

De moderne burger in strafrecht en burgerlijk recht

A.M. Hol

C.J.J.M. Stolker

1. VOX POPULI

Onlangs verscheen *Kleine geschiedenis van de toekomst*, waarin 'twintig gerenommeerde Nederlandse wetenschappers en intellectuelen' ieder vanuit het eigen vakgebied in elk vijf thesen een visie op de toekomst geven.¹ J.C.M. Leijten is een van hen. Zijn bijdrage luidt 'Van vergelding naar resocialisatie en terug?'. De rode draad door deze bijdrage is die van de ontwikkeling van het strafrecht, als een van oorsprong vergeldings- en vergoedingsrecht, waarin het slachtoffer, individu of groep, een voorname rol speelde; naar een strafrecht waarin de overheid de boventoon ging voeren en dat gericht was op resocialisatie van de misdadiger. Leijten stelt zich de vraag of we op de weg terug zijn: terug naar een veel grotere rol voor de gekwetste burger en — daarmee samenhangend — terug naar een strafrecht en strafprocesrecht waarin de stem van de burger luider zal klinken. Hij vreest daarom voor een herinvoering van de doodstraf en voor de invoering van minimumstraffen. Dat laatste zou ten koste gaan van de kleinere misdadiger. Wel acht Leijten aanvaardbaar (en te verwachten) de invoering van juryrechtspraak.

De vrees voor een — laten we maar zeggen — harder en ongenueanceerder strafrecht lijkt terecht. De *vox populi* is nu eenmaal zelden tegelijkertijd een *vox humana*. Wie 'als gerenommeerde wetenschapper en intellectueel' de burger iets meer wil bieden dan een vierjaarlijkse mogelijkheid om op een man of vrouw naar zijn hart te stemmen, moet ook een stapje terug kunnen doen als het gaat om het eigen morele gelijk.

2. DE BURGER ALS JURLID

In Amerika heeft men dat al sinds 1776 begrepen. Daar heeft de burger in civiele zaken zowel als in strafzaken het recht op een *trial by jury*. Hij wordt geoordeeld door mensen van vlees en bloed, bij hem uit de straat afkomstig. Amerikanen beschouwen rechtspraak door jury's als wezenlijk en wenselijk. Het moet voorkomen dat de burger zich niet langer herkent in de regels waaraan hij zich moet houden. Rechters oordelen over de normen waaraan het handelen van

¹ *Kleine geschiedenis van de toekomst* — 100 thesen over de Westerse samenleving op weg naar de eenentwintigste eeuw, A.C. Zijdeveld (red.) 1994, blz. 59.

alledag moet voldoen. Dat kan men, zo redeneert de Amerikaan, niet geheel en al overlaten aan zo maar wat rechters.

Anderzijds is een *trial by peers* zeker geen waarborg voor onpartijdig oordeel. De befaamde zaak van Rodney King laat dat ook zien. Zo is er het gevaar dat het procesgeding zich in zekere zin verplaatst van het eigenlijke rechtsgeding naar de *selectie* van de juryleden. Dit samenstellen van een jury is een uitermate belangrijke zaak en daarin wordt dan ook heel veel tijd gestoken. De uiteindelijke samenstelling van de jury is vaak beslissend voor de uiteindelijke uitslag. Onder juristen in Amerika gaat het verhaal van een Amerikaanse en een Engelse advocaat die met elkaar spraken over het recht. De Amerikaan vroeg aan zijn Engelse confrater wanneer in Engeland een rechtszaak zijn aanvang neemt. 'Wel', antwoordde de Engelsman, 'als de juryleden zijn ingezworen'. 'Oh', zei toen de Amerikaan, 'dan is bij ons het geding al voorbij.' En inderdaad lijkt achteraf gezien de zaak van de vier politiemannen al te zijn beslist toen de verdediging er in slaagde de rechtszaak te verplaatsen naar een (blank) voorstadje, met bovendien een nagenoeg blanke jury.²

