Volgens Binding bijvoorbeeld leidt een consequente toepassing van de idee van machtenscheiding juist tot terugwerkende kracht voor alle nieuwe strafbepalingen.⁴³ Zijns inziens brengt de relatief ondergeschikte positie van de rechter namelijk met zich mee dat deze niet moet kunnen kiezen tussen twee wetten die op het moment van oordelen beschikbaar zijn. Hoewel deze interpretatie van de *trias politica* gedurende de 19e eeuw zelfs door een meerderheid van de schrijvers werd gedeeld, is er nadien een verschuiving opgetreden. Van verschillende kanten werd bijvoorbeeld tegen deze zienswijze aangevoerd dat de wet volgens Montesquieu niet alleen tot de rechter, maar ook tot de justitiabelen is gericht⁴⁴. En bovendien staat de plaats van de rechter in de triasleer geheel los van de vraag naar de aanvaardbaarheid van terugwerkende kracht van delictsomschrijvingen. De rechter zou immers de duidelijke opvattingen van de wetgever dienaangaande gewoon kunnen volgen, maar de beslissende vraag is dan ook een andere: is de *wetgever bevoegd* om ex post facto regelend op te treden? En op dit punt in het debat moet worden teruggegrepen op de *ratio* van de machtenscheiding: 'Die Gewaltenteilungslehre ist nur das Sekundäre und Formale, nur eine Folgeerscheinung der primären Idee vor der Freiheit durch das Gesetz, ein - allerdings

⁴⁰ K.M. Schönfeld, a.w. p. 55.

⁴¹ K.M. Schönfeld, a.w. p. 74. Ik vind steun voor mijn (a contrario) interpretatie van de slotsom van Schönfeld bij G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, 2^e gewijzigde druk, Zwolle 1980, p. 11 (noot 2).

⁴² Vergelijk D.J. Elzinga, a.w. p. 199, die eveneens oog heeft voor de verschillen die er op dit punt tussen het strafrecht en andere rechtsgebieden bestaan.

⁴³ Zie Karl Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig 1885, erster Band p. 17 e.v.; en dezelfde, *Die Normen und ihre Uebertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, vooral deel I, getiteld *Normen und Strafgesetze*, Leipzig 1872.

⁴⁴ O.a. door G. Schöckel, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution*, Göttingen 1968, p. 73; en H.L. Schreiber, *Gesetz und Richter*, Frankfurt a.M. 1976, p. 57.

wesentliches - Mittel zur Erreichung der politischen Freiheit⁴⁵. Welnu, vanuit dit gezichtspunt zijn aan de theorie van Montesquieu drie samenhangende argumenten te ontleen voor een verbod van terugwerkende kracht van strafbepalingen.

In de eerste plaats het *vrijheidsbegrip*. Hiervóór hebben we al gezien dat vrijheid onder andere wordt opgevat als de 'tranquilité d'esprit' die ontstaat als de staatsburgers zich veilig weten tegen onverhoedse agressie door medeburgers of door de overheid. Strafrechtelijk optreden op grond van een voorschrift dat nog niet bestond op het moment van handelen is onmiskenbaar onverenigbaar met een dergelijke gemoedsrust.

Vrijheid werd ook omschreven als afwezigheid van niet op de wet berustende dwang. Dit leidt tot het tweede argument, het *wetsbegrip*. De wet moet, ook volgens Montesquieu, een *algemene* regel bevatten. Dit karakteristieke verschil tussen de legislatieve en de executieve functie zou worden veronachtzaamd in geval van een wet met terugwerkende kracht.⁴⁶

Het derde argument tenslotte is de *rechtsstaatgedachte*, die in feite bestaat uit een koppeling van de beide voorafgaande overwegingen. Van een rechtsstaat is sprake wanneer gezagsuitoefening berekenbaar is voor de burgers en moet berusten op geschreven, algemene voorschriften. Daarin is geen plaats voor bepalingen met terugwerkende kracht.

De status van deze argumenten verdient een zorgvuldige beschouwing.⁴⁷ De rechtspolitieke achtergrond van ogenschijnlijk wijsgerig begripsrealisme is ook in het werk van Montesquieu gemakkelijk aan te tonen. Zo is de algemeenheid geen logisch, intrinsiek kenmerk van de wet, maar een *rechtspolitiek postulaat*: een eigenschap die - afhankelijk van het gekozen gezichtspunt - zowel een *grondslag* voor alsook een *implicatie* van de triasleer vormt⁴⁸.

Dit leidt mij tot de vraag wat nu eigenlijk de preciese reden is voor de impliciete aanvaarding van alle elementen van het latere legaliteitsbeginsel in de onderhavige staatkundige theorie. Met andere woorden: waarom gaat Montesquieu verder dan bijvoorbeeld

⁴⁵ H.L. Schreiber, a.w. p. 58.

⁴⁶ Een voorschrift dat rechtsgevolgen verbindt aan daden die vóór de uitvaardiging daarvan zijn gepleegd, is immers noodzakelijkerwijze (tenminste gedeeltelijk) *niet algemeen* van aard. In andere woorden: voorzover een strafbepaling terugwerkende kracht heeft, is de gecriminaliseerde gebeurtenis naar subject en object niet verwisselbaar respectievelijk herhaalbaar. Daaraan doet niet af dat de regelgever op het moment van ingrijpen wellicht (nog) niet weet *welke* justitiabelen zich schuldig hebben gemaakt aan *welke* gedragingen. Vergelijk ook A.L. Melai, *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, diss. Leiden, Arnhem 1968, p. 21.

⁴⁷ Zie o.a. mijn *Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen*, oratie Tilburg, Arnhem 1987, m.n. p. 25 e.v.

