



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Straffen met privaatrecht of juist verzoenen?

Stolker, C.J.J.M.

Citation

Stolker, C. J. J. M. (1995). Straffen met privaatrecht of juist verzoenen? Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/1313>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/1313>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Straffen met privaatrecht — of juist verzoenen?

mr C.J.J.M. Stolker*

1. HEELMAKEN DOOR LIJDEN?

‘De dader dient psychisch te voelen wat hij het slachtoffer heeft berokkend. Even belangrijk is dat hij aldus tot iets wordt gedwongen waar hij een doodsan-
gust voor heeft, en dat min of meer vergelijkbaar is met wat hij eerder zijn
slachtoffer heeft aangedaan.

Te lang hebben slachtoffers lijdzaam toegezien hoe daders met zijden hand-
schoentjes werden aangepakt; hoe het hele strafrechtelijke circuit hen in de
watten van psychiaters, maatschappelijk werkers en gogen wikkelde, waardoor
op de terechtzitting veeleer de ellendige jeugd van de verdachte wordt belicht
dan het leed van het slachtoffer.

De dader dient heel te maken wat hij kapot heeft gemaakt, en dat kan soms
slechts door zijn eigen lijden tot stand komen.’¹

Geen taal waarmee men ver zal komen in een sollicitatie voor docent bij de
Vakgroep strafrechtelijke vakken. Hoorden wij hier de *vox populi*? Welnee, hier
was de bekende advocate Gabi van Driem aan het woord: de *vox ‘Gabi’* zoge-
zegd. En zij sprak ook niet over een strafproces, maar over een civiele procedu-
re: de befaamde zaak van de verplichte Aids-test². Een vrouw die onder bedrei-
ging van een pistool tweemaal is verkracht, vreest besmetting met het HIV-
virus. Omdat zij zekerheid wil, vordert zij met succes dat haar verkrachter zich
zal onderwerpen aan een Aids-test, bij wijze van schadevergoeding in natura.
Hoe veel sympathie men ook voor de vrouw zal voelen, de toewijzing van de
vordering is toch heel opmerkelijk. Zeker tegen de achtergrond van de zojuist
geciteerde woorden van Van Driem: ‘de dader dient heel te maken wat hij kapot
heeft gemaakt, en dat kan soms slechts door eigen lijden tot stand komen.’
Eigenlijk had de vrouw ook zélf een (tweede) test kunnen ondergaan teneinde
zekerheid te krijgen, maar zij wilde kennelijk méér.

Het burgerlijk recht lijkt goed voor de dag te komen als het gaat om de
strijd tegen geweld tegen vrouw. Zo zijn in kort geding alle mogelijke ‘straatver-
boden’ uitgesproken: een verzamelnaam voor verboden om bij iemand in de

* Ik wil mijn vader, drs. P.J. Stolker, psycholoog, en mijn collega mr S.D. Lindenbergh zeer
danken voor hun commentaar op het concept van dit artikel.

¹ G. van Driem, *Nemesis* 1992, nr. 1. Heikelien Verrijn Stuart, Naar een geciviliseerd recht
tegen seksueel geweld, *AA* 1992, blz. 92 is kritisch over dit soort taal: verwordt de civilisering tot
barbarij? vraagt ze zich af.

² HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347 (EAA en CJHB).

buurt (straat, park, camping, stad) te komen; om contact te zoeken, bloemen te sturen, op te bellen, enz. Maar men bedenke wel dat deze verboden met *straffen* niet veel van doen hebben, ofschoon de grens soms lastig te trekken zal zijn.³

Lopen de civiele juristen hun strafrechtelijke collega's eruit? Worden doelstellingen typisch voor het strafrecht geïncorporeerd in het civiele recht? Zijn wij, kortom, op weg naar een privatisering van het strafrecht? Ik zal in deze bijdrage eerst kort ingaan op de mogelijke voordelen van het civiele proces (nr. 2). Vervolgens zal ik stilstaan bij de vraag of het civiele arsenaal behoefte heeft aan bijvoorbeeld invoering van een nieuw wapen: de zogenaamde 'punitive damages' (nr. 3 en 4). En tenslotte bespreek ik in nr. 5 de vraag of niet juist het *omgekeerde* het geval is: het privaatrecht leent zich niet en moet zich niet lenen om te straffen, maar juist om te verzoenen. Is juist het civiele proces, gericht op vergoeding of ongedaanmaking, niet bij uitstek de plaats om tot verzoening tussen dader en slachtoffer te komen?

2. DE BURGER ALS HULP-OFFICIER VAN JUSTITIE

Waarom is het civiele recht zo in trek? Ik noem een paar mogelijke voordelen. Vooreerst: snelheid. In het civiele kort geding kan het recht snel gehaald worden. Dat komt ook omdat het kort geding tamelijk informeel is. Bovendien gelden er soepeler regels ten aanzien van het bewijs, terwijl in veel gevallen de strafeffecten van een civiele procedure vergelijkbaar zijn met de strafeffecten bij strafrechtelijke afdoening.⁴ Een ander voordeel van het civiele recht is dat groepsacties steeds meer mogelijk worden. Voorts is in het civiele recht het initiatief aan het slachtoffer en dat heeft twee kanten. Het slachtoffer is niet afhankelijk van het Openbaar Ministerie: er wordt recht gedaan aan zijn of haar 'autonomie en eigenzinnigheid'.⁵ En anderzijds heeft het OM er een hulpje bij, nu in het civiele recht het slachtoffer vrij kan ageren. Het lijkt er op dat het OM steeds meer moeite heeft met — wat men is gaan noemen — de 'normhandhaving': lang niet alle normen die met straf worden bedreigd kunnen met enthousiasme worden gehandhaafd. Het OM moet prioriteiten stellen en dan komt het goed uit dat in bepaalde gevallen de vervolging van normschendingen door privépersonen of door groepen wordt ingezet. We kennen inmiddels de

