



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Recht van spreken. Over Grensdenken en de moraal van het strafrecht

Hol, A.M.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Hol, A. M. (2021). Recht van spreken. Over Grensdenken en de moraal van het strafrecht. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 87-104). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464065>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464065>

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

RECHT VAN SPREKEN. OVER GRENSDENKEN EN DE MORAAAL VAN HET STRAFRECHT

*Een essay**

Antoine Hol

1 STRAFRECHT ALS TEGENMACHT¹

1.1 K.

Op een ochtend wordt Josef K. aangehouden. Het is volkomen onduidelijk waarvan hij wordt verdacht. Een antwoord daarop krijgt hij niet. Zijn simpele bestaan lijkt hem al verdacht te maken, schuldig aan het leven zou men kunnen zeggen. K. wordt speelbal van een proces dat geen uitweg kent. Op een gegeven moment wordt hem duidelijk gemaakt dat vrijspraak weliswaar tot de mogelijkheden behoort, maar nooit voorkomt. Het beste is om het proces maar te laten voortslepen.²

Kafka's roman *Het Proces* laat zich lezen als een literaire beschrijving van het totalitarisme. Het is niet vreemd aan totalitaire staten heel het leven van mensen in te kapselen in de bureaucratie van de macht. Daarom noemen we ze ook totalitair. Net als in de roman van Kafka maakt alles deel uit van het systeem. De wasvrouwen net zo goed als de advocaat. De kunstenaar net zo goed als de rechters. En wie zich niet voegt naar het systeem wordt – vaak zonder deugdelijke grond en fatsoenlijk proces – vervolgd en opgesloten tot nader order. Men moet mee in het proces, of men wil of niet. Daarbuiten is er niets. Vrijheid is illusoir. Men zou *Het Proces* en ook ander werk van Kafka kunnen lezen als een wake-up-call voor ondersteuning van de rechtsstaat. In de rechtsstaat geniet elke burger een

* Dit essay mag worden gelezen als een portret van Tineke Cleiren als geëngageerd onderzoeker en docent van het strafrecht. Hopelijk is dit een treffend portret, alhoewel, net als bij elk ander portret, het zeker onvoldoende recht doet aan al haar werk.

1 De notie van 'tegenmacht' komt men onder andere tegen in het werk van Michel Foucault, waarover de eerste publicatie van Tineke Cleiren ging. Zie C.P.M. Cleiren en A.M. Hol, 'De geboorte van de gevangenis', *Recht en kritiek* 1980-2, p. 219-230.

2 In de roman van Kafka wordt Josef K. op enig moment geëxecuteerd. Verschillende versies van het niet door Kafka zelf geredigeerde en uitgegeven werk sluiten hiermee de roman af. Zo ook de bekende verfilming van Orson Welles. Er zijn echter redenen aan te nemen dat de executie door K. wordt gedroomd. Zie hierover o.a. G. Deleuze, F. Guatari, *Kafka. Pour une littérature mineure*, Parijs: Éditions du minuit 1975.

bepaalde vrijheid, doordat hij rechtens wordt afgeschermd tegen de macht. De macht, hier de staat, mag slechts ingrijpen in het leven van de burger, wanneer deze de grenzen van de wet overschrijdt. Daarbij krijgt diezelfde burger de ruimte om zich te verdedigen tegen mogelijk onrechtmatige machtuitoefening. Hij krijgt ook te horen wat hij eventueel heeft misdaan. Binnen de rechtsstaat is de greep van de macht relatief, dat wil zeggen gebonden. Zij is gebonden, omdat zij zich niet tot alles in het mensenleven uitstrekt. Een veroordeelde kan worden opgesloten in het gevang, maar de overheidsmacht omvat daarbij niet het hele leven de gevangene. Hij wordt niet geheel rechteloos, ook al zit hij vast, en hij verlaat – behoudens uitzonderingen – op enig moment weer de poort van de gevangenis. Er is een uitweg uit ‘het proces’.

Zo gesteld heeft strafrecht alles te maken met het stellen van grenzen, met grensdenken. Vooreerst stelt het grenzen aan de macht. Macht is grenzeloos, houdt zichzelf niet in, is ongebreideld, bandeloos. Tegelijkertijd kunnen we macht niet denken zonder dat er sprake is van iets dat de macht in de weg zit, dat onderworpen, of overwonnen moet worden. Noem dat wat moet worden overwonnen tegen-macht. Strafrecht nu, is zowel macht als tegenmacht. Het heeft het vermogen over mensen te heersen, dat wil zeggen, aan de wil van het strafrecht te onderwerpen. Tegelijkertijd stelt het strafrecht grenzen aan dit vermogen te heersen en onderwerpen en daarmee vormt het een tegenmacht. We kijken eerst naar strafrecht als tegenmacht, verderop komt strafrecht als macht aan de orde. Daarbij willen we vooral weten hoe die macht en tegenmacht zich verhouden tot de moraal, kunnen worden gerechtvaardigd.

1.2 *Tegenmacht*

Strafrecht als tegenmacht werkt naar twee kanten. Het werkt in de eerste plaats in tegen de staatsmacht doordat het de grenzen aangeeft waarbinnen deze macht gelegitimeerd kan opereren. Het strafrecht vormt echter ook een tegenmacht tegenover de macht van de burger. In het moderne bestel is die burger grotendeels machteloos gemaakt als het gaat om richten en straffen. Eigenrichting in de vorm van wraakoefening bijvoorbeeld is niet geoorloofd, waardoor de macht over medeburgers wordt beperkt. De vraag is nu waarom zo nodig overheidsmacht en burgerlijke macht moeten worden ingebonden?

1.3 *Een andere K., vrijheid, spreken en de publieke ruimte*

Het is wellicht zinnig om voor een antwoord op deze vraag aan te sluiten bij de rechts- en moraalfilosofie van Kant. Hij verwoordt duidelijk wat het dragend beginsel is van rechtvaardigheid in de moderne samenleving. Wat de mens tot mens maakt, is zijn vermogen om te kiezen. Zijn bestaan, doen en laten, wordt niet geheel beheerst door de natuurwet-