⁴⁸ Vergelijk A.L. Melai, *Het strafrecht en de cirkel der abstractie*, Oratie Leiden, Arnhem 1969, p. 12: 'Het wetsbegrip in de Déclaration behelst een regel - in de betekenis van een voorschrift - en geen onvoorwaardelijk rechtsoordeel in concreto. Dit vloeit voort uit de leer van de 'separation des pouvoirs' ... (...). Het wetsbegrip in de Déclaration behelst niet alleen een regel maar bovendien een regel van algemeen karakter (...). Deze algemeenheid is geen logisch kenmerk van de regel, maar een *rechtspolitiek postulaat waarop de triasleer berust*'. In *Het wetboek van strafverordering*, Arnhem z.j., aant. 23 op art. 1 schrijft Melai evenwel: 'De algemeenheid van het hierbedoelde wetsbegrip is geen logisch kenmerk van het wettelijk voorschrift, maar een aan de triasleer ontleend rechtspolitiek postulaat dat de verhouding tussen de wetgeving en de commune rechtspraak beheerst' (mijn cursiveringen, MSG).

Locke⁴⁹, terwijl de door beide schrijvers gehanteerde argumenten vrijwel samenvallen?

Volgens Schöckel komt in dit verband wezenlijke betekenis toe aan de psychologische factor in het vrijheidsbegrip van Montesquieu⁵⁰. De nadruk zou niet zozeer worden gelegd op de objectieve beperking van de staatsmacht in strafrechtelijke aangelegenheden, maar vooral op de persoonlijke gemoedsrust van de rechtsgenoten. Dit individuele gevoel van veiligheid zou dan tot een hoge prijs moeten worden beschermd, en het vertrouwen van de burger met betrekking tot de voorzienbaarheid van repressief optreden verdient onvoorwaardelijk respect. Daarom zou bijvoorbeeld het verbod van terugwerkende kracht en het verbod van strafbaarheid op grond van ongeschreven recht nu voor het eerst ook kunnen worden uitgebreid tot handelingen die, eenvoudig gezegd, in strijd zijn met het natuurrecht.

De ratio van het legaliteitsbeginsel wordt ook tegenwoordig nog veelvuldig gezocht in de hoge waarde van het vertrouwen dat de individuele burger in de overheid moet kunnen stellen.⁵¹ Mede daarom is de kritiek van Hans-Ludwig Schreiber op de visie van Schöckel van groot belang: het verbod van terugwerkende kracht, zo meent hij, heeft

'bei Locke und bei Montesquieu eine wesentlich breitere gedankliche Basis als den Berechenbarkeitsgedanke (...). Die nur psychologische Betrachtungsweise erkennt, dass die politische Freiheit sowohl für Locke als auch für Montesquieu primär *aus einem Objektiv-Zuständlichen resultiert*, und zwar einen Verfassung des Staates, nach der alles durch feste, Willkür ausschliessende vernünftige Gesetze geordnet wird. Die Herrschaft dieser Gesetze sichert die Freiheit vor willkürlicher Herrschaft von Menschen über Menschen'⁵².

Ik denk dat Schreiber terecht de betekenis van het psychologische element in het vrijheidsbegrip reduceert door de afhankelijkheid van een objectieve stand van zaken te benadrukken. Persoonlijke gemoedsrust is een niet te operationaliseren - en daardoor minder geschikt - criterium, alleen al ten gevolge van de grote individuele verschillen binnen de samenleving. Bovendien is vanuit het psychologische gezichtspunt, anders dan Schöckel meent, wel degelijk verdedigbaar dat apert onzedelijke en sociaal-gevaarlijke handelingen hoe dan ook bestraft mogen worden⁵³. De reden voor de verdere uitbreiding van de bescherming van de burger in de visie van Montesquieu is volgens mij dan ook grotendeels cultureel bepaald. Locke wil strafrechtelijke repressie binden aan wettelijke machtiging daartoe, maar sluit de 'common-law' niet uit. Montesquieu gaat verder: hij ziet dat de toepassing van ongeschreven recht tot persoonlijke macht van de verschillende magistraten leidt. Om dezelfde reden pleit hij voor het lex certa-beginsel, daarmee een probleem signalerend dat bijvoorbeeld bij Locke nog niet kon rijzen. De triasleer van Montesquieu heeft daarom terecht grote faam verworven als de staatsrechtelijke grondslag van het legaliteitsbeginsel in strafzaken.

⁴⁹ Ik verwijs hier uiteraard naar het hoofdwerk *Two treatises of government*, bijvoorbeeld in de tekstuutgave door Peter Laslett (ed.), Cambridge 1963 (revised edition).

⁵⁰ G. Schöckel, a.w. p. 66 e.v.

⁵¹ Dit is bijvoorbeeld goed herkenbaar in de rechtspraak van het EHRM omtrent de toepassing van art. 7 EVRM. Zie o.a. een overzicht hiervan bij M.S. Groenhuijsen & F.G.H. Kristen, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald', *Delikt en Delinkwent 2001*, p. 330-346.

⁵² H.L. Schreiber, a.w. p. 59 (mijn curs.)

⁵³ H.L. Schreiber, a.w. p. 60: 'Denn berechenbar ist auch, dass der Staat eine unsittliche bzw. sozialschädliche Handlung mit Strafen ahnden wird. Und zweifelhaft wäre jedenfalls, ob ein etwaiges Vertrauen, er werde das nicht tun, rechtlich schutzwürdig wäre. Auch ungeschriebene allgemeine Prinzipien und Gewohnheiten können im übrigen durchaus vorher erkennbar und berechenbar sein'.