³ In strafzaken is het kort geding overigens heel populair. Zo treedt de president in kort geding op basis van art. 5 lid 4 EVRM, art. 9 lid 4 BULO-Verdrag en art. 15 lid 2 G. op als zogenaamde 'habeas corpus-rechter'. Zie voor voorbeelden P.J. Baauw, *Strafrecht en rest-rechter*, in: *Mogelijkheden en grenzen van het civiele spoedrecht* (Keijser en Tjoen-Tak-Sen red.), blz. 150. Er zijn nog vele andere terreinen waar de kort geding-rechter optreedt. Daarbij behoort steeds te worden nagegaan of er niet een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bestaat. Overigens zijn ook in strafprocedures straatverboden mogelijk, zij het dat de afdwingbaarheid daarvan geringer is.

⁴ B.J. Asscher wijst daarop in zijn uitdagende artikel *Het slachtoffer op de kruising van strafrecht en civielrecht*, in *Meesters der metamorfose*, Uitgeverij Balans 1989, blz. 86 e.v.

⁵ Heikelien Verrijn Stuart, a.w. blz. 89.

burgerwacht als versterking van de wijkagent. Waarom zouden we niet blij moeten zijn met de burger als hulp-officier van justitie? Als een volgend voordeel van het civiele proces wordt wel beschouwd dat daar het verhaal van het slachtoffer 'onvertaald' aan de rechter kan worden voorgelegd. In de terminologie van *Vrouw & recht*: de civiele procedure heeft een 'hoge narrativiteitswaarde'. Want traditioneel ziet men het strafrecht als een 'dader-gericht recht' en het civiele recht als een meer 'slachtoffer-gericht recht'. Op dit aspect kom ik nog terug.

Maar toch, deze zogenaamde voordelen van het civiele recht zijn te relativieren. Wie vindt dat in het strafproces de burger zélf het initiatief moet kunnen nemen, kan een voorbeeld nemen aan andere landen; Leijten verwacht dat die mogelijkheid in de toekomst stellig zal worden geboden⁶. Daarentegen zal de *snelheid* van het kort geding niet snel door die in het strafproces worden geëvenaard. Anderzijds bedenke men wel dat een civiele bodemprocedure buitensporig lang kan duren en heel duur kan zijn; dat laatste geldt trouwens ook voor het kort geding. En wie vindt dat het strafproces gebukt gaat onder tal van formaliteiten, kan daar binnen het strafprocesrecht iets aan doen. Datzelfde geldt voor het bewijsrecht en voor de mogelijkheid van acties in groepsverband.⁷ Het lijkt mij steeds van tweeën een: óf men is van oordeel dat binnen het strafvorderingsrecht de regels te eng, te beperkt — kortom niet goed — zijn; dan moet men daarin verandering brengen langs de koninklijke weg (de voordeur), door aanpassing van het strafprocesrecht. Of men beschouwt die gewraakte regels of het ontbreken van bepaalde regels als waardevol, maar dan gaat het ook niet aan om via de achterdeur van het civiele recht binnen te dringen. En wie tenslotte vindt dat in strafprocedures het slachtoffer stelselmatig over het hoofd wordt gezien, zou ook daaraan wat kunnen doen. Zo zijn er in sommige Amerikaanse staten experimenten met een duidelijker rol van het slachtoffer of zijn naasten binnen het strafproces.

Kortom, kunnen die *mogelijke* voordelen van het civiele recht niet worden ingebouwd in het straf- en strafprocesrecht?⁸

3. PUNITIVE DAMAGES

Ik sprak over de bescherming die met name vrouwen in het burgerlijk recht lijken te vinden. In de VS hebben vrouwen nóg een wapen in hun strijd tegen sexueel geweld — een wapen dat wél als 'straf' kan worden gezien. Rena Weeks

⁶ J.C.M. Leijten, Van vergelding naar resocialisatie en terug? in: Kleine geschiedenis van de toekomst (Zijdeveld, red.) 1994, blz. 63.

⁷ In de nieuwe Wet op de rechtsbijstand is de deur voor een toevoeging bij een collectieve actie op een kier gezet; zie nader het artikel van N. Frenk en P.R. Rodrigues, Het OM als eisende partij in kort geding, NJB 1994, blz. 810.

⁸ Zie voor een dergelijke benadering de bijdrage van C.P.M. Cleiren in deze bundel.

werkte inmiddels 25 dagen op het Palo Alto-kantoor van Baker & McKenzie voor een van de partners, Martin Greenstein. Deze Greenstein stopte enige M&M's in het borstzakje van Rena Weeks, waarbij hij haar borst aanraakte. Daarop zou hij haar armen naar achteren hebben getrokken en hebben gezegd 'Let's see which is bigger.'⁹ Een jury veroordeelde hem onlangs tot betaling van \$50.000 schadevergoeding plus \$225 000 aan zogenaamde 'punitive damages'.