matigheden. Er zijn voor de mens steeds momenten waarop hij weerstand kan bieden aan bepaalde verlangens, een bepaalde druk van buitenaf of van binnenuit. De mens kan in veel situaties anders willen, zowel ja als nee zeggen. Kortom, hij is in een bepaald opzicht vrij. Hoe hij moet kiezen? Een vrije keuze impliceert dat aan de mens zelf moet worden gelaten hoe te kiezen. Binnen de moraal leren we dat het goed is dat de mens het goede kiest. Het is echter geen wet van Meden en Perzen dat hij dat ook steeds zal doen. De mogelijkheid om het verkeerde, kwade te kiezen maakt de mens menselijk. De mens is dus vrij, en als we mens zeggen, betekent dat dat iedereen die we als mens kunnen aanduiden vrij is. Er is dus sprake van een vrijheid bij eenieder, daarin zijn alle mensen gelijk. De Verlichting, met de Franse Revolutie als belangrijk moment van politieke omwenteling, maakt dan ook een einde aan een politiek denken waarin er verschillen in vrijheden zijn. Weg met de aristocratie, weg met de slavernij! Gelijke vrijheid voor eenieder. Maar hoe? Mijn vrijheid kan botsen met die van een ander. De een speelt graag piano (Liszt en Rachmaninov vooral), de buurman mediteert graag en werkt aan een roman. Die verschillende activiteiten van de burens gaan moeilijk samen. Vrijheden moeten dus op elkaar worden afgestemd, om te voorkomen dat de vrijheid van de een ten koste van de vrijheid van de ander gaat. En zo vinden we de basis voor het recht. Het recht is er om te zorgen voor een verwerkelijking van ieders vrijheid met inachtneming van andermans vrijheid. En precies hier vinden we de maatstaf voor de afgrenzing van de macht van overheid en burger. Die maatstaf is voor een belangrijke mate verankerd in wat ook wel vaak wordt aangeduid als de publieke ruimte.³ Binnen de publieke ruimte kan elke burger zich manifesteren, weliswaar binnen grenzen, maar steeds ook met de erkenning van een eigen, vrije plaats daarbinnen, gelijk aan die van anderen. Het maakt daarbij niet uit of het gaat om werk, handel, sociale ontmoetingen, culturele uitingen, onderzoek of nieuwsgaring. Het recht in het algemeen en het strafrecht in het bijzonder vinden hun grond in het creëren en overeind houden van die publieke ruimte. Het recht biedt met de daarbinnen vastgelegde regels handvatten om voldoende zekerheid en veiligheid te garanderen voor een ruimte – waarin vrijheid voor iedereen mogelijk is.

Cruciaal hier is de manier waarop de publieke ruimte gestalte krijgt. Het is een ruimte waarin het spreken, het debat centraal staat. En waar gesproken wordt, krijgt de macht in de vorm van geweld, onderdrukking, uitsluiting, monddood maken geen kans. Spreken veronderstelt immers dat men de ander erkent als gesprekspartner en daarmee als gelijke. Die gelijkheid houdt alleen maar in dat men zich niet boven die ander stelt, noch dat men die ander boven zichzelf stelt. Die gelijkheid impliceert niet dat we allemaal hetzelfde zijn. Integendeel. Juist binnen de publieke ruimte kunnen de verschillen tussen de individuele

3 Zie onder meer het werk van Hannah Arendt, in het bijzonder haar werk *The Human Condition* (Chicago: University of Chicago Press 2018) en dat van Jürgen Habermas, onder meer diens *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Berlijn: Suhrkamp Verlag 2001.

deelnemers – in geschiedenis, mening enzovoort – worden overwonnen in het debat. Het ideaal is dan ook dat de inrichting van de samenleving de resultante is van de debatten binnen de publieke ruimte en niet van de blote macht. Immers, alleen binnen die ruimte komt de menselijke vrijheid van eenieder tot zijn recht en is het de overeenstemming die over bepaalde oplossingen wordt bereikt die bepalend is. Niet geweld, dwang of iets anders. Alleen het woord, het spreken leidt tot juiste, want rationele oplossingen. Spreken en ratio gaan samen op.⁴ We zien hier tevens de grondtrekken van de democratie als politiek regime.⁵

1.4 *De wet*

Binnen de publieke ruimte heeft iedereen recht van spreken. Een van de manieren om de uitkomst van het gevoerde debat vast te leggen is deze te gieten in de vorm van een wet. Zo'n wet geldt voor iedereen op gelijke wijze en reflecteert dus het ideaal van gelijkheid. De legitimiteit van de wet berust (idealiter) op de instemming van alle gesprekspartners. Zo reflecteert zij ieders vrijheid. Of zoals Rousseau het heeft bedacht: de wet is niet de uitdrukking van bijzondere willen (de wil van allen), maar van de algemene wil, dat wil zeggen van de wil die wordt geleid door de redelijkheid en niet door toevalligheid en corruptie.⁶ De wet bindt de burgers, maar dat is dan een gebondenheid in vrijheid. Men heeft er in onderling overleg zelf voor gekozen. Een vorm van zelfbinding dus. En net als bij een contractuele binding impliceert dit niet dat men niet langer vrij is.

De wet is dus het instrument bij uitstek dat moet zorgen voor zowel afstemming als garantie van de individuele vrijheden. In de wet wordt vastgelegd aan welke grenzen de burgers in hun handelen zijn gebonden wanneer dat van invloed is op het doen en laten van anderen.⁷ Zo'n wet werkt echter anders dan een natuurwet. Juist omdat mensen vrij zijn, zal niet iedereen zich er automatisch aan houden en zal deze soms moeten worden afgedwongen. Daar hebben we de overheid voor. Waarom een overheid komt hier verderop nog aan de orde. Voor nu is het belangrijk in te zien dat dezelfde wet die het doen en laten

4 In de filosofie is daar vaak op gewezen, door bijvoorbeeld Aristoteles die de mens zag als een sprekend dier en daarmee als rationeel. Logon, het Grieks voor woord verwijst ook naar de logica. Tegenover het rationele, redelijke (waarin het Duitse 'reden' herkenbaar is) stellen we de kwalificaties 'wartaal', gebrabbel of geklets.

5 Binnen de rechtsgeleerdheid is er nog steeds discussie over de vraag of een rechtsstaat democratie omvat of niet. Men zou kunnen zeggen dat een rechtsstaat zonder democratie iets is dat in de lucht hangt. Beter is het om te zeggen dat de democratie niet zonder rechtsstaat kan.

6 J.-J. Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag, of Beginselen der staatsinrichting*, Amsterdam: Boom 2014 (Du contract social ou Principe du droit politique 1762, vertaald door S. van den Braak en G. van Roermund). Diezelfde Rousseau begreep een straf als een dwang tot vrijheid. Iemand die echt vrij is, maakt geen inbreuk op de wet.

7 Dit maakt duidelijk waarom in ons recht de gedachten van iemand vrij zijn. Zolang daaraan geen uiting wordt gegeven door ze bijvoorbeeld uit te spreken, raken ze de ander niet.

van de burger begrenst, ook het handelen van de overheid begrenst. De wet is namelijk bepalend voor wanneer en op welke wijze de overheid bevoegd is op te treden om wat in de wet is bepaald te verwerklijken, te handhaven of uit te voeren. Dit inzicht van de begrenzende werking van de wet voor de overheid kan niet vaak genoeg worden benadrukt. Opdracht aan de overheid is om ervoor te zorgen dat de vrijheid van eenieder zoveel mogelijk wordt gegarandeerd. Maar dat impliceert tevens dat zij zich niet meer vrijheid, of beter: macht – mag toe-eigenen dan de wet haar toestaat. Omdat de vrijheid van de burgers zoveel mogelijk tot haar recht moet komen, kan de overheid zich niet permitteren de wet te veronachtzamen. De overheid staat boven de partijdige belangen van de burgers, maar niet boven de wet. Zij is daaraan onderworpen. Dit is waar het om draait als we over een rechtsstaat spreken. Het is niet de macht die regeert, maar de wet en daarmee de mens die spreekt en zelf – in onderling overleg – bepaalt hoe met elkaar om te gaan. In die zin gaat de wet in tegen de macht, is zij tegenmacht.