4. Enkele nadere opmerkingen omtrent het wetsbegrip

De staatsrechtelijke betekenis van het werk van Montesquieu voor de grondslag van het legaliteitsbeginsel berust in hoge mate op het door hem ontwikkelde wetsbegrip. Elementen daarvan - vooral gesteund, aangepast en verrijkt door beschouwingen van Rousseau⁵⁴ - hebben grote invloed gehad op de Franse revolutionaire staatstheorie. Dit blijkt uit verschillende bepalingen van de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789. Zo is de algemeenheid van de wet als rechtspolitieke eis uitdrukkelijk gestipuleerd (zie art. VI). En het zojuist in theorie uit dit kenmerk afgeleide verbod van terugwerkende kracht is - naast de overige elementen van het legaliteitsbeginsel - expliciet in art. VIII ondergebracht: 'Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée'.

In het standaardwerk van F.R. Böhlingk en J.H.A. Logemann wordt het onderliggende wetsbegrip uitvoerig weergegeven⁵⁵. Ten *eerste* is de wet de waarheid. Dat wil zeggen: de wet is de bindende vaststelling van een rechtsregel, die overeenstemt met de *loi de la raison*⁵⁶. De wet is dus een *regel*, en bevat daarom een voorwaardelijk rechtsoordeel in abstracto, geen onvoorwaardelijk rechtsoordeel in concreto⁵⁷. De omstandigheid dat de wet de waarheid bevat vormt ook de reden voor haar verbindende kracht: de plicht tot gehoorzaamheid berust dus niet op de feitelijke wil van de wetgever. Op grond van dit kenmerk moet voorts het aantal wetten beperkt zijn, moet hun inhoud eenvoudig zijn en mogen de wetten niet zijn gericht op het wijzigen van maatschappelijke verhoudingen. Tenslotte dienen de wetten op grond hiervan ook algemeen te zijn ten aanzien van hun ruimtelijke en temporele werking, en ten aanzien van de rechtsfeiten en rechtssubjecten waarop ze betrekking hebben.

Deze algemeenheid - het *tweede* bestanddeel van het wetsbegrip - wordt overigens vanuit diverse invalshoeken gemotiveerd. Naast de gedachte van wet als uitdrukking van de 'raison humaine' kunnen namelijk ook de constitutioneel gewaarborgde machtenscheiding, het karakter van de in de *Déclaration* opgenomen vrijheidsrechten, en de daarin besloten gelijkheidsgedachte worden aangewezen als belangrijke argumenten voor deze rechtspolitieke eis.

In de *derde* en *vierde* plaats behoort volgens Böhlingk tot dit wetsbegrip dat het moet gaan om *naar buiten werkende* rechtsregels, die in het algemeen de burger iets ge- of verbieden. Interne regelingen of voorschriften waarin de staat de rol van burgerlijke rechtspersoon heeft, vallen hier dus buiten.

Böhlingk demonstreert punt voor punt de grote invloed van Montesquieu (en van Rousseau) op deze ideeën. Omdat het post-revolutionaire materiële wetsbegrip inhoud geeft aan de gedachte van de heerschappij van de wet in de staat, is voor Böhlingk het onderzoek naar het wetsbegrip identiek aan een onderzoek naar de betekenis van het legaliteitsbeginsel⁵⁸.

⁵⁴ Ik zal niet herhalen wat ik hierover eerder heb opgemerkt in mijn bijdrage 'In de schaduw van een verlicht filosoof', in: E. André de la Poste e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken* (Melai-bundel), Arnhem 1983, p. 147-168.

⁵⁵ F.R. Böhlingk, J.H.A. Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland*, Alphen a/d Rijn 1966, p. 12-23.

⁵⁶ F.R. Böhlingk, J.H.A. Logemann, a.w. p. 15. Vergelijk ook A.L. Melai:, *Het strafrecht en de cirkel der abstractie*, oratie Leiden, Arnhem 1969, p. 12.

⁵⁷ F.R. Böhlingk, J.H.A. Logemann, *ibidem*.

⁵⁸ F.R. Böhlingk, J.H.A. Logemann, a.w. p. 26. Vergelijk omtrent deze relatie ook I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving. De verandering van het legaliteitsbeginsel in de twintigste eeuw*, diss. Amsterdam, 's-Gravenhage 1984.

Dit laatste lijkt mij een te enge visie. Volgens mij valt op grond van de beschikbare historische bronnen niet te ontkennen dat er naast het wetsbegrip méér factoren van invloed zijn op het complex van normen dat hier gemakshalve doorgaans wordt aangeduid met het trefwoord 'legaliteitsbeginsel'. Tegen deze achtergrond is het wenselijk nu de blik te wenden naar het werk van een andere invloedrijke schrijver uit de 18^e eeuw.

5. Beccaria

'En droit pénal, comme en procédure pénal, les changements les plus importants ne sont pas l'initiative des juristes'⁵⁹. Deze bewering van Pompe is waarschijnlijk in z'n algemeenheid niet goed verdedigbaar, maar bevat zeker een kern van waarheid. Dat blijkt bijvoorbeeld uit een in 1764 - anoniem - gepubliceerd boek van de hand van Cesare Beccaria Bonesana (1738-1794). Als juridische leek⁶⁰ heeft deze Milanese edelman door dit jeugdwerk⁶¹ enerzijds een ongekende persoonlijke roem verworven, en anderzijds een wezenlijke bijdrage geleverd aan de hervorming van de strafrechtsbedeling van zijn dagen. Het boek is getiteld '*Dei delitti e delle pene*' (Over misdaden en straffen). In de nu volgende bespreking van de centrale strafrechtelijke opvattingen van Beccaria wordt uiteraard bijzondere aandacht geschonken aan de onderdelen die in verband staan met het legaliteitsbeginsel.