3. DE BURGER KIEST ZIJN RECHTER

Behalve het recht op juryrechtspraak heeft de burger in vele staten van Amerika ook het recht zijn rechters te kiezen: de zogenaamde *judicial elections*. Ook dat vergt enige morele resistentie bij de gerenommeerde wetenschapper en intellectueel: zoals in 1987 toen een drietal rechters uit het State Supreme Court van Californië niet werd herkozen, onder wie de president van het hof, Rose Bird. De drie werden niet herkozen, omdat zij naar het oordeel van kiezers ten onrechte weigerden de doodstraf toe te passen. In nagenoeg alle gevallen waarin in een lagere instantie de doodstraf was uitgesproken, werd dat vonnis door het Supreme Court omgezet in andere straffen. 'Die doodstraf hebben we niet voor niets in onze wetgeving laten opnemen', zo redeneerden de burgers van Californië en na een kostbare mediacampagne tegen de drie rechters, zonden de kiezers het drietal heen.³

4. DE BURGER ALS HULP-OFFICIER

Rechtspraak door jury's en verkiezingen door rechters mogen nog heel ver weg lijken, *punitive damages* zijn dat misschien niet. En daarmee komen we bij een derde ingang waarop de burger zijn plaats binnen het strafrecht herneemt. De burger als welkome hulp bij de normhandhaving; de burger als hulp-officier van

² Zie nader: C.J.J.M. Stolker, *Democratie en rechtspraak*, in de Nieuwenhuisbundel, Deventer 1992, blz. 33 e.v.

³ Idem, blz. 38.

justitie, zoals hij elders in deze bundel wordt genoemd.⁴ Het zou zelfs nog een stap verder gaan als deze 'hulp' van de burger ook daadwerkelijk wordt verwacht.⁵ De vraag is dan of we op weg zijn naar een *privatisering van het strafrecht*. Ook dat is iets wat Leijten verwacht: civielrecht en strafrecht zullen steeds meer naar elkaar toe groeien, vooral wat hun 'middenstuk' betreft. Zo zal de vervolging van delicten tegen de veiligheid van de staat enerzijds, en de civiele processen tussen elkaar bestrijdende rechtspersonen anderzijds de vormen van beide rechtsstelsels zijn die hun eigenheid ten volle zullen behouden. Maar, zo schrijft Leijten, wat daar tussenin zit, wordt voor een deel gemeenschappelijk domein.⁶

5. DE AUTONOMIE VAN DE BURGER

De tendens van een nauwere betrokkenheid van de burger bij het recht, raakt de kern en de beginselen van het indrukwekkende bouwwerk van onze rechtsstaat. De spil van de rechtsstaat wordt gevormd door het ontzag voor de autonomie van de burgers. Het strafrecht en het burgerlijk recht vormen de klassieke kern van ons rechtsstelsel waarin de juridische voorwaarden voor ontplooiing en bescherming van de waarde van de autonomie zijn neergelegd. Bij een gedetailleerde vergelijking zou als vertrekpunt kunnen dienen de gemeenschappelijke functie van beide rechtsgebieden om deze waarde te realiseren. Daarom volgt hier nog een enkele opmerking over de (veranderende) plaats van de waarde van de autonomie in recht en samenleving.

Het strafrecht - met zijn legaliteitsbeginsel - biedt tegenwicht aan de enorme overmacht van de staat. Het voorkomt dat onbeperkt inbreuk wordt gemaakt op de natuurlijke vrijheden van de burger. Het commune strafrecht vormt de neerslag van de normen die het - door burgers gedeelde - respect voor een gelijke verdeling van die vrijheden uitdrukken. Zo staat het materieel strafrecht in dienst van de bescherming van burgerlijke waarden, en stelt het strafprocesrecht verdere restricties aan de overheid. Deze restricties leggen de toepassing van overheidsdwang aan banden en relateren haar aan de aard en de ernst van vergrijpen tegen de maatschappelijke orde. De erkenning en bescherming van de waarde van de autonomie komt binnen het strafrecht op treffende wijze tot uiting in het processuele recht van de aangeklaagde om het laatste woord te voeren.⁷ Wie iemand het laatste woord gunt, slaat hem hoog aan. Dat getuigt van respect. Op deze en andere (niet louter symbolische) wijzen

⁴ Zie de bijdrage van Stolker in deze bundel.