Bovendien kreeg Baker & McKenzie een bedrag van \$6.900.000, ook aan punitive damages opgelegd, omdat het kantoor wist of had kunnen weten van de seksuele aberraties van een van zijn partners. Het bedrag van bijna zeven miljoen dollar was niet willekeurig gekozen. Een jurylid verklaarde dat het overeenkwam met 10% van Baker & McKenzies netto winst. Al dat geld gaat naar Rena, die daar heel veel M&M's van kan kopen. 'Where's the justice in that?', zou een advocaat hebben uitgeroepen die gewoonlijk optrad voor werkgevers in arbeidsgeschillen. En een van de juryleden verklaarde in *The San Francisco Chronicle*: 'She is collecting damages meant to punish Baker & McKenzie as a result of actions that not only involved her, but other women As far as I am concerned', vervolgde hij, 'for what she went through, she got \$50.000. Not millions. That's a different subject'.¹⁰

'Punitive damages', een onderwerp dat bij uitstek ligt op de grens tussen ons beider vakgebieden Bolt en Lensink, die er een preadvies over schreven, vertaalden het met 'de privaatrechtelijke boete'. Het is een bedrag dat in een civiele zaak aan het slachtoffer wordt toegewezen wegens onrechtmatig gedrag van de dader, *bovenop* de normale schadevergoeding die immers vooral dient tot compensatie van de geleden schade. De boete, dat extra bedrag dus, strekt tot

⁹ De affaire leidde tot een civiele (jury-) zaak en van de jury-beraadslagen bestaat een uitvoering 'verslag'. De beraadslagen namen bijna cabaretseke vormen aan. Ik kan het niet nalaten te citeren uit *The Recorder* van 15 september 1994. Het ging om de vraag wat Greenstein nu precies gedaan had. 'One juror wondered whether Greenstein, who at the time tipped the scales at roughly 300 pounds, could fit his hand into the pocket of Weeks' blouse, which the plaintiff's lawyer used as an exhibit. Someone said, 'Greenstein can't get his hand in there'. So forewoman (de 'eerste' onder de juryleden) Barbara Giel donned the earhtone plaid blouse and let juror Francis Lewis, a retired merchant marine deckhand, reach from behind and pretend to drop M&Ms in the left pocket. Giel volunteered for the role of Weeks because she could fit into the blouse. 'The pocket was really small', says Diaz (een van de juryleden), but we finally agreed that getting a hand in there was possible.'

De forewoman evenwel was als enige niet overtuigd. 'I've been through a lot myself', says the British Airways manager, who puts her age at 'fortyish'. En daaraan voegde ze toe 'I place my standard at being strong and telling someone to bug off'. Maar zij bleef de enige van de twaalf. Een aanvankelijk aarzelend mannelijk jurylid, verklaarde niettemin zijn keus in het voordeel van het slachtoffer. 'I'm six foot tall I'm white I've got blue eyes I'm heterosexual () I fit neatly into the oppressor side of any type of argument you make.'

¹⁰ De kritiek op het vonnis richt zich met name op het aspect dat al dat geld ten goede komt aan mw Weeks, ofschoon niet valt te ontkennen dat het nu eenmaal Weeks is geweest die de niet gemakkelijke stap naar de rechter heeft gezet. Inmiddels heeft de rechter gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid het bedrag fors te verlagen.

vergelding van onrecht en tot preventie van mogelijk toekomstig onrecht van de dader en eventueel anderen¹¹. De aanrander die zijn slachtoffer aan een levenslang trauma helpt, de inbreker die een bejaard echtpaar de stuipen op het lijf jaagt, maar ook de onderneming die vaten chemisch afval in een sloot dumpst, de autofabrikant die met opzet onveilige auto's op de markt brengt, de arts die dronken staat te opereren, zij allen — zo voelen we dat toch — verdienen straf. De gedachte is nu om de dader niet alleen de materiële en immateriële schade te laten vergoeden, maar hem ook nog eens tot een extra boete te veroordelen. Daarmee bereiken we: preventie (individuele en generaal), en vergelding (vooral ook tot genoegdoening van het slachtoffer).

Natuurlijk gaat er van de 'gewone' verplichting tot schadevergoeding in sommige gevallen een preventieve werking uit. Men denke aan smaad, het publiceren van intieme foto's enz.; zeker ook in het licht van art. 6:104 BW dat de vordering tot winstafdracht mogelijk maakt. Voorts biedt ook art. 6:106 BW de civiele rechter de mogelijkheid om bij het vaststellen van de hoogte van het smartegeld rekening te houden met de motieven van de dader.¹² Maar bij de punitive damages is meer aan de hand: daar is het de bedoeling om de dader nog eens flink financieel te straffen, ten gunste van het slachtoffer. En zo gek is dat misschien nog niet: het Burgerlijk Wetboek kent in art. 6:109 een algemeen geldend rechterlijk matigingsrecht. In die gevallen waarin de toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare omstandigheden zou leiden, kan de rechter de verplichting tot schadevergoeding matigen. Waarom zou, als een natuurlijke tegenhanger van dat matigingsrecht, onder omstandigheden geen rechterlijk *ophogingsrecht* mogelijk zijn?