Beccaria vat zijn relaas in de laatste regels van het boek samen in één 'algemeen en zeer nuttig beginsel':

'Om te vermijden, dat welke straf ook een daad van geweld zou zijn van een enkel persoon of van velen tegenover één burger in het bijzonder, moet zij werkelijk openbaar zijn, zo spoedig mogelijk worden uitgesproken, noodzakelijk en in de gegeven omstandigheden de minst strenge zijn, in de juiste verhouding staan tot het gepleegde misdrijf en voorgeschreven zijn door de wet'⁶².

Hoe komt de auteur nu tot deze visie? Welke argumenten voert hij aan voor deze aanbevelingen, die op bijna alle punten scherp contrasteren met de dagelijkse praktijk van de toenmalige strafrechtsbedeling? Welke veronderstellingen liggen aan zijn werk ten grondslag en wijken deze af van de uitgangspunten die in het algemeen worden gedeeld door de 'philosophes'?

Allereerst moet dan worden gewezen op de utilitaristische achtergrond van de onderhavige denkbeelden. Volgens Beccaria moet aan de wetgeving in een staat het doel ten grondslag liggen een maximaal geluk te bevorderen voor een maximaal aantal mensen⁶³. Dit oogmerk brengt met zich mee dat de overheid alleen dan tot bestraffing van een justitiabele mag overgaan, wanneer dit nuttig en noodzakelijk is.⁶⁴ Teneinde te achterhalen in welke

⁵⁹ W.P.J. Pompe, *Beccaria a-t-il encore une message pour les criminalistes de notre temps?*, Tijdschrift voor Strafrecht 1964, p. 194.

⁶⁰ 'Leek' is misschien wat sterk uitgedrukt; in ieder geval was hij geen door theorie en praktijk geschoolde specialist op dit terrein. Pas in 1791 wordt hij lid van een commissie die de hervorming van het strafrecht en de politie moet bestuderen.

⁶¹ Eerder vermeldde ik dat Montesquieu 14 jaar gedaan heeft over de voorbereiding van zijn boek; Beccaria schreef zijn werk binnen enkele maanden.

⁶² *Over misdaden en straffen*, ingeleid, van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels, Antwerpen/Zwolle 1971, p. 482.

⁶³ Zie *Over misdaden en straffen*, p. 301.

⁶⁴ Deze gedachte dat sancties op hunt maatschappelijk nut moeten worden getoetst, treffen we in die tijd veel vaker aan. Vgl. Ook O. Fischl, a.w. p. 45.

omstandigheden daarvan sprake is, onderzoekt hij vervolgens de oorsprong van het recht tot straffen. Die grondslag vindt hij in het sociaal contract: de som van de kleine deeltjes individuele vrijheid die bij overeenkomst zijn afgestaan ten gunste van het algemeen welzijn, vormt de souvereiniteit van de natie, inclusief het recht tot straffen⁶⁵.

Aan deze uitgangspunten ('grondbeginselen') verbindt Beccaria vier gevolgtrekkingen⁶⁶. De eerste daarvan houdt in 'dat alleen de wetten de straffen mogen bepalen die op de misdaden gesteld worden'. Hij voegt daaraan toe dat de rechter geen enkele bevoegdheid heeft om tegen zijn medeburgers een straf uit te spreken die niet naar soort en maat bij de wet voorzien is. De tweede gevolgtrekking is dat er alleen wetten mogen worden uitgevaardigd van algemene strekking, waaraan alle burgers zich moeten onderwerpen. In zijn derde gevolgtrekking wijst de auteur, enigszins omslachtig, wrede sancties van de hand⁶⁷. De vierde gevolgtrekking tenslotte luidt dat de rechter niet bevoegd is de strafwet te interpreteren; omdat hij niet over wetgevende macht beschikt is hij alleen gerechtigd om de wet letterlijk toe te passen.

Algemeen wordt aangenomen dat in *deze* passages voor het eerst in de wereldliteratuur *expliciet* - dus: met zoveel woorden - wordt gepleit voor het legaliteitsbeginsel. Deze interpretatie lijkt mij in essentie juist. Hoewel Beccaria in zijn eerste gevolgtrekking slechts stelt dat alle straffen op de wet moeten berusten, zonder daaraan apart toe te voegen dat alleen de wet kan bepalen wat misdrijven zijn (verbod van strafbaarstellend gewoonterecht), volgt dit onmiskenbaar uit zijn beschouwingen omtrent de onderlinge verhouding tussen de rechter en de wetgever. Uit die beschouwingen blijkt ook zonneklaar dat hij een voorstander is van het analogieverbod. De afwijzing van voorschriften met terugwerkende kracht ligt besloten in de tweede gevolgtrekking, waarin hij de algemeenheid van de wet als absolute eis poneert (zie hierboven). In hoofdstuk 5 laat hij zich tenslotte ook kennen als een pleitbezorger van het Bestimmtheitsgebot, hetgeen nogal voor de hand ligt tegen de achtergrond van het eerderbeschreven interpretatieverbod.

Beccaria is in feite een prototypische exponent van het Verlichte wijsgerige denken in de 18^e eeuw, toegepast op strafrechtelijke aangelegenheden. Als een relatief onbeschreven blad in juridische aangelegenheden heeft hij in dit opzicht geen last van beroepsdeformatie of van op traditie berustende affiniteit met het bestaande systeem⁶⁸, zodat hij wantoestan

⁶⁵ *Over misdaden en straffen*, p. 308: 'Het is dus zeker, dat iedereen slechts geneigd is een minimaal deel als pand aan de gemeenschap in bewaring te geven, en wel uitsluitend net genoeg om de anderen er toe over te halen, voor het resterende deel van zijn vrijheid in te staan. De samenbundeling van al deze minimale deeltjes maakt het recht tot straffen uit. Alles wat er meer bij komt, is misbruik en niet meer gerechtvaardigd, is louter feitelijke macht en nog geen recht. Elke straf wordt fundamenteel en van nature onrechtvaardig, zodra zij niet strikt noodzakelijk is om het pand van het algemeen welzijn ongeschonden te bewaren'.