1.5 *Strafrecht, vrijheid en spreken*

Welnu, het strafrecht, zowel het materiële als het formele strafrecht, dat in wetten is vastgelegd, is dus te begrijpen als een tegenmacht en daarmee een begrenzing van de macht van zowel overheid als burger. De strafwetten geven aan welke grenzen burgers in acht dienen te nemen tegenover anderen. Als die grenzen worden overtreden, verwachten we van de overheid dat zij optreedt. De overheid mag en moet optreden steeds wanneer de burgerlijke vrijheid in het geding is. Burgers moeten vrij kunnen beschikken over hun goederen, daarom aanvaarden we geen diefstal. Burgers verdienen een gelijke plaats in de samenleving als anderen, daarom accepteren we geen discriminatie. Burgers zijn pas vrij als ze kunnen vertrouwen op de werking van de vrije markt, daarom moet fraude worden bestreden. De vrijheden die we hier noemen, kunnen heel goed worden begrepen in termen van het spreken. Bij diefstal gaat een goed van de een naar de ander zonder dat daarmee is ingestemd, daar afspraken over zijn gemaakt. Als het goed is, worden goederen overgedragen via het spreken, niet door dwang. Bij discriminatie ziet men de ander niet als gelijkwaardige gesprekspartner. Men praat alleen over en niet met hem. Hem wordt de stem, het recht op spreken, ontnomen. Fraude is analoog aan diefstal.

De vraag rijst nu op welke wijze de overheid moet ingrijpen in dit soort gevallen. Het is na het voorgaande niet moeilijk te bedenken dat dit mag en moet op een wijze die de vrijheid van burgers niet onnodig beperkt. Dwangmiddelen bijvoorbeeld mogen daarom slechts in beperkte mate en proportioneel worden toegepast. Iemand die wordt staande gehouden omdat zijn achterlicht niet brandt, mag voor deze overtreding niet worden opgesloten in een politiecel. Dat ligt anders voor iemand die een bushokje heeft vernield,

maar ook hij zal – als er verder niets aan de orde is – niet langer dan enkele dagen in een cel mogen worden opgehouden.

1.6 *Legaliteit*

We zien dus dat een moreel beginsel als dat van gelijke vrijheid voor eenieder bepalend is voor de inrichting van het in wetten vastgelegde strafrecht. Dit brengt ons bij de kwestie van de legaliteit. Het strafrecht wordt beheerst door het legaliteitsbeginsel: geen strafbaar feit zonder voorafgaande wettelijke strafbepaling en strafvervolgning geschiedt enkel op een wijze als voorzien bij de wet. Betekent dit dat de wet het enige oriëntatiepunt is voor de inhoud van het strafrecht? Wie de moraal van het strafrecht serieus neemt, zal verder moeten kijken dan de wet alleen. Zowel naar de burger toe als naar de overheid die het strafrecht toepast, geldt dat de wet steeds moet worden gelezen in overeenstemming met het daarachterliggende morele beginsel van maximale en gelijke vrijheid voor eenieder. Bevoegdheden van de overheid om op te sporen en te vervolgen zijn niet alleen gebonden aan de wet, maar tevens aan de moraal die die wet pas betekenisvol maakt. Als de politie bevoegd is om binnen te treden om vervolgens beslag te leggen op zendapparatuur, wil dat nog niet zeggen dat men bij ontdekking van de illegale zender zomaar naar binnen mag rammen. Misschien moet men in zo'n geval eerst even aanbellen met het verzoek te worden binnengelaten. Subsidiariteit en proportionaliteit zijn sleutelbegrippen hier. Waarom de vrijheid van een burger meer inperken dan binnen de gegeven omstandigheden nodig en redelijk is? Ja, men neemt een illegale praktijk waar, maar illegaal zenden is wel een ander geval dan wanneer men ziet dat iemand in een woning wordt gewurgd. Het zijn dus niet alleen wetten die de overheidsmacht begrenzen. Die wetten staan voor een moraal en die moraal van het recht vinden we terug in beginselen van het recht. In dit geval beginselen van een goede procesorde.⁸

Zo'n moraal van het recht vinden we ook terug in het materiële strafrecht. Neem het geval van medeplegen. Erbij staan en niet weglopen als er op straat wordt geknokt, is niet voldoende om te worden gestraft voor openlijke geweldpleging. Vereist is bewuste en nauwe samenwerking. Er is de nodige jurisprudentie nodig geweest om hier wat meer helderheid te scheppen. De wet is hier weliswaar niet expliciet over, maar wie de moraal van het strafrecht begrijpt, weet dat men hier terughoudend moet zijn. Burgerlijke vrijheid betekent dat men niet te gemakkelijk iemand verantwoordelijk mag houden voor een strafbaar feit. Wil er sprake zijn van medeplegen, dan moet blijken van een expliciete en min of meer substantiële bijdrage aan de realisatie van dat feit. Ik noem nog een ander

8 Over deze problematiek schreef Cleiren een baanbrekende studie: C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989. Zie ook haar oratie *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

voorbeeld om dit punt van strafrecht en burgerlijke vrijheid te verduidelijken, maar dan vanuit een ander perspectief. Recent is er veel te doen geweest over euthanasie bij dementie en hulp bij zelfdoding in geval van voltooid leven. Met de nodige omzichtigheid is er de afgelopen decennia een praktijk ontwikkeld waarbinnen onder bepaalde voorwaarden euthanasie mogelijk is. Een van de voorwaarden is dat een arts beoordeelt of euthanasie in het concrete geval kan worden toegepast. Ook moet er sprake zijn van een expliciete wens van de kant van de patiënt. Wat nu als deze patiënt dement is? De praktijk laat zien dat hier extra waarborgen zijn ingebouwd om te verzekeren dat inderdaad sprake is van een goed overdachte wens en daarmee van de vrije keuze van de betrokkene. Er dient een schriftelijke verklaring te liggen en betrokkene dient meerdere keren zijn wens kenbaar te hebben gemaakt (denk wederom aan ‘spreken’), ook tegenover zijn huisarts. In het geval van voltooid leven is hulp bij zelfdoding nog steeds strafbaar, ook als hulp wordt geboden op uitdrukkelijk verzoek. Het probleem hierbij is opnieuw vrijheid of vrijwilligheid. Artsen geven aan dat het voor hen niet mogelijk is op grond van medische inzichten vast te stellen of bij voltooid leven sprake is van een uitzichtloos lijden en of om die reden aan de doodwens tegemoet zou kunnen worden gekomen. Bescherming van de keuzevrijheid en daarmee van de eigen wil leidt wellicht tot een paradoxale uitkomst dat de uitgesproken wil van de burger hier niet bepalend is voor het recht. Alles draait hier om het respect voor de individuele autonomie. Dit vraagt om een morele inschatting. Is een verklaring, het uitgesprokene, een echt spreken, dat wil zeggen, zonder dwang of bijgedachten? Vooralsnog is hulp bij zelfdoding strafrechtelijk problematisch omdat er onvoldoende vertrouwen is dat in alle situaties sprake is van goed doordachte, maar vooral ook van autonome, geheel vrije wilsbeschikkingen. Het kan zijn dat de doodwens van iemand wordt ingegeven door de wens anderen niet langer tot last te zijn. De vraag is of dat moreel en rechtens een voldoende reden is om iemand ter wille te zijn.⁹