⁵ Zie de inleiding van de bijdrage van Hol.

⁶ Zie de bijdrage van Lord Rodger in deze bundel, waarin wordt ingegaan op de mogelijkheden om via civiele procedures strafrechtelijke problemen op te lossen.

⁷ Zie art. 311 lid 4 van het WSV.

moet de machteloosheid van de burger tegenover de over-macht van de staat worden gecompenseerd.

Ook de structuur van het burgerlijk recht wordt bepaald door de waarde van vrijheid en gelijkheid. Het duidelijkst komt dit naar voren in het overeenkomstenrecht.⁸ De grondslag van een burgerrechtelijke verplichting berust hier in beginsel op vrije wilbepaling. Een ieder - en in dit opzicht is men gelijk - is slechts gebonden aan een ander voor zover men dat zelf heeft gewild. Omdat de idee van zelfbinding centraal staat in het burgerlijk recht, is dit rechtsgebied regelend van karakter en laat het veel ruimte voor burgerlijke creativiteit. Het biedt echter wel mogelijkheden om in te grijpen daar waar niet meer kan worden gesproken van gelijkwaardigheid van partijen of van autonome wilsvorming. De regelingen van dwang, dwaling en bedrog zijn hier exemplarisch.

Zo gezien zijn privaatrecht en strafrecht sterk betrokken op de burger. Het recht is echter in zekere zin ook terughoudend. Zoals reeds gezegd 'vox populi' is zelden 'vox humana'. Op welk soort burger heeft het recht betrekking? Het is niet de burger van vlees en bloed. Deze burger laat zich vaak leiden door passies en vooroordelen die hem kortzichtig maken. Hij overziet de verreikende gevolgen van zijn handelingen niet, overtrekt zijn eigen belangen en negeert die van zijn naaste of van de gemeenschap. Kortom, door zijn 'kortzichtigheid' heeft de burger van vlees en bloed soms moeite om zijn plaats te kennen binnen het geheel van de samenleving; en heeft hij moeite om het aandeel van anderen in voldoende mate te respecteren. 'Ieder het zijne': de burger kan vanuit zijn bijzondere positie niet steeds overzien wat hem en anderen redelijkerwijs toekomt. Vandaar de tussenkomst van het recht. Het wijst de concrete burger zijn plaats door hem voor te houden wat de redelijke en weldenkende burger in bepaalde gevallen zou doen. Wie de waarden van vrijheid en gelijkwaardigheid serieus neemt, heeft oog voor de belangen van anderen. Het eigen belang staat niet steeds voorop, maar moet zich voor een deel schikken naar de belangen van anderen en naar het algemene belang. Het is zoals met de test voor een moreel goede handeling: een goede handeling is een handeling die veralgemeend moet kunnen worden. 'Wat gij niet wilt dat u geschiedt, doet dat ook een ander niet'. De veralgemening waarop hier wordt gedoeld komt niet alleen tot uitdrukking in de idee van de algemeenheid van de wet, maar zeker ook in tal van maatstaven waarin een beroep wordt gedaan op de redelijkheid en billijkheid, op geobjectiveerde noties van schuld, zorgvuldigheid etc. Het recht spreekt de burger aan in zijn veronderstelde vermogen om te handelen met respect voor andermans autonomie.

⁸ Ook de regeling van onrechtmatige daad kan men begrijpen in termen van vrijheid en gelijkheid. Men zou de onrechtmatige daad kunnen omschrijven als een gedraging waarbij de een zich te veel vrijheid veroorlooft ten opzichte van de ander, waardoor de vrijheid van die ander te zeer wordt beperkt.