⁶⁶ *Over misdaden en straffen*, p. 309-312.

⁶⁷ 'Indien het bewijs kon worden geleverd van de nutteloosheid van overdreven wreedheid van de straffen, zelfs indien ze niet rechtstreeks in strijd zou zijn met het algemeen welzijn en met het specifiek doel van de straffen, namelijk om criminaliteit te voorkomen, dan zou die wreedheid alleen reeds daardoor in conflict komen met de heilzame aard van de 'verlichte Rede', die verkiest over een gelukkige vrije maatschappij te regeren in plaats van over een troep geterroriseerde slaven. Maar a fortiori zou een dergelijke overdreven wreedheid in strijd zijn met de rechtvaardigheid en de geest zelf van het maatschappelijk verdrag'.

⁶⁸ Dit is een interessant verschijnsel dat in de geschiedenis van de wetenschap leer veel vaker is gesignaleerd. Thomas Kuhn heeft er bijvoorbeeld op gewezen dat een nieuw paradigma ontstaat door een 'flits van intuïtie', meestal bij een jonge wetenschapper die nog niet zo lang bekend is met de finesses van het vakgebied. Zie *De structuur*

den vrijmoedig kan kritiseren vanuit de nieuwe filosofische denkbeelden. Eerder in dit opstel (paragraaf 2) hebben wij al gezien dat binnen de Verlichting precies die verhoudingen werden geproblematiseerd, die ook centraal staan in het debat omtrent het legaliteitsbeginsel. Wat dat betreft heeft Beccaria vooral de grote verdienste gehad de consequenties door te denken van de uitgangspunten die eerder al door andere auteurs naar voren zijn gebracht.

Welke zijn dan die uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de gedachtengang van Beccaria? In de eerste plaats postuleert hij een vergaande veranderlijkheid van de inhoud van de wetten. De idee van de absolute redelijkheid (Pufendorf c.s.) wordt meer op de achtergrond geplaatst door de subjectieve menselijke inbreng in dit verband te benadrukken. Een tweede uitgangspunt of veronderstelling is van metafysische aard. Beccaria hanteert het mensbeeld van de *homo economicus*: het rationele individu dat vrij is om zelf een bepaalde gedragslijn te kiezen en van die vrijheid gebruik zal maken door de lusten en lasten van voorgenomen handelingen tegen elkaar af te wegen (vergelijk ook Hobbes). In dit indeterministische model berust ook de misdaad op een eigen keuze van de delinquent. Vandaar dat eigenlijk alle strafrechtelijke opvattingen van Beccaria de strekking hebben dit persoonlijke afwegingsproces te beïnvloeden, en wel zodanig dat de nadelen van de misdaad de voordelen daarvan zo duidelijk mogelijk overtreffen⁶⁹. Voorkóming en bestrijding van de criminaliteit staan geheel in deze sleutel. Preventie moet in de eerste fase plaatsvinden door middel van de bedreiging van straf. Dit kan alleen effectief gebeuren wanneer de burger bekend is welke gedragingen verboden zijn en welke sanctie op overtreding is gesteld⁷⁰. Als er dan toch een misdaad wordt gepleegd wordt ook de procedure van berechting, de hoogte van de op te leggen straf en de wijze van tenuitvoerlegging bepaald door het te verwachten preventieve effect. Daarom moet de procedure vooral *snel en openbaar* zijn⁷¹, de strafmaat waar mogelijk gematigd⁷². Tenslotte is nog op te merken dat Beccaria een strikt evenredige verhouding tussen delict en straf bepleit: hoe zwaarder het feit, hoe hoger de sanctie. De maat van de reactie is dus niet afhankelijk van de persoon van de dader maar alleen van de ernst van het feit dat hij heeft begaan, waarbij als maatstaf voor de relatieve ernst geldt het nadeel dat de maatschappij ervan ondervindt⁷³.

van wetenschappelijke revoluties, Boom, Meppel 1979 (derde druk), p. 164.

⁶⁹ *Over misdaden en straffen*, p. 367: 'Om aan een bepaalde sanctie haar volle uitwerking te geven is het voldoende, dat het leed, dat de straf meebrengt, groter is dan het voordeel dat het plegen van het misdrijf oplevert. Tot dit overwicht dient ook de overtuiging bij te dragen, dat het onmogelijk is zijn gerechte bestraffing te ontlopen, alsook het verlies van de voordelen, die het misdrijf zou hebben opgebracht'.

⁷⁰ Vergelijk *Over misdaden en straffen*, p. 439: 'Ik zou geen enkele uitzondering kunnen vinden op dit algemene grondbeginsel: elke burger moet weten welke gedragingen een misdrijf uitmaken en welke niet'.

⁷¹ *Over misdaden en straffen*, p. 392: 'Hoe eerder de straf uitgesproken wordt na het plegen van het misdrijf, des te rechtvaardiger en des te nuttiger is zij ...'.

⁷² *Over misdaden en straffen*, p. 365: 'De tot nu toe gegeven beschouwingen tonen duidelijk, dat het doel van de bestraffing niet kan zijn om een gevoelig wezen te pijnigen, noch om als resultaat na te streven, dat een gepleegd misdrijf ongedaan wordt gemaakt (...) Neen ! Het doel van de bestraffing is niet anders dan de delinquent te beletten, zijn medeburger door nieuwe strafbare feiten nog eens te benadelen en de andere mensen er van af te schrikken hetzelfde te doen'.