1.7 *Strafrecht onder druk?*

De grenzen die het strafrecht trekt, zijn niet in het beton gegoten. We stipten hier al de ontwikkelingen aan rond euthanasie en hulp bij zelfdoding. Denk ook aan strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen en extra inzet op discriminatievraagstukken, zoals in de strafzaken tegen Geert Wilders van de PVV. Door veranderende omstandigheden, veranderende morele en juridische inzichten kunnen de grenzen anders komen te liggen. We zien dit door heel het strafrecht gebeuren. Daarom juist dient de praktijk van het strafrecht steeds kritisch tegen het licht van zijn basisprincipes en dus ook van het vrijheidsbeginsel

9 Tineke Cleiren was lid van de commissie die over deze kwestie heeft geadviseerd. Zie P. Schnabel e.a., *Voltooid leven. Over hulp bij zelfdoding aan mensen die hun leven voltooid achten*, Den Haag: Adviescommissie voltooid leven 2016.

te worden gehouden. Als we nog eens doordenken over wat hiervoor werd gezegd over macht, zal men begrijpen dat dit iets is van alle tijden. Macht, zo zeiden we, kent uit zichzelf geen grenzen en wil onophoudelijk uitbreiden. Dat was vroeger zo, dat is nu niet anders. De wijze waarop en de retoriek die daarmee gepaard gaat kan verschillen, maar macht wil nu eenmaal machtiger worden. Dat betekent dat wie goed kijkt, ziet dat ook nu steeds opnieuw wordt gemorrelt aan de grenzen die aan de machtswerking worden gesteld. Ook in onze relatief vreedzame en evenwichtige samenleving. Wat vraagt dat van het strafrecht? Moet het zijn ambities bijstellen om grenzen aan de macht te stellen, tegenmacht te vormen?

Een heel grove analyse van onze moderne tijd lijkt te wijzen op een paradoxale ontwikkeling. Aan de ene kant is er duidelijk sprake van een sterke tendens naar steeds grotere individuele ruimte en vrijheden die de burger voor zichzelf claimt.¹⁰ Diezelfde burger echter vraagt tegelijkertijd van de overheid harder op te treden zodra de eigen individuele ruimte (al dan niet werkelijk) in het gedrang komt. Het is alsof de burger, zich bewust van zijn drang tot vrijheid, tegelijkertijd een zekere angst ontwikkelt dat hij die vrijheid zomaar zo maar kan kwijtraken. Je hoort het vaak. 'Je bent tegenwoordig niet meer zeker van je leven.' 'Je kunt niet meer veilig over straat.' 'Buitenlanders pikken onze banen in.' 'Onze kinderen zijn niet meer veilig.' In de media, vooral de sociale media, worden dergelijke zorgen geuit. Politici worden erop aangesproken en er is een duidelijke roep om een harde aanpak van moordenaars en verkrachters. Men wijst ook met de vinger naar minderheden, die niet zelden worden geïdentificeerd met die moordenaars en verkrachters. Tegelijkertijd is er sprake van een grote sympathie voor slachtoffers van delicten, waar stille tochten en bloemleggingen van getuigen. Het lijkt erop dat met de hier aangestipte ontwikkeling een morele perceptie opkomt waarbij goed en kwaad duidelijk zijn onderscheiden, zelfs lijnrecht tegenover elkaar staan.

Deze spanning tussen de claim van de burger op meer vrijheid aan de ene kant en de roep om een harde aanpak van hen die kwaad doen aan de andere kant vraagt het nodige van het strafrecht. Moet het strafrecht meegaan in die roep om hardere straffen? Hoe rekenschap af te leggen van die vergaande betrokkenheid bij en identificering met het slachtoffer? Dit brengt ons op verschillende vragen. In de eerste plaats is er de vraag hoe straffen te rechtvaardigen. De roep om harder te straffen noopt tot een antwoord op die vraag. Waarom überhaupt straffen? Het eenvoudige juridische antwoord is: omdat de wet dat voorschrijft. 'Hij die (...) wordt gestraft met (...).' Het morele antwoord is lastiger te geven. Vinden we een eventuele rechtvaardiging in de gevoelens van wraak onder slachtoffers en burgers? Is het de behoefte aan vergelding die het straffen rechtvaardigt of ligt de rechtvaardiging in de opvoedende werking daarvan naar de dader of de afschrikwekkende, preventieve werking ervan naar de burgers in het algemeen? Paul Ricoeur spreekt

10 Die claim gaat gelijk op met een toenemende kritiek op het gezag.

van een 'éché' waar het gaat om de rechtvaardiging van de straf.¹¹ Ook al moeten rechters straffen, dan wil dat nog niet zeggen dat straffen in moreel opzicht gemakkelijk te rechtvaardigen zijn. Een straf is een beperking van de vrijheid en in zekere zin gewelddadig te noemen voor zover die met dwang gepaard gaat. Hoe die beperking en die dwang in morele zin te rechtvaardigen? Is een straf niet een kwaad? Hoogstens een noodzakelijk kwaad? Een tweede vraag waar we op uitkomen, gaat over de positie van verdachte of dader en slachtoffer in het strafproces. Hier valt veel over te zeggen, maar binnen het verband van dit essay zal het voldoende zijn de vraag toe te spitsen op welke juridische en morele positie beide partijen binnen het proces verdienen te krijgen en welke rol de rechter hierbij heeft. Tot slot laat zich de vraag stellen naar de rol van de wet in een strafproces dat aanspraak wil maken op rechtvaardige oordeelsvorming. De drie vragen kunnen worden onderscheiden, maar blijken bij de beantwoording al snel met elkaar verstrengeld te raken.

2 STRAFRECHT ALS MACHT

De kwesties die hier aan de orde worden gesteld, laten zien dat het strafrecht niet alleen tegenmacht is, maar ook macht. Bij de oplegging van een straf voert de rechter weliswaar die straf zelf niet uit, maar zonder zijn veroordeling is die als het goed is niet mogelijk. Zijn woord is in die zin een machtswoord. Met zijn uitspraak geeft hij immers aan het uitvoerend apparaat van het Openbaar Ministerie de mogelijkheid om macht over de dader uit te oefenen, hem iets aan te doen wat hij niet heeft gewild. Hetzelfde geldt voor tal van beslissingen die de rechter kan nemen in het proces zelf. De duidelijkste vorm van machtsuitoefening tijdens het proces is herkenbaar in de regierol van de rechter. Hij is het die bepaalt wie wanneer en hoelang aan het woord komt. Uiteraard, als het goed is, geschiedt dit alles binnen de marges van de wet en is de uitoefening van macht op die manier gelegitimeerd. We onderzoeken hier echter niet hoe een en ander in juridische zin te rechtvaardigen. Hier gaat het om de vraag hoe we hier vanuit moreel gezichtspunt tegenaan moeten kijken. Spoort de uitoefening van macht in het strafproces met de moraal? En, waar moraal en recht wijken, zijn er dan alternatieven voor het strafproces die vanuit moreel gezichtspunt verkieslijk zijn, want minder vervlochten met een bepaalde machtsuitoefening? We gaan eerst in op het heikele punt van het straffen, machtsuitoefening bij uitstek, want in essentie praktijken met dwang. Vervolgens nemen we het strafproces onder de loep.