Het idee van straffen met privaatrecht zal bij vele civilisten op sympathie kunnen rekenen. Want 'schuld', zo nauw verbonden met 'straffen', speelt in het aansprakelijkheidsrecht een belangrijke rol, ofschoon die schuld in het civiele recht nooit tot een moreel 'ter verantwoording roepen' pleegt te leiden. Dat laten we graag over aan het tuchtrecht en het strafrecht. Maar als er dan eenmaal sprake is van grove schuld of van misschien zelfs van opzet, dan *willen* we daar ook iets mee. Dan lijken we het moeilijk te krijgen met onze morele terughoudendheid. Dat blijkt ook uit iets anders: bij iedere nieuwe risico-aansprakelijkheid (aansprakelijkheid zonder schuld) verzet iets in ons zich tegen het gevolg dat iemand moet betalen ook als hem geen enkel verwijt valt te maken. De schuld als vereiste voor aansprakelijkheid zit ons diep ingebakken. In zoverre past daarin de invoering van punitive damages. Anderzijds past het weer niet in de feitelijke beweging die ons aansprakelijkheidsrecht doormaakt, namelijk in de richting van de 'objectieve' (risico-) aansprakelijkheid.

¹¹ Aldus A.T. Bolt en J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 48, 1993, blz. 5

¹² G.E. van Maanen in de symposiumbundel *Dading in plaats van strafrecht* (Wiewel e.a. red.), 1993, blz. 80 e.v.

Preventie en vergelding zijn noties afkomstig uit het 'klassieke' strafrecht. Het civiele aansprakelijkheidsrecht houdt zich vooral bezig met herstel, in iets mindere mate met preventie. Juristen van onze tijd zijn opgevoed in een duidelijk onderscheid tussen strafrecht en privaatrecht. Het is dan ook niet moeilijk uit de losse pols enige bezwaren te suggereren tegen een samenvloeiing van die twee.

Het meest principiële bezwaar is natuurlijk dat het privaatrecht niet bestemd is strafrechtelijke doelen als vergelding en preventie te dienen¹³. Nu zijn principes lastig te ontcrachten: het is in zekere zin toch waarvoor men kiest. In elk geval blijkt uit andere bijdragen aan deze bundel dat het privaatrecht en het strafrecht heel lang één zijn geweest.¹⁴ Het is kennelijk niet onmogelijk om de een of andere vorm van osmose tussen die twee te bereiken. Trouwens, dat blijkt ook wel uit het feit dat andere rechtsstelsels dan het onze een instrument als de privaatrechtelijke boete wél kennen. Dat een principiële discussie waarschijnlijk niet tot een algemeen aanvaarde uitkomst zal leiden, blijkt bijvoorbeeld uit een rapport van de Engelse Law Commission¹⁵. Ik zou daarom willen beginnen met wat meer praktische bezwaren. Ik concentreer me nu op de bezwaren tegen punitive damages, maar de meeste gelden überhaupt, voor welke privaatrechtelijke straf dan ook. Ik noem er een paar.

Voor welke normschendingen zou een private geldstraf mogelijk moeten zijn? Moet men onderscheid maken naar de pleger van de onrechtmatige daad: natuurlijke personen, rechtspersonen, overheidslichamen, gevallen van recidive, of misschien alle gevallen van opzettelijk onrechtmatig handelen? Of moet men kijken naar het slachtoffer: wel punitive damages als het slachtoffer een natuurlijke persoon is, maar niet bij rechtspersonen of de overheid? Of moet men misschien differentiëren naar de aard van de schade: wel bij letselschade, milieuschade of hinder, en niet bij zaakschade of bedrijfsschade? In het Engelse recht kent men onderscheidingen naar dader en naar gedraging.¹⁶ En tegelijker-

¹³ A.R. Bloembergen, Mon. Nieuw BW b-34, blz. 6. Preadvies Mout NJV 1978, blz. 141 en het mooie artikel van H.P.G.A. Arntz en J.H.F. Schultz van Haegen, BW-krant Jaarboek 1990, blz. 143 e.v.

¹⁴ Zie de bijdragen van Ahsmann en Zwolve aan deze bundel.

¹⁵ The Law Commission, Consultation Paper no. 132, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, HSMO 1993.

¹⁶ Het leerstuk van de punitive damages wordt in Engeland in hoge mate bepaald door de trilogie van Lord Devlin in de zaak *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129. De eerste categorie waarin punitive damages mogelijk waren, betref de 'oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of government'; de tweede categorie zag op die gevallen waarin 'the defendant's conduct has been calculated by him to make profit for himself which may well exceed the compensation payable by him to the plaintiff'. De derde categorie omvat al die gevallen waarin de wet punitive damages met zoveel woorden mogelijk maakt. Zie uitvoerig het rapport van de Law Commission.

tijd wordt daar duidelijk hoe lastig het is om tot een helder en vooral voorspelbaar onderscheid te komen.¹⁷ Dat is één bezwaar.

Maar er zijn meer bezwaren aan te voeren, deels nu van principiële aard: hoe houdt men met de invoering van de private straf het *ne bis in idem*-beginsel overeind?; die vraag zou mijns inziens ook moeten rijzen als de civiele rechter een te ruimhartig gebruik van art 6:106 (smartegeld) zou maken (zie hiervóór onder 3). Voorts, hoe gaat men om met de bewijslastverdeling¹⁸?, wat is de invloed van art. 6 EVRM¹⁹?, wie gaat profiteren van de boete? Voorts: hoe stelt men de omvang van de private straf vast, juist in een tijd waarin men zich steeds meer gaat realiseren dat er grenzen zijn aan de aansprakelijkheid? Die omvang van de straf heeft nog een andere kant. Elders in deze bundel wijst Huls er in verband met het faillissementsrecht op dat juist in het civiele recht schadevergoedingsverplichtingen kunnen leiden tot een vorm van 'levenslang'. Met veroordelingen tot betaling van punitive damages zou dat alleen maar erger kunnen worden.