⁷³ Zie *Over misdaden en straffen*, p. 410 e.v.: de mate van opzet of het morele verwijt aan de dader is dus niet doorslaggevend. Volgens J.M. Michiels (p. 142) is hoofdstuk

Wij herkennen in dit betoog vier fundamentele argumenten voor het ingenomen standpunt. Ten eerste de zogenoemde *balanceergedachte*, die berust op het mensbeeld van Beccaria in combinatie met zijn volstrekt indeterministische uitgangspunt. Het tweede argument dat in relatie tot het legaliteitsbeginsel van belang was, is gelegen in het *wetsbegrip*. De consequenties - en de overtuigende kracht - van de eis van algemeenheid zijn hierboven al nagegaan in mijn kanttekeningen bij de standpunten van Montesquieu. Een derde argument wordt gevormd door het beroep dat Beccaria doet op het *maatschappelijk contract*. De *zelfstandige* betekenis of waarde van dit argument is evenwel gering. Hetzelfde oordeel moet worden gehecht aan het vierde argument: de zogenaamde *rechtsstaatgedachte*. Ten aanzien van beide overwegingen bestaat namelijk het risico dat op deze wijze een 'argument' in de discussie wordt gebracht, waarin een opvatting wordt verondersteld waarvan de aannemelijkheid nu juist het centrale voorwerp van debat is.

Beccaria is vooral een welsprekende vertolker van enkele basis-ideeën uit de Verlichting.⁷⁴ Zijn werk heeft geleid tot een opmerkelijke popularisering van dit gedachtengoed op strafrechtelijk terrein.⁷⁵ Ter afronding laat ik hem nog éénmaal zelf aan het woord, om te onderstrepen dat zijn oproep tot hervorming in directe, duidelijke taal was gesteld, die nauwelijks ruimte lijkt te bieden aan daarvan afwijkende inzichten:

'Elke burger zonder onderscheid moet de overtuiging hebben, dat het hem geoorloofd is alles te doen, wat niet strijdig is met de wet, en zonder dat hij daarvan enig ander nadelig gevolg zal ondervinden dan uiteraard uit deze daad zelf kan voortvloeien. Dit is het politiek dogma, dat alle volkeren zouden moeten aanvaarden, dat de hoogste overheden zouden moeten aanprijzen en dat de wetten onwrikbaar zouden moeten beschermen. Zonder dit heilig principe is elke wettelijkheid in de maatschappij ondenkbaar. Het is de gerechtvaardigde vergoeding voor het offer, dat de mensen brengen wanneer zij afstand doen van hun absolute persoonlijke vrijheid en onafhankelijkheid'⁷⁶.

6. Slotbeschouwing

Foqué en 't Hart hebben het werk van Montesquieu en van Beccaria belicht in het teken van de ontwikkeling van het strafrecht in die dagen. In de voorafgaande paragrafen van dit opstel is een meer toegespitste invalshoek gekozen. Mijn beschouwing is specifiek gericht op de bijdrage die de ideeën van de besproken auteurs hebben gehad aan de introductie van het legaliteitsbeginsel in het latere klassieke strafrechtsdenken. Dit verschil in perspectief leidt begrijpelijkerwijs op onderdelen tot andere accenten in de waardering van het betrokken gedachtengoed.

Ik constateer dat zowel Montesquieu als Beccaria belangrijke dragende argumenten hebben vertolkt voor een grotere berekenbaarheid van de punitieve rechtsgevolgen van door burgers voorgenomen handelingen. Aan alle overwegingen die zij beiden aan dit thema hebben gewijd, wordt zonder uitzondering het meest compleet tegemoet gekomen indien de

41 (p. 470-480) te zien als 'een voorlopige schets van moderne criminele profylaxie'. Mijns inziens onderschat Michiels op dit punt de onoverbrugbare wijsgerige verschillen tussen Beccaria en de aanhangers van de latere zgn. moderne richting.

⁷⁴ Zo ook Foqué & 't Hart, a.w. p. 84, die terecht opmerken dat Beccaria's invloed veel groter is geweest dan zijn wijsgerige diepgang.

⁷⁵ Daaraan werd niet in de minste plaats bijgedragen door de omstandigheid dat Voltaire al in 1766 een uiterst lovend commentaar schreef op het werk van Beccaria. Zie zijn *Commentaire sur le livre des délits et des peines, par un avocat de province*. Pikant detail is overigens dat Voltaire een aanzienlijk minder positieve bespreking wijdde aan het hoofdwerk van Montesquieu, onder de titel *Commentaire sur l'Esprit des lois de Montesquieu*, gepubliceerd in 1776.

⁷⁶ *Over misdaden en straffen*, p. 414.

strafrechtsbedeling zou worden georganiseerd op basis van een min of meer uitputtende inventaris van wettelijk vastgelegde verbodsnormen en daaraan verbonden strafsancties.

In de argumentatie zijn verschillende zwaartepunten aan te wijzen. Bij Montesquieu is het vertrekpunt gelegen in wat ik nu maar met een trefwoord aanduid als de leer van de machtscheiding en het daarvan deel uitmakende wetsbegrip. Beccaria zoekt het uitgangspunt voor zijn beschouwingen meer in het idee van het sociaal contract. De vraag is nu welke consequenties aan dit verschil zijn verbonden en hoe deze zouden kunnen doorwerken in meer hedendaagse bespiegelingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het strafrecht.