11 P. Ricoeur, *Le Juste, la justice et son échec*, Parijs: L'Herne 2005.

2.1 *Waarom straffen?*

Lijfstraffen zijn tegenwoordig uit den boze, maar de vrije bewegingsruimte van de burger in zowel letterlijke als figuurlijke zin kan door een straf aanzienlijk worden beperkt. Dat geldt niet alleen in het geval een gevangenisstraf wordt opgelegd, maar ook in geval van een werkstraf of geldboete. Steeds worden de mogelijkheden van de burger om zelf te bepalen wat hij doet, waar hij naar toe gaat, hoe hij zijn weekenden inricht, waar hij zijn geld aan uitgeeft, beperkt. Hoe kan deze beperking, deze uitoefening van macht, deze straf worden gerechtvaardigd? De rechtvaardigingen zijn bekend. We kennen de vergeldingsleer die in de kern neerkomt op oog om oog, tand om tand. We kennen ook de preventieleer. Straffen om de dader zelf en andere burgers af te schrikken in de toekomst strafbare feiten te plegen. Natuurlijk hebben we ook de gemengde leer, van alle twee een beetje. Echter, hoe men het ook wendt of keert, al deze leren of theorieën gaan vanuit moreel gezichtspunt mank. Hoezo vergelden? Wat rechtvaardigt dat het leed dat het slachtoffer is aangedaan, wordt vermeerderd door het leed van de dader eraan toe te voegen? ‘Als iemand u op de ene wang slaat, keer hem dan ook de andere toe.’¹² Misschien kan men een rechtvaardiging vinden in de genoegdoening die de straf voor de dader levert voor het slachtoffer, net als in geval van wraak. Maar net als bij wraak rijst dan het probleem waar de grens ligt voor de omvang van de straf. ‘Hij krijgt twee jaar, maar wij hebben levenslang’. Is het moreel te rechtvaardigen dat voor de straf de maatstaf ligt bij het slachtoffer?

Ook de preventieleer is – alhoewel op het eerste gezicht een sterke kandidaat – in moreel opzicht niet zonder problemen. Utilisten zullen zeggen dat straffen wel degelijk kan worden gelegitimeerd vanuit het gezichtspunt van preventie. Het utilistisch criterium voor het goede en rechtvaardige ligt opgesloten in het streven naar zoveel mogelijk nut of geluk in de maatschappij. Negatief geformuleerd gaat het erom de hoeveelheid leed in de samenleving zo laag mogelijk te houden. Een strafbaar feit brengt leed toe aan het slachtoffer en de samenleving als geheel door gevoelens van onveiligheid. Ook een straf is een vorm van leed, maar als deze leedtoevoeging leidt tot een vermindering van de totale hoeveelheid leed in de samenleving doordat de dader en anderen van het strafbare feit worden weerhouden dan is dit leed van de straf gerechtvaardigd. Hier komt bij dat binnen deze redenering tegelijk, anders dan in geval van wraak en vergelding, het idee van een gematigd strafrecht kan worden onderbouwd. Een utilist zal aangeven dat men niet zwaarder moet straffen dan nodig is om de afschrikwekkende werking te bereiken. Anders voegt men onnodig veel leed toe aan de samenleving. Hoe minder het potentiële voordeel voor de dader, hoe minder straf nodig zal zijn om hem van dat feit af te houden. Een geldboete is genoeg om iemands snelheid in het verkeer te beïnvloeden. In geval van diefstal zal een boete mogelijk niet volstaan. Het probleem met deze utilistische benadering is echter dat

12 Luc. 6.29.

zij haaks staat op het morele beginsel van vrijheid waarvan we in onze beschrijving van het strafrecht zijn uitgegaan. Een van Kants formuleringen van de morele plicht zegt dat we een ander nooit louter als middel mogen zien, maar steeds ook als doel op zichzelf. In dat 'doel op zichzelf' komt de idee van de vrijheid tot uitdrukking. Welnu, straffen alleen maar om het maatschappelijk nut te dienen, maakt inbreuk op deze morele wet. Met de straf wordt de dader immers louter als middel gezien. Via hem probeert men een buiten hem liggend doel te bereiken. Hegel voelde het probleem goed aan. Door een straf op te leggen respecteer je juist de dader en zijn vrije wil, zo zei hij. Je behandelt hem immers overeenkomstig zijn eigen normen of wetten. Als de dader vindt dat hij een ander mag doden, dan doe je hem geen groter recht dan ook hemzelf te doden.¹³ Probleem is dan echter, dat we daarmee ingaan tegen onze eigen wetten, die onder meer inhouden dat je een ander niet mag doden. Gaan nu opeens de wetten van een dader boven onze eigen wetten? En wat betreft de preventieve werking naar de dader toe, ook hier ligt een probleem. Als men de idee van de vrijheid en daarmee van de eigen keuzemogelijkheid van de mens serieus neemt dan rijst de vraag hoever men mag gaan met speciale preventie. Mag men de dader heropvoeden? Voorschrijven dat hij zich laat behandelen?¹⁴ Ook al is dat tegen zijn zin?¹⁵ Kortom: de rechtvaardiging van de straf is problematisch. Impliceert dit dat het opleggen straffen uit den boze is? Moeten we pleiten voor een vorm van abolitionisme?

Wellicht is de rechtvaardiging van straffen te vinden in zo iets als het overeind houden van een publieke orde, waarbij andere morele maatstaven gelden dan in ons privéleven. Machiavelli heeft hier zeer indringend op gewezen. Als het gaat om het voortbestaan van een samenleving, dan gelden voor de gezagsdragers andere maatstaven dan die gelden in het alledaagse onderlinge verkeer tussen burgers. We zien dit in geval van oorlog, waarbij we het welzijn en voortbestaan van de samenleving als geheel vooropstellen, vaak ten koste van het leven van vele individuele leden daarvan. Misschien geldt zo iets ook in geval van de criminaliteit. Dat wil niet zeggen dat het doel alle middelen heiligt. Dat is ook niet wat Machiavelli zegt. De uiteindelijke maatstaf is en blijft wat nodig is om de publieke orde in stand te houden, niet meer en niet minder.¹⁶ Maar straffen is daarbij niet het enige en steeds noodzakelijke middel.

13 Zie G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 82 e.v.

14 Wij kennen deze mogelijkheid als een maatregel en niet als een strafmodaliteit. Los van de vraag hoe een dader zo'n behandeling ervaart, impliceert deze een beperking van de bewegingsvrijheid en vaak ook dwang. En ja, de verdachte hoeft zo'n behandeling niet altijd te aanvaarden, maar het alternatief is dan vrijwel steeds een zwaardere straf.