Ik zou tenslotte wat langer willen stilstaan bij nog een aspect. Civiele juristen denken bij het woord 'grensgebied' in de eerste plaats aan het grensgebied publiek-/privaatrecht' (publiekrecht is hier het bestuursrecht); met name zal de civilist denken aan het fenomeen van de twee wegenleer. Het gaat dan, heel kort gezegd, om de vraag of de overheid naar believen gebruik mag maken van het privaatrecht, daar waar ook een publiekrechtelijke weg openstaat of waar misschien zelfs de publiekrechtelijke weg is afgesloten.

Aan het erkennen van die twee-wegenleer aan de grens van het privaatrecht en het strafrecht zitten vele haken en ogen. Hoe reageren we bijvoorbeeld als de uitoefening van het privaatrecht het straf- of het strafprocesrecht doorkruist. Reeds thans wordt het civiele kort geding binnen het strafrecht al wel gehanteerd, soms als supplement (denk aan de schadevergoeding in het kader van de voorlopige hechtmiss), soms om een leemte te vullen (zo kent het strafrecht, met uitzondering van art. 89 Sv., geen regeling voor de vergoeding van schade door onrechtmatig overheidsoptreden). Zou dat ook moeten gelden voor het werkelijk 'strafrecht'? Heeft bijvoorbeeld de overheid het voor het uitkiezen: bestraffing via het privaatrecht of bestraffing via het strafrecht? Asscher, alweer zes jaar geleden, zag daar wel wat in²⁰ en inmiddels is het eerste schaar over de

¹⁷ Zie het artikel van Gregory S. Pipe, Exemplary Damages After Camelford, *The Modern Law Review* 1994, blz. 91 e.v.

¹⁸ Zie de doctoraalscriptie van Anne Hoekstra-Wagemans, Civiel- of strafrechtelijk straatverbod, een interne rechtsvergelijking tegen de achtergrond van artikel 6 EVRM, 1994. Zie over de verschillen tussen het strafrechtelijke en civielrechtelijke bewijs voorts J.M. van Dunné, *Dading...*, a.w. 1993, blz. 48 e.v.

¹⁹ Zou de bescherming van art. 6 zich dan ook niet moeten uitstrekken tot het civiele recht. Zie voor de verwarring n.a.v het Bendenoun-arrest van het EHRM, 24 februari 1994, NJ 1994, 496 (E.A.), A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, NJB 1994, blz. 1520 e.v.

²⁰ Asscher, a.w. blz. 88 en 89.

dam²¹. Leijten verwacht dat civiel- en strafrecht steeds meer naar elkaar zullen toegroeien, ‘wat hun middenstuk betreft’:

‘De vervolging van delicten tegen de veiligheid van de staat enz en de civiele processen tussen elkaar bestrijdende rechtspersonen zijn de vormen van beide rechtsstelsels die hun eigenheid ten volle zullen behouden Maar wat daar tussen zit wordt voor een deel gemeenschappelijk domein’²²

Welnu, als er iets is wat ik mijn strafrechtelijke collega’s gun, dan is dat het onderzoek op het grensgebied straf-/privaatrecht en de exploitatie daarvan Naar analogie met privaats-/publiekrecht zitten daar tenminste zes proefschriften in, vele honderden artikelen en ook nog vier preadviezen: ‘a middleground between criminal law and civil law’, noemt de Amerikaan Mann het, die in vele tientallen bladzijden een poging waagt²³ het terrein een beetje in kaart te brengen. Voor onderzoekers een *Fundgrube*. Maar iets anders is of we de juridische *praktijk* er ook blij mee maken. Als er één terrein is, waar eigenlijk nooit iemand weet waar hij aan toe is, dan is dat wel het grensgebied publiek/privaatrecht. Elk arrest van de Hoge Raad leidt tot nieuwe onzekerheden²⁴. Om enig zicht te houden, zijn er zelfs complete catalogi opgesteld.²⁵

Als het gaat om het grensgebied tussen het privaatrecht en het strafrecht, bevinden we ons in een gunstige uitgangspositie: nu kunnen we nog *kiezen* of we dat grensgebied tot exploitatie willen brengen. Uitgangspunt zou voor mij een zo strikt mogelijke scheiding zijn. En als we grensoverschrijdingen willen — en daar zijn voorbeelden van te geven — dan moet daar wel een echt goede reden voor zijn. Ik zou willen zeggen dat de bewijslast ligt bij wie de scheidslijn wil oversteken. En zo er al iemand mag oversteken, dan is dat toch de wetgever De rechter dient, bijvoorbeeld als het gaat om toekenning van punitieve damages (en anders dan Van Dunné meent²⁶), geen gehoor te geven.