De dilemma's en problemen van strafrecht en privaatrecht van vandaag de dag kunnen worden begrepen tegen de achtergrond van de wellicht meest centrale gedachte van het recht: de burgerlijke autonomie te beschermen en te realiseren. De rechtsstaat van vandaag en van morgen staat voor andere problemen dan die van gisteren. Zo zijn er maatschappelijke ontwikkelingen die het bouwwerk van het recht lijken te ondergraven. We worden voor problemen gesteld die met de klassieke begrippen en dogma's niet meer het hoofd kunnen worden geboden. Nieuwe problemen vragen om nieuwe begrippen, nieuwe juridische constructies, kortom, om andere manieren van denken. De kunst zal zijn om bij het zoeken naar nieuwe wegen de waarden van vrijheid en gelijkheid niet uit het oog te verliezen. De uitdaging zal zijn om in de oplossingen die worden gevonden de waarden van vrijheid en gelijkheid niet alleen te respecteren, maar eerder te versterken. Hier ligt het gezamenlijk project van het privaatrecht en strafrecht.

Enkele aspecten van de hedendaagse maatschappelijke problemen waarbij de waarde van de individuele autonomie in het geding is, verdienen hier kort aandacht.

6. NIEUWE RISICO'S EN NIEUWE VERANTWOORDELIJKHEDEN

Er heeft een verandering plaats gevonden in het denken over morele verantwoordelijkheid. Deze verandering heeft zonder meer zijn weerslag gehad op de wijze waarop de juridische verantwoordelijkheid wordt ingevuld. Uit de opzet van zowel het burgerlijk recht als het strafrecht spreekt een opvatting over verantwoordelijkheid waarbij het individu met zijn morele habitus centraal staat. In beginsel 'draagt ieder zijn eigen schade' luidt het uitgangspunt van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Met zo'n beginsel wordt de burger op zijn individuele verantwoordelijkheid aangesproken. Hij dient zijn eigen boontjes te doppen. Hij kan eventueel de schade op een ander afwentelen, maar dan moet die schade wel door die ander zijn veroorzaakt en te wijten zijn aan diens schuld. Schuld heeft hier een morele connotatie: wie bij het volle verstand is en anders had kunnen handelen om schade te voorkomen, had dat ook moeten doen. De grondslag om iemand aansprakelijk te houden voor de schade van het slachtoffer is dus een individueel moreel tekortschieten. Men vindt dit element van schuld terug in zowel het privaatrecht als het strafrecht.⁹

Het hier geschetste idee van individuele verantwoordelijkheid past in een rechtsstelsel waarin de autonomie centraal staat. Daarbij wordt echter verondersteld dat de risico's waarvoor het individu de verantwoordelijkheid draagt binnen zijn invloedssfeer liggen. Het zou in strijd zijn met het idee van de individuele autonomie wanneer men wordt aangesproken op zaken waarop men

⁹ Zie de bijdrage van Wemes in deze bundel.

op geen enkele wijze grip heeft of kan hebben. Het probleem met de individuele verantwoordelijkheid is nu, dat er in onze samenleving risico's worden onderkend die zich geheel en al aan de invloedssfeer van het individu onttrekken. Het gaat om risico's die niet kunnen worden opgevat als het produkt van individueel handelen, noch kunnen worden beheerst door een of meer individuen. Het betreft risico's die inherent zijn aan de moderne maatschappelijke en technologische dynamiek, die zich aan de controle van individuele leden van de samenleving onttrekt. Het zijn de risico's van de zogenaamde risicomaatschappij: kernrampen, milieuverontreiniging, uitputting van bodemschatten.¹⁰ Het zijn risico's die nauwelijks nog kunnen worden geïndividualiseerd: we willen toch allemaal een genoeglijk leven? Het zijn niet de producenten, of de politici, of de wetenschappers, of de consumenten alleen die men voor de risico's van de welvaartsmaatschappij aansprakelijk kan stellen. We zijn met zijn allen verantwoordelijk, dus met geen van allen. De vraag is op welke wijze grip kan worden gekregen op de moderne risico's en welke rol het recht daarin kan spelen. Nu met de vermaatschappelijking van de risico's ook de verantwoordelijkheden zijn vermaatschappelijkt, hebben noties die zijn geënt op de individuele verantwoordelijkheid tenminste voor een deel hun werkzame kracht verloren.