15 In ons strafstelsel kan dit alleen in uitzonderlijke situaties van TBS.

16 Zie over het morele denken van Machiavelli het nog altijd inzichtelijke artikel van de liberale denker Isaiah Berlin 'The Originality of Machiavelli', in I. Berlin, *Against the Current. Essays in the History of Ideas*, Pimlico: Londen 1997, p. 25-79. Zie ook Ricoeur 2005, p. 67-76.

2.2 Ongemakkelijk straffen

Het moet duidelijk zijn dat men zich bij het opleggen van straffen ongemakkelijk dient te voelen. ‘Hij die zonder zonden is (...)’ In het huidige strafstelsel zien we dit ongemak bij de strafoplegging wel degelijk terug. Zo is er veel aandacht voor alternatieve vormen van straffen. Niet voor niets wordt er in veel gevallen een werkstraf opgelegd in plaats van een gevangenisstraf. Er wordt geëxperimenteerd met mediation, naast of zelfs in plaats van het strafrecht. Veel aandacht is er in geval van gevangenisstraffen voor het faciliteren van de terugkeer in de samenleving, de resocialisatie. Levenslange gevangenisstraffen stuiten in Nederland op kritiek, omdat deze een terugkeer in de samenleving uitsluiten en daarmee een zinvol menselijk bestaan. Niet voor niets ook legt de rechter vaak een voorwaardelijke straf op, al dan niet in combinatie met maatregelen die zien op begeleiding van de dader om zijn maatschappelijk functioneren te ondersteunen. Een straf laat zich moeilijk rechtvaardigen. Men stuit al snel op morele grenzen en dat moet misschien ook zo blijven.¹⁷

3 HET STRAFPROCES EN DE PUBLIEKE RUIMTE

3.1 *De moraal van de wet*

Terug naar K. Het door Kafka beschreven proces is benauwend. Wat deze situatie benauwend maakt is wellicht het besef dat het er allemaal niet toe doet. Wat men ook doet of zegt, het maakt niet uit. Men raakt verstrikt in een verstikkend web waar men niet meer van los komt. Schuldig ben je en blijf je. Treffend is dan ook de titel van een van Kafka’s parabels: ‘Gibs auf’.¹⁸ Tegen deze macht, overmacht, valt niets in te brengen.

Hoe zit het met ons strafproces als men dat beziet vanuit het perspectief van de macht? Zoals gezegd, kan ons strafproces worden gezien als een vorm van machtsuitoefening. De burger onderwerpt zich meestal niet uit vrije wil aan dit proces. Verdachte en getuigen zitten er meestal tegen hun zin. Het is de rechter die uiteindelijk de regie voert en bepaalt wie, wanneer, waarover en hoe lang aan het woord is. Ook die regierol kan worden gezien als machtsuiking. Maar, als we dit proces confronteren met het proces van K. vallen tenminste twee dingen op. In het strafproces zoals we dat kennen staat de verdachte – als het goed is – niet terecht met heel zijn leven. Bovendien lijkt er ruimte te zijn voor partijen om ‘hun

17 Tineke Cleiren voelde dit als strafrechtjurist aan. Zie o.a. C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.

18 De titel is van Max Brod, die het werk na Kafka’s dood uitgaf.

zegje te doen'. Spreken en tegenspreken zijn hier mogelijk. Men hoeft niet op te geven. De greep van de macht is niet alomvattend.¹⁹

In het strafproces gaat het er niet primair om hoe men zijn leven leeft. Centraal staat de vraag of men iets heeft gedaan dat de wet verbiedt, of men een wettelijke grens heeft overschreden. We kunnen van alles en nog wat denken van iemands leven en daar ook morele oordelen over hebben. In het proces gaat het echter alleen om de wet, of, zo men wil, de moraal van de wet. Dit betekent dat er een zekere scheiding is tussen moraal of moralen en wet. Niet alles wat iemand tot een goed of slecht mens maakt, is voor de wet relevant. Precies deze scheiding schept een zekere vrijheid. Echte vrijheid impliceert de mogelijkheid het verkeerde te doen. Maar ja, wat is verkeerd? De wet ziet alleen op wat met het oog op andermans vrijheid echt onaanvaardbaar is. Niet of men deugdzaam is, maar of men de wet heeft overtreden, daar inbreuk op heeft gemaakt, is leidend in het strafproces.

De wet is niet alleen leidend voor waar het in het strafproces om draait, de idee van de wet is ook structurerend voor de manier waarop dit proces wordt gevoerd. De wet is een veralgemening van hoe we ons in de samenleving ten opzichte van elkaar dienen te gedragen. Zij spreekt eenieder van ons op gelijke wijze aan, wat impliceert dat zij abstraheert van allerlei individuele bijzonderheden. Niet de mensen van vlees en bloed worden door de wet aangesproken, maar mensen in hun meer abstracte hoedanigheid van rechtspersoon, burger zo men wil. Men zou kunnen zeggen dat de wet de burgers ziet als roldrager, want zo kan men de rechtspersoon zien. Niet voor niets spreekt men wel over het theater van de gerechtigheid. Overigens duidt ook de notie van persoon op de idee van een rol die men speelt, zoals acteurs een rol spelen. Persoon komt van *per sonare*, duidend op het gat in het masker dat vroeger vaak door toneelspelers werd gedragen en waardoorheen zij konden spreken. Enfin, het moet duidelijk zijn dat de wet een ruimte creëert, waarin het niet draait om mensen met hun hele hebben en houwen, met heel hun persoonlijke geschiedenis. Het gaat binnen het door de wet ingerichte proces om mensen 'in algemene zin', voor zover zij namelijk binnen de algemene wet worden herkend en erkend en worden aangesproken. Als we nu de verschillende rollen nader bekijken, moeten we niet vergeten waarvoor de wet ook alweer stond. In lijn met Kant definieerden we de wet als een middel om de vrijheid van alle mensen in gelijke mate te realiseren. De idee van de vrijheid impliceert tevens dat men ieder mens nooit louter als middel mag behandelen, maar steeds ook als doel op zich. Simpel uitgedrukt: eenieder verdient ten volle in zijn eigenheid te worden gerespecteerd. Zoals we hiervoor al aangaven, komt deze eigenheid het duidelijkst tot uitdrukking in het spreken, het recht om te spreken.

19 Nog altijd is hier het werk van Joest 't Hart inspirerend, zie A.C. 't Hart, *Recht als schild van Perseus*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

In het navolgende laten we zien hoe de idee van het spreken bepalend is of zou moeten zijn voor de inrichting van het strafproces. We lopen daarbij de verschillende rollen van verdachte, slachtoffer en rechter binnen het proces af.²⁰ Daarbij zal de wet het verbindend element blijken.