²¹ Pres Rb Amsterdam 16 december 1993, KG 1994, 22, zie het artikel van N Frenk en P R Rodrigues, Het OM als eisende partij in kort geding, NJB 1994, blz 805

²² Leijten, a w 1994, blz 63 en 64

²³ K Mann, Punitive Civil Sanctions The Middleground Between Criminal Law and Civil Law, 101 Yale L J 1992, blz 1795 e v

²⁴ Zie de losbladige Verbintenissenrecht II (Spier) ‘Overeenkomsten met de overheid’, nr 102

²⁵ H J Simon, Publiekrecht of privaatrecht, Een geschiktheidsonderzoek aan de hand van het nutsmaximalisatiebeginsel toegespitst op het gebruik van het privaatrecht door het bestuur, diss VU 1993, blz 385 e v Ik volsta tenslotte met het noemen van nog een grensgebied, dat van het ‘strafbestuursrecht’, een gebied dat met vallen en opstaan wordt geëxploiteerd Zie de bundel van Den Doelder en Rogier, Bestuursstrafrecht, Sanders Instituut Rotterdam 1994

²⁶ J M van Dunné, Verbintenissenrecht 2, 1993, blz 63 (idem in de bundel Dading , a w 1993, blz 58) onderschat volgens mij de nadelen van zo’n rechterlijke *Einzelgang* ‘Het is een kwestie van doen De nuances komen wel in de praktijk van het doen’ Dat hebben we gezien met de jurisprudentie rond de tweewegenleer En ook in de vergelijkenderwijs nog eenvoudige problematiek van de eigen schuld in het verkeer

Ik stip, na deze bespreking van het fenomeen van de privaatrechtelijke boete, een ander voorbeeld aan van een toepassing van het privaatrecht in plaats van het strafrecht: de overeenkomst van dading. Ik bespreek haar zo kort omdat het hier mijns inziens niet gaat om 'straffen met privaatrecht'. Er mag op het eerste gezicht veel te zeggen zijn voor de (civielrechtelijke) dading bóven de toepassing van strafrecht. Een voordeel is mogelijk dat het zelfs niet tot een civiele procedure hoeft te komen. Maar er zitten ook hier tal van haken en ogen aan het volgen van die weg²⁷ en ook nu rijst de vraag: is het nodig? Cleiren suggereert van niet. Het strafrecht zelf kent nog voldoende mogelijkheden, denk aan:

'een voorwaardelijk sepot onder voorwaarde van betaling van schadevergoeding, aan het verbinden van een sepot na het bericht van de verdachte dat de schade is vergoed of geregeld, of aan een transactie onder de voorwaarde van gehele of gedeeltelijke vergoeding van de door het strafbare feit veroorzaakte schade. Voor deze mogelijkheden geldt wel dat ze 'optimaler' en op ruimere schaal zouden kunnen worden benut.'²⁸

Met de dading in plaats van een strafrechtelijke vervolging kom ik aan mijn laatste thema.

5. VERZOENEN MET PRIVAATRECHT

Tot nog toe ging het in deze bijdrage om straffen met privaatrecht. Maar zou het tégendeel niet veeleer voor de hand liggen: het privaatrecht als middel tot *verzoening* tussen dader en slachtoffer. Men denke vooral aan slachtoffers en daders van geweldsmisdrijven. Brengt het civiele recht naar zijn aard dader en slachtoffer juist niet *tot* elkaar? Zou daar niet een voordeel van het civiele recht boven het strafrecht gevonden kunnen worden.

Uit onvrede met het bestaande — repressieve — strafrecht heeft de Amsterdamse VU-criminoloog Herman Bianchi tien jaar geleden een boek geschreven dat indruk maakt: *Gerechtigheid als vrijplaats*, met als ondertitel 'de terugkeer van het slachtoffer in ons recht'.²⁹ Bianchi bepleit het bestaande strafrecht te vervangen door een systeem waarin de nadruk valt op de oplossing van conflicten en waarin aan het slachtoffer en de zijnen weer een geheel eigen plaats wordt gegeven. De Westerse (Romeinse) traditie kent een strafrecht

²⁷ Zie de bijdragen van Van Maanen en van H.J. de Kluiver in de bundel *Dading ...*, a.w. 1993, blz. 69 e.v. en 81 e.v.

²⁸ C.P.M. Cleiren in de bundel *Dading ...*, a.w. 1993, blz. 81 e.v.

²⁹ Herman Bianchi, *Gerechtigheid als vrijplaats*, de terugkeer van het slachtoffer in ons recht, Ten Have/Baarn 1985. Voorts natuurlijk de Rotterdamse oratie van L.H.C. Hulsman, *Handhaving van recht*, 1965. Zie ook reeds de psychiater C.J.B.J. Trimbos, *Misdaad zonder straf?*, Het Spectrum 1962.

waarin goede principes vergeten worden en waar de ijzeren hand van de staat heerst, met zweep en zwaard Daarentegen krijgen goede principes in het privaatrecht van oudsher — althans — een kans. Bianchi laat zich in zijn streven naar een alternatief voor het heilloze repressieve Westerse strafrecht sterk inspireren door de bijbelse noties van de ‘gerechtigheid’ (de *tsedeka*) en verzoening. In de tijd dat het Oude Testament werd geschreven, kende men nog geen strafrecht, evenmin als waar ook elders in de antieke wereld. Het merendeel van de conflicten die uit criminaliteit kunnen ontstaan, zo betoogt Bianchi, werden door onderhandelingen over schadevergoeding geregeld

‘Criminaliteit werd gezien, zoals het ook behoort, als een handeling die vraagt om schadevergoeding en/of wedergoedmaking tussen dader en slachtoffer, of hun verwanten Dit kon ook in het geval van doodslag Want voor hen (de moordenaars, cs) kende men Vrijsteden waarheen doodslagers konden vluchten om tijdelijk beschermd te zijn tegen wraakoefening om van daaruit met de nabestaanden van het slachtoffer te onderhandelen ³⁰ (Maar) dat betekent niet dat men criminele zaken met de mantel der liefde bedekken moet, maar dat men aan de onderhandelingstafel moet gaan zitten, zoals dat in een goed rechtssysteem ook behoort Bloedwraak (verginging dus in onze betekenis van het woord) was naar de mos van dat oude rechtssysteem pas toegelaten indien de dader (of zijn vrienden of magen) weigerachtig bleven om te onderhandelen Pas dan, als er geen uitweg meer was, dan was wraakoefening toegestaan ³¹

Bianchi verzet zich dus tegen de moderne traditie van ons strafsysteem waarin gestreefd wordt naar leedtoevoeging: leedtoevoeging doet niets. Waartoe leidt het wél bij hen die achter slot en grendel zitten?