7. FAITS COLLECTIFS

De hierboven aangestipte vermaatschappelijking van verantwoordelijkheden doet zich ook op een andere manier gelden. Ook in beginsel overzichtelijke en voor individuen beheersbare risico's worden niet meer uitsluitend geïndividualiseerd. De ontdekking van het sociale als determinant van het individuele handelen leidt ertoe dat niet elke misstap volledig aan het individu wordt toegerekend. Eenieder kent de verhalen over de moeilijke jeugd en de verderfelijke sociale omgeving van de delinquent. Daarnaast wordt onderkend dat bepaalde wenselijke voorzieningen, zoals het vervoer, nu eenmaal onvermijdelijk slachtoffers eisen. Statistisch kan men vaststellen dat bijvoorbeeld vervoer, of bepaalde industriële activiteiten hoe dan ook een bepaald aantal ongevallen impliceren. De onvermijdelijke schade nemen we op de koop toe vanwege het collectieve belang van deze maatschappelijke praktijken. Is het in dat geval dan ook niet billijk om de 'toevallige', individuele schade ook door het collectief te laten dragen? De risico-aansprakelijkheid voor schade die is veroorzaakt door een gebrekkig produkt kan mede in dit licht worden begrepen.

¹⁰ Vgl. over deze problematiek o.a. Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main, 1984; Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986; idem, *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt am Main, 1988.

De lijn van de collectivering van verantwoordelijkheid wordt doorgetrokken ook naar terreinen waar men alleen nog in overdrachtelijke zin van ongevallen kan spreken. Binnen de strafrechtelijke sfeer zijn de winkeldiefstallen exemplarisch, binnen het privaatrecht de particulieren die hun schulden niet meer kunnen afbetalen. Is het terecht om mensen die zich op deze wijzen in de nesten hebben gewerkt, hun misstappen tot in lengte van dagen na te dragen? Net zoals bij het vervoer zou men kunnen zeggen dat het hier om 'faits collectifs' gaat, om feiten die zich in een samenleving als de onze sowieso zullen voordoen.¹¹ In een maatschappij waarin leven vrijwel wordt geïdentificeerd met consumptie, is het onvermijdelijk dat er 'ongelukken' gebeuren. Men kan de misstappen in dat geval niet geheel en al toerekenen aan de individuele burgers. Wanneer het collectief de voordelen wil van een consumptiemaatschappij, dan moet het ook de lasten daarvan dragen.

Ook hier bestaat een spanning tussen de nieuwe maatschappelijke moraal en de klassieke noties van juridische verantwoordelijkheid. 'Eigen schuld, dikke bult' gaat hier niet langer zonder meer op.¹²

8. INDIVIDUALISERING

De tendens van collectivering van verantwoordelijkheden hangt overigens samen met een steeds verdergaande individualisering van de samenleving. Oude samenlevingsverbanden worden losser of lossen op. Familie, buurt en werk: steeds minder zijn deze verbanden bepalend voor het doen en laten van het individu. De burger heeft zich in de moderne tijd losgemaakt uit oudere verbanden en van oude afhankelijkheden. Hij staat steeds meer op eigen benen. Deze nieuwe onafhankelijkheid wordt in onze samenleving echter niet slechts opgevat als een vrijheid *van*, maar tevens als een vrijheid *tot*. De moderne individualiteit is gericht op ontplooiing. Materiële en maatschappelijke belemmeringen die aan die ontplooiing in de weg staan, moeten daarom zoveel mogelijk worden weggenomen. Als gevolg van deze individualisering is het minder vanzelfsprekend dat kan worden teruggevallen op steun van de traditionele sociale verbanden. De burger van vandaag verwacht daarom dat de overheid wel zal bijspringen.¹³

¹¹ Vgl. over de notie 'faits collectifs' A.J. Van, Onzekerheid over daderschap en causaliteit, diss. Rotterdam, Arnhem 1995, blz. 117 e.v.

¹² Zie de bijdrage van Huls en Peters in deze bundel.