3.2 *De verdachte*

De verdachte heeft het recht van het laatste woord. Op symbolische wijze wordt hiermee uitgedrukt dat binnen de procedure het spreken centraal staat. De verdachte heeft recht van spreken. Het is heel wel mogelijk dat hem die ruimte binnen de maatschappij niet was gegund. Bij een verdenking van een misdrijf was hem wellicht het zwijgen opgelegd door een gewelddadige wraakoefening. De verdachte heeft ook het recht om te zwijgen. Dit recht heeft hij omdat in het strafproces geweld, blote macht wordt uitgesloten. Men wordt niet gedwongen om te spreken. Spreken veronderstelt kennelijk een vrije, ongedwongen sfeer. Dat wil niet zeggen dat het strafproces een vrijblijvend evenement is voor de verdachte. Hij dient zich namelijk te verantwoorden, te antwoorden op de vraag of hij iets heeft gedaan wat de wet verbiedt. Precies dat is het wat tot uitdrukking komt als we zeggen dat een verdachte met respect dient te worden behandeld. Als we iemand een eigen verantwoordelijkheid toekennen, zien we hem voor vol aan en gaan we met zo iemand een gesprek aan. De vraag is nu tegenover wie of wat de verdachte zich moet verantwoorden. Zijn het de officier en de rechters die hem ter verantwoording roepen? Voor zover ze daartoe het recht hebben, is het niet op eigen gezag, maar op gezag van de wet. Niet voor niets sprak Montesquieu over rechters als ‘mond van de wet’. Het is de rechter door wie de wet spreekt en tot ‘de orde’ roept. Deze benadering lijkt nog steeds dominant te zijn in de manier waarop we ons strafproces zien. De verdachte is iemand die mogelijk de rechtsorde heeft geschonden. Die orde is echter tamelijk abstract en het is niet meteen inzichtelijk waarom en hoe men zich tegenover die orde zou moeten verantwoorden. Dat wordt wellicht anders als men een vergelijking maakt met religies. Vaak bemiddeld door een priester verantwoorden gelovigen zich in een biecht over hun zonden en doen daarvoor boete of vragen om vergiffenis. Het recht wordt zelf, net als de religie, vaak voorgesteld als iets dat ons gewone mensenleven overstijgt. Niet voor niets wordt wel gesproken van een ‘heilige’ rechtsorde en werden in het verleden rechters ook wel priesters van het recht genoemd.²¹ De vraag is of deze benadering in de moderne, onttoverde samenleving nog voldoet. Voor de publieke ordening heeft religie aan kracht ingeboet. Is het dan de maatschappij als zodanig waartegenover de verdachte eventueel verantwoording verschuldigd is? Wellicht ja, maar in dat

20 Die van de officier van justitie komt niet aan bod om dit essay niet nog langer te maken.

21 Zie C.P.M. Cleiren en A.C. Hol, *Strafrecht*, Amsterdam: Athenaeum 2018, p. 29 e.v.

geval is er een ander probleem. Alhoewel de maatschappij misschien minder abstract is dan zoiets als een rechtsorde, doemt hier het probleem van de pluriformiteit op. Binnen de maatschappij zijn er veel mensen die er verschillende morele visies op na houden. Binnen veel rechtsstelsels heeft men daarvoor een oplossing gezocht in een jury, die divers is samengesteld en oordeelt over de schuldvraag. Wij kennen geen jury. De maatschappij als adressant helpt ons dus niet verder. Is het dan misschien tegenover het slachtoffer dat door verdachte verantwoording verschuldigd is en met wie hij het gesprek moet aangaan?

3.3 *Het slachtoffer*²²

Slachtoffers verwoorden vaak dat ze vooral eronder lijden dat ze voor degene die hun iets heeft aangedaan er kennelijk niet toe doen. Alsof ze niet bestaan. Deze gevoelens kunnen heel goed worden begrepen vanuit de hier geschetste notie van het spreken. Zoals we al aangaven, wordt bij diefstal het slachtoffer niets gevraagd. Bij geweld is het niet anders. We praten het probleem niet uit, maar snoeren de ander de mond, vaak door er een flinke klap op te geven. Bij genocide zien we dit alles in versterkte mate terug.²³

De wet, althans die van de laatste decennia, schept ruimte voor het slachtoffer om te spreken. Dat waaraan door de dader (in het proces: verdachte) voorbij werd gegaan bij zijn vergrijp, namelijk de moeite te nemen de ander te spreken, wordt zo hersteld in de strafprocedure. Opnieuw lijkt de wet te benadrukken dat spreken het hoogste goed is, dat in het spreken tot uitdrukking komt dat de mens deel uitmaakt van de samenleving en daar een eigen, niet te ontkennen plaats in heeft. Men dient wel te bedenken dat dit recht om te spreken voor het slachtoffer in de plaats komt van een ander recht. In veel culturen heeft het slachtoffer het recht, in juridisch dan wel moreel opzicht, om zich te (laten) wreken. Die mogelijkheid van wraak is in onze cultuur problematisch geworden en in juridisch opzicht een taboe. Dit is begrijpelijk tegen de achtergrond van de wetenschap dat wraak leidt tot een vicieuze cirkel van geweld. Blote macht komt in de plaats van het spreken en ondermijnt daarmee de mogelijkheid van een samenleving. Dit is de les van de Oresteia van Aischylos²⁴ waar wraak op wraak wordt gestapeld.

22 Zie over het slachtoffer onder meer het preadvies van Tineke Cleiren voor de Nederlandse Juristen Vereniging: C.P.M. Cleiren, Genoegdoening aan het slachtoffer in het strafrecht, in: *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2003), Deventer: Kluwer 2003, p. 33-104.

23 Tineke Cleiren was lid van een *Commission of Experts* van de VN (1993-1994) die onderzoek deed naar schendingen van oorlogsrecht, mensenrechten en humanitair recht in voormalig Joegoslavië en adviseerde het Joegoslavië tribunaal hierover. De positie van slachtoffers had daarbij haar bijzondere aandacht.

24 Het betreft een trilogie (Agamemnon, Offervrouwen, Wraakgodinnen). Er zijn verschillende vertalingen van deze trilogie in het Nederlands.

Klytaimnestra vermoordt haar man Agamemnon, omdat deze hun dochter heeft geofferd. Orestes wreekt de moord op zijn vader door zijn moeder Klytaimnestra te vermoorden. Vervolgens achtervolgen de Wraakgodinnen Orestes om deze moedermoord te wreken, totdat Apollo een rechtbank opricht om te oordelen of Orestes schuldig is of niet. Het oordeel valt gunstig uit voor Orestes. Van nu af aan is het aan de rechter om te oordelen en eventueel te straffen. Wraakoefening wordt uitgebannen vanwege het corrumperend effect ervan op de samenleving.

Terug naar het strafproces. Voor het slachtoffer creëert het strafproces een ruimte om tot spreken te komen en opnieuw wordt zo benadrukt dat eenieder, dus ook het slachtoffer, een plaats verdient in de samenleving en dat deze samenleving alleen kan bestaan door het spreken, in de uitwisseling van woorden. De wet creëert die ruimte.

