

bij hem wel de volgende stap: de rechter die kennelijk het laatste woord spreekt, past wetgeving in de praktijk toe en heeft daartoe allerlei overwegingen, inschattingen, waarderingen en interpretaties nodig. Dit is een reeds honderd jaar 'open deur' in het rechtsdenken. Het recht, en ook het strafrecht bestaat uit globale, soms opzettelijk vage normen met, zeker zo belangrijk, een bevoegdheidsverlening aan de rechter om die normen uit te werken, in te vullen en toe te passen. In die rechterlijke ruimte ontstaat het evenwicht der machten. Rechters putten dus uit meer bronnen dan wetgeving alleen. Rozemond schrijft zelf dat wettijken nadere uitleg en toepassing behoeven (p. 1464 r.k.). Zouden de gefundeerde waarschuwingen van de strafrechtswetenschappers niet zo'n bron, wellicht zelfs een zeer belangrijke bron zijn?

Het lijkt mij meer dan interessant om een interdisciplinair onderzoek (want rechtstheoretisch, positief-rechtelijk en empirisch) naar de juistheid van de hypothesen over dit corrigeren (Rozemond), de invloed van de strafrechtelijke waarschuwingen (Prakken, Spronken en Boone) en de praktijk van rechtsvinding en rechtstoepassing (o.a. Meijers, Scholten, Vranken e.v.a.) uit te voeren. Zo'n grootschalig onderzoek over rechtsvinding en rechtstoepassing zou kunnen uitwijzen of de strafrechtswetenschappelijke waarschuwingen de wolven enigszins op afstand weten te houden.

Het tweede punt is dat Rozemond de parlementaire democratie lijkt te minachten. Hij richt in totaal in bijna tweederde van zijn essay zijn pijlen op de strafrechtswetenschappers. Tenslotte formuleert hij in een wat korte slotalinea enige verwijten aan 'de politiek':

'Ook in die laatste betogen (beleidsnota's, memories van toelichting) wordt veel te weinig aandacht besteed aan de veranderde sociale context waarin het strafrecht functioneert en aan de oorzaken van misdaad, aan de rechten en beginselen waaraan het strafrecht moet worden getoetst, aan de empirische noodzaak van nieuwe wetgeving en aan de normatieve fundering en begrenzing van het overheidsoptreden tegen misdaad.

Misschien is dat ook wel te veel gevraagd van de poli-

Naschrift

Van Manen schrijft mij standpunten toe die ik niet heb verdedigd. Ik heb niet willen 'bewijzen' dat wij niet in een totalitaire staat leven en ik heb ook niet willen betogen dat politici ongevoelig zijn voor rationele argumenten. De strekking van mijn betoog was dat bepaalde retorische beweringen van strafrechtswetenschappers – bijvoorbeeld de bewering dat onze samenleving 'totalitaire trekken' heeft – onvoldoende met argumenten en feiten worden onderbouwd en dat die beweringen daarom onderscheidend vermogen missen: we hebben aan dergelijke beweringen niets om te kunnen vaststellen in hoe-

Plas/Valburg geldt nog altijd

In het redactionele 'Vooraf' van het NJB van 30 september jongstleden¹ geeft C.E. Drion als zijn mening te kennen dat de Hoge Raad recentelijk – in zijn arrest van 12 augustus 2005 inzake CBB contra JPO² – korte metten zou hebben gemaakt met het arrest Plas/Valburg³ dat tot op heden als standaard geldt voor de precontractuele fase. Daarbij komt het Drion voor dat de Hoge Raad een einde zou hebben gemaakt aan de 'beroemde drie fasen' van Plas/Valburg,

tici die zich in de eerste plaats moeten verantwoorden tegenover volksvertegenwoordigers die hen democratisch controleren en niet tegenover het rationale forum van de rechtswetenschap.' (p. 1185)