¹³ Zie daarover uitvoeriger A.M. Hol, Individualisering en jurisdisering, Determinanten van de moderne rechtscultuur, in: De Rol van de rechter en de wetgever bij de rechtsontwikkeling in België en Nederland, Leiden 1995, blz. 1 e.v.

9. MONDIGHEID

De moderne burger denkt zich als individu. Dat wil zeggen dat hij op eigen benen wil staan en zijn eigen boontjes wil doppen. Deze moderne perceptie van de individualiteit heeft niet alleen zijn weerslag op het materiële recht, maar klinkt ook door in het procesrecht. De mondige burger voegt zich niet meer zonder meer naar de eigen logica en alle technieken van het proces. Hij wil een dialoog en een verantwoording van de gang van zaken.¹⁴ Hij wil bovendien zijn eigen verhaal kwijt. De vraag rijst of op het terrein van het burgerlijk recht de populariteit van korte gedingen en andere minder traditionele vormen van conflictbeslechting niet een signaal zijn dat een te grote afstand bestaat tussen de traditionele rechtspraak en de mondige burger.

Ook in het strafrecht speelt de veronderstelling dat de moderne burger mondig is een rol. Het meest pregnant komt dit naar voren in de discussie over de vraag of de verdachte in het proces niet net zoals in het burgerlijk proces als procespartij moet worden beschouwd. Als dat het geval is, dan mag van de verdachte een zekere alertheid worden verwacht wanneer het gaat om toepassing van beschermende regels. Wie mondig is, draagt ook een eigen verantwoordelijkheid.¹⁵

10. NIEUWE AFHANKELIJKHEDEN

Individualisering en vermaatschappelijking, het zijn de twee zijden van één medaille. Ze hebben beide geleid tot een nieuwe inrichting van de zorg. Het individu kan niet meer terugvallen op oude verbanden, en de maatschappij kan niet meer alle verantwoordelijkheid voor de zorg op het individu afschuiven. De overheid heeft in toenemende mate de taak op zich genomen om de noodzakelijke (en soms meer dan noodzakelijke) zorg te organiseren en te garanderen, opdat de burger de ruimte heeft om onafhankelijk van anderen zijn plan te trekken.

Echter, deze verzorgingstaken brengen de overheid wel zeer dicht bij de burger. Niet alleen omdat het hier om de verzorging gaat van voor de burger veelal essentiële goederen en diensten, maar ook omdat ter voorkoming van misbruik van de aangeboden verzorging en zorg een diepgaande bemoeienis met het doen en laten van de burger onvermijdelijk lijkt. Met de ontwikkeling van de sociale rechtsstaat wordt het ideaalbeeld van de burger zoals dat spreekt uit de wetboeken van het straf- en privaatrecht verstoord. De autonomie van de burger ligt in de waagschaal omdat hij voor de zorg afhankelijk wordt van de overheid. Het evenwicht in de machtsverhouding tussen burger en overheid wordt

¹⁴ Zie Asser-Vranken, 1995, nr. 217 e.v. Heel duidelijk ziet men dat ook in bijvoorbeeld de recente regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:446 e.v. BW).

¹⁵ Zie de bijdragen van Nijboer en Cleiren in deze bundel.

verstoord door een vergaande inmenging van diezelfde overheid in de privésfeer van de burger.

11. AFRONDING

Het strafrecht en het burgerlijk recht staan voor gemeenschappelijke problemen. Betekent dat ook dat een gemeenschappelijke aanpak van deze problemen vereist is? Het is opvallend dat de auteurs die aan deze bundel meewerkten niet zo ver lijken te willen gaan. Weliswaar blijkt de huidige tweedeling tussen strafrecht en privaatrecht historisch gezien een betrekkelijk toevallige¹⁶, het maken van onderscheid heeft wel degelijk zin. In deze bundel zoeken de auteurs evenwel niet in de eerste plaats naar wat ons scheidt, maar veeleer naar wat ons bindt.

¹⁶ Zie de bijdragen van Ahsmann en Zwalve aan deze bundel.