3.4 *De rechter*

We gaven het al aan. De rol van de rechter is om de wet te representeren. Hij zit er niet voor zichzelf. In de eerste plaats wordt van hem verwacht de verdachte op te roepen zich te verantwoorden tegenover de wet. Daarbij gaat het er niet alleen om dat hij zich uitlaat over dat wat hem binnen het kader van de wet wordt verweten. Het gaat er evenzo goed om de verdachte eraan te herinneren dat de wet ook staat voor bepaalde verhoudingen tussen mensen onderling. Die verhoudingen zijn te begrijpen in termen van gelijke vrijheid en respect, uiteindelijk tot uitdrukking komend in het spreken als leidend voor menselijke omgang. Om die reden heeft ook de verdachte in het proces recht van spreken. Dat laatste geldt evenzeer voor het slachtoffer. Hem wordt duidelijk gemaakt dat hij recht van spreken heeft. Het mogen spreken binnen het proces moet goedmaken wat hem eerder door de dader is ontnomen. De rechter moet ervoor zorgen dat beiden, verdachte en slachtoffer, aan het woord kunnen komen. Symbolisch belangrijk is het dat de verdachte in het proces dient te erkennen dat het slachtoffer inderdaad ook recht van spreken heeft. Hij mag deze in ieder geval niet interrompen.

3.5 *De moraal van het verhaal*

Reikt de opdracht van de rechter verder waar het gaat om het spreken van verdachte en slachtoffer? Als we zeggen dat de verdachte zich dient te verantwoorden, betekent dat dan dat hij zich ook tegenover het slachtoffer moet verantwoorden? Wordt van de rechter gevraagd om verdachte en slachtoffer met elkaar in gesprek te brengen? Hier raken we aan de grenzen van wat het strafproces vermag. Als we erin geloven dat een samenleving uiteindelijk steunt op het spreken, en dat het spreken een publieke ruimte veronderstelt waarin de mens in zekere zin loskomt van zijn hele levensgeschiedenis, die zwaar op hem

drukt, boven zichzelf uitstijgt als het ware, dan is het strafproces een van de instituties die die publieke ruimte creëert. Daarin slaagt het strafproces door de wet centraal te stellen. Het is die wet die het kader vormt en de ruimte tot spreken schept. Wat de wet, door tussenkomst van de rechter, symboliseert en realiseert is dat de maatschappelijke ordening ligt opgesloten in het spreken. Buiten het spreken om kan geen sprake zijn van orde, hooguit van een tijdelijke stabiele toestand door machtsuitoefening en onderdrukking. Mag van de wet meer worden verwacht? Soms wordt ingezet op verzoening, spijtbetuigingen, vergeving. Ook al zou daar vanuit moreel gezichtspunt iets voor te zeggen zijn, men stuit daarbij onvermijdelijk op het menselijke, al te menselijke. Met elkaar kunnen samenleven veronderstelt niet dat men met iedereen door een deur moet kunnen, of ieders vriend moet zijn. Als vriendschap op maatschappelijk niveau al aan de orde zou kunnen zijn, dan kan dat wellicht alleen in de zin zoals door Aristoteles bedoeld.²⁵ Vriendschap betekent uiteindelijk steeds dat men met de ander het gesprek wil aangaan waarmee de basis wordt gelegd voor een politieke gemeenschap. En hier komt wat we eerder zeiden over strafrecht als tegenmacht weer in beeld. Tegenmacht houdt in dat ruimte wordt gecreëerd voor handelen, vrijheid, spreken van eenieder. Hoe die ruimte precies wordt ingevuld is aan de burger zelf. Als een bepaalde vorm van genoegdoening voor het slachtoffer, of meer nog, verzoening tussen slachtoffer en verdachte (dader) al het streven zou zijn, is dat iets dat in de schaduw van het strafrecht tot stand moet komen, bijvoorbeeld in mediation.²⁶ Het strafproces kan hiervoor de ruimte creëren, maar het kan niet het doel ervan zijn. Zoals het strafrecht een tegenmacht vormt tegen blote staatsmacht, zo ook vormt het een tegenmacht tegen de burger die zijn zin wil krijgen, niet door te spreken, door te overtuigen, maar door geweld, blote macht.

Vloeit het recht op spreken van het slachtoffer logisch voort uit de opzet van het strafproces? Nee, het is een vergissing om dat te denken. Eerder is het spreekrecht een uitvloeisel van de democratiserende samenleving. Nu het moderne strafproces nadrukkelijk ruimte schept voor het slachtoffer, wordt duidelijk dat het strafrecht zich herpositioneert binnen het democratisch bestel. Daarmee verruimt het strafproces zijn functie. Dat was al eerder aan de orde met de incorporatie van de schadevergoedingsprocedure voor de benadeelde partij en nu ook met het spreekrecht van het slachtoffer. Men kan zich afvragen of de verdere versterking van de positie van het slachtoffer, waardoor deze zich nu ook mag uitspreken over een eventueel op te leggen straf, nog wel past binnen zo'n proces.

25 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Eindhoven: Damon 2004, boeken 8 en 9.

26 Hier dringt zich de analogie op met het onderscheid dat Berlin maakt tussen negatieve vrijheid en positieve vrijheid. In de verzorgingsstaat is onderkend dat negatieve vrijheid voor een vol leven van de burger niet voldoende is. Ook al wordt hij niet gehinderd (negatieve vrijheid), dan betekent dat nog niet dat hij iets te kiezen heeft (positieve vrijheid). Als men het recht heeft om zich vrijelijk door het land te begeven (negatieve vrijheid), dan heeft een rolstoelhouder daar weinig aan als er geen voorzieningen zijn in het openbaar vervoer die voor hem het gebruik daarvan mogelijk maken (positieve vrijheid).

Moet het uiteindelijke oordeel over schuld en straf niet aan een onpartijdige worden overgelaten? Om een tegenmacht te kunnen vormen, blijft de waarborg van onpartijdige oordelen van cruciaal belang.

4 TOT SLOT

Het wordt weleens onderschat of vergeten hoe wezenlijk een vrije en open samenleving is voor een menswaardig bestaan en hoe cruciaal het is daarvoor te kunnen leunen op een strafrecht dat zich bewust is van zijn morele wortels en zijn wetten langs die wortels blijft voeden. Men hoeft maar om zich heen te kijken om te weten hoe snel het strafrecht kan afzakken tot louter en alleen een instrument van de macht, niet meer in staat om daar tegenwicht aan te bieden. Dit vraagt om een moreel geïnspireerde strafrechtspraktijk en strafrechtswetenschap. Dat is niet hetzelfde als een strafrecht waarbij de concrete moralen van mensen bepalend zijn. Er is wat voor te zeggen dat de moraal van het strafrecht impliceert dat dit in zekere zin amoreel is. Niettemin, het strafrecht vraagt om mensen die steeds opnieuw de vraag aan de orde stellen waarvoor het strafrecht staat. Wat is de moraal van het strafrecht? Ook daarover moet zowel in praktijk als wetenschap worden gesproken. Dit alles vraagt in menig opzicht om het denken over de ruimte van het strafrecht en zijn grenzen. Het vraagt om grensdenken.²⁷

27 Tineke Cleiren studeerde ook filosofie en ethiek en gaf jaren het vak Ideeëngeschiedenis van het strafrecht. Daarin leerde ze studenten grensdenken. Voor studenten vaak een *eye opener*.