Het gaat mij om de strekking van de tweede alinea.⁴ Met de term 'politici' moet Rozemond het oog hebben op onder anderen ministers en staatssecretarissen, aangezien zij zich tegenover volksvertegenwoordigers moeten verantwoorden. Een rationale verantwoording is kennelijk te veel gevraagd, omdat de volksvertegenwoordigers de politici 'democratisch controleren'. De volksvertegenwoordigers zijn kennelijk niet voor rationele argumenten gevoelig of kunnen die niet begrijpen. Als ik parlementariër zou zijn, zou ik mij beslist aangesproken hebben gevoeld, zelfs beledigd. Ik begrijp niet wat Rozenmond bedoelt, zelfs niet na vele keren lezen. Sluit democratisch controleren rationele argumenten uit? Veel vertrouwen kan de strafrechtswetenschapper Rozemond niet in het parlementair stelsel en in de voortbrengselen van deze kennelijk irrationele parlementaire democratie hebben. Daarmee blijft van de democratische legitimiteit van het (straf)recht zo niet veel over, hoewel hij die juist zo belangrijk vond. Wat moet de rechtsstaat met al die gebrekkige voortbrengselen? Het woord is, lijkt mij, aan de rechters.

Daarbij moet ik bij mijn eerste punt terugkeren: de onbepaaldheid van het recht die via bevoegdheidsverlening wordt opgelost. Daar ergens, bij de uitoefening van die bevoegdheden, eindigt de rationaliteit, terwijl juist het 'einde' van de rationaliteit tot bevoegdheidsverlening dwingt. Anders zou de wetgever immers wel voor die invulling hebben gezorgd.⁵ Bij de vraag hoe die bevoegdheden moeten worden aangewend, komt het op overtuigen aan. En daarvan maakt de retorica een wezenlijk onderdeel uit. Wolven bestaan echt. Enig gegil en gestamp kunnen ze op afstand houden. Strafrechtswetenschappers maken zelden zonder reden lawaai. Of en hoe dat de loop van het recht beïnvloedt, is slechts met behulp van uitgebreid onderzoek vast te stellen. Dat lijkt mij fascinerend. ■

N.F. van Manen

(universitair docent Algemene Rechtsleer UvA)

verre onze samenleving al dan niet 'totalitair' is. Van Manen geeft zelf het probleem daarvan heel treffend weer: hij vergelijkt bepaalde uitspraken van strafrechtswetenschappers met 'gegil en gestamp'. De vraag die moet worden beantwoord voordat Van Manen met zijn onderzoek begint naar de effecten van dat gegil en gestamp is: dient gegil en gestamp wel onderdeel te zijn van een normaal wetenschappelijk betoog? ■

Klaas Rozemond

(uhd strafrecht VU Amsterdam)

en heeft de Hoge Raad zijns inziens de mogelijkheden teruggebracht tot het volgende: 'óf de afbrekende partij mag profiteren van het beginsel dat afbreken vrijstaat, óf hij is aansprakelijk voor alle schade (inclusief gederfde winst) ...'.

Zó geformuleerd zou het er inderdaad op lijken dat 'fase-2' van Plas/Valburg van het toneel is verdwenen. Het arrest CBB/JPO is kort geleden in de Kroniek van het Vermogensrecht⁴ als 'standaardarrest' aange-

- 2. De getallen tussen haakjes in deze tekst verwijzen naar de pagina's van het NJB van 2005.
3. Ties Prakken en Taru Spronken (p. 1451 e.v.) en Miranda Boone (p. 1462) reageerden. Rozemond sloot (voorlopig) af (p. 1463).
 4. Boone betwist, m.i. terecht, dat de eerste alinea geheel waar zou zijn (p. 1462).
 5. Dat lukt de wetgever slechts bij technisch operationeel-seerbare normen (snelheids-overtredingen en toegelaten conserveringsmiddelen zoals E212) alsmede bij autogene begrippen ('minderjarig' en 'testament').

1. NJB 2005/34, p. 1781.

2. LJN: AT7337.

3. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723.

4. NJB 2005/31, p. 1605-1606.