‘Sommigen zinnen op wraak als ze weer vrij zullen zijn, piekeren over een slimmere manier van misdaadpleging, sommigen zullen de schuld bij anderen zoeken en komen zo allerm minst tot inkeer en berouw Toch kun je wel eens de uitspraak horen van gevangenen dat zij het hun opgelegde leed aanvaarden en proberen er wat goeds van te maken Maar dergelijke uitspraken moeten eerder beschouwd worden als pogingen tot overleving De stakkers (sic!, cs) weten dat hun kwellers zoets graag horen, aangezien die er een rechtvaardiging van hun leedtoevoegende werk aan kunnen ontleen, zodat de relatie tussen beide partijen aan de uiteinden van de leedlat wellicht wat gunstiger komt te liggen ³²

Zo bezien mag de verkrachter die via de civiele procedure gedwongen werd om een aids-test te ondergaan om hem zo met werkelijke doodsangst te confronteren, op het eerste gezicht tot een zekere ‘heelmaking’ bij het slachtoffer bijdra-

³⁰ Bianchi, a w blz 32

³¹ Bianchi, a w blz 33

³² Bianchi, a w blz 39

en, maar tot een vorm van verzoening tussen slachtoffer en dader leidt het
erminst. Het gaat daar om pure leedtoevoeging waarvan althans de verkrach-
er niet 'beter' zal worden. Het zou bij hem juist moeten gaan om inkeer,
rouw, vergeving, om boetedoening. 'Softe' begrippen misschien, is Bianchi
in critici voor — zij het dat zijn opvattingen niettemin onder 'radicale opvattin-
en II' in de Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht' worden ge-
acht³³ — maar toch zijn het in hun kern allerminst sentimentele noties, maar
geteendel 'juiste en ook goede rechtsbegrippen'.

'Verzoening is niet mogelijk indien een boosdoener zelfs niet zijn intentie om
over herstel te praten heeft getoond, zelfs niet in staat geweest is zijn spijt te
betuigen, zijn berouw te tonen. Verzoening, dat het uiteindelijke doel is van
geschilbeslechting, vraagt om zorgvuldige procedures van onderhandeling om
de omvang van de aansprakelijkheid voor beide partijen vast te stellen. De
boosdoener moet zijn of haar bereidheid tot herstel en dergelijke tonen. De
klager moet de bereidheid tonen om te kunnen vergeven wat weg te geven wat
de ander niet meer kan doen.'³⁴

Bianchi zoekt naar een gelegenheid — letterlijk — waar dader en slachtoffer tot
verzoening kunnen komen. Hij vindt die gelegenheid in een moderne variant van
vroegere 'vrijplaats' waar herstel van schade plaatsvindt in plaats van
straffing.³⁵ Zou die gelegenheid, die vrijplaats, niet gevonden kunnen wor-
den in het civiele recht, met zijn natuurlijke gerichtheid op herstel en vergoe-
ning? Er zijn complicerende factoren, en principieel is het natuurlijk de vraag of
het slachtoffer van een delict bereid zal zijn om in een geding met de dader in
te krijt te treden. In de woorden van Asscher:

'Zij wensen zich niet op voet van gelijkheid en evenwaardigheid met hem te
meten. Zij zijn van oordeel dat het de taak en de functie van de overheid is om
dat te doen. Het is de overheid die hier bescherming behoort te bieden. Ik kan
dat standpunt maar al te goed begrijpen. Ja, eigenlijk aanvaard ik het als juist.
En dus: overheid, versta uw taak! Bied uw bescherming! Doe wat! Het gaat u,
ja in de allereerste plaats u aan!'³⁶

³³ Hazewinkel-Suringa/Rommelink, 1994, blz. 913 e.v.

³⁴ Bianchi, a.w. 1985, blz. 166.

³⁵ Wel valt bij lezing van het boek van Bianchi op, en datzelfde geldt in sterkere mate voor het
boek van Trimbos uit 1962, dat zij spreken over een welhaast romantisch soort ontspoorde,
trechten enz., en veel minder over de misdaad zoals die thans de aandacht trekt, zoals de
minimaliteit van verslaafden, de doorgewinterde 'georganiseerde' misdaad. Men zal dus, voor welke
alternatieve oplossing men ook kiest, moeten differentiëren naar de aard van de misdaad.

³⁶ Asscher, a.w. blz. 88; Zie ook Heikelien Verrijn Stuart, a.w. blz. 84: 'De Nederlandse
afgever was niet on-wijs toen hij het slachtoffer slechts een beperkte rol toebedeelde in het
afproces. De meeste verlangens van slachtoffers zijn immers niet door het strafrecht te bevredi-
gen.' Zie voorts haar bijdrage in de bundel Dading ..., a.w. 1993, blz. 33 e.v.