Foqué en 't Hart signaleren op grondslagentheoretisch niveau (ten minste) twee wezenlijke verschillen. Ten eerste een verschillende visie op het codificatie-ideaal. Montesquieu wijst - anders dan Beccaria - codificatie in stricte zin af, vooral vanwege "het gevaar dat codificatie van het recht de verhouding tussen recht en macht weer zal doen omslaan en dat het tot eenheid gebrachte recht opnieuw alleen een instrument zal zijn van centralistische machtsuitoefening".⁷⁷ Anderzijds - dus ten tweede - is het contractsdenken een kenmerk dat, in de verhouding tussen beide auteurs, exclusief is voor Beccaria. En dit heeft belangrijke gevolgen voor ons onderwerp: "Het legaliteitsbeginsel kan als institutioneel gegeven in zijn denken slechts rechtsbescherming garanderen aangezien het de rechtssubjectiviteit bevestigt die inherent is aan zijn contractsdenken. De kern van het beschermende aspect van het strafrecht is bij Beccaria dus gelegen in de idee van rechtssubjectiviteit, waaraan het legaliteitsbeginsel logisch ondergeschikt is (...) (Juist doordat het legaliteitsbeginsel zijn grondslag vindt in de idee van rechtssubjectiviteit (...) krijgt dit beginsel een beschermende lading die verder gaat dan de eis om te voldoen aan de - op zichzelf ook belangrijke - formaliteiten van het wetgevingsproces."⁷⁸

Op het niveau van de grondslagentheorie zijn deze verschillen onmiskenbaar aanwezig, en fundamenteel van aard. Dat neemt niet weg dat bij het spiegelen van deze denkbeelden aan een positieve ordening van de rechtsstof de meer gemeenschappelijke elementen de boventoon gaan voeren.⁷⁹ Eén van die elementen is volgens mij gelegen in het besef dat de rechtsvorm van de geschreven wettelijke regeling weliswaar tot rechtsbescherming voor de burger kan leiden, maar dat die vorm alleen op zichzelf nog onvoldoende is. De vorm is een afgeleide van een meer inhoudelijk bepaald streven naar een systematische begrenzing van de strafrechtelijke machtsuitoefening door de overheid. Daarin ligt wat mij betreft ook het voornaamste aanknopingspunt voor de relevantie van de besproken 18^e eeuwse denkbeelden voor de hedendaagse strafrechtspleging. Ik wijs op twee kwesties die - toen en nu - in het centrum van de belangstelling dienen te staan.

In de eerste plaats is er de actualiteit van de *verdeling* (de spreiding) van de macht in het staatsbestel. Natuurlijk is de *trias politica* zoals beschreven en geanalyseerd in 'De l'esprit des lois' door de tijd achterhaald. Uiteraard is bijvoorbeeld - ook in strafrechtelijke aangelegenheden - de rol van het bestuur onvergelijkbaar in belang toegenomen sinds Montesquieu zijn gedachten uitwerkte. In menig opzicht valt niet te ontkennen dat de rechtspositie van de burger tegenwoordig inhoudelijk hoofdzakelijk vorm krijgt door de beleidsbeslissingen van de administratie.⁸⁰ Maar met die vaststelling is nog niet gezegd dat de ratio achter de beschreven triasleer aan belang heeft ingeboet. Witteveen heeft er terecht op gewezen dat deze denkbeelden multi-interpretabel zijn, en dat er ook in de huidige tijd nog

⁷⁷ Foqué & 't Hart, a.w., p. 109, met uitvoerige bronvermeldingen en met uitleg van het gegeven dat legaliteit en codificatie niet vanzelfsprekend samenvallen.

⁷⁸ Foqué & 't Hart, a.w., p. 106-107.

⁷⁹ Ik hoop dat ik Foqué en 't Hart (a.w., p. 103) niet misversta als ik hen hier ter ondersteuning aanhaal: "De gelijkenissen tussen beiden zijn dan ook wellicht belangrijker dan de verschillen." Zie ook p. 93: "Voor beiden geldt dat die ongelimiteerde machtsuitoefening slechts blijvend verhinderd kan worden door het zichtbaar maken van het mechanisme zelf van de machtsvorming."

⁸⁰ Hierop is vooral ook gewezen in verschillende publicaties van 't Hart.

altijd dwingende argumenten aan kunnen worden ontleend die pleiten voor een *evenwicht* van in een staatsinrichting werkzame machten.⁸¹ De notie van ‘evenwicht’ veronderstelt daarbij een zekere ruimte voor dynamische rechtsontwikkeling. Maar zelfs bij een dergelijke inkadering blijft het mogelijk om op onderdelen vast te houden aan randvoorwaarden die al in het werk van Montesquieu worden gesteld.⁸² Wat mij betreft moet daarbij primair worden gedacht aan de eis dat de wetgever is geroepen om algemene, abstracte rechtsoordelen te vellen en niet bevoegd is om te treden in de beoordeling van individuele gevallen. Daarmee staat bijvoorbeeld op de eerder aangegeven gronden vast dat de wetgever geen strafbaarstellingen met terugwerkende kracht mag uitvaardigen.

De rechtsvorm van de geschreven wet houdt dus al een zekere beperking in ten aanzien van de denkbare inhoud daarvan. Maar zowel Montesquieu als Beccaria maken duidelijk dat er ook binnen die vorm nadere beperkingen in acht moeten worden genomen teneinde een pervertering van het rechtssysteem te voorkomen. Dat is een gedachte die tot op de dag van vandaag ter harte dient te worden genomen. Zo hebben ook diverse contemporaine auteurs gewezen op het gevaar van een overschatting van de democratische legitimatie die in abstractie kan worden ontleend aan het formele wetsbegrip. In feite ligt een dergelijke waarschuwing reeds impliciet besloten in de kritische duiding van de verschillende dimensies van het legaliteitsbeginsel door Lieven Dupont.⁸³ Foqué en ‘t Hart hebben deze spanning verder gethematiseerd in het concept van de contrafactische betekenis van rechtsbeginselen.⁸⁴ In dezelfde lijn - maar directer op de inhoud gericht - heeft Peters drie ‘strategieën’ ontmaskerd die wel worden gebruikt om strijdigheid van de rechtspraktijk met de materiële bedoeling van rechtsbeginselen te ontkennen.⁸⁵ De eerste daarvan is om eenvoudig te veronderstellen dat een complex van meta-normen als het legaliteitsbeginsel compleet is gerealiseerd door strafbaarstellingen bij wet te regelen. De tweede methode is om zo’n beginsel te interpreteren op een wijze waardoor het geheel komt te passen in een doelrationeel beleid en daarvan een onderdeel gaat vormen. En de derde strategie is om te stipuleren dat beginselen ten aanzien van bepaalde categorieën van personen of problemen niet toepasselijk zijn. Naar mijn mening formuleert Peters hier drie belangrijke aandachtspunten waarop dient te worden gelet bij het toetsen van de *inhoud* van wettelijke regelingen aan de grondgedachten achter het legaliteitsbeginsel in strafzaken. Als er in deze opzichten tekort wordt geschoten, vormt de formele naleving van art. 1 Sr in feite een schijnlegitimatie voor een praktijk die niet beantwoordt aan de pretenties van het rechtssysteem. De met het legaliteitsbeginsel beoogde rechtszekerheid verwordt dan gemakkelijk tot een lege categorie, die de burgers niet de bescherming geeft waarop ze denken aanspraak te maken. De psychologische gemoedsrust (‘*tranquillité d’esprit*’) in het vrijheidsbegrip van Montesquieu sluit dan niet langer aan op de ‘*Objektiv-Zuständlichen*’ stand van zaken⁸⁶ die de kern van het rechtsstaatbegrip vormt. De schijnzekerheid van een inhoudelijk uitgehold legaliteitsbeginsel vervalst in dat geval het bewustzijn van de rechtsburger omtrent zijn garanties tegen willekeurige of excessieve machtsuitoefening

⁸¹ W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, oratie Tilburg, Zwolle 1991, p. 35 e.v. en p. 69 e.v.

⁸² Hierin volg ik het uitgangspunt van Witteveen, a.w. p. 73: “Staat evenwicht van machten bij de eigentijdse interpretatie van de *trias politica* voorop, dat betekent niet dat men het zonder een element kan stellen dat sterk lijkt op de klassieke leer van de scheiding van machten.”

⁸³ Zie paragraaf 2 hierboven. Ik herinner er op deze plaats aan dat Dupont verschillende 18^e eeuwse schrijvers citeert die juist op de grondslag van het sociaal contract ook *inhoudelijke* eisen stellen aan de wetgeving.

⁸⁴ Foqué & ‘t Hart, a.w., hoofdstuk 4, p. 113 e.v.

⁸⁵ A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, oratie Utrecht, Deventer 1972.

⁸⁶ Zie H.L. Schreiber, paragraaf 3 hierboven.

door de overheid.⁸⁷ Omgekeerd kan het besef dat het legaliteitsbeginsel niet automatisch ten volle is gerealiseerd in en door zijn positivering in art. 1 Sr, bijdragen aan een *programma* waarin de rechtsontwikkeling systematisch en kritisch wordt gevolgd vanuit het perspectief van de aan dat beginsel ten grondslag liggende waarden. Zo'n benadering sluit aan bij de meer algemene notie van het recht als een 'project'⁸⁸, waarin idealen besloten liggen waaraan voortdurend verder moet worden gewerkt. Dit biedt in aanzet een mogelijkheid om de eerdergenoemde strategieën te neutraliseren. De wettelijke vorm van strafbaarstellingen is dan wel een noodzakelijke, maar per definitie geen voldoende waarborg; het legaliteitsbeginsel wordt principieel gepositioneerd als een set van normen met een kritische potentie ten opzichte van het vigerende beleid; en voor opportunistische uitzonderingen op dit beginsel is geen ruimte.⁸⁹ En Beccaria? Is het zinvol om te concluderen dat het legaliteitsbeginsel bij hem logisch ondergeschikt is aan de idee van de rechtssubjectiviteit? Ik denk dat Beccaria danig onder de indruk zou zijn als hij wist dat hem thans zo'n wijsgerige fijnzinnigheid wordt toegeschreven. Zelf houd ik het er op dat het rechtsburgerschap dat inderdaad inherent is aan zijn contractsdenken (en dat door Foqué en 't Hart dus terecht wordt benadrukt) niet primeert boven het legaliteitsbeginsel, maar juist als dragende grond kan worden ingeroepen voor een interpretatie en ontwikkeling van het beginsel die recht doen aan functie en betekenis daarvan.

Zoals al zo vaak is gebleken, kan studie van het werk van Montesquieu en Beccaria dus een inspiratie vormen bij het bewerken van actuele strafrechtelijke vraagstukken. Ik voeg daar in één adem aan toe dat het oeuvre van Joest 't Hart ons nog vele jaren inspiratie zal bieden om met een frisse blik opnieuw de geschriften van klassieke auteurs ter hand te nemen.

⁸⁷ Vergelijk - in ruimer verband - A.A.G. Peters, 'Recht als vals bewustzijn', in: C. Kelk e.a. (red.), *Recht, macht en manipulatie*, Utrecht/Antwerpen 1976, p. 189-220.

⁸⁸ Zie ook A.A.G. Peters, 'Recht als project', in: *Een beeld van recht*, *Ars Aequi* 1979, p. 245-256.

⁸⁹ Zie omtrent het lastige vraagstuk van theoretisch te funderen uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel mijn bijdrage 'Legaliteit als probleem', *Nederlands Juristenblad* 1982, p. 277-287. In een internationale context van gewapende conflicten en de betrokkenheid van overheden daarbij kan het vraagstuk overigens anders worden beoordeeld dan binnen de grenzen van een nationale rechtsorde; zie Machteld Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court. Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes*, diss. Tilburg, Antwerpen/Oxford 2002.