Bianchi zelf ontkent dat principiële bezwaar overigens niet, hoewel hij het misschien eerder een *praktisch* bezwaar zou noemen. Hij wijst op nog een ánder: het feit dat in schadevergoedingsprocedures het slachtoffer vaak niet tegenover de dader, maar tegenover diens verzekeraar staat. 'Zeer zorgvuldige en scrupuleuze wetgeving' zal nodig zijn om daarvoor een oplossing te vinden, maar ik zie die oplossing zou gauw nog niet.³⁷ Voorts mag het strafproces zich aan de waarneming van het slachtoffer onttrekken door een dominant optreden van de Officier en de dader, dat geldt veelal mutatis mutandis voor het civiele proces, dat op zijn beurt immers sterk wordt gedomineerd door advocaten, en waaraan, sommige zaken uitgezonderd waarbij men vooral weer aan het kort geding denkt, dader noch slachtoffer werkelijk te pas komen. Laat staan dat dáár werkelijk ruimte is voor verzoening middels berouw en vergeving.

Daar komt nog iets bij. In haar artikel 'Moraal en dwang in de rechtszaal', presenteert Martha Kompter een criminologisch onderzoek naar uitingen van berouw of spijtbetuigingen van verdachten, hun pogingen tot schadeherstel en verzoening, en inkeer in de vorm van plannen voor een betere toekomst.³⁸ Zij maakt duidelijk hoe betrekkelijk uitingen van spijt en van berouw voor en tijdens de gerechtelijke procedure zijn. Uitingen van berouw maken alleen indruk als ze voortkomen uit een innerlijke overtuiging en niet uit strategische overwegingen (minder straf, alternatieve straf). Datzelfde geldt ook voor het aanbieden van vergoeding van de schade. Het vergoeden van de schade is natuurlijk altijd goed, maar tot verzoening hoeft dat niet te leiden. Uit haar case-studie blijkt hoe buitengewoon moeilijk het is om in het kader van een gerechtelijke procedure — civiel of straf — tot iets van een blijvende verzoening te geraken.

6. SLOTSOM

Het recht als juridisch systeem voor het oplossen van conflicten kent maar beperkte mogelijkheden. De verleiding die voor sommigen van het civiele recht uitgaat, is — zoals dat met verleiding gaat — toch vooral uiterlijke schijn. Waar het civiele recht het strafrecht inhaalt, geldt dat vooral de grotere flexibiliteit in bepaalde maatregelen, en dan in het bijzonder het kort geding. Ik sprak in het begin van dit artikel al van de talrijke 'verboden' die door civiele rechters zijn uitgesproken. Verder kunnen uitstapjes van het strafrecht naar het civiele recht, vice versa, nuttig of efficiënt zijn (plukze, voeging, de Lex Terwee, schadevergoeding als bijzondere voorwaarde). Nuttig is mogelijk ook onderzoek naar het wegnemen van onnodige terminologische disharmoniën tussen straf- en

³⁷ Een poging daartoe vindt men in het artikel van M.A.B. Chao-Duivis, Vergelding als schadevergoeding, NJB 1990. blz. 513 e.v.

³⁸ Martha L. Kompter, Moraal en dwang in de rechtszaal, Tijdschrift voor Criminologie 1994, blz. 199 e.v.

privaatrecht.³⁹ Maar ik wijs erop dat het daarbij steeds niet gaat om het straffen! Want tegen het werkelijk straffen met privaatrecht koester ik vele bezwaren. De bespreking van het fenomeen van de punitive damages laat dat zien. De mogelijke voordelen worden overschaduwed door de nadelen. Demeersseman verdedigt dan ook met verve de autonomie van het strafrecht, zowel de materiële autonomie (het strafrecht is geregeld in een apart wetboek) als de functionele autonomie (het strafrecht heeft een duidelijk eigen functie).⁴⁰

Geen straffen met privaatrecht derhalve. Zou het trouwens niet veeleer bij de natuur van het civiele recht passen te mikken op verzoening in plaats van op bestrafing? Dat was mijn tweede thema. Maar of de civiele procedure of de dading, iets meer van een 'vrijplaats' heeft, waar slachtoffer en dader tot verzoening kunnen komen, valt zeer te betwijfelen. Nog daargelaten de vraag of het slachtoffer wel met zijn kweller in het krijt wil treden, het door de dader getoonde berouw valt nauwelijks te toetsen op zijn oprechtheid; dat is in het strafproces al niet het geval, terwijl dat dan nog bij uitstek de plaats is waar de persoon van de dader in de schijnwerpers staat. Waarom zou dat in het civiele recht gemakkelijker zijn?

Wie meent dat het strafrecht en het strafprocesrecht te kort schieten, behoort zich te zetten aan een poging datzelfde straf- en strafprocesrecht te verbeteren. En als men binnen het strafrecht geen overeenstemming kan bereiken over de functies van het strafrecht of zelfs maar over zijn bestaansrecht⁴¹, past het niet om schijnoverwinningen te halen via het civiele recht.

En de civilisten? Straffen met privaatrecht, verzoenen met privaatrecht — misschien moeten we gewoon niet te veel willen.

³⁹ Daarover Antonius I.M. van Mierlo, Harmonisatie van privaatrecht en strafrecht?, in: Geïntegreerde rechtswetenschap, SI-EUR-reeks, deel 1 (Foqué e.a.), blz. 101 e.v.; voorts heel uitvoerig H.A. Demeersseman, De autonomie van het materiële strafrecht, diss. VU 1985.

⁴⁰ Demeersseman, a.w. 1985, het laatste hoofdstuk.

⁴¹ Zie de discussie zoals weergegeven in Hazewinkel-Suringa/Remmelink, blz. 911 e.v.